



COMUNICADO 28

Julio 28 de 2021

SENTENCIA C-243/21

M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar

Expediente: D-14055

Norma acusada: LEY 906 DE 2004 (art. 241, 242, 242A, 243 y 279)

LA CORTE CONSTITUCIONAL, POR UNANIMIDAD, SE DECLARÓ INHIBIDA PARA DECIDIR SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO, ASÍ COMO DE AQUELLA QUE OTORGA VALIDEZ A LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA RECAUDADOS EN DESARROLLO DE UNA OPERACIÓN ENCUBIERTA

1. Norma objeto de control constitucional

"Ley 906 de 2004
(Agosto 31)

Por la cual se expide el Código de
Procedimiento Penal.

El Congreso de Colombia,

Decreta

(...)

ARTÍCULO 241. ANÁLISIS E INFILTRACIÓN DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado, en la indagación o investigación que se adelanta, pertenece o está relacionado con alguna organización criminal, ordenará a la policía judicial la realización del análisis de aquella con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma. Después, ordenará la planificación, preparación y manejo de

una operación, para que agente o agentes encubiertos la infiltran con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente.

El ejercicio y desarrollo de las actuaciones previstas en el presente artículo se ajustará a los presupuestos y limitaciones establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia.

ARTÍCULO 242. ACTUACIÓN DE AGENTES ENCUBIERTOS. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía

judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.

Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física.

Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo 239.

En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos.

En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente.

Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo también podrá disponerse que los miembros de Grupos Delictivos

Organizados y Grupos Armados Organizados puedan actuar como agentes encubiertos.

ARTÍCULO 242A. OPERACIONES ENCUBIERTAS CONTRA LA CORRUPCIÓN. Los mecanismos contemplados en los artículos 241 y 242 podrán utilizarse cuando se verifique la posible existencia de hechos constitutivos de delitos contra la Administración Pública en una entidad pública.

Cuando en investigaciones de corrupción, el agente encubierto, en desarrollo de la operación, cometa delitos contra la Administración Pública en coparticipación con la persona investigada, quedará exonerado de responsabilidad, salvo que exista un verdadero acuerdo criminal ajeno a la operación encubierta, mientras que el indiciado o imputado responderá por el delito correspondiente.

ARTÍCULO 243. ENTREGA VIGILADA. El fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que el indiciado o el imputado dirige, o de cualquier forma interviene en el transporte de armas, explosivos, municiones, moneda falsificada, drogas que producen dependencia o también cuando sea informado por agente encubierto o de confianza de la existencia de una actividad criminal continua, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la realización de entregas vigiladas de objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentre prohibida. A estos efectos se entiende como entrega vigilada el dejar que la mercancía se transporte en el territorio nacional o salga de él, bajo la vigilancia de una red de agentes de policía judicial especialmente entrenados y adiestrados.

En estos eventos, está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado. Así, sólo está facultado para entregar por sí, o por interpuesta persona, o facilitar la entrega del objeto de la transacción ilegal, a instancia o por iniciativa del indiciado o imputado.

De la misma forma, el fiscal facultará a la policía judicial para la realización de vigilancia especial, cuando se trate de operaciones cuyo origen provenga del exterior y en desarrollo de lo dispuesto en el capítulo relativo a la cooperación judicial internacional.

Durante el procedimiento de entrega vigilada se utilizará, si fuere posible, los medios técnicos idóneos que permitan establecer la intervención del indiciado o del imputado.

En todo caso, una vez concluida la entrega vigilada, los resultados de la misma y, en especial, los elementos materiales probatorios y evidencia física, deberán ser objeto de revisión por parte del juez de control de garantías, lo cual cumplirá dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes con el fin de establecer su legalidad formal y material.

PARÁGRAFO 1. Para el desarrollo de entregas vigiladas encubiertas, la Fiscalía General de la Nación, podrá utilizar como remesa encubierta dineros e instrumentos financieros incautados a organizaciones criminales o respecto de los cuales haya operado la figura del comiso o la extinción de dominio. La utilización de estos bienes solo podrá ser autorizada por el Fiscal General de la Nación.

PARÁGRAFO 2. Cuando la mercancía a entregar o recibir por parte del agente encubierto sea moneda de curso legal,

nacional o extranjera o la transferencia de propiedad sobre productos financieros diferentes a moneda de curso legal, la operación podrá incluir la autorización de adelantar la apertura de productos financieros en instituciones colombianas o extranjeras, a través de las cuales originara la entrega o la recepción de la mercancía.

Los productos financieros abiertos bajo esta autorización tendrán la denominación de producto financiero encubierto. La apertura de productos financieros encubiertos requerirá la autorización de la respectiva entidad financiera, la cual se entenderá indemne respecto a las posibles conductas delictivas o infracciones regulatorias, derivadas de las actuaciones del Agente Encubierto o de la entidad, en desarrollo de la operación, en lo exclusivamente relacionado con el producto financiero encubierto.

[...]

ARTÍCULO 279. ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO Y EVIDENCIA FÍSICA RECOGIDOS POR AGENTE ENCUBIERTO O POR AGENTE INFILTRADO. El elemento material probatorio y evidencia física, recogidos por agente encubierto o agente infiltrado, en desarrollo de operación legalmente programada, sólo podrá ser utilizado como fuente de actividad investigativa. Pero establecida su autenticidad y sometido a cadena de custodia, tiene el valor de cualquier otro elemento material probatorio y evidencia física."

2. Decisión

INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo en relación con los artículos 241, 242, 242A y 279 de la Ley 906 de 2004 "por la cual se expide el Código de Procedimiento penal", por ineptitud sustantiva de la demanda.

3. Síntesis de los fundamentos

La Sala Plena de la Corte analizó una demanda en la que se alegaba que el Congreso de Colombia había incurrido en una omisión legislativa relativa al expedir los artículos 241, 242, 242A, 243 y 279 del Código de Procedimiento Penal. Mediante estas normas, el legislador facultó a la Fiscalía General de la Nación, para poner en marcha operaciones encubiertas e infiltrar organizaciones

criminales como un medio eficaz para combatir los delitos relacionados con el narcotráfico, el lavado de activos y la corrupción. La finalidad de emplear esta técnica investigativa, no es otra que lograr la desarticulación de dichas bandas criminales, a través de la obtención de información, evidencias y elementos materiales probatorios derivados del contacto directo que tienen los agentes estatales infiltrados con quienes cometen el hecho punible.

Los artículos demandados prevén que la Fiscalía puede hacer uso de agentes encubiertos en el curso de una investigación, siempre y cuando tenga motivos razonables y fundados para inferir que una persona que está siendo investigada, se encuentra relacionada o pertenece a un grupo criminal organizado, de forma que la infiltración sea un medio indispensable para lograr el éxito de la investigación. Empero, la ley prevé que esta actuación tiene límites y supone, en todos los casos, que no resulte de un ejercicio arbitrario del poder punitivo, sino que en su ejecución se respeten los derechos y las garantías fundamentales del indiciado o imputado: garantizando que la actuación será objeto de control judicial. En particular, el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal prevé, en relación con las entregas vigiladas, que el agente infiltrado no puede llevar al investigado a cometer un delito que éste no había contemplado cometer, esto es, inducirlo a cometer el hecho punible.

A juicio del ciudadano demandante, las disposiciones acusadas adolecen de una omisión legislativa relativa porque la prohibición de que los agentes encubiertos actúen como instigadores del crimen, está prevista únicamente en el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal que regula la figura de las entregas vigiladas, y debió ser incluida en todas las disposiciones demandadas.

Al analizar la demanda, unánimemente la Corte concluyó que esta carecía de aptitud sustantiva para generar un pronunciamiento de fondo. La Sala Plena concluyó que el actor no identificó cuál era el deber constitucional concreto y específico que el legislador omitió acatar al expedir las normas acusadas. Asimismo, encontró que el contenido normativo que el accionante extrañaba en las normas acusadas existe desde el año 1994 cuando la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-176 de ese año, señaló, sin lugar a equívocos, que al emplearse agentes infiltrados como técnica de investigación, no puede el Estado inducir a las personas a cometer conductas delictivas para las cuales ellas mismas no estaban predispuestas. En esa oportunidad la Corte consideró que *“la utilización de agentes provocadores deberá efectuarse de acuerdo a los principios jurídicos consagrados en la Constitución colombiana y respetando por ende las garantías procesales consagradas en ella. **Esto significa en particular que por medio de la utilización de agentes encubiertos no podrá el Estado inducir a las personas a cometer conductas ilícitas para las cuales ellas mismas no estaban predispuestas, puesto que es obvio que este mecanismo se justifica***

como mecanismo para comprobar la comisión de ilícitos y no como un medio para estimular la realización de los mismos.” (énfasis propio).

De igual forma, esta Corte, al estudiar la constitucionalidad de las normas internacionales en virtud de las cuales se adoptaron las técnicas especiales de investigación como las entregas vigiladas y las operaciones encubiertas, sostuvo que en ningún caso “*puede entenderse de manera tal que afecte las garantías procesales garantizadas por la Carta Política, o, dicho de otra manera en ningún caso puede vulnerarse ni el debido proceso, ni ningún otro de los derechos fundamentales*”,¹ y que, además, no puede desconocerse lo dispuesto en los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos suscritos y aprobados por Colombia que forman parte del bloque de constitucionalidad².

En ese orden de ideas, de manera puntual la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el actuar del agente encubierto tiene límites materiales, ya que objetivamente no puede trasgredir límites constitucionales ciertos como, la carta de derechos, libertades y garantías y, además, no puede, bajo ninguna circunstancia actuar como provocador del delito, induciendo al indiciado o imputado a cometer actos delictivos para los cuales no estaba predispuesto, pues su actuación se justifica sólo por tratarse de un medio de comprobación del hecho punible y no de instigación al mismo.³

Esos límites constitucionales han sido reconocidos por la propia Fiscalía General de la Nación que, en desarrollo de esa facultad investigativa otorgada en los artículos 241 y 242 de la Ley 906 de 2004, emitió las resoluciones N° 3865 de 2006 y 6351 de 2008, mediante las cuales estableció expresamente la prohibición de que los agentes encubiertos pudieran provocar o inducir al investigado o a cualquier miembro del grupo delictivo organizado, “*a cometer una conducta punible para la cual no estaba predispuesto*”.⁴ Prohibición que fue acogida y reiterada, en el Manual Único de Policía Judicial.⁵

Así las cosas, la prohibición que el accionante afirmaba debía ser incluida en los artículos demandados ya ha sido integrada a estos por vía jurisprudencial, de

¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-962 de 2003.

² (...) *entre otras disposiciones, las contenidas en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972).* (Sentencia C-962 de 2003)

³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-176 de 1994 y C-156 de 2016.

⁴ Artículo 12 *ibídem*.

⁵ Manual Único de Policía Judicial, sección 6.4.4.2 (...) “*el agente encubierto tendrá las siguientes prohibiciones: En ningún caso el agente encubierto podrá provocar o inducir al indiciado, imputado o investigado o a cualquier miembro del grupo delictivo organizado, o a un tercero ajeno a la organización, a cometer una conducta punible para la cual no estaba predispuesto*”.

manera que, el presupuesto sobre el que se fundaba la demanda carecía de certeza pues las disposiciones acusadas ofrecen plenas garantías a los investigados, dado que la Corte Constitucional ha señalado, mediante sentencias de constitucionalidad, que la instigación a delinquir por parte de agentes estatales es incompatible con los principios que rigen un Estado social de derecho.

Para la Sala es claro que en Colombia la provocación como medio para lograr procesar a una persona que no había contemplado la idea del delito, no está permitida. Del texto de las normas que regulan la materia, así como de los diversos pronunciamientos de esta Corte y los reglamentos de la misma Fiscalía General de la Nación, se infiere que quienes actúan bajo operaciones encubiertas, lo hacen con el fin de comprobar la comisión del hecho punible, mas no con el propósito de incitarlo, incluso, en los eventos distintos a las entregas vigiladas. Entenderlo de forma contraria, sería desconocer y violar flagrantemente la Constitución Política, así como lo dispuesto en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad.