

(20201121) [CORTE CONSTITUCIONAL Acción Pública de Inconstitucionalidad contra la expresión "En estos eventos" contenida en el inciso 2° del artículo 243 de la Ley 906 de 2004

Mpa Penal Corp <mauriciopava@mpapenalcorporativo.com>

Dom 22/11/2020 12:49

Para: Asuntos Jurisdiccionales <asuntosjurisdiccionales@corteconstitucional.gov.co>; Secretaria1 Corte Constitucional <secretaria1@corteconstitucional.gov.co>; Secretaria2 Corte Constitucional <secretaria2@corteconstitucional.gov.co>; Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>; secretaria4 corte constitucional <secretaria4@corteconstitucional.gov.co>

CC: Paula Ramirez <paularamirez@mpapenalcorporativo.com>

 1 archivos adjuntos (484 KB)

20201121-Dda. Inconstitucionalidad Agente Provocador..pdf;

Bogotá D. C

**Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Sala Plena
Ciudad**

Asunto: Acción Pública de Inconstitucionalidad contra la expresión “En estos eventos” contenida en el inciso 2° del artículo 243 de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Mauricio Pava Lugo, identificado como aparece al pie de mi firma, en ejercicio de mi derecho a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución, presento demanda de inconstitucionalidad (**adjunta**) en contra la expresión “En estos eventos” contenida en el inciso 2° del artículo 243 de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Lo anterior, con base en el auto 121 de 2020 de la Corte Constitucional, en el que se dispuso el levantamiento de la suspensión de términos judiciales ordenado por el Consejo Superior de la Judicatura para adelantar la etapa de admisibilidad de las demandas de inconstitucionalidad. Decisión que se fundamentó en el Decreto 469 del 23 de marzo de 2020, expedido por el Presidente de la República, con el que se busca garantizar la continuidad de las funciones de la jurisdicción constitucional, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y que específicamente establece en su artículo 1 que: “*la Sala Plena de la Corte Constitucional podrá levantar la suspensión de los términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura cuando fuere necesario para el cumplimiento de sus funciones constitucionales*”. Así mismo, en el boletín No. 51, publicado por la página web de la Corte Constitucional en el que se comunicó la

creación de un protocolo interno para garantizar su operatividad durante la emergencia por el COVID – 19.

Igualmente sustento dicha petición en el artículo 103 del Código General del Proceso, que establece el uso de las tecnologías de la información en las actuaciones judiciales con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia; a las disposiciones establecidas en el Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho a través del cual “*se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la presentación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*” y, específicamente en el artículo 3 de la mencionada normativa, el cual ha dispuesto que mientras permanezca vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, se prestarán los servicios utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones

Cordialmente.

Mauricio Pava Lugo
C.C. No. 75.094.185 de Manizales
T.P. No. 95.785 del C.S de la J

información aquí contenida está protegida por el privilegio abogado-cliente, por tanto es confidencial. No hay renuncia a la confidencialidad o privilegio por cualquier transmisión errónea. Cualquier acceso, uso, reproducción, divulgación o distribución no autorizada del mismo es prohibida y se encuentra sancionada por las leyes civiles y penales."

Bogotá D. C

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Sala Plena
Ciudad

Asunto: Acción Pública de Inconstitucionalidad contra la expresión “En estos eventos” contenida en el inciso 2° del artículo 243 de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Mauricio Pava Lugo, identificado como aparece al pie de mi firma, en ejercicio de mi derecho a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución, presento demanda de inconstitucionalidad en los términos que se exponen a continuación:

Síntesis. Lo anterior, por cuanto cómo se explicará, el uso de metodologías de investigación de agencias provocadoras, estaría permitido para múltiples procedimientos, e incluso permitido para otras naciones cuando vayan a sustentar una petición de extradición de un ciudadano Colombiano. Veremos que la prohibición del uso de la figura del agente provocador, prescrita en el ordenamiento jurídico colombiano, aplica solo para el método de investigación de la entrega vigilada (art. 243), mientras que se encontraría permitida en los demás escenarios en los que actúan agentes encubiertos.

Como se mostrará en la presente demanda, ese trato diferente configura los supuestos de una omisión legislativa relativa que resulta contraria a la Constitución y, por tanto, requiere un pronunciamiento de fondo de esta Corporación que restablezca el orden jurídico, en el sentido de emitir un fallo modulado que extienda la prohibición a todos los casos.

Para fundamentar la presente solicitud, en el presente escrito: i) se hará una transcripción de las normas y de los apartes demandados; ij) se abordará brevemente la competencia de la Corte para emitir un fallo de fondo en el presente asunto; iii) se expondrá la figura de la omisión legislativa relativa y la procedencia de adoptar una sentencia modulada; iv) se señalarán las normas constitucionales vulneradas y expondrá el concepto de su violación, dentro de lo cual v) se analizarán los antecedentes de las operaciones encubiertas en el ordenamiento jurídico colombiano y vi) se señalarán los problemas de constitucionalidad que tiene la figura del agente provocador respecto de los

Bogotá D.C. [Colombia] Carrera 5 bis # 66-29 PBX: [1] 211 4355

Medellín [Colombia] Carrera 43 A # 1-50 Torre 1 Piso 6 San Fernando Plaza Tel: [4] 605 2482

Manizales [Colombia] Carrera 23 # 62-39 Oficina 903 B Centro Empresarial Capitalia Tel: (+57) 310 418 5570

www.mpapenalcorporativo.com

email: secretariaejecutiva@mpapenalcorporativo.com

derechos a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y al debido proceso. Finalmente, (v) se mostrará cómo, de forma inconstitucional, los artículos demandados establecen que la prohibición del agente provocador aplica solo para el caso del método de investigación de la entrega vigilada, mientras que lo permiten para los demás casos donde actúan agentes encubiertos.

Sin ignorar por supuesto que el juicio de constitucionalidad es abstracto y no concreto, por lo que el reparo a la norma NO lo formulamos como una censura de conveniencia, considero pertinente, en punto de la relevancia constitucional, referir que la intervención de la Corte Constitucional es determinante de cara al derecho material <https://www.elspectador.com/noticias/investigacion/los-audios-de-la-dea-y-la-fiscalia-que-le-negaron-a-la-jep-sobre-el-caso-santrich/>

1. Normas demandadas

A continuación, se transcribe el texto completo del artículo 243 y se muestra en subraya el aparte demandado:

“LEY 906 DE 2004

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

El Congreso de la República

DECRETA

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

En estos eventos, está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado. Así, sólo está facultado

Bogotá D.C. [Colombia] Carrera 5 bis # 66-29 PBX: [1] 211 4355

Medellín [Colombia] Carrera 43 A # 1-50 Torre 1 Piso 6 San Fernando Plaza Tel: [4] 605 2482

Manizales [Colombia] Carrera 23 # 62-39 Oficina 903 B Centro Empresarial Capitalia Tel: (+57) 310 418 5570

www.mpapenalcorporativo.com

email: secretariaejecutiva@mpapenalcorporativo.com

para entregar por sí, o por interpuesta persona, o facilitar la entrega del objeto de la transacción ilegal, a instancia o por iniciativa del indiciado o imputado.

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

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

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

2. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, en atención al numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, que le asigna la función de “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.” Lo anterior en la medida en la que la norma demandada corresponde a un inciso del artículo 243 del Código de Procedimiento Penal, el cual corresponde a una ley de la república

3. Normas constitucionales infringidas y concepto de la violación

La expresión demandada del segundo inciso del artículo 243 del CPP vulnera los artículos 1, 13, 15, 16, 28 y 29 de la Constitución en la medida en la que limita la prohibición del uso de la figura del agente provocador para los casos de entregas vigiladas de objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentre prohibida, mientras que en los demás escenarios esta modalidad quedaría habilitada. La violación de las normas indicadas se concreta en que la referida figura del agente provocador tiene serios reparos de inconstitucionalidad que se expondrán en el presente libelo.

En efecto, como se mostrará, la posibilidad de que un agente encubierto provoque o determine la comisión de un delito resulta violatoria de la dignidad humana (art. 1, CN) como elemento fundante del Estado Social de Derecho, en la medida en que permite al Estado utilizar al hombre como un medio para lograr el fin de obtener un resultado relevante para una investigación penal. De la misma forma, vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16, CN) en cuanto genera una influencia externa y no deseada sobre la toma de decisiones personales que, además, en este caso, tienen repercusiones penales. También desconoce el derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio (arts. 15 y 28, CN) en la medida en que se genera una intrusión del provocador en la esfera privada del provocado para inducirlo a la comisión del delito. La permisividad de las normas acusadas afecta también el derecho fundamental al debido proceso (art. 29, CN), en la medida en la que permite el recaudo probatorio a través medios inconstitucionales. Finalmente, la situación que propician los apartes demandados vulnera el derecho a la igualdad (art. 13, CN) de quienes son objeto del *ius puniendi* del Estado, en la medida en que solo quienes son investigados mediante entregas vigiladas están protegidos frente al uso de agentes encubiertos que además provocan el delito.

4. Regulación actual de las operaciones encubiertas en Colombia

En la actualidad las operaciones encubiertas se encuentran reguladas en los artículos 241, 242, 242A y 243 de la Ley 906 de 2004, y la validez del material probatorio que allí se recaude está establecida en los artículos 279 y 280 del mismo Código. Esta clase de actuaciones es aplicable a las investigaciones en que el fiscal del caso tenga razones fundadas para inferir que el indiciado o imputado pertenece a alguna organización criminal, continúa desarrollando una actividad delictiva o interviene en el transporte de mercancías prohibidas.

Al examinar los antecedentes legislativos de la ley 906 de 2004, se puede apreciar que la figura del agente encubierto no sufrió mayores modificaciones durante su trámite en el Congreso. No obstante, las operaciones encubiertas generaron varias controversias en el órgano legislativo, las cuales giraron frente a los siguientes aspectos: (i) la procedencia de la medida únicamente respecto de organizaciones criminales, (ii) la actuación de particulares como agentes encubiertos, (iii) la ambigüedad que produce la licitud de las conductas del agente; (iv) la desigualdad que podría producirse por permitir la recaudación de información sin identificación de los cuerpos de investigación; (v) los problemas éticos de coherencia práctica derivados del uso de agentes estatales que adulteran su identidad, engañen al indiciado y que cometan conductas por las cuales los particulares son perseguidos penalmente.

En lo relativo al agente provocador, en debate del 21 de abril de 2004 en la Plenaria de la Cámara¹ fueron registradas intervenciones como la siguiente:

La figura del agente encubierto realmente es de los Estados Unidos, hay una profunda discusión sobre el uso de este instrumento de investigación; porque en numerosas ocasiones **se ha podido percibir que el agente encubierto, para poder tener éxito laboral, induce al ciudadano a cometer el delito;** o sea, en lugar de ser un previsor, en lugar de ser un instrumento para castigar al ciudadano que ha cometido delitos, termina él induciendo a ciudadanos honestos a cometer el delito.

(...)

Esa descomposición moral del funcionario público colombiano, muy superior que incluso a la que existe en los Estados Unidos, puede terminar convirtiendo los instrumentos de investigación, no en detectores del crimen sino en propiciadores del crimen. (Negrilla fuera de texto)

De la misma forma, en reciente jurisprudencia la Corte Constitucional describió la figura de la siguiente manera:

En esencia, las operaciones encubiertas son técnicas especiales de investigación criminal, por medio de las cuales un funcionario de policía judicial o un particular debidamente escogido para ello se infiltra en una organización, con el fin de obtener información relacionada por ejemplo con su estructura, la identidad de sus miembros y sus funciones, las actividades colectivas e individuales que realizan, los contactos que tienen, los medios que emplean para llevar a cabo sus estrategias criminales, sus formas de financiación, los objetivos delictivos que proyectan. Para estos efectos, los agentes encubren su verdadera identidad, o sus móviles y finalidades, con el propósito de adquirir la confianza de los integrantes del grupo u organización criminal, y así obtener los datos relevantes a la indagación o investigación penal. Por su naturaleza, esta técnica investigativa presupone que el agente encubierto se involucre en la cotidianidad de la organización o la de algunos de sus miembros, y se vea en la necesidad operativa de obrar en contextos delictivos sin descubrir su misión. La decisión de ejecutar una operación de esta naturaleza está logísticamente precedida de una evaluación

¹ Publicada en la Gaceta del Congreso No. 296 del 22 de junio de 2004.

coordinada, entre el organismo de persecución criminal y la policía judicial encargada de llevarla a cabo, en torno a su aptitud para conocer información relevante, sus potencialidades y costos humanos. En consideración a la tarea del agente encargado, debe hacerse una especial ponderación de los riesgos que la operación supone para su vida, libertad e integridad, y asegurarse de que se trate de una persona idónea para el ejercicio íntegro de la misión encomendada².

Ahora bien, la misma providencia en su explicación de la figura resume las limitaciones específicas que el CPP establece para el ejercicio de las labores de los agentes encubiertos, las cuales por la relevancia que tienen para el presente caso, se transcriben en extenso:

El artículo 242 del Código de Procedimiento Penal consagra ciertas condiciones y limitantes para el desarrollo de operaciones encubiertas en la persecución penal. En primer lugar, es preciso que el fiscal del caso tenga **motivos fundados**, conforme a los medios cognoscitivos previstos en el Código, para inferir que el imputado o indiciado continúa desarrollando actividades criminales. Es decir, la realización de la operación encubierta presupone la existencia objetiva de fundamentos fácticos, pues debe fundarse en hechos conocidos por los medios consagrados en la ley, pero además el fiscal debe estar en condiciones de exponer los motivos por los cuales esos elementos han de suponer la actuación de agentes encubiertos. Por lo mismo la Ley habla de “motivos razonablemente fundados”. En segundo lugar, la infiltración de organizaciones criminales por medio de operaciones encubiertas procede “**siempre que resulte indispensable** para el éxito de las tareas de investigación”. Esto significa entonces que es preciso enjuiciar la necesidad o indispensabilidad de la actuación encubierta, lo cual supone evaluar si no hay otros medios para investigar con “éxito” la misma hipótesis de delito. En tercer lugar, con arreglo a la Ley en vigor, el fiscal del caso debe contar con la **autorización del director nacional o seccional de fiscalías**, sin que resulte posible, de acuerdo con el texto legal, la delegación de esta facultad. Lo que se busca con esta previsión es centralizar, en un visible nivel de la estructura orgánica de la Fiscalía General de la Nación, la responsabilidad fundamental por la adopción de una medida de indagación o investigación de esta naturaleza. En cuarto lugar, las actuaciones tienen un **límite temporal** de un año, prorrogable por otro más. Y, finalmente, debe haber **control judicial posterior**,

² Sentencia C-156 de 2016

dentro de las treinta y seis horas siguientes a la terminación de la operación.³

Más adelante, en la misma sentencia la Corporación identifica que estas operaciones tienen una interferencia constitucionalmente relevante sobre diferentes derechos fundamentales:

Aunque las tres primeras técnicas de investigación (allanamiento, registro de lugares e interceptación de comunicaciones) suponen una intervención en el derecho a la intimidad, ninguna de ellas individualmente consideradas iguala el nivel de injerencia que acarrearán las operaciones encubiertas cuando implican el ingreso del agente al lugar de trabajo o al domicilio del imputado o indiciado. En este último caso, el Estado se adjudica la potestad para **ingresar al domicilio** de una persona, **conocer su vida familiar y sus comunicaciones**, y de ese modo para abrir al conocimiento de uno o más de sus agentes elementos que forman parte de una de las esferas más íntimas del individuo, donde pueden aflorar preferencias personales, datos atinentes a su situación legal o historia de salud, informaciones relevantes para su defensa, problemas de convivencia familiar o marital, aspectos que revelen deseos muy privados, entre otros. Fuera de lo cual, el modo en que está prevista la posibilidad de emplear esta técnica de investigación encubierta interfiere en la cierta legalidad de la intervención en la vida privada, pues no precisa que debe entenderse por organización criminal, ni enlista los tipos penales en que es posible desarrollarla. Finalmente, autoriza a agentes del Estado, o a particulares con la misma función, para adular su identidad o sus propósitos, **con lo cual interfiere en la buena fe y la confianza legítima**. Por último, autoriza a los agentes encubiertos para cometer actos extrapenales, de modo que puedan **lesionar o amenazar los bienes jurídicos** protegidos por los tipos penales que describen dichos actos.

A partir de estos elementos es claro que cuando se entra en el ámbito de las operaciones encubiertas se está ante un terreno especialmente sensible por las

³ En la sentencia C-025 de 2009 (MP. Rodrigo Escobar Gil. SV. Jaime Araújo Rentería), la Corte declaró exequible, por los cargos propuestos y analizados, la expresión *“para lo cual se aplicarán, en lo pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos”*, contenida en el inciso cuarto del artículo 242 de la ley 906 de 2004, *“por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”*, con un condicionamiento: *“siempre que se entienda que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita”*.

interferencias que tiene con varios principios, valores y derechos constitucionales. Estas tensiones se hacen más graves y evidente cuando además de realizarse la infiltración se posibilita la incitación de la comisión de delito. Esto se explica en el siguiente numeral.

5. Problemas de inconstitucionalidad de la figura del agente provocador.

En el presente capítulo se mostrarán los problemas constitucionales en que incurre la figura del agente provocador. Apreciado esto se mostrará que la permisión que hace el aparte demandado incurre en esas complicaciones y debe ser retirado el ordenamiento constitucional.

Es posible señalar que la figura del agente provocador riñe, al menos, con los siguientes presupuestos constitucionales:

5.1 Afectación de la dignidad humana.

En primer lugar, la Constitución del 91 en su artículo 1° dispone que “Colombia es un Estado Social de Derecho (...), fundado en el respeto de la dignidad humana”. Esta connotación de cimiento fundacional implica que la dignidad humana irradia todo el texto superior, pero especialmente el conjunto de derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos.

En este orden, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en términos normativos, la dignidad humana cumple tres funciones: (i) es un valor constitucional, el cual constituye el pilar ético fundamental del ordenamiento; (ii) es un principio superior y por esa razón constituye un mandato, un deber positivo o un principio de acción, según el cual todas las autoridades estatales deben ejercer sus funciones constitucionales y legales de manera que se logren las condiciones para el desarrollo efectivo de la dignidad; y (iii) es un derecho fundamental autónomo identificado en expresiones como “vivir como se quiere”, “vivir bien” y “vivir sin humillaciones” que habilitan el uso de la acción de tutela para su defensa⁴.

Para el derecho penal, lo anterior significa que la dignidad humana es un verdadero límite a la actividad punitiva del Estado frente a los ciudadanos, cuya humanidad debe respetarse al margen de su calidad de sindicados o acusados. Ello conduce a la inconstitucionalidad de todo acto que niegue el reconocimiento

⁴ Ver sentencia C-635 de 2014

de la persona como un fin en sí misma, que lleve a considerarla un instrumento o que desconozca el valor intrínseco a su naturaleza, sin importar el fin que con ello se persiga. Sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-205 de 2003 indicó:

[E]l principio constitucional de la dignidad humana, es un valor fundante y constitutivo de la organización estatal y de su ordenamiento jurídico, y por ello todas las actuaciones de las autoridades públicas deben tomar en consideración que el hombre es un fin en sí mismo y no un simple medio que puede ser sacrificado en aras a la consecución de un determinado propósito colectivo.” (Negrilla fuera de texto)

Emanuel Kant argumentó en la misma dirección doscientos años antes al señalar que la moral no se trata de maximizar la utilidad sino de respetar a las personas como fines en sí mismas. Kant afirmó que toda persona es digna de respeto, no porque seamos dueños de nosotros mismos, sino porque somos seres racionales capaces de razonar; también somos seres autónomos capaces de actuar y elegir libremente (Kant, 1785).

Estos postulados se ponen a prueba con el uso de la técnica investigativa del agente provocador, pues allí el funcionario encubierto incita al delito con el fin de obtener pruebas contra el provocado. Así las cosas, en estos escenarios es el Estado mismo quien instiga a la persona a la comisión de conductas para las cuales ellas mismas no necesariamente estaban predisuestas, con el propósito de lograr resultados en términos de una captura o de recolección de evidencia. Esta consideración ha sido adoptada doctrinalmente en los siguientes términos:

“No nos cabe duda que cuando el Estado crea las circunstancias (otros dirían el escenario necesario) para que un individuo realice una conducta que en condiciones normales es punible, con el propósito de obtener prueba del mismo o de otros comportamientos, esta actividad, así aparezca en la ley y la misma haya sido objeto de un examen de constitucionalidad de aquellos en que la conveniencia se posa sobre la Constitución, se traduce en la **cosificación del hombre que ha sido utilizado sin vergüenza, para obtener una prueba; es decir, el ser humano ha sido el medio para lograr el fin que el Estado no pudo alcanzar.**⁵”

⁵ Sampedro Arrubla, Camilo. *La Prueba y el Agente Provocador*. 24 Derecho Penal y Criminología 161 (2003)

Así la cosas, el uso de esta herramienta quebranta la dignidad humana como límite del poder punitivo estatal, pues reduce al investigado a convertirse en una herramienta de la investigación con el fin perverso de lograr su propia judicialización.

5.2 Afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La actuación del agente provocador también atenta contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad establecido en el artículo 16 de la Constitución. En virtud de esta las personas cuentan con la libertad de decidir autónomamente sobre sus opciones de vida, sin interferencia alguna, dentro de los límites impuestos por los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico. Entonces, el libre desarrollo de la personalidad garantiza la facultad de cada individuo para elegir de forma autónoma y espontánea, según sus convicciones y criterios, el plan de vida que desea seguir. Este derecho impone al Estado la obligación correlativa de proteger a la persona y de no tener injerencia en sus decisiones internas. Esta prohibición general de interferencia fue reconocida por la Corte desde temprana jurisprudencia en los siguientes términos:

“La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen.”⁶

En virtud de ello, es claro que la utilización de la figura de agente provocador riñe con esta capacidad de autodeterminarse. En efecto, como se ha expuesto a lo largo de este escrito, el papel del agente provocador consiste en sembrar la voluntad criminal en el sospechoso con el fin de capturarlo o de consolidar pruebas en su contra. Para ello el incitador necesariamente deberá ejercer una influencia eficaz sobre el provocado al punto de hacer surgir en éste la determinación de concretar la conducta punible. En ese momento el Estado obra de manera contraria a su deber de no interferir en la autonomía individual,

⁶ Sentencia C-221 de 1994.

en la medida en la que es Él quien de cierta forma manipula la voluntad del investigado para la comisión de un ilícito que, en principio, no tenía la intención de realizar.

5.3 Afectación del derecho fundamental a la intimidad.

La utilización de este método también es contraria al derecho a la intimidad. En efecto, esa esfera privada y/o íntima en la cual el agente provocador se introduce para plantar la idea del delito goza de una garantía constitucional de inviolabilidad, que se deduce de los artículos 15 y 28 superiores y cuya finalidad es resguardar un ámbito de la vida privada o familiar de la persona de cualquier tipo de injerencia que se produzca sin su consentimiento. El derecho a la intimidad fue caracterizado por la Corte Constitucional de la siguiente forma:

La intimidad, el espacio exclusivo de cada uno, es aquella órbita reservada para cada persona y de que toda persona debe gozar, que busca el aislamiento o inmunidad del individuo frente a la necesaria injerencia de los demás, dada la sociabilidad natural del ser humano. Es el área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley.⁷

Si bien podría pensarse que en la provocación del delito el investigado permite voluntariamente el acceso del agente provocador a su ámbito privado, es necesario considerar que lo hace en virtud de la confianza que el incitador ha forjado a través del engaño y la manipulación. Es por ello que desde diferentes sectores de la doctrina se ha manifestado que “el Estado con la provocación policial no es respetuoso con los intereses personales del inducido sobre todo si se tienen en cuenta los medios habituales usados por la provocación”. Así, “la provocación va dirigida a una persona determinada, teniendo en cuenta sus circunstancias personales y sus debilidades, y, sirviéndose del engaño y del secreto, se da un aprovechamiento de esas circunstancias para inducirlo a un delito”.⁸

5.4 Afectación del derecho fundamental al debido proceso.

⁷ Sentencia T-696 de 1996.

⁸ Muñoz Sánchez, Juan. *El agente provocador*. Valencia: Tirant Lo Blanch. (1995)

Bogotá D.C. [Colombia] Carrera 5 bis # 66-29 PBX: [1] 211 4355

Medellín [Colombia] Carrera 43 A # 1-50 Torre 1 Piso 6 San Fernando Plaza Tel: [4] 605 2482

Manizales [Colombia] Carrera 23 # 62-39 Oficina 903 B Centro Empresarial Capitalia Tel: (+57) 310 418 5570

www.mpapenalcorporativo.com

email: secretariaejecutiva@mpapenalcorporativo.com

Vista la afectación que genera el agente provocador sobre varios derechos fundamentales, es claro que la habilitación del uso de pruebas recaudadas mediante su utilización es contrario al debido proceso, regulado en el artículo 29 de la Constitución. Allí se señala que “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Esta cláusula materializa la intención del Constituyente del 91 de proteger a los ciudadanos ante las arbitrariedades o excesos de las autoridades al momento de conformar el acervo probatorio en las causas que se adelanten en su contra. Sobre este aspecto, en sentencia SU-156 de 2002 la Corte aclaró:

La consagración de un debido proceso constitucional impide al funcionario judicial darle efecto jurídico alguno a las pruebas que se hayan obtenido desconociendo las garantías básicas de toda persona dentro de un Estado social de derecho, en especial aquellas declaraciones producto de torturas o tratos crueles, **inhumanos o degradantes**. Así entendida, la expresión debido proceso no comprende exclusivamente las garantías enunciadas en el artículo 29 de la Constitución sino todos los derechos constitucionales fundamentales.

En tal sentido, al revisar la constitucionalidad del artículo 23 del CPP sobre la exclusión de pruebas ilícitas, en sentencia C-591 de 2005, la Corte indicó:

De entrada advierte la Corte, que esta norma general no se opone al artículo 29 Superior, y por el contrario lo reafirma, al disponer la nulidad de pleno derecho de la prueba y su exclusión cuando ha sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, así como las que sean consecuencia de las pruebas excluidas; es decir, se refiere a la nulidad de pleno derecho y la exclusión del proceso de la prueba obtenida contrariando la Constitución, la que según lo considerado por la Corte, es una fuente de exclusión de la prueba de conformidad con el artículo 29 Superior.

Teniendo en cuenta que la utilización del agente provocador vulnera el derecho a la dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la intimidad, necesariamente cualquier utilización de material probatorio obtenido mediante la instigación habrá de ser inconstitucional.

6. Cargo de inconstitucionalidad: la expresión “En estos eventos” contenida en el inciso 2° del artículo 243 es contrario a los artículos 1, 13, 15, 16, 28 y 29 de la Constitución, al solo prohibir el uso de la herramienta del agente provocador para los casos de entregas

vigiladas de objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentre prohibida, mientras que para los demás casos deja abierta dicha posibilidad.

Como quedó explicado más arriba, la figura del agente provocador despierta serios reproches de constitucionalidad. En efecto, se mostró que esta técnica investigativa va en contra de la dignidad humana, en la medida en que se sirve del engaño para poner al investigado como medio para alcanzar un fin como lo es la obtención de resultados en materia penal. También es contrario al libre desarrollo de la personalidad en la medida en la que implica una injerencia no deseada en contra del provocado encaminada a alterar su voluntad e inclinarla hacia la comisión de un hecho punible. En cuanto al derecho a la intimidad, la actuación del agente provocador se inmiscuye en la esfera interna del individuo, incluido el acceso a su domicilio, con la finalidad de sembrar la idea delictiva. El debido proceso también resulta afectado con el uso de esta metodología, en la medida en la que, de aceptarse, permite que sean utilizadas pruebas dentro de un proceso que fueron obtenidas con violación de los mencionados derechos fundamentales.

A partir de estas contradicciones con la Carta, la figura del agente provocador ha merecido diferentes pronunciamientos por parte de la Corte en donde proscribire su utilización como método de investigación penal. Así, en sentencias C-174 de 1996, C-962 de 2003 (aclaración de voto), T-321 de 2014 y C-156 de 2016, entre otras, se ha resaltado la falta de ajuste a la Constitución de esta técnica.

En esa línea, es claro que cualquier norma legal que reproduzca o habilite el uso del agente provocador desconoce la Constitución y, por tanto, debe ser expulsada del ordenamiento jurídico. La expresión demandada del artículo 243 habilita el uso de la figura al prohibir su utilización para un escenario concreto como lo es el de las entregas vigiladas, mientras que deja abierta la posibilidad de las demás operaciones en cubiertas.

De manera específica, el artículo 243 regula la figura de la entrega vigilada en el sentido de indicar que cuando el fiscal del caso tenga motivos para creer que un indiciado o imputado se encuentra participando en el transporte de objetos prohibidos o cuando un agente encubierto informe existencia de una actividad criminal, puede ordenar la realización de entregas vigiladas de objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentre prohibida. Acto seguido en el segundo inciso dice esta norma:

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

Esta habilitación se hace más clara si se tiene que esta norma concreta solo se refiere al caso de las entregas vigiladas, mientras que existe otro cuerpo normativo que regula lo concerniente a los agentes encubiertos sin que allí se haga ninguna excepción o prohibición frente al uso de provocaciones por parte de aquellos.

En efecto, el artículo 241 dispone que luego de que el fiscal tenga motivos fundados y de analizadas las condiciones de la organización, “ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que agente o agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente”. Adicional a ello, indica que “El ejercicio y desarrollo de las actuaciones previstas en el presente artículo se ajustará a los presupuestos y limitaciones establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia”.

En la forma consignada, el artículo 241 habilita el uso de agentes encubiertos, lo cual se encuentra justificado en la finalidad de “obtener información útil a la investigación”. No obstante, la única limitación que plantea la norma consiste en que la medida se ajuste a los tratados internacionales suscritos por Colombia, los cuales, como se explicó, no establecen prohibiciones o restricciones a la figura más que las que los ordenamientos internos prevean. En estos términos, es claro que el artículo 241 no restringe las actividades que puedan ser desarrolladas por el agente provocador, para lo cual hace referencia al artículo siguiente.

En cuanto a los artículos 242 y 242A, aquellos desarrollan la manera en la que pueden ser ejecutadas las operaciones encubiertas. Allí se aprecia que las limitaciones que impuso el legislador a esta figura consisten en que: i) existan motivos fundados para inferir que el imputado o indiciado continúa desarrollando actividades criminales; ii) procede solo cuando es indispensable para el éxito de las tareas de investigación; iii) se debe contar con autorización del director nacional o seccional de fiscalías; iv) tienen un límite temporal de un año, prorrogable por otro; y v) se someten a control judicial posterior dentro de las 36 horas siguientes a la terminación de la operación. Nótese que, a diferencia

del caso de las entregas vigiladas, allí nada se dice acerca de la prohibición de incitar al delito por parte del encubierto.

En cuanto a las acciones que pueden llevar a cabo estos agentes, la norma dispone que podrán realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica, intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado, y adelantar transacciones con él. En el marco de estas actuaciones claramente se aviene la posibilidad de provocar la ocurrencia de delitos que antes no habían sido cometidos o, incluso, considerados por el agente provocado. Incluso, el artículo 242A al habilitar el uso de la figura permite que el agente encubierto obre como copartícipe del investigado, lo cual incluye la modalidad de determinador, que es justamente quien “determin[a] a otro a realizar la conducta antijurídica”, según lo define el artículo 30 del Código Penal. Esta forma de habilitación del agente encubierto, a no dudarlo, no descarta el uso de la provocación dentro de las acciones que le están permitidas, como sí ocurre en materia de entregas vigiladas.

Sumado a esto, y como confirmación de la permisión que generan los artículos señalados, el artículo 279 del CPP habilita que las pruebas y evidencias que se recojan mediante el uso de agentes encubiertos, incluidos los casos de agentes provocadores, puedan ser utilizados como prueba en un proceso. La distinción de trato entre los casos de agente encubierto en general y los de aquellos donde existe una entrega vigilada se confirma con el hecho de que el uso del material probatorio en éste último escenario se encuentra regulado expresamente y por separado en el artículo 280. Así, el 279 se refiere a material probatorio de agentes encubiertos en general, mientras el 280 únicamente a las pruebas recaudadas por agentes encubiertos en entregas vigiladas. Esta situación denota que la intención del legislador fue la de dar un trato distinto en uno y otro caso, con la innegable conclusión de que al hacerlo en casos que incluyen el agente provocador, incurrió en un vicio de constitucionalidad derivado de aceptar el uso de material probatorio que ha sido recaudado mediante violación de derechos fundamentales.

De estos elementos se desprende que existe un hecho cierto y objetivo que consiste en que sólo en el caso de las entregas vigiladas del artículo 243 el Código incluyó la prohibición expresa de la provocación. Este hecho, sumado a que los artículos 241, 242 y 242A al señalar las restricciones de la figura del agente encubierto no señalan ninguna que aluda al uso de la provocación, y que los artículos 279 y 280 regulen de forma separada las pruebas recaudadas por agentes encubiertos y las que provengan de entregas vigiladas, conllevan a la

conclusión necesaria de que la expresión acusada del artículo 243 prohíben el uso de la provocación solo en el caso de entregas vigiladas, mientras que la permiten para todos los demás escenarios. En consecuencia, la expresión demandada es contraria a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, el debido proceso y la igualdad, contenidos en los artículos 1, 13, 15, 16, 28 y 29 de la Constitución. Entonces, si el agente provocador es una modalidad de investigación proscrita en el ordenamiento colombiano, las normas que permiten su utilización adolecen de un problema de inconstitucionalidad que obliga a que sean retiradas del ordenamiento o, de ser el caso, condicionadas o adicionadas. Una forma de solucionar este vicio en el caso concreto es retirando la expresión “En estos eventos” del ordenamiento jurídico, con lo cual se lograría una redacción general de la prohibición que pudiera ser aplicada a cualquier escenario de utilización de agentes encubiertos y no solo a entregas vigiladas. Por lo anterior, en el aparte de pretensiones se solicitará de manera principal la inexecutable de la expresión demandada, sin perjuicio del cargo subsidiario que se plantea en el siguiente aparte.

7. Cargo subsidiario: existe una omisión legislativa relativa al haberse limitado la prohibición del agente provocador solo a los casos de entrega vigilada mientras que es permitida en los demás casos de actuaciones de agentes encubiertos.

A pesar de que la norma demandada suscita serias dudas de constitucionalidad, corresponde señalar que, en caso de que esta no fuera retirada completamente del ordenamiento, la Corte debería proceder al menos a producir una sentencia que condicione su entendimiento o que la prohibición de la provocación aplica para cualquier operación en cubierta. Para ello se mostrará que al haber establecido la prohibición solo para la entrega vigilada, el legislador incurrió en una omisión que es inconstitucional.

Sobre la figura de la omisión legislativa, la Corte ha indicado que no toda omisión puede ser sometida a control del juez constitucional, en la medida en que cuando aquella es absoluta no le corresponde entrar a suplir el papel que debe ser cumplido por el Congreso. Así, ha indicado que “el juicio de constitucionalidad en estas circunstancias sólo puede darse, sí y sólo sí, la omisión que se ataca es por esencia relativa o parcial y en ningún caso absoluta”. Esta posición se deriva directamente de la aplicación del numeral 4 del artículo 241 de la Carta, el cual consagra la competencia de esa Corporación para “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes”. En ese sentido, ante la ausencia de una ley

respecto de la cual pueda hacerse el juicio, el Tribunal carece de competencia para emitir un pronunciamiento.

Frente a las omisiones relativas, desde temprana jurisprudencia se ha sostenido que aquellas se presentan “cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa”⁹. Esta consideración se funda en la idea de que “son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad”¹⁰.

Teniendo presente este postulado general, es fácil considerar que uno de los escenarios en donde puede materializarse una omisión relativa es cuando el legislador omite incluir una prohibición expresa en un escenario donde debió hacerlo, ya sea por razones de igualdad frente otros casos similares en donde sí la incluyó. A partir de ello, la Corte caracterizó los requisitos que deben cumplirse para la ocurrencia de la figura, así:

(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.¹¹

Ahora, sobre el tipo de medidas que deben ser adoptadas en casos donde se cumplan estos requisitos, también desde temprana jurisprudencia se ha sostenido que en aplicación del artículo 241 Superior la Corte Constitucional puede en la propia sentencia señalar los efectos de sus fallos. En efecto, ha dicho que:

⁹ Sentencia C-543 de 1996

¹⁰ Sentencia C-146 de 1998

¹¹ Sentencia C-1009 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiterada en C-351 de 2013.

[1]la facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la ‘integridad y supremacía de la Constitución’, porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos¹².

Como consecuencia de ello, es claro “que la Constitución no ha establecido que la Corte esté atrapada en el dilema de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad (sentencia de inexequibilidad)”¹³, toda vez que la función asignada por la norma consiste en “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes” (núm. 4, art. 241) sin que restrinja la forma en que ello debe ocurrir. Por consiguiente, “al decidir sobre estas demandas, la Corte debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”.¹⁴

Entre las modalidades que la Corte ha adoptado para resolver una omisión legislativa relativa se encuentran las sentencias condicionadas y las integradoras. Las primeras las definió así:

La constitucionalidad condicionada consiste en que la Corte delimita el contenido de la disposición acusada para, en desarrollo del principio de conservación del derecho, poder preservarla en el ordenamiento. Así, la sentencia condicionada puede señalar que sólo son válidas algunas interpretaciones de la misma, estableciéndose de esta manera cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuales no son legítimos constitucionalmente”¹⁵.

La modalidad de fallo integrador se explica en los siguientes términos:

La Corte ha sostenido que las sentencias integradoras son una modalidad de decisión por medio de la cual, el juez constitucional proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal. Las sentencias integradoras, en

¹² Sentencia C-113 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía.

¹³ Sentencia C-109 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴ Ibídem.

¹⁵ Sentencia C-492 de 2000.

cualquiera de sus modalidades -interpretativas, aditivas o sustitutivas-, encuentran un claro fundamento en el carácter normativo de la Carta Política (C.P. art. 4º) y en los principios de efectividad (C.P. art. 2º) y conservación del derecho (C.P. art. 241), llamados a gobernar el ejercicio del control de constitucionalidad, ya que facilitan la labor de mantener vigente en el ordenamiento jurídico la norma que ofrece insuficiencias desde la perspectiva constitucional, en el sentido que le permite al órgano de control constitucional ajustar su contenido a los mandatos superiores parcialmente ignorados por el legislador.¹⁶

Dice la Corte que “Por virtud de tales providencias los contenidos normativos se condicionan a ser entendidos en un sentido específico, acorde con la Constitución Política”¹⁷.

Finalmente, la Corte también ha avalado la posibilidad de que, cuando se presenta los elementos, el ciudadano acuda a la acción de inconstitucionalidad para solicitar sentencias moduladas. Así, ha reconocido que las demandas que pretenden la declaratoria de exequibilidad condicionada no por ese hecho adolecen de ineptitud. Así lo dijo en sentencia C-020 de 2015:

Lo que se exige en estos casos, además de una demanda en forma, es que la acción plantee un problema abstracto de inconstitucionalidad, y que a partir de ella se justifique mínimamente la decisión del actor de no pedir la inexecutable total o parcial de la norma. A un demandante no se le puede exigir –como condición para que su demanda sea admitida y estudiada de fondo- que pida la inexecutable total de un precepto o de parte de él, cuando según sus propias convicciones razonablemente fundadas considera que la norma no es integral o parcialmente inexecutable, pero sí que lo es mientras no exista un condicionamiento específico de la Corte, debidamente justificado por el actor en cada proceso¹⁸.

¹⁶ Sentencia C-325 de 2009.

¹⁷ Auto 256 de 2009.

¹⁸ Sentencia reiterada en la C-156 de 2016 en donde refirió: Acerca de esta última posibilidad, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que carecería de sentido exigir al demandante que solicite la inexecutable de la norma que acusa, cuando su argumentación está unívocamente dirigida a demostrar que el remedio adecuado para solucionar el problema jurídico propuesto no es la inconstitucionalidad, sino una fórmula de exequibilidad condicionada. Sobre este mismo particular debe agregarse que no existe una norma particular que impida una solicitud de ese carácter y, además, la eficacia del principio pro actione obliga a que no se impongan condiciones a las demandas de inconstitucionalidad que se funden, como sucede en el caso analizado, en exigir una contradicción argumentativa entre la pretensión y las razones que conforman el concepto de la violación.

En el caso que aquí se estudia se trata de una norma legal sobre la cual se predica el cargo, al ser una expresión contenida en una ley de la República. Aquella también excluye de sus consecuencias jurídicas casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, en la medida en la que aplica la prohibición de la provocación solo para los casos de entregas vigiladas, mientras que para para los demás guarda silencio.

Sobre este aspecto, vale la pena mencionar que la referencia de sometimiento a los tratados internacionales suscritos por Colombia hecha por el artículo 241 no supe la omisión de prohibir, en general, la actuación de agentes provocadores en estas operaciones. En efecto, como se ha señalado, los tratados específicos aplicables en esta materia consisten en la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas” incorporada a derecho interno mediante Ley 67 de 23 de agosto de 1993 y 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”, incorporados al derecho interno mediante Ley 800 de 2003.

No obstante, aquellos instrumentos disponen que la figura de los agentes encubiertos puede ser aplicada en los términos establecidos por los ordenamientos jurídicos de los países firmantes. De esta forma, ninguno establece prohibición expresa aplicable que imponga límites adicionales en estas actuaciones. Tampoco queda cubierta esta omisión con la subregla fijada por las sentencias C-822 de 2005, C-336 de 2007 y C-156 de 2016 y por el numeral 3 del artículo 250 de la Constitución en el sentido de que cuando las medidas adoptadas en operaciones encubiertas impliquen la afectación de derechos fundamentales estas deban tener autorización previa del juez de control de garantías. En efecto, el hecho de que esta autoridad deba hacer una revisión previa de estas operaciones no implica que ello salvaguarde los intereses que están en juego en la medida en la que su papel es justamente aplicar la ley. De esta manera, si el cuerpo normativo que aplica contiene una omisión que habilita a que en la generalidad de las operaciones de agentes encubiertos pueda usarse la figura del agente provocador, la consecuencia lógica será que en sus decisiones avale este tipo de metodología.

Finalmente, el 279 ratifica la exclusión de la consecuencia jurídica, que sí está establecida para el caso de entregas vigiladas (art. 280, CPP), en el sentido de permitir que el material probatorio recaudado durante la operación encubierta

pueda tener el “valor de cualquier otro elemento material probatorio y evidencia física”. Así, mientras para la entrega vigilada la prueba obtenida por un agente provocador será ilegal, para los demás casos de actuación de agentes encubiertos esta tendrá el mismo valor de los demás elementos.

De esta manera, no solo se cumple el presupuesto de que las normas acusadas excluyen de sus consecuencias jurídicas a otros casos que debían estar incluidos por ser asimilables, sino que además se evidencia que los preceptos omiten contemplar una prohibición que resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta.

Esta exclusión carece de razón suficiente. Sobre este particular, basta con señalar que al prohibir la provocación “en estos eventos” refiriéndose solo a los contemplados en el artículo 243 que regula únicamente la entrega vigilada, no se hace ninguna mención, ni allí ni en las demás normas, a alguna razón que justifique esta diferencia de trato. Por el contrario, es fácil considerar que en uno y otro caso se está ante situaciones similares donde el uso de agentes encubiertos genera el mismo riesgo constitucional, por lo que esta diferencia de trato no tendría un sustento verificable.

Esta falta de diferenciación injustificada genera para los casos excluidos una desigualdad negativa frente a quienes son objeto de investigación por parte de agentes encubiertos, pero en operaciones distintas a una entrega vigilada. En efecto, mientras que en aquellas situaciones el investigado no podrá ser objeto de instigaciones para cometer delitos, en los demás aquel estará sometido a la infracción constitucional del uso de esa figura.

Finalmente, se aprecia que la omisión es el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador. En efecto, el numeral 2 del artículo 150 de la Constitución le impone al Congreso la obligación de “expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”. En cumplimiento de este mandato, el Congreso está en la obligación de legislar conforme lo dispone el resto del ordenamiento jurídico, en especial en respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Carta.

En síntesis: i) la figura del agente provocador tiene serios reproches de constitucionalidad; ii) el artículo 243 del CPP establece una prohibición expresa del uso de esa figura para los casos de entregas vigiladas; iii) en los demás casos donde actúan agentes encubiertos no solo no existe ninguna limitación al uso del provocador; iv) dicha omisión genera un vacío legal que cumple a cabalidad los elementos de la omisión legislativa relativa, lo cual hace que la falta de

regulación conlleve a un problema de constitucionalidad. Así, aun cuando llegare a considerarse que la expresión “En estos eventos”, contenida en el artículo 243 del CPP, no debiera ser retirada del ordenamiento conforme la pretensión principal de esta demanda, lo cierto es que no cabe duda de que aquella requiere un condicionamiento que aclare que la prohibición contenida en el inciso 2 del artículo 243 aplica no solo para los casos en entrega vigilada, sino en general para cualquier operación donde participen agentes encubiertos.

8. Solicitud

A partir de los cargos explicados se presentan las siguientes solicitudes principal y subsidiaria, respectivamente:

- i) se declare inexecutable la expresión “En estos eventos” contenida en el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal por ser contraria a los artículos 1, 13, 15, 16, 28 y 29 de la Constitución Política.
- ii) De no prosperar la pretensión principal, que se declare la executable condicionada del inciso 2 del artículo 243, en el entendido de que la prohibición allí contenida aplica para todos los casos de utilización de la herramienta investigativa de los agentes encubiertos.

9. Notificaciones

Recibiremos notificaciones en la Carrera 5 #66-29 de Bogotá y/o a través de los correos electrónicos: mauriciopava@mpapenalcorporativo.com y secretariaejecutiva@mpapenalcorporativo.com

De los Honorables Magistrados,



Mauricio Pava Lugo
C.C. 75.074.185 de Manizales
T. P 95.785 del C.S.de la J.