

Sentencia C-243/21

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA-  
Incumplimiento del requisito de certeza en los cargos

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos/DEMANDA DE  
INCONSTITUCIONALIDAD-Finalidad de requisitos mínimos

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Jurisprudencia constitucional

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Impone al  
demandante una mayor carga argumentativa

Expediente: D-14.055

Acción pública de inconstitucionalidad interpuesta por Mauricio Pava Lugo en contra de los  
artículos 241, 242, 242A, 243 y 279 de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código  
de Procedimiento penal”

Magistrado ponente:

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Bogotá D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y  
legales, en particular de aquella que le confiere el artículo 241.4 de la Constitución Política,  
profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso adelantado, en los términos de los artículos 40.6, 241.4 y 242 de la  
Constitución y el Decreto 2067 de 1991,<sup>1</sup> con ocasión de la acción pública de  
inconstitucionalidad interpuesta por Mauricio Pava Lugo en contra de los artículos 241, 242,  
242A, 243 y 279 de la Ley 906 de 2004.

I. ANTECEDENTES

1. El 22 de noviembre de 2020, el ciudadano Mauricio Pava Lugo presentó demanda de inconstitucionalidad en contra de la expresión “en estos eventos” contenida en el segundo inciso del artículo 243 del Código de Procedimiento Penal. El actor considera que la prohibición de usar la herramienta del agente provocador en las conductas previstas en este artículo debe extenderse también a otras, reguladas en otros artículos del mismo código, pero centró su censura en la expresión transcrita.

3. En su debida oportunidad, la demanda fue corregida. En efecto, el actor precisó el objeto de la demanda; señaló como normas demandadas los artículos 241, 242, 242A y 279 y la totalidad del artículo 243 del mismo estatuto procesal; y, consideró que estas normas, al no prohibir la provocación del agente encubierto en escenarios diferentes al de la entrega vigilada, son incompatibles con lo previsto en los artículos 1, 15, 16, 28 y 29 de la Constitución, incompatibilidad que se funda, dijo, en la circunstancia de que las normas demandadas, al no prever la antedicha prohibición, incurren en una omisión legislativa relativa.

4. Mediante Auto del 18 de enero de 2021, se admitió la demanda con fundamento en el principio pro actione, y se ordenó comunicar sobre el inicio del proceso a los Presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, al Presidente de la República y a los Ministros del Interior y de Justicia y del Derecho; así mismo, se dispuso dar traslado a la Procuradora General de la Nación, fijar en lista del asunto e invitar a diversas entidades públicas y privadas, para que rindieran su concepto técnico.

A. Norma demandada

5. A continuación, se transcriben las disposiciones demandadas conforme fueron publicadas en el Diario Oficial 45.648 del 1º de septiembre de 2004:

“Ley 906 de 2004

(agosto 31)

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

El Congreso de Colombia,

Decreta

(...)

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

ARTÍCULO 242. ACTUACIÓN DE AGENTES ENCUBIERTOS. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.

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

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

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

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

Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo también podrá disponerse que los miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados puedan actuar como agentes encubiertos.

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

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

**ARTÍCULO 243. ENTREGA VIGILADA.** El fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que el indiciado

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

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

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

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

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

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

PARÁGRAFO 2. Cuando la mercancía a entregar o recibir por parte del agente encubierto sea moneda de curso legal, nacional o extranjera o la transferencia de propiedad sobre productos financieros diferentes a moneda de curso legal, la operación podrá incluir la autorización de

adelantar la apertura de productos financieros en instituciones colombianas o extranjeras, a través de las cuales originara la entrega o la recepción de la mercancía.

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

[...]

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

#### B. La demanda

6. La demanda sostiene que las normas previstas en los artículos 241, 242, 242A, 243 y 279 del Código de Procedimiento Penal son incompatibles con el principio de dignidad humana (art. 1 C.P.), con el derecho a la intimidad (arts. 15 y 28 C.P.), con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P.) y con el derecho a un debido proceso (art. 29 C.P.) La demanda se centra en el fenómeno del agente encubierto, regulado en las normas demandadas y, específicamente, en la posibilidad de que éste pueda obrar como agente provocador, es decir, como promotor o incitador de conductas punibles. Considera que esta posibilidad es incompatible con la Constitución, específicamente con las normas superiores ya mencionadas, y al no estar prohibida en las normas demandadas se incurre en una omisión legislativa relativa. Su argumento es: “existe una vulneración del ordenamiento constitucional derivada de que el legislador incurrió en una omisión al restringir la prohibición del agente provocador solo a los casos de entrega vigilada, con lo cual deja abierta la posibilidad de que esta figura sea utilizada en las demás operaciones en que actúan agentes encubiertos.”

7. La afirmación del actor corresponde de manera objetiva al contenido de las normas demandadas, pues si bien en todas ellas se regula el fenómeno del agente encubierto, sólo en el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal, en adelante CPP, se prohíbe de manera expresa “al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado.” En los demás artículos no hay una prohibición de este tenor o de uno semejante.

8. Los cargos por omisión legislativa relativa, como ha sostenido de manera pacífica y reiterada la Sala, deben cumplir con una carga especial de argumentación. En este caso, el actor, a partir de la Sentencia C-351 de 20132, manifiesta que la demanda cumple con dicha carga, en los siguientes términos:

a. Existen varias normas sobre las cuales se predica necesariamente el cargo. En efecto, las normas demandadas regulan el fenómeno del agente encubierto, pero, salvo el artículo 243 del CPP, omiten prohibir la conducta del agente provocador.

a. Las normas demandadas excluyen de sus consecuencias jurídicas casos que, por ser asimilables, tendrían que estar incluidos en ellas. Dichas normas regulan el fenómeno del agente encubierto y, en esta medida son asimilables. Sin embargo, sólo una de ellas, el artículo 243 del CPP, prohíbe la conducta del agente provocador, cuando se trata de la entrega vigilada, mientras que las demás, pese a regular casos asimilables, no prevén dicha prohibición.

a. La exclusión de tal elemento normativo: la prohibición de la conducta del agente provocador, en las normas que regulan el agente encubierto, con la salvedad del artículo 243 del CPP, carece de razón suficiente, pues “no se aprecia ninguna razón que justifique que las características reprochables de la provocación deban aplicar para la entrega vigilada y no para otros escenarios como en la obtención de información útil, la realización de actos extrapenales o el ingreso al lugar de trabajo o de domicilio. Así la cosificación que implica la incitación en (sic) es reprochable en un caso, pero admisible en otros sin un atisbo de

justificación constitucional.”

a. Esta falta de justificación u objetividad, genera para los casos excluidos, una desigualdad negativa, pues la conducta del agente encubierto, en aquellos eventos, diferentes al previsto en el artículo 243 del CPP, puede conllevar la posibilidad de que éste obre como agente provocador, al sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado. Para el actor la prohibición de la provocación, prevista sólo para la entrega vigilada, “hace que las personas que están siendo investigadas a través de agentes encubiertos en casos diferentes se vean menguados en sus derechos.” Ello, por cuanto en los demás casos “el agente encubierto podrá actuar como provocador cuando intervenga en el tráfico comercial, asuma obligaciones, ingrese o participe en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado, adelante transacciones o cometa delitos contra la administración pública en coparticipación.”

9. Dado que lo que se cuestiona es la antedicha omisión, el actor no pretende que se declare la inexecutable de las normas demandadas, respecto de cuyo contenido no plantea ningún reproche. Lo que pretende es que la Sala “declare la executable condicionada de los artículos 241, 242, 242A, 243 y 279 de la Ley 906 de 2004, bajo el entendido que la prohibición que aplica para los casos de entregas vigiladas de que el agente encubierto no pueda sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado, aplique para todos los casos de operaciones encubiertas y no solo para los eventos señalados en el artículo 243.”

#### C. Intervenciones

10. Por razones metodológicas, las intervenciones ciudadanas se agruparán a partir de su solicitud principal, en tres categorías: 1) la que cuestiona la aptitud sustancial de la demanda; 2) la que solicita la inhibición y subsidiariamente la declaratoria de executable de las normas demandadas; y 3) las que consideran que los preceptos acusados son compatibles con la Constitución, pero que es necesario un pronunciamiento en el que se condicione la aplicación de los mismos.

a) Intervención que cuestiona la aptitud sustancial de la demanda

11. Únicamente el Ministerio de Justicia y del Derecho solicitó un pronunciamiento de carácter inhibitorio, al considerar que la figura del agente provocador se encuentra proscrita en el ordenamiento jurídico. Esto se afirma con fundamento en dos argumentos: 1) la prohibición expresa que hace el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal y 2) porque así lo ha establecido la jurisprudencia constitucional. Se agrega que, si bien las normas demandadas no contienen una prohibición, de ello no se sigue que habilitan al agente para estimular la comisión del delito. Bajo ese entendido, indicó que “las razones alegadas por el demandante contra esa incitación al delito no dan lugar a un juicio de constitucionalidad.”

12. A partir de una lectura amplia de la prohibición del artículo 243 del CPP, que el ministerio entiende aplicable a cualquier regulación del agente encubierto, sostiene que no hay dudas sobre la constitucionalidad de las normas demandadas. En particular, al referirse al artículo 279 del CPP, sostiene que la demanda asume, erradamente, que la exclusión probatoria de los elementos recolectados por el agente provocador sólo tendrá lugar en los eventos de la entrega vigilada y no en todos aquellos en los que el agente encubierto obtenga el elemento material producto de su inducción a la comisión del delito.

13. Por último, destaca que, a su juicio, la demanda no satisface la carga de argumentación propia de un cargo por omisión legislativa relativa, pues “no explica suficientemente los supuestos casos similares excluidos de la regulación efectuada por los cuatro artículos demandados y la desigualdad negativa derivada de ella.”

b) Intervención que solicita la inhibición y, subsidiariamente, la declaratoria de exequibilidad de las normas demandadas

14. La Fiscalía General de la Nación, refirió que en la demanda no se satisfacen los requisitos específicos de claridad, certeza, especificidad y suficiencia para sustentar un cargo por omisión legislativa relativa. Puntualmente, señaló que el promotor de la acción no identificó el deber específico, concreto y de orden constitucional que supuestamente infringió el legislador al expedir las disposiciones demandadas, sino que se valió de apreciaciones subjetivas para sustentar su acusación, concluyendo, a partir de las mismas, que con la figura del agente provocador el Estado “deshumaniza a la persona y la convierte en un medio para alcanzar un fin que es la obtención de la prueba que requiere”, a partir de la

interferencia en la autonomía individual. Asimismo, indicó que el actor tampoco muestra la desigualdad que alega, en aras de demostrar que “la prohibición de provocación para las entregas vigiladas y no para las operaciones encubiertas”, no tiene justificación constitucional. Por tanto, solicita a la Sala que se inhiba de pronunciarse sobre la exequibilidad de las normas demandadas.

15. De manera subsidiaria, la Fiscalía solicita que las normas demandadas se declaren condicionalmente exequibles, bajo el entendido de que la prohibición del agente encubierto para incitar a la comisión del delito está dada por diversos instrumentos internacionales<sup>3</sup>, ratificados por Colombia y por la misma jurisprudencia constitucional que no avala esa posibilidad. Además, indicó que los artículos objeto de estudio, deben ser interpretados de manera sistemática, esto es, entendiendo “que las actuaciones del agente encubierto no pueden exceder los límites del ordenamiento jurídico penal sin una justificación constitucionalmente legítima.”

c) Intervenciones que solicitan declarar la exequibilidad condicionada de las normas demandadas

16. Los miembros del Consejo Editorial del Boletín Diálogos Punitivos señalaron que el uso del agente encubierto presupone la existencia de una organización criminal. Por lo tanto, se entiende que sus integrantes actúan al margen de la ley. Así, indicaron que la finalidad de emplear esta técnica investigativa en esta clase de situaciones es la de alcanzar objetivos que son difíciles de obtener por otros medios menos invasivos, los cuales deben agotarse como primera medida antes de emplearla. De igual forma, destacaron que para que se cumpla dicho propósito se requiere de una orden previa por parte del funcionario que ejerce la acción penal. Sostienen que, si se llegara a inducir al investigado a la comisión del delito, en el curso de esas operaciones encubiertas, se le estaría configurando su voluntad a través de la alteración de su autonomía, lo cual pone en riesgo las garantías fundamentales cuya vulneración se alega en la demanda y de allí la incompatibilidad del agente provocador con la Constitución.

17. En consecuencia, solicitan que se declare la exequibilidad condicionada de las normas acusadas, bajo el entendido de que está prohibido cualquier uso del agente provocador como técnica de investigación. Adicionalmente, piden que esta prohibición no

cobije únicamente a las normas respecto de las cuales se adelanta el control abstracto, sino que se haga extensiva al artículo 242B de la Ley 906 de 2004, en el cual se regulan las operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual, para lo cual propusieron integrar esta norma al presente juicio de constitucionalidad.

18. Los miembros del Semillero en Derecho Penitenciario de la Pontificia Universidad Javeriana, solicitaron que se declare la exequibilidad condicionada bajo el entendido de “que así como el agente encubierto no puede sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado en la entrega vigilada, esta prohibición aplica para todos los casos que regulan el funcionamiento de operaciones encubiertas.”<sup>4</sup> Como fundamento de su petición, refirieron, en primer lugar, que a pesar de que la Corte se ha pronunciado sobre la prohibición de incentivar la comisión del delito en las operaciones encubiertas, lo cierto es que no se ha configurado en esta materia la cosa juzgada constitucional, por cuanto las menciones que se han hecho vía sentencia, no hacen parte “de la interpretación medular que da resolución al problema jurídico de cada una de las acciones de constitucionalidad, sino que solo son argumentación complementaria”<sup>5</sup> y, en segundo lugar, indicaron que en el sub examine están dados los presupuestos que evidencian la omisión legislativa relativa que alega el demandante.

19. A su vez, el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda indicó que la modulación de las normas demandadas “puede ayudar a entender que las mismas, en su sentido y alcance general, excluyen las hipótesis de incitación o provocación al delito, lo cual encuentra asidero de la mano de una interpretación sistemática de dichas regulaciones a partir de las normas rectoras de la Ley 906 de 2004 y la Constitución Política de Colombia.”<sup>6</sup>

20. Como fundamento de lo anterior, se señala que, si bien “una interpretación estricta de los artículos en comento permitiría entender porque la agencia provocadora no tiene lugar en tratándose de las medias investigativas reguladas por estos artículos”<sup>7</sup> y que “la introducción de un agente encubierto no puede ir más allá de las actividades expresamente permitidas”<sup>8</sup>, se erige como necesario un condicionamiento de parte de la Corte, porque la falta de especificación podría entenderse como “una especie de carta blanca para el agente encubierto.”

21. De otra parte, hizo alusión al principio de legalidad procesal, para decir que, bajo su aplicación, sería “inadmisible cualquier actuación que degrade al investigado a un objeto del agente encubierto.”<sup>9</sup> Por ello, “una interpretación condicionada de los artículos impugnados por parte de la Honorable Corte Constitucional dirigida a ratificar los resultados de la interpretación estricta antes esbozada permitiría una mayor claridad sobre el ámbito negativo e inadmisibles de actuación de los agentes encubiertos”,<sup>10</sup> entendiendo, consecuentemente, que aquellos no están facultados “para provocar un hecho punible con fines investigativos.”<sup>11</sup>

22. Por su parte, el ciudadano Harold Eduardo Sua Montaña señaló que los preceptos a través de los cuales se implementa la figura del agente encubierto deben ser interpretados a la luz de lo dispuesto en el Manual Único de Policía Judicial 001 de 2018, en el cual, refiere, se prohíbe expresamente que aquel induzca la comisión de una conducta punible para la cual el sujeto no estaba predispuesto. Para el ciudadano, la lectura de la ley conforme al manual podría ser útil para concretar el rol del agente encubierto. No obstante, al no tener el manual el rango de ley, “se hace necesario solicitarle al Congreso de la República hacer dicha modificación en las normas acusadas.” De este modo, se debe incluir en la ley una prohibición manifiesta, por la vía de una reforma, para aclarar que la conducta del agente provocador está prohibida. Y, a su vez, es necesario que la Corte precise el alcance de las normas demandadas, por medio de una sentencia de exequibilidad condicionada, hasta que el Congreso haga la referida reforma, merced al exhorto que le haga la Corte para proceder en tal sentido.

23. Por último, el ciudadano Juan Pablo Velasco Mejía, argumentó que la técnica investigativa a través del agente encubierto está permitida y regulada en nuestro ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de esta Corte ha fijado sus límites. No obstante, en realidad no existe un instrumento que impida que el agente encubierto sobrepase los límites de su actuación y provoque el delito, por lo que podría terminar vulnerando garantías fundamentales del investigado, “toda vez que priva a la persona de poder tomar una elección, convirtiéndola en un instrumento al servicio del Estado para conseguir un fin en un proceso penal.”<sup>12</sup> Así las cosas, indicó que la proscripción expresa de la provocación es necesaria, por lo que solicitó acoger los argumentos expuestos por el actor en la demanda y declarar la exequibilidad condicionada de los preceptos, “en el entendido [de] que el agente encubierto no podrá actuar como provocador.”<sup>13</sup>

## D. Concepto del Ministerio Público

24. La Procuradora General de la Nación consideró que en el caso sub judice no hay una omisión legislativa relativa. Refirió que “no existe una exclusión u omisión de alguna condición constitucional”,<sup>14</sup> ya que las normas demandadas “son respetuosas de los principios superiores y regulan la intervención de los agentes encubiertos en el marco de los límites constitucionales del derecho penal y con pleno respeto de los derechos fundamentales.”<sup>15</sup> Por tanto, considera que el razonamiento del actor es equivocado, al partir de la falsa premisa de que el legislador, “en aplicación de su libertad de configuración”, omitió “sujetarse a los lineamientos superiores.”<sup>16</sup>

25. Al no haber omisión, el Ministerio Público concluye que las normas demandadas son constitucionales y así solicita a la Corte que lo declare. Para fundar esta conclusión, destaca que el artículo 241 de la Ley 906 de 2004, que regula la infiltración de organizaciones criminales, “establece las condiciones y parámetros generales”<sup>17</sup> que deben respetarse en toda investigación en la que se emplee un agente encubierto, como medio para recolectar información o elementos probatorios. En esta regulación se dice expresamente que, su actuación está atada “a los presupuestos y limitaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Colombia.”<sup>18</sup> Por lo que, “de una lectura sistemática, integral y armónica de las normas, se concluye que los demás artículos que desarrollan la actuación de los agentes encubiertos están sujetos a los mismos parámetros de interpretación constitucional, es decir, proscriben la figura del agente provocador.”<sup>19</sup>

26. Al anterior argumento agrega que “la protección de los derechos fundamentales se encuentra inmersa en toda actuación penal y nunca será permitida la transgresión de los mismos, aunque no exista una referencia concreta en cada articulado normativo”<sup>20</sup> y que, además, este tipo de operaciones al ser objeto de control judicial, evitan la “arbitrariedad y posibles vulneraciones a los derechos”<sup>21</sup> del indiciado o imputado.

## II. CONSIDERACIONES

### A. Competencia

B. Cuestión previa: la ineptitud sustantiva de la demanda

28. En su intervención dentro del presente trámite, el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Fiscalía General de la Nación, indicaron que la demanda carece de aptitud sustantiva, por lo que solicitaron a la Corte que se declare inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo en este asunto. Consideran que el cargo por omisión legislativa relativa no satisface los presupuestos para su admisibilidad, debido a que en la demanda no se especificó cuál fue el deber omitido por el legislador y porque la prohibición de emplear al agente provocador como técnica investigativa está dada por la jurisprudencia de esta Corporación y al no incluirla expresamente en la ley, el legislador no estaba facultando implícitamente su empleo.

29. En aras de establecer si en esta oportunidad la Corte debe proferir una sentencia inhibitoria como lo proponen los mencionados intervinientes, resulta indispensable que, en primer lugar, la Sala determine si la demanda presentada por el ciudadano Mauricio Pava Lugo se ajusta a los mínimos argumentativos de los cuales depende la viabilidad del juicio abstracto de constitucionalidad.<sup>23</sup> En particular, será necesario entrar a verificar la aptitud del cargo de inconstitucionalidad consistente en la posible configuración de una omisión legislativa relativa derivada del contenido de los artículos 241, 242, 242A, 243 y 279 de la Ley 906 de 2004, por cuanto no contienen una prohibición expresa para que el agente encubierto, en escenarios diistintos al de la entrega vigilada, no pueda sembrar en el investigado la idea de cometer el delito.

a) Los requisitos que debe cumplir la demanda de inconstitucionalidad cuando se formula un cargo por omisión legislativa relativa

30. En reiterados pronunciamientos esta Corporación ha hecho referencia a los requisitos que debe reunir una demanda de inconstitucionalidad a efectos de provocar una decisión de fondo.<sup>24</sup> En dichos pronunciamientos ha enfatizado en que las exigencias que rigen en esta materia no resultan contrarias al carácter público de la acción pública de inconstitucionalidad; sino que obedecen a la necesidad de establecer una carga procesal mínima, que permita a la Corte Constitucional cumplir eficazmente con las funciones que le han sido asignadas por la Carta Política.<sup>25</sup>

31. La exigencia de unos requisitos mínimos en las demandas de inconstitucionalidad

busca: 1) evitar que mediante acusaciones infundadas, débiles o insuficientes y en detrimento de la labor legislativa, se desvirtúe la presunción de constitucionalidad que cubre el ordenamiento jurídico; 2) asegurar la efectividad y eficiencia de la labor de la Corte, al evitar que se produzcan recurrentemente decisiones inhibitorias por ser inviable un pronunciamiento real y de fondo sobre la constitucionalidad o no de las normas acusadas; y 3) delimitar el ámbito de competencias del juez constitucional, de manera que no adelante, de manera oficiosa, el control concreto y efectivo de las normas demandadas. Por regla general, a esta Corporación no le corresponde revisar oficiosamente las leyes, sino examinar las que sean efectivamente demandadas por los ciudadanos, y para ello, la acusación debe presentarse en debida forma, de manera que permita a la Corte centrarse en el estudio de fondo del asunto sometido a su consideración.<sup>26</sup>

1. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional ha establecido que, para que una demanda de inconstitucionalidad sea apta, el demandante debe: 1) señalar las normas que acusa como inconstitucionales; 2) indicar las normas constitucionales que estima infringidas; 3) exponer las razones o motivos por los cuales considera que dichas normas resultan violadas; 4) si se trata de la existencia de un vicio en el proceso de formación de la norma, debe, además, indicar el trámite previsto en la Constitución para expedir el acto demandado y el modo como fue desconocido; y, por último, 5) dar cuenta de la razón por la cual la Corte Constitucional es competente para conocer del asunto.

1. En lo que concierne al requisito de exponer las razones de la violación, en doctrina pacífica y reiterada esta Sala ha establecido que dichas razones deben satisfacer unas condiciones mínimas para que sea posible realizar el control abstracto de constitucionalidad. Estas condiciones mínimas<sup>27</sup> consisten en que las razones de la violación deben ser: 1) claras, esto es, que la acusación formulada por el actor sea comprensible y de fácil entendimiento; 2) ciertas, la acusación debe recaer directamente sobre el contenido de la disposición demandada y no sobre una proposición jurídica inferida o deducida por el actor; 3) específicas, en cuanto se defina o se muestre en forma diáfana la manera como la norma

vulnera la Carta Política; 4) pertinentes, cuando se utilizan argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no razones de orden legal, personal, doctrinal o de simple conveniencia; y 5) suficientes, en la medida en que la acusación contenga todos los elementos fácticos y probatorios que devienen necesarios para adelantar el juicio de inconstitucionalidad, de forma que suscite por lo menos una sospecha o duda mínima sobre la constitucionalidad del precepto. Esto es: “plantear al menos un cargo concreto de inconstitucionalidad que satisfaga dichas condiciones mínimas, es decir, debe proponer una verdadera controversia de raigambre constitucional.”<sup>28</sup>

1. De otra parte, resulta pertinente recordar que, como guardiana de la supremacía constitucional, esta Corte ha determinado que el control de constitucionalidad no procede únicamente respecto de las acciones del legislador, sino también frente a sus omisiones, es decir, cuando omite reglamentar asuntos respecto de los cuales tenía un deber,<sup>29</sup> concreto y específico, impuesto por la Constitución.<sup>30</sup> En estos casos se está frente a una omisión legislativa que puede ser objeto de control jurisdiccional, a través de la acción pública de inconstitucionalidad, sólo cuando sea de naturaleza relativa, porque si la omisión es absoluta, esto es, si hay una ausencia total de legislación, no existe objeto respecto del cual se pueda realizar el control de constitucionalidad.<sup>31</sup>

1. En esa medida, el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas se ejerce respecto de las omisiones legislativas relativas, es decir, de aquellas que “se presentan cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella, v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa.”<sup>32</sup> De tal suerte que la regulación deviene incompleta o defectuosa.<sup>33</sup>

1. En consecuencia, cuando se presenta una demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa,<sup>34</sup> a los requisitos generales de cualquier demanda de inconstitucionalidad se añade la exigencia de construir un específico razonamiento tendiente

a demostrar que, en efecto, existe una ausencia parcial de regulación que resulta violatoria de la Constitución. Esto representa para el accionante una carga argumentativa mucho más exigente y rigurosa que la normalmente exigida, pues de lo que se trata es de plantear un escenario de controversia en el que sea aquel, y no el juez constitucional, quien defina el marco dentro del cual se ejercerá el control constitucional de la norma acusada de una omisión legislativa relativa.<sup>35</sup>

1. Por lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación exige que el accionante: “(i) señale la norma jurídica sobre la cual se predica la omisión; (ii) argumente con claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, por qué el texto señalado alberga el incumplimiento de un deber específico consagrado en la Constitución y, a partir de ello, (iii) explique cuáles son los motivos por los que se considera que se configuró la omisión inconstitucional. En particular, debe explicar por qué la norma debería incluir a personas no contempladas; debería prever determinadas consecuencias jurídicas, contar con cierto ingrediente normativo necesario para que la norma sea compatible con la Constitución o prever determinada condición necesaria para su constitucionalidad.”<sup>36</sup> Solo al cumplir con estos presupuestos, será viable un pronunciamiento de fondo cuando el cargo formulado sea por omisión legislativa relativa.

1. Aunado a lo anterior, también se ha precisado que la viabilidad para conocer y emitir un pronunciamiento de fondo está condicionada a que la omisión sea atribuible directamente al texto de la disposición atacada y no a ningún otro u otros enunciados no vinculados al trámite de constitucionalidad.<sup>37</sup> La configuración de la inconstitucionalidad no debe suponer un ejercicio interpretativo de conjuntos más amplios de disposiciones o regulaciones distintas o de normas indeterminadas,<sup>38</sup> sino que, la alegada omisión debe ser lógicamente atribuible al texto de la disposición que se señala como demandada.<sup>39</sup> Este razonamiento, ha dicho la Corte, constituye el fundamento esencial para pueda ser decidido de fondo un cargo por incumplimiento de una obligación superior, que hace constitucionalmente incompleta la norma demandada.<sup>40</sup>

1. Con base en la antedicha regla, en varias oportunidades la Sala Plena de esta Corporación se ha inhibido de emitir un pronunciamiento de mérito por incumplimiento del requisito de certeza, esto es, cuando la exclusión normativa que se alega a título de omisión legislativa, obedece a una lectura aislada, subjetiva, restringida o parcial del contenido normativo acusado, ya sea porque el ingrediente, la condición normativa, el grupo social o la consecuencia jurídica que se echa de menos se encuentra contenido en otra disposición del ordenamiento jurídico<sup>41</sup> o porque, previamente, por vía de interpretación, fue incorporado por esta Corte a través de su jurisprudencia.<sup>42</sup>

b) La demanda carece de certeza

1. En el asunto sub judice, el actor dirige su acusación a cuestionar la supuesta omisión legislativa relativa en que incurrió el legislador al no prohibir expresamente que los agentes que actúan en el marco de una operación encubierta, distinta a la entrega vigilada, puedan incitar la comisión del delito, sembrando en el investigado la idea criminal.

1. Sea entonces lo primero recordar que, a través de las normas acusadas, el legislador facultó a la Fiscalía General de la Nación, para poner en marcha operaciones encubiertas e infiltrar organizaciones criminales, como un medio eficaz para combatir los delitos relacionados con el narcotráfico, el lavado de activos y la corrupción. Por medio de esta técnica especial de investigación, es posible lograr la desarticulación de bandas criminales dedicadas a estos u otros delitos, ya que permite obtener, de manera directa, información, evidencias y elementos materiales probatorios, en razón del contacto cercano que tiene el agente encubierto con las personas que hacen parte de la organización criminal.

1. Los artículos demandados son claros en establecer que la fiscalía puede hacer uso de agentes encubiertos en el curso de una investigación, siempre y cuando tenga motivos razonables y fundados para inferir que una persona, que está siendo investigada, se encuentra relacionada o pertenece a un grupo criminal organizado, por lo que acude a la

infiltración como medio indispensable para lograr el éxito de la investigación. Empero, esta actuación tiene límites y supone, en todos los casos, que no resulte de un ejercicio arbitrario, sino que en su ejecución se respeten los derechos y las garantías fundamentales del indiciado o imputado, garantizando que la actuación será objeto de control judicial y que, los agentes no pueden llevar al investigado a cometer un delito que éste no había contemplado cometer, esto es, inducirlo a cometer el hecho punible.

1. Cuando la Fiscalía hace uso de agentes encubiertos, es porque tiene motivos razonables y fundados para inferir que una persona (indiciada o imputada) se encuentra relacionada o pertenece a un grupo criminal organizado; acude entonces a la infiltración como medio indispensable para lograr el éxito de la investigación. De manera que no se trata de una actuación caprichosa y mucho menos arbitraria de quien detenta el ejercicio de la acción penal, en el que el agente encubierto pueda inducir o llevar al investigado a cometer un delito que éste no había contemplado cometer. Su actuación tiene unos límites claros en los derechos y garantías del investigado y, además, se halla sujeta al control material que sobre ella debe ejercer el juez de control de garantías.

1. En el caso concreto, fue precisamente, esa situación la que llevó al demandante a solicitar a esta Corte, estudiar la compatibilidad de las normas demandadas con la Constitución, pues, a su juicio, en ellas no queda clara la prohibición para que los agentes encubiertos actúen como instigadores del crimen, al considerar que la misma debió incluirse de manera expresa en todos los artículos demandados y no sólo en el 243 del CPP, que regula la figura de las entregas vigiladas, acusando las normas de incurrir en una omisión legislativa relativa.

1. Encuentra la Sala que la alegada omisión es inexistente, por cuanto la prohibición extrañada por el demandante en el texto de los artículos demandados existe desde el año 1994, cuando esta Corporación, a través de la Sentencia C-176 de 1994, señaló sin lugar a

equivocos que, al emplear agentes infiltrados como técnica de investigación, no puede el Estado inducir a las personas a cometer conductas delictivas para las cuales ellas mismas no estaban predispuestas. En dicha oportunidad la Corte consideró que “la utilización de agentes provocadores deberá efectuarse de acuerdo a los principios jurídicos consagrados en la Constitución colombiana y respetando por ende las garantías procesales consagradas en ella. Esto significa en particular que por medio de la utilización de agentes encubiertos no podrá el Estado inducir a las personas a cometer conductas ilícitas para las cuales ellas mismas no estaban predispuestas, puesto que es obvio que este mecanismo se justifica como mecanismo para comprobar la comisión de ilícitos y no como un medio para estimular la realización de los mismos.” (énfasis propio).

1. De igual forma, en la Sentencia C-962 de 2003, al estudiar la constitucionalidad de las normas internacionales en virtud de las cuales se adoptaron las técnicas especiales de investigación como las entregas vigiladas y las operaciones encubiertas, se sostuvo que en ningún caso esto “puede entenderse de manera tal que afecte las garantías procesales garantizadas por la Carta Política, o, dicho de otra manera en ningún caso puede vulnerarse ni el debido proceso, ni ningún otro de los derechos fundamentales”,<sup>43</sup> y que, además, no puede desconocerse lo dispuesto en los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos suscritos y aprobados por Colombia que forman parte del bloque de constitucionalidad.<sup>44</sup>

1. Como puede verse, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el actuar del agente encubierto tiene límites materiales. No puede trasgredir límites constitucionales como, por ejemplo, la garantía del derecho a la vida o las prohibiciones de la esclavitud, la tortura y la desaparición forzada; así como tampoco puede, en ninguna circunstancia, vulnerar el debido proceso, ni ningún otro derecho fundamental del investigado.

1. Además, esos límites constitucionales han sido reconocidos por la Fiscalía General de la Nación, a través de las resoluciones N° 3865 de 2006 y 6351 de 2008, en las que, “en aras de garantizar el cumplimiento material de los derechos fundamentales de los indiciados,

imputados o terceros”,<sup>45</sup> precisó que en desarrollo de esa facultad investigativa otorgada en los artículos 241 y 242 de la Ley 906 de 2004, al emplearse agentes encubiertos, éstos tienen vedado provocar o inducir al investigado o a cualquier miembro del grupo delictivo organizado, “a cometer una conducta punible para la cual no estaba predispuesto”.<sup>46</sup> Prohibición que fue acogida y reiterada, en el Manual Único de Policía Judicial.<sup>47</sup>

1. Todo lo anterior, pone en evidencia que la prohibición, si bien tiene una construcción jurisprudencial, existe y da plenas garantías a los investigados, pues la instigación a delinquir por parte de agentes estatales no es compatible con los principios que rigen un Estado Social y Democrático de derecho. Por lo tanto, en Colombia la provocación, como medio para lograr procesar a una persona que no había contemplado la idea del delito, no está permitida. Del texto de las normas que regulan la materia, así como de los diversos pronunciamientos de esta Corte y los reglamentos de la misma Fiscalía General de la Nación, se sigue, sin lugar a duda, que quienes actúan bajo operaciones encubiertas, lo hacen con el fin de comprobar la comisión del hecho punible, mas no de incitarlo, incluso, en los eventos distintos a las entregas vigiladas. Entenderlo de forma contraria, sería desconocer la Carta Política, así como lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

1. Tal y como lo advirtieron el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Fiscalía General de la Nación, en este asunto, no es que el legislador haya omitido incluir en las normas acusadas la prohibición de incitación al delito por parte de los agentes infiltrados, sino que, en la configuración y redacción de los artículos 241, 242 y 242A de la Ley 906 de 2004, no consideró necesario incluir una prohibición expresa de dicho actuar inconstitucional, en tanto la misma ya estaba dada por la jurisprudencia de esta Corte y el simple hecho de no reiterarla no la hace inexistente, ni mucho menos habilita la instigación a delinquir por parte de agentes estatales.

1. Es claro entonces, que el cargo propuesto por el accionante resultó de una lectura aislada

y restringida de los referidos artículos, pues no tuvo en cuenta que el ingrediente que extraña fue incluido por esta Corte en su jurisprudencia, específicamente en las Sentencias C-176 de 1994 y C-962 de 2003.

1. En lo que tiene que ver con el artículo 243 de la Ley 906 de 2004, se tiene que, al incluir de manera expresa la prohibición que el actor considera se omite, la demanda carece de aptitud sustancial, pues los argumentos planteados en ella no corresponden al contenido objetivo de esta norma. Asimismo, en lo que atañe al artículo 279 ídem, la Sala tampoco encuentra reunidos los presupuestos para emitir un pronunciamiento de fondo por omisión legislativa relativa, en tanto, esta norma no regula la conducta del agente encubierto y, por ende, no tendría sentido que en este artículo se establecieran límites a sus actos, sino que se ocupa del tratamiento que debe darse a los elementos probatorios y a la evidencia física por él recaudados.

1. En consecuencia, comoquiera que el accionante no tuvo en consideración estos elementos al momento de formular el cargo por omisión legislativa relativa y, por lo mismo, es claro que la exclusión normativa que alega no se deriva de lo dispuesto en las disposiciones normativas demandadas, el cargo carece de aptitud sustancial, pues no se cumple el primero de los requisitos que habilitan su estudio de fondo, esto es, la existencia de una norma sobre la cual se predique la omisión.

c) La demanda no demuestra la existencia de un deber específico impuesto por el Constituyente al legislador

1. Aunado a lo anterior, la Sala Plena observa que en este asunto la demanda tampoco cumple con el segundo de los requisitos necesarios cuando se trata de un cargo por omisión legislativa relativa, y que consiste en demostrar que la omisión es consecuencia de la inobservancia de un deber específico impuesto por el Constituyente al legislador.

1. El actor afirma que la falta de prohibición expresa para que el agente encubierto acuda a la provocación del delito, como técnica investigativa en escenarios distintos al de la entrega vigilada, resulta ser incompatible con lo previsto en los artículos 1, 15, 16, 28 y 29 de la Constitución. Empero, en la sustentación del cargo, no se vale de argumentos ciertos, específicos y suficientes, para explicar las razones por las cuales de dicha normativa superior surja un deber específico para el legislador de incluir la prohibición expresamente contenida en el artículo 243 de la Ley 906 de 2004, en los demás artículos acusados. Máxime cuando, como viene de reseñarse, se trata de una prohibición ya establecida por esta Corte desde 1994, con anterioridad a la promulgación de la referida ley, que, además, encuentra respaldo en los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos suscritos y aprobados por Colombia que forman parte del bloque de constitucionalidad.<sup>48</sup>

1. En esa medida, la Sala constata que el planteamiento del accionante nace de una consideración subjetiva suya, en tanto, las normas constitucionales en cita, aun cuando contienen mandatos generales de protección de los derechos de todas las personas, incluidas aquellas que son objeto de una investigación penal, no conllevan una obligación constitucional específica que el legislador deba observar al momento de regular las operaciones encubiertas y las actuaciones que los agentes estatales pueden llevar a cabo en el curso de las mismas y que le impongan el deber de prohibir, textualmente, la figura del agente provocador.

d) La demanda no precisa las razones que explicarían por qué las normas acusadas debían prohibir expresamente la incitación a cometer el delito para ser compatibles con la Constitución Política

1. En línea con lo anterior, también se observa que la demanda no cumple con el tercero de los requisitos que deben acreditarse para que un cargo por omisión legislativa relativa sea apto, pues en ella no se logra explicar por qué es indispensable que en los artículos demandados se incluya una prohibición expresa para que en el curso de una operación encubierta, el agente infiltrado tenga vedado sembrar en el indiciado o imputado la idea de cometer el delito, en aras de que las normas se entiendan ajustadas al texto superior.

1. Por el contrario, a lo largo de su argumentación, el actor reitera la interpretación que hace de la forma en que está regulada la figura del agente encubierto en la Ley 906 de 2004, ya que entiende que, en los eventos distintos a las entregas vigiladas, aquel se encuentra habilitado para incitar al investigado a cometer un hecho punible que antes no había contemplado cometer. Esto, sin puntualizar las razones que hacen injustificada la supuesta omisión del legislador.

1. En efecto, no revela por qué la ausencia de la antedicha prohibición expresa, resulta contraria a garantías fundamentales como la dignidad humana, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y el debido proceso, cuando esta Corte ha establecido, sin lugar a equívocos, que esa conducta que el actor encuentra reprochable y que entiende permitida, en realidad se encuentra proscrita, precisamente, por no ser compatible con los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro (C-176 de 1994 y C-962 de 2003).

1. En este orden de ideas, como se anticipó, la Sala Plena se inhibirá de proferir pronunciamiento de fondo.

#### C. Síntesis de la decisión

1. En la presente oportunidad, la Sala analizó una demanda en la que se alegaba que el Congreso de la República incurrió en una omisión legislativa relativa al expedir los artículos 241, 242, 242A, 243 y 279 del Código de Procedimiento Penal. La omisión, a juicio del actor, consiste en no haberse prohibido al agente encubierto instigar o provocar la comisión de un delito en el indiciado o imputado.

1. Como cuestión previa, la Sala analizó si el cargo planteado en la demanda tenía o no aptitud sustancial. Luego de precisar los requisitos que debe cumplir una demanda de inconstitucionalidad y, de manera especial, los requisitos que debe satisfacer un cargo por omisión legislativa relativa, se constató que la demanda: 1) carece de certeza; 2) no demuestra la existencia de un deber específico impuesto por el Constituyente al legislador; y 3) no precisa las razones que explicarían por qué las disposiciones normativas acusadas debían expresamente prohibir que un agente encubierto incite o provoque la comisión del delito.

1. En cuanto a lo primero, se constató que la demanda parte de una lectura aislada y restringida de las normas acusadas, que pasa por alto que esta Corte, en las Sentencias C-176 de 1994 y C-962 de 2003, determinó que al emplear agentes encubiertos, el Estado no puede inducir a las personas investigadas a cometer conductas ilícitas para las cuales ellas mismas no estaban predispuestas, porque ello redundaría en el desconocimiento de garantías fundamentales como el debido proceso, contrariando los tratados internacionales en materia de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

1. En cuanto a lo segundo, si bien la demanda alude a una serie de mandatos superiores que considera infringidos, no explica cómo es que garantías constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y el debido proceso imponen imperativamente al legislador, incluir la prohibición expresa de sembrar la idea criminal en el investigado, en aquellas disposiciones que regulan operaciones encubiertas distintas a la entrega vigilada.

1. Por último, siguiendo la línea demarcada por el accionante, no se encuentra una explicación en su argumentación tendiente a demostrar por qué es necesaria la inclusión expresa de la antedicha prohibición, para que lo demandado sea compatible con la Constitución Política.

### III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

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

Notifíquese, comuníquese, cúmplase y archívese el expediente.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Presidente

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 “Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”.

2 Al respecto, la Sentencia C-351 de 2013 sintetizó los requisitos del siguiente modo: “(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.”

3 El interviniente señaló que en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada por la Ley 67 de 1993, así como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y

Niños que fueron aprobados por la Ley 800 de 2003 y, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada por la Ley 970 de 2005, se estableció que todo lo que en ellos se regula, es aceptado por los Estados parte, siempre que así lo permitan los principios fundamentales que rigen en los distintos ordenamientos jurídicos internos; entendiendo entonces que la actuación del agente encubierto debe ceñirse a las normas constitucionales de cada Estado.

4 Concepto técnico del Semillero en Derecho Penitenciario de la Pontificia Universidad Javeriana, p. 1.

5 *Ibídem*, p. 3.

6 Concepto técnico del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, p. 31.

7 *Ibídem*, p. 40 y 41.

8 *Ibídem*, p. 41.

9 *Ibídem*, p. 42.

10 *Ibídem*.

11 *Ibídem*.

12 Escrito a través del cual el ciudadano Velasco Mejía presentó su intervención, la cual fue enviada por correo electrónico el día 4 de febrero de 2021, p. 3.

13 *Ibídem*, p. 4.

14 Concepto del Ministerio Público, p. 8.

15 *Ibídem*.

16 *Ibídem*, p. 13.

17 *Ibídem*, p.12.

18 Ibídem.

19 Ibídem.

20 Ibídem, p. 13.

21 Ibídem, p. 13.

22 “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.

23 De acuerdo con lo previsto en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, toda demanda de inconstitucionalidad debe contener: 1) el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, transcritas literalmente por cualquier medio o aportándose un ejemplar de la publicación oficial; 2) la indicación de las normas constitucionales infringidas; 3) las razones que sustentan la acusación, comúnmente denominadas concepto de la violación; 4) el señalamiento del trámite legislativo impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado, cuando fuere el caso, y 5) la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto.

24 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-1095 de 2001, C-1143 de 2001, C-042 de 2002, C-405 de 2009, C-128 de 2011, C-584 de 2015, C-673 de 2015, C-658 de 2016, C-148 de 2018, C-190 de 2019, C-457 de 2020, entre otras.

25 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-980 de 2005 y C-501 de 2014, entre otras.

26 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-447 de 1997, C-641 de 2010 y C-584 de 2015.

27 Cfr., Sentencias C-1052 de 2001 y C-1115 de 2004.

29 En la Sentencia C-664 de 2006, la Corte Constitucional sostuvo que “las omisiones legislativas hacen referencia a la inactividad del legislador o el incumplimiento por parte de este último de su deber de legislar expresamente lo señalado en la Constitución. No se trata,

entonces, simplemente de un no hacer sino que consiste en un no hacer algo normativamente predeterminado, se requiere por lo tanto la existencia de un deber jurídico de legislar respecto del cual la conducta pasiva del legislador resulta constitucionalmente incompatible para que ésta pudiera ser calificada de omisión o inactividad legislativa, en otro supuesto se trataría de una conducta jurídicamente irrelevante, meramente política, que no infringe los límites normativos que circunscriben el ejercicio del poder legislativo”.

30 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-306 de 2019.

31 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-329 de 2019.

32 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-546 de 1996, C-767 de 2014, C-306 de 2019, entre otras.

33 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-326 de 2019, C-083 de 2018, C-767 de 2014, entre otras.

34 Como lo ha sostenido la Corte, pueden existir omisiones legislativas absolutas y omisiones legislativas de carácter relativo. Las primeras se predicen en aquellos casos en los que preceptos constitucionales han ordenado expresamente al legislador el desarrollo o la precisión de determinadas materias y aquél no ha provisto ninguna norma tendiente a dar cumplimiento al mandato de actuación. A las segundas, en cambio, se hace referencia cuando el Congreso ha creado una cierta regulación o régimen dentro del cual, sin embargo, ha omitido incluir ingredientes cuya incorporación resultaba constitucionalmente obligatoria. Las omisiones legislativas absolutas escapan por completo de la competencia de la Corte, debido a que, por definición, no existe ninguna norma susceptible de ser confrontada, objetiva y materialmente, con las disposiciones constitucionales, aspecto que técnicamente distingue el control jurisdiccional (241 C.P.). Por el contrario, las omisiones legislativas relativas pueden ser objeto de revisión por la Corte, por cuanto este se dirige contra una norma específica, a la que se atribuye excluir elementos que, desde el punto de vista constitucional, era imperativo integrar. En la Sentencia C-185 de 2002, la Corte indicó. “Tratándose de la omisión absoluta, es claro que el órgano de control carece de competencia para emitir pronunciamiento de fondo, pues la misma comporta una ausencia total e íntegra de normatividad que, en cualquier caso, impide una confrontación material, objetiva y verificable con el texto de la Carta Política, aspecto que resulta relevante al proceso de

constitucionalidad, en cuanto responde a la técnica a partir de la cual éste último se edifica, configura y desarrolla... Por el contrario, en el caso de la llamada omisión relativa o parcial, la competencia de la Corte Constitucional para proferir decisión de fondo está plenamente justificada, pues aquella se edifica sobre una acción normativa del legislador, específica y concreta, de la que éste ha excluido determinado ingrediente o condición jurídica que resulta imprescindible a la materia allí tratada, o que habiéndolo incluido, termina por ser insuficiente e incompleto frente a ciertas situaciones que también se han debido integrar a sus presupuestos fácticos”. Ver, así mismo, Corte Constitucional, Sentencias C-942 de 2010, C-1052 de 2001, C-405 de 2009 y C-434 de 2010.

35 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-121 de 2018 y C-188 de 2019.

36 Corte Constitucional, Sentencia C-027 de 2020.

37 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-185 de 2002 y C-221 de 2017.

38 La Corte Constitucional ha señalado: “la doctrina de esta corporación ha definido que sólo es posible entrar a evaluar la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, cuando el actor ha dirigido la acusación contra la norma de cuyo texto surge o emerge la omisión alegada. En este sentido, la posibilidad de que el juez constitucional pueda emitir pronunciamiento de fondo queda supeditada al hecho de que la omisión sea predicable directamente del dispositivo impugnado, y en ningún caso de otro u otros que no hayan sido vinculados al proceso” (Sentencia C-454 de 2006). Cfr., en el mismo sentido, Corte Constitucional, Sentencias C-533 de 2012, C-528 de 2003, C-185 de 2002, C-871 de 2002, C-041 de 2002, C-427 de 2000, C-1549 de 2000 C-543 de 1996 y C-1009 de 2005.

39 La Corte ha indicado algunas veces que se trata de una exigencia de coherencia. Al respecto, ver la Sentencia C-528 de 2003.

40 En casos excepcionales es posible integrar la unidad normativa que permite extender el examen de constitucionalidad a normas no acusadas, pero solo si la demanda cumple los requisitos formales y sustanciales para un pronunciamiento de fondo

41 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-135 de 2018, C-189 de 2017, C-311 de 2003 y C-572 de 2019.

42 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-105 de 2018, C-584 de 2015 y C-572 de 2019.

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

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

45 Considerandos de la resolución 6351 de 2008 de la Fiscalía General de la Nación, “por medio de la cual se fijan parámetros de actuación en las operaciones con agente encubierto de que tratan los artículos 241 y 242 de la Ley 906 de 2004”.

46 Artículo 12 ibídem.

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

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