

RUBIEL ADOLFO BERRIO MEDINA

LA PARTICIPACIÓN DE PARTICULARES COMO AGENTES ENCUBIERTOS

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMIA  
FACULTAD DE DERECHO

Rector: Dr. JUAN CARLOS HENAO

Secretaria General: Dra. MARTHA HINESTROSA REY

Decana De La Facultad: Dra. ADRIANA ZAPATA GIRALDO

Director Departamento De Derecho Penal: Dr. JAIME BERNAL CUELLAR

Director(A) De Tesis: Dr. CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA

Presidente De Tesis: Dr. CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA

Examinadores: Dr. ALEXANDER ANDRADE CASTRO  
Dr. DARÍO BAZZANI MONTOYA

# **LA PARTICIPACIÓN DE PARTICULARES COMO AGENTES ENCUBIERTOS**

**RUBIEL ADOLFO BERRIO MEDINA**

Tesis presentada como requisito para aprobar el programa de Maestría

**Universidad Externado de Colombia**

Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con  
Énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas

Bogotá D.C., noviembre de 2020

*A la memoria de mi padre, su nobleza y templanza, todo un ejemplo de vida del  
que día a día trato de ser digno.*

“... en la persecución al terrorismo se ve comprometida toda la humanidad, así es que cualquier quebrantamiento a los derechos humanos se percibe minimizado, se le ve como necesario, en vista de una bien superior, esto es la supervivencia...”

(Torres Vásquez, 2011, pág. 21)

## TABLA DE CONTENIDO

SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	7
INTRODUCCIÓN.....	9
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	12
JUSTIFICACIÓN.....	15
OBJETIVO GENERAL .....	16
OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....	17
MARCO REFERENCIAL .....	18
METODOLOGÍA.....	26
1. CAPITULO PRIMERO. EL AGENTE ENCUBIERTO.....	29
1.1. DEFINICIÓN Y ORIGEN EN COLOMBIA	29
1.2. CRIMEN ORGANIZADO Y ORGANIZACIONES CRIMINALES	33
1.3. INFORMANTE, AGENTE ENCUBIERTO Y AGENTE PROVOCADOR	36
1.4. APORTES DOCTRINALES	38
1.5. PRINCIPIOS DE LA ACCIÓN ENCUBIERTA	40
1.5.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD	40
1.5.2. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD	42
1.5.3. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	44
1.5.4. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	45

1.5.5.	PRINCIPIO DE CONTROL JURISDICCIONAL	47
1.6.	PRINCIPIOS DE LA OEA PARA LAS TEI	49
1.6.1.	PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD	50
1.6.2.	PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO	50
1.6.3.	PRINCIPIO DE RESERVA	51
1.6.4.	PRINCIPIO DE PERTINENCIA	52
1.6.5.	PRINCIPIO DE CELERIDAD	52
1.7.	REQUISITOS	53
1.7.1.	VOLUNTAD	54
1.7.2.	CAPACITACIÓN TÉCNICA	55
1.7.3.	CAPACITACIÓN LEGAL	56
1.7.4.	PREPARACIÓN PSICOLÓGICA	58
1.7.5.	EXPERIENCIA	59
1.7.6.	PROBLEMÁTICA FRENTE AL AGENTE ENCUBIERTO PARTICULAR	60
1.8.	EL AGENTE ENCUBIERTO EN COLOMBIA	63
1.9.	COMPARATIVO DEL AGENTE ENCUBIERTO EN OTRAS LEGISLACIONES	66
1.9.1.	ALEMANIA	67
1.9.2.	ARGENTINA	70
1.9.3.	BOLIVIA	72
1.9.4.	ESPAÑA	75
1.9.5.	PORTUGAL	77
1.9.6.	BRASIL	80
1.9.7.	PERU	83
1.9.8.	ANÁLISIS DEL COMPARATIVO	85
1.10.	EL AGENTE ENCUBIERTO EN EL PLANO INTERNACIONAL	88

1.10.1.	CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS	89
1.10.2.	CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL	90
1.10.3.	CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN	91
1.10.4.	ANOTACIONES SOBRE FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL	93
1.11.	CRITICAS	97
1.11.1.	FRENTE AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	98
1.11.2.	FRENTE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	101
2.	CAPITULO SEGUNDO. PARTICULARES CON FUNCION PÚBLICA EN COLOMBIA.....	109
2.1.	EI PARTICULAR EN LA CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA	109
2.1.1.	RESPONSABILIDAD	109
2.1.2.	DEBERES	110
2.2.	CARRERA ADMINISTRATIVA Y PARTICULARES CON FUNCIONES PÚBLICAS	111
2.2.1.	NOTARIOS	113
2.2.2.	CURADORES URBANOS	113
2.2.3.	CONCILIADORES	114
2.2.4.	ARBITROS	115
2.2.5.	JURADOS EN LAS CAUSAS CRIMINALES	116
2.2.6.	ANÁLISIS SOBRE LOS REGÍMENES LEGALES DE PARTICULARES	117
2.3.	LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL COMO FUNCIÓN PÚBLICA	120
2.4.	AGENTES ENCUBIERTOS DE ORIGEN PARTICULAR	124
2.5.	NOTAS CONCLUSIVAS	131
3.	CAPITULO TERCERO. TEST DE CONSTITUCIONALIDAD.....	132
3.1.	JUICIO INTEGRADO DE CONSTITUCIONALIDAD	132

3.2.	NORMAS ESTUDIADAS	134
3.2.1.	CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	134
3.2.2.	CODIGO PENAL MILITAR	136
3.3.	AUSENCIA DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL	138
3.4.	CASO	139
3.4.1.	MEDIOS DISPONIBLES	141
3.4.2.	FIN PROPUESTO	143
3.4.3.	DERECHOS EN CONTIENDA	144
3.4.3.1.	CARGO PRIMERO: USO DE PARTICULARES COMO AGENTE ENCUBIERTO FRENTE AL DERECHO A LA VIDA	145
3.4.3.2.	CARGO SEGUNDO: USO DE PARTICULARES COMO AGENTE ENCUBIERTO FRENTE A LA AUSENCIA DE REGIMEN LEGAL APLICABLE	149
3.5.	CONSTITUCIONALIDAD DE MEDIOS Y FINES	152
3.6.	PASO UNO: ADECUACIÓN DE MEDIOS	154
3.7.	PASO DOS: NECESIDAD	158
3.8.	PASO TRES: PONDERACIÓN	162
3.8.1.	INTENSIDAD EN LA INTEVENCION DE DERECHOS - MEDIO 1	163
3.8.2.	INTENSIDAD EN LA INTEVENCION DE DERECHOS - MEDIO 2	165
3.8.3.	EXAMEN DE PONDERACIÓN	167
	CONCLUSIONES.....	171
	RECOMENDACIONES.....	174
	BIBLIOGRAFÍA.....	176
	NORMATIVIDAD.....	185

## SIGLAS Y ABREVIATURAS

art.	Artículo
arts.	Artículos
CANI	Conflicto Armado No Internacional
CEPOL	Escuela Europea de Policía
CICAD	Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas
CNPJ	Consejo Nacional de Policía Judicial
CP	Constitución Política (Colombia)
CTI	Cuerpo Técnico de Investigación
DAFP	Departamento Administrativo de la Función Pública
DAPR	Departamento Administrativo de la Presidencia de la República
DAS	Departamento Administrativo de Seguridad
DDOT	Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional
DEA	Administración para el Control de Drogas
DIAN	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
DNP	Departamento Nacional de Planeación
DPE	Derecho Penal del Enemigo
EF	Evidencia Física
EMP	Elemento Material Probatorio
ESP	Empresas de Servicios Públicos
FBI	Federal Bureau of Investigation
FGN	Fiscalía General de la Nación
GAO	Grupos Armados Organizados
GDO	Grupo Delictivo Organizado
ILO	Información Legalmente Obtenida
INPEC	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario
LAPLAC	Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal

MASC	Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos
MG	Magistrado(a)
MP	Magistrado(a) Ponente
MTEI	Manual de Técnicas Especiales de Investigación
NU, ONU	Organización de las Naciones Unidas
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA	Organización de Estados Americanos
pág.	Página
págs.	Páginas
ss.	Siguientes
SINR	Superintendencia de Notariado y Registro
StPO	<i>Strafprozeßordnung</i> (Código de Procedimiento Penal)
§	Parágrafo
STS	Sentencia de Tribunal Supremo
TEI	Técnicas Especiales de Investigación
TSE	Tribunal Supremo Español
UE	Unión Europea
UNODC	Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

## INTRODUCCIÓN

La investigación se refiere al estudio del uso de particulares como agentes encubiertos en labores de investigación judicial; en la actualidad cualquier civil proveniente de un entorno social y/o laboral no especializados puede ser empleado para desplegar actividades de alto riesgo en el contexto del crimen organizado transnacional y permeando la esfera de derechos fundamentales tanto de los investigados como del mismo ciudadano encubierto, lo anterior cobijado bajo el manto de la seguridad y la realización de la justicia – vista como bien superior por ser de interés general por parte del Estado – por medio de la incursión en un aparato criminal a fin de recoger datos, informaciones y pruebas para una eventual condena de los miembros de la organización delincinencial (Cardoso Pereira, 2012, pág. 324), todo en procura de eficientísimo por obtener resultados, a costa de poner en riesgo históricas conquistas sobre derechos fundamentales (debido proceso, intimidad...), en pro de la investigación estatal a grandes estructuras criminales, el análisis se desarrolla a partir del pasaje colombiano donde puntualmente un agente encubierto de origen particular desarrolla funciones públicas (de policía judicial) sin estar expresamente regulado su ejercicio, como lo demanda nuestra Constitución, además estamos frente a civiles que pueden carecer de conocimientos jurídicos y técnicos, no ejercitados o sin experiencia operativa, sin motivación o elemento volitivo (libre y consciente) y con ausencia de preparación psicológica.

Para analizar esta problemática es necesario mencionar que las disposiciones sobre métodos especiales de investigación, como lo es la infiltración, en cuanto al cumplimiento de requisitos por parte del agente encubierto particular, la observancia de éste de cara a los principios que rigen esta intrusiva actividad y el respeto a los derechos y garantías que le asisten al investigado, que aunque trata de métodos históricos, han adquirido cierta relevancia en la actual lucha contra el terrorismo, siendo impulsados principalmente en Colombia por recomendaciones de las

Naciones Unidas (NU) en 2005, claramente son tácticas excepcionales pues pueden resultar peligrosamente invasivas de derechos fundamentales, como lo advierte entre otros el maestro Zaffaroni (1996) con el derecho a la intimidad, la no autoincriminación, el debido proceso entre otros que se discutirán, además van dirigidas a investigar complejas organizaciones de crimen transnacional donde el control de la agencia encubierta, como una de esas técnicas excepcionales, debería regularse mediante una ley de la república, que para nuestro caso local no existe.

Abordar esta problemática obedece a un interés inicialmente académico, pues la cuestión plantea una violación de la carta natal, frente a la regulación inexistente sobre el ejercicio del sujeto particular infiltrado al momento de desplegar una función pública, poniendo adicionalmente en riesgo su vida; pero con éste estudio, la aplicación del test de constitucionalidad, el análisis jurídico/doctrinal local y foráneo, resalta una problemática mucho más compleja que bien trabajada puede redundar en beneficios sociales para nuestra estructura jurídica contemporánea.

En el ámbito profesional, del tema trabajado se derivará una fundamentación para la formulación de una interpretación constitucionalista íntegra del agente encubierto (ejercido por un particular), concebida objetivamente para la eficacia en la investigación criminal y el respeto de los derechos fundamentales tanto de los procesados como del propio agente.

En metodología, por ser una investigación de tipo documental, se desarrolló empleado el método deductivo, inductivo, el análisis y la síntesis de textos doctrinales y jurídicos tanto del ordenamiento interno como de otras latitudes donde se regulan aspectos de símil importancia en cuanto a la designación, autorización, vigilancia, establecimiento de garantías y límites de las operaciones encubiertas entre otras Técnicas Especiales de Investigación (TEI).

Formalmente al abordar un tema específico tendiente al avance normativo catalogamos la presente como una investigación aplicada; por su técnica se catalogó como descriptiva pues se realiza una exégesis conceptual y jurídica,

depuración temática para facilitar una construcción sistemática a partir de la cual sacar las respectivas conclusiones.

Principalmente se buscó establecer si en nuestro marco jurídico vigente resulta constitucional la designación de particulares como agentes encubiertos frente al marco legal imperante, lo anterior amparado en la aplicación de testeos constitucionales.

En el capítulo 1 se examinó la técnica de investigación encubierta, su concepción, devenir histórico, principios, requisitos, derecho comparado y en general los presupuestos más aceptados en la actualidad para su práctica profesional.

En el capítulo 2 se analizó el caso local identificando en Colombia que particulares cumplen funciones públicas y sus respectivos marcos normativos legales, donde se establecen sus competencias, límites de actuación, organismos de control, régimen disciplinario entre otros.

En el capítulo 3 se desarrolló un ejercicio valorativo constitucional mediante la aplicación de los test de proporcionalidad, conforme a los parámetros de aplicación jurisprudencial adoptada por nuestra intérprete constitucional.

## FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿ES CONSTITUCIONAL LA ACTUACIÓN DE PARTICULARES COMO AGENTES ENCUBIERTOS?

El artículo 242 (parcial) de la Ley 906 de 2004 faculta a la Fiscalía General de la Nación, por sus siglas FGN, para:

(...) 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. (...)

En este sentido se hace necesario un análisis minucioso de los principios de rango fundamental que se encuentran en el ring del mandato y que atendiendo a tal propósito se contraponen.

Por una parte, tenemos el interés general de la sociedad representado por el principio de “seguridad pública”, aquella que en una de sus manifestaciones modernas se enmarca en la lucha antiterrorista de tendencia mundial, misma lucha que legitima al aparato investigador para el empleo de personal civil en labores de espionaje.

Secuela de lo anterior tenemos que la normativa provincial faculta como instrumentos medio a personas particulares no calificadas, sin preparación técnica, jurídica, ni psicológica, posiblemente sin la protección de su identidad, en la lucha delincinencial frente a completas estructuras criminales, para lograr la detención de todos sus integrantes, incautación total de todos los medios utilizados regularmente en un elevado número de delitos (Hernando Martin, 2004); dichos particulares podrán desempeñar funciones de policía judicial, tendientes a la obtención de información y pruebas sin instrucción, amparo económico ni garantías legales; esto

redunda en un riesgo inminente y desproporcionado a la vida, la aumentada exposición a consecuencias fatales tanto para el sujeto objeto de la disposición valorada como para su núcleo familiar y personal, todo sin la menor regulación del Estado, en general sin un régimen legal, con omisión de la consigna constitucional 123 en su inciso final “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

Aquí yace un interrogante importante, ¿la satisfacción de la seguridad pública amerita el uso de particulares como agentes encubiertos, frente a la ausencia de un régimen legal que les sea aplicable?, con la realización de este trabajo mediante de un ejercicio metodológico normativo, jurisprudencial y doctrinal comparado sobre la posición de cada principio contenido y su escrutinio a través del test de proporcionalidad instruido por la Corte Constitucional (Sentencia C-093-01, 2001), podríamos vaticinar posibles soluciones a tan apremiante controversia y plasmarlas como recomendaciones para lograr un sistema equilibrado.

En el marco internacional, se aborda un tema de problemática contemporánea, en el entendido que las hoy complejas estructuras de delincuencia transnacional, requieren que los organismos de instrucción tengan a su alcance las más modernas habilidades y herramientas investigativas y pese a que la técnica de espionaje es de vieja data, la reciente exigencia del crimen, su tecnificación, su capacidad de permear todos los círculos sociales, la tecnología en medio de un mundo globalizado, son factores que exigen trascender del clásico modelo expiatorio, estructurando una nueva figura de agente encubierto, dotado de cualidades excepcionales, desde su formación, su motivación y su capacidad psíquica para el manejo de tan complejos y riesgosos retos profesionales.

Este trabajo puede contribuir en la comprensión de la nueva dimensión del agente encubierto, sus fines, discusiones e importancia dentro de un Estado social de Derecho dinámico y articulado con la integración multilateral, abanderado del respeto por la dignidad humana dentro de esquemas de influencia política

internacional que impone un nuevo orden mundial y tienden a limitar las libertades en la lucha contra el terrorismo; en el ámbito nacional puede tomarse como un punto de referencia a través del cual evaluar la dinámica entre los principios fundamentales que se contraponen, la seguridad pública y realización de la justicia (utilidad general), versus, el interés por la vida de los particulares con función encubierta en labores de investigación y la intervención de derechos fundamentales de las personas sujetas a la investigación judicial.

## JUSTIFICACIÓN

Conviene la realización del trabajo para examinar la aplicación que en Colombia le damos a la figura de agente encubierto cuando este lo encarna una persona particular, analizando el contexto normativo, jurisprudencia y doctrinal presente, examinando nuestra carta constitucional frente las garantías mínimas exigibles para el desarrollo de esta labor tanto para servidores públicos, como para particulares investidos de función pública y su relevancia en el entorno social nacional; teniendo en cuenta los beneficios que convendrían otorgar a quienes desarrollen esta importante labor de espionaje, valiendo decir que únicamente es aplicada a selectos grupos delincuenciales, enmarcando tan ardua tarea al tamiz de la legalidad y el respeto por los derechos fundamentales.

Es de esperarse que los resultados del proyecto denoten la constitucionalidad de la norma, con efectos incluso como para desencadenar acciones públicas para la promoción de nuevas normas o la valoración a fondo del contexto legal donde se ubica actualmente y bajo las premisas que hoy la definen, orientando su interpretación principalmente con dos instrumentos: primero frente a la doctrina específica y coetánea que delimita su aplicación práctica, la del agente encubierto; y segundo sometiendo su interacción y rivalidad entre principios a la báscula de la ponderación, con la aplicación de los test instruidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Para tales acometidos, se cuenta con literatura específica de rango doctoral entre otros, dedicación académica por parte del proponente, apoyo institucional del ente formador representado en orientadores con grado doctoral y de maestría y material bibliográfico.

## **OBJETIVO GENERAL**

Estudiar el uso de personas particulares en la técnica de investigación con agente encubierto y su repercusión frente a su seguridad personal, la falta de regulación legal en el ejercicio de funciones públicas y la intervención de derechos fundamentales de terceros.

## OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Establecer la procedencia del uso de agentes encubiertos como técnica de investigación contra el crimen organizado, identificando los requisitos más aceptados para su empleo.
2. Identificar en el caso de Colombia, qué particulares cumplen funciones públicas, qué régimen legal les es aplicable y validar si el agente encubierto particular hace parte de estos.
3. Aplicar el test de proporcionalidad a la institución del agente encubierto en Colombia, a fin de determinar su constitucionalidad frente al uso de particulares y servidores públicos como personal encubierto y su repercusión en el marco jurídico nacional.

## MARCO REFERENCIAL

Primitivamente la figura de agente encubierto estudiada, se mezclaba indistintamente con la que hoy destacamos agente provocador, aquella en donde el sujeto infiltrado, como lo reseña Sologuren Insua (2008, pág. 8), gestaba con su actuar la conducta que se pretendía perseguir como delito o falta, una especie de instigador o iniciador, lo que intuimos hoy como provocador, de la cadena ejecutora.

Referencia Cardoso (2012) "(...) espías, informantes, agentes encubiertos, etc., fueron utilizadas en todas las fases de la historia de la humanidad. Los pueblos de la antigüedad utilizaban dichas técnicas con respecto a sus enemigos, generalmente los pueblos vecinos que pretendían conquistar" (Moscatto de Santamaria, 2007, pág. 5), su finalidad era develar el poderío del grupo, facilitar su posterior y planificada invasión o estar preparado para hacer frente a ataques.

Según Montoya (2001), hay informaciones que sitúan por primera vez su existencia en el Génesis (III, 1-7), agrega que en el espionaje político francés en los tiempos de Luis XIV los gendarmes inducían a personas vistas como peligrosas por el gobierno a cometer delitos políticos, luego obtenían recompensas, sus bienes o incluso su mujer, de este tiempo data la expresión *agent provocateur*, también dice Cardoso (2012) que algunos ubican su origen en la antigüedad griega (Esopo, III, fábula V, *Aesopuset petulans*), pero finalmente es mayormente aceptado su origen en la Francia del siglo XVII.

Es precisamente la institución de *agent provocateur* la que, madurada por la doctrina, permitió distinguir el agente encubierto, un género esencialmente distinto y de consecuencias jurídicas que distan mucho desde la actual arista de la legalidad, tanto procedimental como probatoria moderna.

En las infiltraciones parisinas del siglo XVIII controladas por la Policía, se servían de *mouches* o *mouchards*, sujetos particulares, una especie de ex convictos que negociaban su libertad a cambio de esta cooperación (de Maglie, 1991, págs. 7-13), en este precedente encontramos los precarios usos de los particulares, como constituyeron para la construcción histórica de la figura encubierta, en una actividad que como es natural para la época se ejercía sin ningún tipo de garantías ni respeto por los derechos humanos, donde el sujeto básicamente propendía por sobrevivir en el sistema socio-político imperante y canjeaba favores a cambio de funcionar como delatores.

Consintiendo el uso institucional de particulares, por primera vez en la historia, en 1800, resalta Alves Bento (2009), la creación de un programa organizado de infiltración por el francés Eugène François Vidocq inspirador de “Los miserables” de Victor Hugo; luego en Inglaterra el “Special Irish Branch” de 1883, con la figura anglosajona del “entrapment” (Sologuren Insua, 2008, pág. 16); y, hasta que en el “Italian Squad” en 1906 se comenzó a especializar la técnica en Estados Unidos con agentes federales de la Oficina Postal y el Departamento del Tesoro que actuaban sin control judicial, más tarde en 1930 la práctica fue adoptada por el *Federal Bureau of Investigation* (FBI)

En posición fuertemente crítica refiere Zaffaroni (1996) al uso del personal encubierto desde los tiempos de la inquisición, enmarcado en la legitimación de la coacción estatal (gobierno o régimen imperante) ante la aparente amenaza de un mal sobre la sociedad, en la actualidad contrasta esta postura con la reinante doctrina de la “seguridad nacional”, premisa bajo la cual se limitan las libertades civiles con sustento en una guerra sucia que vaticina el uso de recursos igualmente sucios<sup>1</sup> (pág. 726).

---

<sup>1</sup> Parafraseando a Zaffaroni, quién expone que la política de seguridad nacional (promovida esencialmente por los americanos) al hacer uso de una técnica como la agencia encubierta, pone al descubierto que el Estado frente al terrorismo opta por emplear medios controversiales en invasivos de libertades civiles, medios sucios, para confrontar el delito.

En Colombia la figura del “agente encubierto” solo se vino a positivizar en la Ley 906 de 2004, el Código de Procedimiento Penal vigente, en legislación anterior este concepto no estuvo regulado (tampoco sus conceptos precedentes como el agente provocador), ni en parte sustantiva (Códigos Penales: 1837, 1890, Ley 96 de 1936 y Decreto 100 de 1980), ni en parte adjetiva (Decreto 1345 de 1970, Decreto 409 de 1971, Decreto 181 de 1981, Decreto 50 de 1987, Decreto, Decreto 2700 de 1991 y Ley 600 de 2000), en la actualidad la agencia encubierta tiene una reglamentación de orden legal insípida, tan solo en la parte penal procesal ordinaria (Ley 906 de 2004, artículo 242 parcial) y penal militar (Ley 1407 de 2010, artículo 402 parcial) se hace referencia expresa, pero superflua sobre su utilización, en ambas codificaciones se presenta una reproducción fidedigna de cómo debe ser la actuación del agente encubierto con características como: actuación supeditada a la autorización del ente fiscal investigador; no requiere solicitar autorización judicial previa, pero si exige un control de legalidad posterior; se le permite al fiscal emplear personas particulares sin modificar su identidad; el encubierto goza de capacidad para adquirir obligaciones en transacciones delictivas, también participar en entregas vigiladas; y, poner en conocimiento de información a la Fiscalía para que ésta disponga en operación legalmente programada, recoger elemento material probatorio y evidencia física que podrá tener valor probatorio (insumo que por supuesto deberá someterse a control de legalidad posterior).

Conceptualmente abordamos la figura estudiada a partir de su principal acción “infiltrar”, siendo ésta una actividad altamente invasiva por parte del agente encubierto; en un intento de acercamiento a la definición actual del concepto, acudimos como fuente semántica primaria al diccionario de la Real Academia Española, y de su quinta acepción tomamos que infiltrarse es “Introducirse en un partido, corporación, medio social, etc., con propósito de espionaje, propaganda o sabotaje.” (2019), es claro que para el rigor jurídico del estudio, la definición escapa de la esfera y además de generalizada, trasciende a otras acciones interventoras

como lo es el sabotaje, por tanto se acudirá a acepciones doctrinales y del derecho internacional.

Para la doctrina chilena vale predicar lo adoptado por el concepto español, que el agente encubierto es “aquel funcionario policial que actúa en la clandestinidad, generalmente con otra identidad que desempeñan tareas de represión o prevención del crimen mediante infiltración en organizaciones criminales para descubrir a las personas que las dirigen” (Muñoz Sanchez, 1995, pág. 41), donde destacamos al menos 4 aspectos: la calificación del sujeto, funcionario policial; la ocultación de su identidad; la técnica de infiltración, para penetrar organizaciones criminales; y, el descubrimiento de los sujetos autores o partícipes.

Para el argentino Rendo (2008) es “un empleado o funcionario público que voluntariamente, y por decisión de una autoridad judicial, se infiltra en una organización delictiva a fin de obtener información sobre la misma en relación a sus integrantes, funcionamiento, financiación.”, en este un elemento volitivo junto con es escudriñamiento informativo no solo de los sujetos sino del funcionamiento y financiación son nuevos aportes, de vital importancia que la voluntad del agente esté determinada por su motivación excepcional; agrega además Caferatta Nores (2000) elementos importantísimos como: la constitución como medio extraordinario, de tendencia actual a *ordinarizarse*; la designación judicial de su actuación, debiendo ser taxativa su autorización; y, régimen sancionatorio especial, ante inexactitudes o falsas imputaciones. (2000, págs. 221-231)

Conceptúa el Tribunal Supremo Español (TSE) que el policía investiga de incógnito, una vez aceptado en el ambiente criminal, puede conocer los planes y así abortarlos, delatar los autores del hecho y procurar su detención (STS 1575, 1998).

Ramirez Jaramillo (2009) concluye que el agente encubierto:

(...) se hace miembro de un grupo criminal para ganarse su confianza, descubrir a sus principales líderes, recaudar pruebas contra ellos y presentarse, excepcionalmente, como testigo de cargo. Se entiende que estas actividades deberían ser ejecutadas por personal de la policía judicial, pues el Estado no debería buscar saltarse los límites que tendría para las afectaciones de los derechos utilizando a particulares, que no se encuentran sujetos a los principios y controles de la actuación de los servidores públicos.

Parece claro que estas actividades del agente encubierto, comportan serios riesgos para la seguridad no sólo del agente, sino de terceras personas ajenas al proceso, pues para el desarrollo normal de este cometido el agente tendrá en muchos casos que cometer delitos dentro del grupo delincencial. (pág. 123)

A partir del citado planteamiento se acentúa con más ahínco los evidentes perjuicios jurídicos y sobre derechos fundamentales a los que se expone el Estado autorizando y/o legitimando la participación de un civil de rol ordinario, común y corriente en elaboradas estructuras delincuenciales para el desarrollo de investigaciones que además de excepcionales, resultan altamente peligrosas.

Con una construcción bastante completa y compendiada por Cardoso Pereira (2012) donde el agente encubierto

(...) sería entonces el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos. (pág. 233)

De lo cual recopilamos que en la actualidad la ciencia jurídica penal distingue al menos 5 elementos esenciales:

- a) Calificación del agente encubierto, regularmente policía o servidor con función judicial el cual surge de un proceso de selección y capacitación (técnica, jurídica y psicológica).
- b) Designación y control, donde la ley autoriza su intervención y el poder judicial controla su ejercicio.
- c) Contra la delincuencia organizada, frente a estructuras criminales complejas y/o transnacionales, tales como el narcotráfico de estupefacientes, trata de personas, contrabando de armas y el temido terrorismo entre otros.
- d) Medio excepcional, utilizado subsidiariamente cuando los medios ordinarios han fracasado o son inútiles, pues este instrumento se presenta de forma excepcional por considerarse invasivo de derechos fundamentales.
- e) Finalidad, persiguiendo que en la investigación se recaude información operativa y material probatorio pertinente y conducente para el sometimiento de los autores y el esclarecimiento de los hechos delictivos.

Siguiendo por la línea dogmática doctoral ibérica, encontramos en “Las diligencias policiales y su valor probatorio” de González Jiménez (2014) que el agente encubierto enmarcado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal - LECrim (adenda por Ley Orgánica 5 de 1999, art. 282 bis), consagra que la designación extraordinaria del agente encubierto debe tratarse de una petición “motivada judicialmente”, donde el Ministerio Fiscal es la autoridad competente para autorizar la actuación por 6 meses con subordinación a las normas establecidas, seguidamente debe dar cuenta al Juez de Instrucción, única instancia que puede prorrogar la autorización por periodos de igual duración, en todo caso es el Ministerio del Interior quien concede la identidad supuesta del actor; resulta claro que el nivel de formalización

del procedimiento es nutrido, institucionalmente solidario y con control judicial activo, lo que denota un activa desarrollo legislativo y jurisprudencial sobre el tema el cual cada vez semeja garantismo alrededor de tan controversial método de investigación. (González Jiménez, 2014, págs. 206-209)

Hernando Martin (citado por Cardoso en su trabajo doctoral), sobre la comprometida labor del personal encubierto: "(...) Esta técnica presenta una gran complejidad, ya que requiere la utilización de una persona extraordinariamente motivada y capacitada profesionalmente, así como una detallada planificación que va a requerir un periodo de tiempo relativamente prolongado." (2004, pág. 377). Claramente podemos destacar la formación profesional que *intuito personae* debe tener el encubierto y que en ningún momento podrá esta ser justificada o suplida por mediar la dirección de un fiscal en su actuación.

En Colombia no ha pasado inadvertida la regulación sobre el agente encubierto, su trámite constitucional no es del todo sano ni ajeno a controversias, vemos entonces como desde la vigencia de la norma, numeramos sumos intentos por derrocar la disposición estudiada, en el histórico de demandas reposan por lo menos el archivo de al menos 5 acciones en las que la Corte Constitucional se allano inhibida, especialmente por no encontrar debidamente cumplidos los requisitos mínimos para el estudio de las demandas:

- i. Sentencia C-591-05, MP. Clara Inés Vargas Hernández, donde la Corte se declaró inhibida.
- ii. Sentencia C-1260-05, MP. Clara Inés Vargas Hernández, donde la Corte se declaró inhibida.
- iii. Sentencia C-606-06, MP. Manuel José Cepeda Espinoza, donde la Corte se declaró inhibida.

- iv. Sentencia C-536-08, MP. Jaime Araujo Rentería, donde la Corte rechazó la demanda.
- v. Sentencia C-543-08, MP. Humberto Antonio Sierra Porto, donde la Corte se declaró inhabilitada.
- vi. Sentencia C-025-09, MP. Rodrigo Escobar Gil, donde la Corte se declaró inhabilitada para el tema concreto.
- vii. Sentencia C-587-11, MP. Jorge Iván Palacio Palacio, donde la Corte se declaró inhabilitada.

También es dable relacionar otros pronunciamientos que han resultado importantes en cuanto la demarcación de las actividades encubiertas y su relación con los civiles

- i. Sentencia C-251-02, MP. Dr. Eduardo Montealegre Lynett y Dra. Clara Ines Vargas Hernández, donde se afirmó que el papel de los civiles en la cooperación con la seguridad y defensa nacional no puede ponerlos en riesgo transformándolos en espías al servicio del Estado.
- ii. Sentencia C-156-16, MP. María Victoria Calle Correa, donde la Corte condicionó las diligencias que impliquen ingreso de agente encubierto a reuniones en lugar de trabajo o domicilio del imputado o indiciado, al control judicial previo y sin perjuicio del control posterior de legalidad.

## METODOLOGÍA

Se emplearán en este trabajo una combinación de los métodos más clásicos por encontrarnos frente a una investigación de tipo documental: el método deductivo, el método inductivo, el análisis y la síntesis de textos jurídicos como la Constitución Nacional donde se establecen los principios y derechos fundamentales en nuestro Estado social de derecho, contrastada con las leyes en donde se autoriza el uso de particulares como agentes encubiertos investidos en parte de funciones de policía judicial, lo anterior interpretado con la guía de documentos de origen judicial, las jurisprudencias en donde se han debatido algunas consideraciones preliminares del agente encubierto y especialmente la doctrina que sobre el tema tiene bastas contribuciones recogidas desde la sistemática de la historia y experiencia del derecho en otras latitudes.

Por la forma, esta investigación es aplicada puesto que aborda un tema específico, el uso de personal civil no calificado en labores de investigación judicial de alto nivel, lo anterior en un análisis que propende el mejoramiento de la estructura formal de la sociedad frente al uso de métodos invasivos de infiltración judicial necesaria para afrontar los nuevos retos en la investigación del crimen organizado.

En cuanto a la técnica podemos catalogar la investigación como descriptiva, pues tomará conceptos fundamentales homogéneos, especialmente de la literatura jurídica fundada en la experiencia internacional, con el fin de construir una estructura sistemática, confrontada con nuestro contexto socio-jurídico, para obtener conclusiones objetivas que caractericen nuestra realidad y planteen soluciones prácticas adaptables.

Se abordará una conceptualización moderna de las estructuras criminales de alto nivel (terrorismo, trata de personas, comercio armado ilegal, narcotráfico, blanqueo de capitales, entre otros), analizando sus nuevos recursos humanos y tecnológicos,

los factores que determinan su realización y la forma en cómo una técnica intrusiva puede bajo condiciones excepcionales afrontar los nuevos retos de estas organizaciones delictivas, estableciendo el marco de parámetros al que conviene acudir para el uso del agente encubierto y tomando conciencia de sus implicaciones sociales.

Desde otro costado, establecer por medio de la doctrina cuáles son las recomendaciones científicas más aceptadas sobre los requisitos y cualidades que debe revestir a aquel sujeto que pretende actuar encubierto, cuáles son los objetivos de tales exigencias, sus rasgos característicos al momento de ser seleccionado, sus aspectos personales y profesionales, sus intereses, su componente vivencial y hacer un paralelo frente a lo que de lo anterior se puede encontrar tanto en un particular, como en un servidor judicial del Estado.

Examinar que particulares en Colombia están constitucionalmente autorizados para ejercer funciones públicas, que tipo de mandato puede realizarse, en qué casos puntuales o generales se facultan, que designa la norma jurídica para que puedan ejercer las funciones consentidas, especialmente frente a su obligatoria reglamentación legal, el régimen especial que les cobija y les garantiza seguridad tanto para la persona como para la sociedad; de esto se pueden derivar serios hallazgos que pueden llevar al Estado a ser responsable patrimonial por contingencias imprevistas y de las cuales los ciudadanos no están amparados.

Identificar desde la norma legal local, que principios y/o derechos fundamentales se contraponen en la realización práctica de un propósito constitucional, con que intensidad se colisionan y bajo la orientación de derroteros jurisprudenciales, construir un instrumento que permita testear tales principios, aplicándolo a fin de ponderar, bajo determinadas variables, la prevalencia entre medios (relación medio-medio) sobre el fin anhelado, permitiendo evidenciar los mecanismos más idóneos y menos nocivos, buscando satisfacer las necesidades del caso.

Conclusivamente, recoger los resultados, sistematizarlos y plantear recomendaciones concretas sobre el uso de personal civil en actividades de investigación judicial encubierta, además en nuestro país, evaluar su procedencia frente a un accionamiento de revisión jurisdiccional por parte de la Corte Constitucional Colombiana y otras alternativas frente a otras ramas del poder público.

## 1. CAPITULO PRIMERO. EL AGENTE ENCUBIERTO

### 1.1. DEFINICIÓN Y ORIGEN EN COLOMBIA

La figura del agente encubierto tiene su génesis en los pueblos antiguos, primitivamente sin distinción del agente provocador (proscrito en nuestra práctica de investigación judicial moderna), de forma mediata y en Francia surge la expresión *agent provocateur*, con funciones de espionaje político para promover acciones contra el régimen absolutista imperante en la época. (Cardoso Pereira, 2012, págs. 230-231)

Para definir el agente encubierto podemos empezar Molina Pérez en su escrito – Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines – donde concreta: “El agente infiltrado es un funcionario de la Policía que tiene por misión actuar, dentro de la clandestinidad, en un determinado ambiente criminal para reprimir y prevenir acciones delictivas y para descubrir a quienes integran la organización criminal.” (2009), definición apegada a la del autor chileno Riquelme Portilla (2006), citado por Sologuren (2008), en el cual puntualiza: “el agente encubierto es aquel funcionario policial que actúa en la clandestinidad, generalmente con otra identidad que desempeñan tareas de represión o prevención del crimen mediante infiltración en organizaciones criminales para descubrir a las personas que las dirigen” (pág. 28).

De la recopilación, siendo esta mayormente deontológica funcional, al describir aspectos formales de lo que se espera obtener del agente en el ejercicio de sus tareas operacionales, es dable resaltar un contenido somero sobre las exigencias o requisitos que debe suplir el individuo; pero el hecho de que

mencione como sujeto calificado al “funcionario de la Policía” nos permite ahondar en la idoneidad que debería suplir el particular que valla a desempeñarse bajo cubierta, esto en cuanto a las cualidades que éste también debe cumplir en comparación a las que le son exigibles a cualquier miembro de un cuerpo policial, lo cual reivindica que un individuo del común, mientras no se verifique su suficiencia, no se le puede facultar para tales misivas; espiar, prevenir el delito, descubrir personas, actuar furtivamente en ambientes hostiles son situaciones de grueso calibre que recaen en el deber de una agencia encubierta.

En cuanto a las acepciones de la doctrina local, resulta pertinente acudir al axioma empleado por Hernández Gómez (2018), en su reciente investigación - La anticorrupción en Colombia, el agente encubierto y la función de inteligencia – autor que acude directamente a las definiciones institucionales, tanto del Manual Único de Policía Judicial que deriva de nuestro código adjetivo penal:

[...] la infiltración<sup>2</sup> y/o penetración<sup>3</sup> a una organización delictiva realizada por servidores con funciones de Policía Judicial o particulares, cuando sea indispensable para el éxito de las tareas investigativas y con el fin de obtener información de interés para la investigación y EMP y EF [sic] (...). (2018, pág. 106)

En esta definición nos encontramos una relevancia técnica donde, el servidor público o el civil se enfundan en un rol de investigación, dentro de una organización criminal, tendiente a la obtención de recursos con vocación probatoria.

---

<sup>2</sup> La infiltración se conoce en la doctrina militar como una técnica mediante la que se introducen unidades propias en el blanco u objetivo, para que recolecten información sobre actividades, capacidades, composición, planes, proyectos y otros elementos de interés.

<sup>3</sup> La penetración también es una técnica, que consiste en lograr la colaboración consciente o no, de un miembro del blanco u objetivo, con el fin de obtener información confidencial, útil y fidedigna.

Otro aporte local relacionado, lo agrega el Perdomo Torres (2009), donde determina que la finalidad de las investigaciones encubiertas es la:

(...) obtención de información y datos relevantes para el proceso penal; ellas se sirven del “engaño” como uno de sus elementos esenciales; en este caso el indiciado o imputado sabe perfectamente que está dando una información, lo que no sabe es con qué fin, ni las consecuencias de su manifestación, en esto se basa el actuar secreto. (pág. 203)

Esta perspectiva se centra en el propósito de una operación secreta, donde se destaca el empleo del engaño para el recaudo de información, una anteposición, según refiere el autor, de la solidaridad como valor social, frete a la libertad personal del investigado; en tal sentido esta contribución nos lleva únicamente a complementar el objeto perseguido por una actividad de agencia encubierta.

En grado de mayor amplitud y aceptación conceptual encontramos la definición especializada del doctrinante Cardoso (2012):

Agente encubierto sería entonces el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos. (pág. 233)

Del previo concepto podemos extractar que el agente encubierto es un sujeto de especial calidad y cualidad, es decir que no es un resultado del azar o un producto que no haya sido labrado con esmero, por el contrario, se puede destacar que su consolidación requiere:

- i. Primeramente, un sujeto calificado (policía judicial)<sup>4</sup>;
- ii. se obtiene de un proceso de selección;
- iii. con identidad ficticia que asegura su protección y la de terceros;
- iv. con formación técnica y jurídica<sup>5</sup>;
- v. para penetrar difíciles estructuras de delincuencia organizada; y,
- vi. obtener información y pruebas de su accionar delictivo.

En clara ratificación de su necesaria capacidad técnica investigativa y el innegable conocimiento jurídico, el Doctor Cardoso añade:

El agente encubierto investiga el crimen desde el interior de la organización criminal, y según nuestro modo de pensar, actuando sin exceder el marco de las garantías constitucionales, se utiliza de técnicas de investigación para recabar datos, informaciones y pruebas que comprobé la práctica de delitos graves por los miembros de un determinado grupo de delincuentes [sic]. (2012, pág. 228)

Salta a la vista la basta diferencia de las viejas figuras encubiertas, como el provocador, primero por interés supra ordinal de salvaguardar las “garantías

---

<sup>4</sup> Cimentando su propuesta “deberá ser un sujeto, ordinariamente integrado en las fuerzas de seguridad del Estado, especialmente un agente de Policía”, a partir de las opiniones de “CARMONA SALGADO, C., “La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico”, cit., págs. 181-182; DELGADO MARTÍN, J., “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto”, cit., pág. 6; GASCÓN INCHAUSTI, F., Infiltración policial y agente encubierto, cit., pág. 10; PAZ RUBIO, J. M; MENDOZA MUÑOZ, J; MORICHE, R. R; OLLÉ SESÉ, M., La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales, Madrid, 1999, pág. 395; RIFÁ SOLER, J. M., “El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim”, cit., pág. 164; RIVES SEVA, A. P., La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, 3ª edición, Navarra, 1999, págs. 60-61; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “Comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero: la entrega vigilada y el agente encubierto”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 380, 1999, pág. 5.”.

<sup>5</sup> En este énfasis concreta: “algunos otros datos de interés pueden ser destacados en la búsqueda del establecimiento del concepto del infiltrado: el policía u otro agente de seguridad del Estado tiene que ser especialmente preparado y entrenado para esta concreta tarea de investigación (...) (Pie: Vid. ESPINOZA DE LOS MONTEROS, R. Z., El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español, cit., pág. 349-354; PAZ RUBIO, J. M et alli., La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales, cit., pág. 395.)”.

constitucionales”, no intervenir en el tráfico jurídico delictivo de forma determinante y emplear la técnica frente a la investigación de estructuras delictivas organizadas; todas, características para las que se hace necesario un consolidado saber técnico y jurídico que soporte una correcta actuación operativa.

En cuanto al origen formal en Colombia, se ha podido establecer que por adopción de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” y el “Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince (15) de noviembre de dos mil (2000), aprobado mediante Ley 800 de 2003, se integró al orden interno, en nuestro caso procesal, la figura de agente encubierto, entre otras, cumpliendo con los propósitos establecidos en el derecho internacional público.

## **1.2. CRIMEN ORGANIZADO Y ORGANIZACIONES CRIMINALES**

Los conceptos asociados al crimen organizado y a las organizaciones criminales, entre muchos otros, varían conforme la doctrina y el uso local, a efectos de estandarizar sus definiciones haremos uso de aquellas que internacionalmente resultan de mayor aceptación y adoptadas en nuestra legislación, estas son las contentivas de las convenciones de las Naciones Unidas.

En la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, tenemos 2 asertos muy importantes en el artículo 2:

Artículo 2. Definiciones. Para los fines de la presente Convención:

a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; (...)

c) Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada;

Para las acepciones vistas es posible sintetizar que como “grupo delictivo organizado” se entiende la concertación de al menos 3 sujetos para la comisión de delitos tipificados en la Convención, donde a diferencia de un “grupo estructurado”, los roles funcionales de sus integrantes no son imperiosamente definidos y, además, en este último la orquestación se organiza para la comisión inmediata de un delito, por lo que dicho grupo puede no tener perduración en el tiempo.

Con las anteriores características podemos formular que un grupo delictivo organizado funciona como delincuencia o crimen organizado, mientras que su vertiente minúscula, grupo delictivo, se asemeja a una organización criminal, donde la organización funcional no es consistente en el tiempo ni está determinada para evadir la justicia por un actuar sistemático; Ángel Barrios completa la distinción agregando que el crimen organizado opera en territorios donde existe alta capacidad de corromper cualquier nivel de la sociedad, donde la violencia se relega a casos necesarios de control, por ejemplo defensa territorial; asimismo estas estructuras reclutan sus miembros en mercados de pobreza y abandono social, estableciendo un equilibrio social con aislamiento del gobierno, se convierten en garantes de inclusión social, económica e incluso

cultural que no solo usan para su fin perverso, sino como fuente de poder político<sup>6</sup> (2016).

Definido el crimen organizado como concepto amplio y su distinción con organización criminal, podemos concretar que en ambos casos la técnica de agente encubierto es válida emplear, pero lo anterior frente al marco internacional, lo que no excluye el marco nacional, pero exige precisar la extensión conceptual frente al CANI que opera localmente, para ello se acude a la Ley 1908 de 2018 sobre organizaciones criminales, en donde su artículo 2 cimenta:

Para los efectos de esta ley se entenderá por:

**Grupos Armados Organizados (GAO):** Aquellos que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

Para identificar si se está frente a un GAO se tendrán en cuenta los siguientes elementos concurrentes:

- Que use la violencia armada contra la Fuerza Pública u otras instituciones del Estado; la población civil; bienes civiles, o contra otros grupos armados.
- Que tenga la capacidad de generar un nivel de violencia armada que supere el de los disturbios y tensiones internas.
- Que tenga una organización y un mando que ejerza liderazgo o dirección sobre sus miembros, que le permitan usar la violencia contra la población civil, bienes civiles o la Fuerza Pública, en áreas del territorio nacional.

---

<sup>6</sup> Resalta el autor que “El Estado es clave en la naturaleza y alcance del crimen organizado que opera en su territorio. (...) En ocasiones, el Estado o parte de él, no necesitan ser coaccionados sino que establecen voluntariamente alianza con redes criminales en las que pueden participar sectores políticos, de los aparatos de seguridad y del empresariado”.

**Grupo Delictivo Organizado (GDO):** El grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Los delitos cometidos por estos grupos no necesariamente tendrán que ser de carácter transnacional, sino que abarcarán también aquellos delitos que se encuentren tipificados en el Código Penal Colombiano.

Del anterior mandato, conforme a los requisitos y descripciones normativas, se desprende que tanto el crimen organizado como las organizaciones criminales, o lo que es lo mismo bajo la óptica de las Naciones Unidas: grupo delictivo organizado y grupo estructurado; se puede concluir (véase último inciso citado) que la investigación y judicialización propia se puede promover con las directrices del crimen transnacional y emplear las TEI, particularmente la que delimita el tema en desarrollo.

### **1.3. INFORMANTE, AGENTE ENCUBIERTO Y AGENTE PROVOCADOR**

Un informante distingue a partir de su calidad civil, pues se constituye como un sujeto independiente de la fuerza pública, el cual actúa, cual cita Ramírez (2009), como “confidente policial” (Gimeno Sendra, 2005, pág. 474), que muchas veces de forma anónima o con reserva de identidad suministra continuada u ocasionalmente información sobre personas u organizaciones criminales, en ocasiones son disidentes o personal inmiscuido en el entorno delincuencia, puede tener motivaciones diversas (venganza, conveniencia, incentivos monetarios, patriotismo, beneficios procesales...); en tanto que un agente encubierto distingue por su naturaleza como autoridad policiva, con preparación y experiencia en la lucha contra el delito, es utilizado como medio extraordinario,

realizar actos de trascendencia penal para infiltrar organizaciones criminales complejas e incluso de accionar transfronterizo, obtener información sobre su estructura, operación y recaudar elementos de prueba, gozan de garantías como ostentar falsa identidad, recibir remuneración económica por su trabajo e incentivos materiales sobre resultados, y finalmente impunidad condicionada por razones de política criminal. (Montoya, 2001, págs. 159-161)

Definido previamente el concepto de agente encubierto y habiendo establecido que el origen del mismo lo ubicamos como una evolución dogmática posterior a la Francia del siglo XVII emanada del *agent provocateur*, es menester resaltar las diferencias más notables de esta primitiva figura, lo más significativo es que cumpliendo los requisitos regularmente establecidos para cualquier agente del servicio público, o excepcionalmente en su calidad de civil, este sujeto, el provocador, insta a la comisión del delito, la cual puede ser: manifiesta de forma superflua, como sembrando una idea; comprometida, si interviene mediana o decididamente en la consumación del delito; o expresa, cuando la idea criminal acompañada de su consumación emana directamente del agente. La discusión sobre el estrecho lindero entre la provocación y la acción encubierta se presenta en el comportamiento del funcionario, pues resulta ampliamente controvertible la participación clandestina de éste, cuando la comisión de un ilícito no emana exclusivamente de la manifestación de la voluntad del individuo investigado o de la cúpula misma de la estructura criminal.

Precisamente la acción provocadora que gesta el delito es la que sustancialmente invalida su actuación dentro del procedimiento de infiltración, al influenciar la parte volitiva del criminal, se alteran elementos subjetivos del delincuente que vician y posteriormente puede hacer nula la actuación. Visto así, provocar premeditadamente un delito, desfigura la responsabilidad del actor u actores investigados.

#### 1.4. APORTES DOCTRINALES

Por lo polémico que resulta el tema, existe un extenso material doctrinal que principalmente: estudia el agente encubierto; la necesidad de su implementación como mecanismo extraordinario en la lucha contra el crimen organizado y transnacional; sus límites; su reglamentación técnica y legal; y su contienda frente a derechos como la intimidad y la no autoincriminación. Solo a modo de aportes para el estudio del caso se nombrarán algunas notas conclusivas de diversos autores:

- i. El ya mencionado Cardoso Pereira, de la Universidad de Salamanca, destacada autoridad de la figura estudiada, doctoró con la tesis “Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos”, resalta con vehemencia la calificación del sujeto que se enviste de la labor encubierta; el proceso de selección atendiendo sus características físicas, técnicas, educativas y psicológicas; con identidad falsa que le proteja su integridad e intimidad, la de su entorno profesional y familiar; motivación extraordinaria; permanente profesionalización; con propósito de investigar, hallar información relevante, buscar pruebas; experiencia operativa; entre otras facultades y consideraciones<sup>7</sup>.
- ii. Sobre la comprometida labor del personal encubierto: “Hernando Martin (2004) menciona (...) Esta técnica presenta una gran complejidad, ya que requiere la utilización de una persona extraordinariamente motivada y capacitada profesionalmente, así como una detallada planificación que va a requerir un periodo de tiempo relativamente prolongado.” (Cardoso Pereira, 2012, pág. 378). Claramente podemos destacar la motivación y formación profesional que *intuito personae* debe tener el encubierto, que

en ningún momento podrá esta ser justificada o suplida por mediar la dirección de un fiscal en su actuación.

*iii.* En consideración al contexto colombiano Ramírez (2009) concluye que el agente encubierto:

(..) se hace miembro de un grupo criminal para ganarse su confianza, descubrir a sus principales líderes, recaudar pruebas contra ellos y presentarse, excepcionalmente, como testigo de cargo. Se entiende que estas actividades deberían ser ejecutadas por personal de la policía judicial, pues el Estado no debería buscar saltarse los límites que tendría para las afectaciones de los derechos utilizando a particulares, que no se encuentran sujetos a los principios y controles de la actuación de los servidores públicos

Parece claro que estas actividades del agente encubierto, comportan serios riesgos para la seguridad no sólo del agente, sino de terceras personas ajenas al proceso, pues para el desarrollo normal de este cometido el agente tendrá en muchos casos que cometer delitos dentro del grupo delincencial. (pág. 123)

Adicionalmente se encuentra que la labor desplegada por el agente encubierto idealmente debe en todo momento adelantarse con autorización del juez de control de garantías para nuestro caso.

*iv.* También resalta la síntesis del Contreras Alfaro (2005) sobre la reducción a la que se someten los particulares en sus derechos y garantías en favor de la seguridad colectiva, constituyendo una expansión irremediable a los límites de la fuerza estatal para perseguir y sancionar conductas criminales (pág. 24); dicha reducción compromete su seguridad personal

y familiar, su locomoción, su interacción social a fin de no afectar a terceros tanto en el entorno familiar como por fuera de este, facilitando un debilitamiento de sus relaciones afectivas y propendiendo desestabilidad emocional.

## **1.5. PRINCIPIOS DE LA ACCIÓN ENCUBIERTA**

Resulta imprescindible retratar una actuación de implicaciones jurídico-penales en el marco de un mínimo de principios que salvaguarden los derechos y garantías fundamentales tanto del investigador como del investigado, racionalizar la ponderación y proporción de los mismos en función de su finalidad y excepcionalidad que merezca la averiguación.

A continuación y conforme a los planteamientos de Cardoso (2012), Ramírez (2009), Guariglia (1994), Sologuren (2008), Suita Pérez (2006) y Espinosa de los Monteros (2010) entre otros, se hará un examen de cada uno de los principios directamente implicados en el despliegue de procedimientos encubiertos.

### **1.5.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

Como principio ampliamente reconocido, emanante del derecho público y por ello ligado a la acción del gobierno, señala que la actuación del agente encubierto debe desplegarse bajo un marco legal preestablecido, no por intermedio de un derrotero administrativo (acto administrativo) carente de fuerza vinculante con otras aristas del poder público, lo anterior por ser una actividad desarrollada en un Estado de Derecho y además en nuestro caso particular, por las consignas constitucionales existentes, principalmente en tratándose del ejercicio de funciones públicas por parte de los particulares.

Dice Felipe Sologuren a partir de la distinción “formal” y “sustancial” de Ferrajoli (1997) “El principio de legalidad en relación con el agente encubierto tiene mucha importancia, ya que lo que está en juego es la relación entre derecho y poder” (2008, pág. 57), puesto que en el análisis particular se observa problemas en el principio de mera legalidad, elemento formal, por no encontrar una norma jurídica sistemática y nutrida sobre la regulación, control y límites de los agentes encubiertos, máxime si involucra el uso de particulares y, además riñe en el principio de mera legalidad, elemento sustancial, ya que puede sacrificar derechos fundamentales como la presunción de inocencia, derecho a la defensa, derecho a la intimidad y la no autoincriminación.

En un simple ejercicio de contrastación normativa constitucional (artículo 123), encontramos que un agente encubierto de origen particular, sea cual sea su idoneidad (preparación, experiencia, motivación...), debe estrictamente ejercer su “función pública” investigativa y de carácter público al rigor de un mandato legal preestablecido, que para nuestro caso es inexistente, salvo derroteros administrativos que no suplen suficientemente las exigencias del principio a la luz del mandato superior.

De la anterior exigencia se deduce que en Colombia el principio de legalidad para el desarrollo de la operación encubierta en cabeza de un particular no cumple el estándar exigido constitucionalmente, esto en punto al desarrollo de la actividad del particular discernido de la función pública de investigar – que sin importar la excepcionalidad de su ejercicio o las calidades propias que como civil tenga – no la ejerce en el marco de una norma legal que regule su actuación ni establezca a su vez los límites y garantías propios y a cuenta del Estado; por demás el ejercicio y producto de la infiltración civil para llevar a cabo una investigación en cabeza del Estado debería cuanto menos carecer de legitimidad probatoria y entre otras le endilgaría una responsabilidad al aparato estatal.

### 1.5.2. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Señala que la intervención debe guardar relación con un delito concreto, sin que puedan existir actuaciones genéricas u espontáneas que autoricen de forma desproporcionada la intrusión de derechos fundamentales por procedimientos indeterminados, como lo dijo Suita Pérez, determinar taxativamente aquellos delitos graves del crimen organizado que excepcionalmente pueden sujetarse a tal mecanismo de investigación y en guarda de la seguridad jurídica del investigado. (2006, págs. 249-250)

En la delimitación del principio juega un papel esencial el altísimo grado de probabilidad en la determinación de la comisión o posible comisión del delito, con sólidos elementos indiciarios y no con la expectativa de hallar la consumación de otros delitos, además la especialidad también limita la actuación por un tiempo determinado.

En orden de examen local, a partir de la titularidad en la autorización de acciones encubiertas que reposa en la Fiscalía General de la Nación (FGN), estos demarcan su uso de forma abstracta contra las “organizaciones criminales”, “grupos delictivos organizados y grupos armados organizados”, lo que deja un embocadura donde engullir cualquier cantidad de tipos; y de forma concreta señala únicamente la lucha contra la corrupción (Consejo Nacional de Policía Judicial, 2018, págs. 33-35); lo anterior es muestra fehaciente de la falta de rigurosidad al momento de especializar el uso de la herramienta investigativa, no determinar con claridad los límites, es subjetivar el juicio de procedibilidad al momento de autorizar una práctica de este tipo.

La especialidad para evitar autorizaciones genéricas en las intervenciones encubiertas de las cuales se puedan derivar hallazgos indiscriminados y sin relación con la persona o su conducta investigada, es una garantía derivada o en conexidad con el derecho a la intimidad, el debido proceso y la legalidad que caracteriza nuestro actual sistema penal y por tanto es exigible desde la misma

carta natal; la ausencia de un régimen legal aplicable al particular que ejerce la función pública de agente encubierto abre una discusión entre los delitos permitidos y no permitidos de investigar con esta técnica, un amplio espectro de posibilidades por parte de la FGN entre muchas otras consecuencias, por tanto estar incumpliendo este mandato nuevamente deviene en posible ilegitimidad de las actuaciones que bajo la figura se promuevan.

La especialidad en palabras de las Naciones Unidas (2006) se entiende a partir que “el Fiscal como los investigadores policiales, que realicen estas actividades, deberán ser idóneos y especializados en las técnicas de investigación” (pág. 14), es decir especialidad en el talento humano a disposición de la operación secreta, esto en un contexto donde en todo momento el órgano jurisdiccional autoriza el comienzo y seguimiento de las diligencias, situación contradictoria que no se aplica en Colombia pese a haber pertenecido al Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe (LAPLAC) que elaboró el Manual de Técnicas Especiales de Investigación Agente Encubierto y Entrega Vigilada.

Desde otra arista, la de la tipificación de conductas, cabe mencionar que en el marco internacional las Convenciones adoptadas y ratificadas por Colombia (Ley 67 de 1993 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, Ley 800 de 2003 contra la delincuencia organizada transnacional, además para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y Ley 970 de 2005 contra la Corrupción), estipulan delitos que pueden interpretarse como objeto de investigación por intermedio de TEI, expresión clara de la legalidad y especialidad que debe revestir el uso del personal encubierto para escrutar ciertos tipos penales.

### 1.5.3. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Por excelencia es la primicia rectora de las TEI, pues exalta la excepcionalidad en el uso del método de infiltración, habiéndose agotado las posibilidades de usar otros medios investigativos menos lesivos, invasivos y restrictivos de derechos y garantías, o aun habiéndose utilizado, estos hayan resultado infructuosos.

La subsidiariedad es una limitación al poder extremadamente ofensivo de este medio de investigación puesto que la infiltración pone en riesgo derechos fundamentales del investigado, al punto de amenazar los propios pilares del Estado Constitucional de Derecho para salvaguardar intereses colectivos. (Espinosa de los Monteros, 2010, pág. 68)

Ligado a este precepto surge el deber de información al aparato jurisdiccional para que en el marco constitucional se valore el material e información recaudada y la pertinencia de otras formas de investigación.

En todo caso es menester evitar que este medio se trate como *prima ratio*, cuando su génesis no es emplearse ordinaria y rutinariamente en afrenta a los derechos fundamentales de los sujetos que se van a intervenir, la subsidiariedad por tanto es de carácter de *ultima ratio*, pues donde otros métodos fracasan, la acción encubierta puede ser un mecanismo efectivo en la obtención de resultados probatorios.

La subsidiariedad es garante fundamental de la intimidad que le asiste a cualquier ciudadano y contrarresta la arbitrariedad que en desarrollo de una investigación se pueda presentar, emplear otros medios menos agresivos en la investigación y sustentar la ineptitud de los mismos es *conditio sine qua non* se podrá acudir a la técnica encubierta, que sin lugar a dudas es una muy fuerte intrusión por parte del aparato estatal de cara a la intimidad y libre desarrollo de cualquier ciudadano sometido al medio investigativo.

Entorno a la idea anterior y en asocio a los pilares del derecho penal mínimo, la subsidiariedad viene a ser un principio exigible para las realizar una acción encubierta desde el mandato constitucional (intimidad, debido proceso, no autoincriminación), sin que a ello escapen las “Prácticas óptimas y recomendaciones sobre los obstáculos jurídicos a Las entregas vigiladas y Las operaciones encubiertas” establecidas en 2005 por el Grupo de Trabajo Oficioso de Expertos. (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2006), documento que en su recomendación 27 hace hincapié en el hecho de que el empleo de un civil en este tipo de operación exige una mayor dosificación de subsidiariedad que si se empleara un funcionario público.

#### **1.5.4. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

Este principio limitador del derecho penal es de importante valoración para el uso en casos extremos de las operaciones encubiertas, orientado a la armonía entre la “eficacia estatal y las garantías fundamentales del ciudadano”, estableciendo límites a la intervención del Estado y así evitar que una falta de control devenga en excesos.

Propende por una normalización del poder de intervención Estatal al momento de promover sus intereses, específicamente en la etapa de investigación penal siempre que se ponga en riesgo desmedido las garantías de los administrados, bien sea individuales o colectivas; funciona como un termómetro que mide el grado de discrecionalidad a partir del cual el aparato investigador, bajo ciertas premisas y con el cumplimiento o agotamiento de protocolos, acceda de manera extraordinaria a herramientas de avanzada, operaciones encubiertas, que por lo mismo resulten contraproducentes para el ejercicio de libertades constitucionales, pero compensadas con prudencia para contrarrestar el delito de alto impacto social y económico.

En palabras del doctor Cardoso, podemos representar la proporcionalidad como una “zona de equilibrio” (2012, pág. 296), donde la tensión entre el interés común en la persecución criminal riñe con la restricción de derechos, proponiendo concordia que por vía de excepción fundamentada y supervisada, admita la intervención de dichos derechos para la realización del fin institucional superior.

El principio de proporcionalidad tal como lo sustenta Bernal Cuellar & Montealegre Lynett (2013) es ampliamente reconocido por el sistema interamericano de derecho humanos y resulta una clara manifestación de “prohibición de exceso” consolidada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (preámbulo, artículos 1, 2, 5, 6, 11-13 y 214) reconocida por la jurisprudencia nacional donde se ha advertido que la falta a esta ponderación genera incompatibilidad con los contenidos materiales de los valores, principios y derechos constitucionales (2013, págs. 85,88); con todo ello en Colombia la proporcionalidad es un tema que se puede prestar para interpretaciones subjetivas ante la falta de un estatuto legal que regule su insólito empleo en agentes encubiertos de origen particular, el Estado se avalancha al atropello injustificado de libertades ciudadanas en su uso y por demás responsabilidades civiles.

Una vez más la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2006) delimita con sumo énfasis que el empleo de un particular en tareas de infiltración requiere un minucioso escrutinio de proporcionalidad entorno a peligros significativos de la seguridad del agente y terceros, ausencia de subordinación jerárquica, control de las actividades, problemática probatoria, falta de capacitación y competencia. (2006, pág. 44)

### **1.5.5. PRINCIPIO DE CONTROL JURISDICCIONAL**

Referente al empleo de esta institución, donde la intervención a cualquier derecho fundamental interpela por la intervención de un garante neutral (juez), las operaciones encubiertas apremian entrometerse en el ejercicio y goce de derechos fundamentales del inquirido, piénsese en la intimidad, presunción de inocencia, debido proceso entre otros, lo cual cuanto menos exige un control judicial: previo a la autorización, continuado en la intervención y posterior para la legalización del procedimiento, tendiente a legitimar el insumo probatorio hallado.

Sin la verificación de este principio nos podemos, peligrosamente, enfrentar a desproporciones de autoridad, irregularidades, arbitrariedad y ausencia de legalidad en las formas, resulta imprescindible la intervención del aparato judicial para dotar de confianza y valor probatorio la evidencia e información recolectada en las operaciones secretas.

Es evidente que la sola idea de emplear un medio tan exorbitante pone en tela de juicio las actuaciones del agente encubierto, develando una exposición seria de cara a una posible afrenta a los derechos del sujeto intervenido, por tanto, mediar dicha actuación con el tamiz del juez de instrucción legitima los procesos desplegados en aras de una investigación fibrosa pero transparente a los ojos constitucionales.

Con todo lo anterior lo que se pretende es restringir el rango de acción abusiva al que pueda llegar a incurrir el ente investigador, una respuesta sensata frente a los reproches que por vía de derecho penal del enemigo hacen algunos detractores entorno a la crítica por la restricción de libertades a los ciudadanos al emplear la acción encubierta, situación en la que se ahondará más adelante.

El asunto con el control judicial es clave en materia probatoria, no solo trata de brindar protección entre otras a la intimidad del investigado o derechos del

agente encubierto (especialmente en el caso de ser un particular), sino velar porque todas las actuaciones en cada etapa (inicio de la operación, prorroga, interceptación, vigilancia, seguimiento, allanamiento, comisión de ilícitos por parte del agente, legalización del material incautado) guarde arreglo con el tamiz de la intervención jurisdiccional, es una mínima medida de verificación donde conforme a Cardoso (2012) no se releguen a un plano inferior los derechos y garantías de aquellas personas sometidas al proceso penal como si se tratase de un “Derecho Procesal penal del enemigo”<sup>8</sup>. (pág. 297)

Acoger adecuadamente este principio exige para Colombia, hacerlo desde el momento anterior a la intervención mediante una autorización judicial previa y un control para su eventual prorroga, actualmente hay control judicial posterior tanto para legalizar la finalizada operación, como para cada elemento que en el trascurso se consiga, por vía jurisprudencial también se ha establecido un control judicial *ex-ante* en los casos donde se requiera el ingreso del agente a un domicilio donde el investigado actúe bajo la expectativa del ejercicio de su intimidad (Sentencia C-156-16, 2016), su observancia se debe precisamente a la cohesión que presenta con derechos fundamentales de la Constitución como la intimidad y el debido proceso, amén de las recomendaciones de las Naciones Unidas (2006) por la imperancia de las convenciones suscritas por nuestro gobierno.

---

<sup>8</sup> Propone: “*imagínese en la hipótesis de una total ausencia de cualquier medida de verificación relativa al desarrollo del procedimiento de infiltración. Sería la institucionalización de aceptación de las irregularidades y abusos de actuación que pueden configurar violaciones de derechos y garantías de aquellas personas sometidas al proceso penal (...), donde las garantías son relegadas a un plano inferior, instituyéndose una inaceptable situación de negación de los derechos fundamentales del ciudadano.*”.

## 1.6. PRINCIPIOS DE LA OEA PARA LAS TEI

Por cuenta de la Organización de las Naciones Unidas (Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional de la Secretaría de Seguridad Multidimensional de la Organización de los Estados Americanos, 2019, pág. 10), se definen una serie de principios para el desarrollo de las Técnicas Especiales de Investigación (TEI), tales como: principio de legalidad, principio de excepcionalidad, principio de subsidiariedad, principio del debido procedimiento, principio de reserva, principio de pertinencia, principio de especialidad, principio de celeridad, principio de proporcionalidad; estos principios resultan del compendio especialmente de 3 convenciones: Convención de Viena de 1988, Convención de Palermo de 2000 y Convención de Mérida de 2003, distribuyendo sus aportes entorno a las siguientes instituciones:

<b>Técnica / Instrumento</b>	<b>Convención de Viena de 1988</b>	<b>Convención de Palermo de 2000</b>	<b>Convención de Mérida de 2003</b>
Técnicas Especiales de Investigación		Artículos 19 y 20	Artículos 49 y 50
Agente encubierto			
Entrega vigilada	Artículo 11		
Vigilancia electrónica y otros	Artículo 19		

Adaptación (Guía Práctica de Técnicas Especiales de Investigación en Casos de Delincuencia Organizada Transnacional, 2019)

Empero ninguno de estos Instrumentos Jurídicos Internacionales regulan o están enfocados expresamente en la técnica del agente encubierto, únicamente se agrupan como conceso organizacional de los principios que deben regir cualquier TEI, en aras de ampliar el contexto de principios a partir de los cuales es dable promover una actividad de infiltración, se hará una breve mención de los principios, pero por ser principios subsumidos en los enmarcados en el numeral anterior (1.5) no se tendrán como regentes para la agencia encubierta:

### **1.6.1. PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD**

Las TEI se emplean de manera excepcional, en casos de ausencia o insuficiencia de medios de prueba, a fin de recabar el caudal probatorio necesario para la acreditación de la comisión del hecho delictivo, y combatir de manera eficiente la complejidad y diversidad de las nuevas figuras criminales, su estructura delictiva y los componentes que la integran. Su aplicación está vinculada a salvaguardar el interés público o general de la sociedad.

Este principio está ligado, por supuesto que a los ya enunciados, pero primordialmente al de subsidiariedad, pues donde otros medios de investigación han sido inútiles o limitados, “subsidiaria y excepcionalmente” se podrá poner en la mesa la discusión si en consonancia con los requisitos exigibles se pueda promover una tarea encubierta, pero la excepcionalidad va más allá del fracaso de otros métodos, dejando de presente que el uso del instrumento no es ordinario, ni siquiera por el hecho de agotar otras instancias en la investigación, pues la especialidad, como principio, permite tasar los casos donde se amerite la necesaria colaboración que supone socorrerse de la TEI.

### **1.6.2. PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO**

Bajo este estandarte se propone que solamente la autoridad competente, dependiendo del tratamiento que se le asigne en cada legislación, puede autorizar el empleo de una TEI, así como los alcances, límites y ámbito de su aplicación. Ninguna otra autoridad se puede irrogar dicha facultad. La disposición o resolución de autorización debe estar debidamente motivada conforme al marco legal de su regulación.

Nuevamente se soslaya la relación con otros principios, pues la estructuración de un debido proceso la hacemos por desarrollo de legalidad, difusión que implica incorporar discrecionalmente el control jurisdiccional *ex ante* y *ex post*,

la forma a de incorporar servidores del Estado o incluso particulares, el material que sirva de sustento para autorizar las intervenciones, los controles y demás aspectos que finalmente afiancen la confianza en el uso de la técnica y su perduración en el tiempo.

### **1.6.3. PRINCIPIO DE RESERVA**

Las actuaciones vinculadas a las TEI se deben desarrollar en estricta reserva y confidencialidad para el logro de los fines que se persiguen y, además, para salvaguardar la seguridad, la vida e integridad física de quienes las ejecuten. Las autoridades intervinientes deben actuar conforme a los protocolos de actuación interinstitucional que se desarrollen al respecto.

En este aspecto la reserva puede contemplarse no solo durante, sino incluso extenderse hasta después de finalizada la colaboración, o al menos hasta verse garantizada la seguridad del personal vinculado, articular la participación de diferentes entes (registro civil, investigador, instructor procesal, controlador judicial, entorno familiar y social) amerita la adopción de normas superiores, no instrumentos administrativos carentes de fuerza vinculante, con estrictas sanciones para quienes manejen información confidencial y puedan exponer primordialmente la vida de las personas incursas en las operaciones y los resultados que institucionalmente se persiguen.

Cabe destacar que el principio de reserva se predica del agente que es empleado del Estado, en nuestro caso de estudio la identidad de un particular al comenzar la infiltración se asume como conocida por parte de la empresa criminal o sujeto a interceptar, razón por la que no es de estricta aplicación en nuestro análisis y así parece concebirlo la legislación local vigente.

#### **1.6.4. PRINCIPIO DE PERTINENCIA**

Para la ejecución de las TEI se toma en cuenta la relación costo beneficio y la complejidad de la investigación, pertinencia vista desde lo financiero, implica que las instituciones involucradas deben identificar con anticipación los recursos económicos y materiales para su inmediata aplicación, priorizando las investigaciones de acuerdo a su urgencia y probabilidad de éxito, y optimizando los recursos disponibles.

En este principio se tienen en cuenta las consideraciones técnicas y económicas, pero probatoriamente hay que ponderar si los resultados que se esperan cosechar estarán verdaderamente y directamente relacionados con el hecho u objeto investigado, siendo este un aspecto que no ha podido acreditarse en las diligencias adelantadas con anterioridad.

Destaca en esta institución la conexidad con la proporcionalidad, especialidad y subsidiariedad, donde una valoración de esta triada de principios, por si misma nos pueda arrojar un resultado sobre la pertinencia de una actuación secreta, el objetivo de esta valoración es que la operación se vislumbre proporcional en la medida en que, agotada la subsidiariedad de otros medios, los resultados no sean suficientes y amerite la intervención encubierta por la especialidad del delito investigado.

#### **1.6.5. PRINCIPIO DE CELERIDAD**

En la aplicación de las TEI se actúa con prontitud y diligencia. Las autoridades competentes y las personas que participan deben tener en cuenta que el éxito de su empleo radica en la oportunidad de sus actuaciones, pero siempre dentro del ámbito de aplicación de la ley.

La celeridad puede encuadrarse asimilando el principio de proporcionalidad, ya que el tema tratado tiene muchas aristas, técnicamente 2 muy importantes a tratar: primero, la prontitud para aprovechar una buena oportunidad en permear la organización criminal, la diligencia del director debe ser determinada, pero no siempre se van a presentar situaciones ideales por lo que este criterio resulta abstracto y aplicable en casos puntuales; segundo, la duración de la intervención y la intensidad con que actúa el agente, son mediciones que se deben razonar, si un resultado es palpable de obtenerse, pues se justifica una exposición mayor de la operación o una prolongación adicional (en términos de tiempo) de la acción encubierta. Otros aspectos a tener en cuenta son los tiempos de respuesta ante las demandas del encubierto, actuaciones judiciales, operativas (allanamientos, interceptaciones, desarrollo de otras TEI), asignación de recursos, previsiones de seguridad y salud entre otras contingencias.

## **1.7. REQUISITOS**

En las labores de inteligencia bajo cubierta, a parte de las formalidades propias del procedimiento, distinguiendo específicamente al sujeto activo que participe de éstas, el mismo debe cumplir con ciertas características y atributos que lo faculten válidamente para dar cumplimiento a los principios analizados que garantizan una correcta práctica, pues como ya se expuesto desde la misma definición de la figura, esta actuación secreta supone intervenir de manera muy invasiva en los derechos constitucionales de los investigados (violación del domicilio, presunción de inocencia, debido proceso, legalidad de la prueba, no autoincriminación, interceptación de comunicaciones e intimidad) (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2006, pág. 43), en este sentido la experiencia jurídica y operativa recopilada históricamente por la doctrina especializada, primordialmente, y emanada de las tesis de los más representativos autores hispanos en la materia: doctores Espinoza de los Monteros (2010), Cardoso Pereira (2012) y González Jiménez (2014), no siendo

los únicos pero si ampliamente reconocidos y más profundos compendiadores, llevan a construir una vertiente de requisitos mínimos para la adecuada cualificación del agente que actuará en el tráfico jurídico de derechos y obligaciones de los cuales emanan las conductas delictivas atestadas.

### **1.7.1. VOLUNTAD**

Constituyendo un elemento fundamental por ser determinante de la motivación del sujeto, no siendo lo mismo quien actúa movido por una obligación u/o interés de beneficio procesal penal, algunas veces con desespero y zozobra, que quien desea contribuir eficientemente a la justicia y la sociedad, en un rol que le puede representar contraprestaciones laborales, personales, profesionales y administrativas, enmarcado en garantías legales.

Señala Cardoso (2012) la importancia de la motivación “excepcional” y la “espontánea determinación”, puesto que de esta disposición emanan cualidades psicológicas necesarias para el cotidiano devenir de la labor encomendada, también añade:

No se trata sólo de ejercer una profesión, sino de abdicar de su vida y de sus relaciones personales para hacerse pasar por otra persona. Y lo que es peor, por una persona involucrada en el mundo de la criminalidad donde los riesgos inherentes son enormes. (pág. 287)

Resulta claro que el nivel de exigencia, el costo del sacrificio tanto personal como profesional, el compromiso con la operación, el tiempo dedicado que puede llegar a ser infructuoso o destinado a las necesidades del servicio efectivo, la efectividad de los resultados, la estabilidad de su psiquis en ambientes agresivos y sin redes de apoyo permanente (como la familia y el entorno social), la constancia de su búsqueda y todo lo que entraña como persona es de una

entidad tan alta que sin elemento volitivo entusiasta, tanto esfuerzo podría verse abocado al fracaso<sup>9</sup>.

Se plantea que la voluntad del sujeto como requisito, redundará más en una virtud pues debe ir aderezada con vocación, disponibilidad e interés en el desarrollo y profesionalización de su oficio, respetable y amparado por la sociedad y el Estado.

### 1.7.2. CAPACITACIÓN TÉCNICA

Este requisito se enmarca en el desarrollo de facultades que le permita al sujeto activo en el desarrollo de la operación de infiltración, tener bases objetivas para tomar decisiones orientadas a su seguridad y el éxito de la misión, instrucción de cómo actuar previendo un procedimiento judicial legal y legítimo (preservación de la prueba); “prácticas óptimas para hacer frente a los impedimentos operativos y jurídicos y hacer así un uso eficaz de las técnicas especiales de investigación” (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2006), especialmente diferenciando la instigación, provocación o incitación; la no contaminación del elemento u información con tendencia probatoria, la distinción entre conceptos fundamentales (elemento material probatorio, evidencia física, información legalmente obtenida, cadena de custodia, contaminación de los medios...), hasta donde se debe limitar su actuación frente a situaciones de embalaje, fijación y recolección de pruebas, no permitidos para esta figura y restringido para ciertas situaciones autorizadas por el instructor del proceso, conocimiento de la criminalística e interpretación de

---

<sup>9</sup> En este sentido Cardoso afirma frente al elemento volitivo que “*para asegurar la licitud de su actuación el trabajo del agente infiltrado debe venir adornado de determinadas cualidades o desprovisto de determinadas tachas insalvables, que desvirtúan procesalmente su eficacia (Pie: REDONDO HERMIDA, A., “El agente encubierto en la jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, La Ley Penal, núm. 45, Madrid, 2008, pág. 97).*”.

manuales, los sujetos proclives al delito, su psiquis, la conducta desviada, entre otros temas técnicos y científicos de nuestra ciencia y experiencia.

El espectro de actuación en una operación encubierta en sí misma exige altos estándares de capacitación, si el foco es el crimen organizado transnacional, el desarrollo lingüístico y profesional (en diversas áreas del saber) puede ser determinante a fin de contar con un perfil destacado que fácilmente pueda escalar la estructura criminal y se convierta en un eslabón valioso en el aporte de información y evidencia probatoria; al referente destaca Espinosa de los Monteros la facultad de contar con una formación especializada en investigación delictual y represión del crimen organizado, pues se trata de adentrarse en un entorno netamente hostil (2010, pág. 267), que en todo caso exigirá este tipo de conocimientos.

Por su parte Hernando Martin (2004) no solo contempla en sus variables la diversidad lingüística, sino también religiosa, cultural, ideológica y de hábitos y costumbres propias de otros pueblos, desde esta arista es menester considerar que muchas organizaciones de crimen transnacional se rigen por códigos propios diferentes a la cultura local donde operan, en este sentido habilitar a otras autoridades de organismos internacionales en la lucha contra el crimen organizado (Interpol/Europol) es una buena alternativa, además de misiones cooperativas para investigación transnacional o inclusive incluyendo particulares, que en nuestro caso peculiar carecen de regulación legal aplicable en el ejercicio de tales funciones, las cuales enmarcadas en la investigación penal, deben interpretarse de interés público.

### **1.7.3. CAPACITACIÓN LEGAL**

En estrecha conexidad con el conocimiento técnico, tenemos el dominio si quiera de nociones relacionadas con los postulados constitucionales y el derecho

penal: ¿qué es un delito?, ¿cuándo una conducta de un sujeto puede catalogarse como tal?; diferencia entre un acto típico y otros que atenten a valores sociales rechazados pero no penalizados; que elemento probatorio es pertinente o conducente para demostrar hechos punibles, cuando se considera útil un elemento; quién es autor (material, determinador), coautor o cómplice; sobre las garantías que el agente encubierto tiene en la constitución (presunción de inocencia, no autoincriminación, guardar silencio, responsabilidad penal...), sobre la intimidad de los indiciados que se investigan y terceros que participan de la estructura; y, situaciones de legalidad e legitimidad que pueden hacer nula la prueba obtenida, entre otras.

Claramente han señalado las Naciones Unidas (NU) en su compendio de Técnicas Especiales de Investigación (2006), recomendación 31, la necesidad de “Brindar formación jurídica adecuada sobre estas normas a los agentes infiltrados.”, exigencia que no pretende más, que brindarle a estos sujetos herramientas jurídicas para la salvaguarda de derechos y garantías fundamentales propias y de terceros (sean estos investigados, familia y/o sociedad).

Cita Cardoso a Delgado Martín<sup>10</sup> en relación a un amplio espectro atinente a la “profesionalización de la figura” de agente secreto:

La primera de las conclusiones de carácter formativo del Seminario Internacional sobre uso de agentes encubiertos en la lucha contra el crimen organizado (realizado en Madrid en los días 26 a 29 de octubre de 1999 y organizado por la Dirección General de la Policía española), se refiere a que "sería recomendable que el agente encubierto recibiera, con carácter

---

<sup>10</sup> En sus comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves.

obligatorio y continuo, una formación general, que debe contemplarse desde un triple enfoque: jurídico, técnico y psicológico. (2001)

Al respecto Espinosa de los Monteros estimó como necesidad el impulso de cursos complementarios regulares y de actualización, dentro de los cuales podemos dar cabida tanto a las ciencias jurídicas como al desarrollo en psicología que trata el siguiente epígrafe, cita la autora la gestión desarrollada desde la Unión Europea (UE) por intermedio de la CEPOL enfocada a la formación policial en el combate transfronterizo en prevención y lucha contra la delincuencia y mantenimiento del orden y seguridad pública en los Estados miembro. (2010, págs. 268-269)

Finalmente, en operaciones transnacionales se hace vital el manejo de conocimiento de instrumentos sobre derechos humanos, derecho en conflictos armados internacionales y no internacionales, normativas locales, *soft law* (corrupción, lavado de activos...), principios universales como la autonomía, autodeterminación de los pueblos, soberanía, extraterritorialidad de las normas y aplicación de convenciones entre muchos otros conceptos que, en el tipo delitos inmiscuidos en la TEI son recurrentes.

#### **1.7.4. PREPARACIÓN PSICOLÓGICA**

Otro aspecto subjetivo, es tanto la preparación psicológica como el entrenamiento en sometimiento a situaciones de riesgo vital como las que puede enfrentar un agente encubierto, puesto que en el transcurso de la infiltración se pueden escalar posiciones dentro de la estructura delictual, de tal suerte que pueda tener mayor contacto con la información pretendida y los actores principales, en esta medida la labor arriesgada que representa filtrar información se torna mucho más tensa, circunstancia que puede agravarse si el individuo tiene un círculo familiar al que constantemente pone en apuro sin importar lo que

trate de hacer por aislarlo, es de recordar que el sujeto en todo momento va a estar expuesto a ser descubierto y el trato que puede recibir o las consecuencias procedentes, a más de fatales, sopesan en la psiquis del involucrado, determinando la firmeza de sus actuaciones y decisiones.

En la recomendación 34 del instructivo sobre TEI de las NU se preceptuó:

Los agentes infiltrados están expuestos a situaciones de gran presión y enfrentan condiciones de vida que exigen determinada aptitud mental para este tipo de trabajo. (...) por el bien de los agentes infiltrados, se debería llevar a cabo un análisis psicológico con frecuencia, especialmente antes de organizar una operación<sup>11</sup>. (2006)

En el caso de oficiales, hay unos procedimientos de selección objetivos, luego un régimen de seguridad social y cubrimiento por contingencias subsecuentes, pero en el caso de particulares, ¿qué parámetros legalmente, por fuera del arbitrio del funcionario nominador, son de obligatorio acatamiento para el designio de un civil como agente encubierto?, ciertamente hay que decir que el vacío por vía de legal es latente en Colombia y un sujeto en nuestro país no necesariamente es previamente valorado por un profesional en psicología.

### **1.7.5. EXPERIENCIA**

Estar en contacto con la *praxis*, agudiza los sentidos, desarrolla claridad mental y capacidad de reacción instintiva del agente encubierto, la tolerancia a ocasiones de peligro se va dilatando en la medida que se ejercitan tanto los conocimientos como los procedimientos a punto de convertirse en caracteres involuntarios, naturales y automáticos, de ahí que el proceso de selección,

---

<sup>11</sup> Sugiriendo además el empleo de “*exámenes y estudios psicológicos para determinar la idoneidad de un individuo para este tipo de trabajo.*”.

seguimiento y la constante capacitación sean unos de los abanderados recursos que sigue la doctrina y los organismos de derecho internacional.

La exposición prolongada a ambientes hostiles facilita el desarrollo de habilidades y destrezas, parte muy importante del entrenamiento de un agente policial es la realización de operativos de campo, sin simulaciones, puesto que este nivel de ejercitación conlleva a sapiencia en el manejo de situaciones de tensión y toma de decisiones como a las que rutinariamente y de forma a veces improvisada se van a exponer los sujetos que infiltran una estructura criminal compleja.

Es un escenario indemostrable de manera general suponer cómo se comportaría un particular en una situación ordinaria de espionaje, pues de momento tendremos casos particulares para evaluar *ex-post* al no contar con estadística certera, pero resulta una proposición válida afirmar que un sujeto del común, un hombre medio o de rol diferente al de un oficial policial, no sea competente para enfrentar ocasiones de peligrosa y especializada infiltración, como la que comprende la técnica de investigación encubierta.

#### **1.7.6. PROBLEMÁTICA FRENTE AL AGENTE ENCUBIERTO PARTICULAR**

El marco de requisitos precedente establece las condiciones que mínimamente debe cumplir un agente encubierto, desde luego dichas disposiciones deben ser satisfechas por cualquier persona natural que ejerza la labor, pero su exigibilidad al particular, que excepcionalmente “esté en mejores condiciones de infiltrar al grupo delictivo organizado por los vínculos de confianza establecidos con ésta (sic) o que puedan establecerse, o por otras razones que no hagan posible la intervención de un funcionario (...)” (Fiscalía General de la Nación, 2008, págs. 4-5), puede hacer laxas estas exacciones, dado que el lazo de confianza del que goza el civil o su competencia específica (en el campo científico, tecnológico,

académico...) lo pueden hacer fundamental, máxime si se tiene en cuenta la subsidiariedad en el agotamiento improductivo de otros medios de investigación o la falta de personal especializado, entre otros.

La problemática del personal particular frente a los requisitos se centra en la no protección de su verdadera identidad y el factor de imprevisibilidad que representa encontrar un civil idóneo (por la confianza que tiene en el grupo criminal o por su condición especializada) para la acción encubierta, pero que a su vez no supla íntegra o suficientemente algún o algunos requisitos.

Haciendo un examen más minucioso se encuentra que entorno al requisito de voluntad, este se puede llenar a partir del consentimiento libre y expreso del particular, desde luego una manifestación de esta entidad debería homologarse con un control jurisdiccional previo; frente a la preparación técnica se puede tejer todo un entramado de discusiones, pero vale la pena recordar que esta se habilita fundamentalmente demostrando la capacidad del civil para distinguir en su labor qué actos constituyen provocación, dominar conceptos relacionados con las pruebas (obtención, preservación, custodia...) y lo concerniente a operaciones con cooperación trasnacional (cuando su desempeño lo exija); por cuenta del requisito de capacitación legal hay que considerar que el agente tenga nociones claras sobre los derechos que le asisten tanto a él (seguridad personal y familiar, inmunidad penal, desistimiento) como a los sujetos investigados (intimidad, debido proceso, no autoincriminación...), sus alcances y limitaciones, esto con el fin de que éste pueda actuar con confianza al momento de celebrar negocios jurídicos, ejecutar conductas típicas y en general moderar su comportamiento dentro de la operación para no nulitar los productos de la misma, también resulta importante tener información sobre derechos humanos, conflictos bélicos, soberanía entre otros (si la infiltración refiere delitos relacionados); por cuenta de la preparación psicológica el ente reclutador debe garantizar que el particular seleccionado cumpla con un perfil psíquico seguro y estable, que no exponga irracionalmente su vida, la de terceros o el desarrollo

de la propia investigación, situación que exige una valoración profesional inicial y nuevamente se sugiere control judicial previo, además al civil inmiscuido se le debe hacer una traza de su desarrollo psicológico, llevar un control preferiblemente profesional o cuanto menos por intermedio de su agente de enlace; para culminar tenemos el requisito de la experiencia, en este punto se precisa valorar el historial profesional y personal (general) del actor a fin de determinar si su origen y trayectoria consolidada le pueden servir de respaldo ante los retos que implica las labores propias de la infiltración puesta en el contexto particular, dentro de su experiencia se deben preferir personas con roles similares a los que exige su papel de agente encubierto, piénsese en antecedentes académicos (estudios afines con la labor y en un grado adecuado al que se espera del perfil) y trayectoria laboral, en punto a su desarrollo laboral y como persona es importante valorar todos aquellos aprendizajes de vida que coadyuven a construir una identidad conveniente, tanto para la operación como para su seguridad y confianza dentro del papel a desarrollar, todas estas consideraciones constituyen factores especiales que difícilmente se pueden suplir en la marcha de la actuación, por ello la proporcionalidad en la exposición del sujeto particular debe examinarse para cada caso concreto y lo que le debe ser exigible cambia en razón a este y los ya mencionados requisitos.

Todo lo anterior nos lleva a la imperiosa conclusión de tener que capacitar, únicamente en lo que sea pertinente, al agente encubierto particular y dicha preparación, aunque cronometrada, debe hacerse previo a su infiltración, capacitaciones puntuales (aspecto técnico, legal, psicológico...) de las cuales obren constancias y que sean presentadas ante la autoridad que imparta aprobación, insistiendo que el juez de instrucción por vía de principio de control jurisdiccional es el más competente; el cumplimiento cabal de los requisitos será imperioso y la permisión de la labor para los agentes particulares será siempre una balanza (principio de proporcionalidad) entre lo que puntualmente puede o

no hacer el encubierto dentro del rol que se le encomiende y conforme a sus condiciones evaluadas en el contexto del cumplimiento de los requisitos.

## **1.8. EL AGENTE ENCUBIERTO EN COLOMBIA**

Actualmente tenemos establecido constitucionalmente un fortalecido acápite de derechos fundamentales, demarcando las funciones de la FGN y la policía, la autorización del uso de particulares en el desarrollo de funciones públicas (jurados en causas criminales, conciliadores, árbitros); a lo anterior se acompaña una incipiente legislación aplicable al uso de agentes encubiertos, calificados o no, que se compone de un par de leyes referidas someramente a su uso operativo, se suman directrices administrativas con resoluciones de la FGN (acuerdos y manuales de la FGN), que aunque consistentes resultan sin fuerza vinculante con las otras ramas del poder público de nuestro Estado.

De la parte legal contamos con el artículo 242 de la Ley 906 de 2004; de otra parte, pero con iguales efectos contamos con el artículo 402 de la Ley 1407 (2010), el primer caso aplicable a la justicia ordinaria, el segundo aplicable a la justicia penal militar, a grandes rasgos podemos condensar su tenor extractando:

- i. Bajo motivo razonablemente fundado el Fiscal podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, disponiendo para ello de “uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares”.
- ii. Los agentes encubiertos podrán realizar actos “extrapenales con trascendencia jurídica”, en desarrollo de su infiltración dará cuenta de información útil al fiscal que conduzca a la recolección de material probatorio.
- iii. Además “podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado

o imputado o la adquiriera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física.” (Congreso de la República de Colombia, 2004); resaltando claramente la posibilidad que se recluten particulares, que sin derecho a alterar su identidad adquieran confianza del sujeto pasivo para buscar y obtener información y elementos de prueba.

Sin mayor controversia, la norma no establece el alcance de los derechos, requisitos, facultades, límites, garantías, controles administrativos, controles judiciales previos o en desarrollo de las operaciones, ni garantías para el ejercicio del sujeto infiltrado, esto implica que la manifestación de voluntad, reserva de identidad, confidencialidad de la operación, protección personal y familiar entre otros no se tenga en consideración en punto al uso de personal civil.

Atendiendo a las recomendaciones de la NU en sus TEI (2006), la FGN ha expedido 2 actos administrativos, la Resolución 3865 de 2008 donde se fijaron los parámetros de actuación en las operaciones con agente encubierto, siendo importante destacar que en esta iniciativa prohibió el uso de particulares que no ostenten la calidad de servidor público en tales diligencias y por tanto escindiendo el alcance del precepto legal, lo anterior propone un margen discrecionalidad para el momento en que las directrices administrativas cambien de postura frente al uso de particulares.

De otra parte la Resolución 6351 de 2008 también titulada con el objeto de fijar los parámetros de actuación en las operaciones con agente encubierto y en enmienda de la exclusión de los particulares, tal como se concluyó el anterior análisis, se incorporaron a la “selección y designación del agente encubierto” (artículos 2 y 9) de forma excepcional a los particulares, algunos apartes conclusivos importantes entorno al uso de particulares son:

- i. Se le cercena la posibilidad de usar identidad supuesta.

- ii. Se le permite realizar actos que requieren conocimiento técnico operativo (seguimientos, vigilancias, uso de medios tecnológicos...).
- iii. Se le permite, con algunas limitaciones (delitos graves) realizar actos que requieren conocimiento jurídico (actos de planeación, preparación y ejecución; contraer obligaciones civiles y comerciales o mercantiles).
- iv. Sin derecho a percibir o reclamar contraprestación alguna, seguridad social ni beneficios taxativos, pero en cambio deberá cumplir con las mismas funciones que un agente encubierto calificado (rindiendo informe al servidor de enlace).
- v. La autorización de su actuación inicial o su consecuente prorroga no exige control judicial previo, ni siquiera en casos donde se pueda intervenir gravemente los derechos fundamentales de los sujetos, excepto en el caso de las diligencias que impliquen ingreso de agente encubierto a reuniones en lugar de trabajo o domicilio del imputado o indiciado.
- vi. Solo gozan de seguridad por parte de la Oficina de Protección y Asistencia a Testigos, Víctimas e Intervinientes en el Proceso Penal aquellos agentes encubiertos con vocación de testigo, dejando peligrosamente a estos sujetos desprovistos de protección como potenciales víctimas de las operaciones adelantadas con el consentimiento estatal y de las cuales no se obtuvieron resultados para judicializar responsables.

Resulta necesario señalar que el carácter de reservado de la actuación y otras contingencias, artículos 14 y 16 (Fiscalía General de la Nación, 2008, págs. 6-7), no radia el aparato judicial pues por intermedio de una resolución administrativa no es dable atribuir fuerza vinculante en la cooperación entre organismos del Estado, lo anterior se amplifica si tenemos en cuenta que el espectro geográfico de la actuación puede extenderse extraterritorialmente por el rango de operación de la organización criminal y en otras latitudes nuestra legislación se torna inoperante, caso en el cual debemos riesgosamente someter

al agente encubierto (testigo, víctima o capturado) a la diplomacia y algunas veces ralentizada cooperación judicial entre Estados, como es el documentado caso de Carlos Toro, agente encubierto colombiano al servicio de la DEA por 27 años, al parecer determinante en el caso contra los narcotraficantes Carlos Lehder y Manuel Antonio Noriega, en el cual el gobierno de Estados Unidos otorgó una compensación económica de 80.000 USD por los años de servicio a la oficina antidroga (DEA) pero posteriormente, ahora en su vejez le niega la residencia para garantizar su seguridad, cercenando con ello sus derechos a seguridad social por tantos años de servicio (HuffPost News & Noticias Caracol, CBS News, 2015).

Para concluir debe destacarse que el particular empleado en Colombia distingue entre un sujeto civil sin específica cualidad y los miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados (Congreso de la República de Colombia, 2018).

### **1.9. COMPARATIVO DEL AGENTE ENCUBIERTO EN OTRAS LEGISLACIONES**

Para dar cuenta del estado práctico y actual de la figura, se hace necesario realizar un ejercicio comparativo a fin de ubicar aproximadamente el contexto en el que internacionalmente se puede situar nuestras disposiciones y procedimientos sobre el empleo de agentes calificados o particulares en operaciones de infiltración frente a las exigencias modernas.

Para el desarrollo del mencionado ejercicio se han tomado como referencia países con una democracia establecida mediante constituciones recientes (o con enmienda reciente) donde la discusión sobre derechos fundamentales sea vanguardista y prolífica como el caso de Alemania, preferiblemente latinos o con contextos sociales aproximados al colombiano (Brasil, Argentina, Perú), con un

nutrido debate académico y contenido jurídico sobre el funcionamiento de la figura de agente encubierto como es el caso Español y Portugal (donde emplean agentes encubiertos particulares), que tengan regulaciones expresas sobre el desarrollo de las Técnicas Especiales de Investigación y a su vez, que sean miembros de las Naciones Unidas pues el factor de cohesión normativa emana fundamentalmente de este organismo multilateral.

### 1.9.1. ALEMANIA

En el *Strafprozeßordnung* (*StPO* - Código de Procedimiento Penal) tenemos una prolífera y sistemática regulación de este medio de investigación, en el primer libro que trata de las disposiciones generales, sección ocho sobre uso de agente encubierto y búsqueda, especialmente en los artículos 110a y 110b (parciales) que integran:

- i. La labor de investigación encubierto la cumplen funcionarios del servicio de policía.
- ii. Se emplea identidad alterada denominada “leyenda”.
- iii. La identidad del investigador se podrá mantener en secreto incluso después de su uso, temiendo un peligro por su integridad física y libertad del funcionario público (o incluso la de otra persona).

Para efectos de interpretación se transcriben las normas traducidas de las que se sirven las conclusiones:

#### *StPO § 110a*

(...) (2) Los investigadores encubiertos son oficiales de la fuerza policial que investigan bajo una identidad (leyenda) permanente y modificada que se les da. Según la leyenda, puedes participar en el tráfico legal.

*StPO § 110b*

(...) (3) La identidad del agente encubierto puede mantenerse en secreto incluso después del final de la asignación. El fiscal y el juez, responsables de decidir si aprueban la asignación, pueden solicitar que se les revele su identidad. Además, en los procesos penales se permite el secreto de la identidad de conformidad con el § (*artículo*) 96, especialmente si existe motivo de preocupación por la divulgación de la vida, la integridad física o la libertad del investigador encubierto u otra persona o la posibilidad de un mayor uso del secreto. El investigador estaría en riesgo.

En cuanto a los particulares, los Hombres-V (V-Person/V-Mann) en Alemania, son personas de naturaleza privada, que se auto-emplean en actividades de agentes encubiertos, si bien su motivación puede ser variada (económica, legal, espiritual, personal...) hay que resaltar que las autoridades cuantifican sus contribuciones y los retribuyen pecuniariamente a través del programa para el pago de informantes "Allgemeine Grundsätze zur Bezahlung von V-Personen und Informanten". (Mathes, 2020); conforme a la información develada por la Oficina Federal de Policía Criminal (Bundeskriminalamt - BKA) el pago de incentivos se establece a partir de porcentajes sobre el precio comercial de la mercancía incautada, dichos pagos están fuera de la regulación fiscal por lo que se suponen exentos de cargas arancelarias.

Los V-Mann en el plano investigativo judicial se han ocupado de desarrollar más precisamente una labor de informantes, puesto que su actuación al no estar sometida al tamiz de la legalidad formal (previo, durante y posterior) se ve relegada en su valoración probatoria al punto de no ser tenida en cuenta, caso que no sucede con los miembros de la policía.

Después de su estudio se encontró que los delitos que admiten este mecanismo de investigación, aunque de amplia interpretación, se suscribe entorno a la

naturaleza de delitos de alto impacto social y entidad punitiva, especialmente el tráfico de estupefacientes y comercio de armas.

En el caso de Colombia, no tenemos acceso a información de carácter público sobre programas de incentivos por cooperación policial o investigativa, pero en los presupuestos de fuerza pública encontramos partidas presupuestales para cubrir excepcionalmente el pago de recompensas de manera general mediante divulgación en medios de comunicación masivos, en materia tributaria el tratamiento en estos asuntos se encamina como ingreso no constitutivo de renta (artículo 41, Estatuto Tributario Nacional), salvo se compruebe que la información suministrada resulte falsa. (Pérez Hoyos, 2010)

El contraste frente al manejo local nos trae variantes importantes, primero, los germanos con el empleo inexorable de personal de la fuerza pública para la acción encubierta y la abierta disposición para que los particulares (Hombres-V) de forma voluntaria y a cuenta propia se integren a programas de recompensas conocidos, en Colombia cualquier ciudadano cuenta con la libertad de colaborar con la seguridad pública, pero no hay una cartera pública para que dicho ejercicio pueda ser considerado profesional, esto al margen de lo que sería exigible en tales casos, pues nuevamente se abre el debate sobre el ejercicio de derechos fundamentales ciudadanos, simplemente se pueden emplear los particulares como agentes secretos pero sin ninguna regulación sobre su ejercicio público (por ser ésta una actividad investigativa en cabeza del Estado); otro punto de interés es la seguridad del agente, se vislumbra en Alemania un especial énfasis en la protección del sujeto sobre los riesgos propios (y de terceros) que puedan surgir en el tracto de la investigación, el caso colombiano este tema constituye una nube de dudas frente a la reserva de la identidad del sujeto, la obligatoriedad de otras entidades (registraduría) en cooperar por ejemplo prolongando la falsa identidad del sujeto por motivos de protección al inmiscuido, realmente no hay norma de rango legal del cual justificar la adopción de este tipo de medidas; como punto particular al principio de control judicial, en

Alemania tanto el fiscal como el juez comparten responsabilidad en autorizar las acciones encubiertas, en Colombia esto es potestad del ente acusador, situación por demás criticada pues se puede tornar de tendencia inquisidora frente a la neutralidad que requiere evaluar la intervención e implicaciones de derechos fundamentales (intimidad, no autoincriminación, debido proceso...).

### **1.9.2. ARGENTINA**

La ley 24.424 promulgada el 2 de enero de 1995 ha modificado la ley 23.737 (tráfico y comercio de estupefacientes) es una ley de carácter especial para la regulación de las actividades encubiertas que si bien combina consideraciones adjetivas en parte sustantiva, se considera una práctica admisible; aunque controvertida por la crítica nacional por el nivel de intervención de los derechos fundamentales, esta contiene normas sobre los presupuestos y límites del sujeto encubierto, en su artículo 31 y subsiguientes, señala los delitos que se pueden cometer, entre otros la tenencia de estupefacientes (aun para el consumo) o de elementos para su producción y contrabando de los mismos, también se sugiere que la intervención del sujeto debería limitarse hasta la no consumación del hecho delictivo (solo actos preparatorios) lo que a su vez ocasiona la no subsunción de la conducta en el tipo penal. (Guariglia, 1994)

Los agentes encubiertos circunscritos a las organizaciones de tráfico y comercio de estupefacientes están designados para a) comprobar la comisión de delitos, b) lograr la individualización o detención de autores, partícipes o encubridores y, c) asegurar medios de prueba necesarios.

Un aspecto relevante en la norma argentina es la intervención previa y privativa del juez a fin de autorizar la actuación del agente encubierto, cual lo instruye el Código Procedimiento Penal (1991) en sus artículos 186 y 195, así como todas aquellas decisiones que afecten los derechos esenciales del imputado.

Otro punto destacado por Guariglia (1994) es la designación para tales labores de investigación a "los integrantes de las fuerzas de seguridad", los mismos pueden atentar contra diversos bienes jurídicos, con la única limitación que ninguno de estos delitos "implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro". (pág. 59)

Conforme a la Organización de Estados Americanos (OEA), su Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), expone Cesar Arenas (2013): pueden ser agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, integrantes de las fuerzas policiales y miembros de administración nacional de aduanas; en contraprestación, en la Argentina estos sujetos por su participación encubierta pueden mantenerse activos o al ser develada su verdadera identidad retirarse con dos grados de ascenso, obtener cambio de identidad, protección para su integridad física tanto personal como familiar, provisión de medios económicos para cambiar de domicilio y actividad.

Contrarrestando las garantías frente a otras latitudes se reconoce un manto garantista al agente encubierto, esto en consideración que: únicamente lo ejerce voluntariamente un servidor policial competente; goza de protección de identidad aún después de finalizada la intervención y sin importar el éxito de las results; el anonimato debe respetarse por todas las autoridades administrativas y judiciales so pena de sanción penal privativa de la libertad y multa; se otorga inmunidad penal en las actuaciones (frente a conductas que no lesionen gravemente a la vida e integridad física y moral de terceros), incluso esta garantía se tutela cuando el servidor es capturado, donde en secreto pone en conocimiento de su situación al juez, quien discretamente actuará protegiendo su identidad y los propósitos de la operación, se otorga seguridad personal como testigo (misma que se hace extensiva al grupo familiar), los tipos penales a intervenir con la técnica son taxativos y finalmente el control judicial no solo es previo y posterior, sino que toda información recaudada por el infiltrado "será

puesta de inmediato en conocimiento del juez.”. (Congreso de la Nación Argentina, 1989)

En sumas, encontramos que el sistema de trabajo encubierto en Colombia está desprovisto de cualidades importantes, Argentina maneja la exclusividad de trabajo secreto privativo para empleados públicos, no permitiendo el uso de particulares, otorga un sistema de incentivos a quienes participan de la riesgosa actividad, beneficios de ascenso, retiro remunerado, reserva de la verdadera identidad, reubicación geográfica y ocupacional, situaciones de las que adolece nuestra legislación y que se hacen importantes teniendo en cuenta la participación de particulares con la aquiescencia del Estado; en otro punto comparativo se destaca que el país sureño hace una aplicación más rigurosa del principio de control jurisdiccional, pues estas operaciones secretas requieren control previo y privativo de un juez, escenario opuesto a nuestra práctica judicial.

### **1.9.3. BOLIVIA**

Este país, fue un abanderado latinoamericano en la formalización y tecnificación de procedimientos para Técnicas Especiales de Investigación, en conjunto con la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en su programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe y la participación de la Embajada Británica (2006), concurriendo en la elaboración del Manual TEI UNODC.

Tenemos en su Ley 1970 de 1999:

Artículo 282º.- (Agente encubierto) En la investigación de delitos vinculados al tráfico ilícito de sustancias controladas, en caso de ausencia o insuficiencia de medios de prueba, el fiscal podrá solicitar fundadamente,

bajo su responsabilidad, al juez de la instrucción, autorización para la intervención, en calidad de agentes encubiertos, de miembros de la Policía Nacional altamente calificados, sin antecedentes penales o disciplinarios, que presten su consentimiento al efecto.

La resolución del juez de la instrucción que autorice la intervención del agente encubierto consignará la identidad supuesta del mismo que será mantenida en reserva y se conservará fuera de las actuaciones con la debida seguridad en sobre cerrado y lacrado que contendrá además la identidad verdadera del agente.

El agente encubierto mantendrá informado al fiscal encargado de la investigación sobre las actividades realizadas y por realizarse en el curso de la misma y sobre la información que vaya obteniendo.

Las declaraciones testimoniales del agente encubierto no serán suficientes para fundar una condena si no se cuenta con prueba adicional incorporada válidamente al proceso.

El agente encubierto no estará exento de la responsabilidad que corresponda, si en el curso de la investigación realiza actos distintos a los específicamente encomendados o con evidente exceso o desproporcionalidad, con relación a las necesidades o finalidades de la misma. (1999)

Resulta claro concluir del aparte normativo que el agente encubierto:

- i. Solo procede para el tráfico de sustancias controladas.
- ii. Se usa como caso excepcional por ausencia o insuficiencia probatoria.
- iii. Su autorización en por intermedio del juez de instrucción.

- iv. Solo se facultan miembros de la Policía Nacional altamente calificados, sin antecedentes penales o disciplinarios.
- v. El sujeto debe manifestar su consentimiento.
- vi. Opera bajo identidad supuesta y bajo reserva.
- vii. Su testimonio será valorado en conjunto con material probatorio allegado válidamente al proceso para producir una condena.
- viii. Su responsabilidad penal se valora conforme a la necesidad y finalidad encomendada.

Resulta muy específica la norma que establece el marco legal sobre los condicionamientos a los que se supedita la implementación de un trabajo encubierto, destacando incuestionablemente que solo personal altamente calificado y con historial intachable puede asignarse a este tipo de operaciones, lo que de paso descarta la posibilidad de usar civiles.

Respecto a nuestra regulación podemos encontrar, como ya se denota en otras legislaturas, la exigencia que el agente provenga de un cuerpo policial, además de contar con una hoja de vida ejemplar (sin antecedentes penales ni disciplinarios), la operación a diferencia de Colombia requiere control judicial previo y resulta interesante frente al estándar probatorio, que en Bolivia el testimonio del agente no es suficiente para fundar condena por ello el recaudo de material con vocación de prueba es fundamental en la investigación; como apunte final cabe destacar que en nuestro hermano país la inmunidad penal del actor (encubierto) se encuadra en forma abstracta, pues su responsabilidad se interpreta al arbitrio judicial conforme la necesidad y finalidad de la actuación encomendada.

#### 1.9.4. ESPAÑA

Con una dominante posición doctrinal reflejada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, LECrim (Ministerio de Gracia y Justicia, 1882) en su artículo 282 bis, se regula el control judicial de los agentes encubiertos, disponiendo:

- i. Autorizan el empleo de un agente encubierto el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal (dando cuenta inmediata al Juez).
- ii. Solo pueden autorizar a funcionarios de la Policía Judicial con voluntad libre y expresa.
- iii. La autorización debe ser motivada.
- iv. Bajo identidad supuesta expedida por el Ministerio del Interior, identidad que podrá ser conservada en el devenir del juicio.
- v. Se faculta por un periodo inicial de 6 meses, prorrogable por periodos de igual duración.
- vi. El agente debe solicitar autorizaciones cuando se ponga en riesgo la afectación de derechos fundamentales, esto impacta en las interceptaciones de comunicaciones e intromisiones a la intimidad entre otras.
- vii. Se considera delincuencia organizada la asociación de al menos 3 personas para atentar contra los bienes jurídicos por medio de conductas relacionadas con:
  - a. Delito de secuestro de personas
  - b. Delitos relativos a la prostitución
  - c. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico
  - d. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial
  - e. Delitos contra los derechos de los trabajadores
  - f. Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada
  - g. Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo
  - h. Delitos contra la salud pública
  - i. Delito de falsificación de moneda

- j. Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos
  - k. Delitos de terrorismo
  - l. Delitos contra el Patrimonio Histórico
- viii. El agente está exento de responsabilidad por las actuaciones promovidas, siempre que guarden proporción con la finalidad y no constituyan hechos de provocación.

El compendio resulta bastante completo en relación a aspectos de requisitos y garantías mínimas tanto para el agente como para el investigado, la especificidad en la naturaleza de los delitos en los que se puede excepcionalmente intervenir, el control judicial activo, en fin sus barreras y prebendas; refiere García Sánchez sobre la permisión al agente para que ejecute actos extrapenales que vayan encaminados al éxito de la infiltración, actos para ganar confianza y escalar posiciones en la organización (2009, pág. 10), elementos que si no estuvieran reglados quedaría al arbitrio de la interpretación judicial y devendría en falta de salvaguardia para los sujetos involucrados.

El modelo Ibérico es bastante avanzado si se le compara con el homónimo colombiano, tenemos diferencias notables: se reitera la tendencia global de no emplear particulares sino fuerza policial voluntaria; la autorización previa del juez incorpora un elemento de flexibilización al principio de control judicial, pues el Ministerio Fiscal tiene la facultad de autorizar la infiltración siempre y cuando dé cuenta inmediata al juez competente, si se tiene en cuenta que para estas operaciones sólo se usa personal calificado (funcionarios de policía judicial), la prerrogativa puede resultar proporcionada frente a la validación de los requisitos por parte del agente, en nuestro caso, como se ha pluricitado, también empleamos personal civil y la autorización no exige intervención judicial anterior a la operación, situación de especial cuidado tanto en la corroboración de los requisitos que debe cumplir el sujeto; otro aspecto de gran importancia es la obligatoriedad de obtener orden judicial cada que la labor de inteligencia exija

actuar poniendo en riesgo o afectando derechos fundamentales, circunstancia que en Colombia se ha empezado a discutir por vía de la jurisprudencia constitucional pues mediante la citada sentencia C-156-16 la Corte condicionó a control judicial previo las diligencias que impliquen ingreso de agente encubierto a reuniones en lugar de trabajo o domicilio del imputado o indiciado; en los demás apartes no hay mayores diferencias, al menos de fondo, pero se hecha de ver la falta en nuestro país de una norma que integre todos los aspectos sustanciales y procesales de la figura encubierta en especial por la situación del uso de particulares.

#### **1.9.5. PORTUGAL**

En el caso portugués, encontramos una legislación dedicada exclusivamente a reglar la acción encubierta a partir de la Ley 101 de 2001 (Asamblea de la República de Portugal, 2001), denominada “Regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal”, básicamente en su articulado la Asamblea de la República instituye:

- i. El sujeto activo puede ser un oficial de la policía judicial o un tercero que actúe bajo control de la policía judicial.
- ii. Se faculta la ocultación de su calidad e identidad, la cual se clasificará como secreta, la identidad falsa será asignada por el Ministerio de Justicia por seis meses prorrogables.
- iii. El ámbito de aplicación se suscribe para investigar las conductas consagradas en los delitos:
  - a. Asesinato, a condición de que el autor no se conoce;
  - b. contra la libertad y contra la libre determinación sexual que corresponde, siempre que el autor no es conocido, o si se refirió expresamente a delito menor 16 u otra capacidad;
  - c. en relación con el tráfico y la adicción de vehículos robados;

- d. la esclavitud, secuestro y secuestro o toma de rehenes;
  - e. la trata de personas;
  - f. las organizaciones terroristas, el terrorismo, el terrorismo internacional y la financiación del terrorismo;
  - g. la captura o el ataque a la seguridad del transporte por aire, agua, carretera, ferrocarril o carretera que corresponde, en abstracto, a pena al menos de 8 años de prisión;
  - h. ejecuciones con bombas, granadas, sustancias explosivas o dispositivos, armas de fuego y objetos con trampas explosivas, nuclear, armas químicas o radiactivas;
  - i. el robo en entidades de crédito, los departamentos de la oficina de Hacienda y correos;
  - j. asociaciones criminales;
  - k. en relación con el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas;
  - l. blanqueo de capitales, otros activos o productos;
  - m. la corrupción, la malversación y la participación económica en los negocios y el tráfico de influencias;
  - n. fraude en la obtención o malversación de subsidios o subvenciones;
  - o. las infracciones económicas y financieras cometidas de forma organizada o con la tecnología informática;
  - p. las infracciones económicas y financieras cometidas en una dimensión internacional o transnacional;
  - q. la falsificación de la moneda, bonos de crédito, timbres fiscales, sellos y otros títulos equivalentes;
  - r. en relación con el mercado de valores.
- iv. La participación como infiltrado no es obligatoria.
- v. La aprobación de la operación debe ser sustentada, emitida por el fiscal y remitida al juez de instrucción quien valida dentro de las 72 horas siguientes.

- vi. La responsabilidad de la iniciativa y decisión es respectivamente del Magistrado del Ministerio Público junto al Departamento Central de Investigación y Procesamiento y el Juez del Juzgado Central de Instrucción Criminal
- vii. Se ejerce control posterior de legalidad dentro de las 48 horas de terminada la operación.
- viii. El infiltrado podrá declarar en juicio conservando su identidad falsa.
- ix. Las conductas del sujeto encubierto se consideran no punibles siempre que guarden proporción con el propósito de la operación.

Se puede resaltar la extensa cobertura en cuanto a bienes jurídicos que pueden ser intervenidos por la acción encubierta; se encuentra que los particulares “terceros” pueden revestir de función judicial como el caso Colombiano, pero con mayor presencia de control judicial (previo y posterior), reserva de identidad y con un marco legal desarrollado; la figura y sus disposiciones se encuentra articulada por ley de la República de la que deriva obligatoriedad de sometimiento de todo poder público; a diferencia de Colombia la responsabilidad de la operación recae sobre diferentes organismos del Estado lo que genera mayor compromiso, control y cooperación para con los sujetos que intervienen pues el Ministerio de Interior (genera la nueva identidad), el fiscal del Departamento Central de Investigación y Procesamiento (emite y sustenta la solicitud) y el Juez del Juzgado Central de Instrucción Criminal (autoriza la operación) son solidariamente garantes; las medidas de protección reconocidas son fieles sobre todo con el individuo que actúa como agente, no solo por la protección de la identidad en la operación, sino porque después de la misma se instituye el exento en la responsabilidad penal, la no obligatoriedad en la participación encubierta (requisito volitivo), pero finalmente queda vacío el ítem de incentivos y recompensas por la contribución positiva a la investigación; en cuanto a la taxatividad de los tipos es posible establecer que el principio de excepcionalidad se muestra generosamente aplicado para una amplia variedad

de conductas penales que en otras soberanías no son ordinariamente de consideración, pero que en síntesis formalizan las exigencias de las convenciones internacionales (Naciones Unidas, 1988; 2003; 2004).

Para nuestra localidad resulta valiosa la experiencia portuguesa en el sentido de su compromiso legislativo de reglamentar las operaciones encubiertas de forma especializada, pues en esta latitud se autoriza el empleo de particulares como agentes de este tipo, igual que nosotros, y se delimita sino de forma completa, al menos si más responsablemente que como se viene haciendo en Colombia, donde un estatuto legal puede suplir muchos vacío y cohesionar todos los órganos del país, situación de la cual se adolece en el Estado colombiano, donde pese a que se pueden emplear particulares como agentes encubiertos, los mismos no cuentan con un régimen jurídico que los regule, les garantice protección, sea garantista con los sujetos investigados y la sociedad en general, circunstancia que localmente puede ser constitucionalmente exigible pues el particular investiga para el ente acusador (bajo parámetros de este y por disposición legalmente permitida) y en este sentido se supone el ejercicio de una función pública.

#### **1.9.6. BRASIL**

Mediante Ley 12.850 (Congresso Nacional, 2013) se regula lo pertinente a las organizaciones criminales y su investigación, los medios de prueba, delitos conexos y procedimientos penales. Desde esta norma se instaura el régimen para los agentes encubiertos (sección 3, artículos 10 al 14), incorporando mayor garantismo que el concebido en su anterior regulación (Ley 9.034 de 1995) y actualizando articuladamente su legislación en materia de organizaciones criminales nacionales y trasnacionales.

Los principales puntos conclusivos de su normatividad son:

- i. Define organización criminal la asociación de al menos 4 individuos para la comisión de delitos cuyas penas máximas sean superiores a 4 años o que tengan carácter transnacional.
- ii. Uso de la figura de colaborador (como un delator o simple civil infiltrado), el cual obtiene un tratamiento de derecho premial consistente en perdón judicial, reducción de pena y/o sustitución de pena conforme su contribución al proceso investigativo.
- iii. La infiltración se lleva a cabo por personal de policía.
- iv. La solicitud de la operación debe ser confidencial ante juez competente que decide en un término de 24 horas, se involucra el jefe de policía y el fiscal, debe ser motivada (sujetos pasivos y delitos), estableciendo sus límites de actuación y adoptando medidas de protección para el agente encubierto.
- v. La infiltración procede si se demuestra la comisión del delito y que no hay otros medios disponibles para producir la prueba.
- vi. Se otorga por un periodo de seis meses prorrogable si se demuestra la necesidad.
- vii. Se ejerce control judicial posterior a la operación sin importar los resultados obtenidos.
- viii. Tras el riesgo inminente del sujeto activo se puede detener la operación y dar aviso a las autoridades (policía, fiscal y juez).
- ix. El agente queda exento de responsabilidad por los punibles necesarios para el desarrollo de la operación, fuera del desarrollo de su objeto no se extienden este tipo de beneficios.
- x. Se consagran derechos del agente:
  - a. Rechazar o cesar la infiltración.
  - b. Alteración de identidad y uso de medidas de protección de testigos.
  - c. Reserva de sus datos personales.
  - d. No ser nombrado, fotografiado o filmado por medios de comunicación sin su consentimiento.

A partir del resumen anterior es posible destacar múltiples bondades procesales y sustantivas para quienes fungen como agentes encubiertos en Brasil, a partir del reconocimiento de derechos propios del agente, la guarda por su integridad e identificación, la intervención confidencial de diversos organismos estatales que se orquestan para asegurar el objeto de la diligencia como la seguridad de los sujetos, el establecimiento de medidas de protección especiales y la taxativa justicia premial para los particulares, que en todo caso sólo pueden actuar como colaboradores, en delación de personas o infiltraciones civiles que se promuevan al margen de la investigación y sin la aquiescencia del Estado.

Cabe también resaltar que, como en otros casos comparados, por ministerio de la Ley hay fuerza vinculante que irradia todos los componentes del Estado, por tanto, la rama judicial queda comprometida y facultada para avalar previamente las participaciones de uniformados en operaciones encubiertas restrictivas de derechos.

Frente a nuestro caso colombiano podemos distinguir al menos tres diferencias importantes, lo primero es el empleo exclusivo de personal oficial (policía) para acciones encubiertas, no siendo posible con particulares; segundo se resalta que la colaboración de un civil se atiene a un tratamiento de justicia premial (acorde a sus aportes al proceso), que no se enmarca en operaciones autorizadas o monitorizadas por el ente fiscal/investigador; y tercero la usanza del control judicial previo para la implementación de operaciones de infiltración policial es esencial antes de comenzar la operación, además tanto el jefe de policía como el fiscal coadyuvan la solicitud y el juez cuenta con 24 horas para decidir en qué condiciones (límites y protección) se autoriza.

De lo anterior es posible destacar que, en nuestro vecino brasilero no admite el uso de particulares para este tipo de tareas, se cuentan con mayores rigores para su ejercicio por parte de personal calificado, hay mayor preocupación por establecer un marco de desarrollo de la gestión secreta (limitaciones

discrecionales que pueden ser impuestas por el juez) y la protección del sujeto investido de la labor, nuevamente situaciones que no se contemplan en nuestra normativa.

### **1.9.7. PERU**

En la legislación peruana inicialmente la postura dejaba por fuera del ejercicio encubierto al particular, luego de una adenda en el año 2007 se permitió su empleo como una manera excepcional del “agente especial”, la norma en cuestión, Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo No. 957, artículo 341 Agente Encubierto (Presidencia de la República de Perú, 2004) en síntesis postula:

1. El órgano investigador, Fiscalía, en desarrollo de actividades propias de la delincuencia organizada, con suficiente información indiciaria, puede autorizar a miembros especializados de la Policía Nacional para actuar en operaciones encubiertas.
2. Dicho agente podrá obtener una identidad aparente la cual es otorgada por la Dirección General de la Policía Nacional por el plazo prorrogable de seis (6) meses, incluso se puede crear, cambiar y utilizar dichos documentos de identificación dentro de sus actividades ordinarias.
3. El Fiscal, en situaciones excepcionales puede disponer la utilización de un agente especial, entendiéndose éste como un ciudadano de origen particular.
4. El o los agentes encubiertos gozarán de una nueva identidad, la cual será reservada, conservada con suma seguridad y se podrá ocultar durante y al culminar la investigación.

5. La información que vaya obteniendo el agente deberá ponerse en conocimiento de la Fiscalía íntegramente, dicha información puede utilizarse en cualquier otro proceso, pero su valoración corresponde a la judicatura.
6. Cuando se puedan afectar derechos fundamentales, se deberá acudir al Juez de instrucción para que emita las autorizaciones bajo reserva.
7. El agente infiltrado estará exento de responsabilidad penal en las actuaciones no provocadas que sean consecuencia necesaria y proporcionales con el fin de su labor investigativa.

Destaca primordialmente: empleo del agente por disposición del Fiscal; uso preferencial de miembros especializados de la Policía Nacional; solo amerita control judicial previo al afectar derechos fundamentales; no requiere control judicial posterior, pues el recaudo probatorio lo valora directamente el juez de instrucción, lo anterior pese a que el sistema implementado es de tendencia acusatoria; se mantiene reserva de la identidad (verdadera o ficticia) aun dentro o una vez concluido el proceso y se exonera de responsabilidad penal al agente siempre que exista exclusión entre los delitos y actos de provocación.

Esta fórmula de implementar la acción encubierta es garante de ciertas situaciones, como la inmunidad en la responsabilidad penal y la protección de la identidad del participante, pero frente al uso de un agente especial, es decir un ciudadano de origen particular, no dice mucho, es vacía la regulación al respecto, al punto que un grupo de trabajo oficioso de expertos proveniente de la OEA identificó como un obstáculo jurídico el empleo de civiles en operaciones encubiertas. (Diban, 2014)

El caso peruano es un vago ejemplo de referencia sobre como emplear a particulares, llamados por ellos como agentes especiales, pues aunque es vaga su regulación legal se observan cuidados especiales en cuanto a los controles

judiciales previos a la intervención de derechos fundamentales, situación que en Colombia es difusa, a excepción de las diligencias que impliquen el ingreso al domicilio del indiciado (investigado); aunque es un modelo símil al colombiano (excepcionalidad en el uso de particulares, sin control judicial previo, el poder dispositivo radica en el fiscal, con impunidad limitada para el sujeto infiltrado), no se puede dejar de lado las características propias de la sociedad a la que se aplica, que en todo caso escapan a la esfera de análisis delimitado en la tesis.

### **1.9.8. ANALISIS DEL COMPARATIVO**

Del compendio anterior es posible establecer notas conclusivas en al menos 3 aspectos de mayor importancia frente al empleo de agentes en operaciones encubiertas y el uso de particulares dentro de esta categoría.

Fundamentalmente y conforme a las necesidades de la investigación, conviene resaltar que por lo general dentro de las latitudes detalladas no se permite o instruye a ningún órgano del Estado para emplear a un particular en una operación encubierta, vemos como Alemania, Argentina, Bolivia, España y Brasil son exegéticos en esta disposición, no reclutar particulares, incluso a partir de esta exigencia algunas de las legislaciones mencionadas nos llevan al segundo aspecto a saber:

Se regula explícitamente las actuaciones de los civiles al margen de una investigación pero como fuentes probatorias dentro del proceso penal, tenemos que en Alemania con los *V-Person/V-Mann* contemplan el tratamiento pecuniario y procesal para efectos de estimular la participación ciudadana en la investigación criminal, ambiente muy propicio pero como se advirtió, prestante para situaciones de riesgo en cuanto a derechos fundamentales de los investigados, en todo caso una situación que en Colombia no es ajena por

intermedio de la justicia premial existente<sup>12</sup>; en Bolivia se estipula un “estándar probatorio” de categoría indiciaria para los aportes que hagan los agentes secretos, una particularidad que no se considera en normativas ajenas, resulta llamativo el tratamiento que se le da porque más que tarifcar la prueba introducida u obtenida por el agente, trata de abrir una nueva discusión sobre estándares probatorios para el uso de esta técnica especial, está por demás decir que la delimitación de este trabajo implica no entrar en esta disputa, pero si resaltar la importancia que deviene de este planteamiento; posteriormente se encuentra Brasil con la regulación del “civil colaborador”, estableciendo pautas que orientan los alcances de la justicia premial ante las contribuciones exógenas a la investigación o el proceso, hechas por un particular, situación interesante pues objetiviza, o eso intenta, la valoración de las contribuciones recibidas por este.

Finalmente el aspecto atinente al principio de control judicial, en éste resulta fuertemente sentada la necesidad que el mismo se practique con anterioridad a la operación de infiltración, todos los países analizados a excepción de Perú destacan la perentoriedad de acudir ante un juez para autorizar el uso de la técnica, las excepciones de acudir con posterioridad inmediata son muy limitadas y deben ser justificadas por el ente fiscal, así lo muestran las legislaciones de Alemania, España y Portugal, lo anterior da cuenta de la importancia en la separación de funciones entre ente investigador y la jurisdicción a fin de garantizar derechos fundamentales de todos los actores intervinientes.

Conclusivamente podemos deducir que frente a los 3 aspectos resumidos, Colombia se lleva una buena parte de críticas, pues primero, el uso de

---

<sup>12</sup> Donde procesalmente en Colombia es posible que, mediante negociaciones previas, el delincuente coopere con la justicia mediante su participación como agente encubierto particular; en lo pecuniario, se acostumbra a establecer recompensas públicas para gratificar las contribuciones con la justicia y la seguridad pública.

particulares está permitido de forma excepcional pero sin regulación legal aplicable (ante el ejercicio de una función pública por parte del agente encubierto civil); segundo, la valoración del aporte de un civil no es un tema objetivamente medible ni vinculante para el ente fiscal investigador, lo que se echa de menos de cara a la estimulación en la participación del ciudadano en su rol contributivo a la justicia, situación que ha sido expuesta por nuestra jurisprudencia nacional, al referente recuérdese el proceso con radicación 35520 con ponencia del MG Fernando Alberto Castro Caballero donde se dijo:

(...) no ha contemplado el legislador en Colombia que la figura del “informante” tenga o amerite tratamiento diferenciado o privilegiado respecto del que se consagra para el autor o partícipe en una infracción al estatuto punitivo; tampoco se le ha otorgado a sus informaciones mérito probatorio especial, ni la jurisprudencia lo ha previsto en uno u otro de estos sentidos. (Sentencia SP7855-2016)

Y tercero, la falta de control judicial previo a la agencia encubierta, es un aspecto de suma importancia pues, en toda actuación de este tipo indefectiblemente se va a intervenir la esfera de intimidad del individuo investigado y no solo su intimidad, ni que decir de las asistencias derivadas del debido proceso (publicidad, no autoincriminación, interceptación de comunicaciones, presunción de inocencia, entre otras), este constituye un atributo de connotada relevancia en una democracia constitucionalizada, sumado al hecho que dicha intervención puede ejecutarse mediante el uso de particulares vestidos de tal función por la FGN, tenemos una enorme responsabilidad del Estado, carga no regulada en la actualidad.

## 1.10. EL AGENTE ENCUBIERTO EN EL PLANO INTERNACIONAL

Básicamente en Colombia se encuentran ratificados tres convenciones internacionales suscritas ante las Naciones Unidas para hacer frente a los delitos con mayor impacto económico, social y/o transnacional, cabe resaltar que no solo contiene obligaciones con implicaciones de carácter penal, pues también instruye importantes transformaciones u/o actualizaciones legislativas, ejecutivas, judiciales e incluso, del sector privado.

Sobre la experiencia jurisprudencial en los organismos multilaterales relata Cuyares Buitrago (2019) cuando cita a Carrasco Orellana & López Rojas (2013) en su análisis legal de sobre el agente en cubierto, que:

(...) es escasa ya que por la propia labor que desempeña el agente encubierto, la mayor parte de sus actuaciones se realizarán en la etapa de investigación del proceso, y como en ciertos ilícitos no es necesaria la autorización judicial previa, el juez en ningún momento conocerá y juzgara esta acción.

Producto de lo anterior y aunado a la confidencialidad de las operaciones resulta improductiva la labor de hallar pronunciamientos de alto tribunal internacional respecto de la legalidad en el empleo de los agentes encubiertos, máxime si se trata de la materia particularmente debatida, la agencia ejercida por un particular, sin embargo en un intento de aproximación se ha recurrido a las consignas de expertos realizadas por medio del Manual de Técnicas Especiales de Investigación (MTEI) elaborado por las Naciones Unidas.

En el siguiente desarrollo se resaltan anotaciones importantes referentes al tratamiento que en las convenciones suscritas y ratificadas por Colombia le dan al uso de agentes encubiertos como técnica especial para la lucha contra la delincuencia organizada, destacando que en ninguna de las convenciones se encontraron alusiones específicas sobre el uso de particulares en este tipo de

procedimientos investigativos, lo que claramente apunta a la libertad que le asiste a cada pueblo en su configuración y determinación normativa interna en este aspecto.

#### **1.10.1. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS**

Esta convención fue suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, declarada exequible mediante Sentencia C-176-94 (1994) con ponencia del honorable MG Alejandro Martínez Caballero, promulgada mediante el Decreto 671 de 1995 y finalmente aprobada por el Congreso de la República de Colombia mediante la Ley 67 de 1993.

En relación a esta convención y abordando la postura de la Fiscalía General de la Nación, la:

Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes acepta dicha figura sin discernir cuál es la condición del sujeto a infiltrar en las organizaciones delincuenciales, a lo cual se suma que la participación de los particulares es una medida voluntaria y no obligatoria, que implique un constreñimiento o una violación de sus derechos fundamentales. (Sentencia C-591-05, 2005)

También cabe contextualizar que en la diplomacia, por principio de autodeterminación de los pueblos, la soberanía de las partes contratantes hace que las convenciones (tratados, protocolos y pactos) tiendan a ser generalizadas, facultando en amplio margen la configuración legal interna de cada Estado parte y profesando respeto por esta legislación, esta situación no puede ser interpretada como una manifestación tácita de aceptación, tampoco, en el mismo sentido la norma hace referencia al uso del agente provocador y no

por ello nos encontramos frente a una aceptación de tal método; en todo caso será el órgano de control constitucional (Corte Constitucional de Colombia) el encargado de valorar la intervención de derechos fundamentales.

De otra parte, la misma Convención en numerables apartes (artículo 9) es incisiva en la necesidad de capacitar (conferencias, seminarios, intercambios...) a los funcionarios que integren los equipos de persecución criminal y es precisamente el uso del término “funcionarios” que en interpretación gramatical estricta también nos restringe el uso de particulares en labores investigativas del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional. (Ley 67 de 1993)

#### **1.10.2. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL**

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince de noviembre de año 2000 y aprobada por el Congreso de la República de Colombia mediante la Ley 800 de 2003.

En el artículo 20, de la mencionada ley, que trata sobre técnicas especiales de investigación, dispone que con arreglo a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno de cada Estado parte, adoptar medidas necesarias para permitir “(...) las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.”, es clara la intención de la norma supra, en el entendido de exigir

cualificación del sujeto encubierto, máxime en este alto nivel de organización criminal. (2003)

Yendo más allá del requisito calificativo, en el artículo 29 de la misma norma analizada, se instituye el desarrollo o perfeccionamiento de programas de capacitación específicos en “(...) las técnicas modernas utilizadas para hacer cumplir la ley, incluidas la vigilancia electrónica, la entrega vigilada y las operaciones encubiertas;” (Ley 800 de 2003, 2003), lo cual propone que el personal utilizado para estos procedimientos esté constantemente enriqueciendo sus conocimientos especializados en estas esferas, como lo dice el numeral 2 del mismo precepto, asistiendo a “(...) conferencias y seminarios regionales e internacionales para promover la cooperación y fomentar el examen de los problemas de interés común” (2003).

Por lo referido se colige que en esta convención señala que la técnica de actuación encubierta, como las otras especiales, se deben desarrollar por “autoridades competente” y que dicho personal se instruya constantemente en esta especialidad, no es dable en este punto establecer una exclusión tajante sobre el empleo de personal civil, pero si en gracia de discusión vamos a permitir que un particular funja como agente encubierto, lo mínimo sería desarrollar un marco legal que le sea aplicable y previo a su desempeño ser capacitado en forma acorde a la responsabilidad que le asista por ser un sujeto del cual se sirve el Estado en la promoción de una investigación criminal.

### **1.10.3. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN**

Mediante la Ley 970 de 2005 el Congreso de la República aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la cual había sido

adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 31 de octubre de 2003.

Le referida norma es un intento en la lucha especialmente contra el soborno (público y privado), peculado (público y privado), tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, blanqueo de patrimonios, encubrimiento y obstrucción de la justicia; donde la participación del sector bancario es fundamental y las herramientas cautelares, entre otras, claramente establecidas.

En la aplicación de las actividades encubiertas, el artículo 50 de mencionada norma, sobre las TEI, establece el precepto:

**Artículo 50.** Técnicas especiales de investigación. 1. A fin de combatir eficazmente la corrupción, cada Estado Parte, en la medida en que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y conforme a las condiciones prescritas por su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias, dentro de sus posibilidades, para prever el adecuado recurso, por sus autoridades competentes en su territorio, a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales. (Ley 970 de 2005)

Resulta claro el respeto del órgano rector por el ordenamiento interno en la autodeterminación de cada Estado parte, ameritando el respeto de los principios fundamentales en el uso de operaciones encubiertas, también resalta la conveniencia de vincular el órgano judicial en admisibilidad probatoria.

Al igual que en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, es expresa la habilitación y señalamiento de – autoridades competentes – territoriales para el desarrollo de todas las TEI, pero

como ya se dijo esto no puede interpretarse óbice para que el Estado parte sea autónomo en su implementación, que en todo caso convendría ceñirse de la forma más fielmente posible a los parámetros internacionales y este sin duda alguna es el uso de la técnica por miembros de un cuerpo oficial subordinado al Estado, debiendo ser una excepción suficientemente reglada que un particular la pueda desarrollar, tal como en nuestra Constitución manda en el caso de que un particular desarrolle una función pública.

Particularmente en nuestro país se contempla expresamente la lucha contra la corrupción por medio del uso de la técnica encubierta y la exoneración de responsabilidad penal que acaece sobre el infiltrado, reza la Ley 1474 de 2011, por medio del cual se dictaron “normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.” en su precepto 36 que adiciona el artículo 242-A de nuestra regla adjetiva penal: “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.”. (Ley 1474 de 2011)

#### **1.10.4. ANOTACIONES SOBRE FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL**

Como ya se indicó, debido a la escasez de material para el análisis con base en interpretación jurisprudencial internacional, se construyen estas anotaciones observando discusiones de la doctrina calificada, la escasa jurisprudencia nacional (*obiter dictum*), el referenciado MTEI instruido por Naciones Unidas (NU) y la Guía Práctica de Técnicas Especiales de Investigación en Casos de Delincuencia Organizada Transnacional. (Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional de la Secretaría de Seguridad Multidimensional de la Organización de los Estados Americanos, 2019)

La figura del agente encubierto históricamente nace de la necesidad primitiva de sobrevivir, pero una vez fortalecida esta capacidad protectora viene la ambición de invadir nuevos pueblos y es ahí donde pasamos de espiar el comportamiento vecino avizorando amenazas futuras y empezamos a detectar sus debilidades y recursos valiosos, en esta dinámica la infiltración sufre su primer mutación, la de espectador casi pasivo a agente provocador; la doctrina relata este resumen y resalta que dicha sinergia marca las relaciones internacionales entre naciones, por ello el espionaje a nivel internacional tiene marcadas connotaciones especialmente políticas, pero en el campo del derecho penal ha tenido una comunión marcada por la necesidad de controlar el delito transnacional, al punto de consensuar su uso sin mayores reparos por intervención a derechos fundamentales de los ciudadanos.

En este punto cabe resaltar que el derecho convencional aplicable en Colombia, por encima de sus principios universales entre estados parte, esto es la personalidad, soberanía, independencia, autodeterminación entre otros; comparten una preocupación en común entorno a la persecución criminal organizada, aquella que no conoce fronteras y tienen fuerte impacto social y económico, pues trata de delitos sumamente lesivos y de difícil persecución, tales como el tráfico de armas, estupefacientes, personas, activos (blanqueo de capitales, corrupción privada y pública) entre los más notables. Este interés contiguo ha posibilitado la creación de los instrumentos internacionales ya mencionados ratificados por Colombia.

En la actualidad y especialmente desde los conocidos ataques del 911 (11 de septiembre) a las torres gemelas en los Estados Unidos, se ha fortalecido la investigación contra el terrorismo y otras actividades delictivas que de alto impacto mediante promoción de las TEI, desde luego entre estas la agencia encubierta, este clima ha fomentado muchas críticas sobre la intrusión de derechos tanto para el investigado y el investigador como de las vicisitudes que devengan al proceso jurisdiccional, en ese margen de señalamientos las NU de

manera mancomunada instituyó un derrotero de línea general, el mencionado MTEI, en el cual se puede resaltar:

- i. Definió como TEI el agente encubierto y la entrega vigilada.
- ii. Obligatoriedad en la implementación articulada (entre organismos nacionales) de normas que permitan el uso de TEI, engranando su operatividad, cooperación interinstitucional, validez en procesos judiciales y compatibilidad en tareas conjuntas internacionales.
- iii. Estableció un modelo para la selección del personal, instituyendo personal calificado al servicio del Estado y de forma excepcional personas particulares.
- iv. Fijó un estándar de requisitos para la gestión de operaciones encubiertas articuladas, en este se estableció observancia de principios como la autorización judicial - previa -, subsidiariedad, especialidad y legalidad.
- v. Contempló un derrotero procedimental que determinó tanto las funciones como los límites y responsabilidades del agente encubierto.
- vi. Finalmente conceptuó sobre las medidas de protección y prohibiciones en el empleo de la institución encubierta.

De este manual es posible colegir que en Colombia con las implementaciones legales y administrativas (por parte de la FGN), se han presentado unos cumplimientos parciales sobre las recomendaciones, por ejemplo en lo atinente al particular al servicio de la investigación estatal la norma es demasiado amplia en su consideración pues equipara al civil en cuanto a funciones y responsabilidades frente a un policía judicial que a diferencia del primero cuenta con un respaldo institucional legalmente reconocido (prestaciones sociales, capacitación, seguridad social y seguros misionales); este aspecto, conforme al manual de las NU (2006), debe ser trabajado de forma diferenciada tanto que

mereció toda una recomendación (pág. 45) en su tratamiento, donde exhorta la creación un marco legal especializado respecto de su responsabilidad penal, protección reforzada para terceros (familia), restricción taxativa de actividades, entre otras que por supuesto en Colombia, por vía legal, no se están cumpliendo.

Acudiendo a los instrumentos dispuestos por la OEA desde su Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DDOT) en el marco del uso de las TEI (2019, pág. 64), cabe enfatizar que el empleo del agente encubierto es instruido para personal de la policía, para los civiles contemplan la figura de informante o colaborador que exigen un marco de garantías para su protección en el cual se propone manipular la información del particular mediante un expediente secreto donde se brinde protección de identidad con seudónimo y se le asigne un agente de control que le brinde soporte no solamente técnico sino sobre cualquier otro aspecto que involucre la investigación; el uso de civiles como personal encubierto se reconoce bajo estrictas excepciones que, en virtud de la autonomía, cada Estado parte es libre de procurar, en todo caso enmarca su uso conforme a ciertas condiciones, como evaluar la competencia del sujeto, respetar su voluntad, justipreciar su capacidad psíquica, estabilidad emocional y madurez, validar aptitudes de liderazgo, autodeterminación, control y dominio de situaciones difíciles.

Como se puede notar, los estándares enmarcados por la OEA son exhaustivos, refieren en gran parte a cualidades intrínsecas de la persona que desarrollará el rol de infiltrado, guarda arreglo con los lineamientos también propuestos las Naciones Unidas en el sentido de únicamente emplear civiles bajo situaciones absolutamente excepcionales, pero en los Estados Americanos se propone un estándar un poco más exigente en cuanto al marco de garantías, la selección de la persona y su preparación, situación que como se ha pluricitado en Colombia no aparece reglamentado pese a ser una disposición de orden constitucional pues el agente en cubierto particular no es más que un civil ejerciendo la función pública investigar que está en cabeza del Estado a través de la FGN.

Se puede proponer que este organismo multilateral y las NU manejan una teoría unánime sobre el uso de policías o personal al servicio del Estado para operaciones encubiertas y excepcionalmente personal particular sobre el que se rigidizan las obligaciones estatales de instituir el margen de operatividad de estos, estableciendo claramente competencias, límites y garantías que nuestro orden interno cumple parcialmente y en buena parte mediante actos administrativos (como la Resolución 6351 de 2008, FGN) inidóneos para las exigencias internacionales.

### **1.11. CRITICAS**

Es apenas natural que con a un medio de investigación con una técnica tan controversial se asocien importantes tachas que cuestionan el tratamiento jurídico que es permitido aplicar tanto en el caso concreto como abstracto, el hecho que el uso de agentes encubiertos de origen particular, no calificados, dotados de funciones de policía judicial, sea permitido en Colombia, suscita enormes interrogantes que se pueden ver representados en las críticas más frecuentes que se expondrán.

En el desarrollo del trabajo fue posible encontrar casos comparados donde las críticas, principios y recomendaciones han sido bien acogidas para atenuar las implicaciones negativas frente a los casos extremos donde el abuso de la técnica puede acarrear serias afrentas a los derechos fundamentales de cualquiera de los sujetos de derecho que intervienen en este tipo de operaciones especiales.

Es así como se enmarcan dos pilares frente a los cuales se centran las principales objeciones aplicables para el caso colombiano, no muy lejos de las directrices ampliamente reconocidas en el plano internacional.

### **1.11.1. FRENTE AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**

Desde una perspectiva propia del campo dogmático tenemos el análisis crítico del agente encubierto frente al postulado del Derecho Penal del Enemigo (DPE), como recopila Sologuren (2008, págs. 54-56), es posible encontrar elementos subsumidos en la figura desde los propios elementos originarios del DPE.

En contraste con el componente del derecho penal simbólico, donde se observa la impresión de un legislador dinámico con la “ilusión de solucionar realmente sus problemas, lo que a corto plazo puede ser gratificante, pero a largo plazo destructivo” (Silva Sanchez, 1992, págs. 59, 305); vemos que la coyuntura de la lucha contra el terrorismo ha abocado a muchos estados a rigidizar sus técnicas especiales de investigación sin escrúpulo por el menoscabo de los derechos y garantías fundamentales ya conquistadas, es así como en nuestro caso particular, alineamos nuestra política criminal con técnicas de investigación importadas, con apariencia de imposición, poco socializadas con nuestra sistemática jurídica interna, pues es una norma solitaria y sin reservas eficientes en su regulación, como se hace notorio por la ausencia de un régimen legal aplicable al particular que funja como agente encubierto.

Por cuenta del componente punitivo que distingue en relación con la técnica de infiltración en 2 puntos: primero, con el surgimiento de nuevas normas penales que pretenden brindar tranquilidad a la ciudadanía sin importar su improbable aplicación o simbolismo; la migración hacia tipos penales de mera conducta como la zozobra provocada por simple llamada que se califica dentro del terrorismo; con el concierto de personas para delinquir, sin que tal concierto valla aparejado de la conducta consumada; o el simple entrenamiento de personas en técnicas y procedimientos militares, que perfectamente puede encuadrarse en comportamientos que no transgreden materialmente el bien jurídico de la seguridad pública. Segundo, con el recrudecimiento de las penas tanto en nuevos tipos penales como en los existentes, en ofensa al principio de

proporcionalidad, fenómeno de manifiesto cuantitativo (mayores penas) y cualitativo (más elementos descriptivos y verbos rectores), todo ello de la mano de la injerencia representada por los medios de comunicación orientadores de la opinión pública de corte populista (Jakobs & Canció Meliá, Derecho penal del Enemigo, 2003).

Otro aspecto en suma frente a la óptica del DPE, es el citado por Sologuren (2008) en su memoria, donde trae a colación la demonización de infractores (Jakobs & Canció Meliá, Derecho penal del Enemigo, 2003, págs. 93-94), resulta claro que al satisfacer los mínimos para motivar la acción encubierta y frente a un marco de conductas punibles relacionadas con uno o varios “determinados” autores, retrocedemos hacia el derecho penal de autor donde la pluralidad no resta la singularización de sujetos pasivos que previamente deben estar identificados, pues el desarrollo de estas operaciones no trata de una pesca milagrosa, es una señalización directa hacia los “posibles” infractores que se encuentran en etapa de investigación.

En sumas la distinción entre ciudadano y enemigo, máxima de esta tesis, se puede ver ejemplificada en la adopción de la figura de agente encubierto seguida de la permisión de tan delicado ejercicio público por parte de personas particulares, fibrosa en el análisis de la violación de derechos constitucionales y en perjuicio del administrado pasivo, quien bajo ciertos parámetros de poca claridad o más bien de amplio margen (acción encubierta), se ve sometido a ser señalado como si estuviéramos en un sistema de derecho penal de autor, sometiéndose a intervenciones a su intimidad que sin ser consiente pueden constituirse en vulneración a su derecho a la no autoincriminación, focalizar la investigación con tal singularidad empleando un medio tan invasivo, en completo secreto, constituye una forma tendiente a la temeridad, que no se puede dejar la libre arbitrio del ente investigador, por ello su implementación debe ser rigurosa, articulada, observante de derechos y deberes tanto propios como ajenos y exigente en sus requisitos, situación que en Colombia está configurada de forma

muy abstracta y descuidando detalles importantes como el control judicial previo, tanto que la propia Corte Constitucional ha tenido que imponer controles en la marcha, como la autorización previa para el ingreso del agente encubierto a cualquier domicilio privado del investigado. (Sentencia C-156-16, 2016)

Esta diatriba va en desmedro del investigado, ya que es éste ciudadano quien ve reducida su presunción de inocencia, su intimidad, su derecho a la no autoincriminación y en sumas a un cúmulo de irregularidades al debido proceso, pues su tratamiento *per se* es el de un “hipotético responsable” que puede desconocer su estatus de investigado y la intervención de sus derechos fundamentales; dicha circunstancia es a la que se ve expuesta toda la población, dado que cualquier ciudadano en condiciones particulares merecerá la consideración de enemigo e intromisión en sus garantías.

Dado lo anterior es posible formular y muchos críticos lo hacen, que la técnica de acción encubierta es una forma de expresión del derecho penal del enemigo, donde el sujeto investigado es despojado de importantes derechos fundamentales que ceden ante la carrera eficientista del Estado que ante sus limitaciones para cumplir con su labor investigativa, se ve abocado a perseguir el crimen organizado echando mano de sus mismos instrumentos, muchas veces sucios por demás y los convalida en una atmosfera incipiente de legalidad en afrenta de todos los demás asociados, discriminar a seres humanos, destinarles un trato punitivo que no corresponda a la condición de personas, por considerarlos como entes peligrosos o dañinos (Zaffaroni E. R., 2006), reducir a un ciudadano en sus derechos y garantías, darle un tratamiento inferior (como el sugerido para un enemigo del orden social) y de paso hacer sospechoso de esta condición a cualquier asociado, es un aviso lo suficientemente con notable como para encender las alertas sobre el alcance que como ciudadanos le podemos confiar a este tipo de estrategias.

Para objeto de la investigación se propone que caracterizar como agente encubierto a un particular, con todos los riesgos que implica su empleo en una técnica tan compleja y a la vez tan exigente tanto para el rigor jurídico, operacional y personal, justamente desplegada en contra de otro civil trae consigo una inmensa responsabilidad, delegando varias posiciones de garantes en cada etapa o interviniente en el proceso (fiscal, juez, agente de enlace, programa de protección y asistencia víctimas y testigos), constituye además de ruedas sueltas por la falta de legislación específica aplicable, un trato que puede tornarse desproporcionado incluso al punto de que el investigado sea encuadrado como un sujeto al margen del derecho de los ciudadanos, privado del estatus de persona pues *a priori* se intuye su peligrosidad frente a la seguridad de las demás personas; si ánimo alarmista, esta crítica cimienta mayormente su sustento en la falta de regulación meticulosa sobre la materia y es precisamente este un punto frágil en el esquema legal colombiano, la amplitud del concepto, la abstracción que derivan las normas vigentes, son una oquedad que se presta para los excesos de quienes tienen la potestad en utilizar la agencia encubierta actualmente.

### **1.11.2. FRENTE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Es posible ubicar este tipo de crítica desde un escenario factico y jurídico, donde a partir de la exegesis de la normativa del agente encubierto y la postulación de su práctica en el campo de investigación penal, se podría vaticinar e incluso sentenciar serias violaciones a los derechos fundamentales a los sujetos que intervienen en su tracto jurídico, tanto en la parte activa por cuenta del particular, como por pasiva por parte del sujeto intervenido.

Algunos aportes como los de Olvera López (2018) y Gracia Martin (2005) califican la restricción de garantías y derechos procesales de los imputados como la consecuencia más importante de este fenómeno, necesario se hace

construir un sumario de los derechos implicados y conexos, puestos en riesgo en el desarrollo de las operaciones encubiertas:

- i. Presunción de inocencia
- ii. Dignidad humana
- iii. Intimidad (violación de las comunicaciones, interceptación de llamadas, interceptación correo, ingreso al domicilio, habeas data)
- iv. Defensa
- v. Validez de la prueba (por producción ilegítima o ilegal)
- vi. No autoincriminación
- vii. Publicidad (conocer las investigaciones en contra)
- viii. Desarrollo de la libre personalidad
- ix. Vida (seguridad personal, familiar y entorno social)
- x. Debido proceso (garantías procesales)

Realmente es considerable el espectro de derechos que se hallan inmiscuidos en el desarrollo de las TEI, la controversia en el ámbito académico es de antigua data y amplio debate, podemos decir que la ponderación de derechos es una herramienta constitucional encaminada a sopesar el margen de acción permisible en el uso de estos medios de investigación, pero ajustado siempre al control judicial concreto, pues la abstracción de la norma puede prestarse para subjetividades.

Puntualmente para este derrotero serán de interés las implicaciones en la intervención de derechos fundamentales del agente encubierto, siendo relevantes tanto el derecho a la presunción de inocencia, como el derecho a la vida del agente de origen particular.

Por cuenta del derecho a la presunción de inocencia tenemos que una variada normativa en el derecho comparado, además de una forma abstracta y muy limitada en Colombia, amparan la exculpación de delitos cometidos por los agentes siempre y cuando el desarrollo de sus tareas se enmarque en el

desarrollo exclusivo de su objeto, esto presume actos de celebración de negocios civiles o mercantiles con causa u objeto ilícito o el transporte de sustancias prohibidas para ganar confianza, consolidar una posición o escalar en la criminalidad; la presunción de inocencia lo que hace es excusar la responsabilidad del individuo, mediando una justificación de peso, pues la labor desplegada amerita este tipo de actos; técnicamente dentro de la teoría del delito podemos proponer que el infiltrado concreta la tipicidad del acto prohibido, pero en la evaluación del antijuridicidad se muestre válido el estricto cumplimiento de un deber legal, donde también cabe el análisis de proporción entre la lesión causada, la protección de un bien jurídico superior y la discrecional aplicación de la justicia premial por parte del ente investigador.

En el tema que incumbe, la norma señala que nuestro particular puede “realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. (...) 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.” (Ley 906 de 2004), pero en cuanto a su situación jurídica frente a la comisión de delitos aisladamente se precisa la excepción “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,” (Ley 1908 de 2018), es decir – el estricto cumplimiento de un deber legal – se podrá concretar sin mayores discusiones interpretativas, en casos de corrupción pública, en el resto de casos la decisión sobre imputar y acusar dependerá, con un amplio margen discrecional, al titular de la acción penal y las negociaciones que este concrete con el cooperante.

Frente al derecho a la vida del civil, se tiene que advertir que la falta de un régimen legal aplicable en el ejercicio de sus funciones investigativas, a más de intrusivas con el sujeto pasivo, redundará en falta de garantías para el particular: pues el riesgo vital propio, familiar y social por el desarrollo de actividades

ilegales en peligrosas estructuras criminales; la falta de concurrencia de requisitos y la desprotección jurídica por parte del Estado (económica, de responsabilidad contractual/extracontractual y seguridad social integral), escalan exponencialmente la situación comprometida del gobierno, deviniendo en una exposición desproporcionada de la vida del implicado. La única seguridad vital que es posible suministrar al agente y/o terceros, es mediante una cobertura *ex post* por la labor desempeñada, bien sea como testigo o por disposición especial de la Unidad Nacional de Protección.

La crítica frente a los derechos humanos encuentra su justificación no muy lejos de los excesos en la invasión de los derechos fundamentales principalmente del investigado, al referente cabe citar a Perdomo (2009) cuando propone que una acción encubierta es una forma especial y a la vez esencial de “engaño” donde el sujeto pasivo “sabe perfectamente que está dando una información, lo que no sabe es con qué fin, ni las consecuencias de su manifestación (...)” (pág. 203), desde dicha proposición podemos notar afectaciones a la presunción de inocencia, pues el indiciado desconoce los efectos jurídicos que se deriven de su actuar, que muchas veces suscribe en el ejercicio de su derecho a la intimidad, comportamiento que desde luego va en desmedro de su derecho a la no autoincriminación y a la defensa, todas estas circunstancias inevitablemente provocan fuertes críticas al debido proceso, a la validez probatoria de los elementos, evidencia e información recolectada.

El particular como investigador encubierto es una persona sobre la cual se cuestiona la exposición de su derecho a la vida, la de su familia y/o entorno social íntimo, las situaciones fácticas en las que se desarrollan las operaciones secretas: el entorno criminal en un contexto donde se despliegan conductas altamente peligrosas (tráfico de estupefacientes/armas, trata de personas, blanqueo de capitales, terrorismo, corrupción trasnacional, entre otras) en grupos de crimen organizado cuyos integrantes pueden ser experimentados y ordinariamente ocupantes de mandos medios y altos, todos estos ingredientes

que ponen la balanza en un alto nivel de riesgo a la vida del civil infiltrado, a esto se agrega que en las esferas delincuenciales atentar contra la familia y seres queridos es un medio utilizado bien sea tanto para la persuasión como para la venganza, con ello imponer el mando, establecer una jerarquía, afianzar la coacción y fidelidad sobre los subalternos o socios criminales.

La exposición de la vida del personal investigador y sus dependientes se vislumbra de alta peligrosidad, cargas que un particular no debería estar obligado a resistir en condiciones normales y sin ninguna prerrogativa estatal sobre su seguridad social y estabilidad prestacional, nuestro país al no tener un estatuto que sistematice el ejercicio de esta labor -pública- por parte de un civil se expone a violaciones de sus derechos humanos que se muestran desprotegidos por el sistema, aún más cuando su ejercicio se encuentra bajo reserva o clasificación secreta como supone una agencia encubierta, nuevamente se insiste que la posición de garante del Estado está fuertemente comprometida en su deber objetivo de garantizar el respeto a los derechos fundamentales de toda persona, poner en riesgo a un ciudadano del común a costa de que ni siquiera su familia tenga conocimiento de esta situación y posteriormente no puedan tener herramientas para reclamaciones judiciales por responsabilidad del Estado, es un escenario posible pero a ciencia cierta desconocido e indemostrable dadas las dificultades que supone obtener información de campo (estadística, documental y testimonial) por lo que aplicar un instrumento de investigación sería inocuo y el planteamiento no puede pasar de la hipótesis cimentada en ambientes posibles dados los amplios y abstractos márgenes de acción y control por parte del ente investigador para usar personal civil en operaciones secretas.

Al referente cabe destacar la antes mencionada jurisprudencia interna proferida por nuestra Corte Constitucional (Sentencia C-251-02, 2002) con ponencia de los honorables Magistrados Montealegre Lynett & Vargas Hernández donde se

examinó la figura del poder nacional en el contexto de la lacha antiterrorista, en el mismo se determinó que es admisible:

(...) establecer programas de sensibilización y alerta frente al terrorismo, pero sin transformar a los particulares en espías al servicio del Estado, o en sucedáneos de la fuerza pública. Esto significa entonces que las mencionadas estrategias de seguridad y defensa no pueden imponer deberes tales a la población civil, que terminen involucrándola en el conflicto (...)” (par. 21)

Este pronunciamiento analiza la proporcionalidad en la carga que el Estado puede imponerle a un particular entorno a su deber ciudadano con la seguridad nacional y la administración de justicia, sentando que los particulares no pueden servir en actividades de espionaje al servicio público pues en el mismo documento se concretó:

Las personas tienen ciertos deberes de colaboración en esta materia, que han sido previstos por la propia Constitución (CP arts. 95 y 217), pero eso no significa que la ley pueda convertirlos en garantes de la seguridad y la defensa, pues esa responsabilidad corresponde exclusivamente a la Fuerza Pública. (...) es también evidente que existen facultades que son propias de la Fuerza Pública y que tampoco pueden ser atribuidas a los particulares, como es el ejercicio de labores de inteligencia (...) (par. 26)

Corolario de lo anterior la figura de poder nacional se declaró inconstitucional, ahora podemos formular semejanza con la figura del agente encubierto en el uso de particulares, que precisamente se ponen al servicio del Estado para adelantar “labores de inteligencia” que afecta el principio de exclusividad de la Fuerza Pública y como se concluyó en el entonces “profundamente riesgosa para los derechos de la persona.”. (par. 63)

En cuando a las garantías que devienen del debido proceso se ha de tener en cuenta las reglas sobre producción legítima y/o legal de la prueba, pues dentro del catálogo de funciones que tiene un agente encubierto, son muchas las intervenciones que discuten invasión de derechos fundamentales como los ya enunciados, en este punto vale poner de presente que la jurisprudencia ha avanzado lentamente en este camino y muestra de ello es la sentencia de nuestra guarda constitucional en providencia C-156 de 2016 estableciendo la condición que cuando las “operaciones encubiertas impliquen el ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado, deben estar precedidas de autorización del juez de control de garantías, y sin perjuicio del control posterior.” (pág. 51); pero en torno a la función administrativamente delegada al agente encubierto se apunta:

Realizar seguimientos y vigilancias empleando cualquier medio que la técnica aconseje. En consecuencia, se podrán tomar fotografías, filmar videos y, en general, realizar todas las actividades relacionadas que permitan recaudar información relevante a fin de identificar o individualizar los autores o partícipes. (Consejo Nacional de Policía Judicial, 2018, pág. 34)

Y por lo anterior se hace especial crítica del porqué desde la codificación penal adjetiva el Fiscal para la vigilancia y seguimiento de personas (o cosas) debe solicitar control de legalidad “dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la expedición de la orden por parte de la Fiscalía General” (2004, arts. 239, 240), pero para el control de la operación encubierta que autoriza al agente ejercer sus funciones, dice “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”, es decir para la vigilancia de personas (o cosas) el control jurisdiccional se debe llevar a cabo de forma concomitante a la expedición de la orden dentro de la 36 horas siguientes, pero para la agencia encubierta, que implica conforme al Consejo

Nacional del Policía Judicial realizar seguimientos y vigilancias, el estándar es inferior pues su control jurisdiccional se hará 36 después de terminada la operación encubierta, la cual puede extenderse por año y prorrogarse por otro tanto.

Pero así como la judicatura ha construido garantías entorno al empleo de la agencia encubierta, por ejemplo al instituir control judicial previo para ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado, se pueden exaltar vacíos como es el caso expuesto sobre el control para la vigilancia y seguimiento de personas (o cosas), situaciones que han estado en el ordenamiento al menos desde el año 2004 con el Código de Procedimiento Penal y que si se profundiza en los casos donde se emplean civiles sin las exigencias de validar sus requisitos tales como conocimientos técnicos y jurídicos básicos, se puede suscitar una brecha que se ahonda sin la existencia de un estatuto que regule el ejercicio de las TEI bajo la contemplación de los derechos fundamentales.

## **2. CAPITULO SEGUNDO. PARTICULARES CON FUNCION PÚBLICA EN COLOMBIA**

### **2.1. EI PARTICULAR EN LA CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA**

Nuestra renovada constituyente reconocida por su espíritu antropocentrista, regida por el respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales, otorga un groso compendio de garantías individuales y colectivas que permite dinamizar el ejercicio ciudadano, integrando herramientas como la tutela que acercan al particular con todos los entes del Estado y supone una atmosfera de confianza mutua.

Es reconocido el papel que fundamentalmente ha protagonizado la Corte Constitucional como guarda de la carta magna, pero especialmente en procura de una construcción jurídica entorno a la justicia que enmarca la Constitución Nacional, en este escenario el particular es un actor llamado a gran reconocimiento, dotado además de derechos con basto alcance, de responsabilidades y deberes como ciudadano.

#### **2.1.1. RESPONSABILIDAD**

Señala nuestra Constitución que “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes. (...)” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), en este sentido, toda infracción por acción u omisión regulada taxativamente por la norma positiva puede ser fuente de obligaciones por parte de cualquier ciudadano, no pudiendo este incurrir en omisiones no normadas u extralimitaciones pero bajo la premisa de que lo que no está prohibido, está permitido, siempre que no atente contra los principios fundacionales y derechos ajenos.

En este entendido el alcance en la responsabilidad de un particular se delimita primordialmente desde sus deberes u obligaciones naturales bajo el rol de ciudadano que en todo caso deben estar reglamentados y conforme a una moderna visión del derecho, no exclusiva del derecho penal funcional, tenemos una competencia desde a nuestra privilegiada posición de garante, que se valora en contexto, pero de la cual sin lugar a dudas, puede derivarse responsabilidad.

El último aspecto a tener presente es la doble connotación que acompaña a cada trabajador público, pues hay un régimen legal específico que aplica para sus actuaciones como servidor<sup>13</sup>, como otro ordinario cuando el mismo se desarrolla a partir de su rol como un ciudadano particular.

### **2.1.2. DEBERES**

De orden constitucional se encuentra el capítulo 5, de los deberes y obligaciones, mediante el artículo 95 superior se desarrolla el reconocimiento de tales instituciones para todo miembro de la comunidad nacional.

Entorno al mandato referido se sustenta el deber de los particulares que pueda emplear la Fiscalía y bajo argumentativas del Ministerio del Interior y de Justicia en sus intervenciones en trámites constitucionales sobre el tema y que soportan la legitimidad en el uso de civiles como agentes encubiertos, se cita: “Colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia”, consagrado el artículo en mención anterior, numeral 7, traído de las Sentencias C-591-05, C-1260-05, C-606-06 y por intervención del ya desaparecido Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en Sentencia C-587-11. En dicha disposición puede pensarse en un ejercicio constitucional, por ejemplo aplicando un test de

---

<sup>13</sup> Donde ha de tenerse en cuenta tanto su fuero subjetivo (calidad de empleado de la administración pública en cualquier nivel), como su fuero objetivo (en desarrollo de una acción en el marco de su manual funciones u orden legítima del superior).

proporcionalidad donde se ponderen la seguridad pública y las afectaciones posibles a los derechos fundamentales, especialmente a la vida del particular el rol de agente encubierto, pero sin dejar de lado la falta de régimen aplicable, el derecho a la intimidad, el debido proceso, entre otros derechos que se han expuesto en antecedencia y bajo el marco normativo vigente<sup>14</sup>.

## **2.2. CARRERA ADMINISTRATIVA Y PARTICULARES CON FUNCIONES PÚBLICAS**

Lo primero que cabe resaltar es que en Colombia, se ha compilado jurisprudencialmente una clasificación trídica para categorizar las modalidades de carrera administrativa, bajo las cuales se establecen las condiciones laborales y en seguridad social con las que los servidores públicos desarrollan sus funciones, ha dicho la corte “(...) junto al régimen general de carrera administrativa, existen unos especiales caracterizados por contar con un fundamento constitucional que luego el legislador desarrolla y otros llamados específicos de creación eminentemente legal.” (Sentencia C-984-10, 2010)

- a. *La carrera general*, regulada por la Ley 909 (2004) y reglamentada por los decretos 1227 de 2005, 4500 de 2005, 3905 de 2009 y 4567 de 2011.
- b. *Los regímenes especiales*, son los emanados de disposiciones constitucionales: (i) las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (CP artículos 217 y 218); (ii) la Fiscalía General de la Nación (CP artículo 253); (iii) la Rama Judicial del poder público (CP artículo 256-1); (iv) la Contraloría General de la República (CP artículo 268-10); (v) la

---

<sup>14</sup> Vale resaltar que los deberes imponibles al ciudadano obligado a colaborar con la administración de justicia, siempre deben limitarse de cara a la interpretación que constitucionalmente se haga frente a la afectación de derechos fundamentales propios y ajenos.

Procuraduría General de la Nación (CP artículo 279) y (vii) las universidades del Estado (CP artículo 69).

- c. *Los regímenes específicos*, creados por el legislador, tales como: (i) el que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (IMPEC), (ii) el que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), (iii) el que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, (iv) el que rige para el personal que presta sus servicios en las Superintendencias, (v) el que regula el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (DAPR) y (vi) el que regula el personal que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.

Vale observar en torno al caso concreto (civil que actúa como agente encubierto), que primero, se excluyen de regímenes de carrera administrativa a los particulares, ni siquiera es considerable para aquellos que transitoriamente cumplen una función pública y, segundo, los servidores homónimos del Estado llamados a desplegar las labores de un agente encubierto (Fuerza Pública, régimen especial Decreto 1211 de 1990 modificado por el Decreto 1790 de 2000; Fiscalía General de la Nación) están contenidos en el “régimen especial” de carrera administrativa, la disposición originada en un precepto constitucional da cuenta de la importancia de dicha función, la de investigación judicial, para el Estado.

Establecido lo anterior, se analizarán las normas de mayor jerarquía aplicables a los particulares que cumplen una función pública, así este ejercicio sea transitorio y no dé lugar a derechos de carrera como ya se expuso.

### **2.2.1. NOTARIOS**

Mediante Sentencia C-1508-00 con ponencia MG. Jairo Charry Rivas(e) se resaltó:

Ahora bien, las atribuciones de las que han sido investidos los notarios implican su sometimiento al régimen jurídico fijado por el legislador y aparejan el control y la vigilancia que ejerce el Estado, encargado por el Estatuto Fundamental de asegurar la eficiente prestación de los servicios públicos, de promover el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y de garantizar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares (artículos 365, 366 y 2 de la CP). (2000)

Claramente en la Ley 588 (2000), vemos materializada tal concepción frente al ejercicio de la actividad notarial, además tal función, de representar la fe pública, está bajo la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Notariado y Registro (SINR).

### **2.2.2. CURADORES URBANOS**

El artículo 9 de la Ley 810 (2003) define:

(...) el curador urbano es un particular encargado de estudiar, tramitar o expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción o demolición, y para el loteo o subdivisión de predios, a petición del interesado en adelantar proyectos de parcelación, urbanización, edificación, demolición o de loteo o subdivisión de predios, en las zonas o áreas del municipio o distrito que la administración municipal o distrital le haya determinado como de su jurisdicción

Mediante sentencia sustanciada por el Honorable MG Mendoza Martelo (2010) quedo zanjada toda duda sobre la improcedencia de incluir este particular en un régimen de carrera administrativa especial o específico, pero a su vez encontramos como su margen de acción está delimitado por la Ley mencionada, y reglamentado mediante el decreto 992 de 2006 y decreto 1469 de 2010.

### **2.2.3. CONCILIADORES**

Su figuración constitucional nace en el artículo 116, donde se enmarca al conciliador como el particular que puede ser investido con función de administrar justicia junto con jurados en las causas criminales y los árbitros habilitados contractualmente; encontramos para esta forma de particular con función pública el desarrollo de la Ley 640 (2001) que no solo regula al conciliador sino exige su colegiatura en un centro de conciliación, marca disposiciones en materia contencioso administrativa, civil, laboral, familia, comercial; además se crea el órganos asesor “Consejo Nacional de Conciliación y Acceso a la Justicia – Programa Nacional de Conciliación” adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho y con importante participación de otros ministerios e instituciones del Estado.

También se contemplan diversos Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) bien reconocidos en Colombia y son diversas y dispersas las normas que la tratan, algunas de ellas son:

- Ley 769 (2002), artículo 143: Daños materiales en accidentes de tránsito.
- Ley 640 (2001), artículo 33: Conciliación en procesos de competencia y en materia de consumo
- Ley 446 (1998), artículo 70: Asuntos conciliables en materia contencioso administrativa, como revocatoria directa.

- Decreto 2511 de 1998 del Ministerio de Justicia y del Derecho, artículo 2º: Asuntos conciliables en materia contencioso administrativa.
- Ley 23 (1991), artículo 47: Conciliación en legislación de familia.
- Ley 23 (1991), artículo 85: Competencia de los conciliadores en equidad.
- Ley 1098 (2006), Código del Menor: Conciliación en asuntos de familia, materia alimentaria e incluso temas penales con menores.
- Ley 863 (2003), artículo 38: Conciliación contencioso administrativa en materia tributaria.
- Ley 288 (1996), artículos 3 y ss.: Conciliación sobre indemnizaciones por violación de derechos humanos.

#### **2.2.4. ARBITROS**

El arbitraje en Colombia esta cimentado desde disposición constitucional (artículo 116) y desarrollado mediante ley de la república, se dispone como un MASC para controversias sobre derechos de libre disposición y aquellos autorizados por la ley, el árbitro es una figura regularmente de especial calidad que excepcionalmente y facultado por las partes administra justicia y sus decisiones, laudos arbitrales, tienen fuerza vinculante entre las partes y produce los efectos jurídicos equiparables a una sentencia judicial.

Un arbitraje puede ser técnico, en equidad o en derecho, cada cual con sus atributos y prerequisites propios, los árbitros tienen un régimen disciplinario específico, el mismo que cobija a servidores públicos, lo anterior por el importante desarrollo de su función pública ante personas de derecho tanto privado como público.

El Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) integra a los amigables componedores como particulares con funciones administrativas,

estos también se designan por convención contractual, por defecto resuelven en equidad y, entre otras, su decisión es vinculante para las partes.

Conforme al artículo 19 de la Ley 1563 (2012) tenemos que:

En los términos de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el control disciplinario de los árbitros, los secretarios y los auxiliares de los tribunales arbitrales, se regirá por las normas disciplinarias de los servidores judiciales y auxiliares de la justicia.

Resulta nuevamente claro que el arbitraje ejercido por particulares se enmarca como función pública y se regula mediante la ley.

### **2.2.5. JURADOS EN LAS CAUSAS CRIMINALES**

Históricamente nuestro país ha destacado por el uso de esta figura, la cual imperó por espacio de al menos 140 años entre 1849 y 1990, durante su empleo activo tuvo diversas modificaciones en su aplicación, pero se ceñía al estricto principio de la participación ciudadana en sistema mixto (Márquez Estrada, 2012), donde por lo regular un número determinado de particulares valoraban la responsabilidad del sujeto procesado en causa regularmente criminal y un funcionario judicial dirigía el proceso y establecía el *quantum* punitivo si se hallaba culpable el procesado.

Este sistema fue descartado definitivamente por el presidente de la república, Virgilio Barco (1986-1990), mediante el Decreto 1861 de 1989 después la Corte Suprema de Justicia el 6 de septiembre de 1990 refrendo su extinción. (Arenas I. E., 1990)

Para la normativa actualidad jurídica, encontramos la posibilidad constitucional (artículo 116 CP) de reactivar dicha institución, pero a la fecha se encuentra en

desuso en nuestro compendio adjetivo penal; reposan en el archivo de la Corte Constitucional dos expedientes donde se ocuparon del estudio de una infructuosa omisión legislativa absoluta por parte del Congreso de la República por no dar aplicación al precepto normativo, en dicha ocasión nuestros dignatarios concluyeron:

(...) se destaca que las omisiones legislativas deben desprenderse de un deber constitucional del legislador. El demandante deriva dicho deber constitucional del artículo 116 de la Constitución y de los artículos 4 y 5 transitorios del Acto Legislativo 02 de 2003. Sin embargo, de los anteriores mandatos constitucionales se desprende una facultad de investir a los particulares, de manera transitoria, de la función de administrar justicia como jurados, pero no un deber específico e ineludible, que de no ser cumplido impediría el funcionamiento del nuevo sistema. (Sentencia C-1154-05, 2005)

#### **2.2.6. ANÁLISIS SOBRE LOS RÉGIMENES LEGALES DE PARTICULARES**

A partir del resumen anterior resulta acertado colegir que el mandato constitucional 123 inciso final “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.” (1991), se cumple para todos los casos explorados de personas que brindan un servicio público en la sociedad; el que un civil pueda ejercer una función pública y esta se enmarque en un régimen legal que no solo le dé confianza a la ciudadanía que se beneficia del servicio sino también al propio civil que con certeza (por existir un vínculo jurídico) puede reclamar a futuro las contingencias derivadas de su ejercicio y más aún tener una compostura que le discipline y enmarque el desarrollo de su labor.

El precepto referenciado no sólo exige regular la participación de un civil dentro de un rol funcional del Estado, sino que brinda herramientas jurídicas para interpretar los actos que este puede ejecutar en su titularidad, permite establecer límites, como por ejemplo las competencias y actuaciones extra proceso que se pueden promover ante un notario público, su restricción en asuntos de conciliación, la promoción de actuaciones no contenciosas y sus alcances, las garantías en cuanto al régimen prestacional, tributario y disciplinario aplicable, que en este último caso para los curadores urbanos también es el mismo que el aplicable a los servidores públicos regidos por el Código General Disciplinario (2019) y en integridad una articulación sistemática en la regulación exigible constitucionalmente.

En el ámbito de la responsabilidad penal de los particulares con funciones públicas situó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

(...) El particular que contrata con la administración pública se compromete a ejecutar una labor o una prestación conforme al objeto del contrato y en virtud de ese convenio, de conformidad con los artículos 123- 3 y 210-2 de la CP, puede ejercer funciones públicas temporalmente o en forma permanente, siendo la naturaleza de esa función la que permite determinar si puede por extensión asimilarse a un servidor público para efectos penales (...) (Sentencia 31986 de 2010)

En la misma línea consiente desde antaño nuestra intérprete constitucional mediante Sentencia C-563 (1998):

(...) la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados, debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene

una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración (...)

Resulta entonces claro que la responsabilidad penal imputable a un particular que ejerza una función pública transitoria o permanente, e incluso presten algún servicio público bajo vínculo contractual con el Estado, es la equivalente a la de cualquier servidor público, por lo tanto, en los tipos pertinentes ostenta la posición de sujeto activo calificado y no la de un simple particular responsable únicamente por acción, mas no por omisión.

Una de las vértices al estudiar a los particulares que ejercen funciones públicas y/o de cierta forma brindan un servicio público imputable al Estado, está en lo referente por ejemplo a aquellas personas jurídicas que reciben concesiones, administran bienes y servicios públicos domiciliarios, en esta discusión hay que distinguir entre qué es brindar un servicio público esencias y no esencial, y de la mano de los esenciales establecer si brindar tal servicio acarrea el ejercicio de una función pública en cabeza del Estado, sobre el tema habría basta información que escapa de la órbita delimitada en la investigación, pero vale decir que en los casos de las Empresas de Servicios Públicos (ESP), lo que se previó es un mecanismo intensificado de vigilancia y control por parte del gobierno, que la labor de abastecer el servicio implica garantizar principios y derechos fundamentales, piénsese en la dignidad humana, la salud, el trabajo, entre otros; pero finalmente estamos frente a un caso diferenciado del tema de este estudio, pues acá lo que hay es una empresa regida normalmente por el derecho privado, no propiamente un particular en ejercicio de una facultad o función exclusiva del Estado.

De la mano del desarrollo anterior podemos tomar un caso más fibroso, el de los Defensores Públicos, donde particulares que no renuncian a su conglomerado de derechos civiles, como el ejercicio profesional de una labor que realizan de

forma privada remunerada y a la vez por compensación económica del Estado (brindando el servicio de defensa técnica judicial gratuita); la institución puede resultar conflictiva porque la gratuidad en el acceso a la administración de justicia es una garantía del Estado en diferentes especialidades del derecho, pero el debate está en que si brindar este “servicio público” supone el ejercicio de una “función pública” y la respuesta no tiene consenso pacífico, actualmente se maneja paliativamente, porque el defensor público es un contratista del gobierno, se somete a unos procesos concursales, suscribe pólizas y en fin cumple con los derroteros regidos por la contratación estatal, pero frente a los derechos laborales especiales (fuero de maternidad, pre pensionado, sindical), se pueden estructurar debates tanto sobre la naturaleza del contrato con sus elementos esenciales como la calidad de la función desarrollada por el defensor público.

Finalmente podemos referir sobre otras naturalezas en el ejercicio de funciones públicas, que si bien normalmente no se relacionan con la prestación de un servicio público por cuenta de un particular, si discute el despliegue transitorio de funciones públicas privativas de la FGN por cuenta del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI), por ejemplo las que desarrolla un agente de tránsito, que en algunos municipios de nuestra geografía lo siguen haciendo contratistas, cuando en su turno acude a un accidente con implicaciones delictivas y deben presentar informe sobre los hechos con copia a la FGN (Ley 769 de 2002, art. 148), en este caso y algunos otros estas autoridades adquieren facultades de policía judicial. (Consejo Nacional de Policía Judicial, 2018)

### **2.3. LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL COMO FUNCIÓN PÚBLICA**

Conceptualmente el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) parte desde la óptica contenciosa administrativa (Sección Tercera, radicación ACU-1016) para definir que “La Función Pública es toda actividad ejercida por

los órganos del Estado para la realización de sus fines.” (1999), pero amplía la definición hacia la “actividad que desarrolla la Administración, en forma directa o delegada, con el objeto de satisfacer las necesidades de los administrados, esto es: el interés general.” (Concepto 121161 de 2014), concreta con el apoyo doctrinal de Roberto Dromi (2006) quien escinde la función pública del servicio público de la siguiente manera:

(...) funciones públicas. Atañen a la defensa exterior, para resguardo de supremas necesidades de orden y paz y a la actuación del derecho, para la tutela de los propios valores jurídicos como orden, seguridad y justicia. (...) servicios públicos: Se refieren a prestaciones o servicios de interés comunitario, que no son de forzosa ejecución estatal directa.

Concepción que es adoptada por el Consejo de Estado y sintetizada así:

En efecto, función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares; pero, ‘es de señalar que la función pública significa una actividad de Estado que no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular, aun cuando se tratara de una empresa’; por manera que no resulta acertado deducir que toda prestación de un servicio público comporta el ejercicio de función pública, aunque, en ocasiones, bien puede existir coincidencia entre el ejercicio de ésta y la prestación de aquél (...). (Sentencia ACU-798 de 1999)

En este punto es claro tener en cuenta que no todo servicio público comporta una función pública, sino únicamente aquellas que promueva la administración para el cumplimiento de sus fines, entre estos el orden, la seguridad y la justicia; del anterior epílogo revisamos que fin persigue el Estado en la investigación criminal y siendo esta un conjunto de “labores de apoyo técnico-científicas a la administración de la justicia penal” (Castro Saldaña & Aparicio Barrera, 2008), en este entendido lo que se propone con la investigación judicial dice Castro

Tiska es “auxiliar a la justicia, dentro del sistema penal, que inicia su accionar, generalmente, después de acaecidos los hechos criminales, y que requiere atribuciones legales para su proceder” es decir “permite a las autoridades judiciales “administrar la justicia” con base en la confirmación científica.” (2008), por tanto el orden, la seguridad y la justicia se ven claramente reflejados en los fines de la investigación judicial y por ello se puede concluir que es una función pública pues tiene completa identidad con los fines del Estado.

Como segundo punto vale aclarar en cabeza de que agentes del Estado recae la función de investigar, para ello acudimos al mandato constitucional contenido en el artículo 250, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002: “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento (...)” para este acometido la FGN cuenta con una extensa red de apoyo que incluye tanto entidades como autoridades dispuestas a cooperar, todos unificados bajo la denominación de “policía judicial”, dentro de este género, instruye el Código de Procedimiento Penal, encontramos órganos permanentes (art. 201), órganos que ejercen funciones de policial en lugares donde no los hay permanentemente (par. artículo 201, policía de vigilancia o preventiva de la Policía Nacional), órganos especiales con funciones permanentes de policía judicial (art. 202), donde encontramos:

- Procuraduría General de la Nación
- Contraloría General de la República
- Migración Colombia
- Entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control
- Alcaldes e inspectores de Policía
- Autoridades de tránsito

- Los Directores Nacional y Regional del INPEC, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario

Como órganos que ejercen transitoriamente funciones de policía judicial, conforme se desarrolla en el artículo 33 de la Ley 270 (1996), se pueden tener los servidores a los que el Fiscal, en virtud de su función de dirección, a través de resolución, les asigna funciones de policía judicial, como, los asistentes de fiscal y los Comisarios de Familia. (Consejo Nacional de Policía Judicial, 2018, pág. 11)

En sentencias como las C-024 de 1994, C-179 de 1994, C-1506 de 2000, T-590 de 2002, C-404 de 2003, C-429 de 2003 y C-789 de 2006 se encuentra respaldado el hecho de que la investigación judicial es una función cardinal de la policía judicial, enmarcada dentro de la órbita de responsabilidad funcional del Estado; además ponencias del MG Galvis Tafur agregan que dicha investigación “Ha de desempeñarse por servidores públicos especializados y bajo la dirección y responsabilidad funcional de la Fiscalía General de la Nación (...)”. (Sentencia C-1024 de 2002)

Establecida la previa proposición que la investigación judicial es una función pública alineada con los fines de la administración para garantizar la seguridad y la justicia, desarrollada por servidores públicos con facultades de policía judicial, es permitido afirmar que el ciudadano que investiga con el propósito de esclarecer un hecho criminal bajo la aquiescencia del Estado, es un particular que despliega una función pública, por tanto y más allá de sus deberes constitucionales (numeral 7 artículo 95 superior), debe contar con un régimen legal que le sea aplicable a sus actuaciones en el marco de la investigación que desarrolla o de la cual es instrumentalizado.

## 2.4. AGENTES ENCUBIERTOS DE ORIGEN PARTICULAR

Colombia siendo parte de las Naciones Unidas (NU), ha suscrito, como ya se ha relatado en el presente trabajo importantes convenciones como lo son:

- a. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988); ratificada mediante Ley 67 de 1993.
- b. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000); ratificada mediante Ley 800 de 2003.
- c. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003); ratificada mediante Ley 970 de 2005.

Como consecuencia de lo anterior y en observancia de múltiples compromisos políticos internacionales, nuestro país en su ordenamiento interno ha tenido que incorporar las TEI como instrumento de lucha contra el crimen organizado, entre estas, la utilización de agentes encubiertos, es ahí precisamente donde cabe resaltar el rol que desempeña la sección de asesoramiento jurídico de la oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito UNODC, específicamente el Grupo de Trabajo Oficioso de Expertos sobre TEI, en su reporte sobre: “Prácticas óptimas y recomendaciones sobre los obstáculos jurídicos a las entregas vigiladas y las operaciones encubiertas” (2006), que arrojó un documento con 40 recomendaciones sobre el tema.

Si bien es cierto que parte de este material está orientado a dar luz sobre el desarrollo operacional que trata las TEI, tienen un componente jurídico importante que orienta de forma precisa, como debe adaptarse el sistema jurídico de cada Estado miembro para alinear su política internacional en la lucha contra el crimen organizado y compatibilizarla con otros sistemas.

El documento no sugiere prohibiciones sobre el uso de particulares y puede resultar un tanto generoso en la concepción de las TEI como métodos tendientes a considerarse habituales en las investigaciones criminales (Recomendación 3), razonándolas no tan invasivas de los derechos fundamentales; lo anterior puede resultar natural a su fin en la lucha anti terrorista contemporánea.

Pese a lo anterior, las recomendaciones son claras sobre la excepcionalidad en el uso de agentes encubiertos, máxime si se tratan de particulares que pueden ser obstáculos logísticos, jurídicos y con reproches al momento de afrontar la cuestión probatoria.

Con sujeción a tales recomendaciones, Bolivia adaptó su Ley 1970 de 1999 (Código de Procedimiento Penal), por su parte, Colombia profirió vía administrativa, por intermedio de la FGN, las resoluciones 3865 (2008) y 6351 (2008), reglamentando la TEI de agente encubierto.

Resulta tanto reprochable como incompatible, que una resolución administrativa sea el camino elegido por nuestro gobierno, estamos frente a una técnica sumamente invasiva de la intimidad y otros derechos fundamentales de rango constitucional, que por abstracción debería ser proferida y debatida en el órgano parlamentario, cual lo hecho en otras latitudes, resulta incomprensible además porque su carácter vinculante se circunscribe exclusivamente a la FGN y sus dependientes, excluyendo todas las necesidades de obligatoriedad frente al resto del poder público, puede verse un tanto anti sistemático con el marco jurídico que realmente se necesita y sugieren las NU para una armonía plena de la técnica, sus implicaciones y resultados.

Podemos resaltar la necesidad de normar mediante una Ley emitida por el Congreso de la República la técnica de agente encubierto, pues por falta de fuerza vinculante hay recomendaciones de las UN que no se pueden socializar cabalmente:

a. Coordinación entre organismos.

Que compromete instituciones administrativas (como la Registraduría Nacional del Estado Civil) y judiciales, donde (Recomendación 6) “(...) las autoridades competentes, servirán para garantizar que las pruebas se recaben conforme a derecho y también evitarán que ocurran demoras innecesarias a causa de la incapacidad de determinar rápidamente a las autoridades adecuadas.”

b. Leyes o directrices flexibles

Establecimiento de normas procesales y estándares probatorios más dinámicos con el fin de actuar diligentemente y validar la prueba (Recomendación 9):

(...) es preciso contar con leyes o directrices flexibles y ser cuidadosos a fin de garantizar que: (...) La legislación o directrices no sean demasiado minuciosas o restrictivas como para proveer a los delincuentes de información suficiente en cuanto a la forma de burlar su aplicación, (...)

En el mismo sentido también se encuentran propuestas más atrevidas y por demás discutibles frente a los derechos fundamentales que se han analizado (Recomendación 11) “(...) la legislación debería ser flexible y admitir el uso de las medidas sin previa autorización en caso de urgencia. (...)”

c. Reglamentación de las operaciones encubiertas

Las NU señalan (Recomendación 24) “Es preciso que las operaciones encubiertas estén reglamentadas, ya sea por ley, disposiciones normativas o directrices administrativas.”, si optando por la última, a renglón seguido establece:

Restricciones a los tipos de actividades que se pueden realizar; disposiciones especiales sobre la responsabilidad penal y civil de los agentes infiltrados; protección de los agentes, informantes, personas que participen en la operación encubierta y sus familiares; salvaguardas suficientes en el proceso, destinadas a garantizar la protección de los derechos fundamentales; (...)

Por ejemplo un acto administrativo: ¿cómo establecer un régimen excepcional para limitar la responsabilidad penal y civil?, delimitar su alcance; y, ¿de qué normas se valdrían las otras instituciones para la obligatoria protección del infiltrado, participantes y familiares?, ¿qué tipo de protección se brindará?, acaso el resguardo de un colaborador será un criterio subjetivo del Fiscal, o de ello se tendrá que ocupar la jurisprudencia, porque sin garantías solo vendrán demandas administrativas difíciles de probar para las víctimas, dificultad para la verdad, justicia, reparación y compromiso no repetición.

d. **Ámbito de aplicación**

Tenemos ambigüedad por dispersión de las normas legales que taxativamente establece los delitos en los que se pueden usar agentes encubiertos particulares (Recomendación 25) “(...) las operaciones encubiertas se limitan a ciertos delitos. A menudo, se incluyen en la legislación pertinente listas de los delitos con los cuales se permite el uso de esa medida en el transcurso de una investigación (...)”

e. **Civiles**

Dicen la UN (Recomendación 27):

En general, las operaciones encubiertas requieren que los funcionarios de policía y los encargados de hacer cumplir la ley

lleven a cabo actividades encubiertas utilizando identidades supuestas para infiltrarse en organizaciones de delincuentes y recabar pruebas de sus actividades delictivas. No obstante, también es posible que los civiles actúen como agentes infiltrados.

No obstante, se destacan los riesgos en el uso de civiles:

(...) El grave peligro que corre su seguridad y la seguridad de terceros, así como la investigación; El riesgo de que no haya control de los civiles (ausencia de jerarquía de mando); El grave peligro de perder el control de las actividades encubiertas de los civiles; La falta de capacitación y competencia de los civiles; La utilización problemática de las pruebas recabadas por civiles en una operación encubierta, especialmente en los casos de operaciones transfronterizas.

Nuevamente nos encontramos con el factor psicológico y de formación técnica y jurídica, sumando el problema de validez probatoria; finaliza la recomendación, enfatizando la necesidad de un marco jurídico aplicable a los particulares como lo establece nuestra constitución:

El marco jurídico aplicable a las operaciones encubiertas debería delimitar con exigencia las condiciones, requisitos y exigencias para el empleo de civiles, especificando límites y garantías adecuadas para ejercer su actividad y asegurar la protección que corresponde. Entre esas condiciones se cuentan:

- Exigir que se cuente con el consentimiento del civil para participar en una operación encubierta;

- Restringir el empleo de civiles a circunstancias excepcionales en que no se cuente con agentes de policía u otras técnicas de investigación o en que ninguno de éstos resultara eficaz;
- Exigir que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y supervisar la operación especifiquen por escrito las actividades que han de realizar los civiles;
- Adoptar disposiciones especiales respecto de la responsabilidad penal o civil del civil cuando se desempeña como agente infiltrado;
- Restringir el tipo de actividad en que puede participar el agente, incluidas las decisiones sobre la participación en operaciones y actividades delictivas transfronterizas;
- Establecer requisitos adecuados en materia de presentación de informes, vigilancia, seguridad y rendición de cuentas.

Conforme la lectura nacional contemporánea la pregunta que yace quizás puede ser: ¿será que, por medio de un acto administrativo, podemos vincular todo el aparato público del Estado para cumplir con las prácticas más óptimas en el uso de un particular como agente encubierto?

Además, valorando el tenor de la Recomendación 28 sobre la comisión de delitos por parte del agente, tenemos “Estableciendo exenciones específicas en la legislación;” ¿Una resolución puede desprender exoneración de responsabilidad penal y civil por una conducta que contraviene el orden jurídico positivo vigente?; tampoco se ve posible que por un acto administrativo se pueda vincular al órgano jurisdiccional en la orientación de sus criterios.

f. Criterios para decidir

En este punto la Recomendación 30 es bastante clara, nuevamente rallando con la resolución de la FGN emitida: “Se deberían especificar por ley criterios o definiciones claros que orienten la conducta de los agentes infiltrados y ayuden a los jueces a tomar decisiones.”.

g. Protección del agente infiltrado y su identidad

Esta pauta nos recalca que:

Se debe garantizar la máxima protección posible del agente infiltrado, durante y después de la operación. Esto incluye la protección física durante y después de la operación y la protección de su identidad (protección antes, durante y después del juicio). (...) El marco jurídico para las operaciones encubiertas debe incluir disposiciones relativas al delito y prever penas adecuadas por revelar la identidad de un agente infiltrado a terceros. Revelar la identidad sin el pertinente justificativo (por ejemplo, durante un juicio) o la autoridad para hacerlo debería constituir un delito penal.

Sobre lo último, el documento cita:

Por ejemplo, en Francia, si la difusión de la identidad del agente provocó algún daño al agente, se aplicará una pena de prisión de siete años; si causó la muerte del agente, se aplicará una pena de prisión de diez años (artículo 67 bis, parte V del Código Aduanero francés).

Es claro que para este tipo de medidas se requiere la potestad del legislador, quien es el único competente con libertad de configuración normativa para establecer que conductas pueden ser tipificadas en el ámbito penal.

## **2.5. NOTAS CONCLUSIVAS**

La función pública de investigación judicial cumplida por un particular como agente encubierto y no reglamentada por el legislador, es imprescindible constitucionalmente, permite demarcar su rango de actuación, límites, control del Estado y responsabilidades.

El desarrollo de una actividad implícitamente peligrosa, carente de un régimen legal y prestacional aplicable que garantice el respaldo de la administración ante las contingencias a las que se expone el particular en función de agente encubierto, hace irracional e inviable la cooperación voluntaria y efectiva de una persona a la realización de la justicia; además de exponer al Estado en su responsabilidad frente a las actuaciones de estos civiles investidos de funciones de policía judicial, permitiendo dirigir demandas contra la nación, acciones exigibles por los perjudicados, entre ellos la familia.

El marco regulador existente no supe cabalmente las necesidades jurídicas para el correcto empleo de los particulares como agentes encubiertos, no tiene un poder vinculante que se adecúe a los requerimientos internos y directrices internacionales, por ello puede resultar peligrosista frente a las garantías y derechos fundamentales superiores para cualquiera de los administrados.

Finalmente encontramos que otros particulares que prestan servicios públicos semejantes a las funciones del Estado, tienen marcos legales y desarrollos reglamentarios que en menor o mayor medida permiten interpretar los alcances de su ejercicio, les garantiza seguridad y estabilidad jurídica tanto a la sociedad como al sujeto empoderado en la función, delimita sus derechos prestacionales, limitaciones y garantías; todo lo que ahora no ocurre con homónimo particular que se desenvuelva como agente encubierto.

### 3. CAPITULO TERCERO. TEST DE CONSTITUCIONALIDAD

#### 3.1. JUICIO INTEGRADO DE CONSTITUCIONALIDAD

La evolución de la Corte Constitucional ha sido creciente y en torno a la aplicación de la razonabilidad entorno a la igualdad y la proporcionalidad de principios y derechos fundamentales en colisión se distinguen al menos tres etapas jurisprudenciales:

- a. Etapa de ingreso (1992-1993): uso de la ponderación como evaluación comparativa concretas sin estructura metodológica clara.
- b. Etapa de posicionamiento (1994-2001): se desarrolló un debate de posicionamiento de la ponderación dentro del razonamiento judicial nacional, especialmente orientado en el control abstracto de las leyes y la facultad discrecional del Congreso de la República para su configuración, se definieron diferentes tendencias donde se regulaba la atenuación en la intensidad de intervención al momento de valorar colisión de normas. El avance logrado expande el alcance del derecho constitucional por intermedio del progreso de la argumentación jurídica.
- c. Etapa de consolidación (desde el 2002): se establece la ponderación como principal modo de argumentación para dirimir controversias sobre el alcance, límite y colisión de derechos constitucionales, se establece una metodología que delimita los criterios de aplicación, estructura, los grados de intensidad y su conveniencia para aplicarse por parte de los jueces ordinarios. (Cepeda Espinosa, Polémicas constitucionales, 2008, págs. 269-315)

Concluyen Insignares & Molinares que en desarrollo de tan basta labor interpretativa y pedagógica judicial, la Corte configuró una metodología propia

para la evaluación de asuntos constitucionales, integrando el test de igualdad de estirpe norteamericana y el juicio de proporcionalidad establecido en Europa, aprovechando las ventajas de los dos métodos para minimizar las polémicas suscitadas entorno a sus decisiones. (2012)

Deviene de todo lo anterior el llamado por la Corte “juicio integrado de constitucionalidad”, donde se somete a un análisis minucioso asuntos de interés fundamental en la actualidad jurídica, que puede representar colisión de principios y derechos de rango supremo, donde el núcleo esencial del estudio es el principio de proporcionalidad, mayormente decantado en la doctrina alemana, al respecto el profesor Alexy (2008) explica:

En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. (pág. 16)

Cabe resumir el principio de proporcionalidad en relación al método que se utilizó para aplicar el test en el caso particular, para lo anterior nada más atinente que las palabras del honorable jurista colombiano Carlos Gaviria Díaz (q.e.p.d.):

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. (Sentencia C-022-96, 1996)

Donde la (1) adecuación de medios, (2) la necesidad y (3) la proporcionalidad en sentido estricto (ponderación) se vislumbran como esenciales elementos del consiguiente ejercicio.

### **3.2. NORMAS ESTUDIADAS**

Consta de 2 preceptos contenidos en leyes de la república donde se regula la actuación de agentes encubiertos por designación del ministerio fiscal que promueve la investigación judicial en Colombia, ambas normas versan sobre el mismo alcance en sus efectos jurídicos, en el escenario de la persecución criminal ordinaria (sobre civiles) y de forma homónima en lo penal militar, es decir sobre sujetos calificados (fuero subjetivo: miembros de fuerzas militares y fuero objetivo: en desarrollo de sus funciones).

#### **3.2.1. CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**

Inciso 1 parcial e inciso 2 del artículo 242 de la Ley 906 de 2004, subrayando los apartes normativos estudiados:

LEY 906 DE 2004

(agosto 31)

Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004

PODER PÚBLICO - RAMA LEGISLATIVA

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

(...) 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. (...)

### **3.2.2. CODIGO PENAL MILITAR**

De iguales efectos jurídicos, el inciso 1 parcial e inciso 2 del artículo 402 de la Ley 1407 de 2010, subrayando los apartes normativos estudiados:

LEY 1407 DE 2010

(agosto 17)

Diario Oficial No. 47.804 del 17 de agosto de 2010

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se expide el Código Penal Militar

(...) ARTÍCULO 402. ACTUACIÓN DE AGENTES ENCUBIERTOS. Cuando el Fiscal Penal Militar tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que el indiciado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Fiscal General Penal Militar 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 v participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado 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 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 anterior.

En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez penal militar 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. (...)

### 3.3. AUSENCIA DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

En el presente asunto, se estableció que la Corte Constitucional, no ha proferido sentencia alguna, estudio de fondo o ha realizado algún control de constitucionalidad sobre la materia referida en el presente estudio.

Desde la vigencia de la norma, se encontró sumos intentos por deponer la vigencia de la disposición controversial, en el histórico de demandas reposan por lo menos el archivo de al menos cinco acciones en las que la Corte se declaró inhibida, especialmente por no encontrar debidamente cumplidos los requisitos mínimos para el estudio de las demandas, tales como claridad, certeza, especificidad, pertinencia y especialmente suficiencia; someramente se listan las mismas, sus ponentes y la razón principal de inhibición o rechazo:

- i. Sentencia C-591-05, MP. Clara Inés Vargas Hernández, donde la corte se declaró inhibida por inepta demanda.
- ii. Sentencia C-1260-05, MP. Clara Inés Vargas Hernández, donde la corte se declaró inhibida por falta de especificidad, pertinencia y suficiencia.
- iii. Sentencia C-606-06, MP. Manuel José Cepeda Espinoza, donde la Corte Constitucional se declaró inhibida por falta de especificidad, pertinencia y suficiencia.
- iv. Sentencia C-536-08, MP. Jaime Araujo Rentería, donde la corte rechazó la demanda de la norma en debate por no ser subsanada a tiempo, en la acción no se estableció un supuesto con normatividad reseñada, en aquel entonces fueron acogidas otras pretensiones.
- v. Sentencia C-543-08, MP. Humberto Antonio Sierra Porto, donde la corte se declaró inhibida, entre otras por las razones ya expuestas en la Sentencia C-606-06.

- vi. Sentencia C-025-09, MP. Rodrigo Escobar Gil, donde la corte resolvió sobre la exequibilidad de los registros y allanamientos contemplados en la norma hoy debatida y se inhibió sobre el empleo de particulares como agentes encubiertos.
- vii. Sentencia C-587-11, MP. Jorge Iván Palacio Palacio, donde la corte se declaró inhibida por no encontrar razones ciertas, específicas y pertinentes.
- viii. Sentencia C-156-16, MP. María Victoria Calle Correa, donde la Corte condicionó las diligencias que impliquen ingreso de agente encubierto a reuniones en lugar de trabajo o domicilio del imputado o indiciado, al control judicial previo y sin perjuicio del control posterior de legalidad, no se abordó estudio relacionado con la participación de particulares en operaciones encubiertas.

### **3.4. CASO**

La problemática se suscita entorno al uso de particulares en labores de agente encubierto, ampliamente reconocido en la doctrina y legislación internacional como un ejercicio de alta peligrosidad por la entidad de delitos que investigan y la magnitud de la empresa criminal que los ejecuta, de ordinario este tipo de acciones deben ser desplegadas por personal calificado y con atribuciones transitorias o permanentes de policía judicial, una función que como se estudió en el capítulo anterior es eminentemente pública pues persigue el fin estatal de garantizar la seguridad y la realización de la justicia.

Podemos sintetizar el asunto con un cuadro donde ubiquemos las principales variables, a partir del cual realizar un ejercicio de análisis donde se interpretan los principios que orientan la aplicación del test de proporcionalidad:

Variable	Valor
Caso	Disponer de personal como agente encubierto con funciones de policía judicial para infiltrar organizaciones criminales dedicadas al tráfico de armas, estupefacientes, trata de personas, corrupción pública/privada y/o lavado de activos entre otros tipos (de orden nacional o trasnacional). Operación necesaria por haber sido infructuosos otros métodos de investigación.
Medio 1	Uso de particulares.
Medio 2	Uso de servidores públicos.
Fin	Seguridad pública y realización de la justicia <sup>15</sup> .
Derechos fundamentales	Derecho a la vida (agente particular) y principio de legalidad <sup>16</sup> (ante la ausencia de régimen legal aplicable en el uso de particulares, art. 123 Constitución P.).

Debe aclararse que los derechos fundamentales se plantean entorno a las afectaciones que se deriven del uso de particulares en la operación secreta, pues claramente caben análisis donde frente a los investigados se puedan confrontar otros derechos o principios, en todo caso el dominio de la investigación en este punto delimita el estudio exclusivamente al problema jurídico planteado en el caso.

<sup>15</sup> Primordialmente se busca que mediante la investigación judicial se cumplan estos 2 fines, los que a su vez tienen plena identidad con la función cardinal de la policía judicial, enmarcada dentro de la órbita de responsabilidad funcional del Estado.

<sup>16</sup> A efectos de simplificar, se imputa a la legalidad el no cumplimiento del mandato constitucional mediante el cual se exige la creación de una Ley para reglamentar el desarrollo de una función pública por parte de un particular (art. 123 C.C.), pero finalmente la legalidad únicamente titula el derecho fundamental relacionado, porque lo que en realidad sucede es que el Estado incurre en una omisión legislativa.

Otros derechos del particular se pueden ver degradados, es el caso de la intimidad, la locomoción, la unidad familiar, el trabajo y la seguridad social, pero no sería procedente un análisis con estas variables porque no es objeto delimitado dentro de la investigación, además se corre el riesgo de subjetivar una situación que naturalmente es abstracta por tratarse del análisis de una norma, no de una persona y segundo a cada caso particular le será exigible su exploración concreta.

### **3.4.1. MEDIOS DISPONIBLES**

Para la implementación de agentes encubiertos como TEI, se cuenta con recurso humano básicamente de tres calidades en nuestro ordenamiento jurídico, el primero es el uso de personal de policía judicial, el segundo el uso de servidores públicos sin funciones de policía judicial (policía de vigilancia, militares, funcionarios...), que gozan de salvaguardia del Estado y que el Fiscal delega mediante acto administrativo, y el tercero es el empleo de particulares, para efectos concretos en la aplicación del test y frente a los dos cargos que se postularon se entiende como servidor público a la fusión de los funcionarios de policía judicial y los servidores públicos sin funciones de policía judicial, en ambos casos son personas amparadas por un régimen legal preestablecido y cuentan con respaldo de la administración.

Los servidores públicos los visualizamos como todas aquellas personas investidas de funciones para el desarrollo del objeto del Estado en orden a la seguridad pública, encuadramos principalmente en este medio los servidores de la fuerza pública, los funcionarios del CTI y la Fiscalía, los funcionarios aduaneros entre otros; distinguen del común por tener un régimen legal de funciones propias por el desarrollo del principio de legalidad, muchas veces con atributos conexos a la investigación, desempeñan una función pública para la

realización de los fines del Estado, tienen un régimen prestacional propio el cual puede ser especial y además sometidos a un régimen disciplinario uniforme.

En palabras de la Sala de Consulta y Servicio Civil en su concepto 855 define:

Servidores públicos es un concepto genérico que emplea la Constitución Política para comprender a los miembros de las corporaciones públicas y a los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; todos ellos están "al servicio del Estado y de la comunidad" y deben ejercer sus funciones "en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento". (2006)

Destaca entonces todas aquellas personas vinculadas al Estado (que colaboran el ejercicio de sus fines) y que tienen preestablecidas las funciones propias del cargo.

En el uso de agentes encubiertos, la norma insta en primera opción a los funcionarios de policía judicial, normalmente pertenecientes al CTI o grupos especiales afines, es evidente que la calificación de estos sujetos es superior a la de cualquier otra persona del común pues cumplen con los requisitos necesarios para el despliegue de este tipo de operaciones, son producto de un proceso de selección y formación especializada, cuentan con experiencia, preparación técnica y operativa, conocimientos jurídico y capacidad psicológica para su desenvolvimiento en entornos hostiles.

El segundo tipo de sujetos activos para la infiltración son los particulares, el espectro de variables que se puede contener en esta categoría es considerablemente amplio, por estadística o concepción doctrinal se pueden aproximar prototipos, piénsese en el hombre medio Roxiniano o en un ciudadano en desarrollo de unos roles sociales con la apuesta de Jakobs, pero no dejará de ser un modelo hipotético, por ello simplemente se define al particular como un civil que no pertenece a ningún órgano del aparato estatal, solo es

responsable por acción de infringir la Constitución y la ley, que no ejerce función pública ni mucho menos cuenta con atribuciones de policía judicial, ahora si cumple alguna función pública (curador, notario, conciliador...), habrá de ser excepcional, transitoria y bajo un régimen legal aplicable tal como lo demanda la Constitución en su precepto 123 inciso final.

### **3.4.2. FIN PROPUESTO**

Enmarcamos primordialmente la seguridad pública como un fin supremo del Estado, además de un valor colectivo de interés general, implica armonía y convivencia pacífica dentro del territorio nacional, el respeto por las diferencias y el sometimiento a un orden legal imperativo, el Estado es el garante en primer orden llamado a controlar el orden social y la realización de la justicia.

Para el cumplimiento de tal misiva el Estado cuenta con sus 3 ramas del poder público, la rama legislativa que establece el orden normativo, la rama ejecutiva con funciones mayormente administrativas y la rama judicial encargada ejercer la jurisdicción de conformidad con sus competencias.

El desarrollo de operaciones encubiertas no es más que una de las manifestaciones excepcionales en donde el Estado lucha en contra el crimen organizado y los delitos de mayor lesividad e impacto colectivo, en procura de ser garante de la seguridad nacional (Estado y ciudadanos), defendiendo la independencia nacional, manteniendo la integridad territorial, asegurando la convivencia pacífica, la vida y honra de sus asociados, sus bienes, creencias y demás derechos, garantías y libertades (Constitución Política de Colombia, 1991) y toda esta atmosfera de seguridad se ve concretada mediante la agencia encubierta vertiendo su insumo probatorio en el proceso penal, que no es nada más que buscar la realización de la justicia, reafirmando contra-fácticamente la

vigencia de la norma quebrantada por el delito. (Perdomo Torres, 2008, pág. 107)

### **3.4.3. DERECHOS EN CONTIENDA**

Son postulados fundamentalmente la violatoria de dos enunciados constitucionales:

- a. El fin propuesto vaticina contienda con el artículo 11 de la Constitución Política, título II, de los derechos, las garantías y los deberes, “ARTICULO 11. El derecho a la vida es inviolable, no habrá pena de muerte.” (1991). La norma en cuestión puede revestir, incluso con intensidad, riesgo por la integridad física de quienes en calidad de particulares, sin formación ni experiencia técnica investigativa u operativa, sin preparación jurídica que garantice el respeto de los derechos fundamentales y sin entrenamiento psicológico, ejercitan la figura de agentes encubiertos, labor connatural a una función pública, es menester plantear un cargo de inconstitucionalidad frente al derecho fundamental a la vida del sujeto activo, su familia y entorno social íntimo.
- b. Adicionalmente frente al ejercicio del particular de una función pública como agente encubierto, se postula no cumplida la disposición consagrada en el artículo 123 inc. 3 de la Constitución Política, título V, de la organización del Estado, “ARTICULO 123. (...) La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.” (1991). En este capítulo se regula la función pública, no se encontró una norma vigente de jerarquía legal que se ocupe del ejercicio de agente encubierto, funciones, limitaciones, facultades, selección,

capacitación, garantías, entre otros por parte de personas particulares.

#### **3.4.3.1. CARGO PRIMERO: USO DE PARTICULARES COMO AGENTE ENCUBIERTO FRENTE AL DERECHO A LA VIDA**

Si comenzamos por analizar una cifra estadística del Departamento Nacional de Planeación (DNP), como lo es el promedio de educación en Colombia, que recientemente se divulgó en 8,6 años cursados por habitante con un porcentaje de repetición de grados del 6% (Sarmiento, 2015), pero yendo más a fondo podemos citar resultados internacionales como los que nos brindan las mediciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) quien es una “fuente autorizada de información exacta y pertinente sobre el estado de la educación en todo el mundo” (Albiser & Zapata, 2014) donde nos muestra que a 2014 el 42% de nuestra población en el rango de 25 a 64 años cumplen con educación media superior; una proporción mucho menor que el promedio de la OCDE de 75%, aunado al reporte del año 2018 donde Colombia es uno de los pocos países en donde la matrícula en educación básica no es universal y solo el 22 por ciento de las personas, en el mismo rango de edad enunciado tienen un título universitario (El Tiempo Casa Editorial, 2018), la medición más reciente señala que nuestra alfabetización en secundaria ha incrementado 10 puntos respecto del rango de edad previsto, pero la seguridad, el equilibrio entre trabajo, vida y los ingresos presentan índices comparativos alarmantes. (Editorial La República, 2019)

Resulta lógico deducir que tanto la seguridad, la estabilidad económica y principalmente el nivel de educación en Colombia para la mayoría de su población no alcanza ni siquiera para satisfacer el bachillerato, si de nuestra muestra poblacional se tomara a una persona que probablemente represente ese común como para desarrollar una operación de agente encubierto,

obtendremos, en teoría una persona con limitados conocimientos para hacer frente a una peligrosa actividad de tan alta envergadura.

Por supuesto, el deber ser es un escenario en que la Fiscalía no elija para tal misiva una persona de las características descritas, pero más allá de lo que el plano deontológico nos permita vislumbrar en el peor o mejor de los casos, la realidad jurídica es que la norma faculta, en abstracto, para que cualquiera de estos ciudadanos del común, esté a disposición (voluntaria) del ente investigador para desarrollar un servicio en beneficio de la seguridad nacional, es ahí precisamente donde puede radicar el reproche de constitucionalidad; sobre la ilimitada e irrestricta competencia discrecional que el ente fiscal adquiere legalmente se suscita desproporción entre la tutela de derechos fundamentales como la seguridad personal y en relación a su vida por parte activa (agente encubierto de origen particular no calificado para labor judicial) y la falta de un régimen legal especial para la actividad de este particular.

Para entender mejor la situación, se plantea un ejercicio que aproximara los alcances negativos en las permisiones de la norma, claro está, en un escenario pesimista que difícilmente podría confluir en un mismo sujeto, pero simplemente condensa los riesgos posibles<sup>17</sup>.

Un sujeto activo de infiltración, de origen particular, que por supuesto, no pertenezca al servicio público, al construir su formación sobre una carrera, arte u oficio diferente a la investigación judicial y criminalista, puede fácilmente carecer del imperioso conocimiento técnico, jurídico y preparación psicológica para desempeñar una labor propia al del funcionario de policía judicial (al que la norma demandada instruye inicialmente como competente para la labor encubierta), puede de manera involuntaria: poner su vida en riesgo

---

<sup>17</sup> Este ejercicio hipotético resulta necesario con el objetivo de sintetizar los alcances de la norma, fundamentalmente para enriquecer la teoría abriendo posibilidad de avanzar en el conocimiento, no necesariamente tienen que ser verdadera, pero tampoco se plantea a la ligera.

desproporcionado, por su escasa preparación técnico-jurídica y falta de experiencia; poner en riesgo la integridad personal de sus familiares y círculo social íntimo, al no ocultar su identidad y sus calidades; transgredir los derechos fundamentales de manera desproporcionada del investigado (interceptar correos y/o telecomunicaciones sin autorización previa, penetrar su intimidad sin consentimiento alguno, realizar vigilancia y seguimiento de personas sin autorización previa, obtener EMP, EF e ILO sin sometimiento a las formas legales), ejecutando procedimientos normalizados que en apariencia común (por ignorancia de la ciencia jurídica) no revisten efectos invalidantes adversos al proceso; inclusive por factor de desconocimiento jurídico, mutar a provocador de la conducta antijurídica, tornado ilegítima toda actuación y prueba derivada; y, ser incapaz de conservar la concentración mental y equilibrio psíquico suficiente para sortear las contingencias derivadas de la labor encomendada.

El peligro sobre la vida del agente encubierto de origen particular se puede hacer inminente por lo expuesto anteriormente, ser descubierto por infiltrar una organización de crimen organizado con o sin accionar trasnacional, responsable por delitos de la más alta entidad punitiva, indudablemente puede traer consecuencias fatales, la acción encubierta es de carácter excepcional (subsidiariedad), precisamente por el nivel de tecnificación de la empresa criminal, por la dificultad o el fracaso de otros medios para producción de pruebas, no se trata de una entrevista o la simple revisión de un documento, pueden ser labores de hostilidad enemiga en campo de trabajo.

Resulta claro que la puesta en riesgo de la vida del agente y terceros, puede ser mucho más atenuada por las calidades propias que un particular enviste, porque cuando se encomienda este tipo de operaciones a un sujeto calificado, un funcionario de policía judicial, hay aparte de un respaldo normativo (régimen disciplinario, prestacional y de funciones), una confianza legítima en su idoneidad y posiblemente de experiencia para desarrollar lo que organismos de derecho internacional han denominado, no por menos, Técnicas Especiales de

Investigación y que Colombia se ha comprometido a emplear bajo la premisa de cualquier otra convención, esto es, el respeto por los principios y derechos fundamentales constitucionales.

Con la existente norma sobre agentes encubiertos de origen particular, se está librando a la suerte un cúmulo de situaciones contraproducentes, con tan irrestricta disposición de facultades se puede atentar a la racionalidad de un juicio justo y desproporcionar el anclaje del poder entregado al órgano investigador.

Como consecuencia del trabajo encubierto, el particular, quien no puede encubrir su verdadera identidad, envuelto en el rol de sus actividades investigativas, en un contexto donde puede encontrarse ya involucrada la familia y su círculo de amistad más cercano, arriesga a los mismos, pues colateralmente e incluso de forma inocente pueden estos convertirse en objetivos o víctimas de la organización criminal como secuela de una contingencia en el desarrollo de las operaciones secretas, un descubrimiento, una fuga de información, una confesión o la acción de un tercero delator.

Un escenario en el que la Fiscalía pueda reclutar un particular como agente encubierto, es posible cuando este civil pertenece o tiene familiaridad a la estructura al margen de la ley, bien sea porque delinque en la misma (y busca o le ofrecen un preacuerdo) o tiene facilidades de penetrarla (por conocimientos, amistad, vecindad...), caso en el que a un servidor de policía le constaría tiempo y dedicación construirlas, de lo anterior se puede entender más el contexto descrito anteriormente, pues, cuando el sujeto que se convierte en agente encubierto asiente en la colaboración con la justicia, su familia y amistades ya son de público conocimiento para la organización ilegal (incluso habiendo podido ser investigados por estos).

### **3.4.3.2. CARGO SEGUNDO: USO DE PARTICULARES COMO AGENTE ENCUBIERTO FRENTE A LA AUSENCIA DE REGIMEN LEGAL APLICABLE**

En este llamado, conclusivamente el capítulo segundo se ocupó de sustentar porque la investigación judicial es una función pública, pues cumple un fin legítimo estatal<sup>18</sup>, se acude a la lógica formal para reflejar como el designio de un particular como agente encubierto comporta la realización de una función pública por parte de éste.

Por lo tanto se presenta en el escenario el siguiente silogismo: una investigación judicial comporta el ejercicio de una función pública pues se alinea con un fin de seguridad y justicia al que está obligado a cumplir el Estado, por ello si un servidor público designado como agente encubierto actúa en una investigación judicial, afirmamos que éste servidor está desarrollando una función pública; luego, si un particular es designado como agente encubierto y producto de ello actúa en una investigación judicial, resulta claro que éste particular también está desarrollando una función pública.

Desde la definición legal “Por policía judicial se entiende la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal y, en ejercicio de las mismas, dependen funcionalmente del Fiscal General de la Nación y sus delegados.” (Ley 906 de 2004, art. 200), para el caso *sub júdice* complementemos tal definición anotando que la norma debatida designa en primer orden para el desarrollo de la actuación encubierta a uno o varios funcionarios de la policía judicial, quienes deben propender por el cumplimiento de los siguientes fines (desde el art. 5 de la Resolución 6351 de 2008 de la FGN) los cuales son determinar: 1. La estructura de la organización; 2. La identidad de sus miembros y los roles logísticos que cumplen; 3. Las actividades primarias y

---

<sup>18</sup> Puesto que el Estado por intermedio de la investigación judicial materializa dos de sus fines fundamentales: garantizar la seguridad pública y la realización de la justicia.

secundarias del grupo y los *modus operandi* a través de los cuales las desarrollan; 4. El señalamiento de los contactos con el medio lícito e ilícito; 5. El empleo o uso de violencia; 6. La interacción con otros grupos delictivos organizados; 7. Las logísticas de financiación y mercadeo; 8. Los mecanismos de procuración de sus víctimas; 9. Las oportunidades de prevención; 10. La detección de bienes y recursos, entre otras de conformidad con el contenido del programa metodológico.

Continuando el desglose, es pertinente numerar las facultades que se atribuyen al agente encubierto, artículo 11 resolución *ibidem*, tales como:

1. Utilizar una identidad supuesta, excepto cuando se trate de un particular;
2. Participar en el tráfico jurídico y social, bajo la identidad supuesta excepto cuando se trate de un particular;
3. Integrar la estructura del grupo delictivo organizado;
4. Participar en los actos de planeación, preparación y ejecución de las actividades primarias y secundarias de la organización, siempre y cuando asuma un rol funcional, no de liderazgo o dirección de la actividad que se trate;
5. Ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio de los miembros del grupo delictivo organizado;
6. Realizar seguimientos y vigilancia, empleando, si fuera el caso, los medios tecnológicos e informáticos adecuados y pertinentes;
7. Realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica tales como asumir obligaciones civiles, abrir cuentas bancarias, alquilar inmuebles, vehículos, participar en sociedades comerciales y civiles, contratar empleados y demás afines a estos, siempre que resulten necesarios, racionales y proporcionados a los fines de la operación. (2008)

A lo anterior se agrega la obligación de rendir informes sobre la gestión encomendada de conformidad con lo dispuesto en la orden que dispuso la operación encubierta con fundamento en lo establecido en el programa metodológico de la investigación; informar sobre atentados contra bienes

jurídicos de especial relevancia; e informar sobre hallazgos de conductas punibles imputables a miembros del grupo delictivo organizado o a otro grupo que no tengan conexidad con el objeto de la investigación. (Resolución 6351 de 2008)

Todo o parte de lo anteriormente atribuido a un policía judicial, normativamente es permitido trasladárselo (deberes y facultades) a un particular de cualidades y calidades que la norma no especifica ni restringe, este civil sin modificar su identidad, quien puede ser de la confianza del indiciado o imputado o puede adquirirla para los efectos de la investigación (Ley 906 de 2005 & Ley 1407 de 2010); quien no cuenta con un régimen prestacional definido para tal acometido, tampoco cuenta con pólizas o garantías ante contingencias derivadas de la labor mencionada, que previo a su selección no le es exigible practicarle pruebas de suficiencia (idoneidad, experiencia, preparación psicotécnica...) por ende puede no tener formación técnica especializada (investigación judicial y criminalística o afines), puede carecer de conocimiento jurídicos y además ser un sujeto del que no se tiene certeza de su experiencia y capacidad psicológica para sobrellevar este tipo de trabajo bajo presión enemiga; este individuo, tal como nuestra normativa legal lo permite, puede en Colombia ser designado como agente encubierto en operaciones de infiltración a organizaciones criminales complejas (e incluso de operar transnacional), recayendo sobre él todas las obligaciones atribuibles a un agente calificado del Estado.

Cabe agregar que el empleo de un particular no se determina exclusivamente por el parentesco, cercanía o confianza con la organización u individuo, pues la norma habla que éste puede “adquirirla” para cumplir el plan del designio, en estos casos lo que se espera del nominador es llenar una carencia que no se puede suplir con su equipo de trabajo, por ejemplo encontrar un profesional u artista con especialidad o destreza muy específica, que particularmente sea necesitado o de gran utilidad por la organización criminal y por ello se facilite su ingreso y escalonamiento, es decir, habrían condiciones para pensar que no todo

particular que se vincule a la investigación como infiltrado tiene que conservar su verdadera identidad, en este orden de ideas nuevamente una norma especial podría llenar estos vacíos y lograr la cooperación conjunta de otras entidades, por ejemplo instruyendo un proceso expedito (validado o practicado mediante control judicial previo) donde se autorice el uso de una identidad supuesta de carácter secreto (aquí entra la Registraduría Nacional del Estado Civil) y con consecuencias penales y/o administrativas para quien la revele y ponga en riesgo la vida del agente, situaciones que la doctrina y legislación comparada han expuesto pero que a falta de un estatuto especial no se tienen en cuenta en nuestros días.

Resulta evidente concluir que sin existir distinción legal entre el tratamiento del funcionario de policía judicial y el particular que cumplen actuación de agente encubierto, este último desarrollando en la praxis funciones de policía judicial tal como la norma lo asila y se ve plasmado en las directrices administrativas de la FGN (2008) y el manual de policía judicial (Consejo Nacional de Policía Judicial, 2018), por lo anterior resulta cuanto menos despertar “una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada” (Sentencia C-1052-01, 2001) por mostrarse abiertamente irracional y desproporcionada en su alcance práctico pudiendo ameritar un pronunciamiento de fondo de la Corte Constitucional.

### **3.5. CONSTITUCIONALIDAD DE MEDIOS Y FINES**

*Prima facie*, como lo resalta el Profesor Camilo Burbano (Fundamentos constitucionales del derecho y del proceso penal, 2017) en sus lecciones (aludiendo a Bernal Pulido), se debe realizar un examen preliminar para validar la legitimidad tanto de los medios propuestos como del fin perseguido.

El medio 1 se identifica con el uso de particulares, el medio 2 se identifica con el uso de servidores públicos, en ambos casos se emplea al sujeto como agente

encubierto en investigaciones criminales para garantizar la seguridad pública y la realización de la justicia mediante el recaudo probatorio producto de la investigación.

Dentro de lo considerado vale recalcar que la agencia encubierta es un medio excepcional, especializado y subsidiario, donde otros medios han fracasado o han sido infértiles, la agencia secreta pretende recabar material probatorio producido por la comisión de ciertos delitos de alto impacto social y/o económico, en orden a estas ideas el fin que se propone con la misma deviene legítimo dentro de un Estado social de derecho que pugna por la protección de sus ciudadanos, la confianza éstos en sus normas y en las expectativas de comportamiento del conglomerado, manteniendo un orden justo a través de la judicialización de quienes defraudan las normas. (Motealegre Lynett & Perdomo Torres, 2013)

Frente al medio 1, esto es el uso de particulares para labores encubiertas, vale poner de presente que constitucionalmente la corte se ha inhibido por diversos motivos de estudiar tal novedad, lo que en primera medida supone no advertir situaciones de inconstitucionalidad que en su momento hayan ameritado un análisis oficioso que subsanara, por una necesidad fundamental, los yerros de las demandas de constitucionalidad presentadas en este sentido, pero esto no es óbice para cerrar el debate y aceptar tácitamente la legitimidad de la norma que finalmente no se ha desglosado de fondo, por lo anterior vale decir que la premisa inicial es que por mandato legal y exacciones convencionales el uso de civiles en la investigación judicial supone una legalidad amparada en el deber que le asiste al ciudadano de cooperar con la administración de justicia (art. 95 superior), pero bajo la reserva que amerita la realización de la presente investigación y ejercicio de ponderación.

En cuanto al medio 2, esto es el uso de servidores públicos como agentes encubiertos, vale precisar que el marco en el que un policía judicial, un miembro

de la fuerza pública (policía o fuerzas militares) y en general un servidor público hay primeramente un vínculo jurídico que le exige al Estado garantizar derechos mínimos en lo atinente a las condiciones en que se presta la labor (remuneración, seguridad social en salud, pensión, riesgos laborales, entre otros), dicho vinculo permite establecer un nexo fortalecido entre su civilidad y el deber de colaborar con la administración, pues ha de recordarse que el alcance de su responsabilidad no solo se mide por acción sino también por omisión u extralimitación en el ejercicio de sus funciones; en este orden de ideas vale decir que un servidor público ajeno a actividades con funciones de investigación judicial es un instrumento del cual se puede valer el ente investigador, con todo y más que el rigor exigible para la ser designado como agente encubierto, pues no solo está la relación jurídica de subordinación al Estado, sino que las directrices internacionales por convención y recomendación (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2006) lo posicionan como un instrumento idóneo y valiosa en la cooperación en la lucha contra el crimen organizado, por tanto vale decir que es un medio lícito para el fin estatal de garantizar la seguridad y la realización de la justicia.

### **3.6. PASO UNO: ADECUACIÓN DE MEDIOS**

En este punto se establece la relación Medio – Fin entre el uso de particulares como agentes encubiertos, el medio propone el uso de particulares en una actividad donde se requiere desarrollar funciones de policía judicial para despliegue de operaciones encubiertas contra organizaciones criminales complejas (GAO y GDO), con el fin de tutelar la seguridad pública y la justicia; aquellas personas objeto de este medio pueden carecer de idoneidad técnica y operativa, preparación psicológica, experiencia específica y conocimiento jurídico sobre los alcances de sus acciones (obligaciones y derechos), lo anterior sin importar lo trascendental de sus nuevas funciones, poniendo en riesgo la

operación, sus familiares y personas del círculo social cercano, donde la mayor parte de sus actuaciones se desarrollan sin un marco legal preestablecido (que delimite facultades, límites y garantías) y autorización judicial previa que vigile el respeto por los derechos fundamentales (de todos los intervinientes).

A partir de lo anterior y en escenarios donde se cumplan por lo menos con los requisitos exigibles para autorizar la agencia encubierta y una conveniente selección del particular, podemos analizar los 3 criterios de idoneidad:

- a. Temporalidad<sup>19</sup>: el medio se puede presentar como efectivo para la consecución del fin, si un particular de confianza o con un conocimiento especializado es implantado en el seno de una organización criminal, se puede esperar que sus frutos se rindan en un rango aceptable en proporción a los tiempos que en Colombia se permite adelantar la investigación especial (1 año inicial prorrogable una única vez por el mismo término, en sumas hasta 2 años). La infiltración civil reportada por la FGN y la Administración de Control de Drogas de Marlon Marín, iniciada en junio de 2017, rindió frutos probatorios en octubre de 2018 (Publicaciones Semana S.A., 2018), es decir 16 meses fueron suficientes para que la acción encubierta rindiera resultados; con todo ello se encuentra que el fin constitucionalmente válido se puede cumplir en un alto grado de temporalidad mediante el uso de particulares como agentes encubiertos.
- b. Plenitud<sup>20</sup>: Por medio de una acción encubierta particular se puede lograr recaudar una gran cantidad información, que analizada en contexto permite anticipar las líneas metodológicas, pero si bien el hecho de que un civil pueda permear con cierta facilidad una estructura criminal (temporalidad) no es indicativo *per se* para suponer que puede contar con el nivel de abstracción suficiente para proyectar la información que recibe y enfocarlas a fines,

---

<sup>19</sup> Donde examinamos la efectividad del medio, midiendo el tiempo que este se pueda tomar para concretar el fin.

<sup>20</sup> Valorando la idoneidad del medio por cuanto más elementos u objetivos del fin consiga concretar.

jurídicos y probatorios (pertinencia, conducencia y utilidad), por ello el éxito en la plenitud puede depender mucho del agente de enlace, del seguimiento asesorado que se le brinde sin exponerlo mucho y de las cualidades intrínsecas del sujeto, que si es bien seleccionado y recibe preparación adecuada, podrá recaudar una variedad de elementos que nutran la investigación judicial; en resumen la plenitud de un agente particular se puede ubicar en un estado medio y su aprovechamiento tiene tanto componentes exógenos como endógenos que condicionan las expectativas y deben ser ajustada previamente por el Fiscal.

- c. Probabilidad<sup>21</sup>: En este aspecto la idoneidad del agente encubierto particular puede proponerse fiable, los contornos que delimitan las relaciones entre dicho agente y el criminal (su organización) permiten formular que un objetivo, aterrizado a las posibilidades del caso concreto (sin exceder en ambición), se puede concretar debido tanto a la familiaridad en la relación (si el particular es muy allegado) o a la necesidad de la empresa delictual (profesional especialista en extinción de dominio, artista reconocido, piloto de aeronaves...); por ello la probabilidad se permite ubicarla en un estado alto.

En cuanto a los elementos para la adecuación se puede formular el siguiente análisis:

- a. Perspectiva cualitativa<sup>22</sup>: La designación de una agencia encubierta para un civil está a cargo del Fiscal Nacional o un Fiscal Seccional conforme a la norma, los protocolos internos disponen la generación de un expediente (secreto), por lo que en este *dossier* se consigna: la dimensión “personal” que determinada tanto la persona intervenida como el civil que se infiltrará; la dimensión “espacial” que delimita el lugar o lugares donde se desarrollará la operación, teniendo en cuenta que para el ingreso a lugares privados se

---

<sup>21</sup> Donde se determina que tan adecuado es el medio por cuanto más probable sea alcanzar el fin.

<sup>22</sup> Estimando que toda medida debe estar determinada en 3 aspectos de los cuales deducir su idoneidad: el aspecto personal (¿quién?), espacial (¿dónde?) y temporal (¿cuándo?).

requerirá autorización judicial (Sentencia C-156-16, 2016); y la dimensión “temporal” por cuanto la norma legal establece que será, cual lo descrito anteriormente, en un plazo máximo de 2 años sin perjuicio del control judicial posterior y eventualmente las preliminares que se necesiten para legalizar procedimientos y elementos derivados de la acción encubierta. Sobre este punto el elemento cualitativo se cumple con suficiencia.

- b. Perspectiva cuantitativa<sup>23</sup>: Aquí se cuestiona el costo frente al beneficio y precisamente la falta de un régimen legal aplicable al particular que ejerce como agente encubierto eleva la cuantificación de esta perspectiva, tanto por la falta de previsión frente a las contingencias negativas o fatales producto de la infiltración como por el sacrificio de derechos por las razones antedichas, es decir la falta de regulación en el proceso de selección por validación de requisitos mínimos (materiales e inmateriales), la ausencia de: capacitación, tratamiento prestacional balanceado (retribución económica, seguridad social integral, póliza de respaldo por el alto riesgo), la seguridad o exposición de la vida *ante* y *post* operacional (protección personal y familiar), regulación detallada sobre la condescendencia o cuidado en el manejo de personal particular que no responde a una doctrina de mando instituido (elemento de subordinación), contemplaciones disciplinarias, necesidad de seguimientos o controles profesionales de psiquiatría (elemento psíquico y motivacional) y la cooperación interinstitucional entre muchos otros aspectos como los principios, derechos, deberes que tan importante es considerar para el particular que constitucionalmente debe tener un marco legal para el ejercicio de una función pública. Por todo lo anterior este elemento se valora con un costo elevado y se estima en un bajo nivel de satisfacción para el examen de idoneidad.

---

<sup>23</sup> Estimando el costo (material y sustancia) del medio frente al fin propuesto.

### 3.7. PASO DOS: NECESIDAD

En este punto se analiza el medio alternativo, uso de servidores públicos como agentes encubiertos, para hallar su grado de lesividad a derechos fundamentales, para esto se comprueba que dicho medio también pase el examen de adecuación o idoneidad, hecho lo propio se estudia la relación Medio – Medio, si hay otros u otro medio que interviene el mismo principio/derecho fundamental, se mira el grado de *eficiencia* a fin de establecer la menos gravosa.

Podemos recapitular que actualmente puede contar con integrantes de la fuerza pública, tales como: agentes policiales, investigadores del CTI y en general personal con funciones de policía judicial; personal que ha devenido de un proceso de selección, capacitado, con motivación personal, con experiencia operativa, preparación psicológica, conocimiento jurídico y un régimen legal que cubre tanto el aspecto disciplinario y laboral como su seguridad social integral, estabilidad económica y a su familia.

El empleo de este tipo de personal internacionalmente es recomendado por su preparación frente a los derechos fundamentales constitucionales de la población sujeta a estos medios de investigación, finalmente garantizar la seguridad pública recae primariamente en servidores públicos.

También en las directrices administrativas se prevé el uso de servidores públicos “Cuando por las circunstancias concurrentes en cada caso o ante la imposibilidad de actuar como agente encubierto un funcionario de policía judicial, podrá designarse en tal calidad un servidor público que no tenga funciones de policía judicial (...)” (Resolución 6351 de 2008, pág. 4), en tal situación es posible advertir riesgo en los derechos fundamentales de los sujetos, igual que como en el caso del empleo de particulares muy necesaria puede ser el control previo jurisdiccional como garante del procedimiento, pero en todo caso hay un vínculo jurídico de primer orden entre el sujeto activo y el Estado que legitima en mayor grado su participación.

En aplicación del ejercicio de adecuación validamos los criterios concurrentes en la idoneidad:

- a. Temporalidad: En cuanto a este ítem el uso de agentes de la policía judicial, otro cuerpo castrense o en general cualquier servidor público puede presentarse como un factor analizable desde 2 ángulos:
  - i. El agente encubierto infiltrado desde una posición ordinaria, esto es por ejemplo un policía que iniciará su labor desde cero, buscando obtener un enlace y sostener relaciones que le permitan permear la organización criminal, en este tipo de trabajo no median factores de confianza o necesidad por lo que abrirse camino puede ser dispendioso, en términos económicos llevar a cabo varias y progresivas inversiones sociales o transacciones comerciales y en términos de tiempo esperar oportunidades y resultados positivos que le ameriten escalar hasta una posición que le permita acceder a información y recursos valiosos para la investigación judicial; esta caso nos somete a un criterio de temporalidad de bajo rendimiento.
  - ii. Desde la representación de un agente que por su calidad de servidor público y cuanto menos necesario para la estructura ilegal, puede haber mayores posibilidades de obtener mejor rendimiento en el criterio temporal, pero posiblemente esto implique el sacrificio de no poder proteger su identidad, en este caso adquirir confianza puede ser un asunto no tan costoso como el planteado en literal anterior, pues el investigado depende de esa posición o rol del servidor para conseguir favores que han de suponer contraprestaciones (soborno) y por ello la optimización medida en temporalidad.

Cabrán muchos otros escenarios pues todo se analizará en contexto, pero objetivamente estas 2 opciones representan los extremos en los que podemos medir el provecho a obtener en este criterio de idoneidad y con base a estos dos escenarios considerados, se puede promediar el uso de

agentes encubiertos de origen público con una satisfacción media en temporalidad.

- b. Plenitud: En este parámetro es de considerar que los componentes cognitivos y de experiencia del agente secreto (servidor público) juegan un papel fundamental en la obtención de la mayor cantidad de elementos que se persigan con la investigación, regularmente el personal de policía judicial, fuerzas militares y servidores del sector público satisfacen procesos de selección, tienen conocimientos sobre su régimen penal y disciplinario aplicable, en general aspectos relacionados de orden jurídico, por lo que dichos conocimientos, aunado a su experiencia operativa y entrenamiento, juegan un papel importante al momento de orientar su labor y optimizar la productividad de la operación, debe recordarse que en cuanto al factor de competencia un servidor público, como lo recomienda las NU, siempre será la elección preferente y por ello este criterio se puede satisfacer en alta medida.
- c. Probabilidad: La evaluación de este criterio puede ligarse tanto a fundamentos similares de temporalidad como de plenitud, por una parte tiene como ingrediente la dificultad que supone ganar la confianza en el grupo cuando la infiltración se hace primigeniamente y no aprovechando una necesidad puntual del grupo (en cuanto a una posición privilegiada de determinado servidor público); por otra parte los ingredientes cognitivos y experienciales de este tipo de agentes son factores que potencializan la probabilidad de alcanzar el fin; entre estas cualidades que es la dificultad entre ganar confianza (en algunos casos) y la apropiada preparación que ofrece un infiltrado de origen público, el criterio de probabilidad se ubica en una esfera media dentro de la adecuación.

Los elementos de idoneidad para el medio sometido a valoración se desglosan de la siguiente manera:

- a. Perspectiva cualitativa: Igual que en el análisis del primer medio tenemos validado en un alto grado este elemento, mediante el uso del expediente clasificado determinamos las dimensiones personal, espacial y temporal: consignando quién, cuándo y dónde se llevará la acción encubierta, en este caso con un ingrediente anejo, la expedición de un acto administrativo por medio del cual el fiscal designa al servidor judicial, instrumento garante de derechos y responsabilidades recíprocas.
- b. Perspectiva cuantitativa: En la dimensión económica el agente de procedencia pública puede llegar a ser costoso no solo por la relación costo-horas de trabajo/hombre, sino además por los recursos que requieren invertirse en las transacciones comerciales (compras, viáticos...) o la estabilización de relaciones sociales (fiestas, regalos...), construir una interacción confiable, además de lo analizado en criterio de temporalidad, resulta una carga presupuestal considerable si se tiene presente que las organizaciones criminales investigadas son de alto nivel y círculos cerrados, precisamente por lo que involucra su actividad ilícita y lo dispendioso que resulte escalar hasta una posición donde se intercepte información nuclear (socios criminales, escala de mando, conexiones políticas o extranjeras, empleo y modalidad de sobornos, estrategias para el blanqueo de capitales, uso de rutas/fronteras, entre otras); en estimación al costo sobre derechos fundamentales se avizora un panorama alentador pues la preparación del agente lo hace garante de sus responsabilidades frente a terceros, por supuesto que como nos encontramos ante un mecanismo extraordinario de la investigación, los investigados son sometidos a intrusiones que pueden ir de medianas a intensas, pero esta es una cualidad intrínseca de la acción secreta, de otra forma no se registraría por los principios asimilados en la investigación. De lo resumido es prudente estimar que el elemento cuantitativo revise una calificación media.

Finalmente en cuanto al subprincipio de necesidad se impone un análisis de la eficiencia de sus alternativas (Sánchez Gil, 2017, pág. 47), hasta este punto se advierte que el uso de particulares para operaciones encubiertas se presenta como un medio con bajo rendimiento de idoneidad (por falta en la perspectiva cuantitativa) al no contarse con un régimen legal aplicable a éste particular que cumple la función pública de investigar, que no está más por decir – en Colombia es una exigencia constitucional –, este escollo precisamente pone en desventaja la eficiencia (relación costo-beneficio) en la alternativa de usar particulares, versus el uso de servidores públicos, pues la exposición de la vida del agente secreto se muestra con una mayor cobertura para el servidor que para el particular y sus terceros dependientes, a esto se le adhiere el plus que deviene de contar con una ley que instruya el desarrollo de la operación encubierta por parte de un particular pues se clarificarían aspectos de selección, capacitación, acompañamiento, asistencia social y psicológica, poder de cohesión interinstitucional y en general garantías para los asociados que en últimas son los destinatarios de la norma; por lo dicho se determina que en términos de necesidad es menos gravosa la medida que autoriza el uso de servidores públicos en esta técnica de investigación especial por presentarse menor incidencia perjudicial frente al derecho a la vida y por falta de estatuto legal especial aplicable.

### **3.8. PASO TRES: PONDERACIÓN**

La proporcionalidad en sentido estricto tiene diferentes intensidades, versa sobre una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, se parte de la lógica que cuanto mayor sea la intensidad del derecho intervenido, tanto mayor el peso de las razones que lo justifican (Alexy, 2009), esto mediante la aplicación de la ley de la ponderación “cuanto mayor..., tanto mayor...”, es

decir, entre mayor sea el beneficio que se espera obtener frente al derecho oprimido (para la concreción del fin), mayor va a ser la afectación constitucionalmente legítima que el otro derecho va a resistir (Bernal Pulido, 2014); para dirimir la controversia aplicamos el categórico de menor gravosidad, en palabras del docto Mendoza Escalante (2020, pág. 6) “La intensidad de la intervención real debe ser menor que la intensidad de la intervención hipotética”; para lo anterior examinamos la afectación del derecho a la vida y la falta de régimen legal aplicable del agente frente a la satisfacción de la seguridad pública para cada uno de los medios propuestos.

### **3.8.1. INTENSIDAD EN LA INTEVENCION DE DERECHOS - MEDIO 1**

Propuesto el uso de particulares para el desarrollo de actividades encubiertas, con despliegue de funciones públicas propias de un agente estatal, con las características, riesgos e implicaciones ampliamente expuestas con anterioridad se intuye una grave intervención al derecho a la vida, puesto que el sujeto no tiene un régimen legal aplicable que dé cuenta que se cumplen ciertamente con los requisitos del rol que le es exigido.

Desde el examen de idoneidad se advierte que, aunque se puede obtener un buen e incluso muy buen rendimiento al reclutar personal civil en las operaciones de infiltración pues el criterio de temporalidad muestra potencial dadas las cualidades que en determinados momentos y lugares adquiere este particular, no se puede dejar pasar que los criterios de plenitud y probabilidad no escapan del margen normalmente esperado para justificar su uso.

En el mismo sentido pero frente a los elementos de idoneidad, la perspectiva cualitativa se ve satisfecha a cabalidad, pero no así la perspectiva cuantitativa, pues esta supone un riesgo en el uso de particulares y esto precisamente es reflejo de la alta exposición a la vida por que las condiciones *ex-ante*, durante y

*ex-post* para el civil no están garantizadas por un régimen legal que organice su función pública en el marco de una investigación judicial; además, en términos funcionales la administración le está atribuyendo al particular una competencia institucional la cual le exige una “obligación especial” por la que deberá dar cuenta de forma individual ante algún delito por infracción de deber (Lesch, 1997, pág. 66), situación sumamente crítica si tenemos en cuenta que el Estado no está normativamente garantizándole a la sociedad procedimientos objetivos para seleccionar, instruir y permitir el actuar de un tercero incauto, en sí mismo, confiar a un particular el ejercicio de una función pública sin un marco de regulación, puede constituir una defraudación de una expectativa, análogamente podemos revisar el sonado caso del infiltrado hacker Andrés Sepúlveda, la verdad procesal indica que realizó ilegítimamente acciones que encuadran en investigación judicial (interceptar comunicaciones, invadir la privacidad, penetrar domicilio ajeno sin autorización judicial...), que dichas acciones fueron particulares y concertadas por pluralidad de sujetos, pero finalmente hoy está condenado a 10 años de prisión por una infracción de deber y quienes estuvieron al patrocinio o concomitantemente en la conducta quedaron impunes<sup>24</sup>. (Editorial La República S.A.S., 2020)

La intensidad en la intervención del derecho a la vida del civil, además de las de su círculo familiar y personal íntimo, reviste un costoso riesgo, por lo cual se gradúa con el más alto nivel, afectación grave/intensa, circunstancias como: la subordinación a una estructura criminal compleja, de posible operar transnacional, con una elevada exposición a situaciones de violencia y/o terrorismo (endógenas y exógenas), bajo una jerarquía absolutista y con desinterés por el respeto a la vida de sus delatores, en el desarrollo de un rol

---

<sup>24</sup> En este caso (apartado del agente encubierto particular), lo que en el fondo se pone de presente es la desprotección a la que se expone un investigador cuando su labor no está respaldada por su patrocinante, similar al caso internacional documentado de Carlos Toro (expuesto en el primer capítulo, numeral 1.8), donde el sujeto extraordinariamente se ve abocado a responder a título personal por acciones desarrolladas en el marco del objeto de la investigación judicial.

que obliga (por parte del Estado) al respeto por derechos fundamentales pero a la vez exige participar en acciones ilícitas que van de la mano con infracciones esenciales; todo esto debidamente contextualizado y en cabeza de una persona desprovista de regulaciones legales que amparen tanto riesgo, devienen en una carga sumamente difícil de resistir en las condiciones actuales.

Acortando tenemos que las prestaciones en temporalidad y la satisfacción de la perspectiva cualitativa son los puntos fuertes en el uso de un particular bajo cubierta; pero una grave insatisfacción de idoneidad por factibilidad de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (Jakobs, 1998, pág. 53) en la perspectiva cuantitativa que de llegar a concretarse en un resultado nefasto, devendría en una responsabilidad estatal frente a la muerte/lesión del civil infiltrado (familias y círculo parental) y/o las afectaciones de los investigaos (que no es temática central de la investigación), todo a causa de la falta de un régimen legal aplicable que prevea y ampare cualquier tipo de contingencia tanto a los sujetos que interactúan en la dinámica de la operación judicial, como al sistema social.

### **3.8.2. INTENSIDAD EN LA INTEVENCION DE DERECHOS - MEDIO 2**

Frente a la posición del desarrollo operacional encubierto por personal del Estado y con funciones de la policía judicial, dable es destacar que los riesgos a los que se ve expuesto son similares o en muchos casos iguales, pero en razón especialmente a 2 atenuantes exógenos principales: encubrimiento de su identidad personal y relación de dependencia laboral del Estado, liviana en importante medida la carga a la que un sujeto se expone; en razón al primer atenuante, la garantía del resguardo de su identidad (considerando que el tratamiento de la información es confidencial), permite que el agente actúe sin presiones, por ejemplo por la seguridad de su familia o la protección de su *habeas data*; en razón al segundo atenuante, se refiere el respaldo estatal para

el ejercicio de una actividad implícitamente de alto riesgo, esto se ve representado entre otras en su seguridad social, sus prestaciones económicas, el aseguramiento por contingencias en el desarrollo de sus actuaciones, el conocimiento concreto y práctico del marco en el que desenvuelven sus actuaciones; ahora frente a sus atribuciones endógenas, el servidor se presenta como instrumento altamente competente (preparación, experiencia y entrenamiento).

Examinando su adecuación se puede destacar que el criterio de plenitud se enaltece en el servidor público pues tiene una posición cognitiva y en algunos casos laboral privilegiada para aprovechar al máximo la oportunidad de estar implícito en una organización criminal, cada rastro de información será interpretada o perseguida de forma conveniente para la investigación y esto incrementa los elementos que conlleven al éxito de la operación, pero frente a la temporalidad y la probabilidad no se representan atribuciones de peso, pues hay condiciones que exigen balancear las expectativas a fin de aterrizar las posibilidades reales de la investigación.

Por cuenta de los elementos para calificar idoneidad se cuenta con una suficiencia en la perspectiva cualitativa porque la determinación de quién, cuándo y dónde se documenta previamente, no pasa lo mismo con la perspectiva cuantitativa donde en orden a la variabilidad de las condiciones se determina que la adecuación de la medida se presenta dentro del rango medio de posibilidades.

El análisis de las anteriores situaciones nos permite colegir que aunque los riesgos son plausiblemente altos, se cuentan con escenarios adecuados normativa y fácticamente, que el ejercicio del servidor se adapta o es conforme a las competencias y resulta válido que la intervención sobre su derecho a la vida se califique como de afectación media.

Abreviando se encuentra que la plenitud y la perspectiva cuantitativa son fortalezas en la idoneidad del uso de servidores públicos para operaciones encubiertas, que las otras variables (criterio temporal, probabilidad y elemento cualitativo) rinden al estándar mínimo aceptable y por ello la medida resulta adecuada.

### **3.8.3. EXAMEN DE PONDERACIÓN**

Previamente ha de establecerse que la seguridad pública y la realización de la justicia como unos de los fines principales del Estado, mediante el uso de la TEI de agencia encubierta se ve el alto beneficio, pues para su exégesis ha de ponerse de presente que es una técnica de *ultima ratio*, que se emplea en observancia esencialmente de su especialidad, subsidiariedad y con apego a la proporcionalidad que se evalúa, especialidad porque solo es aplicable a un cerrado grupo de delitos y dentro de un margen delimitado, subsidiaria puesto que sólo se acude a ella cuando ya se han agotado todos los otros medios de investigación disponible y estos han sido infructuosos en su misiva, y proporcional porque propende su uso en una zona de equilibrio entre la tensión del interés común (seguridad y justicia) y la interposición de derechos individuales.

Para esta tasación ha de tenerse en cuenta que esta labor, en palabras del Dr. Sánchez Gil:

En realidad, el resultado final de la ponderación dependerá no tanto de la ordenación que *prima facie* tengan los intereses en oposición y las normas constitucionales que los apoyen, sino de la intensidad en que se benefician o perjudican materialmente en el caso concreto.

Por ello, el uso de una persona, sea particular o servidor público, como infiltrada en una investigación judicial con el fin de garantizar la seguridad pública y la realización de la justicia, contraponiéndose a este fin el derecho a la vida de la persona y en el caso del particular teniendo en cuenta la carencia de un régimen legal aplicable (por desarrollar éste una función pública), ha de graficarse para el análisis la información recolectada así:

<b>Medio</b>	<b>Idoneidad</b>	<b>Necesidad</b>	<b>Ponderación</b>	
			<b>Beneficio</b>	<b>Afectación</b>
Uso del particular como agente encubierto	Válida, pero con una perspectiva cuantitativa baja	Más gravosa	<b>Alto</b>	<b>Grave</b>
Uso del servidor público como agente encubierto	Válida	Menos gravosa	<b>Alto</b>	<b>Media</b>

Lo anterior resume que la realización del fin, que supone un alto beneficio, reviste:

- a. una media afectación del derecho a la vida de un servidor público, en consideración primordialmente a sus cualidades intrínsecas de selección, formación y experiencia, junto con un régimen prestacional adecuado a sus funciones;
- b. una grave o intensa afectación del derecho a la vida del civil, en consideración a que pese a las grandes exigencias de la investigación encubierta, el particular se ve desprovisto de un aforo legal que garantice y delimite tanto sus derechos y obligaciones como las del Estado, además del cumplimiento u homologación de los requisitos exigibles para cumplir con la

misiva, poniendo en riesgo la sociedad como destinataria de la técnica especial; todo lo anterior se explica a partir de una debilitada idoneidad por perspectiva cuantitativa, que pone al descubierto un excesivo costo del medio por exposición del derecho a la vida (del agente y sus dependientes) a falta del régimen legal que cual lo exige el artículo 123 constitucional.

La conclusión obligada es que pese a que en ambos casos (medidas) la afectación grave se puede justificar por el alto beneficio que supone la acción encubierta, los perjuicios son mayores al emplear a un particular, entonces se debe preferir al servidor público pues este tiene una relación más racionalizada al permitir obtener beneficios altos con afectaciones medias de su derecho a la vida, justamente una mejor proporcionalidad entre el resultado y el sacrificio del derecho fundamental, circunstancia que como cita Sánchez Gil (2017), le da “mayor peso en el caso concreto”. (Alexy, 2001, pág. 100)

Es menester destacar que tanto el uso de particulares como de policía judicial puede en casos particulares ser beneficioso para una investigación criminal, pero las operaciones encubiertas están dentro de las técnicas más especializadas, peligrosas y por demás, excepcionales; en tal contexto un particular, integrante de la media poblacional, se desenvuelve indefenso ante los tentáculos de estructuras delictivas complejas y el Estado, sacando provecho de su cooperación debe, a través de un régimen legal aplicable, garante de legalidad (obligatoriedad de cumplimiento y fuerza vinculante), convenir a su protección más allá de la voluntad del ministerio fiscal encargado de autorizar y controlar su participación, todos las ramas del poder público deben comprometerse legalmente a la cooperación con dicha figura.

En tal sentido es apropiado proponer que mientras no haya un cabal cumplimiento del artículo 123 de nuestra carta magna, no debe exponerse con tanta intensidad la vida, seguridad personal, familiar y social de aquellos civiles que cooperan con las investigaciones de gran nivel sin garantías positivas,

establecimiento de principios rectores de su función transitoria y limitación de facultades, este puede ser sin lugar a dudas un desafío legislativo.

Todo lo anterior tendiente a procurar un adecuado ejercicio de la labor expiatoria, con cautela, con respeto por los derechos humanos y sujeción a los preceptos legales o marco internacional, en observancia de los protocolos técnicos de investigación (Consejo Nacional de Policía Judicial, 2018), con fortaleza mental para afrontar situaciones de riesgo y capacidad para toma de decisiones. Cualidades que, al confluir en una misma persona, por lo menos merece ser sujeto tanto de garantías procesales (eximente de responsabilidad penal), personales (seguridad) y económicas (seguros y compensaciones).

Por los anteriores motivos, para la realización de la seguridad pública y la justicia, se muestra actualmente más efectiva la ejecución de dichas labores mediante servidores públicos que idónea, técnica y psicológicamente posean la voluntad para ejercer tan alta responsabilidad y sobre los cuales recae el amparo y control estatal directo; entre tanto, los particulares que no cuenten con condiciones más especializadas por conducto de ley, deberían ser protegidos de los alcances prácticos negativos de la figura investigativa y sus posibles violaciones a los derechos fundamentales tanto propios como ajenos.

## CONCLUSIONES

La figura de agente encubierto viene de una Técnica Especial de Investigación (TEI), consistente en la infiltración de un sujeto en el seno de una organización criminal, la cual debe estar compuesta por un número plural de personas y puede tener un rango de acción territorial transnacional, este sujeto se inmiscuye para búsqueda y obtención de información y material con vocación probatoria, por naturaleza es de uso excepcional y ante la inoperancia de otros medios para producir material probatorio, es controversial por lo altamente invasiva de derechos fundamentales como la vida, la intimidad y el debido proceso entre otros, se ha promovido principalmente por las Naciones Unidas en el marco de la lucha contra el terrorismo.

El uso de agentes encubiertos de cualquier calidad (particular o servidor público), se refiere específicamente para delitos taxativos, tales como: la trata de personas con fines de explotación económica y sexual, comercio de armas, tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, corrupción tanto pública como privada, blanqueo de capitales asociados a actividades delictivas; por recomendación de las Naciones Unidas es una técnica de tendencia a regularizarse como medio de investigación ordinario por tanto algunas legislaciones la adoptan para conductas relacionadas con el secuestro, el patrimonio y orden social, la propiedad intelectual, el medio ambiente y la biodiversidad, la salud pública, la falsificación de divisas, el patrimonio histórico entre muchos otros.

En Colombia como en pocas latitudes es abiertamente posible emplear a personas particulares como agentes encubiertos para desarrollar labores de investigación propias de la policía judicial de tipo infiltración u espionaje a peligrosas y expertas estructuras del crimen organizado, incluso de operar transnacional como las definidas en algunas convenciones de las Naciones Unidas.

Los particulares autorizados en la norma para ser empleados como agentes encubiertos pueden, incluso, llegar a ser personas de la media común, sin preparación técnica-operativa en investigación judicial, carente de conocimientos jurídicos mínimos garantes de derechos fundamentales, sin experiencia en campo de trabajo relacionado y de condiciones psicológicas no idóneas u/o desatendidas para la función, lo que supone la puesta en riesgo en diferentes intensidades de bienes jurídicos principales y derechos fundamentales por partida doble, para el agente encubierto: la vida, la no autoincriminación, la seguridad personal y familiar, el desarrollo de la libre personalidad, el trabajo y la locomoción; para el investigado: la intimidad, la presunción de inocencia, la no autoincriminación, el debido proceso, la defensa y la publicidad; además de la suscitación de múltiples dudas por el concubinato del Estado con el crimen organizado, donde ambos delinquen, pero solo uno de los socios es responsable. (Zaffaroni E. R., 1996)

El uso de agentes encubiertos de origen particular, por su rol de investigador, en la *praxis* es la realización de funciones de policía judicial, al ser esta una función pública desarrollada transitoriamente por un particular debería estar legislada mediante un régimen legal aplicable tal como lo define el inciso final del artículo 123 CP, tal requisito constitucional no se encontró satisfecho en la legislación que para la actualidad se encuentra vigente.

En el marco de la doctrina internacional y algunas legislaciones de vanguardia en el tema, sólo es permitido el ejercicio de agentes encubiertos por parte de miembros altamente calificados de la fuerza pública, preseleccionados, íntegramente capacitados, dada la complejidad de sus intervenciones en los derechos y garantías fundamentales y el nivel de tecnificación de la empresa criminal moderna.

Las Naciones Unidas dentro de sus estudios oficiosos con comités técnicos especializados ha instado por medio de recomendaciones a los Estado parte a cumplir ciertos estándares para el empleo de las TEI como el agente encubierto y aunque dentro de sus prácticas optimas no descartan el empleo de particulares, en

esos casos ha definido una línea de exigencias que ameritan instancias legales que en Colombia se están supliendo a partir de actos administrativos emanados de la Fiscalía General de la Nación, las mismas carentes de fuerza vinculante con el resto del poder público, esto deja por fuera aspectos importantes para lograr la cooperación administrativa y judicial en materia de valoración y estándar probatorio, controles de legalidad y eximentes de responsabilidad penal entre otros.

La Corte Constitucional en el análisis de las demandas formuladas contra el uso de particulares como agentes encubiertos, se ha mostrado exigente en la carga argumentativa, especialmente frente a requisitos de especificidad, pertinencia y esencialmente suficiencia, pues este parámetro es el que aporta la persuasión mínima necesaria para que la Corte se vea avocada a estudiar de fondo; se encontraron por medio de salvamentos de voto posturas divergentes frente a la valoración en la satisfacción de los requisitos.

## RECOMENDACIONES

Observado en perspectiva todo el estudio resulta sensato exhortar la creación de una Ley de la República que determine el marco a partir del cual un particular pueda participar o ser empleado como agente encubierto bajo el direccionamiento de la Fiscalía General de la Nación en el marco de una investigación judicial, definiendo sus derechos, obligaciones, límites, requisitos, preparación y garantías, entre muchos aspectos sustanciales que han de tenerse en cuenta para su ejercicio, teniendo en cuenta que la entidad de derechos que se intervienen ameritan un control judicial previo y con seguimientos periódicos; orientar o instruir los procesos que permitan garantizar la articulación de las instituciones involucradas en la actividad secreta, exigiendo confidencialidad, cooperación, celeridad y sancionando administrativa, disciplinaria y/o penalmente a aquellos sujetos que por su rol principal o secundario dentro del engranaje de la operación pongan en riesgo la vida del sujeto; finalmente ajustar los criterios constitucionalmente válidos para que el material probatorio que se obtenga pueda procesarse en el aparato judicial de manera flexible.

Mientras no exista un marco legal como el anteriormente sugerido, se insta a proponer una acción pública de inconstitucionalidad tendiente a realizar un ejercicio de revisión primaria de las normas que autorizan el uso de particulares en actuaciones de agentes encubiertos.

Complementando lo anterior, es posible formular al menos un cargo de inconstitucionalidad sustentado en el alto riesgo por la exposición de la vida del particular encubierto (al igual que su familia y círculo social íntimo) se ve desproporcionado por la ausencia de régimen legal aplicable que delimite las facultades y garantías, pues como se pudo concluir, el individuo despliega dentro de sus acciones funciones de policía judicial al momento de buscar y obtener material probatorio, algunas como participar de entregas vigiladas, ejecutar

seguimiento a personas y bienes objeto de delito, recaudo de información conducente a incriminar el sujeto o sujetos investigados en la práctica del delito o los delitos por los cuales está siendo intervenido en secreto; el cargo puede girar en torno a la colisión entre las disposiciones legales que habilitan el uso de particulares como agentes encubiertos, que en la práctica desarrollan la función pública de investigar judicialmente, y el mandato constitucional que impone la existencia de un régimen legal para los civiles que ejerzan funciones públicas así estas sean transitorias.

Resulta viable instar a la promoción de estudios en la línea que incumbe a la afectación de derechos fundamentales del sujeto pasivo de la investigación mediante el uso de la técnica encubierta, resaltando que se puede ahondar en intervenciones a derechos fundamentales como: la intimidad, la presunción de inocencia, la no autoincriminación, el debido proceso, la seguridad personal, la familia, el desarrollo de la libre personalidad, el trabajo, la locomoción, la defensa y la publicidad; el presente trabajo no estuvo en rigor con tales propósitos, pero puede brindar una punto de partida desde el cual comenzar la discusión.

## BIBLIOGRAFÍA

- Albes Bento, R. (2009). Agente infiltrado. Busca pela legitimação constitucional. En J. P. Taques, L. F. Gomez, & R. Sanches Cunha, *Limites Constitucionais da Investigação* (pág. 344). São Paulo: RT.
- Albiser, E., & Zapata, J. (2014). Panorama de la Educación 2014: Indicadores de la OCDE. *Colombia - Nota del país*. Recuperado el 18 de octubre de 2020, de [https://www.oecd.org/colombia/Colombia\\_EAG2014\\_CountryNote\\_ESP.pdf](https://www.oecd.org/colombia/Colombia_EAG2014_CountryNote_ESP.pdf)
- Alexy, R. (2001). *Theorie der Grundrechte* (Cuarta ed.). Fráncfort del Meno: Suhrkamp.
- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (C. Bernal Pulido, Trad., págs. 13-42). Quito, Ecuador: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Alexy, R. (2009). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. (C. Bernal Pulido, Ed.) Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Arenas, C. (2013). Aspectos prácticos de la figura del agente encubierto. *Taller sobre Técnicas Especiales de Investigación*. Tegucigalpa: Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas.
- Arenas, I. E. (7 de septiembre de 1990). Fin al jurado de conciencia. *El Tiempo*. Recuperado el 1 de septiembre de 2019, de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-51268>
- Barrios, M. Á. (8 de agosto de 2016). *¿Qué es el crimen organizado?* Recuperado el 11 de mayo de 2020, de Revista América Latina en Movimiento: <https://www.alainet.org/es/articulo/179364>

- Bernal Cuéllar, J., & Montealegre Lynett, E. (2013). *El proceso penal. Tomo I: Fundamentos constitucionales y teoría general* (Sexta ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Cuarta ed.). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Bundesrat. (12 de Septiembre de 1950). Código Procesal Penal Alemán. *Strafprozeßordnung*, 144. (<https://translate.google.com>, Trad.) Munich, Alemania. Recuperado el 30 de Agosto de 2015, de [www.juris.de](http://www.juris.de)
- Burbano Cifuentes, C. (21 de septiembre de 2017). Fundamentos constitucionales del derecho y del proceso penal. *Clases magistrales: Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cafferata Nores, J. (2000). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Cardoso Pereira, F. (2012). *Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Carrasco Orellana, B., & López Rojas, M. (junio de 2013). *Repositorio Académico de la Universidad de Chile*. Recuperado el 4 de noviembre de 2020, de Agente encubierto: análisis crítico de su regulación en la legislación nacional: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113934>
- Castro Saldaña, J., & Aparicio Barrera, J. (2008). La investigación criminal y el esclarecimiento. *Criminalidad - Policía Nacional - DIJIN*, 50(2), 103-116.

- Castro Tiska, M. A. (24 de julio de 2008). Modelo de Inteligencia Criminal de Chile. *Exposición del Teniente Coronel de Carabineros de Chile*. Bogotá D.C., Colombia: Auditorio DIPOL.
- Cepeda Espinosa, M. J. (2008). *Polémicas constitucionales*. Bogotá D.C.: Legis Editores.
- Concepto 121161 de 2014, 20146000121161 (Departamento Administrativo de la Función Pública 1 de septiembre de 2014).
- Concepto 855 de 2006 (Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil 2006).
- Consejo Nacional de Policía Judicial. (2018). *Manual Único de Policía Judicial* (Segunda ed.). Bogotá D.C.: CNPJ.
- Contreras Alfaro, L. H. (2005). *Corrupción y principio de oportunidad penal: alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica.
- Cuyares Buitrago, S. M. (9 de diciembre de 2019). Agente encubierto: Retos de la legalidad, eficacia y respeto a los derechos fundamentales. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado el 23 de julio de 2020, de <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/34955>
- de Maglie, C. (1991). *L'agent provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*. Milano.
- Delgado Martín, J. (2001). *La criminalidad organizada*. Barcelona, España: José María Bosch.
- Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional de la Secretaría de Seguridad Multidimensional de la Organización de los Estados Americanos. (2019). *Guía Práctica de Técnicas Especiales de Investigación en Casos de*

*Delincuencia Organizada Transnacional*. Washington, D.C.: OEA. Recuperado el 4 de Febrero de 2020, de <http://www.cicad.oas.org/apps/ReadPublication.aspx?Id=5477>

Diban, M. (febrero de 2014). *Técnicas Especiales de Investigación*. Recuperado el 22 de abril de 2020, de Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas: <http://cicad.oas.org/apps/Document.aspx?Id=2602>

Dromi, R. (2006). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Hispania Libros.

Editorial La República. (23 de octubre de 2019). Colombia sigue por debajo del promedio de la Oede en educación y empleo. [www.larepublica.co](http://www.larepublica.co). (L. Neira Marciales, Ed.) Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia. Recuperado el 18 de octubre de 2020, de <https://www.larepublica.co/economia/colombia-sigue-por-debajo-del-promedio-de-la-ocde-en-educacion-y-empleo-2923614>

Editorial La República S.A.S. (27 de febrero de 2020). El 'hacker' Sepúlveda deberá cumplir su condena de 10 años de prisión según la Corte. [www.asuntoslegales.com.co](http://www.asuntoslegales.com.co). (L. S. Solórzano C., Ed.) Bogotá D.C., Colombia. Recuperado el 24 de octubre de 2020, de <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/el-hacker-sepulveda-debera-cumplir-su-condena-de-10-anos-de-prision-segun-la-corte-2970432>

El Tiempo Casa Editorial. (11 de septiembre de 2018). Solo el 22 % de los colombianos tiene un título universitario. [www.eltiempo.com](http://www.eltiempo.com). Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia. Recuperado el 18 de octubre de 2020, de <https://www.eltiempo.com/vida/educacion/la-ocde-asegura-que-solo-el-22-por-ciento-de-los-colombianos-tienen-un-titulo-universitario-266796>

Espinosa de los Monteros, R. Z. (2010). *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Roma: Trotta.

García Sánchez, B. (2009). Técnicas de investigación de la delincuencia organizada: perspectiva penal. *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V.*(20), 35-57. Recuperado el 6 de abril de 2020, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5145753>

Jimeno Sendra, V. (2005). *Derecho procesal penal*. Madrid: Editorial Colex.

González Jiménez, A. (2014). *Las diligencias policiales y su valor probatorio*. Tarragona: Universidad Rovira I Virgili.

Gracia Martín, L. (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del Enemigo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-43.

Guariglia, F. (1994). El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal? *Revista Jueces para la Democracia*(23). Recuperado el 17 de diciembre de 2019, de Dialnet: [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2552623.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2552623.pdf)

Hernández Gómez, J. R. (2018). La Anticorrupción en Colombia, el Agente Encubierto y la Función de Inteligencia. *Prolegómenos Derechos y Valores*, 21(41), 99-114. doi:10.18359/prole.3332

Hernando Martín, F. (2004). La guardia en la lucha contra el crimen organizado: técnicas de información, metodología operativa y directrices particulares en las investigaciones. (C. d. Jurídicos, Ed.) *Estudios jurídicos*, 377. Obtenido de [www.ces.justicia.es](http://www.ces.justicia.es).

HuffPost News & Noticias Caracol, CBS News. (21 de abril de 2015). *El Huffpost*. Recuperado el 26 de noviembre de 2019, de [www.huffingtonpost.es](http://www.huffingtonpost.es): [https://www.huffingtonpost.es/2015/04/17/carlos-toro-dea\\_n\\_7088194.html](https://www.huffingtonpost.es/2015/04/17/carlos-toro-dea_n_7088194.html)

- Insignares Cera, S., & Molinares Hassan, V. (2012). Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la corte constitucional colombiana. *Vniversitas*(124), 91-118.
- Jakobs, G. (1998). *La imputación objetiva en derecho penal* (Primera ed.). (M. Cancio Meliá, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del Enemigo*. Madrid: Civitas.
- Lesch, H. (1997). *Intervención delictiva e imputación objetiva* (Primera ed.). (J. Sanchez-Vera Gomez-Trelles, Trad.) Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Márquez Estrada, J. W. (15 de Junio de 2012). *Policía Nacional*. Recuperado el 1 de Septiembre de 2015, de <http://oasportal.policia.gov.co/>: [http://oasportal.policia.gov.co/imagenes\\_ponal/dijin/revista\\_criminalidad/vol\\_54\\_2/09laproblematika.html](http://oasportal.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/revista_criminalidad/vol_54_2/09laproblematika.html)
- Mathes, W. (26 de enero de 2020). *Stern*. Obtenido de Stern.de: <http://www.stern.de/politik/deutschland/geheime-bka--tarifordnung--was-verdienen-polizei-spitzel--3352982.html>
- Mendoza Escalante, M. (13 de Febrero de 2020). *Ponderación, test de necesidad e "intensidad" de la intervención de derechos fundamentales*. Obtenido de Consultoría Constitucional: <http://www.consultoriaconstitucional.com/>
- Molina Pérez, T. (2009). Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines. *Anuario jurídico y económico escurialense*(42), 155-173. Recuperado el 29 de abril de 2020, de <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/agente-provocador-infiltrado-56166705>

- Montoya, M. D. (2001). *Informantes y técnicas de investigación encubiertas: análisis constitucional y procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.
- Moscato de Santamaria, C. B. (2007). *El agente encubierto en el Estado de Derecho*. Sao Paulo.
- Motealegre Lynett, E., & Perdomo Torres, J. F. (2013). *Funcionalismo y normativismo penal. Una*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz Sanchez, J. (1995). *El agente provocador*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2006). *Manual de Técnicas Especiales de Investigación*. Naciones Unidas.
- Olvera López, J. J. (2018). *El "Agente encubierto". Las técnicas personales de investigación contra la delincuencia organizada en el nuevo sistema de justicia penal*. Ciudad de México: Universidad Panamericana.
- Perdomo Torres, J. F. (2008). *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Perdomo Torres, J. F. (2009). *Estudios penales a partir de la libertad y solidaridad* (Vol. 18). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez Hoyos, J. G. (2010). Tratamiento tributario de los pagos por recompensas. *Revista Impuestos*, 25-27. Recuperado el 1 de abril de 2020, de [http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rimpuestos&document=rimpuestos\\_7bce657e0b79a034e0430a010151a034](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rimpuestos&document=rimpuestos_7bce657e0b79a034e0430a010151a034)
- Publicaciones Semana S.A. (11 de noviembre de 2018). Jaque mate a Jesús Santrich. *www.semana.com*. Bogotá D.C., Colombia. Recuperado el 20 de octubre de 2020, de <https://www.semana.com/nacion/articulo/jesus-santrich-cae-por-operacion-de-la-dea-y-fiscalia-de-colombia/563235/>

- Ramirez Jaramillo, A. D. (2009). *El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Real Academia Española. (diciembre de 2019). *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado el 1 de junio de 2020, de <https://dle.rae.es/>.
- Rendo, A. D. (2008). *Abogarte*. Recuperado el 2008, de <http://www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm>
- Riquelme Portilla, E. (2006). El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo. *Política Criminal*, 2(A2).
- Sánchez Gil, R. (30 de octubre de 2017). El principio de proporcionalidad. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). Ciudad de México, México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado el 25 de octubre de 2020, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/8.pdf>
- Sarmiento, A. (2015). *Colombia Aprende tomado de El Tiempo*. Recuperado el 27 de Agosto de 2015, de [www.colombiaaprende.edu.co](http://www.colombiaaprende.edu.co): <http://www.colombiaaprende.edu.co/html/home/1592/article-87521.html>
- Silva Sanchez, J. M. (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch S.A.
- Sologuren Insua, F. (2008). *El agente encubierto: ¿Peligro o beneficio en Estados democráticos?* Santiago de Chile: Ciencias Penales, Universidad de Chile.
- Suita Pérez, N. (2006). La diligencia de investigación mediante la entrega vigilada. En *La actuación de la policía judicial en el proceso penal*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- Torres Vásquez, H. (2011). *Terrorismo, antiterrorismo y seguridad en Colombia*. Bogotá D.C.: Universidad Libre.

Zaffaroni, E. R. (1996). La impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana. *Revue Internationale de Droit Pénal*.

Zaffaroni, E. R. (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires.

## NORMATIVIDAD

Asamblea de la República de Portugal. (25 de agosto de 2001). Ley 101 de 2001.

*Lei n.º 101/2001.* Portugal.

Asamblea Nacional Constituyente. (10 de Octubre de 1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional (No. 127).

Congreso de la Nación Argentina. (10 de octubre de 1989). Ley 23.737. *Tenencia y tráfico de estupefacientes.* Buenos Aires, Argentina: Boletín Oficial.

Congreso de la Nación Argentina. (4 de septiembre de 1991). Ley 23.984. *Código Procesal Penal.* Buenos Aires, Argentina: Boletín Oficial.

Congreso de la República de Colombia. (21 de marzo de 1991). Ley 23 de 1991.

*Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 39.752.

Congreso de la República de Colombia. (23 de agosto de 1993). Ley 67 de 1993.

*Por medio de la cual se aprueba la "Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas".* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 41.003.

Congreso de la República de Colombia. (15 de marzo de 1996). Ley 270 de 1996.

*Estatutaria de la Administración de Justicia.* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 42.745.

Congreso de la República de Colombia. (9 de julio de 1996). Ley 288 de 1996. *Por*

*medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo*

*dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos.* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 42.826.

Congreso de la República de Colombia. (8 de julio de 1998). Ley 446 de 1998. *Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas, se modifican y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 43.335.

Congreso de la República de Colombia. (6 de julio de 2000). Ley 588 de 2000. *Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial.* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 44.071.

Congreso de la República de Colombia. (24 de enero de 2001). Ley 640 de 2001. *Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 44.303.

Congreso de la República de Colombia. (13 de septiembre de 2002). Ley 769 de 2002. *Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 44.932.

Congreso de la República de Colombia. (13 de marzo de 2003). Ley 800 de 2003. *Por medio de la cual se aprueban la "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional".* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 45.131.

Congreso de la República de Colombia. (16 de junio de 2003). Ley 810 de 2003. *Por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 45.220.

Congreso de la República de Colombia. (29 de diciembre de 2003). Ley 863 de 2003. *Por la cual se establecen normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 45.415.

Congreso de la República de Colombia. (1 de septiembre de 2004). Ley 906 de 2004. *Código de Procedimiento Penal*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial (No. 45.658).

Congreso de la República de Colombia. (23 de septiembre de 2004). Ley 909 de 2004. *Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 45.680.

Congreso de la República de Colombia. (13 de julio de 2005). Ley 970 de 2005. *Por medio de la cual se aprueba la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 45.970.

Congreso de la República de Colombia. (8 de noviembre de 2006). Ley 1098 de 2006. *Código de la Infancia y la Adolescencia*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 46.446.

Congreso de la República de Colombia. (17 de agosto de 2010). Ley 1407 de 2010. *Código Penal Militar*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 47.804.

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2011). Ley 1474 de 2011. *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.128.

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). Ley 1563 de 2012. *Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.489.

Congreso de la República de Colombia. (9 de julio de 2018). Ley 1908 de 2018. *Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 50.649.

Congreso de la República de Colombia. (28 de enero de 2019). Ley 1592 de 2019. *Código General Disciplinario*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 50.850.

Congreso Nacional de Bolivia. (25 de marzo de 1999). Ley No. 1970. *Código de Procedimiento Penal de Bolivia*. La Paz, Bolivia.

Congreso Nacional. (2 de agosto de 2013). Ley 12.850. *Lei Nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Brasilia, Brasil: DOU de 05/08/2013.

Consejo Nacional de Policía Judicial. (2018). *Acuerdo 001. Por el cual se adoptan el Manual de Pilocía Judicial, el Manual del Sistema General de Cadena de Custodia y los formatos de Policía Judicial*. Bogotá D.C.: CNPJ.

Fiscalía General de la Nación. (26 de Junio de 2008). Resolución 3865 de 2008. Bogotá D.C., Colombia.

Fiscalía General de la Nación. (9 de Octubre de 2008). Resolución 6351 de 2008. Bogotá D.C., Colombia.

Ministerio de Gracia y Justicia. (17 de septiembre de 1882). Ley de Enjuiciamiento Criminal. Madrid, España: Gaceta de Madrid 260.

Naciones Unidas. (1988). *Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*. Viena: ONU.

Naciones Unidas. (2000). *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Nueva York: ONU.

Naciones Unidas. (2003). *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*. Nueva York: ONU.

Presidencia de la República de Perú. (2004). *Decreto Legislativo No. 957. Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Sentencia 31986 de 2010 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 24 de agosto de 2010).

Sentencia ACU-1016 de 1999 (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo 18 de noviembre de 1999).

Sentencia ACU-798 de 1999 (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo 5 de agosto de 1999).

Sentencia C-022-96, D-1008 (Corte Constitucional 23 de Enero de 1996).

Sentencia C-025-09, D-7226 (Corte Constitucional 27 de Enero de 2009).

Sentencia C-093-01, D-3067 (Corte Constitucional 31 de Enero de 2001).

Sentencia C-1024 de 2002, RE 123 (Corte Constitucional Sala Plena 26 de noviembre de 2002).

Sentencia C-1052-01, D-3472 (Corte Constitucional 4 de octubre de 2001).

Sentencia C-1154-05, D-5705 y D-5712 (Corte Constitucional 15 de Noviembre de 2005).

- Sentencia C-1260-05, D-5731 (Corte Constitucional 5 de Diciembre de 2005).
- Sentencia C-1508-00, D-2967 (Corte Constitucional 8 de Noviembre de 2000).
- Sentencia C-156-16, D-10950 (Corte Constitucional 6 de Abril de 2016).
- Sentencia C-176-94, LAT-021 (Corte Constitucional 12 de abril de 1994).
- Sentencia C-251-02, D-3720 y D-3722 (Corte Constitucional 11 de Abril de 2002).
- Sentencia C-538-08, D-6907 (Corte Constitucional 28 de Mayo de 2008).
- Sentencia C-543-08, D-6901 (Corte Constitucional 28 de Mayo de 2008).
- Sentencia C-563 de 1998, D-1989 (Corte Constitucional 7 de octubre de 1998).
- Sentencia C-587-11, D-8401 (Corte Constitucional 3 de Agosto de 2011).
- Sentencia C-591-05, D-5415 (Corte Constitucional 9 de Junio de 2005).
- Sentencia C-606-06, D-6030 (Corte Constitucional 1 de Agosto de 2006).
- Sentencia C-984-10, D-8175 (Corte Constitucional 2010 de Diciembre de 2010).
- Sentencia SP7855-2016, Radicación No. 35520 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 15 de junio de 2016).