

Sentencia C-156/16

El cargo de inconstitucionalidad contra el artículo 242 (parcial) del Código de Procedimiento Penal se centró en que no prevé sino un control judicial posterior, y no una revisión previa del juez de control de garantías, a las operaciones encubiertas cuando implican el ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado. La Corte concluye que, en tales hipótesis, por tratarse de una medida que afecta derechos fundamentales, debe estar precedida de autorización del juez de control de garantías, y sin perjuicio del control posterior. Por no estar configurado de ese modo, el artículo 242 (parcial) demandado desconoce el artículo 250-3 de la Constitución, leído en concordancia con los artículos 15, 28 y 93 Superiores. En consecuencia, declara exequible el artículo 242 (parcial) del Código de Procedimiento Penal, con la condición de 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. No sería procedente entonces, en este caso, declarar inexecutable el inciso cuestionado, que consagra el control judicial solo posterior a la terminación de las actuaciones encubiertas, pues este operaría en los casos en que las operaciones no supongan, como en los aquí examinados, una afectación de derechos fundamentales.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos

ACTUACION DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL-Alcance y condiciones legales/OPERACIONES ENCUBIERTAS-Finalidad/OPERACIONES ENCUBIERTAS-Derecho comparado

OPERACIONES ENCUBIERTAS EN LA PERSECUCION PENAL-Características específicas

RESERVA JUDICIAL PARA MEDIDAS DE INVESTIGACION Y PRUEBAS QUE AFECTEN DERECHOS FUNDAMENTALES-Regulación constitucional

INVESTIGACIONES ENCUBIERTAS Y DILIGENCIAS DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO E INTERCEPTACION DE COMUNICACIONES-Diferencias/INVESTIGACIONES

ENCUBIERTAS Y DILIGENCIAS DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO E INTERCEPTACION DE COMUNICACIONES-Diferencias en la regulación legal de su funcionamiento operativo/INVESTIGACIONES ENCUBIERTAS Y DILIGENCIAS DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO E INTERCEPTACION DE COMUNICACIONES-Diferencias en sus efectos sobre distintos principios constitucionales

DILIGENCIA DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO-Práctica sin adulterar la identidad de los integrantes del cuerpo de investigación, sin ocultar los motivos y los fines de la diligencia/OPERACIONES ENCUBIERTAS-Implican adulteración de la identidad del agente, ocultamiento de los motivos y propósitos de la relación entre el agente y el imputado o indiciado

DILIGENCIA DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO-Se pueden ocupar e incautar bienes o evidencias con vocación probatoria dentro de la persecución penal/OPERACIONES ENCUBIERTAS-No se faculta a los agentes para efectuar incautaciones, ni ocupar bienes, ni capturar personas, sino para obtener información orientada a determinar si el imputado o indiciado continúa desarrollando una actividad criminal

OPERACIONES ENCUBIERTAS-Interferencia en la intimidad del domicilio/OPERACIONES ENCUBIERTAS-Aunque el Código de Procedimiento Penal no establece reglas para determinar el consentimiento válidamente extendido para ingreso a domicilios, se aplica entonces -mutatis mutandis- los estándares del Código Civil, relativos al error en el consentimiento

OPERACIONES ENCUBIERTAS-Interferencia en la intimidad de las comunicaciones

INVOLABILIDAD DE DOMICILIO Y DERECHO A LA INTIMIDAD-Jurisprudencia constitucional

OPERACIONES ENCUBIERTAS-Interferencia en la intimidad de la vida familiar

OPERACIONES ENCUBIERTAS-Interferencia en la intimidad del pasado -jurídico penalmente irrelevante de los individuos-

OPERACIONES ENCUBIERTAS-Interferencia en la confianza legítima en las autoridades y en los demás asociados

OPERACIONES ENCUBIERTAS-Interferencia en el principio de legalidad material y el Estado de Derecho

INTERVENCION JUDICIAL PARA OBTENCION Y ASEGURAMIENTO DE ELEMENTOS MATERIALES DE PRUEBA-Contenido/AUTORIZACION PREVIA DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTIAS-Jurisprudencia constitucional

Referencia: expediente D-10950

Actores: Camila Betancourt Villegas, Luisa Fernanda López Mejía, Nubia José López Zawada, Juan José Moreno Villegas, Valentina Restrepo García y Santiago Sánchez Quiceno.

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 242 (parcial) de la Ley 906 de 2004 'por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal'.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y de los trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40-6, 241-4 y 242-1 de la Constitución, los ciudadanos Camila Betancourt Villegas, Luisa Fernanda López Mejía, Nubia José López Zawada, Juan José Moreno Villegas, Valentina Restrepo García y Santiago Sánchez Quiceno demandaron el artículo 242 (parcial) de la Ley 906 de 2004 'por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal'. En su concepto, esta norma vulnera el Preámbulo y los artículos 1, 2, 5, 15, 28, 29, 250 y 93 de la Carta Política, en concordancia con los artículos 8 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Mediante auto del 4 de septiembre de 2015, la Corte Constitucional admitió la

demanda y ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente del Congreso de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal –ICDP-, al Centro de Estudios Tributarios de Antioquia –CETA-, a las Facultades de Derecho de las Universidades EAFIT, Externado de Colombia, Javeriana, de Medellín, Nacional, Libre, al Instituto en Derecho Penal y Ciencias Criminalísticas de la Universidad Sergio Arboleda, y a la Defensoría del Pueblo. Por último, se ordenó correr traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto sobre el asunto, y fijar en lista el proceso para efectos de las intervenciones ciudadanas (CP art 242 nums 1 y 2).

2. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional procede a decidir la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe y resalta en negrilla la norma acusada, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 45.658 del 1º de septiembre de 2004:

“LEY 906 DE 2004

(agosto 31)

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.

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”.

III. LA DEMANDA

3. Los ciudadanos Camila Betancourt Villegas, Luisa Fernanda López Mejía, Nubia José López Zawada. Juan José Moreno Villegas, Valentina Restrepo García y Santiago Sánchez Quiceno demandaron el artículo 242 (parcial) de la Ley 906 de 2004 ‘por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal’. En su concepto, esta norma vulnera el Preámbulo y los artículos 1, 2, 5, 15, 28, 29, 250 y 93 de la Carta Política, en concordancia con los artículos 8 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Las acusaciones, y sus fundamentos, se sintetizan a continuación:

3.1. La acción pública sostiene que el artículo 242 (parcial) del Código de Procedimiento Penal prevé un control judicial solo posterior para las operaciones encubiertas. No obstante, las actuaciones que en virtud de la ley están facultados para adelantar los agentes

encubiertos comprenden, por ejemplo, las de ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado, por lo cual comprometen diversos derechos fundamentales, como son, en su concepto, la intimidad, la inviolabilidad familiar y la del domicilio, y con estos la dignidad humana y el debido proceso. Desde su punto de vista, “el hecho de invadir su esfera más personal [la del individuo] implica que el agente encubierto conozca detalles íntimos que no solo están relacionados con su actuar delictivo sino con la vida cotidiana del mismo, en la cual está[n] incluidas sus relaciones interpersonales con amigos, familia y sus prácticas más comunes”. Por tanto, a su juicio la disposición cuestionada autoriza una interferencia severa en los derechos fundamentales, y esto amerita que haya un control judicial oportuno sobre las medidas.

3.2. De acuerdo con los accionantes, la Constitución exige una intervención judicial previa a las actuaciones del agente encubierto, lo cual no está previsto actualmente en la ley. Por una parte, señalan que el artículo 250 numeral 2 de la Constitución menciona los casos en los cuales la Fiscalía puede intervenir en derechos fundamentales sin autorización judicial previa, y que entre esas hipótesis no se encuentra la actuación de agentes encubiertos. Más aún, manifiestan que las de ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado no pueden considerarse acciones de registros, allanamientos, incautación o interceptación de comunicaciones, puesto que “tienen lugar sobre ámbitos del derecho a la intimidad relacionados con la persona en sí misma del indiciado o imputado o con su entidad propia”. En cambio, los artículos 15, 28 y 250 de la Constitución, que invocan como vulnerados, en concordancia con los demás principios constitucionales referidos, prevén reservas judiciales para los actos de investigación que comprometan el respeto de los derechos fundamentales, y en acatamiento de las cuales las autoridades deben contar con autorización previa de juez competente para interferir en las comunicaciones, el domicilio y la familia de las personas. Por lo mismo, los ciudadanos accionantes le solicitan a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad condicionada del segmento normativo acusado, “en el entendido que debe haber control judicial previo”.

IV. intervenciones[1]

Ministerio de Justicia y del Derecho

4. El Ministerio de Justicia y del Derecho le pide a la Corte inhibirse o, en subsidio, declarar

exequible la disposición. En su criterio, la demanda se basa en argumentos genéricos “en los que se dan como infringidas varias normas constitucionales, pero sin demostrar su presunto desconocimiento”. La acción pública a su juicio no es clara pues no tiene un hilo conductor de la argumentación; no es específica, toda vez que los accionantes “se limitan a divagar” sobre los principios que invocan; y no es tampoco suficiente, por cuanto no despierta una duda sobre la constitucionalidad de las disposiciones acusadas. Por tanto, considera que la demanda no es apta para provocar una decisión de fondo. No obstante, si llega a haberla, sostiene el Ministerio, la norma cuestionada debe declararse ajustada a la Constitución, por diversas razones. Primero, los agentes encubiertos solo operan para la infiltración de organizaciones criminales (CPP art 241). Segundo, la regulación interna de esta técnica de investigación responde a un compromiso internacional contraído por Colombia al ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art 20-1). Tercero, entre las competencias que puede ejercer la Fiscalía General de la Nación, según el artículo 250 numeral 9 de la Constitución, están “las demás funciones que establezca la ley”, y esta es una de ellas, que además armoniza con la misión investigativa de la Fiscalía. Cuarto, prevé un control judicial posterior, con lo cual se busca garantizar la eficacia de la actuación del agente, la cual debe presumirse de buena fe que se ajustará al orden legal.

Ministerio de Defensa Nacional

5. El Ministerio de Defensa Nacional le solicita esta Corporación inhibirse de emitir un fallo de fondo o, en su defecto, declarar exequible la norma censurada. La demanda no es apta, a su juicio, por cuanto para sustentar su pretensión presenta razones “extensas e indefinidas, además que generan confusión e imprecisión”, pues refiere principios constitucionales pero sin “precisar con exactitud cuáles interpretaciones del artículo 242 son violatorias de la Constitución”, y sin coherencia argumentativa ni claridad. Ahora bien, si la Corte resuelve juzgar el fondo del asunto, en su criterio debe declarar constitucional la disposición acusada. Señala que según la norma, la actuación de los agentes encubiertos solo procede cuando hay motivos razonablemente fundados de que el indiciado o imputado continúa desarrollando una actuación criminal. No es esta entonces una facultad de la Fiscalía para obrar “de manera caprichosa”. En caso de que no se cumpla con lo dispuesto en la Ley, habrá un control judicial posterior, que además es útil para proteger derechos fundamentales. En este escenario, además, “resultaría irrelevante un control

previo”, toda vez que antes de la actuación del agente encubierto no hay convencimiento de las operaciones que debe llevar a cabo. Por ende, en su concepto, el control judicial debe ser posterior, precisamente como una medida para garantizar la legalidad de las actuaciones efectivamente realizadas.

Fiscalía General de la Nación

6. La Fiscalía General de la Nación interviene para pedirle a la Corte que declare exequible, sin condicionamiento alguno, el precepto cuestionado. Considera que como órgano de persecución penal, debe poder contar con instrumentos que le permitan anticiparse a las acciones de la delincuencia para impedir sus resultados, y que el de usar agentes encubiertos busca precisamente ese objetivo. Además, en vista de que los fenómenos criminales pueden cambiar con el tiempo, el legislador debe contar con un margen amplio de configuración, en el cual esté facultado para adecuar las técnicas de investigación a las transformaciones reales. El hecho de que se autorice a la Fiscalía para interferir en ciertos ámbitos protegidos no implica, desde su perspectiva, que se le esté concediendo una licencia para vulnerar derechos fundamentales. La facultad que se les reconoce a los agentes encubiertos de, por ejemplo, ingresar al domicilio del indiciado o imputado, presupone que los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad familiar y domiciliaria no son absolutos y que, en aras de asegurar una persecución penal efectiva, pueden ser interferidos razonablemente, lo cual ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional.[2]

Para que esto se garantice, en la norma acusada se prevé que las operaciones de los agentes encubiertos tienen límites temporales, deben ser razonables, solo pueden practicarse previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, y sujetarse a control judicial posterior. La previsión de un control judicial posterior a las operaciones responde además a la necesidad de preservar la confidencialidad necesaria sobre el agente y sus actos, para garantizar sus derechos y el éxito de la estrategia de investigación.

Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho

7. La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia considera que la Corte debe emitir un pronunciamiento inhibitorio o, en su defecto, una exequibilidad condicionada. En primer lugar, afirma que “en la demanda se perciben saltos argumentativos”, toda vez que se pasa de señalar que hay una vulneración del derecho a la

intimidad, a sostener que se violan también la paz, la igualdad, la presunción de inocencia, entre otros principios, sin exponer razones que lo sustenten. En segundo lugar, a su juicio la acción pública carece de certeza, por cuanto cuestiona posibles desafueros en la práctica de las actuaciones de los agentes encubiertos sin orden judicial, y no los efectos que se infieren objetivamente de la norma. En tercer lugar, sostiene que los argumentos de la demanda no son específicos, pues están integrados por alusiones vagas a las funciones del juez, a las características del sistema acusatorio, a los Estados totalitarios, sin precisar por qué puntualmente la norma vulnera la Constitución. En cuarto lugar, los cuestionamientos no fueron pertinentes, pues para que haya una acusación de inconstitucionalidad no basta con citar normas constitucionales, acompañadas de argumentos vagos e indeterminados. Finalmente, la intervención manifiesta que en la acción no hay razones suficientes que despierte una sospecha de inconstitucionalidad. Por lo cual, la Corte en su criterio debe inhibirse. No obstante, si no lo hace, debe condicionar la exequibilidad de la norma a que se obtenga autorización judicial previa, pues los actos de los agentes encubiertos que interfieren en la vida privada de las personas no están entre las hipótesis de control judicial posterior, prevista en el artículo 250 numeral 2 Superior, pues no consisten en el allanamiento, registro, incautación de objetos e interceptación de comunicaciones, y la regla general en materia de restricción de derechos fundamentales en la persecución penal debe ser la reserva judicial.

Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho

8. La Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia estima que la Corte debe inhibirse de expedir un fallo de fondo. La intervención hace un análisis de cada una de las acusaciones y, en síntesis, desde su perspectiva, la exposición de los argumentos no es clara, específica ni suficiente. Dice que en los acápites de la demanda destinados a presentar el concepto de la violación, los accionantes no demuestran “cómo ocurre esa violación”, y en muchos casos solo invocan la norma superior que consideran desconocida, tal como ocurre respecto de la vulneración de los artículos 2 y 5 de la Carta. Por otra parte, cuando los accionantes presentan argumentos de inconstitucionalidad, estos son poco específicos, como en los segmentos en que sostienen que se violaron los artículos 1, 15 y 28 de la Constitución. En esos capítulos, la demanda se limita a sostener que por la intervención que suponen en esferas de privacidad del individuo, las actuaciones de los agentes encubiertos tienen que sujetarse a control previo, pero sin mostrar por qué el

control judicial posterior, de legalidad formal y material, es insuficiente para proteger las garantías constitucionales. En general, además, esta intervención considera que los actores parecen contradecirse, pues le dan gran importancia al respeto de la intimidad, y afirman entonces que esta no puede transgredirse, pero luego revisan su posición para sostener que sí puede haber interferencias estatales en la intimidad, previa orden de juez competente.

Instituto Colombiano de Derecho Procesal

9. En concepto del Instituto Colombiano de Derecho Procesal la norma acusada es exequible. Advierte que el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal, del cual forma parte la disposición demandada, se integra en la regulación entre las actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización, junto con los registros, allanamientos, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones, entre otras. Las actuaciones de los agentes encubiertos solo pueden practicarse cuando existan motivos razonablemente fundados para inferir que el indiciado o imputado continúa desarrollando una actividad criminal, y previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías. En la Ley, los actos de los agentes encubiertos se sujetan a control judicial posterior a la terminación de la operación encubierta. El hecho de que en el artículo 242 del Código esté previsto que al control judicial posterior se aplican, en lo pertinente, las reglas sobre allanamientos y registros, quiere decir que no se requiere autorización judicial previa para las actuaciones de los agentes encubiertos. Esto además se ve ratificado por el artículo 250 numeral 2 de la Constitución, el cual faculta a la Fiscalía para celebrar esta clase de actuaciones con control judicial posterior.

Intervención ciudadana

10. El ciudadano Eudoro Echeverri Quintana interviene para coadyuvar la demanda, y pedirle a la Corte que declare inconstitucional la disposición, pues en su sentir es “evidentemente inconstitucional”. De hecho, señala que la figura misma de los agentes encubiertos es inadmisibles en un Estado Social y Democrático de Derecho, y que lo es más aún si su práctica solo tiene un control judicial posterior, cuando ya “[e]l daño se cristalizó [y] nada hay que hacer”, distinto a una “vacua declaración supuestamente de repudio a lo irreversible”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

12. El Ministerio Público advierte, además, que ninguna de las normas constitucionales invocadas en la demanda prevé expresamente que actos de investigación como los que efectúan los agentes encubiertos estén sujetos a una reserva judicial de carácter previo. Si bien, conforme a los artículos 15 y 28 de la Constitución, la interceptación y registro de correspondencia y demás formas de comunicación privada, lo mismo que el registro del domicilio, solo pueden practicarse previa orden judicial, señala sin embargo que en sus actuaciones el agente encubierto se gana la confianza del indiciado o imputado, y si interfiere en alguno de estos ámbitos es con su consentimiento, por lo cual no habría entonces vulneración alguna de sus derechos fundamentales. Aunque estos actos no están enunciados en el artículo 250 numeral 2 de la Constitución, entre los que no requieren autorización judicial previa, eso no significa a contrario que entonces sí deban tener autorización previa de juez competente. El legislador puede, por fuera de esas hipótesis, prever algunos casos en los cuales son posibles actos de investigación e indagación, que no afecten gravemente derechos fundamentales y, en tal virtud, no sea necesario que estén precedidos por mandamiento o permiso de autoridad judicial.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241 numeral 4 de la Carta.

Asunto previos. Examen de aptitud de la demanda y viabilidad de solicitar la exequibilidad condicionada de una disposición. Ausencia de cosa juzgada

2. En este proceso, los Ministerios de Defensa y de Justicia y del Derecho, y las Facultades de Derecho de las Universidades Nacional y Externado de Colombia, consideran que la acción pública no es apta para provocar un juicio de fondo y la Corte debe inhibirse. En síntesis, sostienen que la demanda carece de claridad, toda vez que carece de un hilo conductor y sus argumentos son imprecisos; de certeza, por cuanto los actores cuestionan no el contenido verificable de la norma censurada sino sus eventuales efectos prácticos; de pertinencia, ya que se limita a invocar la vulneración de disposiciones constitucionales, pero

con argumentos que no muestran con nitidez su carácter de cargos de inconstitucionalidad; y de suficiencia y especificidad, habida cuenta de que no hay razones precisas que despierten una duda sobre la validez del precepto acusado. En contraste, la Fiscalía General de la Nación, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, el ciudadano interviniente y el Procurador General de la Nación se pronuncian sobre el fondo del asunto, y solicitan tomar una decisión sobre la exequibilidad de la norma demandada. La Corte debe entonces definir si la acción pública es apta para promover un juicio de mérito.

3. En concepto de los demandantes, el artículo 242 (parcial) del Código de Procedimiento Penal es inconstitucional. Los actores identifican que la norma cuestionada autoriza, dentro de la persecución penal, la realización de operaciones de infiltración de organizaciones criminales mediante agentes encubiertos, a quienes faculta para ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado, sin autorización judicial previa. Este hecho, a su juicio, desconoce principalmente el derecho a la intimidad, a la familia y a la protección del domicilio, amparados por los artículos 1, 2, 5, 15, 28, 29, 250 y 93 de la Carta Política, en concordancia con los artículos 8 y 11 de la CADH. La Corte observa que este es el argumento central de la acción pública, y conduce cada uno de los acápites de que se compone el escrito de acusación. Por lo mismo, esta Sala no coincide con las intervenciones que aducen falta de claridad, por la falta de un hilo conductor, en la demanda. Esta, por lo demás, está escrita en términos inteligibles y suficientemente clara. Aparte de lo cual, la acción se dirige contra un contenido susceptible de inferirse del texto legal, pues la norma (parcial) acusada autoriza efectivamente operaciones encubiertas, y faculta a los agentes para ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado, sin necesidad de autorización previa de juez competente, aunque con control judicial posterior. En consecuencia, la Corte no advierte falta de certeza.

4. Los argumentos de la acción pública se centran en señalar la incidencia que tendría en diversos principios constitucionales la incursión de un agente encubierto en el lugar de trabajo o el domicilio del investigado o indiciado, y por qué, para evitar un ejercicio arbitrario de esta facultad de infiltrar organizaciones criminales, es preciso un control judicial previo que garantice la legalidad de la medida. Sostiene que, al no exigirse una

autorización previa de juez competente, se vulneran los principios constitucionales mencionados, a partir de los cuales infiere que el Estado se obliga a proveer garantías suficientes para la intimidad de las personas. Este es un cuestionamiento pertinente, pues propone una confrontación entre una norma legal y la Constitución. Si bien en la demanda se observa una invocación abstracta de la forma de organización política del Estado y de los principios en que se funda (CP art 1), y de los fines esenciales de las instituciones estatales (CP art 2), una lectura integral de la acusación indica que estos no pretenden ser cargos individuales, sino partes de un único cuestionamiento por la debida protección de la esfera de privacidad individual de cada persona, en un proceso penal. La acción pública, así entendida, expone un cargo preciso y no adolece de falta de especificidad. Dado que, además, el cuestionamiento ciudadano despierta en la Corte una duda razonable de inconstitucionalidad del precepto, con independencia del sentido de la decisión, se justifica la emisión de un fallo de fondo que lo resuelva.

5. Por otra parte, conforme a la jurisprudencia, en este caso es innecesario integrar al juicio disposiciones no expresamente demandadas, previstas en otros artículos. En efecto, en la sentencia C-336 de 2007, la Corte debía decidir una acción pública instaurada contra una norma legal que –como la sujeta a control en esta ocasión– formaba parte del Libro Segundo, Título I, Capítulo II del Código de Procedimiento Penal, que trata sobre las “Actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización”. Específicamente, en ese caso se cuestionaba la facultad de la policía judicial para efectuar búsquedas selectivas en bases de datos (CPP arts. 14 y 244), por cuanto podía practicarse respecto de datos personales y sin mandamiento previo de juez competente, lo cual según la acción pública resultaba inconstitucional. El actor, en ese caso, cuestionó además el artículo 246 del mismo Código, que prevé la regla general definitoria de las actuaciones en que sí se exige autorización judicial previa. Esta norma en su criterio excluía del control antecedente por parte de los jueces actos que –como la búsqueda selectiva en bases de datos– no debían estar, según la Constitución, completamente desprovistos de esa garantía. La Corte, sin embargo, controló el artículo 244 de la Ley, que autorizaba el ejercicio de la facultad a la policía judicial sin intervención previa de juez, y se inhibió de controlar la regla general que define cuándo sí es preciso contar con autorización judicial previa. Declaró exequible el artículo 244 ídem, “en el entendido que se requiere de orden judicial previa cuando se trata de los datos personales organizados con fines legales y recogidos por instituciones o entidades públicas o privadas debidamente autorizadas para ello”. Bajo

estos mismos parámetros, en este caso es posible concentrar el control en el artículo 242 (parcial) del Código de Procedimiento Penal, que autoriza la infiltración de organizaciones criminales mediante agentes encubiertos sin previa intervención judicial, aunque con control posterior del juez competente.

6. Además, la Corte observa que la demanda solicita declarar la exequibilidad condicionada de la norma, “en el entendido que debe haber control judicial previo”. La presentación de peticiones de exequibilidad condicionada –conforme a la jurisprudencia- no constituye por sí misma una causal suficiente de inadmisión de la demanda o de inhibición de la Corte.[3] En ciertos casos se justifica hacer un juicio de fondo sobre una demanda con una solicitud de esa naturaleza, si la acción pública expone un concepto de violación claro, cierto, específico, pertinente y suficiente; si además plantea un problema válido de control abstracto, en términos de confrontación entre una norma legal y la Constitución; y si a partir de este se justifica mínimamente la decisión del actor –o actores- de no pedir la inexequibilidad total o parcial de la norma. Como sostuvo esta Corporación en la sentencia C-020 de 2015:

“[...] cuando la única pretensión de la demanda es la exequibilidad condicionada de la norma acusada, debe tenerse en cuenta que incluso en ciertos casos la Corte puede fallar de fondo una acción así.[4] 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 inexequibilidad 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 inexequibilidad 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 inexequible, pero sí que lo es mientras no exista un condicionamiento específico de la Corte, debidamente justificado por el actor en cada proceso. Lo contrario, como lo señala el Procurador General de la Nación, equivale a imponerle una carga de deslealtad procesal al ciudadano, quien estaría entonces ante el imperativo de pedir algo con lo cual razonablemente está en desacuerdo. Además es tanto como adjudicarle al ciudadano, al menos en ciertos casos, la carga de obrar contra la inviolabilidad de sus propias convicciones morales, lo cual resulta aparte de innecesario constitucionalmente inaceptable a la luz de las libertades consagradas en la Carta.”

7. En este caso, como se mencionó, la acción pública presenta en efecto un concepto de violación claro, cierto, específico, pertinente y suficiente. En segundo lugar, plantea un problema de control abstracto en sentido estricto, toda vez que le implica a la Corte preguntarse si es constitucionalmente aceptable que las actuaciones del agente encubierto, consistentes en el ingreso y participación en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado, puedan practicarse –conforme a la norma acusada- sin autorización judicial previa, aunque con control posterior del juez competente. A partir de estos elementos es posible concluir que se encuentra justificada la decisión de los actores de no pedir la inexecutable total o parcial de la norma cuestionada, pues su argumento de inconstitucionalidad no estriba en sostener que las operaciones encubiertas deban quedar desprovistas de control judicial, sino al contrario en que estas, cuando tengan la potencialidad de interferir en el goce efectivo de derechos fundamentales como la intimidad, la inviolabilidad del domicilio y la vida familiar, deben estar rodeadas de monitoreo judicial desde antes de practicarse. Por lo mismo, iría en contra del principio de lealtad procesal exigirles que pidan la inexecutable de la norma, toda vez que sería tanto como imponerles el deber de que soliciten algo que va contra su argumento de inconstitucionalidad y, en esa medida, contra sus convicciones. Por lo mismo, la Corte emitirá un pronunciamiento de fondo en este caso.

8. Finalmente, el segmento normativo demandado en esta ocasión no está amparado por la cosa juzgada constitucional. En la sentencia C-025 de 2009, una acción ciudadana cuestionó la expresión “para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos”, contenida en el inciso 4º (demandado) del artículo 242 del Código de Procedimiento Penal. Como se observa, no se demandó la totalidad del inciso, sino solo uno de sus apartes. De otro lado, la acción de inconstitucionalidad sostenía entonces que la expresión cuestionada desconocía los “derechos a la defensa, a la igualdad y al debido proceso penal” –según la versión de la Corte- “al no permitirle al indiciado y a su defensor participar en la audiencia de revisión de legalidad de las diligencias”, practicadas como operación encubierta. La Corporación resolvió declarar executable, “por los cargos propuestos y analizados”, la expresión censurada, bajo la siguiente condición: “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”. La cosa juzgada a la cual hizo tránsito ese fallo es entonces relativa y explícita, toda vez que en la parte resolutive se circunscribe expresamente a los cargos presentados. Ahora bien, en la presente ocasión el cargo se diferencia de los examinados en la sentencia C-025 de 2009, en tanto no consiste en sostener que el indiciado debe tener derecho a participar en el control judicial posterior a la operación, sino en que debe haber autorización judicial previa.

Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

9. Los ciudadanos demandantes consideran que el artículo 242 (parcial) de la Ley 906 de 2004 es inconstitucional, por cuanto admite, dentro de la persecución penal, la realización de operaciones de infiltración de organizaciones criminales mediante agentes encubiertos, a quienes faculta para ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado, sin autorización judicial previa. Este hecho, a su juicio, desconoce principalmente el derecho a la intimidad, a la familia y a la protección del domicilio, amparados por los artículos 1, 2, 5, 15, 28, 29, 250 y 93 de la Carta Política, en concordancia con los artículos 8 y 11 de la CADH. Una intervención ciudadana coadyuva la acción pública, porque un control judicial solo posterior es inoportuno, en tanto opera cuando ya “[e]l daño se cristalizó”. La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional considera que, si estudia el fondo del asunto, la Corte debe condicionar la exequibilidad de la norma a que haya autorización judicial previa, toda vez que las operaciones encubiertas restringen derechos fundamentales, y no hay una norma que expresamente las exonere de esa intervención judicial.

10. Las restantes intervenciones que se pronuncian sobre el fondo de la acción pública, lo mismo que el Concepto del Procurador General de la Nación, sostienen que la norma debe declararse exequible. En síntesis, aducen que la Constitución no establece expresamente un deber de solicitar autorización judicial para estos casos; que por su configuración operativa, y en virtud de lo previsto en el Código de Procedimiento Penal, estas actuaciones se asemejan a los allanamientos y registros, los cuales no requieren autorización judicial previa en virtud del artículo 250 numeral 2 de la Carta; que las operaciones de infiltración de organizaciones criminales, como la que se sujeta en este caso a control, no suponen necesariamente una intervención en derechos fundamentales; que cuando hay una interferencia en esferas de intimidad o en la vida privada del imputado o indiciado, el

agente encubierto cuenta con el consentimiento de su titular; que por lo anterior no es una intromisión tan grave en los derechos fundamentales, lo cual es un presupuesto para que se exija autorización judicial de orden previo; que, de cualquier forma, la Ley prevé que las operaciones de los agentes encubiertos tienen límites temporales, deben ser razonables, solo pueden practicarse previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, y sujetarse a control judicial posterior, por lo cual hay suficientes garantías para los derechos fundamentales.

11. Conforme a lo anterior, la acción pública le plantea a la Corte el siguiente problema jurídico: ¿Vulnera el legislador las garantías constitucionales previstas para la protección de la intimidad, el domicilio y la vida familiar (CP arts. 1, 2, 5, 15, 28, 29, 250 y 93, conc CADH arts. 8 y 11), al autorizar a la Fiscalía General de la Nación para realizar, durante la persecución penal, operaciones de infiltración de organizaciones criminales mediante agentes encubiertos, en desarrollo de las cuales estos estén facultados para ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado, sin autorización judicial previa? Antes de responder esta cuestión, la Sala describirá el contenido de la norma a la que pertenece el segmento acusado.

Contexto normativo, alcances y condiciones legales para la actuación del agente encubierto en el marco del proceso penal. Análisis de los debates parlamentarios antecedente a la reforma legislativa

12. El artículo 242 del Código de Procedimiento Penal prevé la posibilidad de efectuar operaciones encubiertas, en determinados supuestos y bajo ciertas condiciones. Para empezar, esta clase de actuaciones está estrictamente circunscrita a la hipótesis prevista en el artículo 241 de la misma Ley, que regula lo atinente al análisis e infiltración de “organizaciones criminales”. En virtud de esta disposición, cuando el fiscal del caso tenga razones fundadas para inferir que el indiciado o imputado “pertenece o está relacionado con alguna organización criminal”, le ordenará a la policía judicial que efectúe el análisis de esta última. Según la valoración que luego efectúe sobre los informes que se le presenten, y previa valoración de los riesgos que suponga, “ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que el agente o agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta, de conformidad con lo previsto en el artículo siguiente” (énfasis añadido al art 241). El artículo 242 (parcial) demandado

regula entonces las actuaciones encubiertas realizadas en desarrollo del artículo 241 de la misma Ley, y por lo tanto estas solo son legales si se adelantan en el marco de una investigación o indagación contra una persona que razonablemente se considere perteneciente o relacionada con una organización criminal, y a los efectos de investigar con fines procesales la estructura y el funcionamiento de esta última.[5]

13. A partir de los artículos 241 y 242 del Código de Procedimiento Penal, también es posible inferir que las operaciones encubiertas solo proceden como técnica de investigación respecto de quienes tienen el estatus procesal de “indiciado” o “imputado”. En la ley colombiana, la persecución penal -entendida en su sentido más amplio- se compone de dos grandes etapas: la investigación y el juicio. La etapa de investigación se integra a su vez de dos fases: la indagación y la investigación propiamente dicha. La indagación comienza con la noticia criminal, o cuando se produzcan hechos que revistan las características de un delito. La investigación en sentido estricto comienza con una formulación de imputación, ante un juez de control de garantías, lo cual implica de acuerdo con el Código individualizar al sujeto, relacionar clara y sucintamente los hechos jurídicamente relevantes, y comunicarle su nueva condición procesal de imputado. En este contexto, tener el estatus de “indiciado” significa ser sujeto de una indagación, y el de “imputado” haber sido sujeto de un acto procesal de imputación. Ahora bien, conforme al artículo 242 del Código de Procedimiento Penal, para que el fiscal del caso pueda ordenar una operación encubierta, no basta con probar que en el pasado el indiciado o imputado perteneció o tuvo relación con una organización criminal. La Ley indica con claridad que es necesario tener motivos fundados, con arreglo al ordenamiento, para inferir que aquel “continúa desarrollando una actividad criminal”, dentro de una organización como las mencionadas en el artículo 241.

14. 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.[6] 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 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.[7] 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 encomendada.

15. 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 actualmente 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, dentro de las treinta y seis horas

siguientes a la terminación de la operación.[8]

16. La ejecución de la operación encubierta se le puede atribuir a “uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares” (CPP art 242), que consientan en participar. La Ley los faculta o bien para adulterar su identidad, con el fin de infiltrarse en la organización y ganarse la confianza de sus integrantes para así suministrar información relevante a la persecución penal, o bien –en el caso de los particulares- para actuar “sin modificar su identidad”, lo cual presupone que la persona ya “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” (ídem). En virtud de lo previsto en el Código, y dentro del marco de la autorización que emita el director nacional o seccional de fiscalías, los agentes encubiertos quedan facultados para “realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica”. Es decir, según el caso, pueden cometer conductas que de otro modo serían punibles, y cuya realización sea precisa para infiltrarse en la organización y ganarse la confianza de sus miembros.[9] Por tanto pueden, en función del contexto, “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” (ídem).[10] No obstante, el actuar del agente encubierto tiene límites materiales. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que estos agentes no pueden provocar el delito, y objetivamente no pueden trasgredir límites constitucionales ciertos como, por ejemplo, el derecho a la vida, las prohibiciones de esclavitud, tortura y desaparición forzada (CP arts. 11 y 12).[11]

17. Las operaciones encubiertas buscan recabar información relevante para la investigación, sin que les sea dado a los agentes que participan de ellas recaudar otras evidencias distintas de las previstas en la Ley. Durante una operación encubierta se pueden utilizar “los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo 239” del mismo cuerpo normativo (CPP art 242). Esto quiere decir que, en desarrollo de las actividades encubiertas, “se podrán tomar fotografías, filmar videos” y, en general, se podrá emplear “cualquier medio que la técnica aconseje” (CPP art 239).[12] Al remitir al artículo 239 del Código, se acogen también los límites previstos para el uso de estos medios en esa misma disposición. Por lo mismo, puede decirse que los medios técnicos de ayuda allí contemplados deben emplearse “cuidando de no afectar la expectativa razonable de la intimidad del indiciado o imputado o de terceros”. Así, no sería posible usar estos

instrumentos, por ejemplo, en la esfera domiciliaria, cuando exista expectativa razonable de intimidad.[13] No obstante, fuera de esto y de la información que transmita el agente, como fruto de sus actividades de infiltración, el recaudo de otros elementos que tengan potenciales efectos probatorios debe efectuarse en una operación especial, a cargo de la policía judicial y previo el lleno de las condiciones legales para ello. En efecto, de acuerdo con el artículo 242 inciso 1º del Código de Procedimiento Penal, cuando el agente encubierto encuentre que en los lugares en los cuales ha actuado hay información útil que merezca recaudarse, así “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”.[14]

18. En el derecho comparado, las operaciones encubiertas no están reguladas de manera uniforme.[15] En lo que atañe al modo de resolver un problema similar al que está bajo examen, se advierte que cuando las actuaciones encubiertas suponen el ingreso del agente al domicilio del investigado los sistemas procesales proveen respuestas distintas. En algunos casos se le confía esa decisión al órgano de persecución criminal, mientras en otros se le reserva específicamente al juez. Estas diferencias se pueden explicar jurídicamente por las diferencias que se observan entre los distintos ordenamientos constitucionales y legales, en torno al modo como regulan o protegen el derecho a la privacidad.[16] Por ejemplo, en los ordenamientos de los Estados Unidos de Norte América o de Francia no se exige necesariamente autorización judicial previa para todos los casos en los cuales los agentes encubiertos han de ingresar al domicilio o a los ámbitos domiciliarios del investigado.[17] En contraste, es preciso contar con autorización previa del juez competente en los ordenamientos de Alemania, España, Brasil o Argentina.[18]

19. Cuando se examinan los antecedentes parlamentarios del Código de Procedimiento Penal, se observa que la figura del agente encubierto permaneció esencialmente igual a como estaba prevista inicialmente en el proyecto de ley radicado.[19] Sin embargo, al leer en detalle las actas de los debates, se puede apreciar también que las operaciones encubiertas provocaron – a diferencia de otras instituciones de la reforma procesal- una expresa controversia entre distintos sectores, originada en la preocupación por una técnica en virtud de la cual servidores del Estado –o incluso particulares- eran autorizados por la misma ley para cometer conductas tipificadas como delitos. En una de las sesiones Plenarias de la Cámara de Representantes, un parlamentario se refirió a este asunto como

“uno de los más gruesos del Código de Procedimiento Penal”. [20] En especial había cinco clases de objeciones: (i) si la medida iba a proceder únicamente respecto de organizaciones criminales, asunto que quedó resuelto con el texto legal aprobado; [21] (ii) la actuación de los particulares como agentes encubiertos; [22] (iii) la ambigüedad que produce sobre la licitud de las conductas de un agente, su posibilidad de infiltrarse en una organización criminal y ajustarse a sus prácticas; [23] (iv) la desigualdad que podría producirse por permitir la recaudación de información, sin identificación de los cuerpos de investigación; [24] (v) los problemas éticos de coherencia práctica derivados del uso de agentes estatales que adulteran su identidad, engañan al indiciado o imputado, y pueden cometer conductas por las cuales los particulares son perseguidos penalmente. En cuanto a esto último, el entonces Senador Carlos Gaviria Díaz manifestó en la Plenaria de Senado:

En la Plenaria del Senado de la República, en el último debate, hubo una proposición tendiente a suprimir la figura de los agentes encubiertos del proyecto de reforma al procedimiento penal, fundada en los argumentos referidos, pero no fue aprobada y finalmente se aprobó, con cambios puntuales y no sustantivos, la versión radicada desde el comienzo en la iniciativa. [26]

Hechas las anteriores precisiones, la Corte pasa a resolver el problema jurídico.

Las características específicas de las operaciones encubiertas en la persecución penal. Regulación constitucional de la reserva judicial para medidas de investigación y prueba que afecten derechos fundamentales

20. En la acción pública los ciudadanos demandantes sostienen que las actuaciones de los agentes encubiertos, incluso cuando suponen su ingreso o participación en reuniones en el lugar de trabajo o el domicilio del indiciado o imputado, son distintas a las diligencias de registros, allanamientos e interceptaciones de comunicaciones, toda vez que “tienen lugar sobre ámbitos del derecho a la intimidad relacionados con la persona en sí misma del indiciado o imputado o con su entidad propia”. En contraste, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal señala que cuando los agentes ingresan a la esfera laboral o domiciliaria del imputado o indiciado, ejercen una actividad cubierta por las normas sobre allanamientos y registros. Las discrepancias sobre este punto son relevantes, porque de acuerdo con el

artículo 250 numeral 2 de la Constitución, la Fiscalía General de la Nación está facultada para “[a]delantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones”, eventos en los cuales el juez de garantías “efectuará el control posterior”. Como se observa, si se admite clasificar como allanamientos y registros las actuaciones encubiertas de ingreso al lugar de trabajo y al domicilio del imputado o indiciado, y como interceptación de comunicaciones el uso de técnicas de vigilancia y seguimiento de personas en desarrollo de esas actividades (fotografías, videos, grabaciones de voz), entonces sería legítimo que la intervención fuera posterior, y no previa, a la operación.

21. Sobre este mismo aspecto, en algunas intervenciones no hay una toma de posición expresa, como ocurre con las de los Ministerios de Justicia y del Derecho y de Defensa, la Fiscalía y la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. En contraste, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional y el Procurador General de la Nación sí hacen explícito su concepto jurídico sobre el particular. Coinciden en sostener que las operaciones encubiertas –como lo dicen los actores– no son equiparables, ni siquiera en la hipótesis de incursión en esferas privadas, a los allanamientos, los registros y las interceptaciones. Sin embargo, cada una de estas dos entidades extrae conclusiones distintas a partir de ese hecho, y de su propia interpretación del contexto normativo en el cual se inserta. Para el Procurador General de la Nación esa conclusión no indica, a contrario, que entonces deba existir autorización previa de juez competente. En su concepto, esto último solo es preciso exigirlo en las medidas que interfieran de manera especialmente intensa en los derechos fundamentales, lo cual no ocurre en las operaciones encubiertas. Entre tanto, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional considera que en la Constitución la regla general es la autorización judicial previa para las medidas de investigación que interfieran en el goce efectivo de derechos fundamentales, y que solo excepcionalmente el control judicial puede ser posterior, como ocurre con el precepto expreso del artículo 250 numeral 2 Superior, referido a registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones. En vista de que, en su criterio, las operaciones encubiertas que suponen el ingreso a esferas de privacidad del individuo comprometen derechos fundamentales, y dado que no están expresamente excluidas de la reserva judicial, deben estar precedidas de autorización de juez competente.

La Corte debe entonces decidir si las operaciones encubiertas, cuando implican el ingreso a lugares de trabajo y al domicilio del imputado o indiciado, pueden equipararse

jurídicamente, y para efectos constitucionales, a los allanamientos, registros e interceptaciones de comunicaciones.

22. Luego de analizar las características de las investigaciones encubiertas, y de compararlas con las diligencias de allanamiento y registro, y con la interceptación de comunicaciones, la Sala advierte que hay entre ellas significativas diferencias de dos clases, en los siguientes aspectos: (a) en la regulación legal de su funcionamiento operativo, y (b) en sus efectos sobre los principios constitucionales, como se desarrollará en lo sucesivo. Una vez exponga estas diferencias, la Corte definirá (c) el sentido de las normas constitucionales invocadas en los cargos, en lo atinente al momento de la revisión judicial de las diligencias de investigación que afecten derechos fundamentales, y (d) por último extraerá las conclusiones referentes a la constitucionalidad de la norma legal acusada.

a. Diferencias en la regulación de su funcionamiento operativo

23. Como antes mencionó, actualmente la Ley prevé un control judicial posterior a la terminación de la operación encubierta. El artículo 242 (parcial) demandado establece que para esos efectos “se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos”. Esto significa, cuando menos, que se aplican al control judicial los estándares legales previstos para definir el fundamento jurídico de la orden de investigación (CPP art 220), o para evaluar el respaldo probatorio de los motivos fundados (CPP art 221), o para determinar la validez de la orden en sus alcances (CPP art 222). No obstante, la estructura y el contenido de la regulación legal en estas materias pone de manifiesto que la actuación de los agentes encubiertos, incluso cuando supone el ingreso a lugares de trabajo o al domicilio de habitación del imputado o indiciado, no es en sentido jurídico estricto un allanamiento, un registro, ni una interceptación de comunicaciones. Hay diferencias objetivas entre estos últimos procedimientos y la técnica de infiltración mediante agentes encubiertos, entre otros, en los siguientes aspectos: (i) la publicidad de la identificación de los miembros del cuerpo de investigación, (ii) la aptitud de cada diligencia para el recaudo de evidencias, (iii) el ámbito de cobertura de cada técnica de investigación, (iv) la publicidad inmediata del acta de la diligencia, (v) la especificación de los lugares y objetos afectados en la diligencia, (vi) la participación del Ministerio Público en las actuaciones, (vii) los requisitos legales previos para la realización de cada diligencia, (viii) la autoridad competente para ordenar y autorizar la medida, (ix) los alcances de cada una. Por

la trascendencia que, según lo referido, puede tener esta cuestión, la Corte procede a desarrollar estas diferencias enseguida:

23.1. El registro y el allanamiento deben practicarse sin adulterar la identidad de los integrantes del cuerpo de investigación judicial, ni ocultar los motivos y los fines de la diligencia. En ejercicio de su derecho de defensa, por lo mismo, de acuerdo con la Ley, incluso quien no es imputado tiene derecho en ese contexto a asesorarse de un abogado (CPP arts. 267 y ss.). Entre tanto, las operaciones encubiertas presuponen lo contrario, toda vez que implican o bien una adulteración de la identidad del agente, o bien un ocultamiento de los motivos y propósitos de la relación entre el agente y el imputado o indiciado (CPP arts. 241-242a).

23.2. En las diligencias de allanamiento y registro pueden ocuparse o incautarse bienes o evidencias con vocación probatoria dentro de la persecución penal, e incluso capturarse a las personas de acuerdo con la Constitución y la ley (CPP arts. 225 num. 2, y 227). En las operaciones de infiltración, por el contrario, el Código de Procedimiento Penal –como se dijo– no faculta a los agentes encubiertos para efectuar incautaciones, ni ocupar bienes, ni capturar personas, sino para obtener información orientada a determinar si el imputado o indiciado “continúa desarrollando una actividad criminal” (CPP art 242). Cuando las actuaciones encubiertas permitan detectar determinados lugares con elementos útiles a la investigación, el agente comisionado para la operación debe hacérselo saber al fiscal para que este disponga, por separado, una operación especial y diferente, con el fin de que “se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados” (CPP art 242).

23.3. Mientras las diligencias de allanamiento y registro, lo mismo que la interceptación de comunicaciones, son técnicas que en general están dispuestas para la investigación de cualquier hipótesis de delito, las operaciones encubiertas proceden como instrumentos de infiltración de organizaciones criminales, en los supuestos regulados por los artículos 242 y 242A del Código de Procedimiento Penal.

23.4. Al efectuar un procedimiento de registro o allanamiento, la policía judicial debe levantar un acta con indicación expresa de los lugares registrados, los objetos ocupados o incautados, si hubo o no oposición del afectado, si había medidas preventivas de policía,

entre otras circunstancias (CPP art 225 num. 3). En ese contexto, si así lo desea el titular de los derechos, el acta debe ser leída en la diligencia, debe expedirse una copia para el interesado y, además, si hay oposiciones deben consignarse. En contraste, en las operaciones encubiertas, si bien cabe disponer el levantamiento de actas tras cada actuación individual, sería contrario a la finalidad de infiltración encubierta prever la posibilidad de leerlas cada vez, pues así la identidad o los motivos y finalidades de la investigación serían descubiertos (CPP art 242).

23.5. Los registros y allanamientos deben estar precedidos por una orden que especifique los lugares y objetos de la diligencia, y solo excepcionalmente puede la policía judicial proceder a registrar o allanar sitios no especificados en la orden, como ocurre por ejemplo en los casos de flagrancia (CPP arts. 222 y ss.). Sin embargo, es claro en la ley que “[e]n ninguna circunstancia podrá autorizarse por la Fiscalía General de la Nación el diligenciamiento de órdenes de registro y allanamiento indiscriminados, o en donde de manera global se señale el bien por registrar” (CPP art 222). Por lo mismo, los agentes de la policía judicial solo pueden ingresar a los lugares o registrar los objetos especificados en la orden, salvo una excepción legalmente prevista. En una operación encubierta, en contraposición, si bien la orden de trabajo debe enunciar las circunstancias de la actuación, el agente debe estar capacitado para ingresar a lugares y observar objetos y personas no expresamente enumerados en la orden, toda vez que debe ganarse la confianza de los integrantes de la organización criminal, y eventualmente puede darse el caso de que no esté en condiciones de declinar el ingreso a determinados sitios, incluso contra la voluntad de su titular, para mantener el secreto de la investigación.[27]

23.6. Cuando el allanamiento se verifica entre las 6:00 pm y las 6:00 am, debe contar con el acompañamiento de la Procuraduría General. En las operaciones encubiertas, en cambio, una incursión del agente en domicilios ajenos no presupone el acompañamiento de un delegado del Ministerio Público, toda vez que esto frustraría el sentido de la investigación.

23.8. Como acaba de señalarse, los allanamientos y registros deben contar en principio con orden del fiscal encargado de adelantar la investigación (CPP art 219). Lo propio ocurre con la interceptación de comunicaciones (CPP art 235). Entre tanto, las operaciones encubiertas de cualquier tipo no pueden ser impartidas por el fiscal del caso, a menos que cuente con

autorización del director nacional o seccional de fiscalías.

23.9. Finalmente, la interceptación de comunicaciones es por su cobertura distinta a una operación encubierta en la cual se empleen medios técnicos de registro de audios o audiovisual, toda vez que en este último caso se capturan no solo comunicaciones, sino también entornos, actos individuales de una persona, objetos privados de un grupo familiar o de un individuo, y entre las comunicaciones se pueden registrar no solo las del imputado o indiciado con terceros, sino además incluso comunicaciones entre terceros.

24. Hay, como se ve, diferencias objetivas en la regulación legal de las operaciones encubiertas, por una parte, y los allanamientos, registros e interceptaciones de comunicaciones, por otra. El funcionamiento operativo de las investigaciones encubiertas no puede entonces equipararse jurídicamente –por su distinta configuración legal- a ninguna de las diligencias contempladas en el artículo 250 numeral 2 de la Constitución. Pero, además de estas, hay también otras diferencias, que pasan a exponerse a continuación.

b. Diferencias en sus efectos sobre distintos principios constitucionales

25. Las operaciones encubiertas se distinguen de los allanamientos y registros de lugares, así como de las interceptaciones de comunicaciones, no solo por la configuración legal de su funcionamiento operativo, sino también –y ante todo- por las ostensibles diferencias que se observan en sus efectos sobre principios constitucionales. Los allanamientos y registros de lugares, tanto como las interceptaciones de comunicaciones, interfieren –en abstracto- en los derechos a la intimidad del domicilio y de las comunicaciones de los imputados e indiciados, con las limitaciones fijadas en la ley. En contraste, las operaciones encubiertas tienen también ese efecto sobre los derechos fundamentales referidos, pero además se extienden hacia un universo más amplio de principios constitucionales, y no solo afectan derechos de los imputados o indiciados, sino también de terceros y de toda la colectividad. La Corte Constitucional les reconoce especial importancia a estas diferencias, y por lo mismo es necesario desarrollarlas con detenimiento enseguida.

26. Mediante las diligencias de allanamiento y registro de lugares las autoridades ingresan en un bien privado, incluso contra la voluntad del titular del derecho de dominio, de su poseedor o de su tenedor (allanamiento). En el trascurso de las diligencias, los funcionarios encargados de ejecutarlas deben efectuar una búsqueda (registro), con el fin de hallar

elementos relevantes para una investigación o indagación penal, o con el de capturar a un individuo con las debidas garantías (CPP art 219). El allanamiento y el registro de lugares son medidas que interfieren entonces objetivamente en la intimidad del domicilio de las personas, entendido en su sentido constitucional; es decir, de un modo que “excede la noción civilista y comprende, además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera más inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad”. [28] En desarrollo de estas medidas, los funcionarios estatales pueden, incidentalmente, observar objetos no relevantes para la investigación, que den testimonio de aspectos íntimos de sus residentes, habitantes o usuarios transitorios o permanentes (terceras personas, fotografías, prendas, objetos que denoten preferencias personales, entre otras). Si la búsqueda es exitosa es además posible incautar elementos materiales u ocupar bienes (CPP art 225). Asimismo, eventualmente, un procedimiento de registro puede dar lugar al conocimiento de comunicaciones sostenidas por los miembros del grupo familiar entre sí, o entre estos y terceras personas. Todo esto, que en principio está cubierto por la privacidad del domicilio y de las comunicaciones, y por el derecho de propiedad (CP arts. 15, 28 y 58), es el ámbito de intervención del allanamiento y del registro de lugares.

No obstante, en vista de que el allanamiento y el registro de lugares se ejecutan por agentes debidamente identificados, una vez la autoridad pública ingresa al domicilio para los efectos definidos en la ley, la vida de relación familiar naturalmente cesa de ser espontánea, e incluso los actos y el comportamiento de los integrantes, tanto como sus comunicaciones, adquieren objetivamente el cariz de las interacciones públicas. Los allanamientos y registros de lugares u objetos, si bien suponen entonces una intervención en la intimidad del domicilio, y esto a su turno implica conocer aspectos de la vida domiciliaria estrechamente asociados a la intimidad de cada uno de sus integrantes, distan de ser diligencias que en abstracto tenga como efecto conocer la privacidad de la vida familiar, por ejemplo, o el pasado íntimo de sus miembros.

27. La interceptación de comunicaciones puede consistir por ejemplo en la retención provisional de correspondencia postal, o en la intervención de otros conductos de comunicación tecnológica (redes), con el fin de conocer el contenido de los mensajes, y de vigilarlos o de capturarlos por medios técnicos (CPP arts. 233 a 236). Medidas de esta naturaleza ensanchan el auditorio de una comunicación y, en esa medida, pueden interferir

prima facie en la intimidad de las comunicaciones. Ciertamente, estas pueden, de hecho, ser de interés para la persecución criminal. Pero en la medida en que, en abstracto, se permite examinar la generalidad de las comunicaciones de una persona, es posible que esta técnica suponga intervenir otras comunicaciones de carácter estrictamente privado o secreto entre una persona y su grupo familiar, o entre el imputado o indiciado y sus allegados sobre asuntos personales, por lo cual la intervención no solo recae sobre la inviolabilidad de “la correspondencia y demás formas de comunicación privada” (CP art 15), sino además sobre la protección constitucional a la vida familiar y personal del individuo (CP arts. 5, 28 y 42). Además, dado que el contenido de las comunicaciones puede versar sobre asuntos íntimos relativos a cada uno de los individuos del grupo familiar, como su historia clínica, sus antecedentes de ley, sus preferencias personales, entre otros, la interceptación de comunicaciones puede suponer la interferencia además en la intimidad del pasado de los miembros del núcleo familiar.

28. Ahora bien, la infiltración de organizaciones criminales mediante agentes encubiertos, aunque no es por sí misma incompatible con la Constitución, sí supone interferir en los anteriores derechos y principios constitucionales pero, a diferencia de las técnicas de investigación antes referidas, puede recaer sobre todos ellos conjuntamente, y además intervenir en otros principios como la seguridad en las intervenciones en la vida íntima, la confianza legítima y el principio de legalidad material. La Constitución establece que todas las personas tienen derecho a “su intimidad personal y familiar” y que “[l]a correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables” (CP art 15). Asimismo, prevé que nadie puede ser “molestado en su persona o familia, [...] ni su domicilio registrado, sino [...] con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley” (CP art 28). El artículo 93 de la Constitución dice además que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Es relevante destacar entonces que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, el artículo 17-1 estatuye que “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia”, y el 17-2 dice que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias. Por lo cual, como se observa, en las previsiones invocadas dentro del cargo, la Constitución protege cinco ámbitos vinculados con el derecho a la intimidad: el personal, el familiar, las comunicaciones, el domicilio y la legalidad de la injerencia en estas esferas.

29. Las operaciones de infiltración mediante agentes encubiertos, cuando suponen el ingreso a reuniones en lugares de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado, aunque son técnicas de investigación no prohibidas por la Constitución, interfieren en: (i) la intimidad del domicilio; (ii) la intimidad de las comunicaciones; (iii) la intimidad de la vida familiar; (iv) la intimidad personal del pasado –jurídico penalmente irrelevante- de los individuos; (v) en la cierta legalidad de las intervenciones en la intimidad; pero además (vi) en la confianza legítima en las autoridades públicas y en los demás asociados; (vii) y en la sujeción al principio de legalidad material, inherente al Estado de Derecho, que establece tipos penales para proteger bienes jurídicos. La Sala procede a exponer los fundamentos en que se apoya esta conclusión:

29.1. Interferencia en la intimidad del domicilio.- Los agentes encubiertos están autorizados por la Ley para “ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado” (CPP art 242). Es entonces claro que pueden interferir en la intimidad domiciliaria de los individuos sujetos a la indagación o la persecución penal. No obstante, además, los agentes encubiertos deben estar habilitados para ingresar en domicilios de terceras personas, toda vez que el éxito de su operación presupone la confianza de los integrantes de la organización criminal, por lo cual si estos se reúnen en un determinado lugar, que no sea el domicilio del imputado o indiciado pero sí de un tercero, el Estado por medio de sus agentes o comisionados estaría interfiriendo en la esfera domiciliaria (CP arts. 15 y 28). Es pues apreciable que los agentes encubiertos interfieren no solo en el domicilio de los imputados e indiciados, sino incluso en el de terceros, sin su consentimiento válidamente extendido. Podría objetarse que, si el agente ingresa a estos lugares como fruto de la confianza que ha adquirido en la organización, estaría obrando con el consentimiento del titular del dominio, la posesión o tenencia del bien y, en esa medida, que no habría una interferencia en la intimidad domiciliaria (CPP art 230 num. 1).[29] Sin embargo, es de resaltar que, en tales casos, el agente encubierto podría contar con una invitación del titular respectivo, pero de ahí no se infiere que cuente en sentido estricto con su consentimiento jurídicamente válido. En vista de que el Código de Procedimiento Penal no establece las reglas para determinar cuándo hay un consentimiento válidamente extendido, se aplican entonces –mutatis mutandis- los estándares del Código Civil, relativos al error en el consentimiento (CC arts. 1509 y ss.). En observancia de lo cual, mientras persista la operación, la invitación que se le haga a un agente encubierto para ingresar a un lugar protegido por la intimidad domiciliaria no sería un consentimiento válido, toda vez que

estaría afectado por uno o dos errores: en la persona (en su identidad, de forma dirimente) o en los motivos (causa y objeto), pues se invitaría a pasar a una persona cuya identidad está adulterada, o cuyo motivo para ingresar al lugar no es una reunión, sino el desarrollo de una investigación penal.[30]

Fuera de lo anterior, la Ley procesal penal faculta a los agentes de la policía judicial y a los particulares que obren de forma encubierta, para “realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica”, lo cual significa ejecutar acciones tipificadas en la ley penal como delitos (CPP arts. 242 y 242a). Existen límites, como antes se dijo, a este facultamiento general, y por ejemplo es preciso que los actos extrapenales tengan conexidad con las actuaciones de la organización criminal, para que el agente encubierto se gane o preserve la confianza ya ganada de la organización que infiltra. Lo relevante de señalar estas características es que, si está dentro de las actividades de la organización, o si puede juzgarse precisa para el éxito de la operación, el agente podría verse ante la necesidad técnica de incurrir en las conductas tipificadas penalmente como violación de habitación ajena (Código Penal art 189), violación de habitación ajena por servidor público (ídem art 190) y violación en lugar de trabajo (ídem art 191). En tales casos el agente o el particular encubiertos no solo obrarían -como en los referidos en el párrafo anterior- sin el consentimiento válidamente extendido para ingresar al lugar, sino que de hecho se verían técnicamente conminados a hacerlo sin invitación, para garantizar la confianza indispensable al éxito de la misión que se les confía.

29.2. Interferencia en la intimidad de las comunicaciones.- Las operaciones encubiertas consisten, como se ha señalado en esta providencia, en utilizar la confianza actual de los integrantes de una organización criminal en un particular, o en adquirirla para garantizar el éxito de la misión. Por la naturaleza de sus objetivos, las estrategias de los agentes encubiertos presuponen la posibilidad técnica de acercarse a los miembros de una organización criminal y, en desarrollo de ello, conocer sus comunicaciones. Si bien esta clase de técnicas difiere, según lo indicado, de la interceptación de comunicaciones, no es menos cierto que la cercanía obtenida por un agente encubierto respecto de los integrantes de una organización criminal puede suponer que el Estado, por medio de sus agentes o de un particular comisionado, conozca el contenido de comunicaciones privadas del imputado o indiciado con terceros, e incluso de terceros entre sí. Es decir, en desarrollo de la orden de trabajo, el agente encubierto puede entrar en conocimiento de comunicaciones que

tengan alguna relevancia para la investigación penal pero que sean privadas, y de otras que sean irrelevantes para esos efectos y versen igualmente sobre asuntos estrictamente privados (que versen sobre datos relativos a la salud, a las relaciones sentimentales, a preferencias personales íntimas, entre otras). Esto puede ocurrir tanto si la comunicación se produce entre personas que están físicamente en presencia del agente, pero impidiendo hacer público su intercambio, como si el agente se encuentra escuchando o viendo la conversación que, por medios técnicos, sostiene una persona con otra(s).

El agente encubierto –por la presencia física que le exige la operación– puede presenciar comunicaciones de una persona con su defensor. Ciertamente, le es exigible al agente que procure por todos los medios posibles que, en una situación así, intente alejarse. No obstante, debido a que su misión consiste en adquirir la confianza de los integrantes de una organización criminal, no es posible descartar una hipótesis en que sus actos le exijan presenciar una comunicación estrictamente referida a la defensa de un imputado o indiciado. Si bien esta información no puede ser tenida en cuenta en el juicio, la Constitución estatuye una estricta reserva sobre esta clase de comunicaciones. El artículo 8 literal d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé el “derecho del inculcado [...] de comunicarse libre y privadamente con su defensor”, y en virtud del artículo 93 de la Constitución las normas constitucionales deben ser interpretadas de conformidad con ese precepto.[31] Por consiguiente, más allá de que la información proveniente a esta clase de comunicaciones deba sujetarse rigurosamente a las reglas de exclusión probatoria (CP art 29 y CPP art 360), lo cierto es que las operaciones encubiertas presuponen la posibilidad fáctica de que el Estado, por medio de sus agentes o de particulares comisionados para ello, esté presente o pueda conocer una comunicación constitucionalmente protegida con el derecho a la privacidad. Lo mismo puede decirse respecto de las comunicaciones que el imputado o indiciado pueda sostener, sobre los actos por los cuales es sujeto de persecución penal, con las personas que no están obligadas a declarar en su contra (CP art 33). Estas comunicaciones están también protegidas como privadas en virtud de la Constitución (CP arts. 29, 33 y 93, conc CADH art 11 y PIDCP art 17). No obstante, las operaciones encubiertas tienen el riesgo de interferir en ellas.

Fuera de estas comunicaciones, cuyo objeto es el tratamiento de temas relativos a una persecución penal, la presencia de un agente encubierto puede suponer la intromisión del Estado en interacciones personales que revelen información u opiniones por completo

irrelevantes para una causa criminal, pero que versen sobre asuntos íntimos. Las operaciones encubiertas admiten entonces que un agente del Estado, o un particular autorizado para ello, se entere de comunicaciones en las cuales se traten preferencias personales de los individuos, problemas de la vida marital o de convivencia, afectaciones de salud, realidades económicas referidas a las rentas de las personas –incluso de sujetos no involucrados en una persecución–, entre otras materias que gozan de una protección constitucional por ser privadas. No obstante que estas comunicaciones, por resultar intrascendentes para el proceso penal, no sean incorporadas al material probatorio de la causa, suponen la injerencia estatal en un ámbito que sin embargo debería estar por principio reservado (CP art 15).

Cabe decir, al respecto, que el hecho de mantener una conversación o comunicación en presencia de un tercero (del agente encubierto), no supone necesariamente una renuncia a la intimidad. En la jurisprudencia de la Corte se ha admitido una doctrina válida, inicialmente concebida en el derecho comparado, de acuerdo con la cual para definir el ámbito de protección del derecho a la intimidad es posible usar una distinción entre “diversas esferas de intimidad”.^[32] Se trata en esencia de diferenciar tres esferas o ámbitos de desarrollo humano, que a su turno implican distintos niveles de relevancia constitucional a la luz del derecho a la intimidad: la esfera más íntima y personal, que corresponde por ejemplo a los secretos de un individuo, en principio no susceptibles de compartirse con los demás, y en los cuales están sus diarios, cartas, notas personales, es el ámbito que reviste el mayor grado de protección constitucional; en una dimensión un poco más dilatada, pero estrechamente vinculada con la intimidad, está la esfera privada en sentido amplio, correspondiente al desarrollo del ser humano en ámbitos privados – como su domicilio- o con personas allegadas –como su familia–, en donde también hay una significativa protección constitucional, pero menor; finalmente, está la esfera pública o social de las personas, que corresponde a las características propias de un individuo en sus relaciones de trabajo o más públicas, en donde la protección constitucional a la intimidad es mucho menor. Así, el mantener una comunicación con otra persona en presencia de un tercero (en este caso, del agente encubierto), descarta que se esté ante la esfera más íntima del individuo, toda vez que ese hecho impide en principio caracterizarla como secreta. No obstante, aún en esa hipótesis la comunicación puede suponerse en la segunda esfera, relativa al ámbito de privacidad. Sostener la conversación frente al tercero se debe no a la decisión de renunciar a la intimidad, sino a creer que es aún privada por la confianza

que tiene en el tercero, al no conocer su verdadera identidad o la autenticidad de sus móviles.

29.3. Interferencia en la intimidad de la vida familiar.-[33] Para ganarse o mantener la confianza, y con el fin de obtener información relevante a la persecución penal, el agente encubierto puede verse en la necesidad técnica de interactuar con el indiciado o imputado, o con terceros, y de conocer, gracias al encubrimiento de su identidad o de sus móviles, su vida familiar. El agente puede entonces no solo ingresar al domicilio, o enterarse de las comunicaciones privadas, sino también conocer aspectos íntimos de las relaciones de familia por otras vías, como la observación de su comportamiento en espacios cubiertos por una expectativa razonable de privacidad. Así, en virtud de la operación encubierta, un agente del Estado o un particular comisionado por este, estaría en posición de adquirir información que el grupo familiar no estaría dispuesto a dar a conocer a terceros con quienes no tenga confianza, como por ejemplo sus formas particulares de afectos o desafectos, los problemas maritales o de convivencia que no supongan una infracción legal, las preferencias personales de sus integrantes, algunas particularidades de sus relaciones mutuas o con terceros, rasgos físicos o psíquicos que solo afloren en la intimidad del domicilio y mientras solo haya personas de confianza, entre otras. Es ciertamente posible que, gracias a la confianza que le permite acceder a esos detalles, el agente encubierto logre obtener información pertinente a los fines de la investigación. No obstante, es también posible -como un riesgo latente- que esa injerencia en un ámbito privado facilite conocer otros detalles jurídico- penalmente irrelevantes, de los cuales no se habría podido enterar, de no mediar la confianza adulterada que ha conseguido en desarrollo de la operación de infiltración encomendada. Esta es una intervención relevante del Estado en la intimidad de las personas, pues si bien es adecuada para captar información jurídico penalmente útil, también es un instrumento para interferir en relaciones que, por su contenido y en ocasiones por sus partes, no revisten interés público.

29.4. Interferencia en la intimidad del pasado -jurídico penalmente irrelevante- de los individuos.- [34] El acceso a los lugares de trabajo y al domicilio del imputado o indiciado, bajo una identidad adulterada o con móviles encubiertos, les permite a los agentes del Estado o a los particulares comisionados conocer comunicaciones privadas de quienes habitan o tienen en esos lugares una expectativa razonable de privacidad, y enterarse además de la vida de un grupo familiar en su desenvolvimiento espontáneo. En desarrollo

de su misión, el agente encubierto está entonces posicionado para obtener información relativa al pasado íntimo de los integrantes del grupo familiar: de su historia clínica, de sus relaciones sentimentales, de sus problemas anteriores en diferentes facetas vitales (como sus relaciones con la legalidad ya prescritas o sus sanciones ya cumplidas, su historial crediticio ya satisfecho, sus condiciones económicas y familiares, entre otras). Es ciertamente factible que, entre este acervo de información, la operación encubierta facilite la detección de datos relevantes para la persecución penal. Sin embargo, la intervención estatal penetra hasta un nivel de profundidad tan íntimo, que implica la posibilidad de que entre los datos que conozca el agente se encuentren otros sin trascendencia jurídica objetiva, y otros completa y evidentemente irrelevantes para la causa criminal.

29.5. Interferencia en la certeza de las intervenciones sobre la intimidad.- El artículo 15 de la Constitución establece que todas las personas tienen derecho a “su intimidad personal y familiar” y que el Estado debe respetarlo y hacerlo respetar. Por su parte, el artículo 28 prevé que nadie puede ser “molestado en su persona o familia [...] sino [...] con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. Por su parte, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos dice que nadie será objeto “de injerencias arbitrarias o ilegales” en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Leídas en su conjunto (CP art 93), estas tres disposiciones indican que el Estado puede intervenir en la intimidad del domicilio, de la vida familiar, personal y de las comunicaciones de una persona, solo en virtud de un mandato legal. Ahora bien, no basta con que haya una previsión legal que autorice la injerencia en la vida íntima de las personas, pues además esta debe tener un grado suficiente de precisión, que garantice la previsibilidad -certeza- de su aplicación en concreto (PIDCP art 17).[35] Así, aunque los artículos 241 a 242a ciertamente regulan las hipótesis en que es posible actuar mediante agentes encubiertos, y en desarrollo de ello ingresar a los lugares de trabajo y al domicilio del imputado o indiciado, prevén que esto es legítimo como forma de infiltrar “alguna organización criminal” (CPP art 241) o para investigar cuando se verifique la existencia de “delitos contra la Administración Pública en una entidad pública” (CPP art 242a). Aunque hay un núcleo de certeza en la expresión “organización criminal”, pues se aplica por ejemplo a los grupos que desarrollan concertada o articuladamente delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, o contra la seguridad pública, o contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos informáticos, el empleo de esa expresión tiene también una zona de penumbra.

29.6. Interferencia en la confianza legítima en las autoridades y en los demás asociados.- Fuera de la incidencia en la intimidad, el hecho de que el Estado admita que uno de sus agentes adúltere su identidad, o que un particular encubra los motivos por los cuales mantiene una relación con otra persona, supone una intervención objetiva en el principio de buena fe (CP art 83). La Constitución establece que “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”. Esto implica que las autoridades públicas deben por principio ser veraces, obrar con transparencia y no engañar ni inducir a los particulares a engaños, de manera “que la actividad pública se adelante en un clima de mutua confianza”. [40] Actuar de otro modo -ha sostenido también la Corte- implica “erosionar la confianza en las instituciones estatales”. [41] Si bien este no es un principio absoluto, que impida adelantar actuaciones encubiertas para infiltrar organizaciones criminales, lo cierto es que su eficacia en las relaciones entre el Estado y los particulares sí se ve interferida con las operaciones a las cuales se refieren los artículos 241 a 242a del Código de Procedimiento Penal. Al adúlterar su propia identidad, o al encubrir los móviles de una relación con otras personas, el Estado mismo asume la responsabilidad por erosionar la confianza que los individuos deben tener entre sí, de acuerdo con la Constitución, y la que debe tener cada persona con las autoridades públicas. El recurso a la ficción en las interacciones personales reales es una forma de interferir no solo en la buena fe que tienen las personas que concretamente intervienen en ellas, sino que como diría Kant es una suerte de “injusticia causada a la humanidad en general”, [42] pues induce a la desconfianza mutua en las relaciones humanas, y a deteriorar la credibilidad en la palabra, los actos y los compromisos del individuo en sociedad, que son el sustento de la convivencia política en un orden constitucional.

29.7. Interferencia en el principio de legalidad material y el Estado de Derecho.- Por último, en el contexto de las operaciones encubiertas los agentes del Estado o los particulares comisionados pueden “realizar actos extrapenales”; es decir, acciones tipificadas en la ley penal como delito (CPP arts. 242 y s). Ciertamente, mientras se mantengan dentro de los límites del orden legal y constitucional, estas actuaciones no han de conducir al agente encubierto que las cometa a recibir una condena penal, por cuanto se aplican a su caso las causales de ausencia de responsabilidad previstas en la ley. Sin embargo, la realización de una conducta tipificada como delito supone lesionar o amenazar bienes jurídicos, que es el presupuesto material básico para consagrar un tipo penal. El hecho de que esos actos estén desprovistos de responsabilidad penal no se debe entonces a que no lesionen o amenacen

bienes jurídicos, sino a que según la ley la interferencia efectiva en esos bienes se encuentra justificada, exculpada o desprovista de punibilidad, según el caso, en aras de garantizar una persecución eficaz de la criminalidad organizada.[43] Es más, con esta norma el legislador no solo exonera de responsabilidad, dentro de los márgenes constitucionales, a los agentes que en desarrollo de operaciones encubiertas ejecuten acciones tipificadas como delito, sino que además los faculta positivamente para ello. Lo cual supone una interferencia en el principio de legalidad material, que obliga al Estado a proteger a todos los habitantes del territorio en sus “bienes” y demás derechos y libertades (CP art 2). Interferencia que adquiere una relevancia singular, si se tiene en cuenta que entre esos bienes jurídicos puede haber algunos expresamente protegidos por la Constitución (p. ej. la propiedad privada o la inviolabilidad del domicilio –CP arts. 58 y 28).

30. Lo anterior muestra entonces que las diferencias entre, por una parte, los allanamientos, registros de lugares e interceptaciones de comunicaciones, y por otra las operaciones encubiertas, no se limitan a la configuración operativa de cada diligencia en el orden legal, sino que se observan también en los efectos objetivos que cada una tiene en los principios constitucionales. 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 impliquen 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 qué 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 adulterar 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.

31. Se trata de una modalidad de investigación para la persecución efectiva de ciertos crímenes que, aun cuando se ajusta en general a la Constitución, al mismo tiempo presupone una intensa interferencia en principios constitucionales. Su constitucionalidad no es entonces reductible a las medidas tradicionales de investigación, consistentes en el allanamiento y registro de lugares, o en la interceptación de comunicaciones. Es una forma de infiltración que exige un examen de constitucionalidad particular, adecuado a su compleja configuración jurídica. La Corte procede entonces a decidir si, conforme lo sostiene la demanda, en este caso las operaciones encubiertas que implican el ingreso del agente al domicilio o lugar de trabajo del imputado o indiciado, deben contar con autorización judicial previa.

c. La autorización judicial previa, en las hipótesis previstas en el artículo 250 numeral 3 de la Constitución, y la jurisprudencia constitucional

32. Está visto entonces que las operaciones encubiertas, en las cuales los agentes ingresan a reuniones en los lugares de trabajo o al domicilio del imputado o indiciado, no se pueden reducir a las diligencias de allanamiento, registro de lugares e interceptación de comunicaciones, y por tanto que a su ejecución no es estrictamente aplicable la regulación prevista en el artículo 250-2 de la Constitución, que prevé un control judicial posterior. Resta entonces por definir si el ordenamiento constitucional exige que las actuaciones de los agentes encubiertos, que supongan el ingreso a reuniones en el lugar de trabajo o al domicilio del imputado o indiciado, estén precedidas de autorización de juez competente. Los demandantes sostienen al respecto que, al no ser la infiltración de agentes encubiertos una medida expresamente incluida –en el artículo 250 numeral 2 de la Carta– entre las hipótesis que admiten control judicial solo posterior, y al suponer –en los casos indicados– una restricción del derecho fundamental a la intimidad, debe estar precedida de autorización previa de juez. La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, por su parte, conceptúa que al no estar tipificada esa técnica de investigación en el numeral 2 del artículo 250 Superior, y afectar derechos fundamentales, se le debe aplicar es la regla contenida en el numeral 3 del mismo artículo constitucional, que ciertamente ordena contar con autorización judicial de carácter previo a la operación, por implicar una afectación en derechos fundamentales. Ninguna otra intervención comparte estos planteamientos. La

Corte debe entonces decidir cuál es el ámbito de control jurídico del artículo 250 numeral 3 de la Constitución.

33. El artículo 250 numeral 3 de la Constitución –reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002– establece en primer término que la Fiscalía General de la Nación debe “[a]segurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción”. Pero a continuación agrega: “[e]n caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello”. La primera parte dispone que cuando la Fiscalía se enfrente a la actividad de investigación, debe asegurar los elementos de prueba y garantizar la cadena de custodia. Se trata ante todo de un deber de recaudar evidencias con el fin de que no se pierdan para el proceso (“asegurar los elementos materiales probatorios”), y de preservar la autenticidad de las evidencias (“garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción”).[44] El segundo segmento precisa que si en desarrollo de la persecución penal se deben adoptar “medidas adicionales” que impliquen la afectación de derechos fundamentales, entonces la Fiscalía debe obtener “autorización por parte del juez [...] de control de garantías” para proceder a ello. El texto de la Constitución parece entonces indicar que una medida como la operación encubierta, cuando implica ingresar al lugar de trabajo o al domicilio del imputado o indiciado, debe estar precedida de autorización de juez competente en tanto implicar interferir –como se mostró– en la efectividad del derecho fundamental a la intimidad (CP arts. 15, 28 y 250-2), y no está expresamente exceptuada de esa garantía en otra disposición constitucional.

34. Esta interpretación del texto de la Constitución está respaldada por los debates que antecedieron a la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2002. En efecto, la propuesta de configurar el numeral 3 del artículo 250 de la Constitución, tal como está actualmente, se gestó en el debate de la segunda vuelta en la Comisión Primera del Senado de la República.[45] La Gaceta del Congreso 110 de 2003, contentiva del Acta 17 del 25 de noviembre de 2002, refleja que uno de los Senadores presentó una proposición para modificar el artículo 250 numeral 3, en el sentido de que a la Fiscalía se le asignara la función de “[a]segurar los elementos materiales probatorios garantizando la cadena de custodia mediante la cual se ejerce su contradicción”, pero precisando a continuación que “[e]n caso de requerirse medidas adicionales que impliquen la afectación de derechos

fundamentales deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para proceder a ello”. De acuerdo con su autor, la proposición respondía a “una solicitud del señor Fiscal”, quien no la presentó directamente por carecer de competencia constitucional para ello. El entonces Fiscal General de la Nación corroboró que la idea de la iniciativa era suya, y que con ella buscaba “concertar” con los distintos sectores de la Comisión una redacción que permitiera superar problemas detectados en la sesión anterior, que había tenido lugar en el mismo seno el viernes 22 de noviembre de 2002, cuya Acta fue publicada en la Gaceta 109 de 2003.[46] Por su utilidad para definir el alcance del artículo 250 numeral 3 de la Constitución, la Corte pasa a referirse a los problemas identificados en esa sesión de la Comisión Primera de Senado.

35. En la sesión del viernes 22 de noviembre de 2002, la Comisión Primera de Senado deliberó –en debate de la segunda vuelta- sobre el proyecto de reforma constitucional que acabaría convirtiéndose en Acto Legislativo 03 de 2002. Entre los problemas sujetos a debate estuvo –como en otras etapas del trámite- el relativo a la intervención judicial para la obtención y el aseguramiento de elementos materiales de prueba. El informe de ponencia para ese primer debate preveía que al juez de control de garantías se le debía solicitar autorización para ejecutar medidas que “procuren la conservación de la prueba y la protección de la comunidad”, pero aún no aparecía el texto finalmente aprobado del artículo 250 numeral 3 de la Constitución actual.[47] El entonces Ministro del Interior, y uno de los senadores de la Comisión, consideraban innecesaria esa previsión. Discrepaban de la posición según la cual era precisa una autorización judicial para conservar las pruebas recaudadas, pues a su modo de ver esta era una obligación del fiscal que no requería autorización de juez alguno para activarse.[48] En ese contexto, otro de los Senadores defendió la versión de proyecto, pues señaló que en algunos casos la obtención y conservación de los elementos de prueba podía “poner en crisis o restringir un derecho”, y que en tales eventos el “juez de garantías es quien debe autorizarla”. [49] Esa intervención advirtió que era necesaria la revisión previa del juez, cuando la conservación de ciertas evidencias implicara la afectación de derechos fundamentales. Por eso después, en el mismo debate, otro Senador ejemplificó la importancia de la previsión, con la alusión a una medida de conservación que limite la libertad de circulación de un automotor, de un testigo o de un implicado, la cual por restringir un derecho o garantía constitucional debía en su opinión estar precedida de un pronunciamiento del juez de garantías.[50]

36. Durante la misma sesión de la Comisión Primera del 22 de noviembre de 2002 quedó claro, sin embargo, que la reforma constitucional debía contemplar una revisión previa del juez de control de garantías no solo para la conservación, sino también para la obtención de evidencias mediante procedimientos que implicaran la restricción o limitación de derechos fundamentales. El primer Senador que advierte la necesidad de una intervención de juez, cuando se pueda “poner en crisis o restringir un derecho”, pone como ejemplo el caso de los allanamientos, que a su modo de ver debían contar con autorización judicial. A su juicio, no solo para preservar sino también para obtener pruebas, en ciertos casos debía necesitarse orden de juez, y por eso manifiesta que es “perfectamente posible que para preservar una prueba, para obtener la prueba oportunamente haya o que allanar un domicilio, o que detener a un testigo, que privar provisionalmente de la libertad a un testigo, todo eso debe ser ordenado por el juez de garantías” (énfasis añadido).[51] Otro Senador coincide: “[...] yo estoy de acuerdo en que hay algunas pruebas que requieren el aval del juez de garantías cuando se afectan libertades, un allanamiento, en fin. Pero por lo general las prácticas de prueba no tienen que ir por conducto del juez de garantías o se entre[ve]raría totalmente el proceso”.[52] La sesión terminó sin un acuerdo expreso sobre la materia. Pero estas inquietudes llevaron entonces a adoptar una fórmula de concertación, que en esencia aparece ahora en el artículo 250 numeral 3 de la Constitución, y que fue presentada por uno de los Senadores y el Fiscal General de la Nación de la época en la sesión siguiente de la Comisión Primera de Senado (sesión del 25 de noviembre de 2002). Allí, el Senador proponente sostuvo que la idea era establecer una intervención judicial previa para la conservación y la práctica de ciertas pruebas que afectaran derechos fundamentales, como la intimidad: “lo que se busca con la proposición [es] que ese tipo de control se ejerza sobre hechos como por ejemplo la prueba de sangre que es un derecho a la intimidad y que puede ser requerida en esa etapa y ese tipo de cosas deben ejercer un control”.[53] Esta misma concepción se reflejó en el informe de ponencia para segundo debate de la segunda vuelta -Plenaria de Senado-, donde se aclaró que la autorización del juez era necesaria también para “practicar diligencias” probatorias.[54]

37. De acuerdo con las deliberaciones parlamentarias, la proposición que introdujo el actual texto del artículo 250 numeral 3 de la Constitución respondió a una preocupación expresa en el Congreso por la posibilidad de que en la práctica de ciertas diligencias probatorias, y en la conservación de los elementos obtenidos, se pudieran afectar derechos fundamentales o garantías constitucionales sin autorización previa del juez de control de

garantías. La fórmula de concertación que se logró fue prever, por una parte, en el numeral 2 del artículo 250 que no necesitarían intervención previa de juez los allanamientos, registros de lugares, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. Tampoco sería necesario un pronunciamiento anticipado del juez, cuando la práctica de una diligencia de investigación, o la conservación de un elemento de prueba, no supusieran la intervención en una garantía constitucional. Pero, por otra parte, para responder a las inquietudes de los parlamentarios, y a causa de un impulso de la propia Fiscalía General de la Nación, se precisó que en el numeral 3 del artículo 250 de la Carta debía constar que las medidas adicionales que impliquen la afectación de derechos fundamentales, debían estar precedidas de revisión del juez competente para el control de garantías. Esta lectura del Acto Legislativo 03 de 2002 está corroborada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha tenido a su cargo la interpretación del artículo 250 numeral 3 de la Carta Política.

38. En la sentencia C-334 de 2010 esta Corporación debía decidir, entre otras, una acusación contra la norma que, en el Código de Procedimiento Penal -Ley 906 de 2004-, autorizaba, sin previa revisión del juez, el cotejo de exámenes de ADN practicados anteriormente, con información genética del indiciado o imputado que repose en bancos de sangre, espermatozoides, laboratorios, consultorios médicos u odontológicos o similares. La Corte observó entonces que en el Código el legislador había decidido dividir en el Título I del Libro II, las actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización, las cuales ubicó en el Capítulo II, de las que por el contrario sí demandaban esa intervención antecedente del juez de control de garantías, que agrupó en el Capítulo III. Para explicar esta configuración, la Corte sostuvo la hipótesis de que “el legislador interpretó” el artículo 250 de la Constitución en el sentido que aquellas diligencias de investigación o indagación que recaen “sobre el cuerpo o la integridad física” requieren autorización judicial previa; al paso que aquellas que restringen otros derechos fundamentales pueden satisfacer lo previsto en la Constitución con un control judicial posterior.[55] Estas consideraciones fueron invocadas en el presente proceso por el Procurador General de la Nación, para defender la exequibilidad de la norma acusada, bajo la asunción de que las operaciones encubiertas, al no ser prima facie intervenciones sobre el cuerpo o la integridad física de la persona imputada o indiciada, no tendrían que ser sometidas a intervención previa del juez de control de garantías. Sin embargo, conviene resaltar que esa era –según la sentencia– una “interpretación del legislador”, y no la de la Corte.[56] La jurisprudencia ciertamente ha

admitido que las intervenciones probatorias sobre el cuerpo o la integridad física cuenten constitucionalmente con revisión previa del juez de control de garantías (C-822 de 2005). Pero eso no significa, a contrario, que por fuera de esas hipótesis los actos investigativos de afectación de derechos fundamentales puedan practicarse sin autorización de juez.

39. La posición de la Corte Constitucional en esta materia se ha ido construyendo, de manera consistente y consolidada, desde la sentencia C-1092 de 2003.[57] En esa ocasión, se debía resolver una acción pública instaurada –entre otros- contra el artículo 250 numeral 2 (parcial) de la Constitución, tal como había sido reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002. En específico, el aparte cuestionado preveía que las diligencias de allanamiento, registro, incautación e interceptación de comunicaciones debían sujetarse a control judicial posterior “al solo efecto de determinar su validez”. El cargo de procedimiento endilgado consistía en que esta última expresión se introdujo solo al final del trámite de formación del acto, y sin embargo tenía la virtualidad de alterar esencialmente el sentido que hasta entonces tenía el proyecto, pues circunscribía una función de control que hasta esa modificación era más amplia. La Corte concluyó que, efectivamente, la introducción de ese segmento solo se había verificado hacia el final del trámite, sin haberse surtido el número de debates exigido en la Constitución (art 375). Además, mostró que era un vicio de procedimiento, por cuanto supuso un “cambio esencial” en el sentido del proyecto aprobado hasta ese momento. Resultaba esencial porque la decisión del Constituyente era, por regla general, sujetar las diligencias de investigación que afectaran derechos humanos a autorización previa del juez, y solo por excepción habría control judicial posterior pero no restringido sino amplio. Así, al restringirse hacia el término del procedimiento parlamentario el ámbito del control judicial, para que solo consistiera en “determinar su validez” (la de las diligencias), se había entonces introducido un cambio esencial al proyecto de reforma. La sentencia C-1092 de 2003 fue entonces explícita en resaltar que el Acto Legislativo 03 de 2002 buscó establecer como “regla general” la intervención previa del juez, para la ejecución de medidas de afectación de derechos fundamentales. Dijo al respecto, expresamente, lo siguiente:

“[p]or medio del acto Legislativo 03 de 2002 el Constituyente optó por afianzar el carácter acusatorio del sistema procesal penal colombiano, estructurando a la Fiscalía General de la Nación como una instancia especializada en la investigación de los delitos y estableciendo que, como regla general, las decisiones que restringen los derechos constitucionales de los

investigados e imputados son tomadas por lo[s] jueces y tribunales”.[58]

40. Como se observa, la Corte no cualifica o agrega ulteriores características a la clase de intervenciones en derechos fundamentales que justifica la revisión previa del juez, en la adopción de medidas de investigación. En posteriores decisiones, la jurisprudencia reiteró esta interpretación.[59] En la sentencia C-336 de 2007 la Corporación debía decidir una demanda ciudadana promovida contra la norma del Código de Procedimiento Penal que facultaba a la policía judicial sin autorización del juez de garantías competente, pero previa orden del fiscal, para adelantar búsquedas selectivas en bases de datos, que implicaran incluso el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado, o la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas.[60] Obsérvese entonces que no se trataba de una técnica de investigación que recayera sobre el cuerpo, la integridad física, o una muestra extraída de la persona, sino de información, ciertamente confidencial, ya incorporada en bases de datos. A pesar de eso, la Corte sostuvo que se trataba de una facultad que, en virtud de lo previsto en el artículo 250 numeral 3 de la Constitución, debía estar precedida de autorización judicial, razón por la cual condicionó su exequibilidad a que haya “orden judicial previa cuando se trate de los datos personales, organizados con fines legales y recogidos por instituciones o entidades públicas o privadas debidamente autorizadas para ello”. Señaló que el artículo 250 numeral 3 Superior preveía como regla general la intervención previa del juez para las medidas que interfieran en el goce efectivo de derechos fundamentales, y que la excepción contemplada en el numeral 2 del mismo precepto, aplicaba exclusiva y estrictamente en materia de registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. Tras examinar las disposiciones constitucionales relevantes, a la luz de la jurisprudencia expedida hasta el momento, indicó entonces:

“[d]e las anteriores referencias jurisprudenciales surgen dos conclusiones de particular relevancia para el asunto bajo examen: (i) que como principio general, toda medida de investigación que implique afectación de derechos fundamentales debe estar precedida de autorización del juez de control de garantías; (ii) que como consecuencia de ello el control posterior autorizado por la Carta (Art. 250.2) respecto de ciertas medidas que afectan derechos fundamentales, configura una excepción a la regla general, y bajo esa condición deben analizarse las hipótesis allí previstas”.[61]

41. Este entendimiento del artículo 250 numeral 3 de la Constitución, conforme al cual dicha norma consagra una regla general de intervención judicial previa para todas aquellas medidas de investigación que interfieran derechos fundamentales, y que no estén expresamente excluidas de ella en el texto constitucional (p.ej. en el artículo 250 numeral 2), se consolidó definitivamente con la sentencia C-131 de 2009.[62] Como se ha indicado en la presente providencia, el artículo 250 numeral 2 de la Constitución dice que los “registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones” no están sujetos a autorización previa, sino posterior, del juez. Se puede apreciar que las “interceptaciones de comunicaciones” pueden adelantarse por orden del fiscal, y con revisión posterior del juez de control de garantías. Pues bien, en la sentencia C-131 de 2009, la Corte Constitucional debía decidir si la prórroga de una orden de interceptación de comunicaciones podía ser tomada exclusivamente por el fiscal. La Corporación sostuvo que la decisión inicial de interceptar las comunicaciones en una persecución penal, era competencia del fiscal a cargo de la causa, con arreglo a lo estatuido en el artículo 250 numeral 2 de la Constitución. Sin embargo, la Corte registró que esa norma solo se refería a la decisión de “[a]delantar” las interceptaciones de comunicaciones, y no a la de prorrogarlas. En contraste, advirtió que el numeral 3 del artículo 250 Superior -ahora bajo interpretación- establecía expresamente que cuando se precisaran “medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales”, debe obtenerse autorización judicial previa. Y como la de prorrogar la interceptación es una medida adicional a la adelantarla inicialmente, la Corte declaró exequible el precepto, con la condición de que para la prórroga era preciso contar previamente con autorización del juez.[63]

42. Es más, la Corte ha entendido que el artículo 250 numeral 3 de la Constitución controla en general otras medidas adicionales, susceptibles de adoptarse dentro de la persecución penal, que impliquen la afectación de derechos fundamentales, incluso si no son en sentido estricto técnicas de investigación. En la sentencia C-591 de 2014, esta Corporación debía resolver la acción pública instaurada contra una norma del Código de Procedimiento Penal, según la cual antes de formularse la acusación, “por orden del fiscal”, podían ser devueltos los bienes y recursos incautados u ocupados a quien tenga derecho a recibirlos, bajo las condiciones previstas en la ley. La disposición legal era cuestionada por cuanto, a juicio del actor, desconocía el artículo 250 numeral 3 de la Carta, toda vez que admitía tomar una medida -como el levantamiento de los actos de incautación u ocupación de bienes- que tenía la potencialidad de afectar derechos fundamentales, por ejemplo de las víctimas o de

terceros, sin revisión previa del juez de control de garantías. La Corte Constitucional coincidió con el ciudadano demandante, y declaró entonces inexecutable las expresiones normativas que supeditaban dicha decisión únicamente a la orden del fiscal, pues el artículo 250 numeral 3 Superior establece que deben tener autorización previa de juez competente.[64]

43. En síntesis, el texto constitucional, los debates parlamentarios que antecedieron a la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, y la interpretación integral de la Constitución que ha sostenido la jurisprudencia indican entonces que, por regla general, para la práctica de medidas de investigación –dentro de la persecución penal– “que impliquen la afectación de derechos fundamentales”, se requiere autorización previa del juez de control de garantías (CP art 250 num. 3). En este contexto, como sostuvo la Corte en la sentencia C-822 de 2005, “[e]l empleo del término ‘afectación’ supone, según su grado, una ‘limitación’ o ‘restricción’ al ejercicio o goce de un derecho fundamental”.[65] Esta regla general tiene excepciones, pues los “registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones” requieren control de juez pero posterior, por expresa disposición constitucional (CP art 250 num. 2). Sin embargo, como lo resaltó esta Corporación en la sentencia C-334 de 2010, por la naturaleza excepcional de ese precepto, “su interpretación y aplicación debe ser taxativa y restrictiva”; es decir, no puede controlar sino las diligencias que, en sentido jurídico estricto, y claramente, constituyan el adelantamiento de “registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones” (CP art 250 num. 2). El intérprete no ha de extender el alcance de esta excepción para aplicarla, más allá de sus límites constitucionales, a otras diligencias de investigación que impliquen afectar derechos fundamentales, pues estas están amparadas por la regla general de intervención previa del juez de control de garantías (CP art 250 num 3). ¿Qué consecuencias se siguen de esta regulación constitucional para el control de la norma acusada?

d. Conclusiones sobre la constitucionalidad del artículo 242 (parcial) del Código de Procedimiento Penal

44. La Corte concluye entonces que las operaciones encubiertas, reguladas por los artículos 241 a 242a del Código de Procedimiento Penal, cuando suponen el ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo y en el domicilio del indiciado o imputado, no son

reducibles jurídicamente a las diligencias de registro, allanamiento o interceptación de comunicaciones. Hay diferencias objetivas entre cada uno de estos procedimientos, tanto en su configuración operativa dentro del orden legal, como en los efectos de interferencia de cada uno en principios constitucionales. En los casos señalados –ingreso a reuniones en el lugar de trabajo y al domicilio del indiciado o imputado-, las operaciones de infiltración mediante agentes encubiertos implican una injerencia en el derecho fundamental a la intimidad, en sus diferentes proyecciones: en el domicilio, en las comunicaciones, en la vida familiar, en el pasado individual y en la cierta legalidad de la intervención del Estado en la vida privada. En vista de lo cual, dado que no se trata entonces de ninguna de las medidas contempladas en el artículo 250 numeral 2 de la Constitución o de una excepción constitucional expresa a la regla general en la materia, y de que implica la afectación de derechos fundamentales y otros principios constitucionales, debe aplicarse el artículo 250 numeral 3 de la Carta Política.

45. Esto significa que cuando las operaciones encubiertas supongan el ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del indiciado o imputado, deberá obtenerse “la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello” (CP art 250-3), y así se indicará entonces en la parte resolutive de esta sentencia. Con el fin de mantener el carácter reservado de la operación, y preservar los bienes jurídicos del agente encubierto, el procedimiento para obtener la autorización del juez de control de garantías deberá sujetarse a la más estricta reserva.[66] En cualquier caso, la Fiscalía General de la Nación y la policía judicial deberán maximizar la protección de los bienes jurídicos de quienes participan en las actuaciones encubiertas, y hacer un uso óptimo de los instrumentos de protección admitidos en el ordenamiento. El legislador, y los órganos encargados de reglamentar la materia, podrán también disponer lo que resulte necesario, en el marco de la Constitución, para garantizar los derechos fundamentales comprometidos por las operaciones encubiertas, sin perjudicar la eficacia de la investigación o los bienes jurídicos de quienes decidan participar como agentes encubiertos en las operaciones de infiltración.

46. La garantía constitucional, así entendida, no resultaría inane o irrelevante, como insinúa el Ministerio de Defensa Nacional en el presente proceso. El control previo del juez garantiza que en efecto la medida se proyecte, en general, conforme al orden legal y constitucional sobre la materia. En consecuencia, la intervención previa del juez es una garantía de que

las operaciones encubiertas, cuando supongan el ingreso del agente a las reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado, se dispongan –entre otras condiciones- cuando haya motivos fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en el Código, para inferir que el imputado o indiciado continúa desarrollando actividades criminales; que su adopción resulte indispensable para el éxito de las tareas de investigación; que la operación cuente con la autorización del director nacional o seccional de fiscalías; que los actos de investigación se desarrollen sobre quien tenga la calidad de imputado o indiciado, y dentro de una estrategia de infiltración en organizaciones criminales. En esto, la Corte debe reconocer que la propia Fiscalía General de la Nación ya había avanzado una interpretación homóloga del ordenamiento, en la Resolución 3865 del 26 de junio de 2008. Sin que esto suponga considerarla un referente autorizado de interpretación de la Constitución, cabe resaltar su contenido por ser pertinente para mostrar que, en opinión del propio órgano de persecución criminal, la presente decisión no introduce un requisito superfluo o contrario a la eficaz investigación del delito:

“[a]rtículo 9º. Orden previa del Juez de Control de Garantías. En el evento en que se advierta como consecuencia del análisis de la información, que el agente encubierto, en desarrollo de su misión, pueda llegar a afectar derechos fundamentales, deberá obtenerse, además de lo previsto en el artículo 8, orden previa del Juez de Control de Garantías”.

Decisión a tomar en la presente sentencia

47. En esta ocasión, el cargo de inconstitucionalidad contra el artículo 242 (parcial) del Código de Procedimiento Penal se centró en que no prevé sino un control judicial posterior, y no una revisión previa del juez de control de garantías, a las operaciones encubiertas cuando implican el ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado. La Corte concluye que, en tales hipótesis, por tratarse de una medida que afecta derechos fundamentales, debe estar precedida de autorización del juez de control de garantías, y sin perjuicio del control posterior. Por no estar configurado de ese modo, el artículo 242 (parcial) demandado desconoce el artículo 250-3 de la Constitución, leído en concordancia con los artículos 15, 28 y 93 Superiores. En consecuencia, declarará exequible el artículo 242 (parcial) del Código de Procedimiento Penal, con la condición de 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. No sería procedente entonces, en este caso, declarar inexecutable el inciso cuestionado, que consagra el control judicial solo posterior a la terminación de las actuaciones encubiertas, pues este operaría en los casos en que las operaciones no supongan, como en los aquí examinados, una afectación de derechos fundamentales.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el artículo 242 (parcial) del Código de Procedimiento Penal, con la condición de 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.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Con salvamento de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-156/16

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL FRENTE A LA ACTUACION DE AGENTES ENCUBIERTOS-
Cargos formulados adolecen de precariedad argumental (Salvamento de voto)

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Carácter público (Salvamento de voto)/DEMANDA DE
INCONSTITUCIONALIDAD-Cargos deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y
suficientes (Salvamento de voto)

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL FRENTE A LA ACTUACION DE AGENTES ENCUBIERTOS-
Técnica especial de investigación se encuentra debidamente reglada y habilitada como
idónea (Salvamento de voto)/ACTUACION DE AGENTES ENCUBIERTOS-Resulta inadecuado
solicitar autorización previa al juez de control de garantía para ingresar al lugar de trabajo o
domicilio del imputado o indiciado (Salvamento de voto)

ACTUACION DE AGENTES ENCUBIERTOS-No supone inevitablemente interferencia en
garantías constitucionales (Salvamento de voto)/ACTUACION DE AGENTES ENCUBIERTOS-
Operación especial de la policía judicial orientada a conseguir evidencias (Salvamento de
voto)/ACTUACION DE AGENTES ENCUBIERTOS-Operación especial debe contar con
autorización judicial previa si afecta derechos fundamentales (Salvamento de
voto)/(Salvamento de voto)/ACTUACION DE AGENTES ENCUBIERTOS-No inciden
gravemente en los derechos fundamentales del indiciado o imputado (Salvamento de
voto)/ACTUACION DE AGENTES ENCUBIERTOS Y CONTROL JUDICIAL POSTERIOR-
Instrumento de protección que verifica la razonabilidad de los motivos que la originaron
(Salvamento de voto)/ACTUACION DE AGENTES ENCUBIERTOS Y CONTROL JUDICIAL
POSTERIOR-Prexistencia de autorización de la Fiscalía y levantamiento de actas tras cada
acto (Salvamento de voto)

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL FRENTE A LA ACTUACION DE AGENTES ENCUBIERTOS-
Norma no prevé que actos de investigación están sujetos a reserva judicial de carácter
previo (Salvamento de voto)/INTERCEPTACION Y REGISTRO DE CORRESPONDENCIA Y
DOMICILIO-Solo pueden practicarse previa orden judicial (Salvamento de voto)/ACTUACION
DE AGENTES ENCUBIERTOS-No se produce vulneración si se gana la confianza del indiciado
o imputado y si interfiere con su consentimiento (Salvamento de voto)/LEGISLADOR-Puede
prever casos de posibles actos de investigación e indagación en que no sea necesario
permiso de autoridad judicial (Salvamento de voto)

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL FRENTE A LA ACTUACION DE AGENTES ENCUBIERTOS-
Límite de operatividad no es adecuado por cuanto constituye valiosa herramienta para
combatir la criminalidad (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-10950. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 242
(parcial) de la Ley 906 de 2004 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.”

Magistrado Ponente:

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Discrepo de la decisión de la mayoría que declaró “exequible el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal (parcial) con la condición de 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 garantía, y sin perjuicio del control posterior”, en razón de que se logra advertir que los cargos formulados por el demandante adolecen de precariedad argumental en desconocimiento de las norma legales y de las exigencias jurisprudenciales que atañen a la interposición de esta clase de acciones.

Es claro, que debido al carácter público de la acción de inconstitucionalidad no resulta exigible la adopción de una técnica específica, sin embargo, es imperioso exponer las razones en que se sustenta la demanda, de una forma clara, cierta, específica, pertinente y suficiente. En el caso presente no se debió penetrar en el estudio de fondo del asunto, situación frente a la cual la inhibición, era la única alternativa a seguir.

Es por lo expuesto que participó a cabalidad de las consideraciones esbozadas por el Ministerio Público en su concepto en cuanto sostuvo que:

Entre las actuaciones de la Fiscalía que no requieren autorización judicial previa, están las que no comprometen derechos fundamentales y que la operación de agentes encubiertos es una de las actuaciones que “no supone inevitablemente” la interferencia en garantías constitucionales. Que, sin embargo, en este caso la norma examinada prevé que, en desarrollo de su misión, si el agente encuentra que hay lugares en los cuales puede haber información útil, lo debe hacer saber a la Fiscalía, para que disponga una operación especial de la policía judicial orientada a conseguir evidencias. Estas operaciones especiales, en la medida que sí suponen una afectación de derechos fundamentales sí deben contar con autorización judicial previa. Las actuaciones de los agentes encubiertos, en cambio, que en principio se encaminan a obtener información que posteriormente facilite el recaudo de pruebas, no implican incidir gravemente en los derechos fundamentales del indiciado o imputado. Por lo cual, el control judicial posterior es un instrumento de protección suficiente, que verifica la razonabilidad de los motivos que la originaron, así como la preexistencia de

una autorización de la Dirección competente de Fiscalías, y el respeto por otras formalidades como el levantamiento de las actas tras cada acto.

Igualmente comparto con el Ministerio Público que ninguna de las normas constitucionales invocadas en la demanda prevé expresamente que actos de investigación como los que efectúan los agentes encubiertos estén sujetos a una reserva judicial de carácter previo y que si bien, conforme a los artículos 15 y 28 de la Constitución, la interceptación y registro de correspondencia y demás formas de comunicación privada, lo mismo que el registro del domicilio, solo pueden practicarse previa orden judicial, resulta preponderante el hecho de que en sus actuaciones el agente encubierto se gana la confianza del indiciado o imputado, y si interfiere en alguno de estos ámbitos es con su consentimiento, por lo cual ya no es claro que se produzca vulneración alguna de los derechos fundamentales. Aunque estos actos no están enunciados en el artículo 250 numeral 2 de la Constitución, entre los que no requieren autorización judicial previa, razonando en sentido contrario, eso no significa que entonces sí deban tener autorización previa de juez competente. El legislador puede, por fuera de esas hipótesis, prever algunos casos en los cuales son posibles actos de investigación e indagación, que no afecten gravemente derechos fundamentales y, en tal virtud, no sea necesario que estén precedidos por mandamiento o permiso de autoridad judicial.

Por lo demás, a no dudarlo, en la práctica, múltiples situaciones pueden presentarse relacionadas con la necesidad del ingreso del agente encubierto al domicilio o sitio de trabajo del sindicado o imputado, aun cuando el primero no se haya propuesto realizar precisamente dicha incursión, derivadas de la dinámica propia de aquellas circunstancias en que se desenvuelven estas operaciones, caracterizadas por la presencia de un ambiente de mutua y estrecha confianza frente al cual abstenerse de incursionar en dichos ámbitos sin una explicación razonable cuando lo obvio sería hacerlo, no solo resultaría insensato, sino que, además, podría generar sospechas que den al traste con la investigación.

Lo anterior claramente desaconseja que abruptamente se interrumpa el normal desarrollo de la relación de confianza ganada en aras de obtener la autorización previa que estableció la decisión de mayoría. En efecto, por ejemplo, con base en la cercanía de las relaciones trabadas es posible que el implicado le solicite expresamente al agente que lo acompañe a su domicilio o al sitio de trabajo, donde se puede estar planificando o gestando

actividades ilícitas y que de acuerdo con el nuevo requisito deducido por la mayoría, este deba reusarse por no existir la autorización previa del juez de garantía, la cual no se pidió antes por cuanto no se pensaba invadir dichos ámbitos, pero esa negativa bien podría convertirse en una voz de alerta para el investigado. Incluso puede que la oportunidad no se repita y que la autorización previa que se logre para dicho ingreso ya no sirva para nada. Por lo demás la actitud omisiva del agente en este caso podría generar situaciones que comprometan su vida o integridad personal.

No me cabe duda de que si de ponderar se trata entre el derecho a la intimidad de sindicatos que conforman estructuras criminales que hoy por hoy suelen actuar con extremo sigilo y el deber de protección que se le impone al Estado de preservar la vida, la honra y los bienes de los ciudadanos en general como uno de los fines esenciales de nuestra organización política y social, habría que decantarse por favorecer este último enfoque. Máxime si se tiene en cuenta la realidad que actualmente vive nuestro país en materia delincencial, producto de la corrupción, el narcotráfico y otras actividades ilícitas que se adelantan mancomunadamente y que, de tiempo atrás, vienen socavando el orden público y distanciándonos del ideal de la convivencia pacífica que enuncia nuestra carta.

El instrumento que se discute constituye una valiosa herramienta para combatir la aludida problemática. Creo entonces que limitar su operatividad, estableciéndole una exigencia en aras de darle, supuestamente, mayores garantías a los investigados por considerar insuficiente la que el legislador ya había consagrado en términos que considero suficientes y adecuados, no fue la mejor decisión.

Fecha ut supra

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

OPERACIONES ENCUBIERTAS DE INVESTIGACION PENAL QUE IMPLIQUEN INGRESO DE AGENTE A REUNIONES EN LUGAR DE TRABAJO O DOMICILIO DEL IMPUTADO O INDICIADO-La Corte debió declarar la constitucionalidad pura y simple de la norma demandada (Salvamento de voto)

OPERACIONES ENCUBIERTAS DE INVESTIGACION PENAL QUE IMPLIQUEN INGRESO DE AGENTE A REUNIONES EN LUGAR DE TRABAJO O DOMICILIO DEL IMPUTADO O INDICIADO-Concepción dinámica del texto constitucional e interpretación de los derechos fundamentales (Salvamento de voto)

OPERACIONES ENCUBIERTAS DE INVESTIGACION PENAL QUE IMPLIQUEN INGRESO DE AGENTE A REUNIONES EN LUGAR DE TRABAJO O DOMICILIO DEL IMPUTADO O INDICIADO-Derecho penal y el necesario equilibrio entre la eficacia y garantía (Salvamento de voto)

OPERACIONES ENCUBIERTAS DE INVESTIGACION PENAL QUE IMPLIQUEN INGRESO DE AGENTE A REUNIONES EN LUGAR DE TRABAJO O DOMICILIO DEL IMPUTADO O INDICIADO-Persecución penal de la criminalidad organizada, importancia de la Fiscalía General de la Nación (Salvamento de voto)

OPERACIONES ENCUBIERTAS DE INVESTIGACION PENAL QUE IMPLIQUEN INGRESO DE AGENTE A REUNIONES EN LUGAR DE TRABAJO O DOMICILIO DEL IMPUTADO O INDICIADO-Establecimiento de un control judicial previo de las operaciones encubiertas (Salvamento de voto)

OPERACIONES ENCUBIERTAS DE INVESTIGACION PENAL QUE IMPLIQUEN INGRESO DE AGENTE A REUNIONES EN LUGAR DE TRABAJO O DOMICILIO DEL IMPUTADO O INDICIADO-Establecimiento de un control judicial previo de la actuación del agente encubierto requería un ejercicio de ponderación de principios (Salvamento de voto)

OPERACIONES ENCUBIERTAS DE INVESTIGACION PENAL QUE IMPLIQUEN INGRESO DE AGENTE A REUNIONES EN LUGAR DE TRABAJO O DOMICILIO DEL IMPUTADO O INDICIADO-Interpretación del texto constitucional realizada por la mayoría de la Corte, no fue receptiva de las necesidades actuales en materia de política criminal para combatir organizaciones

delincuenciales y del balance necesario entre la eficacia del derecho penal y las garantías de los derechos fundamentales (Salvamento de voto)

OPERACIONES ENCUBIERTAS DE INVESTIGACION PENAL QUE IMPLIQUEN INGRESO DE AGENTE A REUNIONES EN LUGAR DE TRABAJO O DOMICILIO DEL IMPUTADO O INDICIADO-Implementación de una revisión judicial previa, para efectos de la persecución penal de la macrocriminalidad, constituye una visión semántica del texto Superior, ajena a las realidades sociales y al riesgo de los bienes jurídicos protegidos a los que somete la delincuencia organizada (Salvamento de voto)

OPERACIONES ENCUBIERTAS DE INVESTIGACION PENAL QUE IMPLIQUEN INGRESO DE AGENTE A REUNIONES EN LUGAR DE TRABAJO O DOMICILIO DEL IMPUTADO O INDICIADO-Implementación de una revisión judicial previa se erige en un obstáculo desproporcionado para alcanzar los fines y objetivos del proceso penal (Salvamento de voto)

OPERACIONES ENCUBIERTAS DE INVESTIGACION PENAL QUE IMPLIQUEN INGRESO DE AGENTE A REUNIONES EN LUGAR DE TRABAJO O DOMICILIO DEL IMPUTADO O INDICIADO-Implementación de una revisión judicial previa representa una seria amenaza para otros principios constitucionales, en especial, para los derechos fundamentales del agente encubierto que debe dar cumplimiento a la misión encomendada por la Fiscalía General de la Nación (Salvamento de voto)

OPERACIONES ENCUBIERTAS DE INVESTIGACION PENAL QUE IMPLIQUEN INGRESO DE AGENTE A REUNIONES EN LUGAR DE TRABAJO O DOMICILIO DEL IMPUTADO O INDICIADO-No se acreditó que el control posterior previsto por el legislador en la norma objeto de censura constitucional fuera ineficaz para garantizar el derecho fundamental a la intimidad de las personas que puedan verse afectadas con el procedimiento adelantado (Salvamento de voto)

Referencia: Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 242 (parcial) de la Ley 906 de 2004 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Magistrado Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a continuación las razones que me conducen a disentir de la decisión adoptada por la Sala Plena, en sesión del 6 de abril de 2016, que por votación mayoritaria profirió la sentencia C-156 de 2016, de la misma fecha.

La providencia de la que me aparto, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 242 (parcial) de la Ley 906 de 2004, bajo el entendido 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.”

Las líneas argumentativas sobre las que se edificó la sentencia de la referencia, gravitaron en torno a: i) el contexto normativo, alcances y condiciones legales para la actuación del agente encubierto en el marco del proceso penal. Análisis de los debates parlamentarios antecedentes a la reforma legislativa; ii) las características específicas de las operaciones encubiertas en la persecución penal. Regulación constitucional de la reserva judicial para medidas de investigación y prueba que afecten derechos fundamentales; y, iii) decisión.

En este salvamento de voto me aparto de la argumentación que sustenta las partes considerativa y resolutive de la sentencia proferida por la Sala Plena, pues esta Corporación debió declarar la constitucionalidad pura y simple de la norma demandada.

Conforme a lo expuesto, fundan mi disenso las siguientes razones: i) la concepción dinámica del texto constitucional y la interpretación del contenido de los derechos fundamentales; ii) el derecho penal y el necesario equilibrio entre eficacia y garantía. La importancia de la Fiscalía General de la Nación en la persecución de la criminalidad organizada (macrocriminalidad); iii) el establecimiento de un control judicial previo y los desafíos argumentativos de la decisión.

Concepción dinámica del texto Constitucional. Una Constitución viviente

1. ¿Cómo concebimos nuestra Constitución? ¿Es una máquina o un organismo?[71] Desde una postura originalista, el texto Constitucional es una máquina que puede funcionar de manera eterna, para lo cual sólo basta con seguir las instrucciones del manual operativo[72].

Por su parte, quienes conciben la Carta como un organismo, consideran que la Constitución no es simplemente una máquina cuya operación está condicionada a la plena observancia de sus instrucciones, pues su texto inicial y sus enmiendas fueron rebasadas por las realidades políticas y sociales que han tratado de reconfigurar[73]. Para WILSON, la gente debería dejar de lado su obsesión por el contenido literario del Acuerdo Político y preocuparse por la evolución orgánica de los patrones de autoridad en el mundo real.

De esta manera, los progresistas conceptualizan la Constitución como un “derecho viviente”[74] o como una “carta viviente”[75] que es “capaz de crecer”[76], pues dicho texto Superior es sensible o receptivo a la evolución de las necesidades sociales y a los ideales de justicia fundamental[77].

2. Estas teorías tienen sendas pretensiones de universalidad que en principio se muestran opuestas, pero que en realidad no se excluyen y tienden a ser complementarias. En efecto, es innegable que con el paso del tiempo, el juez se percata de los patrones cambiantes de las costumbres sociales y de esta manera se mantiene una sintonía del derecho con el desarrollo social[78], sin que implique desechar la importancia de la soberanía popular fundadora de la Constitución[79].

De esta manera, el trabajo del Tribunal constitucional no gravitara en torno a la defensa del concepto original de los textos superiores legados por los constituyentes fundadores, ni por la salvaguardia de la reconstrucción y supervivencia orgánica de los mismos. Su tarea recae en la reflexión sobre todos los principios reafirmados por el pueblo para usarlos como pesos y contrapesos a las pretensiones políticas del día. Es decir, se trata de una pretensión organicista de diálogo dinámico entre generaciones que ofrezca como resultado una evaluación realista de la vida democrática contemporánea[80].

3. Conforme a lo expuesto, la labor del interprete autorizado de la Carta, es trascendental para el derecho constitucional y la democracia, pues si la hermenéutica utilizada por el Tribunal se muestra poco sensible con la realidad social, con el tiempo los ciudadanos, que son los destinatarios de los derechos contenidos en el Texto, la considerarán ilegítima y opresiva, y en consecuencia, la repudiarán[81].

4. En conclusión, la interpretación del texto constitucional por parte de los Tribunales autorizados para tal fin, no debe radicalizarse en posturas originalistas o

reconstructivistas, sino que debe propugnar por un ponderado equilibrio que permita su evolución ante las actuales realidades sociales a través de un genuino diálogo entre generaciones, con la finalidad de dotar de sensibilidad y recepción a la Constitución, para que tenga la capacidad de crecer a partir de sus bases fundantes.

Interpretación de los derechos fundamentales

5. Uno de los principales contenidos de la Constitución son los catálogos de derechos, por lo que la vigencia de los mismos y la idea de su aplicación directa, le confiera a su interpretación una especial y trascendental importancia[82]. De esta suerte, para BÖCKENFORDE “Las disposiciones sobre derechos fundamentales (...) son, conforme a la literalidad y morfología de sus palabras, fórmulas lapidarias y preceptos de principio que carecen en sí mismas (...) de un único sentido material.”[83]

Así, para que configuren derecho directamente aplicable y efectivo, necesitan de una interpretación diferente a la utilizada para los preceptos legales, es decir, no basta con que sea meramente explicativa sino “rellenadora” en forma de desciframiento o concretización[84].

6. Como resultado de lo anterior, la concretización del contenido de los derechos no encuentra ningún punto de conexión suficiente en la literalidad, el significado de las palabras y el contexto normativo. El punto de inflexión es una teoría de los derechos fundamentales que permita una concepción sistemática que se oriente hacia el carácter general, la finalidad normativa y el alcance material de los derechos fundamentales[85].

7. En la concretización de los contenidos de los derechos fundamentales la concepción de Constitución juega un papel trascendental, es decir, si el juez constitucional considera que el texto Superior es sensible y recepciona las necesidades actuales y reales de la sociedad, o simplemente se encuentra atado a los dictámenes de los fundadores. Este ejercicio en gran medida permitirá identificar qué clase de Constitución tiene el Estado, que en términos de LOEWENSTEIN, implicaría ser: i) normativa: en la que se verificaría una concordancia entre las normas constitucionales y la realidad del proceso de poder; ii) nominal: la que podrá ser jurídicamente válida pero carente de realidad existencial, pues el proceso político no se adapta a sus normas; o, iii) semántica: en donde la Carta es plenamente aplicada, sin embargo, su realidad ontológica es reflejo de la formalización de la existente

situación política en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fáctico[86].

El derecho penal en la sociedad del riesgo y el necesario equilibrio entre eficacia y garantía

8. El tránsito de nuestra colectividad hacia un escenario postindustrializado, nos ubica en lo que BECK ha denominado “sociedad del riesgo”[87], configurada por avances científicos y tecnológicos, un fuerte desarrollo de los medios de transporte y de comunicación y un claro debilitamiento de los vínculos humanos[88].

El avance social en estos aspectos ha generado la evolución de la delincuencia, que en la sociedad postindustrial presenta particulares características que influyen en los valores que orientan la política criminal del Estado, que a su turno guía la dogmática penal[89].

Ante este escenario, surge una evidente tensión entre garantía y eficacia[90], por lo que la superación de esta colisión, involucra la necesidad de analizar la finalidad actual del derecho penal y sus límites constitucionales. Así, la concepción instrumental del derecho penal en la persecución estatal de los delitos ha de complementarse con el papel de limitador del poder y garante de los derechos fundamentales tanto de las personas sometidas al proceso[91], como de las víctimas del delito.

En ese orden de ideas, el derecho penal permite el ejercicio del poder punitivo del Estado para establecer la responsabilidad en la comisión de delitos y combatir la criminalidad[92], sin eludir la garantía de los derechos fundamentales de los destinatarios de la norma, pues debe ser sensible para percibir las restricciones a los mismos, en especial, cuando se trata de un derecho penal que administra violencia estatal y aplica dolor al acusado[93].

Bajo ese entendido, el proceso penal debe considerar, en palabras del maestro FERRAJOLI, un ejercicio de tutela que minimice la violencia y se maximice la libertad[94], sin perjuicio de que las mismas no se conviertan en un obstáculo para el ejercicio de otros principios, valores y derechos consagrados en la Constitución.

9. Visto lo anterior, el gran desafío del derecho penal y procesal penal es mantener un equilibrio proporcionado entre eficacia y garantía, pues de una parte, no pueden alcanzarse los fines instrumentales del poder punitivo sin ningún límite en materia de derechos

fundamentales; y de otra, las garantías no pueden concebirse de manera abusiva de tal forma que generen un peligro para el ejercicio de otros principios, valores y derechos contenidos en la Carta.

La persecución penal de la criminalidad organizada

10. Dentro de las expresiones de lo que podría denominarse postdelincuencia, se encuentra la criminalidad organizada, concepto de difícil consenso en la doctrina. En ocasiones, ha sido considerado como un fenómeno voluble, complejo, sumamente cambiante y por tanto difícil de aprehender en las normas penales[95]. Para CAPARRÓS, debe haber conciencia de la imposibilidad de un concepto unívoco de organización criminal, pues su entendimiento no puede limitarse a un rígido patrón fenomenológico, puesto que su dinamismo va de la mano de la evolución de la sociedad actual[96].

Por su parte, RODRÍGUEZ GARCÍA considera que el concepto de crimen organizado muestra una realidad compleja sobre la cual los esfuerzos institucionales, supranacionales y transfronterizos se revelan poco efectivos en materia de prevención, investigación y represión[97].

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000, establece que una organización criminal es “(...) 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”[98]

En la Decisión Marco 2008/841/JAI del 24 de octubre de 2008, proferido por el Consejo de la Unión Europea, se establece que la organización delictiva es: “(...) una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos (...) con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”[99]

12. El principal problema que enfrentan los Estados en la punición de las organizaciones criminales (macrocriminalidad) son las complejas ramificaciones de las mismas y las

dificultades para la persecución de sus actividades, pues se benefician de las limitaciones de los ordenamientos tradicionales y de los obstáculos en materia de cooperación de los Estados[101].

Esta forma de delincuencia se aparta de las características del crimen común y tradicional, puesto que: i) generalmente están divididos en células esparcidas por diferentes territorios, lo que dificulta la localización de quienes dirigen el grupo; ii) se configura a manera de una estructurada empresa comercial, es decir, al interior de la organización criminal existe una división sectorial de las actividades delictivas; iii) no es una forma cotidiana de violencia, pues se valen de las lógicas y potencialidades de la globalización; iv) opera la “ley del silencio”; v) han perfeccionado los mecanismos de contrainteligencia para infiltrarse en los poderes constitucionalizados, lo que configura una especie de “captura del Estado” o “penetración del Estado” [102].

13. La forma de persecución penal que adopta el Estado para combatir la criminalidad organizada exige un fuerte esfuerzo institucional, que se manifiesta en variados mecanismos y técnicas de investigación.

De esta manera, los ordenamientos jurídicos de los Estados han dispuesto de “(...)técnicas de investigación que comprenden figuras como el seguimiento pasivo de personas o cosas, entregas vigiladas, informantes, agentes encubiertos, interceptación de comunicaciones, vigilancia electrónica, entre otras, que permitan a las autoridades establecer y comprobar delitos con tan alto grado de sofisticación y complejidad como los realizados por las organizaciones criminales, buscándose alcanzar a los más importantes partícipes de los mismos.”[103]

14. En el caso colombiano, la Fiscalía General de la Nación por mandato del artículo 250 de la Carta, es la titular del ejercicio de la acción penal, por lo tanto, tiene la obligación de investigar los hechos que tengan la naturaleza de delito, entre los cuales se incluye la persecución de la criminalidad organizada, en el marco de un proceso penal con tendencia acusatoria.

Bajo ese entendido, la Corte ha establecido que el nuevo modelo procesal penal, se fundamenta en los siguientes presupuestos: i) fortalece la función investigativa y de acusación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; ii)

instituye una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar; y, iii) crea la figura del juez de control de garantías, a quien se le asignó la labor de ejercer un control previo y posterior de las actividades y diligencias adelantadas por la Fiscalía General en ejercicio de su actividad investigativa[104].

15. Ahora bien, una de las técnicas de investigación con los que cuenta la Fiscalía General de la Nación para la persecución del delito y la macrocriminalidad son los agentes encubiertos, conforme al artículo 242 de la Ley 906 de 2004, norma que fue declarada exequible bajo la condición de que cuando aquellas operaciones encubiertas impliquen el ingreso del agente 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.

Para la doctrina, las operaciones encubiertas consisten en el empleo de agentes de policía o de manera excepcional particulares, que se introducen en una organización delictiva, provistos de una falsa identidad para recolectar información como elementos de prueba que demuestren la responsabilidad penal. Este mecanismo se usa generalmente para combatir graves delitos y en aquellas estructuras criminales en donde se dificulta el esclarecimiento de los hechos, sobre los cuales otros medios de investigación han fracasado[105].

La legislación procesal penal reguló esta técnica de investigación en el artículo 242 de la Ley 906 de 2004, especialmente utilizada para combatir la criminalidad organizada. Inicialmente la norma establecía un control de legalidad posterior por parte del juez de control de garantías, en atención a la remisión sobre las normas que regulan el registro y el allanamiento.

Lo anterior implicaba que la actuación de la Fiscalía tenía diversos niveles de control de legalidad y de constitucionalidad, de una parte, el auto control previo realizado por esa entidad; y de otra; el posterior realizado por el juez de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes a la terminación de la operación encubierta.

Frente a este aspecto, la Corte en sentencia C-025 de 2009, había manifestado que:

“(…) la audiencia de control de legalidad tiene como propósito específico ejercer un control posterior sobre las diligencias previstas en las normas acusadas, esto es, la revisión formal

y material del procedimiento utilizado en la práctica de las medidas de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones, actuación de agentes en cubierta, entrega vigilada de objetos, búsqueda selectiva en base de datos y práctica de exámenes de ADN. Por su intermedio, se busca entonces que el juez de garantías verifique si las citadas medidas respetaron los parámetros constitucionales y legales fijados para su práctica y ejecución, e igualmente, que no hayan desconocido con su proceder garantías fundamentales.”

16. No obstante lo anterior, la sentencia C-156 de 2016, de la cual me aparto en este salvamento de voto, estableció la obligación de un control judicial previo por parte del juez de control de garantías cuando se realicen operaciones encubiertas que impliquen el ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado, puesto que consideró que la norma demandada permitía la realización de actividades investigativas que afectaban derechos fundamentales, facultad que desconocía el artículo 250 numeral 3° en concordancia con los artículos 15, 28 y 93 Superiores. Sin embargo, la declaratoria de exequibilidad condicionada de la norma y sus fundamentos ofrecen serios problemas argumentativos, como pasa a exponerse.

El establecimiento de un control judicial previo de las operaciones encubiertas

Desconocimiento de un fenómeno criminológico

17. Previamente se advirtió que el complejo entramado que envuelve la criminalidad organizada, caracterizada por el alto nivel de violencia y sofisticación, socaba los principios básicos de la vida comunitaria y la esencia estatal, se traduce en descomposición social e inestabilidad política[106] y constituye un desafío sin precedentes para el Estado y la sociedad[107].

18. De esta manera, la sensibilidad a la nueva realidad no era solo legal, pues el texto estudiado en la sentencia de la referencia así lo había contemplado al consagrar mecanismos de investigación para enfrentar estas organizaciones macrocriminales y una especial forma de control judicial, sino también del Texto Superior, en el que la Corte debió responder a la necesidad de perseguir estas conductas delictivas, mediante el uso de técnicas forenses adecuadas y controles judiciales idóneos que permitieran alcanzar un equilibrio entre la eficacia del proceso penal y las garantías de los derechos fundamentales,

a través de una interpretación que concretice los contenidos de los derechos fundamentales que eventualmente podrían ser restringidos en estos especiales eventos y las formas de revisión jurisdiccional de las mencionadas actividades de investigación criminal.

19. Sin embargo, la decisión adoptada por la mayoría de la Corte, estableció un control judicial previo con pretensión de constituirlo en universal y absoluto para todas las medidas investigativas que adelante la Fiscalía General de la Nación que impliquen el uso de operaciones encubiertas, a partir de una simple aplicación silogística de la regla constitucional contenida en el numeral 3° del artículo 250 Superior. Esta postura jurisprudencial genera deficiencias argumentativas en las siguientes cuestiones:

a. Las amplias facultades de configuración del Legislador en materia penal, en especial en la definición de los métodos de investigación y su control judicial: la Corte en la sentencia de la referencia, no analizó la facultad de configuración que tiene el Legislador en materia de persecución penal[108] de la macrocriminalidad, los métodos de investigación para tales fines y la revisión judicial de los mismos, en donde, por razones de política criminal, puede establecer que los mismos sean previos o posteriores.

b. La (in)eficacia del control judicial posterior: la postura mayoritaria partió de un presupuesto que configura una falacia de generalización indebida, pues si bien el control judicial previo es un mecanismo de protección de derechos fundamentales, no es el único medio idóneo para la garantía de los mismos. El argumento de la Corte dirigido a concluir que solo el control previo es el que protege los derechos fundamentales del investigado desdibuja injustificadamente la eficacia del examen preliminar de legalidad y constitucionalidad que debe efectuar la Fiscalía (no debe olvidarse que el artículo 242 de la Ley 906 de 2004, exige que exista autorización previa del Director Nacional o Seccional de Fiscalías para adelantar la respectiva operación encubierta) y la revisión judicial posterior que realice el juez de control de garantías.

Bajo ese entendido, la sentencia de la cual me aparto omitió exponer, con base en motivos de razón suficiente, la supuesta ineficacia de los otros mecanismos de control judicial de la actuación del Fiscal del caso para privilegiar de manera absoluta un único medio de examen jurisdiccional precedente.

c. El efecto útil del control judicial previo: la sentencia de la cual me aparto, no tuvo en

cuenta la necesaria remisión al efecto útil de la implementación del control judicial previo a las operaciones encubiertas desarrolladas por la Fiscalía. De esta manera, era necesario establecer los alcances de la actuación del juez de control de garantías para la revisión de las actividades investigativas desplegadas en estos eventos, en especial en materia de: i) aspectos sometidos a su conocimiento; ii) publicidad de la audiencia y la reserva de la investigación; y iii) eficacia real y no semántica de la revisión judicial previa como garantía del derecho fundamental a la intimidad.

20. En conclusión, a partir de una concepción semántica de la Carta, con pleno apego a la literalidad del texto, la Corte desconoció las actuales necesidades derivadas de la persecución de organizaciones criminales, que como quedó expuesto, configuran un fenómeno criminológico moderno, dinámico y complejo. Bajo esta perspectiva, la sentencia no presentó argumentos que demostraran la falta de idoneidad y eficacia del control judicial posterior que había establecido el Legislador, situación que también trasciende hacia el efecto útil de la medida de protección y de garantía adoptada por la Corte, en el sentido de establecer con pretensión de universalidad, la revisión judicial preliminar de cada operación encubierta que realice la Fiscalía.

El establecimiento de un control judicial previo de la actuación del agente encubierto requería un ejercicio de ponderación de principios

21. El control de constitucionalidad realizado por la Corte en la sentencia de la referencia, relacionado con la necesidad de implementar el control judicial preliminar a las operaciones encubiertas realizadas por la Fiscalía, exigía un ejercicio argumentativo más sólido que excedía las limitaciones propias del silogismo jurídico aplicado, pues no se trataba de la simple verificación de la reglas Constitucionales contenidas en los numerales 2° y 3° del artículo 250 de la Carta, es decir, transcendía de la aplicación mecánica de una regla Superior relacionada con la forma de garantizar la protección de los derechos fundamentales durante la investigación penal y ubicaba el debate en la necesaria ponderación de principios constitucionales en colisión.

En efecto, la posición mayoritaria que profirió la providencia de la cual me aparto, identificó el derecho fundamental a la intimidad como aquel que puede afectarse en mayor forma con la ejecución de las operaciones encubiertas desplegadas por la Fiscalía. De esta

manera, consideró que la única manera de asegurar la protección de este derecho, era a través de la revisión judicial preliminar por parte del juez de control de garantías. Sin embargo, en este caso, se presentaba una fuerte tensión entre el derecho fundamental a la intimidad y otros principios constitucionales, como pasa a verse a continuación:

a) Las facultades y mandatos constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, en materia de persecución de los delitos mediante el uso de recursos técnicos necesarios, adecuados y suficientes para combatir las conductas punibles (art. 250 C.P.)

b) El carácter reservado de las investigaciones penales;

c) La eficiencia y eficacia de la administración de justicia, en especial del derecho penal;

d) Los derechos fundamentales a la vida y la integridad personal de los agentes encubiertos.

e) La libertad de configuración normativa del Legislador en el diseño del proceso penal y la determinación de los mecanismos de investigación de la Fiscalía General de la Nación.

22. Conforme a lo expuesto, la posición mayoritaria adoptó una visión garantista de los derechos fundamentales que a la postre puede implicar el sacrificio razonable y proporcional de los principios previamente expuestos. En efecto, no se puede llegar al absurdo de que el garantismo penal constituya un obstáculo insalvable para la eficacia del proceso punitivo como instrumento para la persecución del delito.

Era necesario considerar que tanto los derechos fundamentales como sus mecanismos de protección no revisten la categoría de absolutos y por tal razón la forma de solucionar los conflictos entre los mismos implicaba acudir a la ponderación u otras herramientas de interpretación, y no la mera aplicación de un silogismo jurídico.

El reto que debió asumir la Corte en esta sentencia era el de evitar que las garantías se convirtieran en pretextos que privaran al proceso penal de su eficacia, sus objetivos y sus fines[109], es decir, mutara en lo que actualmente se denomina el “paroxismo garantista”[110]. En ese orden de ideas, la protección de los derechos fundamentales deben permitir el desarrollo del proceso para que pueda cumplir eficazmente con su función, pues configuran una relación de modo y medio al ser imprescindibles, más no

constituyen el fin mismo del derecho penal[111].

23. Así, la argumentación de la Corte debió dirigirse hacia un equilibrio ponderado entre las garantía de los derechos fundamentales y la perspectiva instrumental del proceso penal, es decir, una armonía procesal[112] que permita cumplir con las máximas de optimización, en términos de ALEXY, contenidos en los principios que claramente colisionaban, más no la destrucción o aniquilación de los mismos.

A esta aproximación se hubiese alcanzado con la exploración de nuevos elementos de dogmática penal, como sería la teoría de la “expansión del derecho penal” desarrollada por SILVA SANCHEZ[113], para quien el derecho penal tiene tres velocidades: i) la primera velocidad hace referencia al derecho penal clásico liberal, que utiliza la pena privativa de la libertad y constituye garantías individuales inamovibles; ii) la segunda velocidad: incorpora la flexibilidad proporcional de ciertas garantías penales y procesales, junto con la adopción de mecanismos alternativos de penas; y la iii) tercera velocidad: que avanza hacia un derecho penal intervencionista, de expansión, de emergencia y urgencia que autoriza la flexibilidad de garantías sustanciales y procesales, la cual se identifica con “el derecho penal del enemigo” expuesto por JACKOBS[114].

La declaratoria de exequibilidad pura y simple de la norma objeto de estudio, que sostuvo al interior de la Sala Plena, tenía como fundamento la segunda velocidad del derecho penal, que pretende una visión ponderada de las garantías de los derechos fundamentales y sus controles judiciales, de tal manera que se superen las tensiones entre los principios tal como se expuso previamente, mediante un proceso penal balanceado en términos de eficacia y garantía. De esta manera: i) los derechos fundamentales tendrían la garantía de protección de la revisión judicial, la cual en estos especiales casos de macrocriminalidad debe ser posterior; ii) se permitiría la eficacia del proceso penal en la persecución del crimen organizado y la potestad de configuración normativa del Legislador para dar respuesta a los nuevos fenómenos criminológicos; y, iii) los derechos fundamentales de los agentes encubiertos estarían protegidos en desarrollo de las operaciones dirigidas por la Fiscalía.

24. Para concluir, la interpretación del texto constitucional realizada por la mayoría de la Corte en la sentencia de la referencia, no fue receptiva de las necesidades actuales en

materia de política criminal para combatir organizaciones delincuenciales y del balance necesario entre la eficacia del derecho penal y las garantías de los derechos fundamentales. La implementación de una revisión judicial previa, para efectos de la persecución penal de la macrocriminalidad, constituye una visión semántica del texto Superior, ajena a las realidades sociales y al riesgo de los bienes jurídicos protegidos a los que somete la delincuencia organizada y se erige en un obstáculo desproporcionado para alcanzar los fines y objetivos del proceso penal, y además, representa una seria amenaza para otros principios constitucionales, en especial, para los derechos fundamentales del agente encubierto que debe dar cumplimiento a la misión encomendada por la Fiscalía General de la Nación.

De otra parte, no se acreditó que el control posterior previsto por el Legislador en la norma objeto de censura constitucional fuera ineficaz para garantizar el derecho fundamental a la intimidad de las personas que puedan verse afectadas con el procedimiento adelantado.

Con base en lo expuesto, la Corte no podía declarar la exequibilidad condicionada del artículo 242 de la Ley 906 de 2004, por lo que la decisión que se imponía era la declaratoria de exequibilidad pura y simple, conforme a las razones expuestas previamente.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-156/16

Referencia: expediente D-10950

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 242 (parcial) de la Ley 906 de 2004 ‘por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal’.

Actores: Camila Betancourt Villegas, Luisa Fernanda López Mejía, Nubia José López Zawada, Juan José Moreno Villegas, Valentina Restrepo García y Santiago Sánchez Quiceno.

Magistrada Ponente:

María Victoria Calle Correa.

Con el respeto acostumbrado a las sentencias adoptadas por la Corte, salvo parcialmente el voto respecto de lo decidido por la Sala Plena en el fallo C-156 de 2016, decisión que declaró exequible de manera condicionada la expresión “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” contenida en el artículo 242 de la Ley 906 de 2004; en el entendido 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, sin perjuicio del control posterior.

El proyecto se focaliza en una perspectiva de protección amplia de quienes -conforme con los artículos 241, 242 y 242A de la Ley 906 de 2004- están siendo investigados mediante operaciones encubiertas, por cuanto entiende que en los eventos en que el agente encubierto ingrese a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del investigado, dicha medida -por afectar derechos fundamentales- debe estar precedida de la autorización del juez de control de garantías.

No obstante, a mi juicio, la solución adoptada (i.e. la constitucionalidad condicionada) es problemática, razón por la que la disposición debió ser declarada exequible sin ningún condicionamiento. Lo anterior, se encuentra fundamentado por las siguientes razones:

1. Una interpretación muy estricta de las garantías procesales no pueden tornar en ineficaz la investigación penal, por lo que es preciso encontrar un equilibrio entre la eficacia del proceso penal y la garantía de los derechos fundamentales en el contexto de las normas estudiadas. Al respecto, se tiene que cuando se van a realizar operaciones con agentes encubiertos, éstas deben ser indispensables para el éxito de la investigación, aplican

cuando hay motivos razonablemente fundados sobre la pertenencia o relación del indiciado o el imputado con alguna organización criminal, para lo cual se requiere, además, de la autorización previa del Director Nacional o Seccional de Fiscalías y el posterior control por parte del juez de control de garantías.

2. En relación con el control judicial al que deben someterse las operaciones con agentes encubiertos en contextos de macrocriminalidad, considero que el control posterior adelantado por el juez de control de garantías es adecuado.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante en señalar que el proceso judicial, en una sociedad democrática, sólo es comprensible en clave de derechos fundamentales[115], razón por la que toda actuación que involucre una afectación de los mismos, demanda para su legalización o convalidación el sometimiento a una valoración judicial[116]. Por lo tanto, en el diseño constitucional del nuevo proceso penal se ha querido que la actuación de la Fiscalía no quede librada a su propio arbitrio sino que siempre se desarrolle al amparo de mandatos superiores y bajo la vigilancia del juez, previa o posterior[117].

Dentro de ese contexto, tiene una importancia transcendental la audiencia de control de legalidad, la cual “tiene como propósito específico llevar a cabo la revisión formal y sustancial del procedimiento utilizado en la práctica de las citadas diligencias, esto es, verificar que se hayan respetado los parámetros constitucionales y legales establecidos para su autorización y realización, e igualmente, que la medida de intervención no haya desconocido garantías fundamentales”[118]. En este escenario, se tiene que las medidas de intervención realizadas por la Fiscalía General de la Nación deben ser sometidas al control constitucional de un juez independiente e imparcial[119] (i.e. el juez de control de garantías), quien no es simplemente un juez penal ordinario, sino que ejerce un control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad, en los términos de la jurisprudencia interamericana[120]. En relación con este punto, la Corte ha precisado que se debe garantizar el necesario equilibrio que debe existir entre la eficacia y funcionalidad de la administración de justicia penal y los derechos fundamentales del investigado y de la víctima[121].

En concordancia con lo anterior, esta Corporación ha señalado que el control posterior-en

relación con ciertas medidas que afectan derechos fundamentales-configura una excepción a la regla general[122], de la cual se desprende que debe existir un control previo respecto de medidas que recaigan principalmente sobre el cuerpo o la integridad física, pues aunque todos los derechos fundamentales afectados por tales actuaciones son valiosos e importantes y sirven de modo distinto pero complementario a la construcción del concepto de dignidad humana en cada sujeto, es claro que en los mencionados supuestos resulte mucho más gravoso y perturbador que la investigación criminal recaiga en tales esferas de la persona humana[123]. En particular, se ha indicado que “si bien los actos de intervención en el derecho a la intimidad, decretados por los fiscales, se ajustan a las exigencias de los artículos 15 y 28 Superiores, también lo es que siempre debe existir un control judicial posterior sobre los mismos”[124].

En este punto, es necesario resaltar que el control judicial posterior y obligatorio: (i) atiende no sólo aspectos formales, sino materiales y por tanto relacionados con los derechos y garantías fundamentales en juego[125]; (ii) se explica en la necesidad y oportunidad del recaudo de la información, en cuanto se trata de diligencias que generalmente están referidas a realidades fácticas que pueden estar propensas a cambios repentinos, o que podrían eventualmente ser alteradas en desmedro del interés estatal de proteger la investigación[126]; y (iii) tiene una eficacia elevada, dado el gran número de jueces de control de garantías existentes en el país y el término de realización del control[127].

3. Las medidas consagradas por el legislador son razonables y adecuadas, en tanto con ellas se pretende hacer frente a un problema estructural y complejo. En ese sentido, la decisión de la Corte hubiera requerido de una ponderación debido al problema de la macrocriminalidad.

Lo anterior, por cuanto la propia Carta establece que 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 (artículo 250), para lo cual es lógico que cuente con las herramientas adecuadas, siempre y cuando no se desconozca la obligatoriedad del control judicial.

Así, debió considerarse que -tal como lo ha indicado la Corte[128]- la identificación de patrones de macrocriminalidad presenta una gran complejidad debido a -principalmente- (i)

el universo de víctimas, victimarios y daños causados resulta ser muy elevado; (ü) se investigan delitos cometidos a gran escala, de manera masiva o sistemática, a veces durante años, ejecutados de conformidad con un plan o política de una organización criminal[129]; (iii) los perpetradores son organizaciones delictivas con diversas estructuras (v.gr. jerárquica, redes o nodos, híbridas, etcétera), formas de financiamiento, modus operandi y redes de colaboradores; y (iv) los grupos delictivos responsables por la comisión de crímenes de sistema no suelen cometer una única variedad de delitos (v.gr. desplazamiento forzado, lavado de activos, homicidios, etc.). Lo anterior, por cuanto la ejecución del plan criminal comprende distintas conductas delictuales. De allí que la técnica de reagrupar delitos, tomando como base una única variable (i.e. tipo de delito), resulte insuficiente para construir un patrón de macrocriminalidad.

Frente a dichas complejidades, la Corte indico que las mismas “llevan a los expertos a formular ciertas recomendaciones al momento de construir patrones de macrocriminalidad:

(i) tomar en consideración los factores geográficos, históricos, políticos, sociales, económicos y culturales que permitieron el surgimiento y la expansión de una organización criminal (contexto); (ii) reconstruir la estructura del grupo delictivo y su modus operandi; (iii) cruzar diversas variables; (iv) seleccionar adecuadamente las muestras estadísticas; (v) emplear enfoques multidisciplinarios; (vi) verificar y contrastar las fuentes primarias (judiciales) y secundarias (no judiciales); (vii) adelantar análisis cuantitativos y cualitativos; (viii) emplear productos de análisis criminal (georreferenciación, minería de datos, análisis de redes, etcétera), entre otras”[130].

Estas consideraciones debieron ser tenidas en cuenta, pues la “adecuada reconstrucción de un patrón macrocriminal permite develar la existencia de planes delictivos ejecutados a gran escala, en una determinada región del país, y en consecuencia, ayuda a explicar las razones y móviles que llevaron a la comisión de numerosos delitos, de muy diversa naturaleza, e igualmente, ayuda a orientar la investigación criminal hacia los máximos responsables. No se trata, en consecuencia, de resolver, caso a caso, un extenso universo de delitos, sino de reagruparlos técnica y racionalmente, y así poder avanzar hacia la judicialización de los integrantes de una organización delictiva, en especial, los máximos responsables de la comisión de los mismos” [131].

De esta manera, expongo las razones que me llevan a salvar parcialmente el voto con

respecto a las consideraciones expuestas en la sentencia de la referencia.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] En el presente acápite se relacionan tanto los conceptos rendidos por entidades públicas y organizaciones privadas, con base en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, como las intervenciones ciudadanas instauradas en virtud del derecho constitucional previsto en el artículo 242 numeral 1 de la Constitución. Debe precisarse que, con fundamento en el Decreto 2067 de 1991, los plazos para la presentación son distintos según el caso.

[2] En este punto, menciona las sentencias C-505 de 1999, SU-1723 de 2000 y C-881 de 2004, en las cuales la Corte admitió, como ajustadas a la Constitución, interferencias razonables en la intimidad.

[3] Sentencia C-020 de 2015 (MP. María Victoria Calle Correa. Unánime). En ese caso, la demanda proponía como única solicitud la declaratoria de exequibilidad condicionada, y una intervención pedía inhibirse con fundamento en ese motivo. La Corte sostuvo entonces que a partir de la jurisprudencia constitucional en la materia “no se podría inferir inmediatamente una supuesta regla inflexible, aplicable a todo tipo de acciones públicas y con indiferencia de los cargos y argumentos que planteen, conforme a la cual no sería nunca admisible decidir de fondo una demanda que concluya con una solicitud de exequibilidad condicionada”.

[4] Entre otras, pueden verse las siguientes. Sentencia C-341 de 2014 (MP. Mauricio González Cuervo. AV. Luis Ernesto Vargas Silva). En ese caso la Corte falló de fondo pese a que la única pretensión era esta: “[s]e solicita a este tribunal que declare la exequibilidad condicionada del artículo 37 de la Ley 1437 de 2011, [...]”. Sentencia C-782 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Unánime). En esa ocasión, la demanda solicitaba un fallo de exequibilidad condicionada. El Procurador pidió inhibirse porque la pretensión tornaba en inepta la acción. La Corte, sin embargo, se pronunció de fondo. En el mismo sentido, ver

sentencias C-616 de 2014 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Unánime) y C-586 de 2014 (MP. María Victoria Calle Correa. Unánime).

[5] También procede para para investigar la posible existencia de hechos constitutivos de delitos contra la administración pública en una entidad pública (CPP art 242a).

[6] Puede verse por ejemplo la Resolución 3865 de 2008. Fiscal General de la Nación.

[7] Ídem.

[8] 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”.

[9] Por ejemplo, el artículo 242A del Código de Procedimiento Penal, que regula especialmente las operaciones encubiertas contra la corrupción, establece que “[c]uando en investigaciones de corrupción, el agente encubierto, en desarrollo de la operación, cometa delitos contra la Administración Pública en coparticipación con la persona investigada, quedará exonerado de responsabilidad, salvo que exista un verdadero acuerdo criminal ajeno a la operación encubierta, mientras que el indiciado o imputado responderá por el delito correspondiente”

[10] En el derecho comparado, se observa que los agentes encubiertos pueden estar habilitados por ejemplo para transportar, traficar o usar objetos o sustancias ilícitas (armas, drogas, artículos de origen ilícito), cuando ello resulte estrictamente necesario para mantener la operación en curso, sin perder la confianza de la organización. Ross E. Jaquelin.

“Regulating the Gray Zone: A Comparative Look at Undercover Policing in the United States, Italy, Germany, and France”. Tomado de

[11] Sentencia C-176 de 1994 (MP. Alejandro Martínez Caballero. Unánime). En esa ocasión, la Corte controlaba la constitucionalidad de la Ley 67 de 1993, por medio de la cual se aprobaba la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Una de las previsiones, consagraba la posibilidad para los Estados de usar agentes encubiertos, encargados de hacer entregas vigiladas. La Corte señaló que la norma debía ajustarse a los principios constitucionales, entre los cuales estaba prohibido emplear agentes provocadores del delito: “[...] por medio de la utilización de agentes encubiertos no podrá el Estado inducir a las personas a cometer conductas ilícitas para las cuales ellas mismas no estaban predispuestas, puesto que es obvio que este mecanismo se justifica como mecanismo para comprobar la comisión de ilícitos y no como un medio para estimular la realización de los mismos”. Por lo demás, el artículo 241 del Código de Procedimiento Penal prevé que “[e]l 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”, que precisamente contemplan restricciones con el fin de proteger los principios referidos.

[12] El artículo 239 del Código de Procedimiento Penal, referido a la vigilancia y seguimiento de personas, dice en lo pertinente: “[e]n la ejecución de la vigilancia [a personas], se empleará cualquier medio que la técnica aconseje. En consecuencia, se podrán tomar fotografías, filmar vídeos y, en general, realizar todas las actividades relacionadas que permitan recaudar información relevante a fin de identificar o individualizar los autores o partícipes, las personas que lo frecuentan, los lugares a donde asiste y aspectos similares, cuidando de no afectar la expectativa razonable de la intimidad del indiciado o imputado o de terceros”.

[13] Sobre la noción de expectativa razonable de privacidad, ver la sentencia C-881 de 2014 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Unánime).

[14] Los artículos 241 y 242 del Código de Procedimiento Penal no prevén ninguna de estas actividades.

[15] Comparaciones entre la regulación jurídica en los ordenamientos estadounidense, italiano, francés, alemán y argentino, pueden verse en Ross E. Jaquelin. “Regulating the

Gray Zone: A Comparative Look at Undercover Policing in the United States, Italy, Germany, and France". Tomado de <http://law.huji.ac.il/upload/rosslawbreaking.pdf> ; en Guariglia, Fabricio. "El agente encubierto, ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?", tomado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2552623.pdf>

[16] En la doctrina de derecho constitucional comparado se ha señalado, por ejemplo, que "[l]os asuntos, relaciones y espacios cubiertos por la privacidad dependen del texto del cual surge el derecho a la privacidad en las diferentes jurisdicciones". Es así que, por ejemplo, el ámbito de protección del derecho depende de si en su interpretación concurren los textos de tratados internacionales de derechos humanos o no. Cepeda Espinosa, Manuel José. "Privacy". En Rosenfeld and Sajó (ed). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. 2012. Pp. 974 y s (traducción libre de la Corte).

[17] En los Estados Unidos de Norte América, se ha sostenido que la Cuarta Enmienda no impide por principio que, sin orden judicial, un agente encubierto ingrese a la esfera domiciliaria del investigado, cuando no hay expectativa razonable de privacidad, como por ejemplo ocurre en casos en que el investigado invita al agente encubierto a ingresar a su domicilio. El hecho de que el agente oculte su identidad o propósito no se considera un vicio en el consentimiento, toda vez que no se obtiene por la fuerza, ni el ingreso obedece a una acción furtiva. Ver por ejemplo *Hoffa v. United States* 385 U.S. 293 (1966). Igualmente, la ausencia de orden judicial, o de revelación del propósito de la operación y de la declaración de los derechos del investigado, no afecta la información obtenida. Ver por ejemplo *Illinois vs Perkins* 496 U.S. 292 (1990). En Francia, el Código de Procedimiento Criminal prevé expresamente que la autorización para proceder a la infiltración de actividades criminales, ha de proceder del procurador de la República o, en ciertas condiciones, del juez de instrucción criminal (art 706-81). Esto puede explicarse porque en la Constitución francesa, o en el bloque de constitucionalidad, no hay una previsión que expresamente exija autorización judicial para practicar técnicas de investigación de esta naturaleza. Al respecto, en la doctrina francesa véase Guinchard, Serge y Jacques Buisson. *Procédure Pénale*. 9ème édition. Lexis-Nexis. Paris. 2013, pp. 787 y ss.

[19] Gaceta 339 de 2003. En esta se lee que el proyecto de ley traía una propuesta sobre la infiltración de organizaciones criminales y la operación de agentes encubiertos, similar a la finalmente aprobada.

[20] Gaceta 296 de 2004.

[21] Gaceta 296 de 2004. El entonces Representante Pedro José Arenas García dijo al respecto: “Creo que el Estado tiene la obligación de infiltrar las organizaciones criminales para buscar extraer información que le sea útil en el ánimo de prevenir posibles hechos delictivos, o atentados terroristas; pero aplicar esto para los ciudadanos comunes y corrientes, para los ciudadanos inermes, para aquellos que no forman parte de estructuras delictivas, que no son ni narcotraficantes, ni guerrilleros, ni paramilitares, es me parece a mí una norma extralimitada, es exorbitante”.

[22] Gaceta 359 de 2004: el entonces Senador Héctor Helí Rojas advirtió: “nosotros preferimos patrocinar la propuesta de que pueda infiltrarse la organización criminal, la propuesta de que haya informantes pero queremos proponerle señores Senadores, que los informantes no sean particulares, sino que sean funcionarios de la Policía Judicial, con esa supresión de la palabra “o particulares””. Gaceta 296 de 2004. El mismo Representante Arenas García manifestó: “[...] no comparto que se use la figura de los agentes encubiertos y menos que quede contemplado así en el Código de Procedimiento Penal, porque a mi juicio el recaudo de información por esta vía lo deben realizar es los servidores públicos judiciales, es decir, miembros de la policía judicial quienes con una vinculación clara con la entidad competente que en este caso sería la Fiscalía, estén facultados para levantar este tipo de información porque en ningún caso los particulares le pueden responder después a un ciudadano con cualquier injusticia que se cometa, por cualquier afectación a su intimidad o a sus derechos fundamentales, por eso deben ser funcionarios perfectamente vinculados a la Entidad, servidores públicos judiciales, es la palabra que creo que se debería usar, en contra de mantener la expresión agentes encubiertos o uso de particulares para el recaudo de información en el Código de Procedimiento Penal”.

[23] Gaceta 296 de 2004. El Representante Gustavo Petro Urrego dijo al respecto: “[...] 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, [...] cómo se usa la figura del agente encubierto ya en Colombia, para excusar, no que están cumpliendo la Defensa del Estado y la sociedad dentro de una organización criminal, sino para excusar que le están sirviendo a la organización criminal dentro del Estado, pero esa ambigüedad

de estar aquí y allá les permite en las coartadas judiciales usar la figura de que recibieron órdenes de infiltración de ser agentes encubiertos”.

[24] Gaceta 359 de 2004. El entonces Senador Carlos Gaviria Díaz sostuvo: “permítaseme censurar las disposiciones del proyecto que avalan la adopción, por parte de las autoridades, de ciertas estrategias investigativas y operativas que en nada se distinguen de los mecanismos subrepticios que utilizan las organizaciones criminales para cumplir su cometido. Tal es el caso, por ejemplo, de la facultad concedida a los órganos investigativos de servirse de informantes para recoger material probatorio y hacerlo valer dentro del proceso [...]. Resulta inadmisibles que al igual que las organizaciones delictivas, el Estado autorice a sus agentes para transar y comerciar información privilegiada con particulares, y más aún cuando concede la reserva de la identidad y demás datos del informante en flagrante desconocimiento de los principios de contradicción e inmediación que se encuentran consagrados en los artículos 15 y 16 respectivamente del propio proyecto. Evidentemente la reserva del informante dificulta a la contraparte la contradicción del material probatorio, imposibilita la inmediación y además, en vista de que el imputado no tiene la facultad de aportar pruebas cuyo origen se desconozca, refuerza la desigualdad resaltada entre imputado y órgano investigador. Pero de nuevo, por razones de eficiencia, se justifica la reducción al mínimo de las restricciones sustanciales para recoger material probatorio y se desarticulan las normas rectoras que supuestamente informan todo su contenido”.

[25] Gaceta 359 de 2004.

[26] La proposición supresiva la presentó el Senador Carlos Gaviria Díaz, pero no triunfó. Fue respaldada por los siguientes Senadores, pertenecientes a distintos partidos y sectores políticos: “Artunduaga Sánchez Edgar, Avellaneda Tarazona Luis Carlos, Barco López Víctor Renán, Barragán Lozada Carlos Hernán, Chamorro Cruz Jimmy, Dussán Calderón Jaime, Gaviria Díaz Carlos, Gaviria Zapata Guillermo, Gerlén Echeverría Roberto, Gil Castillo Luis Alberto, Guerra Hoyos Bernardo Alejandro, Jumí Tapias Gerardo Antonio, Moreno Rojas Samuel, Náder Muskus Mario Salomón, Navarro Wolff Antonio, Peñaloza Núñez Antonio Javier, Pinacué Achicué Jesús Enrique, Restrepo Escobar Juan Carlos”.

[27] Es el caso, por ejemplo, de la infiltración de una organización criminal entre cuyas

acciones se llegue a practicar una intrusión en domicilio ajeno, o el apoderamiento de bienes ajenos, con propósitos heterogéneos.

[28] Sentencia C-024 de 1994 (MP. Alejandro Martínez Caballero. Unánime). En esa ocasión, la Corte debía examinar, entre otras, algunas normas que regulaban las facultades de las autoridades de policía para allanar y registrar domicilios, las cuales eran cuestionadas porque no exigían orden escrita de autoridad judicial. En ese contexto, la Corte precisó cuál era el alcance del ‘domicilio’ protegido por la Constitución (CP. arts. 15 y 28).

[29] El Código de Procedimiento Penal prevé, para las diligencias de allanamiento y registro, que pueden practicarse sin orden del fiscal competente, cuando “[m]edie consentimiento expreso del propietario o siempre tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento” (CPP art 230 num. 1). Aunque ya se vio que hay diferencias entre los allanamientos y registros, y las operaciones encubiertas, la objeción hipotética podría aducir que el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal autoriza a aplicar, mutatis mutandis, las reglas para las primeras a las actuaciones encubiertas. No obstante, incluso si esto fuera así, no habría lugar a hablar de consentimiento, por las razones expuestas en el cuerpo de este fallo.

[30] En la doctrina penal comparada, en el ámbito de los sistemas de derecho civil, a similares conclusiones llega por ejemplo -en Alemania- Roxin, Claus. Derecho procesal penal. Bs As. Editores del Puerto. 2000, p. 65; -en Chile- Riquelme, Eduardo. “El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo”. Política Criminal. nº 2, A2, 2006, p. 11.

[31] En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue aprobada mediante la Ley 16 de 1972. Por su parte, el artículo 93 de la Constitución de 1991 establece: “[l]os derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

[32] Sentencia C-505 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero. Unánime).

[33] La jurisprudencia constitucional ha protegido el derecho a la intimidad familiar. Por ejemplo, en la sentencia C-082 de 1999 (MP. Carlos Gaviria Díaz. Unánime), la Corte declaró inexecutable una causa legal de anulación objetiva del matrimonio “Cuando se ha celebrado

entre la mujer adúltera y su cómplice”, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado, en juicio, probado el adulterio. La Corporación señaló entonces que la norma era inconstitucional y que había no solo una discriminación, y una violación de la libertad, sino también una injerencia en la intimidad de la vida familiar de las personas. En la sentencia T-044 de 2013 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la Corte admitió que en un proceso de divorcio se dispusiera la grabación de la convivencia entre dos cónyuges, con el fin de probar las agresiones que –según la mujer- le propiciaba su cónyuge. Si bien aceptó este medio de prueba, advirtió que constituía una injerencia en la vida familiar.

[34] La Corte ha protegido la intimidad del pasado de las personas, por ejemplo en la sentencia T-020 de 2014 (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez). En ese caso, la Corte Constitucional concedió una tutela contra la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto en sus archivos digitales de acceso público, aún obraba la identificación de una persona, asociada a la comisión de un delito, a pesar de que ya había cumplido la pena y se había declarado la extinción de la misma. Ordenó a la Corte Suprema que “respecto de los soportes de la Rama Judicial, reemplace o sustituya de las versiones que se encuentra publicadas en internet de la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 15 de noviembre de 2000, el nombre de la accionante, por una sucesión de letras o números que impidan su identificación”. En un sentido similar, en la sentencia SU-458 de 2012 (MP. Adriana Guillén Arango. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV. Nilson Pinilla Pinilla. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), sobre la inscripción de antecedentes penales en el certificado judicial.

[35] Comité de los Derechos Humanos. Observación general 16. Dice, en el numeral 8: “[i]ncluso con respecto a las injerencias que sean conformes al Pacto, en la legislación pertinente se deben especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse esas injerencias. La decisión correspondiente competará sólo a la autoridad designada por la ley a ese efecto, que dará la autorización necesaria tras examinar cada caso en particular” (énfasis añadido). Ver, al respecto, del mismo Comité, el caso *Pinkney v. Canada*. Communication No. 27/1978, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 95 (1985). En ese caso, una previsión del derecho canadiense admitía interceptar oficialmente la correspondencia de un interno, cuando se tratara de comunicaciones cuyos contenidos fueran ‘objetable’ o ‘excesivamente extensa’. El Comité sostuvo entonces que el Estado le vulneró a la persona su derecho a la privacidad, pues interfirió en un aspecto protegido por esta (la

correspondencia) con fundamento en una norma abiertamente imprecisa. En la doctrina, sobre este mismo punto, Joseph, Sara; Jenny Schultz y Melissa Castan. *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary*. 2nd edition. NY. Oxford University Press. 2005, pp, 480 y ss. El Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, según los artículos 1 a 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado también mediante la Ley 74 de 1968, tiene la facultad de resolver denuncias particulares. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha admitido que deben tenerse en cuenta sus decisiones al respecto cuando sean pertinentes al caso. Por ejemplo, en la sentencia C-336 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández), al decidir que las parejas conformadas por personas del mismo sexo tienen derecho a los mismos beneficios que les ofrece el régimen de pensión de sobrevivientes a las parejas de sexo diferente, citó como fundamento para interpretar la Constitución, la interpretación que del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en lo relevante había hecho el Comité en el caso *Young Vs. Australia*. Dijo, entonces, que el Comité es el “encargado de la interpretación del Pacto”.

[36] A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en Alemania o en Francia, la ley colombiana no establece para qué delitos es legalmente legítimo realizar operaciones encubiertas.

[37] El artículo 110a del StPO consagró que el uso de agentes encubiertos se justifica para investigar delitos en la esfera del tráfico de armas, estupefacientes, falsificación de monedas o de estampillas oficiales; en la esfera de la seguridad nacional; en el campo comercial; o en tratándose de delitos realizados por un miembro de una organización criminal, o de un modo organizado. Si bien en este último caso emplea expresiones genéricas, también se ve complementada por otros criterios. Así, Roxin señala que la intervención del agente encubierto solo está permitida para “el esclarecimiento de ‘hechos punibles de importancia considerable’, que pertenezcan al círculo de hechos enumerados específicamente en un catálogo, en especial en el ámbito de los delitos referidos a estupefacientes y contra la seguridad del Estado, o bien de la criminalidad organizada [...] como también para el esclarecimiento de crímenes respecto de los cuales existe un peligro de reiteración [...]”. Ver del mismo Derecho procesal penal. Citado, p. 64.

[38] El artículo 282b numeral 4 de la LECrim dice: “[...] 4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de

tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal. b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal. c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal. d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal. e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal. f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal. g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal. h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal. i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal. j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal. k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal. l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal. m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal. n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal. o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando”.

[39] El Código de Procedimiento Penal dice en su artículo 706-81 que pueden utilizarse estas técnicas, en los casos de los crímenes previstos en los artículos 706-73 y 706-73-1, referentes también a la delincuencia organizada. Sobre esto, en la doctrina Guinchard, Serge y Jacques Buisson. *Procédure Pénale*. 9ème édition. Lexis-Nexis. Paris. 2013, pp. 787 y ss.

[40] Sentencia T-417 de 1996 (MP. José Gregorio Hernández Galindo). En ese caso, la Corte debía resolver la tutela interpuesta por directivos de una junta de vivienda de un barrio contra una alcaldía municipal, toda vez que les negó la ejecución de un proyecto de vivienda que ya había sido autorizado, y la negativa se produjo sobre la base de obstáculos administrativos no contemplados en la ley. La decisión fue proteger los derechos.

[41] Sentencia T-399 de 2008 (MP. Humberto Sierra Porto). En esa ocasión, la Corte concedió la tutela a quien formaba parte de un grupo armado al margen de la legalidad, se desmovilizó voluntariamente y se entregó a las autoridades para recibir los beneficios de la desmovilización. No obstante, luego se vio involucrado en procesos judiciales desprovistos de los beneficios legales para desmovilizados. La Corte sostuvo: “vulnera el derecho al debido proceso engañar a una persona que, mediante actos concretos, está manifestando ante las autoridades públicas su voluntad de abandonar un grupo armado ilegal, para luego adelantarle un proceso penal”.

[42] Kant, Immanuel. “Acerca de un pretendido derecho a mentir por filantropía”. En ¿Hay derecho a mentir? Madrid. Tecnos. 2012, pp. 25 y ss., dice al respecto: “La veracidad en las declaraciones que no se pueden evitar, es un deber formal del hombre con relación a cualquier otro, por mayor que sea el perjuicio que se deduzca de esta conducta para él o para otra persona, y si alterando la verdad no cometo una injusticia contra aquel que me obliga a una declaración de manera injusta, falsificándola, cometo, por esa falsificación, que también puede ser llamada mentira (aunque no en el sentido de los juristas), una injusticia de carácter general en la parte más esencial del deber, esto es, hago, en aquello que a mí se refiere, que las declaraciones no tengan en general ningún crédito, y por tanto, también que todos los derechos fundados en contratos desaparezcan y pierdan su fuerza, lo que supone una injusticia causada a la humanidad en general”.

[43] El Código penal prevé, en el artículo 11: “[a]ntijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”.

[44] El artículo 254 del Código de Procedimiento Penal enlaza la cadena de custodia al fin de “demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física”.

[45] A lo largo de las deliberaciones, hubo una profusa discusión en torno a si las diligencias probatorias que supusieran afectar derechos fundamentales debían estar precedidas de autorización de juez. Por ejemplo,

[46] Gaceta 110 de 2003: “A solicitud de la Presidencia por Secretaría se da lectura a la Proposición sustitutiva número 99 cuyo texto es el siguiente: Proposición número 99.

Modifícase el numeral 3 del artículo 250, propuesto quedará así: || 3. Asegurar los elementos materiales probatorios garantizando la cadena de custodia mediante la cual se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que implique la afectación de derechos fundamentales deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para proceder a ello. || Firmado honorable Senador Luis Humberto Gómez Gallo. || La Presidencia abre la discusión de la proposición leída y concede el uso de la palabra al honorable Senador Oswaldo Martínez Betancourt: Asegurar los elementos materiales probatorios y porque no los formales. Solamente los materiales. || La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Luis Humberto Gómez Gallo: Fundamentalmente lo que se busca con la proposición que es una solicitud del señor Fiscal y que con mucho gusto como lo aclaré al principio, firme en el propósito de subsanar la deficiencia o digamos la carencia de la facultad para él presentarla, está argumentada en el sentido de que ese tipo de control se ejerza sobre hechos como por ejemplo la prueba de sangre que es un derecho a la intimidad y que puede ser requerida en esa etapa y ese tipo de cosas deben ejercer un control. Yo no sé si el señor Fiscal quiera ahondar más en la explicación. Señor Fiscal, la proposición es del señor Fiscal. || La Presidencia concede el uso de la palabra al doctor Luis Camilo Osorio, Fiscal General de la Nación: Esto es de acuerdo con lo que se sugirió aquí el viernes, tratamos de concertar, allí participó el doctor Héctor Helí, el Senador Carlos Holguín y precisamente se recogieron fueron las inquietudes que se discutieron el viernes pasado”.

[47] Gaceta 210 de 2002, que contiene el informe de ponencia para debate en Comisión Primera de Senado, segunda vuelta. Dice textualmente: “Artículo 250. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o con fundamento en denuncia, petición especial o querella, desarrollar las investigaciones de los hechos que puedan constituir delitos y acusar ante los jueces de la República, cuando fuere el caso, a los presuntos infractores de la ley penal. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. Solicitar al juez de control de garantías las medidas que aseguren la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, las que procuren la conservación de la prueba y la protección de la comunidad; así mismo aquellas necesarias para la asistencia inmediata a las víctimas y hacer efectivo el restablecimiento del derecho. [...]”.

[48] Gaceta 109 de 2003: “La Presidencia concede el uso de la palabra al doctor Fernando Londoño Hoyos, Ministro del Interior: [...] Las otras medidas son completamente superfluas, las que procuren la conservación de la prueba, eso no significa nada y la protección de la comunidad, nada. Eso es un discurso vacuo. [...] Senador yo estoy de acuerdo con usted en todo, menos en que esa sea una función del Juez de garantía, por esta razón. En la Ley debe quedar clarísimo que el Fiscal no puede sustraer ninguna pieza que haya recogido en el expediente y que si se sustrajera una pieza incurre en la comisión de un delito. En eso estoy de acuerdo. Pero qué puede hacer un pobre juez de garantía para eso. Ordenarle al Fiscal que no se lleve las pruebas, es que eso tiene que estar en la Ley. Pero estoy totalmente de acuerdo, sería una sustracción tramposa que se le haría al proceso. Entonces que la Ley lo diga con toda claridad y que agregue que el Fiscal que en cumplimiento de sus deberes, sustraiga una prueba del expediente incurre en la Comisión de un delito”. Y más adelante: “La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Carlos Holguín Sardi: Es que el punto es este, yo creo que a ver ¿de quién es la obligación de conservar la prueba, de la Fiscalía. Pero aquí se la estamos trasladando a que la Fiscalía le solicite al juez de garantías que conserve la prueba, que tome medidas para conservar las pruebas. || [...] alguien tiene que ser el responsable de guardar la prueba, la conservación de la prueba tiene que ser una de las funciones y de las obligaciones más fundamentales de quien recauda la prueba, o de quién la hace, o de quién la fábrica, yo no sé cómo se dirá eso en procesal penal. Pero no puede quedar referido a una función de quien ejerza las funciones de control de garantías. Sino que tiene que ser una obligación propia de la Fiscalía y creo que eso está bien, que eso está bien previsto cuando el numeral tercero dice: Que a la Fiscalía le corresponde asegurar los elementos materiales probatorios garantizando la cadena de custodia, mientras ejerce su contradicción. Creo que ahí está suficientemente establecido”. Después: “La Presidencia concede el uso de la palabra al doctor Fernando Londoño Hoyos, Ministro del Interior: [...] déjenme resumir que estoy muy de acuerdo con el Senador Holguín. El Fiscal adelanta la investigación, recoge las pruebas, tiene la obligación de conservarlas y en la ley se dirá que si nos las conserva se va al fuego eterno del infierno. En eso estamos de acuerdo. Después viene quien la conserva durante el juicio que es el juez del conocimiento y ahí estoy de acuerdo con el Senador Héctor Helí en todo, el Fiscal es un sujeto procesal que se somete a la disciplina del juez que es el que manda, que es el que responde por la integridad de la prueba. Qué puede ser el juez de garantías que no tenga que hacer el fiscal en la investigación o el juez de conocimiento después. ¿para qué

va uno al juez de garantías? A decirle señor Juez hágame el favor y me ordena conservar la prueba que yo estoy levantando, eso carece de sentido, lo insisto con todo respeto. [...]”.

[49] Gaceta 109 de 2003: “La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Carlos Gaviria Díaz: [...] Es que muchas veces para conservar una prueba, es preciso tomar una medida que puede poner en crisis o restringir un derecho, y por tanto el juez de garantías es quien debe autorizarla. || Es perfectamente posible que por ejemplo para conservar una prueba haya que tomar alguna medida, por ejemplo introducirse a un domicilio o allanar y esa medida debe ser autorizada por el juez de garantías”.

[50] Gaceta 109 de 2003: “La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Antonio Navarro Wolff: [...] Yo sí por ejemplo entendería que se necesita una autorización del juez cuando se le dice a un testigo usted no puede abandonar la ciudad. Eso no lo puede hacer el Fiscal para conservar la prueba. Necesita un juez que lo autorice. Otro, señor no va incautar su vehículo, pero no puede usted mover su vehículo de cierto perímetro. Entonces el Fiscal, que considera que eso es una prueba, pues necesita la autorización del juez que está controlando las garantías para que esas medidas que son de restricción, de libertades o de derechos pues se hagan con las garantías procesales necesarias. No es simplemente la conservación de la prueba física, sino medidas de tipo judicial, medidas judiciales que sirven para conservar la prueba. Eso es lo que yo entiendo”.

[51] Gaceta 109 de 2003, intervención del Senador Carlos Gaviria Díaz.

[52] Gaceta 109 de 2003, intervención del Senador Andrés González Díaz.

[53] Gaceta 110 de 2003.

[54] Gaceta 553 de 2002. Al presentarse en el informe de ponencia las modificaciones introducidas por la Comisión Primera de Senado, en el primer debate de la segunda vuelta, se explicó la adición al actual artículo 250 numeral 3. Se dijo que había sido fruto de una proposición, y que: “[...] tal proposición fue sustentada diciendo que lo que se busca con esta proposición es la posibilidad de poder practicar diligencias anticipadas, en tal caso se debe pedir autorización al juez que ejerza control de garantías, dicha proposición fue aprobada”.

[55] Sentencia C-334 de 2010 (MP. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Nilson Pinilla Pinilla). Dijo: “la construcción legal prevista en el CPP permite apreciar el sentido con el que el legislador interpretó el artículo 250 CP para los efectos de discriminar entre las distintas restricciones o afectaciones que la investigación criminal representa para los derechos fundamentales, y por las cuales según el Constituyente de 2002, se autorizó que unas tuvieran control posterior y otras control previo, por parte del juez de control de garantías. || Porque, aunque todos los derechos fundamentales afectados por tales actuaciones son valiosos e importantes y sirven de modo distinto pero complementario a la construcción del concepto de dignidad humana en cada sujeto, es claro a primera vista, que resulte mucho más gravoso y perturbador para la persona humana que en la investigación criminal principalmente, se pretenda indagar sobre el cuerpo o la integridad física, al caso de aquellas pesquisas que se producen sobre objetos, documentos, bienes o espacios relacionados con ella, por ser de su propiedad, uso o disposición, por frecuentarlas, por desarrollar ámbitos de su personalidad con, en, o a través suyo”.

[56] En la sentencia C-334 de 2010, la posición de la Corte Constitucional fue distinta. En esa ocasión declaró inexecutable el segmento normativo que establecía un control solo posterior al cotejo de exámenes de ADN practicados anteriormente, con información genética del indiciado o imputado que reposa en bancos de sangre, espermatozoides, laboratorios, consultorios médicos u odontológicos o similares. Pero lo hizo –conforme a la jurisprudencia– sobre la base de que la regla general en las técnicas de investigación que suponen interferir en derechos fundamentales, es la autorización judicial previa. Por excepción, los allanamientos, registros, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, pueden practicarse con control judicial posterior, pero esto es por una previsión expresa de la Constitución. Sin embargo, esta excepción –art 250 numeral 2– debe ser “taxativa y restrictiva”. Así, señaló: “[c]onforme a la anterior interpretación constitucional, resulta entonces que la facultad prevista en el art. 245, inciso 2º del CPP, para que la policía judicial coteje exámenes de ADN practicados anteriormente, con información genética del indiciado o imputado que reposa en bancos de sangre, espermatozoides, laboratorios, consultorios médicos u odontológicos o similares, representa una intervención no comprendida dentro de los procedimientos de registro, allanamiento, incautación o interceptación de comunicaciones”. En consecuencia, dado que restringía derechos fundamentales, y no estaba contemplada entre las excepciones a la autorización judicial previa, debía sujetarse a esta garantía constitucional.

[57] Sentencia C-1092 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis. AV. Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett. APV. y SV. Jaime Araújo Rentería).

[58] Sentencia C-1092 de 2003, citada. Énfasis añadido.

[59] Por ejemplo, en las sentencias Sentencia C-822 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SPV. Humberto Antonio Sierra Porto), C-334 de 2010 (MP. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Nilson Pinilla Pinilla), C-336 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño. SV. Jaime Araújo Rentería), C-131 de 2009 (MP. Nilson Pinilla Pinilla. Unánime)

[60] Sentencia C-336 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño. SV. Jaime Araújo Rentería).

[61] Sentencia C-336 de 2007, citada.

[62] Sentencia C-131 de 2009 (MP. Nilson Pinilla Pinilla. Unánime).

[63] Sentencia C-131 de 2009, citada. Dijo la Corte, en esa ocasión: “ frente al artículo 15 de la Ley 1142 de 2007, encuentra la Corte que la expresión “a juicio del fiscal”, objeto del presente pronunciamiento, para determinar quién tiene el criterio de prorrogar una orden de registro o allanamiento, contraviene el numeral 3° del artículo 250 superior, como quiera que por tratarse de una medida adicional que implica la afectación de derechos fundamentales con la prolongación de la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, se conculca el principio de reserva judicial en la protección del derecho a la intimidad. || Por las razones expuestas, se procederá a declarar la exequibilidad de la expresión “a juicio del fiscal”, contenida en el inciso 4° del artículo 15 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 235 de la Ley 906 de 2004, bajo el entendido de que en todo caso, la orden del Fiscal de prorrogar la interceptación de comunicaciones y similares deberá ser sometida al control previo de legalidad por parte del Juez de Control de Garantías”.

[64] Sentencia C-591 de 2014 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Unánime). La Corte dijo, en lo pertinente: “La expresión acusada vulnera así mismo el artículo 250.3 de la Constitución, según el cual, si bien corresponde a la Fiscalía General de la Nación el aseguramiento de los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción, cuando se requiera de medidas adicionales que impliquen afectación de

derechos fundamentales, debe obtenerse a la respectiva autorización del juez de control de garantías para proceder a ello. Tanto la ejecución de las medidas materiales de incautación u ocupación de bienes con fines de comiso, como su levantamiento mediante la entrega de los bienes, implican afectación de derechos fundamentales (acceso a la justicia y debido proceso en particular derecho de defensa), en el primer caso del imputado y/o de terceros de buena fe, y en el segundo de la víctima, de terceros y eventualmente del propio imputado". La decisión fue: "Declarar INEXEQUIBLES las expresiones "Además de lo previsto en otras disposiciones de este código", "y por orden del fiscal" contenidas en el inciso primero del artículo 88 de la Ley 906 de 2004 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal"."

[66] Al efecto podrá darse aplicación a la reserva de los procedimientos prevista en el artículo 155 del Código de Procedimiento Penal, que dice: "Las audiencias preliminares deben realizarse con la presencia del imputado o de su defensor. La asistencia del Ministerio Público no es obligatoria. || Serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y de cosas. También las relacionadas con autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Igualmente aquella en la que decrete una medida cautelar."

[67] Convención De Las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional Y Sus Protocolos. ARTÍCULO 20. Técnicas especiales de investigación 1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada. (Convención aprobada por la Ley 800 de marzo 13 de 2003 y declarada exequible mediante Sentencia C-962 de 2003).

[68] Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 241. Análisis E Infiltración De Organización Criminal. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios

cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado, en la indagación o investigación que se adelanta, pertenece o está relacionado con alguna organización criminal, ordenará a la policía judicial la realización del análisis de aquella con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma. Después, ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que agente o agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente.

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

[69] > Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 242. ACTUACIÓN DE AGENTES ENCUBIERTOS. INCISO 4o 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.

> Constitución Política de Colombia. ARTÍCULO 250, numeral 2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

[70] El concepto de organización criminal se encuentra contenido en la Convención De Las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional Y Sus Protocolos ARTICULO 2: Grupo delictivo organizado como “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.

[71] Ackerman B. La Constitución viviente. Marcial Pons. Madrid, 2011, Pág. 89.

[72] Kammen, M. A machine that Could Go of Itself. The Constitution in American Culture. Citado por Ackerman B. Ob. Cit. Pág. 89.

[73] Ackerman. Ob. Cit. Pág. 89.

[74] Brandeis, L "The Living Law", Illinois Law Review, 1916, 10:461. Citado en Post Robert y Siegel Reva. Constitucionalismo democrático. Editores Siglo XXI, Buenos Aires, 2013 Pág. 31.

[75] Michel H. c Gerald D.", 491 U.S. 110, 141 (1981) (voto disidente de J. Brennan), citado en Post R. y Siegel R. ob. Cit. Pág. 31.

[76] Brandeis L. Papers 1881-1966: Finding Aid, Harvard Law School Library, Harvard University, 1976. Citado en Post R. y Siegel R. Op. Cit. Pág. 31.

[77] Post R. Ob. Cit. Pág. 31.

[78] Ackerman, Ob Cit. Pág. 100.

[79] Al respecto ver Lafayette Black, Hugo. A Constitucional Fiat. 1968; Antonin Scalia, 1989. Originalism: The Lesse Evil, University of Cincinnati Law Review, pág. 57 y Ackerman Ob. Cit. Pág. 100.

[80] Ackerman, Op. Cit. Pág. 105.

[81] Post R. Op. Cit. Pág. 34.

[82] Böckenforde E. W. Escritos sobre derechos fundamentales. 1993, Pág. 44.

[83] Ibídem.

[84] Ibídem.

[85] Ibídem. Pág. 45.

[86] Loewenstein, K. Teoría de la Constitución, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, Pág. 217-218.

[87] Beck. U. La sociedad del Riesgo, Hacia una nueva modernidad. PAIDOS, Barcelona, 1998.

[88] Riquelme, E. "El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del Riesgo. Polít. Crim. No. 2. A2, 2006, P. 2. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf, consultado el 19 de septiembre de 2016.

[89] Ibídem.

[90] Mendoza Buergo, B. El derecho penal en la sociedad del riesgo. Civitas, Madrid, pág. 167 y siguientes. Citada en Riquelme E. Ob. Cit. Pág. 2.

[92] Silva Junior, W. Curso de direito Processual Penal: Teoría do processo penal. Pág. 279.

[93] Solimine S.A. Praxis instructora en un Estado de Derecho, entre las garantías y la eficiencia". Pág. 133. Citado en Cardoso Pereira, F. Ob, Cit. Pág. 45.

[94] Ferrajoli, L. Derecho y Razón, Pág. 851 y SS.

[95] Zuñiga Rodríguez, L. Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad, apuntes para el análisis. VV.AA. el desafío de la criminalidad organizada, N. Sanz Mulas Coord. Granada, 2006, Pág. 39.

[96] Caparrós, F. El delito de blanqueo de capitales. Pág. 35.

[97] Rodríguez García. N. "prologo" a la obra Sistema pena y crimen organizado, estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto de Omar Gabriel Orsi, Editores del Puerto, 2007, Pág. I.

[98] Artículo 2A.

[99] Artículo 1.1. disponible en

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:300:0042:0045:ES:PDF>,

[100] Ramírez Jaramillo, A. D. El Agente Encubierto Frente a los Derechos Fundamentales a la Intimidad y a la no Autoincriminación. Universidad de Antioquia. Edición 2010. Págs. 18-19.

[101] Bujosa Vadell, L.M., “Prólogo”, a la obra La prueba testimonial ante la delincuencia organizada, DagDug Kalife, A. México, 2006, pág. XXI.

[102] Cardoso Pereira. Ob. Cit. Pág. 58-60.

[103] Ramírez Jaramillo A.D. Ob. Cit. Pág. 22.

[104] Sentencia C-025 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

[105] Ramírez Jaramillo A.D. Ob. Cit Pág. 25.

[106] Pérez Daza, A. Sistema procesal acusatorio y delincuencia organizada, VV.AA., Análisis, técnicas y herramientas en el combate a la delincuencia organizada con fundamento en la Convención de Palermo. M. Herrán Salvatti., J.L. Santiago Vasconcelos y otros. 1ª Edición, México, 2007, pág. 219.

[107] Anarte Borrillo, E. Conjeturas sobre la criminalidad organizada, Delincuencia organizada, Aspectos penales, procesales y criminológicos, Pág. 13.

[108] Sentencia C-181 de 2016, C-328 de 2016.

[109] Guzmán Fluja, V.C. El agente encubierto y las garantías del proceso penal. VV.AA, la prueba en el Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia penal, Navarra, 2006, pág. 201.

[110] Cardoso Pereira, Ob, Cit. Pág. 62.

[111] Grevi, V. “Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale (a cura di Lucio Lanfranchi), Garanzie Costituzionali e Diritti fondamentali, Roma, 1997, Pág. 13, 38. Citado por Cardoso Pereira, Ob. Cit. Pág. 63.

[112] Cardoso Pereira, Ob. Cit. Pág. 76.

[113] Silva Sánchez, J. M., La expansión del derecho penal. Madrid, Edisofer, 2011.

[114] Lopes de Souza, M. J. Neopunitivismo o cuarta velocidad del derecho penal delante de los derechos de los ciudadanos. Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas. Vol. III. No. 5, Enero-junio 2012, Pág. 58.

[115] Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico n° 8.3.2.

[116] Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, fundamento jurídico n° 8.

[117] Corte Constitucional, Sentencia C-186 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, fundamento jurídico n°4.

[118] Corte Constitucional, Sentencias C-025 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil, fundamento jurídico n° 6.2 y C-131 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, fundamento jurídico n° 6.6.

[119] Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico n° 8.3.2.

[121] Corte Constitucional, Sentencias C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, fundamento jurídico n° 36 y C-336 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, fundamento jurídico n° 8.

[122] Corte Constitucional, Sentencia C-186 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, fundamento jurídico n° 4.

[123] Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, fundamento jurídico n° 60.

[124] Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico n° 8.3.2.

[125] Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez,

fundamento jurídico n° 86.

[126] Corte Constitucional, Sentencias C-336 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, fundamento jurídico n° 14 y C-I 31 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, fundamento jurídico n° 6.4.

[127] Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico n°8.4.

[128] Corte Constitucional, Sentencia C-694 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico n° 8.1.2.8.A.

[129] En la providencia citada se traen como ejemplos los crímenes de lesa humanidad, tipificados en el artículo 7 del Estatuto de Roma. /

[130] Corte Constitucional, Sentencia C-694 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico n° 8.1.2.8.A.

[131] Idem. /