**PROYECTO DE LEY No. \_\_\_\_\_\_\_\_DE \_\_\_\_\_**

 *“****Por medio de la cual se modifican los artículos 241, 242, 242A y 243 de la Ley 906 de 2004 y se dictan otras disposiciones****”*

**“EL CONGRESO DE COLOMBIA,**

**DECRETA”:**

**ARTÍCULO 1. Objeto.** La presente ley tiene por objeto reformar los artículos 241, 242, 242A y 243 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal Colombiano), en el sentido que i) la figura del agente encubierto tenga una función preventiva, complementaria a la reactiva o postdelictual; ii) se contemple como eximente de responsabilidad la participación de aquél en la comisión de delitos, en estricto cumplimiento de la misión encubierta; iii) y se eleve a rango legal la preceptiva según la cual cuando las operaciones encubiertas impliquen el ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado, deben estar precedidas de autorización del juez de control de garantías, sin perjuicio del control posterior.

**ARTÍCULO 2.** Modifíquese el artículo 241 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

**“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, o que existen serios indicios de inminente afectación por parte de una estructura criminal a los bienes jurídicos tutelados de administración pública, patrimonio del Estado, salud pública, o eficaz y recta impartición de justicia, ordenará a la policía judicial, con carácter priorizado, la realización del análisis de aquélla 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 3.** Modifíquese el artículo 242 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

**“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.

Como medida preventiva, la función del agente encubierto también se podrá activar, precedida de la autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, cuando existan serios indicios de inminente afectación por parte de una estructura criminal a los bienes jurídicos tutelados de administración pública, patrimonio del Estado, salud pública, o eficaz y recta impartición de justicia.

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, así como generar oportunidades para la consumación de delitos contra la administración pública, el patrimonio del Estado, la salud pública, o la eficaz y recta impartición de justicia. 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](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004_pr005.html#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. Cuando las operaciones encubiertas impliquen el ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado, deben estar precedidas de autorización del juez de control de garantías, sin perjuicio del control posterior.

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

**Parágrafo.** Cuando el agente encubierto, dentro del estricto marco de la operación y observando a plenitud los procedimientos previamente establecidos, cometa delitos contra la administración pública, patrimonio del Estado, salud pública, o eficaz y recta impartición de justicia, en coparticipación con la persona investigada o dentro de la estructura criminal infiltrada, 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 4.** Modifíquese el artículo 242A de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

**“ARTÍCULO 242A. OPERACIONES ENCUBIERTAS CONTRA LA CORRUPCIÓN.**  Los mecanismos contemplados en los artículos [241](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004_pr005.html#241) y [242](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004_pr005.html#242) podrán utilizarse cuando se verifique la posible existencia, o inminente consumación, de delitos contra la administración pública o contra la eficaz y recta impartición de justicia, en una entidad pública.

Cuando en investigaciones de corrupción, el agente encubierto, en desarrollo de la operación, cometa delitos contra la administración pública o contra la eficaz y recta impartición de justicia en coparticipación con la persona investigada, quedará exonerado de responsabilidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 242 de la presente ley”.

**ARTÍCULO 5.** Modifíquese el artículo 243 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

**“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.

El agente encubierto estará facultado para entregar por sí, o por interpuesta persona, o facilitar la entrega del objeto de la transacción ilegal, así como generar oportunidades para que se materialice la entrega vigilada. En todo caso, le está prohibido al agente encubierto obligar o acosar al indiciado o imputado a perpetrar la conducta punible.

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 1o.**  Para el desarrollo de entregas vigiladas encubiertas, la Fiscalía General de la Nación, podrá utilizar como remesa encubierta dineros e instrumentos financieros incautados 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 2o.**  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 6. VIGENCIA Y DEROGATORIAS.** La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

**ALEJANDRO CORRALES ESCOBAR GABRIEL JAIME VALLEJO CHUJFI**

 SENADOR DE LA REPÚBLICA REPRESENTANTE A LA CÁMARA

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

**Tabla de Contenido:**

1. Objeto.
2. Necesidad de la iniciativa.
3. Pronunciamientos de la Corte Constitucional.
4. Derecho comparado.
5. Articulado propuesto.
6. **OBJETO.**

El presente proyecto de ley tiene como objetivo cardinal redefinir la figura del agente encubierto en el Sistema Penal Colombiano, en el sentido de que su función no sea simplemente postdelictual sino también, y más importante aún, preventiva o *ex ante*. Igualmente, contempla como eximente de responsabilidad aquel agente que coparticipe en la comisión de delitos dentro del estricto marco de la operación encubierta. Por último, pretende elevar a rango legal el pronunciamiento de la H. Corte Constitucional proferido en Sentencia C- 156 de 2016, según el cual, cuando las operaciones encubiertas impliquen el ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado, deben estar precedidas de autorización del juez de control de garantías, sin perjuicio del control posterior.

1. **NECESIDAD DE LA INICIATIVA.**

En la actualidad, los procedimientos tradicionales de investigación judicial se muestran ineficaces para enfrentar con contundencia el fenómeno del crimen organizado. La capacidad de actuación que tienen estos grupos delictivos, su sólida estructura (compuesta por un entramado de instrumentos personales, materiales y patrimoniales), su ilimitada fuente de recursos y medios (principalmente de comunicación y de alta tecnología) y, sobre todo, el que tales clanes criminales maniobren con sofisticadas técnicas de ingeniería financiera, fiscal y contable (generalmente usadas para reciclar los capitales ilícitos producto de sus operaciones delictivas)[[1]](#footnote-1), hace que las primigenias formas de investigación se tornen insuficientes.

Las estructuras criminales organizadas, dadas sus propias características cualitativas y el escenario de violencia y corrupción en el que se gestan, han contribuido al incremento sustancial de los índices de delincuencia a nivel mundial[[2]](#footnote-2).

Colombia no ha sido ajena a esta situación, y para nadie es un secreto que nuestro país constantemente se ha visto golpeado por hechos de violencia, de narcotráfico y del ya muy cuestionado fenómeno de la corrupción, siendo esta última una de las mayores amenazas del Estado Social de Derecho, por cuanto facilita una pluralidad de afectaciones a los bienes jurídicos tutelados por la ley.

La H. Corte Constitucional, consciente del mecanismo perverso que representa la corrupción, se ha pronunciado en diferentes providencias (C-397/1998, C-030/1999, C-977/2002, C-851/2005, C-028/2006, C-172/2006, entre otras) en donde ha concluido que *la corrupción es taxonómica y principalmente una amenaza, genera tensiones sociales y públicas, agrava la desigualdad y se opone a la realización de los fines esenciales del Estado y su legitimidad política.[[3]](#footnote-3)*

Ahora bien, pese a que el Estado Colombiano ha expedido normas con el propósito de hacerle frente a tal fenómeno (Ley 190 de 1995; Ley 1474 de 2011; Ley 1778 de 2016; Ley 1882 de 2018, entre otras), la percepción y sus índices siguen en preocupante ascenso. En el 2018, Colombia cae de 37 a 36 puntos sobre 100[[4]](#footnote-4) y desciende del puesto 96 al 99, entre 180 países, en el índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional[[5]](#footnote-5).

Entre enero de 2016 y julio de 2018 el Monitor Ciudadano[[6]](#footnote-6) identificó 327 hechos de corrupción reportados por la prensa nacional y regional en los 32 departamentos del país. El 69 % de los hechos son de alcance municipal, el 25 % de nivel departamental y un 6 % de hechos restantes correspondieron a hechos de alcance nacional.

A partir de este informe que presentase Monitor Ciudadano, se detectó que la mayoría de hechos en el país obedecen a casos de corrupción administrativa (73 %), corrupción privada (9 %) corrupción judicial (7 %), y corrupción política (6 %), siendo los que más se reportaron entre enero del 2016 y julio del 2018. De los hechos asociados a corrupción administrativa siguen siendo las irregularidades en los procesos de contratación pública el principal problema, ocupando el 46 % de los hechos de este tipo. Por otro lado, llama la atención que los casos de corrupción privada sean cada vez más reportados a través de la prensa. Por ejemplo, en el primer informe del Monitor Ciudadano sobre corrupción en Territorios de Paz, el porcentaje de casos de corrupción privada solo alcanzó un 4 % (Transparencia por Colombia, 2017. pp 20).

Dentro del total de actores individuales involucrados que recopiló el Monitor Ciudadano se evidencia que el 39 % fueron funcionarios públicos y el 30 % autoridades electas por voto popular. De dichas autoridades electas, el 81 % fueron concejales (41 %) y alcaldes (40 %).

Peculado (18 %), celebración indebida de contratos (13 %), falsedad en documento público (12 %) y concierto para delinquir (11 %) fueron los delitos más cometidos en los hechos de corrupción identificados por el Monitor Ciudadano. Asimismo, en cuanto a los tipos de investigación de los actores involucrados, se registra que el 71 % fueron de tipo penal, 21 % de carácter disciplinario y el 8 % de tipo fiscal.

El Monitor Ciudadano también calculó el promedio de años que tardó la aplicación de condena, sanción disciplinaria y/o fiscal para los actores involucrados en los hechos de corrupción. Este dato se tomó con base en el año del hecho vs el año final de la sanción, cuando así aplicó. Los resultados demostraron que la sanción fiscal tardó en promedio 4,4 años; la condena penal en promedio 4,2 años y la sanción disciplinaria tuvo un tiempo promedio en emitirse de 3,3 años.

Siguiendo el análisis de este informe, se encontró que El 59 % de los hechos de corrupción identificados en el Monitor Ciudadano afectó derechos económicos, sociales y culturales. Le sigue un 39 % que afectó derechos civiles y políticos. Un 2 % de los hechos de corrupción afectaron derechos colectivos y del medio ambiente.

Los derechos económicos, sociales y culturales se asocian con el acceso a la educación, a la salud, a la vivienda digna, al agua potable y servicios públicos de calidad, al deporte y a la cultura, principalmente. De todos ellos, los más afectados fueron los derechos a la educación (28 %) y a la salud (23 %).

En cuanto a los derechos fundamentales, civiles y políticos, el 39 % de los casos identificados afectó el derecho a la vida, a la igualdad, la seguridad, la libertad de expresión, de culto, de acceso a la propiedad privada, de asociación y movilización, de acceso a la justicia y de derechos de participación en la vida civil y política del Estado.

Para el Monitor Ciudadano, resulta preocupante el impacto cada vez mayor que tiene la corrupción en el goce efectivo de derechos humanos fundamentales: servicios de salud que dejan de prestarse, escuelas públicas que no terminan de construirse, proyectos de vivienda que terminan beneficiando a terceros y particulares, escenarios deportivos que culminan en “elefantes blancos”, los cuales son el reflejo y símbolo evidente de la corrupción y el grado de afectación que la misma genera en la sociedad.

Como casos recientes de corrupción, que merecen ser evocados por servir de sustento a la necesidad de esta iniciativa, se encuentran, por mencionar algunos:

* **El “Cartel de la Hemofilia”** en donde se evidencia un vínculo entre la financiación de las campañas políticas y el uso de programas sociales para desviar recursos públicos destinados a personas enfermas y así favorecer élites políticas corruptas.
* **La “Casa Blanca”, compra y venta de votos**. El caso de la senadora Aida Merlano Rebolledo, involucrada en la compra de votos para su segunda campaña al Congreso de la República en marzo de 2018, es un caso emblemático de corrupción política que afectó el proceso electoral en el departamento del Atlántico y fue dado a conocer a la opinión pública por la Fiscalía General de la Nación.
* **El “Cartel Empresarial en el Programa de Alimentación Escolar (PAE)”.** Con respecto a las diversas irregularidades que se han presentado en la ejecución del PAE, el diario El Tiempo publicó el 24 de agosto de 2018 un reportaje informando que a esa fecha había 154 procesos de responsabilidad fiscal por presuntas irregularidades con el programa. Lo que en dinero implicaba pérdidas de $ 84.000 millones, resumidos en corrupción, mala administración de recursos y sobrecostos (El Tiempo, 24 de agosto 2018).
* **El caso Odebrecht.** Uno de los casos más dicientes de este entramado fue la presunta financiación que realizó la constructora brasilera Odebrecht a campañas presidenciales que se llevaron a cabo en el 2010. Este consabido hecho, devela la magnitud de la corrupción administrativa que se evidencia en irregularidades como sobrecostos, sobornos y financiaciones ilegales a campañas políticas que repercuten en la provisión de bienes y servicios y afectan el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos.
* **El “Cartel de la Toga”.** Conforme a la información recopilada por los medios de comunicación y los testimonios de algunos de los implicados en el hecho, esta red de corrupción comenzó a operar en el año 2013 liderada por magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en especial Francisco Javier Ricaurte. Ese mismo año, Luis Gustavo Moreno -exfiscal anticorrupción- conoció al magistrado Ricaurte, quien en diversas reuniones le citaba a Moreno una serie de congresistas y políticos que tenían investigaciones en la Corte o en la Fiscalía. Moreno los contactaba para acordar el valor que debían pagar para eliminar los procesos[[7]](#footnote-7).

El 27 de junio de 2017 Moreno, en ese momento Fiscal Anticorrupción de la Fiscalía General de la Nación, fue capturado en Bogotá por conspiración para lavar activos (El Colombiano, 2 de enero de 2019) y fraude en giros bancarios en Colombia. Las investigaciones indicaban que Moreno habría recibido dineros a cambio de alterar expedientes a favor de políticos como el exgobernador de Córdoba Alejandro Lyons y Musa Besaile, quién tenía una investigación en la Corte Suprema de Justicia por parapolítica.

Con la captura de Moreno se destapó una gigantesca olla de corrupción que posteriormente fue denominada por los medios de comunicación como el “Cartel de la Toga”. El caso empezó a develarse por la información proporcionada por el exgobernador de Córdoba, quien aceptaba haber enviado grandes sumas de dinero a Luis Gustavo Moreno y Musa Besaile para que en la Corte Suprema se pudieran frenar los procesos judiciales que enfrentaban. Entre los implicados en este “Cartel” se encuentran: los ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia Francisco Javier Ricaurte, Gustavo Malo Fernández y José Leonidas Bustos Martínez; el ex zar anticorrupción Luis Gustavo Moreno, y los ex parlamentarios Musa Besaile y Álvaro Ashton, por mencionar algunos.

Importante decir que este “Cartel” se ha considerado como una verdadera estructura criminal que se organizó a efectos de exigir dinero o utilidad, a cambio de amañar decisiones judiciales. Así lo entendió la Fiscalía General de la Nación cuando en el escrito de acusación presentado contra Francisco Ricaurte expresó que *“como magistrado de la Corte Suprema de Justicia al momento de los hechos se encargó de conformar una organización criminal en la que estarían involucrados el ex fiscal anticorrupción Gustavo Moreno, el abogado Leonardo Pinilla Gómez y otros juristas, en donde se habría favorecido con decisiones judiciales a congresistas y gobernadores procesados penalmente”* (FGN, 2018).

Ante tal panorama alarmante de corrupción, que como se ha visto no solo es en gran medida administrativa sino también judicial, y habida cuenta de las dificultades para contrarrestar sus devastadores efectos, se colige que el Estado requiere mejorar los modelos de detección, prevención, investigación, comprobación y sanción de sus hechos constitutivos, en todos sus niveles. De ahí que hace algunos años haya empezado a cobrar auge la figura del agente encubierto o infiltrado (*undercover agent).*

Siguiendo este hilo conductor, en cuanto a la definición de agente encubierto, la Fiscalía General de la Nación en su “Manual Único de Policía Judicial” lo define como:

*“[…] la infiltración[[8]](#footnote-8) y/o penetración[[9]](#footnote-9) a una organización delictiva realizada por servidores con funciones de Policía Judicial o particulares, cuando sea indispensable para el éxito de las tareas investigativas y con el fin de obtener información de interés para la investigación y EMP y EF” (2005, p. 54).*

Para la doctrina, las operaciones encubiertas consisten en el empleo de agentes de policía o de manera excepcional particulares, que se introducen en una organización delictiva, provistos de una falsa identidad para recolectar información como elementos de prueba que demuestren la responsabilidad penal. Este mecanismo se usa generalmente para combatir graves delitos y en aquellas estructuras criminales en donde se dificulta el esclarecimiento de los hechos, sobre los cuales otros medios de investigación han fracasado[[10]](#footnote-10).

De manera general y desde el Código de Procedimiento Penal, el agente encubierto es el funcionario de policía judicial y/o el particular, que mediante un plan metodológico elaborado por la Fiscalía General de la Nación, se infiltra en una organización criminal, para conocer su estructura, actividades, relaciones e integrantes.

Ahora bien, con respecto a los delitos contra la administración pública asociados a la corrupción, la actividad del agente encubierto está condicionada, según el Código de Procedimiento Penal, a “*cuando se verifique la posible existencia de hechos de delitos*”, dicho de otra manera, no podrá recurrirse a dicha herramienta si antes no se advierte la ocurrencia de una conducta punible.

En ese orden de las cosas, la figura del agente encubierto prevista en nuestra imperante legislación procesal penal ha sido pensada como una técnica reactiva e investigativa para conducir el cauce judicial, mas no como medida preventiva o anticipativa de la comisión de ilícitos. Las disposiciones normativas que por medio de este proyecto de ley se pretenden reformar, actualmente se muestran como insuficientes para combatir la corrupción administrativa y judicial, pues no parece razonable ni tampoco efectivo que se deba esperar a que el daño se materialice para activar el aparato jurisdiccional. Muchos de los escándalos de corrupción mencionados en precedencia se hubiesen podido evitar, o por lo menos sus efectos aminorar, si se contemplara la posibilidad de contar con agentes encubiertos, lo suficientemente capacitados, para intervenir ante inminentes vulneraciones a los bienes jurídicos tutelados.

La misma teleología de esta propuesta inicial fue concebida en el Proyecto de Acto Legislativo que actualmente cursa en el Congreso de la República y que pretende reformar el modelo de control fiscal, en tanto es una necesidad sentida, para todos los sistemas de responsabilidad, contar con herramientas de prevención del perjuicio material e inmaterial.

Es por eso que el articulado propuesto está encaminado a preceptuar la figura del agente encubierto, no solo “*cuando se verifique la posible existencia de delitos”,* sino también cuando *“existan serios indicios de inminente afectación por parte de una estructura criminal a los bienes jurídicos tutelados de administración pública, patrimonio del Estado, salud pública, o eficaz y recta impartición de justicia”,* por ser conductas punibles de gran repercusión social y que generan graves quebrantos a los derechos fundamentales de las personas. Adviértase en el articulado que esta última posibilidad no es ilimitada o dejada al arbitrio del agente, toda vez que para su procedencia, es menester no solo contar con “*indicios serios”* de “*inminente conculcación”* por parte de una “*organización criminal”*, sino que además debe ir precedida de la autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, sin perjuicio del control de legalidad por parte del juez competente.

Ahora bien, como se dejó en evidencia en las primeras líneas de esta justificación, la amenaza actual de la corrupción no solo ha permeado el sector administrativo, sino también el pilar fundamental de nuestro Estado Social de Derecho; la justicia. De ahí entonces que sea menester reformar el artículo 242 A en el entendido de ampliar su radio de acción a los delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia, dejando claro que el agente encubierto que coparticipe en este tipo de ilicitudes, dentro del estricto marco de su operación, no será responsable ante la ley, salvo, claro está, que exista un verdadero acuerdo criminal ajeno a la misión encubierta. Contemplar esta modificación a la norma, implicaría conjurar escándalos tan sonados como los derivados del **“Cartel de falsos testigos”** en Colombia.

Por su parte, con el fin de evitar cualquier problema de hermenéutica al artículo 242 del ya varias veces mencionado Código de Procedimiento Penal, se propone elevar a derecho legislado -no solo jurisprudencial- la interpretación que la Guardiana de la Constitución le ha dado a tal disposición, en el entendido que *cuando las operaciones encubiertas impliquen el ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado, deben estar precedidas de autorización del juez de control de garantías, sin perjuicio del control posterior*, con lo cual se hace compatible este artículo con la Norma de normas, lo que a la postre también debe ser una función del legislador.

Otra novedad que se pretende incorporar al articulado objeto de este Proyecto, es la posibilidad de que el agente encubierto cree *oportunidades* para que los delitos de alto impacto tengan lugar, sin que necesariamente implique encontrarnos ante la figura del agente provocador. Lo anterior contribuirá a contar con un Estado más proactivo y preventivo, capaz de conjurar un mayor número de actos de corrupción y de desmantelar estructurar criminales.

Para justificar esta última propuesta conviene recordar lo que la H. Corte Constitucional ha decantado en materia de agentes encubiertos y, asimismo, revisar el caso exitoso de Estados Unidos.

1. **PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Pese a que no es tan prolífero el número de sentencias que desarrollan la figura del agente encubierto, se rastrean dos que resultan pertinentes para los efectos que aquí concitan la atención.

La primera providencia en la que la H. Corte Constitucional se ocupó de analizar la figura del agente encubierto fue la Sentencia C-176 de 1994 en la cual se efectuó la revisión constitucional de la Ley 67 de 23 de agosto de 1993 "por medio de la cual se aprueba la 'Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas', suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988".

Para ese entonces, la Máxima Corporación Constitucional reconoció que el artículo 11 de la precitada Convención establece la posibilidad de utilizar agentes provocadores, sin embargo, también da cuenta que es una disposición condicionada por cuanto la norma precisa que esa obligación de las partes depende de que lo permitan "los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos". Bajo tal premisa, la Corte Constitucional manifiesta 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”***. (Subrayas fuera del original).

Nótese que la Corte Constitucional, aunque de manera muy somera, deja en claro que el agente encubierto no puede inducir o estimular a la realización de los delitos, no obstante, no prohíbe que la figura del agente encubierto cumpla una función de prevención o anticipación del delito, como tampoco la posibilidad de generar oportunidades o espacios para que quienes hayan predeterminado sus conductas puedan consumarlas.

La otra Sentencia en la que la Corte se ha ocupado de la materia, es la C-156 de 2016, en la cual se acusa parcialmente el artículo 242 de la Ley 906 de 2004. Aquí es importante decir que la *ratio decidendi* giró en torno a justificar cómo es un requisito *sine qua non* obtener la respectiva autorización por parte del juez de control de garantías, cuando quiera que el agente encubierto pretenda ingresar a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado, por cuanto en estos eventos existe una mayor interferencia de principios constitucionales o puesta en peligro de derechos fundamentales. No empece tan importante precisión, en la *ratio decidendi* de esta providencia (entendida como *la parte motiva que guarda una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia)* no se evidencia un pronunciamiento tendiente a limitar el alcance de esta figura en el sentido de proscribirle al agente encubierto la posibilidad de generar oportunidades de consumación del delito.

1. **DERECHO COMPARADO[[11]](#footnote-11)**

La institución del agente encubierto no es una figura aislada y propia del sistema penal colombiano. Distintos países del mundo ya prevén esta herramienta como complementaria e indispensable para desplegar sus tareas de anticipación, detección, investigación y judicialización de los hechos constitutivos de delitos.

* **Chile.**

La técnica del agente encubierto se contempla en la Ley de Drogas-Ley 20.000, la Ley contra el lavado y el blanqueo de activos-Ley 19.913-, y el Código Penal, artículo 369 respecto de los delitos de pornografía infantil, prostitución de menores y en general delitos sexuales en donde se vean involucrados menores de edad, previa autorización del Tribunal y a petición del Ministerio Público[[12]](#footnote-12) . Se define como “el funcionario policial que oculta su identidad y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los partícipes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación” (…) podrá tener una historia ficticia (…) y **sus actuaciones, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma**” (art 25, incs 2 y 3, Ley 20.000).

Para ello, no debe haber otra vía o forma en que el agente o informante encubierto, o revelador pueda realizar su actividad de investigación” (Oficio No. 65 Ley 20.000), no pudiendo cometer otros delitos que no se relacionen directamente con la actividad criminal desarrollada por la asociación u organización investigada[[13]](#footnote-13).

* **Argentina**

En la legislación argentina la figura del agente encubierto está igualmente contemplada para enfrentar eficazmente la criminalidad organizada. La ley 24.242 o ley de estupefacientes de 1995 regula en su artículo 31 al “agente de las fuerzas de seguridad en actividad, que actuando en forma encubierta se introduce: a) como integrante de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes o b) participa en la realización de conductas ilícitas relacionadas”... **Su finalidad comprende: comprobar la comisión de delitos, lograr individualización o detención de autores, partícipes o encubridores, Asegurar medios de prueba necesarios[[14]](#footnote-14).**

Su designación emana del Juez en causas vinculadas con el tráfico de estupefacientes cuando tenga razones para pensar que hay un delito cometido **o en vías de cometerse**. Según Carrió debe existir un estado de sospecha serio, referido a un delito determinado. La designación del agente encubierto es procedente como último recurso y su actuación estará controlada por el juez que autorizó el empleo de la técnica de investigación. Si es posible utilizar otras medidas menos intrusivas deberá optarse por ellas.[[15]](#footnote-15)

En cuanto a la responsabilidad penal del agente encubierto, **este se exime “cuando como consecuencia de su actuación hubiese sido compelido a cometer un delito** (v. gr., tener droga), siempre que no implique poner en peligro la vida o la integridad física de una persona, o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro (v. gr., una violación).[[16]](#footnote-16)”

* **España**

En el ordenamiento jurídico español, el agente encubierto se contempla en el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal-LECrim-la cual “permite la penetración o infiltración del Estado, por medio de un agente de policía, que oculta su verdadera identidad, a un grupo de delincuencia organizada a fin de obtener información sobre sus miembros, estructura, modus operandi, campos de operación, así como para adquirir pruebas sobre la ejecución de hechos criminales, para que sus integrantes puedan ser sentenciados en una causa penal por los ilícitos que hubiesen cometido[[17]](#footnote-17)”.

La utilización de esta figura está limitada a la investigación de actividades delictivas cometidas por la delincuencia organizada, entendida como “asociación de tres o más personas, con actividad permanente o reiterada en la comisión de delitos, como aquellos contra la salud pública (estupefacientes), la prostitución, la extorsión, el tráfico de flores silvestres, entre otros señalados taxativamente en la LECrim.

La infiltración por parte del agente encubierto a la estructura criminal según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es “una técnica prorrogable en el tiempo, pues la autorización de una identidad supuesta a un funcionario policial puede ser por un término de seis meses o diferirse indefinidamente según las necesidades de la investigación[[18]](#footnote-18)”; tiempo en el cual el agente estará habilitado legalmente para desarrollar acciones tendientes a cumplir la labor investigativa. Sin embargo, **si se trata de actuaciones que puedan afectar derechos fundamentales, deberá el agente con antelación solicitar al Juez de instrucción competente, autorización al efecto.**

**En cuanto a la responsabilidad del agente, la misma está determinada por su apego a los supuestos señalados**, los cuales se encuentran contemplados en el 282 bis.1 LECrim, gozando ex lege del amparo de la causa de justificación prevista en el apartado 7.º del CP (cumplimiento del deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo[[19]](#footnote-19)).

* **Francia.**

El agente encubierto tiene como antecedente la legislación francesa en la cual se contempló esta figura en el marco del espionaje político propio de los reinados de Luis XIV y Luis XV; sin embargo su consagración legal se dio con una ley del año 1991, relativa al fortalecimiento de la lucha contra el tráfico de estupefacientes, en la que se establece una causa de justificación de la responsabilidad criminal para aquellos funcionarios de policía que realicen acciones constitutivas del delito de tráfico de estupefacientes, cuando en ello les guíe un fin investigador y cuenten con la correspondiente autorización judicial.[[20]](#footnote-20)

* **Alemania.**

Su Código Penal establece los requisitos y formas de proceder del agente encubierto. Se les autoriza una identidad supuesta y todo tipo de protección en caso de que exista peligro para la integridad física de dicho agente. Como limitaciones se establece que, solo se podrá aplicar la misma en delitos de importancia y cuando otros medios de investigación resulten ineficaces, con autorización judicial o fiscal y la prohibición de cometer delitos.[[21]](#footnote-21) Igualmente, el artículo 110a del StPO (legislación procesal penal) enumera las hipótesis criminales en que procede la práctica de operaciones de investigación mediante agentes encubiertos.

* **Estados Unidos.**

En países como EE.UU., si bien al agente encubierto le es permitido incidir en la idea criminal del autor, se debe respetar que dicha incidencia no sea por intermedio del acoso ni la coerción, pues si el agente afecta la voluntad del presunto delincuente, la actuación de ese agente faculta al defensor a alegar la defensa criminal de “entrampamiento”.

La doctrina norteamericana utiliza el criterio de la “*oportunidad”* para diferenciar las dos situaciones. **Si el agente encubierto solamente genera en el autor la oportunidad criminal, este comportamiento es válido y permitido**, pero si el agente, de alguna manera, obliga al autor a desarrollar la conducta, eso se considera entrampamiento, lo cual está vedado. En ese horizonte, de acuerdo con esta posición doctrinal:   “con la finalidad de eliminar el comportamiento criminal, los oficiales de la Ley tienen permitido participar en operaciones, por lo tanto, ellos pueden crear circunstancias que les permitan a los individuos tomar acciones criminales por las cuales podrán ser arrestados y procesados. Estas son consideradas ‘oportunidades’ para los individuos que se cree que están involucrados en comportamiento criminal para cometer delitos. Una oportunidad es considerada muy diferente al entrampamiento y envuelve simplemente la tentación de violar la ley, no de verse forzado a hacerlo[[22]](#footnote-22).

Así las cosas, lo que está prohibido en la legislación estadounidense es el entrampamiento, el cual es producto del acoso o coacción por parte del agente encubierto, en donde se reprocha que éste haya llevado al autor o partícipe a perpetrar un delito para el cual no estaba predispuesto y que de otro modo no lo hubiere llevado a cabo.

A partir de este punto consustancial de diferenciación entre el agente encubierto y el agente provocador, se desprende una de las principales propuestas de esta iniciativa, pues lo que se pretende no es permitir que los agentes infiltrados vayan impulsando las comisiones de delitos a través de la coerción o el acoso, sino más bien, y como una medida de prevención e investigación, que el agente encubierto cree oportunidades o genere circunstancias para que el autor o partícipe ejecute la conducta para la cual ya estaba predispuesto. Dicho de otra manera, no se trata de patrocinar el hecho de ir colocando “trampas”, sino de suscitar oportunidades para que, quien haya ideado y preparado su accionar criminal, pueda ejecutarlo[[23]](#footnote-23).

1. **ARTICULADO PROPUESTO.**

El **artículo 1** se encarga de definir el objeto de la ley, cuyos ejes centrales son i) función preventiva o anticipativa de la figura del agente encubierto, complementaria a la reactiva o postdelictual; ii) ausencia de responsabilidad en la participación de aquél en delitos, dentro del estricto marco de la misión encubierta; y iii) elevar a rango legal la preceptiva según la cual cuando las operaciones encubiertas impliquen el ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado, deben estar precedidas de autorización del juez de control de garantías, sin perjuicio del control posterior.

El **artículo 2** se ocupa de establecer en el artículo 241 de la Ley 906 de 2004, la función preventiva o anticipativa del agente encubierto, en el sentido que esta herramienta no solo se podrá utilizar “*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”* sino también “*cuando existan serios indicios de inminente afectación por parte de una estructura criminal a los bienes jurídicos tutelados de administración pública, patrimonio del Estado, salud pública, o eficaz y recta impartición de justicia”.*

El **artículo 3** consolida la función preventiva o anticipativa que puede cumplir el agente encubierto “*cuando existan serios indicios de inminente afectación por parte de una estructura criminal a los bienes jurídicos tutelados de administración pública, patrimonio del Estado, salud pública, o eficaz y recta impartición de justicia”,* dejando claro, eso sí, que también debe ir precedida de la autorización por parte del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, sin perjuicio del respectivo control de legalidad.

Asimismo, incorpora el criterio de *oportunidad* -que no es lo mismo que entrampamiento- según el cual el agente encubierto puede “*generar oportunidades para la consumación de delitos contra la administración pública, el patrimonio del Estado, la salud pública, o la eficaz y recta impartición de justicia”.*

Por su parte, este artículo trae al derecho legislado el pronunciamiento de la H. Corte Constitucional en Sentencia C- 156 de 2016, según el cual, “*cuando las operaciones encubiertas impliquen el ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado, deben estar precedidas de autorización del juez de control de garantías, sin perjuicio del control posterior”.*

Finalmente, se adiciona un parágrafo, en el sentido de prever, como causal de exoneración de responsabilidad, la comisión de “*delitos contra la administración pública, patrimonio del Estado, salud pública, o eficaz y recta impartición de justicia, cometidos por parte del agente encubierto dentro del estricto marco de la operación y observando a plenitud los procedimientos previamente establecidos”.*

El **artículo 4**, muy en línea con la necesidad de normar la función preventiva del agente encubierto y de luchar, además, contra la corrupción judicial, adiciona las expresiones “*inminente consumación”* y *“delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia”,* al tiempo que hace una remisión normativa al parágrafo del artículo 242 de la Ley 906 de 2004 referente a la exculpación del agente encubierto.

El **artículo 5** confirma el criterio de *oportunidad*, para lo cual modifica un inciso del artículo 243 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de disponer que “*el agente encubierto está facultado para entregar por sí, o por interpuesta persona, o facilitar la entrega del objeto de la transacción ilegal, así como generar oportunidades para que se materialice la entrega vigilada”*. Sin embargo, hace la salvedad de aquello que le está proscrito al agente encubierto, a efectos de armonizar con la prohibición general de entrampamiento: el agente no podrá “*obligar o acosar al indiciado o imputado a perpetrar la conducta punible”.*

Como última modificación, se elimina la expresión *“a organizaciones criminales*” del parágrafo 1 del artículo 243 de la Ley 906 de 2004, en el sentido de poder contar, en las entregas vigiladas, con los elementos incautados, en términos generales, y no solo los provenientes de las organizaciones criminales. Vale decir que esta eliminación se está contemplando en el Proyecto de Ley Anticorrupción 005 de 2019 Senado/ 010 de 2019 Cámara, razón por la cual también se busca acompasar con esta iniciativa.

Como colofón, el **artículo 6** establece la vigencia de la ley y sus derogatorias.

Cordialmente,

**ALEJANDRO CORRALES ESCOBAR GABRIEL JAIME VALLEJO CHUJFI**

 SENADOR DE LA REPÚBLICA REPRESENTANTE A LA CÁMARA

1. Vid. Blanco Cordero, Isidoro, Criminalidad organizada y mercados ilegales, cit., pp. 219 ss. [↑](#footnote-ref-1)
2. Iglesias Río, Miguel Ángel, «La criminalidad organizada y la delincuencia económica. Aproximación a su incidencia mundial», en: Criminalidad organizada y delincuencia económica, Hoover Wadith Ruíz Rengifo (coord.), Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, 2002, pp. 15 ss. [↑](#footnote-ref-2)
3. Hernández Gómez, “La anticorrupción en Colombia, el agente encubierto y la función de inteligencia”. [↑](#footnote-ref-3)
4. La escala del índice va de 0 a 100, siendo 0 (muy corrupto) y 100 (muy limpio). [↑](#footnote-ref-4)
5. Índice de percepción de la corrupción. Disponible en: <http://transparenciacolombia.org.co/2019/01/29/resultados-ipc-2018/> [↑](#footnote-ref-5)
6. Tercer informe de Monitor Ciudadano de la Corrupción. Disponible en: <https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/2019/Informe-Monitor-Ciudadano-Corrupcion-18.pdf> [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver: <https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/2019/Informe-Monitor-Ciudadano-Corrupcion-18.pdf> Pág. 67 y ss. [↑](#footnote-ref-7)
8. La infiltración se conoce en la doctrina militar como una técnica mediante la que se introducen unidades propias en el blanco u objetivo, para que recolecten información sobre actividades, capacidades, composición, planes, proyectos y otros elementos de interés. [↑](#footnote-ref-8)
9. La penetración también es una técnica, que consiste en lograr la colaboración consciente o no, de un miembro del blanco u objetivo, con el fin de obtener información confidencial, útil y fidedigna. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ramírez Jaramillo A.D. El Agente Encubierto Frente a los Derechos Fundamentales a la Intimidad y a la no Autoincriminación. Universidad de Antioquia. Edición 2010. Pág. 25. [↑](#footnote-ref-10)
11. Parte de la compilación que aquí se refiere ha sido extraída del trabajo de investigación: Visión analítica de la intervención del agente encubierto en el procedimiento penal colombiano: Desafíos probatorios. Por: Ariana Alexandra Gutiérrez Garzón y Claudia Estefanía Urrutia Sanabria. [↑](#footnote-ref-11)
12. Zavidich, 2014, p. 113. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ibíd. [↑](#footnote-ref-13)
14. Lamarre, 2010, pp. 175-195. [↑](#footnote-ref-14)
15. Carrió, 1997 pp. 311-313 [↑](#footnote-ref-15)
16. Caferrata y otros, 2012, p. 654. [↑](#footnote-ref-16)
17. Delgado, 1996, p. 69-84. [↑](#footnote-ref-17)
18. Núñez, 2008, p. 164. [↑](#footnote-ref-18)
19. Zaragoza, 2000, p. 116. [↑](#footnote-ref-19)
20. Martínez, 2007. [↑](#footnote-ref-20)
21. Ibíd. [↑](#footnote-ref-21)
22. Disponible en: <https://www.justia.com/criminal/defenses/entrapment/>. Traducción de Ámbito Jurídico (2019). [↑](#footnote-ref-22)
23. Etapa final de *iter criminis.* [↑](#footnote-ref-23)