

¿Del agente encubierto al agente provocador?

Jacobo Alejandro González Cortés ¹

Las técnicas investigativas encubiertas fueron creadas para dismantelar estructuras delincuenciales, recientemente tituladas a través de la Ley 1908 de 2018 como GAO (Grupo Armado Organizado) GDO (Grupo Delincencial Organizado). Sin embargo, un error en la utilización de una técnica encubierta podría llevar al fracaso todas las investigaciones y dejar en duda la idoneidad de la justicia, máxime cuando se están adoptando otras técnicas en la enunciada ley, que desde su redacción pareciera que se está permitiendo, la figura del agente provocador en una modalidad virtual.

Sumario

I. Introducción II. Las técnicas investigativas encubiertas: una realidad que supera la ficción III. El agente provocador y el agente encubierto IV. El agente encubierto virtual dentro del plano de la ciberdelincuencia V. Conclusión.

I. Introducción

Es claro que desde el año 2000, se viene ajustando la normatividad interna de Colombia para dar cumplimiento a la convención de Palermo². Esto, en razón de que los retos que la delincuencia organizada

¹ Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, Candidato a Magíster en Derecho con énfasis en Procesal Penal de la Universidad Sergio Arboleda. Ha sido ponente en congresos de delitos informáticos y participó en el Primer simposio nacional de delitos informáticos, en el que se abordaron aspectos de técnicas de investigación, entre otros. Ha capacitado, a nivel nacional, a fiscales, miembros del CTI y de la policía judicial. Actualmente, es socio de la firma MPa abogados y se desempeña como Director de operaciones por sus amplios conocimientos en el manejo de delitos informáticos y financieros, así como de las facultades de las víctimas en el proceso penal. Ha ocupado diversas posiciones en la firma en más de una década de trabajo.

² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 800 (13, MARZO, 2003), Por medio de la cual se aprueban la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de

impone al Estado son cada vez mayores; sin embargo, las técnicas investigativas encubiertas³ plantean una serie de problemáticas por ser desarrolladas en el marco de un Estado Social de Derecho. El uso de estas técnicas solo debe estar precedido de una debida justificación y preservar su carácter excepcional para evitar una actividad violatoria de derechos fundamentales de los conciudadanos.

En el caso de la figura del agente encubierto, nuestra legislación ha dispuesto que bajo ninguna perspectiva se debe permitir la figura del entrampamiento, más conocida como el agente provocador⁴. Es precisamente esta la conclusión a la que llegaremos luego de revisar algunos aspectos de carácter constitucional y legal.

II. Las técnicas investigativas encubiertas: una realidad que supera la ficción

La realidad que enfrentan nuestros órganos investigativos al hacer frente a la delincuencia organizada nos lleva a realizar reflexiones como la de esta cita:

“En la actualidad, es indudable que los instrumentos penales y las técnicas de investigación tradicionales son insuficientes para hacer frente a la delincuencia organizada, y que la realidad de sus dimensiones y efectos ha propiciado la aparición de nuevas respuestas en el orden penal, en el plano procesal y en el marco de la cooperación internacional.”⁵

Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince (15) de noviembre de dos mil (2000).

³ Las técnicas investigativas encubiertas, también conocidas como técnicas especiales de investigación criminal (TEI), son de aplicación excepcional, en razón a que su utilización está sometida a reserva para el procesado, con la finalidad de alcanzar ciertos fines investigativos. Lo anterior lleva a que el ejercicio de la defensa sea mediato, a que el principio de publicidad sea restringido para el procesado y para la sociedad en general. Al respecto, es necesario mencionar que su legitimidad está dada por la aplicación de principios como los de legalidad, necesidad, proporcionalidad, subsidiaridad y excepcionalidad. Estos métodos investigativos están sometidos a estrictos y rigurosos controles judiciales y como su uso está diseñado para atacar a la delincuencia organizada o de alto impacto, su uso indiscriminado puede ir en contravía del Estado Social de Derecho.

⁴ Esta técnica ha sido utilizada en países como Estados Unidos, Japón e Italia.

⁵ ARIAS ECHEVERRI, Manuel Antonio. Policía judicial y operaciones encubiertas. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley, P. 552. 2017.

En la sociedad contemporánea, la actividad criminal es cambiante pues los delincuentes tienen la facilidad de adaptarse y superar los mecanismos contemplados para su neutralización. Nuestra sociedad no es ajena a esta realidad pues claramente se observa que la delincuencia siempre va un paso adelante de las instituciones que realizan las actividades investigativas, que, para el caso colombiano, son la Fiscalía y la Policía Judicial⁶.

Los agentes del Estado son acreedores de obligaciones y tienen muchas limitaciones al momento de combatir el crimen organizado. Dichas limitaciones son impuestas por la Constitución Política y la ley, con el objeto de proteger las garantías y derechos fundamentales de quienes se ven sometidos a un proceso penal. El cumplimiento de dichas limitaciones debe ser estricto por parte de quienes se encargan de administrar justicia, ya que pertenecer a un Estado Social de Derecho, como el nuestro, implica hacer valer los derechos como el debido proceso, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad, entre otros.

Por otra parte, estos límites a las actuaciones investigativas, a las metodologías de obtención de prueba, a los actos de cesación de los efectos del delito o incluso a la neutralización del acto ilícito, están, precisamente, diseñados para responder a los convenios internacionales suscritos por Colombia para combatir el crimen organizado y transnacional; como, por ejemplo, la convención de Palermo del 2000 o la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de Viena, del año 1988. A partir de lo anterior, puede decirse que la utilización de técnicas investigativas encubiertas es excepcional; pues, como lo veremos, existen gran cantidad de filtros que se deben pasar antes de implementar una técnica encubierta como la entrega vigilada, la interceptación de comunicaciones o la, recientemente ingresada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 1908 de 2018, denominada “operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual”.

Se tiene, entonces, que hacer lo contrario implica violar los derechos fundamentales, lo que puede llevar al fracaso las actividades investigativas toda vez que su resultado será inoperante. Entonces, para que un procedimiento de esta naturaleza sea válido se deben garantizar los principios constitucionales de:

⁶ En la exposición de motivos de la Ley 1908 de 2018 se hizo referencia a “La persecución penal del crimen organizado plantea diversos retos. El primero de ellos hace referencia a la necesidad de fortalecer a la policía judicial no solo desde el tema de sus competencias legales, sino también desde la posibilidad de disponer de herramientas tecnológicas efectivas que permitan enfrentar en igualdad de condiciones las estructuras del crimen organizado”.

legalidad⁷, necesidad⁸, excepcionalidad⁹, proporcionalidad o ponderación¹⁰ y subsidiariedad¹¹; igualmente, los pasos que indica la ley para su utilización¹², y, finalmente, tener en cuenta aquellas circulares de la fiscalía que regulan la técnica investigativa que son de obligatorio cumplimiento para que sea válida.

Teniendo en cuenta lo anterior, la regla que debe aplicarse en materia penal, principalmente derivada de nuestro modelo constitucional, es que el Estado no puede prestarse para asumir una posición de delincuente, como instigador o provocador de actos delictivos, para obtener fines investigativos. En otras palabras, el Estado no puede ser quien invite a delinquir para identificar a aquel que pueda tener un ánimo delictivo (un dolo inducido). Esto tiene su razón de ser, toda vez que el Derecho Penal es de acto y no de autor¹³; es decir, no se juzga a la persona por las condiciones personales o psicológicas que determinen su peligrosidad sino por las acciones que realice y que estén penalizadas según las leyes preexistentes.

⁷ Implica la preexistencia de una norma, que tenga la capacidad de utilizar la figura en el marco de la constitución política.

⁸ Este principio, en el marco de una investigación de carácter penal, implica la confrontación entre el método abierto y el método encubierto para la investigación de un hecho y evaluación “ex ante cuando lo exija la norma” y “ex post —en la mayoría de las oportunidades—” por juez de control de garantías.

⁹ No todos los casos se resuelven con la misma metodología y la misma técnica investigativa; esto por cuanto no existen patrones de conducta en los procesos. La excepcionalidad implica que no todas las técnicas se puedan usar en todos los casos.

¹⁰ Tensión entre los derechos del investigado y los fines investigativos.

¹¹ Ponderación entre las diferentes técnicas que trae el método encubierto —aplicación de la menos agresiva para los derechos fundamentales de las personas.

¹² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1908 (9, julio, 2018) Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá, No. 50.649. 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.

¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. C-077 (8, febrero, 2006). M.P.: MARIA VICTORIA CALLE CORREA. Esta Sentencia se pronunció al respecto de la siguiente manera: “En la doctrina penal se distingue entre el Derecho Penal de autor y el Derecho Penal de acto. i) En el primero, el sujeto responde por su ser, por sus condiciones sicofísicas o su personalidad, que se consideran peligrosos para la sociedad, por su supuesta inclinación natural al delito, con un criterio determinista, de modo que el sujeto resulta condenado por la naturaleza a sufrir las condenas penales, por obra del destino y, por tanto, de modo fatal o inevitable. En este orden de ideas, no es relevante que aquel cometa infracciones, sino que tenga la potencialidad de cometerlas. ii) En el segundo, el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir por la comisión de conductas conocidas y queridas por el mismo, previstas expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hacen a aquel merecedor de una sanción. Esta clase de Derecho, inspirado por la filosofía liberal y fundado en la dignidad humana, ha sido acogido por los regímenes políticos democráticos y encuentra fundamento en varios preceptos de la Constitución colombiana, entre ellos el Art. 29. Por sus fundamentos filosóficos y políticos, la responsabilidad derivada de esta última concepción del Derecho Penal es necesariamente subjetiva, es decir, exige la existencia de la culpabilidad, en alguna de las modalidades previstas en la ley, en la comisión de la conducta.”

Concluyendo lo anterior, no podría el Estado provocar un delito para saber quién es susceptible de cometer algún punible. El hecho de colocar un señuelo (fungiendo como agente provocador) para revelar la peligrosidad de una persona no está justificado en nuestro ordenamiento jurídico. Luego entonces, esas personas que no tenían la disposición de delinquir, pero cometieron un acto delictivo provocado por el Estado, no podrían ser judicializados, ya que el Estado actuó como *agente provocador* al insembrar la idea criminal.

III. El agente provocador y el agente encubierto

El Art. 243 del CPP¹⁴ referencia, expresamente, una de técnica investigativa especial denominada *entrega vigilada* y, al respecto, dice: “En estos eventos, está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado.”. Lo anterior tiene su razón de ser, puesto que constitucionalmente, en varias sentencias¹⁵, se ha afirmado de manera categórica que está prohibida la figura del agente provocador. Este tipo de agente ha sido definido por la doctrina como:

“El *agente provocador* es aquel que induce a la comisión de un delito que no habría tenido lugar sin la actuación instigadora del policía que hace surgir la concreta voluntad delictiva en quien no había resuelto cometer ese delito. La diferencia parece clara, pues el agente infiltrado se encarga de descubrir delitos no de hacer que se comentan”¹⁶

¹⁴ ARTÍCULO 243. ENTREGA VIGILADA. (...) 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.

(...)

¹⁵ Ver las sentencias C - 176 del 12 de abril de 1994, C – 591 del 9 de junio de 2005, C-1260 del 5 de diciembre de 2005, C-543 del 28 de mayo de 2008, C-587 del 3 de agosto de 2011 y la única que logró condicionar la norma, la C-156 del 6 de abril de 2016.

¹⁶ ARIAS ECHEVERRI, Manuel Antonio. Policía judicial y operaciones encubiertas. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley, Pág. 666. 2017.

Contrario a lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico consagró la figura del agente encubierto en el Artículo 242 del código de procedimiento penal, Ley 906 de 2004 que, además, fue definida en el art. 1 de la resolución 06351 de 09 octubre de 2008 de la Fiscalía General de la Nación, así:

“Operación encubierta es una técnica especial de investigación, mediante la cual uno o varios funcionarios con funciones de policía judicial, servidores públicos sin funciones de policía judicial, o particulares, son autorizados para infiltrar o penetrar un grupo delictivo organizado, con el fin de buscar o recolectar información, elementos materiales probatorios y evidencia física, ubicar e identificar participantes, bienes, instrumentos y productos del delito; así como información que resulte de interés para los fines de la investigación penal, de conformidad con el programa metodológico.”

Adicional a lo anterior, resulta importante mencionar que la Ley 906 de 2004, incluyó la figura del Juez de Control de Garantías Constitucionales como actor encargado para hacer valer la Constitución Política en los procedimientos adelantados por la policía judicial, entre otras funciones. Traemos a colación esta figura, puesto que la sentencia de la Corte Constitucional C-156 del 6 de abril de 2016, como lo enunciamos anteriormente, declaró la exequibilidad condicionada del Artículo 242 del CPP en el siguiente sentido: “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.” Esto llevó a que el legislador tuviera en cuenta esta modificación en la modalidad virtual del agente encubierto, tal y como lo veremos a continuación.

IV. El agente encubierto virtual dentro del plano de la ciberdelincuencia

El 9 de julio de 2018, se expidió la Ley 1908, “Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones”. Dentro de su articulado, vemos cómo el legislador ha pretendido identificar dos grandes grupos de delincuencia organizada, denominados GAO (Grupo Armado Organizado) y GDO

(Grupo Delictivo Organizado)¹⁷. La mencionada ley respondió a un llamado que se hizo desde la convención de Palermo del año 2000; en el cual, el secretario general de las Naciones Unidas¹⁸ instó a los Estados miembros a implementar, en sus ordenamientos jurídicos, modelos de investigación encubierta que permitieran combatir los delitos graves¹⁹ y con impacto de transnacional cometidos por la delincuencia organizada.

En concreto, uno de los grandes aportes de la Ley 1908 de 2018 fue que trajo consigo la novedosa técnica investigativa denominada “Operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual”. Esta técnica que puede definirse como una metodología de investigación utilizada para combatir el crimen organizado o la delincuencia de alto impacto que opera a través de Internet.

En detalle, la inclusión de la técnica de investigación *Operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual*²⁰ surgió de la necesidad de dotar a los órganos investigativos de herramientas eficaces al momento

¹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1908 (9, julio, 2018) Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá, No. 50.649.

Artículo 2. GDO (Grupo Delictivo Organizado): El grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

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

¹⁸ Kofi A. Annan Secretario General: “En diciembre de 2000, al suscribir en Palermo (Italia) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la Ley. Si el imperio de la Ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas.”

¹⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas (15, noviembre, 2000) Resolución A/RES/55/25. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Artículo 2, definiciones: b) Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.

²⁰ Artículo 16. Operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual. Adiciónese un Artículo 242B a la Ley 906 de 2004:

Artículo 242B. Operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual. La técnica especial de investigación de agente encubierto, contemplada en el Artículo 242 podrá utilizarse cuando se verifique la posible existencia de hechos constitutivos de delitos cometidos por organizaciones criminales que actúan a través de comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación virtual.

El agente encubierto podrá intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos. También obtener imágenes y grabaciones de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre la gente y el indiciado.

PARÁGRAFO. En todo caso, tratándose de este tipo de operaciones encubiertas, se deberá contar con una autorización previa por parte del Juez de Control de Garantías para interferir en las comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en la jurisprudencia constitucional.

de combatir la ciberdelincuencia organizada, que traspasa las fronteras de los países con suma facilidad. Además, surgió de la necesidad de hacer ciberpatrullaje y de recaudar pruebas a través de figuras virtuales en *la red*, buscando la infiltración o con la finalidad de entrar en contacto con los delincuentes que operan desde el anonimato de un dispositivo electrónico de navegación. Esta figura, que se materializa en la técnica judicial referida, está encaminada a la identificación tanto de la estructura criminal como de sus roles y miembros, a la obtención de evidencia electrónica y, en los casos en que sea posible, física, y a la identificación de las fortalezas y debilidades de la estructura delincencial y así cumplir con el objetivo mayor de esta técnica: lograr su desarticulación.

Es preciso aclarar, que la técnica investigativa debe ser utilizada excepcionalmente garantizando los principios de legalidad, proporcionalidad, razonabilidad, sin caer en lo que se ha denominado como el agente provocador.

La técnica *Operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual* tiene su origen en la, ya conocida, técnica investigativa del agente encubierto²¹, que ahora es traída a norma en su modalidad virtual. Algunas diferencias y detalles de carácter técnico y procedimental han sido incluidas en esta técnica investigativa como el cumplimiento de lo dicho por la Corte Constitucional desde la sentencia C - 156 de 2016. Según la ley, antes de usar la técnica del agente encubierto, se debe realizar audiencia ante Juez de Control de Garantías Constitucionales para solicitar control previo de la actividad investigativa a realizar, no solamente porque a través de esta técnica se ingresa a los sistemas informáticos, sino debido a que los derechos fundamentales a la intimidad se ponen al límite, pues se levanta ese velo de protección que tienen los sistemas informáticos como medios de almacenamiento de información privilegiada y sensible que se encuentra en la red.

²¹ Sentencia C 156 de 2016 “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 y los objetivos delictivos que proyectan. Para estos efectos, los agentes encubren su verdadera identidad, o sus móviles y finalidades, con el propósito de adquirir la confianza de los integrantes del grupo u organización criminal, y así obtener los datos relevantes a la indagación o investigación penal. Por su naturaleza, esta técnica investigativa presupone que el agente encubierto se involucre en la cotidianidad de la organización o la de algunos de sus miembros, y se vea en la necesidad operativa de obrar en contextos delictivos sin descubrir su misión. La decisión de ejecutar una operación de esta naturaleza está lógicamente 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. 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.

Varias problemáticas surgen de esta técnica investigativa, algunos derivados de los conceptos técnicos, como “canales cerrados de comunicación virtual” o “algoritmos aplicados”. También, es problemático el hecho de que la técnica puede ser utilizada no solo por la policía judicial, capacitada para realizar los procedimientos requeridos de preservación de evidencia y de hacking ético y forense; sino, también, por particulares e, incluso, por miembros de las mismas organizaciones delincuenciales.

En razón a lo dicho, la preocupación surge cuando se emplea la técnica investigativa sin tener el conocimiento adecuado de los sistemas de información, pues esto dificulta su control, su implementación e incluso su operancia. Otra problemática, y tal vez la más neurálgica, en torno a esta nueva técnica investigativa es que revive el debate de vieja data, sobre su posible ilegalidad e, incluso, inconstitucionalidad, ya que cuando la norma refiere “enviar archivos ilícitos por razón de su contenido” se podría interpretar que está hablando del agente provocador.

Podría pensarse que enviar archivos ilícitos, como primera actividad a realizar en la red por parte del operador del agente virtual, podría instigar, estimular, o provocar la comisión de actos delictivos de quienes no tienen la idea primaria de cometer un acto delictivo o por aquel que, incluso, piense que su actividad no es delictiva. Para ampliar la explicación, se presenta el siguiente ejemplo:

El agente encubierto virtual que pone en la red el servicio de venta de software malicioso y empieza a enviar información para atraer compradores en la Deep web, seguramente, está instigando a que alguien se interese por un producto, que en principio podría considerarse como ilícito. Debido a esto, dicho agente estaría actuando como un agente provocador.

A lo anterior, es preciso resaltar, que aquel que aun teniendo una idea criminal no la ejecuta no puede ser penado, ni tan siquiera investigado; por cuanto nuestro ordenamiento jurídico prevé que se deben ejecutar actos positivos de relevancia jurídico penal para que puedan ser investigados. En consecuencia, cuando se pone un señuelo, como en las condiciones planteadas en el ejemplo, simplemente, se está sembrando la idea de delinquir y se busca a aquellos que podrían llegar a hacerlo sin cometer una acción antijurídica anterior, incluso sin haber provenido de ellos la idea criminal.

En países como Estados Unidos, Italia o Japón, está permitida la técnica del agente provocador en casos de delincuencia de alto impacto bajo ciertas teorías subjetivas relacionadas con la proclividad a delinquir²². Sin embargo, esto va en contravía de nuestro ordenamiento jurídico. La ley penal dispone que no solo la predisposición a delinquir es suficiente para que una persona sea judicializada²³, y, mucho menos, si es provocado o es objeto de un entrapamiento por parte de los funcionarios del Estado que lo conminan a delinquir.

Además de lo ya mencionado, es insoslayable destacar que todas las técnicas especializadas de investigación tienen un carácter excepcional; dado que, como se proponen contrarrestar la delincuencia de alto impacto o la delincuencia organizada, su utilización en la delincuencia de menor lesividad resulta desproporcionada.

En el mismo sentido, véase cómo para la utilización de la figura del agente en cubierto, sea en su modalidad física o virtual, se debe partir de los requisitos que exige el Artículo 241 del CPP. Esta norma, expresamente indica que antes de iniciar la actividad encubierta, se debe contar con suficientes motivos fundados para inferir que el indiciado o el imputado, en la indagación o investigación que se adelanta, pertenece o está relacionado con alguna organización criminal. Por lo tanto, solo hasta ese momento y previo a realizar la agencia encubierta, el fiscal ordenará a la policía judicial la realización del análisis de la organización delictiva con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma.

Una vez obtenido ese informe, el mismo artículo 241 del CPP menciona que: “Después, 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”. Después de esto, el fiscal deberá cumplir con la resolución de la Fiscalía General de la Nación número 06351 del 9 de octubre de 2008 —

²² Ver casos *López vs United States* 373 U.S. 427,446 (1963) pág. 439 y caso “*Lewis vs. United States*” 328 U.S. 1024 (1966) y en “*Hoffa vs. United States*” 383 U.S. 1.024 (1966).

²³ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional. Bogotá, 20 de julio de 1991. Artículos 16 y 18.

firmada por el entonces Fiscal General de la Nación, Doctor Mario Germán Iguarán Arana— en la que se fijaron los parámetros de actuación en las operaciones con agente encubierto²⁴.

Finalmente, el Artículo 242 del CPP señala que el fiscal a cargo de la investigación deberá pedir autorización al Director Seccional de Fiscalías para que este sea quien le de vía libre para desarrollar la actividad. Así, a partir de este recuento procesal, se puede identificar el carácter excepcional de la técnica investigativa del agente encubierto y, también, comprender que si estas actividades no se cumplen a cabalidad, es probable que todas las acciones del miembro de la policía judicial sean declaradas ilegales.

V. Conclusión

- i. Es claro que las técnicas investigativas encubiertas son excepcionales y que su uso indiscriminado está prohibido. Entonces, la figura del agente encubierto sea en su modalidad física o virtual, está precedida de muchos actos procesales, que de no cumplirse a cabalidad pueden poner en duda los procedimientos adelantados por la policía judicial y la Fiscalía General de la Nación.
- ii. El ordenamiento jurídico penal-constitucional colombiano no es compatible con el agente provocador puesto que el criterio de la peligrosidad individual como fundamento del *ius puniendi* fue rechazado y reemplazado por el de lesividad de bienes jurídicos. En este orden de ideas no es constitucionalmente compatible, dogmáticamente coherente ni político-criminalmente conveniente provocar el delito para descubrir al “hombre delincuente”.
- iii. Ante la delgada línea que puede separar a un agente encubierto de un agente provocador, es necesario que, respecto de las operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual, se definan los protocolos y manuales para que la policía judicial pueda afrontar la técnica

²⁴ Resolución de la FGN número 06351 del 9 de octubre de 2008. Artículo 5: Fines de la operación encubierta: “De conformidad con lo dispuesto en la ley 906 de 2004, las operaciones encubiertas tienen como finalidad obtener información, elementos materiales de prueba y evidencia física, respecto de la composición de conductas punibles por parte de un grupo delictivo organizado, con miras a determinar: 1. La estructura de la organización; 2. La identidad de sus miembros y los roles logísticos que cumplen; 3. Las actividades primarias y secundarias del grupo y los *modus operandi* a través de los cuales las desarrollan; 4. El señalamiento de los contactos con el medio lícito e ilícito; 5. El empleo o uso de violencia 6. La interacción con otros grupos delictivos organizados; 7. Las logísticas de financiación y mercadeo; 8. Los mecanismos de procuración de sus actividades; 9. Las oportunidades de prevención; 10. La detección de bienes y recursos, entre otras, de conformidad con el contenido del programa metodológico [...]”.

investigativa sin violación de nuestro ordenamiento jurídico. Lo anterior permitirá atacar, en debida forma, la delincuencia organizada que opera a través de la red; pues de lo contrario, pueden cometerse excesos o incluso vulneraciones de los derechos constitucionales.

Bibliografía

ARIAS ECHEVERRI, Manuel Antonio. Policía judicial y operaciones encubiertas. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley Ltda. 2017.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (15, noviembre, 2000) Resolución A/RES/55/25. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional. Bogotá, 20 de julio de 1991.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (31, agosto, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. *Diario oficial. Bogotá, No. 45658.*

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1908 (9, julio, 2018) Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial. Bogotá, No. 50.649.*

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-156 (6, abril, 2016) M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA En: Relatoría. Bogotá: Corte Constitucional.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. C-176 (12, abril, 1994). M.P.: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. En: Relatoría. Bogotá: Corte Constitucional.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. C-591 (9, junio, 2005) M.P.: CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ. En: Relatoría. Bogotá: Corte Constitucional.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. C-1260 (5, diciembre, 2005) M.P.: CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ. En: Relatoría. Bogotá: Corte Constitucional.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. C-543 (28, mayo, 2008), M.P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. En: Relatoría. Bogotá: Corte Constitucional.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. C-077 (8, febrero, 2006). M.P.: MARIA VICTORIA CALLE CORREA.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia.C-587 (3, agosto, 2011) M.P.: JAIRO IVAN PALACIO PALACIO. En: Relatoría. Bogotá: Corte Constitucional.

MORALES TAMARA, Alberto. La investigación encubierta con fines judiciales como técnica especial de investigación Bogotá: Ed. Externado 2009.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. Palermo (Italia), del 12 al 15 de diciembre de 2000. "Convención de Palermo".

<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Convención de las naciones unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, celebrada en Viena 1988.

https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf .