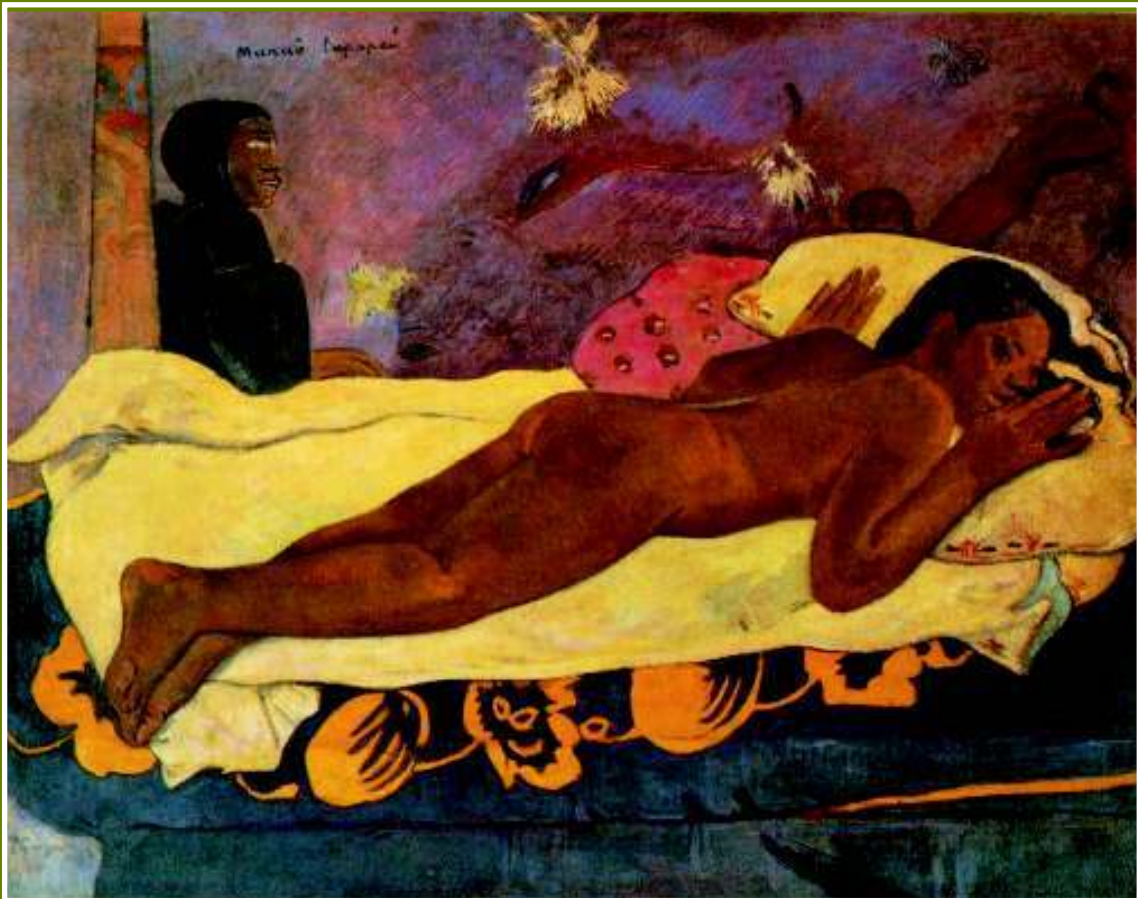


Andrés David Ramírez Jaramillo

El Agente Encubierto Frente a los Derechos Fundamentales a la Intimidad y a la no Autoincriminación



UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA

1803

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS

Colección mejores trabajos de grado

Andrés David Ramírez Jaramillo

El agente encubierto frente a los
derechos fundamentales a la
intimidad y a la no autoincriminación



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1 8 0 3

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Colección mejores trabajos de grado

La colección mejores trabajos de grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, surge con el objetivo de hacer visibles los trabajos de grado de pregrado y posgrado de nuestra Unidad Académica que han sido distinguidos con la máxima calificación, y como una manera de reconocer a quienes, gracias a su esfuerzo, recibieron recomendación de publicación del texto completo por parte de sus jurados.

**Hernán Darío Vergara Mesa
Decano**

El agente encubierto frente a los derechos fundamentales
a la intimidad y a la no autoincriminación
© Andrés David Ramírez Jaramillo
© Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Edición: 2010
ISBN: 978-958-714-340-9

Este libro hace parte de la colección
MEJORES TRABAJOS DE GRADO
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Antioquia
Número 3

Corrección de textos: Andrés Vergara Aguirre
Diseño, diagramación e impresión: Librería Jurídica Sánchez Ltda.
Calle 46 No 43-43, PBX: (57-4) 444 44 98
Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Foto carátula:
The Spirit of Death Watching,
por el pintor Paul Gauguin (1892)

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Oficina de Comunicaciones
Teléfono (57-4) 219 58 54
Correo electrónico: derecho@mitra.udea.edu.co
Página web: <http://derecho.udea.edu.co>
Ciudad Universitaria
Calle 67 No 53-108, bloque 14
A.A. 1226
Medellín - Colombia

Hecho el depósito que exige la ley.
Prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por cualquier
proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme,
offset o mimeógrafo. (Ley 23 de 1982)

Expreso gratitud:

*A Dios, mi madre, mi padre, mi hermana y mi hermano,
igualmente a mis amigas, a mis amigos, profesoras, profesores,
compañeras y compañeros; por su apoyo, colaboración y enseñanzas.*

*A nuestra Universidad de Antioquia
y a su Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
por la formación académica y humanística que me brindaron.*



CONTENIDO

	Pág.
Presentación	9
Introducción	13
1. La criminalidad organizada	17
1.1. Definición de criminalidad organizada	18
1.2. Técnicas de investigación contra el crimen organizado	21
1.2.1. Seguimientos pasivos	23
1.2.2. Entregas vigiladas	23
1.2.3. Informantes	24
1.2.4. Agentes encubiertos	25
2. El agente encubierto	27
2.1. Concepto doctrinal	28
2.2. Consagración normativa en Colombia	30
2.3. Pronunciamientos jurisprudenciales comparados	34
2.4. Perfil del agente encubierto en Colombia	38
2.5. Requisitos de la actuación encubierta en Colombia	43
2.6. Control de la actuación encubierta en Colombia	46
2.6.1. El agente encubierto y la provocación del delito	51
2.6.2. El agente encubierto y la prueba ilícita	53
2.6.3. Responsabilidad penal del agente encubierto	54
3. Los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación en Colombia	57
3.1. El derecho fundamental a la intimidad	58
3.1.1. Concepto doctrinal del derecho fundamental a la intimidad	59
3.1.2. Consagración normativa del derecho fundamental a la intimidad	63
3.1.3. Pronunciamientos de la jurisprudencia nacional en torno a la intimidad	66
3.1.4. Variantes del derecho a la intimidad	69
3.1.5. Límites y restricciones al derecho a la intimidad	71

3.2. El derecho fundamental a la no autoincriminación	73
3.2.1. Noción del derecho fundamental a no autoincriminarse	75
3.2.2. Consagración normativa del derecho fundamental a no autoincriminarse	77
3.2.3. Pronunciamientos de la jurisprudencia nacional sobre la no autoincriminación	81
3.2.4. Alcance del derecho a la no autoincriminación	89
4. La actuación encubierta y los derechos fundamentales a la intimidad y la no autoincriminación	95
4.1. El agente encubierto y el derecho fundamental a la intimidad	98
4.1.1. Límites de la investigación penal frente al derecho a la intimidad	100
4.1.2. Consecuencias de utilizar información confidencial en la investigación y el proceso penal	107
4.2. El agente encubierto y el derecho fundamental a la no autoincriminación ...	109
4.2.1. Las conversaciones entre el agente encubierto y el investigado	110
4.2.1.1. Preguntas autoincriminantes del agente encubierto al investigado	112
4.2.1.2. Las declaraciones espontáneas del investigado al agente encubierto	113
4.2.2. Exclusión de medios de acreditación obtenidos de las conversaciones entre el agente encubierto y el investigado	115
5. Conclusiones	119
Bibliografía	123

PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, ha tomado la decisión de publicar aquellas tesis de sus estudiantes de pregrado que sean sobresalientes. Sin caer en la seducción de una retórica barata, creo que esta colección de publicaciones que inicia la Facultad puede marcar un hito en su ya bicentennial vida académica. La colección se va a iniciar con tres trabajos: «Para una historia judicial del cuerpo: aproximaciones a Michel Foucault» (2008) de David Orrego Fernández; «Thomas Hobbes y estado absoluto: del estado de razón al estado de terror» (2009) de Juan David Ramírez Echeverri y «El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no incriminación» (2009) de Andrés David Ramírez Jaramillo.

Esta serie de publicaciones que ahora se inician, como decía, pueden marcar un hito para la nuestra Unidad Académica, por varias razones. La Facultad, mediante estas publicaciones hace visibles trabajos muy notorios, que normalmente sólo son accesibles a un reducido número de personas. Estos trabajos, cuando tienen la calidad de los que se proponen publicar, representan un reconocimiento más que merecido a aquellos estudiantes que a veces durante años, haciendo unos esfuerzos descomunales, logran terminar sus trabajos, pero tienen la percepción, muchas veces justificada, de que tanto esfuerzo está condenado al olvido. Probablemente el efecto más importante que se puede producir con estas publicaciones es servir de estímulo a otros estudiantes que ahora pueden tener una prueba palpable de que el esfuerzo es debidamente reconocido. Este proyecto en que se ha comprometido la Facultad debe cumplir la función de servir de espejo que nos permite ver lo que estamos haciendo y nos estimule a mejorarlo cada día. Finalmente, es de esperar que estas publicaciones sirvan de mentís para aquellos que todavía mantienen la creencia que los estudiantes de la Universidad de Antioquia, son unos revoltosos que no estudian, no leen y mucho menos saben investigar y escribir.

La prueba del buen criterio con que se han escogido los trabajos que inicialmente se van a publicar, está en el que tengo el placentero encargo de presentar: «El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación», de Andrés David Ramírez Jaramillo.

El agente encubierto es una de esas instituciones «nuevas» del Derecho Penal, que algunos creen que apenas necesita una justificación porque se presenta como una herramienta imprescindible, hoy en día, para combatir fenómenos como la delincuencia organizada. Se saluda por algunos como una muestra de la necesaria modernización del Derecho Penal y no se cuestiona, porque su supuesta eficacia la hace indiscutible.

Cuando aparecen estas figuras más o menos novedosas como el agente encubierto, es casi normal que casi toda la atención se centre en mirar con cierto detalle dónde ha surgido, para qué se ha creado, cuál es su contorno normativo y fáctico y cosas por el estilo. El mayor mérito del trabajo que presento radica precisamente en utilizar una aproximación completamente distinta: primero se pregunta cuáles son los derechos fundamentales que estos dispositivos puede vulnerar o poner en serio peligro y en un segundo plano se hace su historia, su perfil, su consagración positiva.

El trabajo está dividido en cuatro grandes partes: la primera se ocupa de la criminalidad organizada; la segunda del agente encubierto; la tercera de los derechos fundamentales a la intimidad y la no autoincriminación y, finalmente, trata la actuación encubierta y los derechos fundamentales a la intimidad y la no autoincriminación.

Este orden de exposición no debe confundir al lector; los dos primeros capítulos son apenas una ambientación necesaria para llegar al centro del trabajo: los peligros del agente encubierto para los derechos fundamentales a la intimidad y la no autoincriminación. El trabajo empieza por definir el agente encubierto, pero esto apenas es un supuesto del trabajo y no su punto central. Hemos venido acostumbrándonos a una proclamación bastante retórica de derechos, a nivel de principios rectores, pero mediante una formulación que lo único que resalta es precisamente su precariedad. Pudiera aducir múltiples ejemplos, pero que creo que bastaría señalar el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal Colombiano (Ley 906 de 2004), que precisamente se ocupa del derecho a la intimidad. Como

puede apreciarse de su simple lectura, empieza con una proclamación bastante satisfactoria, pero lentamente el derecho fundamental se va degradando, admitiendo que puede limitarse o desconocerse por orden del Fiscal General o su delegado (no por el Juez de Garantías) y en el inciso tercero, ya simplemente se dice: «De la misma manera deberá procederse cuando resulte necesaria ¹ la búsqueda selectiva en la base de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole, que no sean de libre acceso, o cuando fuere necesario interceptar comunicaciones.»

Como puede verse, en esta disposición es perfectamente legible una estrategia discursivo-normativa, mediante la cual, a primera vista se reconocen derechos y casi sin sutilezas, estos quedan a merced de una necesidad que ni se define, ni se precisa de quién y para qué se invoca.

No podría hacer nada distinto que invitar al lector a que se aventure con el texto. Fuera de su buena información, su claridad y el sentido crítico con el cual se construyó, diría que hay dos puntos que quisiera resaltar.

El autor muestra que la mera consagración de figuras como el agente encubierto significa ya un grave peligro para los derechos fundamentales. No es necesario esperar que un funcionario haga un mal uso o la utilice abusivamente, pues proteger derechos fundamentales, en este caso, la intimidad y la no autoincriminación, ya resulta casi imposible. Como puede comprobarse en la lectura del texto, el peligro radica en la misma figura, no en su uso. Son construcciones que desde su nacimiento resultan incompatibles con un Estado de Derecho, pues su control deviene ilusorio.

Otro gran acierto de este trabajo es que logra mostrar, en toda su desnudez, el problema de la excepcionalidad. Estábamos acostumbrados a pensar en la excepcionalidad como un momento de ruptura normativa, en el cual el gobierno, haciendo uso de facultades constitucionales, se abrogaba el papel del legislador.² Esta figura muestra una cara distinta de esa excepcionalidad. Aquí no se trata de una norma excepcional, sino de una norma del Código de Procedimiento Penal,

1. Sin resalto en el texto original.

2. Para una ilustración de la excepcionalidad en Colombia, puede consultarse: PÉREZ TORO, William Fredy y otros. Estado de derecho y sistema penal. Biblioteca jurídica Dike, Universidad de Antioquia, Instituto de Estudios Políticos, Medellín, 1997.

creada legislativamente para tiempos «normales», pero cuya justificación se hace sobre el fenómeno de la delincuencia organizada. Son conocidas las dificultades para definir un concepto como delincuencia organizada³. Como se sabe, el concepto de criminalidad organizada ha sido utilizado, entre otras cosas, para construir el derecho penal de enemigo. En esa perspectiva, la criminalidad organizada sería lo contrario de la criminalidad ciudadana. Pero como lo resalta el autor de este trabajo, al momento de su consagración, el legislador no hizo ninguna distinción en el uso del agente encubierto frente a la criminalidad organizada y la «otra». Y por lo tanto, sin siquiera una justificación, lo excepcional ha colonizado lo normal.

Esta es una historia ya conocida. El derecho premial en Colombia, por ejemplo, fue introducido entre los finales de la década de los ochenta y los principios de los noventa, como un instrumento para combatir los grandes carteles de la droga de ese entonces. Pensando en una eficaz lucha contra esos carteles se idearon figuras como la recompensa por entregarse a las autoridades (no extradición en ese momento), rebajas de pena y otros beneficios por confesión, delación y colaboración eficaz con la justicia, etc. Hoy en día, estas figuras hacen parte central del Procedimiento Penal Colombiano y los beneficios por colaboración con la justicia son el eje del proceso penal, hasta el punto de poderse afirmar que si antaño el problema eran los encarcelados sin sentencia condenatoria, hogaño puede afirmarse que son los condenados sin proceso.

El texto es una advertencia muy documentada sobre los peligros del agente encubierto. Desafortunadamente, cuando los aires contemporáneos no soplan para el lado de la libertad, estas advertencias no resultan paranoicas.

Julio González Z.
Profesor
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia

3. Aparte de las referencias que el lector encontrará en el trabajo, también puede consultarse: ZAITCH, Damián, «Viejos conocidos, nuevos enemigos. Discursos y políticas sobre el delito organizado en la Nueva Europa». En: *Criminología Crítica y Control Social*, Tomo 2, Orden y Justicia. El falso dilema de los intolerantes. Rosario, Argentina, Editorial Juris, 2000, pág. 135 y ss.

INTRODUCCIÓN

La presuposición de un mal continuo y cósmico como legitimación de un poder policial que apela a cualquier medida para salvar la especie, es propio de la inquisición, [...] desembocó en los autoritarismos de entreguerras y en América Latina es la llamada «doctrina», la seguridad nacional que, basada en la alucinación de una guerra total entre dos fuerzas, cuya manifestación regional era una «guerra sucia», legitimó métodos igualmente «sucios» como único recurso. La estructura del presupuesto, genérico es siempre idéntica, variando sólo su contenido, que se adecuó a la cultura de cada tiempo.¹

Con el propósito de justificar medidas extremas, los gobiernos de turno siempre han recurrido a la propaganda, en los últimos tiempos a través de los medios masivos de comunicación, para hacerles creer a sus ciudadanos que hay que acabar con un determinado «mal social» a como dé lugar, y sin preguntarse por las garantías del individuo que entorpezcan la «eficiencia de la justicia».

Es en este panorama de la sociedad actual, donde se han empezado a implementar las llamadas «técnicas de investigación encubiertas», mediante las cuales se ha intentado acomodar y flexibilizar las garantías mínimas del proceso penal, ante las exigencias de una política criminal eficientista que busca enfrentar las recientes formas de perpetuación del delito, especialmente cuando la delincuencia proviene de organizaciones criminales que cuentan con un poder en aumento, por lo que se dice que el Estado se vería en aprietos al seguir con los métodos tradicionales de persecución penal, para lograr enjuiciar y condenar tales conductas.²

1. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. «Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana». En: Revista de Derecho Penal. Editorial Leyer. Bogotá, número 6 (1998), p. 7.
2. RIQUELME PORTILLA, Eduardo. «El agente encubierto en la ley de drogas: la lucha contra la droga en la sociedad del riesgo». En: Política criminal (en línea). S.L. Año 2, número 2 (2006). pp. 1-17. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf

Por lo tanto, se busca la relativización de las reglas de imputación jurídica, de las garantías político-criminales y de los criterios procesales, con miras a que el sistema penal ofrezca más resultados y nuevas respuestas frente a la grave situación por la delincuencia organizada.³ La sociedad actual se caracteriza por una creciente aversión y temor al riesgo, entendiéndose por tal la contingencia dañina condicionada a una decisión; en este sentido, se podría evitar o neutralizar dentro del cálculo de unas probabilidades, pues la búsqueda de seguridad acompaña siempre al hombre como algo inherente a su condición; y ese miedo al riesgo incorporado en la estructura funcional de la sociedad, hace que ésta se vea a sí misma sitiada de enemigos que es necesario destruir.⁴

El presente trabajo se ocupará de describir uno de los nuevos métodos de persecución penal frente a las complejas y sofisticadas formas de delincuencia en la sociedad actual: la utilización de la figura del agente encubierto en el desarrollo del procedimiento penal, que se inicie por la comisión de delitos que comporten grave conmoción social o que sean realizados por organizaciones criminales con un alto poder y complejidad.

Aquí se tendrán en cuenta diferentes estudios de autores argentinos como Eugenio Raúl Zaffaroni,⁵ Mario Daniel Montoya⁶ y Ángel Daniel Rendo,⁷ al igual que autores españoles como Carlos Granados Pérez⁸ y Marta del Pozo Pérez,⁹ sin descartar

3. En este mismo sentido, SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, «Los estragos de la lucha contra la 'criminalidad organizada' en el sistema penal: el caso colombiano». En: Revista de Derecho Penal. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, número 17 (abril 2008), pp. 101-117.
4. RIQUELME PORTILLA, Eduardo. Op. cit., p. 6.
5. Este autor ha escrito artículos como «El agente provocador». En: Revista de Derecho Penal. Editorial Leyer. Bogotá, número 10 (diciembre 1998 – enero 1999), pp. 47-49 e «Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana». En: Revista de Derecho Penal. Editorial Leyer. Bogotá, número 6 (1998), pp. 7-12.
6. En su libro Informantes y técnicas de investigación encubiertas: análisis constitucional y procesal penal. 1998, 352 p., hace una buena exposición comparada sobre el asunto.
7. Su artículo «Agente encubierto». En: elDial.com. Editorial albrematica Biblioteca Jurídica Online. Tucumán, S.F. Disponible en: www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm, es una buena crítica de esta figura en la legislación argentina.
8. Su artículo «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado: agente encubierto, entrega vigilada, el arrepentido, protección de testigos, posición de la jurisprudencia». En: Cuadernos de derecho judicial. Madrid, número 2, (2001), pp. 71-112, se publicó en un ejemplar dedicado a la criminalidad organizada y analiza aspectos sustantivos, procesales y orgánicos de esta figura.
9. Se ha desempeñado como profesora de derecho procesal penal del Centro de Formación de la Policía de Ávila en España y su artículo «El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española». En: Criterio Jurídico. Santiago de Cali. Volumen 6 (2006), pp. 267-310, refleja en algo su vínculo con esa institución.

otros autores latinoamericanos, los cuales sostienen que el agente encubierto es un funcionario policial que se infiltra en una organización criminal, en general cambiando de identidad, para llevar a cabo tareas principalmente de represión y de prevención del delito, con el objetivo de descubrir los miembros de la organización, recoger información de su funcionamiento, recaudar pruebas y, de manera excepcional, presentar testimonio de cargo ante la justicia.¹⁰

Así mismo, se tratará de abordar las tensiones entre esta técnica de investigación penal y los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación, debido a la posibilidad, sostenida por los mencionados autores, de que el agente encubierto llegue a asumir un papel de inductor del delito, y que por procurar el éxito de la investigación encubierta se desconozcan los derechos de las personas a una investigación transparente y contradictoria, buscando así el Estado una condena a como dé lugar, obviando las respectivas cautelas o garantías del debido proceso.

Además, se tendrá en cuenta la consagración legal de la figura en nuestro Código Procesal Penal, donde el fiscal está facultado para introducir a un agente encubierto sin previa autorización de un juez, y nombrar como tales incluso a particulares, más los pronunciamientos de nuestra Corte Constitucional, fundamentalmente desde el año 2000, sin descartar pronunciamientos jurisprudenciales de otros países como Estados Unidos, España, Argentina, Chile y Alemania.

El propósito es mirar los límites y controles con que debe contar la actuación encubierta, para que no se genere un desconocimiento de los derechos a la intimidad y a la no autoincriminación, debido a la posibilidad de que el agente encubierto invada la esfera de privacidad mínima con que todo individuo debe contar, al tener acceso a datos de la vida íntima del investigado; además, por el éxito de la investigación, puede verse tentado a inducir al investigado para que declare hechos incriminantes que permitan obtener pruebas de cargo contra él mismo, omitiendo las debidas cautelas para obtener tal información y elementos derivados de la misma en el marco de un proceso justo, es decir, del debido proceso tanto en la investigación como en el juicio penal. Igualmente, se dará una mirada a las sanciones tanto para el agente encubierto como para el material que aporte al proceso cuando se vulneren los mencionados derechos.

10. RIQUELME PORTILLA, Eduardo. Op. cit., p. 8.

Lo anterior por cuanto el desarrollo del proceso penal debe estar rodeado de garantías para evitar la arbitrariedad y el abuso en el ejercicio del poder sobre los administrados, los cuales deben contar con un mínimo de intimidad en su esfera privada para la materialización del derecho a la libertad. En la etapa investigativa del delito, establecida en nuestro nuevo Código de Procedimiento Penal, que se dice de corte acusatorio, es un imperativo el que la actividad estatal se ciña a unos límites fijados previamente para que no ocurra una injerencia desproporcionada que perturbe o aniquile el disfrute de los derechos fundamentales de las personas, consagrados en la Constitución.

Para desarrollar este trabajo se hizo un rastreo bibliográfico sobre el agente encubierto y los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación, en las principales bibliotecas universitarias de Medellín, en sus bases de datos, en centros de investigaciones de la ciudad y en la internet. Además de libros y revistas, en la selección y utilización de las fuentes que aportaran información pertinente sobre los temas enunciados se tuvieron en cuenta los tratados internacionales y la normatividad nacional que consagra estas figuras, más pronunciamientos jurisprudenciales internacionales y de nuestra Corte Constitucional en los que se hayan abordado estos temas.

Para comenzar, definiremos qué se entiende por criminalidad organizada y las nuevas técnicas que se busca implementar para combatirla, para luego adentrarnos en el estudio de la figura en sí del agente encubierto y de los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación. De esta forma, se pretende que, después de tener estas nociones previas, pueda aventurarse una exposición de las posibles confrontaciones entre los mencionados derechos y la figura del agente encubierto.

I. LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

b

Actualmente la criminalidad organizada ha alcanzado importantes proporciones tanto por su incremento y poder, como por las nuevas formas con que actúa. Ante esto, la política criminal de los Estados se ha dirigido a adoptar medidas extraordinarias de tipo legislativo y administrativo, que se consideran necesarias para hacer frente con mayor eficacia a esta clase de delincuencia, buscando así dotar a los organismos encargados de la persecución y represión penal, de nuevos instrumentos que se apartan de las técnicas tradicionales de investigación.¹¹

La justificación de estas medidas parte de la poca capacidad con que los medios ordinarios de investigación han respondido en la lucha contra la criminalidad organizada, la cual por revestir mayor gravedad y por sus características especiales frente a la delincuencia común, requiere de instrumentos excepcionales o de emergencia para su prevención y represión, pues por su complejidad se generan dificultades, en especial en el campo probatorio, escapando fácilmente a la persecución y enjuiciamiento de sus actividades delictivas.¹²

La criminalidad organizada se presenta en el seno de la sociedad postindustrial, caracterizada por la experimentación científica que ha creado nuevos desarrollos tecnológicos y, con ello, nuevos riesgos para la humanidad. En este panorama, la aversión y temor al riesgo se va incrementando en la sociedad,¹³ lo cual es aprovechado por los gobiernos de turno para difundir la idea de un gran peligro enfocado en un enemigo común al que hay que acabar a como dé lugar, a través de la utilización de medidas extremas, sin preocuparnos mucho por los límites y controles, pues se piensa que entorpecerían su eficiencia.¹⁴

11. GRANADOS PÉREZ, Carlos. Op. cit., p. 74.

12. SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. cit., p. 104. Sobre esto también, GUARIGLIA, Fabricio. «El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?» (en línea). Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org>

13. RIQUELME PORTILLA, Eduardo. Op. cit., pp. 6-7.

14. HEFENDEHL, Roland. «¿La criminalidad organizada como fundamento de un derecho penal de enemigo o de autor?» En: Derecho Penal y Criminología. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Volumen 25, número 75 (enero-junio 2004), pp. 57-70.

De esta forma se plantea la aplicación de un modelo diferenciado de derecho penal,¹⁵ pues, por un lado estaría el sistema penal clásico con todas las garantías propias del Estado de Derecho para el delincuente cotidiano, visto no como un ciudadano peligroso, sino como una persona que actuó incorrectamente; y, por el otro, un sistema penal excepcional para la delincuencia organizada, vista como un enemigo y sus integrantes como individuos peligrosos que se han apartado del Derecho, y de este modo se han burlado de la sociedad.¹⁶

1.1. Definición de criminalidad organizada

Definir lo que se entiende por criminalidad organizada no es fácil debido a que es un concepto dependiente de contextos geopolíticos diferentes, que va transformándose con el cambio social,¹⁷ pero es posible aproximarnos al mismo refiriéndonos a los rasgos que lo distinguen de la delincuencia común. Entonces podemos empezar por decir que algunos distinguen entre criminalidad organizada y crimen organizado, al entender por la primera el fenómeno de dicha delincuencia en general, y por el segundo las actividades delictivas concretas realizadas por dichos grupos.¹⁸

Aunque se plantea que las organizaciones criminales no son obra del presente,¹⁹ la criminalidad organizada es considerada, en general, como un fenómeno relativamente nuevo, debido a su auge en los últimos años y sus nuevas formas de operar cada vez más peligrosa, sofisticada y tecnológica, que crea verdaderas empresas o redes del delito con un estricto orden y jerarquía, las cuales cuentan con grandes sumas de dinero y tienden a operar en varios Estados.²⁰

Entre las notas características de la delincuencia organizada, se tiene la de ser un entramado que dispone de gran cantidad tanto de medios personales como materiales, lo cual redundo en facilitar su actuar delictivo. Se trata de grupos o

15. SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. cit., p. 104.

16. HEFENDEHL, Roland. Op. cit., p. 58.

17. Al respecto, ANARTE BORRALLA, Enrique y FERRÉ OLIVE, Juan Carlos «Conjeturas sobre la criminalidad organizada», En: Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos. Universidad de Huelva. Huelva 1999, pp. 20-21; SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. cit., pp. 103-104; y HEFENDEHL, Roland. Op. cit., pp. 58-60.

18. ANARTE BORRALLA, Enrique. Op. cit., p. 21.

19. GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías. La policía judicial en el sistema penal acusatorio. 2007, p. 280.

20. DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. cit., pp. 268-269.

pluralidad de por lo menos tres personas, que realizan actividades delictivas utilizando una estructura de tipo empresarial, profesional o propia de los negocios.²¹ Frente a esto, se admiten diferencias entre las bandas y la criminalidad organizada, por cuanto en las bandas es el autor quien determina primaria y fundamentalmente el delito, y en la criminalidad organizada es el cliente; las bandas tienen una existencia más corta, las organizaciones criminales son más duraderas, estables y persistentes; la estructura, jerarquía, cohesión, planificación y logística de las organizaciones criminales son más fuertes que la de las bandas; además, el ámbito local es propio de las bandas, mientras que la internacionalización es la tendencia de los grupos de criminalidad organizada.²²

No obstante, debido a las complejas, variadas y cambiantes relaciones entre las bandas y la criminalidad organizada, es difícil establecer diferencias tajantes, pues «en muchos casos, las bandas ejercen de minoristas del comercio ilegal que controla el grupo criminal organizado o bien prestan cierto apoyo logístico o personal, puntual o sistemático».²³

Ahora, en cuanto al manejo que hacen de enormes capitales, esto las lleva a disponer de la última tecnología del mercado y a hacer un uso consciente de una infraestructura de comunicación radial, telefónica, informática y de transporte internacional, convirtiéndose en redes delincuenciales sofisticadas y complejas, que además cuentan con una estructura jerarquizada y estratificada, donde se produce una división del trabajo entre sus miembros, facilitándoles tanto la protección a sus dirigentes como el disolver la responsabilidad penal individual en el seno de la organización²⁴.

Asimismo, los miembros de la organización criminal no sólo actúan en secreto sino que tratan de desaparecer las huellas del delito, lo que dificulta enormemente la investigación penal y la obtención de pruebas de cargo. Para destruir cualquier posible evidencia de sus ilícitos y evitar ser descubiertos emplean cualquier método por lesivo que sea, como amenazas, extorsiones, chantajes, secuestros,

21. HEFENDEHL, Roland. Op. cit., pp. 59-60.

22. ANARTE BORRALLO, Enrique y FERRÉ OLIVE, Juan Carlos. Op. cit., pp. 21-23.

23. *Ibid.*, p. 22.

24. DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. cit., pp. 273-274; HEFENDEHL, Roland. Op. cit., p. 59; y ANARTE BORRALLO, Enrique y FERRÉ OLIVE, Juan Carlos. Op. cit., p. 23.

lesiones e incluso la muerte contra quienes puedan develar sus actividades.²⁵ Ésta es una característica que va unida al potencial empleo de la violencia indiscriminada para mantener su posición dominante en el conjunto de la criminalidad, controlando la parcela delincencial de la que obtienen sus ganancias con el uso ilegal de la fuerza, para protegerse de la competencia y asegurar sus intereses en el negocio de los bienes ilícitos.²⁶

Igualmente, el empeño de la organización criminal con frecuencia estará también en escapar a la acción de la justicia y la legalidad por medio de la corrupción, tanto en el sector público como privado, de personas que tienen puestos de responsabilidad en el sistema o en sociedades influyentes.²⁷ Así, por el manejo de enormes sumas de dinero pueden persuadir a funcionarios, empresarios e individuos con capacidad de influir en la toma de importantes decisiones, para que las mismas no entorpezcan su actividad delictiva o para que la favorezcan. Ese mismo poder económico puede generar distorsiones en la vida política, económica y social de un Estado, como

Posibles problemas económicos, por la estimulación de la economía sumergida, (27) que pueden generarse en el mercado financiero de un Estado por la entrada de importantes inyecciones de capital, que en su origen proceden de conductas ilícitas, pero que han sido sometidos a un blanqueo de capitales; [...] lo más frecuente es que se produzca una mezcla de actividades legales e ilegales en la misma organización criminal y delictiva.²⁸

Por último, otro de los rasgos del crimen organizado es su tendencia a diversificar su actividad delictiva y a expandirse más allá de las fronteras de un Estado. En cuanto a la diversificación, las bandas de delincuencia organizada no suelen dedicarse a una única actividad delictiva, sino que aprovechan su poderío para extenderse como empresas del delito a varios ámbitos de la economía, como por ejemplo elaboración y tráfico de estupefacientes, tráfico ilegal de personas (inmigrantes, trata de blancas y de menores), de todo tipo de armas o de especies animales protegidas, contrabando, falsificaciones, terrorismo, blanqueo de capitales,

25. En sentido similar, HEFENDEHL, Roland. Op. cit., p. 59.

26. DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. cit., pp. 275-276.

27. HEFENDEHL, Roland. Op. cit., p. 59.

28. DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. cit., pp. 276-277.

contribución a la corrupción, extorsión a cambio de protección y comercio con el producto del delito (venta de autos de lujo, obras de arte, artículos falsificados, piratería de programas informáticos, música y películas).²⁹

Y en cuanto a la expansión de sus fronteras, se presentan dos fenómenos: el primero es la internacionalización, que es cuando una banda del crimen organizado se instala en varios países para realizar sus actividades ilegales, buscando además lugares donde la presión policial sea menor, favoreciendo la impunidad de sus conductas. El segundo es la transnacionalización, que consiste en la cooperación entre diversas bandas del crimen organizado para facilitar la ejecución de algunas de las conductas delictivas, en las que no compiten entre sí sino que se prestan ayuda para perpetuarlas y asegurar su producto.³⁰

1.2. Técnicas de investigación contra el crimen organizado

La lucha contra la delincuencia organizada ha sido un motivo de común preocupación para todos los Estados, pero en los últimos años se ha convertido en un objetivo de suma importancia en los sistemas penales de los países desarrollados, los cuales mediante diversos mecanismos la han ido extendiendo a los países de su área de influencia.³¹

Esto se puede evidenciar en la elaboración de distintos instrumentos jurídicos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, celebrada en Viena el 20 de diciembre de 1988, donde se buscó la adopción de las medidas necesarias, tanto legislativas como administrativas, para hacer frente a este tipo de delincuencia con la mayor eficacia posible. Así mismo, cabe destacar la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, realizada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, donde se buscó promover la cooperación internacional entre los Estados para prevenir y combatir eficazmente esta clase de delincuencia.

29. *Ibíd.*, p. 278. En sentido similar, SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. *Op. cit.*, p. 103.

30. DEL POZO PÉREZ, Marta. *Op. cit.*, pp. 278-279. La autora ofrece ejemplos de internacionalización, como las redes de trata de blancas, que con engaños movilizan mujeres de países del Este para obligarlas a ejercer la prostitución en países como España; y de transnacionalización, como las redes dedicadas al blanqueo de capitales ayudando a «lavar» el dinero de redes dedicadas al tráfico de drogas o de armas.

31. Al respecto véase, SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. *Op. cit.*, p. 102.

De esta manera, en el ámbito internacional se ha sostenido que, dada la gravedad de los delitos cometidos por organizaciones criminales que cuentan con un poderío en cuanto a nivel de estructuras, desplazamiento, disponibilidad de recursos humanos y materiales, influencia corruptora, y que son muy hábiles en eliminar las pruebas o «rastros» de sus ilícitos, facilitándoseles tanto la perpetuación como la impunidad de sus actividades, es necesario otorgar a las autoridades las facultades de investigación excepcionales o extremas para enfrentar adecuadamente a estos grupos.³²

Así, con el argumento de dar la necesaria respuesta social preventiva y represiva frente a la criminalidad organizada,³³ recientemente en los ordenamientos jurídicos internos de diferentes países se han ido incorporando técnicas de investigación que comprenden figuras como el seguimiento pasivo de personas o cosas, entregas vigiladas, informantes, agentes encubiertos, interceptación de comunicaciones, vigilancia electrónica, entre otras,³⁴ que permitan a las autoridades establecer y comprobar delitos con tan alto grado de sofisticación y complejidad como los realizados por las organizaciones criminales, buscándose alcanzar a los más importantes partícipes de los mismos.

Dichas técnicas se han agrupado con el nombre común de operaciones encubiertas, el cual comprende las actividades desarrolladas por las autoridades desde la clandestinidad, para someter en diversas formas el crimen, y que comportan un riesgo de la seguridad no sólo del individuo que participa en tal actividad, sino de la sociedad en cuanto a la libertad ambulatoria y la privacidad.³⁵

Ahora, la consagración expresa de dichos mecanismos de investigación en los ordenamientos jurídicos no significa que su aplicación sólo haya comenzado a operar recientemente, pues con la siempre excusa de que los medios de prueba tradicionales resultan insuficientes, estas técnicas se han utilizado sin reconocimiento normativo desde hace muchos años,³⁶ incurriéndose muchas veces en diversos abusos, que les han dado cierto desprestigio y estigmatización.

32. DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. cit., p. 280.

33. En sentido similar, HEFENDEHL, Roland. Op. cit., pp. 57-58.

34. MONTOYA, Mario Daniel. Op. cit. Este autor además menciona otras figuras, como el arrepentido, la protección de testigos y la infiltración.

35. *Ibíd.* MONTOYA, Mario Daniel, pp. 23-24.

36. Para profundizar en esta cuestión, MONTOYA, Mario Daniel. Op. cit., p. 77 y ss.

A continuación se abordarán someramente las técnicas de investigación consistentes en seguimientos pasivos, entregas vigiladas, informantes y agentes encubiertos, descartándose las demás. Esto, no sólo por cuanto tales figuras pueden ser utilizadas en conjunto en una misma investigación, sino por cuanto es más cercana su relación con la figura central de este trabajo.

1.2.1. Seguimientos pasivos

El seguimiento pasivo es un acto de investigación que consiste en una técnica de vigilancia para mantener bajo observación a personas o cosas (muebles o inmuebles), buscando dar con información o elementos de prueba relacionados con una investigación criminal.³⁷ Se ha señalado que también puede operar como una labor de inteligencia preventiva que busque anticiparse a las acciones de la delincuencia, verificando si se ha dado inicio a la preparación de un delito y recopilando material que permita estructurar una eventual investigación.³⁸

Mediante el seguimiento se ejerce, por parte de funcionarios de la policía, un control visual sobre una persona o un bien, lo cual requiere de prudencia y discreción para obtener información sobre los sitios que visita una persona, las personas con las cuales se relaciona, su lugar de trabajo o residencia, etc., buscando muchas veces verificar información procedente de otras fuentes, y debiendo el investigador adoptar en ocasiones disfraces o apariencias distintas para evitar ser detectado.³⁹

Siendo una técnica generalmente empleada en casos de crimen organizado, por los riesgos de seguridad que corre el agente de policía investigador, se requiere que sea una actividad planeada y desarrollada por personal especializado con habilidades para captar imágenes a través de cámaras fotográficas o de video.⁴⁰

1.2.2. Entregas vigiladas

La entrega vigilada es una técnica de investigación que permite que una mercancía o remesa ilícita pueda llegar a su lugar de destino sin ser interceptada, con la

37. GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías. Op. cit., p. 275.

38. GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal. 2007, p. 386.

39. ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. Policía judicial y sistema acusatorio. 2007, pp. 325-328.

40. *Ibíd.*, pp. 325-326.

finalidad de determinar a sus principales partícipes, constituyendo una excepción al principio según el cual, ante situaciones de flagrancia, los funcionarios de policía deben intervenir inmediatamente de forma represiva.⁴¹

Es un método empleado por las autoridades, que al descubrir mercancías, sustancias, bienes, equipos o materiales objeto de investigación penal, proceden a su control dejándolas circular o transportar de un lugar a otro, nacional o internacional, sin ninguna interferencia, pero siempre bajo la vigilancia de una red de agentes de policía especialmente entrenados para esta tarea.⁴²

Su propósito es entonces establecer quiénes son los responsables del delito (datos del remitente, destinatario, transportador, etc.), las redes de distribución o contactos y las rutas de transporte, con el fin de golpear los más altos niveles de las organizaciones criminales, a partir de su identificación y obtención de elementos de prueba que sirvan para una posterior condena en juicio.⁴³

Cuando el transporte de la mercancía o «paquete» desborda las fronteras de un país, se distinguen dos tipos de entregas: la directa, donde están envueltos sólo dos Estados (el del lugar de partida y el del destino final), y la de tránsito, donde intervienen al menos tres Estados, en uno de los cuales sólo se transporta la mercancía; en ambas es necesario un esfuerzo común de cooperación internacional entre las autoridades judiciales y de policía de cada uno de los países comprometidos. También se distingue entre la entrega «vigilada», donde las autoridades tienen una actitud pasiva, limitándose a seguir y documentar sin intervenir la transacción ilícita del grupo criminal, y la entrega «controlada», donde las autoridades tienen una conducta activa, interviniendo en diversos movimientos de la mercancía ilícita (adquisición, transporte, detención, venta), o asumiendo el encargo de conservación o repartición.⁴⁴

1.2.3. Informantes

Informante es una persona que no pertenece a la policía, y cuyos datos son reservados, que suministra confidencialmente información a las autoridades acerca

41. *Ibíd.*, p. 322.

42. GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías. *Op. cit.*, p. 294.

43. *Ídem.*

44. Véase MONTOYA, Mario Daniel. *Op. cit.*, pp. 239-243.

de delitos, prestando una valiosa ayuda a los funcionarios encargados de la investigación penal. Llamados también «confidentes policiales»,⁴⁵ muchas veces son personas que viven en torno al mundo de la delincuencia y están capacitados para dar información tan pronto tengan conocimiento de los preparativos de un ilícito, recibiendo o no un beneficio de las autoridades por su colaboración.⁴⁶

Estos individuos pueden aportar información de manera ocasional o constante, y los motivos que los llevan a hacerlo son diversos: unos por patriotismo, otros son delincuentes que buscan vengarse de enemigos, ciertas recompensas, inmunidad de persecución, benignidad de los cargos o de las penas, dinero, libertad de la cárcel o solución de problemas con el gobierno.⁴⁷

Los informantes pueden ser autorizados para tomar parte en operativos encubiertos de la policía, tendientes a infiltrarlos en una organización delictiva participando, por ejemplo, en simulacros de compra o venta de drogas, armas, etc., requiriendo protección y ayuda para luego reubicarse en otro lugar y obtener una nueva identidad. Pero pueden traer problemas como engaños o evidencia inventada, no respetar las restricciones legales para obtener la información, llevar a cabo delitos colaterales, dobles tratos y dificultad de control de sus actividades.⁴⁸

1.2.4. Agentes encubiertos

Las operaciones con agentes encubiertos consisten en el empleo de agentes de policía, por excepción de particulares, que actúan a largo plazo introduciéndose en una organización delictiva para combatir delitos especialmente peligrosos o de difícil esclarecimiento, provistos de una falsa identidad para tomar contacto con la escena delictiva y lograr tanto información como elementos de prueba, llevando a cabo la persecución penal cuando los otros métodos de investigación han fracasado o no aseguran el éxito de la misma.⁴⁹

Generalmente se trata de un funcionario policial que por decisión de una autoridad judicial, se infiltra en un grupo del crimen organizado con el fin de ganarse su

45. GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho procesal penal. 2005, p. 474.

46. Puede consultarse todo un capítulo dedicado a esta figura en: MONTOYA, Mario Daniel. Op. cit., pp. 185-199.

47. *Ibid.* MONTOYA, Mario Daniel, pp. 186-188. En igual sentido, RENDO, Ángel Daniel. «Agente encubierto». Op. cit.

48. MONTOYA, Mario Daniel. Op. cit., pp. 187-188.

49. *Ibid.*, p. 153.

confianza y obtener información sobre el mismo en relación con sus integrantes, funcionamiento, financiación, etc., desarrollando una investigación de afuera hacia adentro que penetra el corazón mismo de la organización.⁵⁰

En el desarrollo de la operación, el agente encubierto puede tomar parte en el tráfico jurídico bajo su falsa identidad, realizando todo tipo de actos jurídicos, participar en la comisión de algún delito propio de la organización delictiva y/o actuar como inductor o agente provocador del delito. En cuanto a la responsabilidad penal del agente por estos delitos, se señala, en principio, su impunidad debido a razones de política criminal o diversas causas de justificación.⁵¹

Se señala también la posibilidad de que la operación con agentes encubiertos restrinja ostensiblemente los derechos fundamentales de la persona investigada, como el amparo domiciliario, la intimidad y el derecho a no autoincriminarse, pues el Estado se vale de un engaño para entrar en la vida privada de un individuo.⁵²

50. RENDO, Ángel Daniel. Op. cit.

51. MONTOYA, Mario Daniel. Op. cit., pp. 159-161.

52. En sentido similar: GIMENO SENDRA, Vicente. Op. cit., pp. 471-472; y GUARIGLIA, Fabricio. Op. cit.

2. EL AGENTE ENCUBIERTO



En la actualidad, cuando los servicios de inteligencia y las operaciones encubiertas, entre otras fuentes, son medios de obtención de información sobre las actividades delictivas de un grupo o de una persona, las nuevas tecnologías y métodos para la vigilancia de las personas, especialmente los mecanismos informales, se tienen como instrumentos estratégicos de control social.

Los servicios de inteligencia a través de espías son el antecedente histórico más importante del desarrollo de las operaciones encubiertas,⁵³ por eso se hará una breve referencia a los mismos, antes de desarrollar el tema del agente encubierto. Así, aunque el espionaje se tiene como la segunda profesión más antigua del mundo, en el siglo xx se caracterizó por «la adquisición intencional y sistemática de información, así como su clasificación, recuperación, análisis, integración y protección»⁵⁴ y se organizó en una burocracia con un sistema de tecnologías y conocimientos científicos, logrando cierto protagonismo en la política nacional e internacional. Así por ejemplo, en la Segunda Guerra Mundial los servicios de inteligencia jugaron un gran papel al descifrar los códigos de los mensajes secretos del otro bando para conocer sus planes y anticiparse a los ataques.⁵⁵

Pero los Estados no se contentaron con esto, sino que para asegurarse un control más efectivo de la actividad de quien consideraban su enemigo, tanto interno como externo, empezaron a utilizar los servicios de inteligencia y contrainteligencia para tratar de engañar a su adversario, haciéndole creer que iban a actuar de determinada forma para sorprenderlo y hacerlo caer en la trampa, utilizando agentes dobles que permanecían en el otro bando realizando estragos desde adentro. No obstante, el servicio de un traidor muchas veces despertaba ciertas dudas por su

53. MONTOYA, Mario Daniel. Op. cit., pp. 35-37.

54. WHITAKER, Reg. El fin de la privacidad: como la vigilancia total se esta convirtiendo en realidad. 1999, p. 15.

55. Ibid., pp. 16-19.

ambivalencia, su capacidad para usar la mentira y sus motivos oscuros oscilantes entre la ideología y el dinero.⁵⁶

Fue en el contexto de la guerra donde los Estados buscaron «superdotar» a sus fuerzas públicas, tanto militar como policial, a través de técnicas subrepticias de obtención de información del enemigo (comunista o imperialista, según el bando). Los etiquetamientos han cambiado (narcotraficante, terrorista, etc.), pero la misma lógica se mantiene: en la lucha o «guerra» contra el crimen organizado, el Estado identifica un riesgo y le atribuye un autor, al cual considera el enemigo de toda la sociedad, y ante esto pone como necesaria la vigilancia amplia y cercana de los individuos y grupos sospechosos, por medio de técnicas encubiertas, pues lo que debe identificarse no es tanto el hecho criminal como el riesgo.

2.1. Concepto doctrinal

El agente encubierto ha sido definido, de modo general, como un funcionario de la policía que se infiltra en una organización criminal, cambiando de identidad, llevando a cabo tareas principalmente de represión y de prevención del delito, con el fin de ganarse la confianza del grupo, identificar a sus integrantes, obtener información en cuanto a su funcionamiento, financiación, etc., recaudar pruebas y, excepcionalmente, presentar testimonio de cargo ante la justicia.⁵⁷

Por lo general la doctrina sostiene que este tipo de figuras son técnicas de investigación extraordinarias para la persecución penal de delitos de especial peligrosidad o de difícil esclarecimiento, como los perpetrados por grupos del crimen organizado, utilizadas cuando los métodos tradicionales de investigación han fracasado o no aseguran el éxito para llevar a cabo el juzgamiento de dichas conductas. Por lo tanto, son actuaciones que deben estar sometidas a un especial sigilo y cuidado, procurando la mayor reserva de la información que se recoja, para evitar tanto el peligro para la investigación como para el agente.

Normalmente el agente encubierto es un funcionario de la policía judicial, y por excepción un particular, que de manera voluntaria, y por decisión de una autoridad

56. *Ibid.*, pp. 22-26.

57. En este sentido puede consultarse: RIQUELME PORTILLA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 8; MONTOYA, Mario Daniel. *Op. cit.*, p. 79, 153; RENDO, Ángel Daniel. *Op. cit.*; y ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. *Op. cit.*, p. 317, entre otros.

encargada de la persecución o el juzgamiento penal, se introduce por largo plazo en un grupo perteneciente al crimen organizado, utilizando el engaño para ganarse su confianza y luego el develamiento para lograr desvertebrar toda la organización delictiva.⁵⁸

Así, se podría considerar a esta técnica de investigación como un método secreto de averiguación de la vida privada de las personas, mediante el cual el Estado introduce a uno de sus agentes dentro de un grupo de presuntos delincuentes, puesto que todavía no hay sentencia condenatoria, por medio de la elaboración de una identidad falsa y una historia ficticia, buscando que la verdadera identidad y relación del agente con la policía sean imperceptibles para cualquier tercero, y de esa manera se pueda lograr la confianza necesaria para que las personas investigadas revelen sus planes al agente.

Ahora, se ha entendido que el empleo del agente encubierto no debe limitarse a únicamente averiguar un delito concreto y determinado, sino que debe extenderse a investigar el modus operandi y todo lo relacionado con las actividades delictivas del grupo en el que se infiltra, intentando así dar con la cúpula de la organización delictiva para justificar el costo y los riesgos que se corren con la adopción de dicho medio investigativo.⁵⁹

Además, aunque se ha tratado de diferenciar esta figura de otras como el agente infiltrado y el agente provocador,⁶⁰ se podría decir que no se trata más que de roles que puede asumir el agente encubierto en el desarrollo de su operación. En cuanto al agente infiltrado, se confunde muchas veces con el agente encubierto, pero algunos lo diferencian diciendo que aquél es un miembro de la policía o un particular que colabora habitualmente con la policía, que se infiltra en un grupo delictivo sólo como producto de la ocasión, sin una identidad alterada,⁶¹ o como «un sujeto perteneciente o por lo común controlado por la policía que se inserta en una organización criminal y permanece un tiempo en la misma a fin de estudiar sus movimientos».⁶² Y respecto al agente provocador, se dice que es el funcionario policial que incita a otro a cometer un delito o crea una situación con actos de

58. DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. cit., pp. 280-287.

59. *Ibíd.*, p. 283.

60. GUARIGLIA, Fabricio. Op. cit.

61. *Ídem.*

62. MONTOYA, Mario Daniel. Op. cit., p. 168.

autoría o auxilio que determinan al otro a delinquir, lo cual realiza sin intención de lesionar un bien jurídico sino tan sólo para lograr que el provocado sea sancionado.⁶³

Graves cuestionamientos se han hecho a la figura del agente encubierto, por cuanto en un Estado de Derecho, deben imperar tanto las reglas mínimas que conforman una sociedad como la ética, y esto hace que el Estado no pueda ser partícipe en delitos bajo ningún concepto⁶⁴. Además, debido al riesgo de impunidad en caso de que el agente encubierto participe en la comisión de delitos para el triunfo de su labor, los derechos y bienes jurídicos de cualquier habitante se subordinarían al éxito de la investigación⁶⁵.

Así, varios reconocidos doctrinantes se han expresado en contra del agente encubierto; por ejemplo, Julio Maier señaló que por primera vez en la legislación «se daba la posibilidad de que el juez mandara a una persona autorizándola a cometer delitos y con una amplitud que prácticamente no era conocida en el derecho comparado, lo que transformaba al magistrado en autor mediato de los delitos que se cometían».⁶⁶ Asimismo, Marcelo Sancinetti expresó que:

En el nombre de una eficacia pagada con la ilegitimidad de los procedimientos, el propio Estado se vestía de delincuente y se lanzaba a participar en el delito [...] A través del agente encubierto el Estado se asociaba con el delito, perdonándose a sí mismo, pero penando a sus socios. Al referirse al aspecto ético se preguntó cómo podía reconocerse a sí misma la sociedad como ente moral, si al decir que combatía el delito, se transformaba en delincuente.⁶⁷

2.2. Consagración normativa en Colombia

La figura del agente encubierto en Colombia, si bien sólo vino a consagrarse expresamente en nuestra legislación interna a comienzos del siglo XXI,⁶⁸ la misma fue utilizada desde mucho antes sin normatividad o sustento legal alguno.⁶⁹ Es por

63. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. «El agente provocador». Op. cit., p. 47; y MONTOYA, Mario Daniel. Op. cit., p. 37.

64. MONTOYA, Mario Daniel. Op. cit., pp. 23-24.

65. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. «Impunidad del agente encubierto...». Op. cit., p. 10.

66. RENDO, Ángel Daniel. Op. Cit

67. Ídem.

68. Fue en la ley 600 de 2000, artículo 500, donde por primera vez se consagró esta figura.

69. SALAZAR RESTREPO, Hernán Elías. «Actuación de agentes encubiertos». En: Apuntes en torno al sistema penal acusatorio colombiano. Defensoría del Pueblo, Medellín, Proyecto Cofinanciado por USAID-Instituto Ideas, S.F., pp. 78-82.

esto que se considera oportuno, antes de hablar de su consagración legal actual, hacer un pequeño recuento de su empleo en nuestro país.

En Colombia los trabajos con agentes encubiertos empezaron a desarrollarse a partir de la década de los años 70, cuando estaba en auge la famosa «bonanza marimbera», siendo sus pioneros los miembros de la Policía Nacional en las zonas de los departamentos de la Costa Atlántica, donde tenían su área de influencia las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de marihuana. Luego, en los primeros años de la década de los 80, se emplea en colaboración con la Policía Portuaria para descubrir el tráfico de cocaína. Y en la década de los 90 con la aparición de varios organismos de policía judicial,⁷⁰ los agentes encubiertos son utilizados para la desarticulación de bandas de narcotraficantes, en desarrollo de la «Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas» del 20 de diciembre de 1988, aprobada en Colombia por medio de la Ley 67 de 1993, pero también las operaciones encubiertas son utilizadas para el desmantelamiento de otras instituciones ilegales que desarrollaban sus actividades en detrimento de la paz y el orden social.⁷¹

Ahora, a partir de la Ley 600 de 2000 (anterior Código de Procedimiento Penal), se consagra expresamente, en su artículo 500, la figura del agente encubierto, pero limitada a actividades de cooperación judicial internacional; y luego, por medio de la Ley 800 de 2003, se aprobaría la «Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional» del 15 de noviembre de 2000, que hace referencia a las técnicas especiales de investigación, como las operaciones encubiertas. No obstante, los funcionarios de policía judicial continuaban desarrollando estas operaciones encubiertas en el plano nacional, fundamentándose en el contenido de los artículos que establecían la finalidad tanto de la investigación previa como de la apertura de investigación formal (artículos 322 y 331, respectivamente, de la Ley 600 de 2000), y luego en la Resolución 0-0024 de enero 15 de 2002 de la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual se expidió el Manual de Asistencia Judicial Mutua Nacional e Internacional que trata del empleo de técnicas como la del agente encubierto.⁷²

70. *Ibíd.* p. 78. Se mencionan el Cuerpo Técnico de Policía Judicial de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, la SIJIN, la DIJIN y el Departamento Administrativo de Seguridad.

71. *Ídem.*

72. *Ídem.*

Actualmente, la Ley 906 de 2004 (nuevo Código de Procedimiento Penal) consagra de manera más amplia la figura del agente encubierto en su artículo 242, como medio de investigación, tanto en el plano nacional como para la cooperación internacional, además en sus artículos 241, 243 y 279 reguló otros aspectos de su actuación y de los resultados que se obtengan. En el debate parlamentario para la aprobación del artículo que hablaba del análisis e infiltración de una organización criminal con agentes encubiertos, se escucharon algunas voces de repudio a dichos métodos, como la del senador Carlos Gaviria Díaz, quien dijo:

Senadores, yo les rogaría una especial atención a la lectura de este artículo al que yo le doy suma trascendencia y voy a decirles porqué le doy suma trascendencia, este es un problema donde coliden, donde colisionan, el ánimo eficientista del Estado y me parece que la ética más elemental [...]

[...] el Estado tiene que apelar a medios lícitos, hay un mal indicio, es una mala señal que el Estado para combatir a la criminalidad coloque los métodos que utilizan las bandas criminales [...].

[...] esto es sencillamente monstruoso, esto es estar copiando los métodos de las bandas criminales y trasponiéndolos al Estado en la lucha contra la criminalidad, esto es ni más ni menos que un eficientismo que no tiene ningún alma ética, que no tiene ninguna sustancia, que es puro pragmatismo, con tal de obtener un resultado no importan los medios, no nos podemos acostumbrar a eso, el Estado de derecho es justamente el que postula que no sólo los límites de Estado deben ser legítimos, los fines de Estado, sino los medios mediante los cuales se persiguen, esto implica obtener pruebas de manera ilegítima, imitar a los criminales que se infiltran en el Estado, entonces mientras más aterradoras son las conductas de las bandas criminales, más aterradoras tienen que ser las conductas del Estado en su política represiva, de manera que yo le solicitaría muy encarecidamente a los honorables Senadores que votáramos negativamente esta norma.⁷³

No obstante estos válidos cuestionamientos, esta postura no fue mayoritaria en el seno del Congreso y se aprobó el art. 242 del CPP que señala:

73. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Gaceta del Congreso 359. Acta Plenaria 50 del 9 de junio de 2004. Tomado de: http://winaricaurte.imprenta.gov.co:7778/gaceta/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=02&p_numero=50&p_consec=9107.

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, ésta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente.

Es importante aclarar aquí que, aunque más adelante se analizará detalladamente este artículo, de acuerdo con la consagración normativa del agente encubierto en

esta disposición, que además se refiere al artículo 239, y la mención que se hace del mismo en los artículos 241 y 243, el agente encubierto puede ser empleado no sólo para entrar en contacto con un delincuente perteneciente o no a un grupo criminal, sino también para infiltrar una organización criminal, realizar una entrega vigilada y llevar a cabo una vigilancia y seguimiento de personas.

2.3. Pronunciamientos jurisprudenciales comparados

Hasta ahora en Colombia se han dado pocos pronunciamientos expresos de las altas Cortes frente a la figura del agente encubierto, pues aunque se ha demandado varias veces el artículo 242 del CPP ante la Corte Constitucional, la misma se ha declarado inhibida para pronunciarse de fondo sobre los cargos de inconstitucionalidad en relación con esta disposición y, en particular, con la autorización a particulares para actuar como agentes encubiertos, por considerar que los argumentos de las demandas en ese aspecto no eran claros, específicos, pertinentes y suficientes.⁷⁴ Teniéndose entonces sólo un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual no admitió una demanda de casación penal de la defensa y consideró, entre otras cosas, que un informante que declaró en juicio contra el acusado nunca había actuado como agente encubierto en la etapa de investigación, señalando frente a esta figura lo siguiente:

En nuestro medio, los agentes encubiertos son funcionarios de la policía judicial o particulares especialmente seleccionados que actúan dentro del marco legal vigente y a largo plazo con la misión específica de combatir delitos peligrosos o de difícil esclarecimiento, quienes manteniendo en secreto su identidad, entran en contacto con la escena delictiva en orden a obtener información para neutralizar acciones delictivas y llevar a cabo la persecución penal cuando otras técnicas de investigación han sido frustradas o no aseguran el éxito perseguido.⁷⁵

Se observa entonces que en Colombia todavía no existe una jurisprudencia reiterada sobre la figura del agente encubierto. Por lo tanto, se examinarán algunos pronunciamientos que los altos tribunales de otros países han hecho en relación

74. Así ocurrió en las sentencias C-591 de 2005, C-1260 de 2005, C-606 de 2006 y C-543 de 2008.

75. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA. Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de febrero de 2008, proceso No. 28888, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Disponible en: [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/juris_28888_\(13-02-08\).doc](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/juris_28888_(13-02-08).doc).

con esta figura, para tratar de mirar el grado de aceptación que ha tenido la misma por parte de los jueces en los ordenamientos jurídicos de Estados con régimen democrático.

a) Chile:

En la sentencia del 31 de octubre de 2001 de la Corte Suprema, rol N° 801-01, se dijo que el agente encubierto era una institución loable y útil en la lucha contra el crimen organizado, y que no debía confundirse con la figura del «agente inductor o provocador», que no estaba permitida por la ley; entonces, en la medida en que el agente encubierto no indujera a la comisión de un delito no incurría en ninguna infracción de tipo penal desde el punto de vista general. Y en la sentencia del 2 de diciembre de 2003 de la Corte de Apelaciones de Arica, se dijo que el agente encubierto en los hechos investigados sólo podía tener una participación de colaboración para identificar a los partícipes o recoger las pruebas que sirvieran de base en el proceso, pero que no podía llegar al extremo de incitar o instigar la comisión de un ilícito, en términos tales que pasara a convertirse en el verdadero delincuente.

b) Argentina:

En la sentencia del 11 de diciembre de 1990, caso «Fiscal v. Fernández, Víctor H.», la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que:

El empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es en sí mismo contrario a garantías constitucionales...».

Las pautas que la Corte tomó en cuenta para admitir el empleo de agentes encubiertos son:

- a) Que el comportamiento del agente se mantenga dentro de los límites del Estado de Derecho.
- b) Que el agente encubierto no se involucre de tal manera que hubiese instigado o creado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente.

[...] La Corte no considera que se ha violado la garantía de la defensa en juicio de un imputado cuando el Estado lo atrapa utilizando para ello un agente encubierto. Ello, siempre que el agente se mantenga «dentro del Estado de Derecho», y siempre que no sea el mismo Estado el que «crea» el delito en la

mente del imputado. Pero si éste está predispuesto a cometer el delito, de manera que los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que le otorga el acusado, entonces éste tampoco podrá invocar que ha sido víctima de una trampa ilegal [...] «...el riesgo tomado a cargo por un individuo que voluntariamente propone a otro la comisión de un delito o que voluntariamente permite a otro tomar conocimiento de tal propuesta o de hechos que son relevantes para la prueba de un delito ya cometido, incluye el riesgo de que la oferta o los hechos puedan ser reproducidos ante los tribunales por quien, de esa forma, tomó conocimiento de ello...».

Por último, [...] existen ciertos delitos, tales como el tráfico de estupefacientes, que se preparan y ejecutan de manera tal que sólo es posible su descubrimiento cuando «los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad donde ellos tienen lugar»⁷⁶.

Y el 15 de mayo de 1996, la Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala A, en la sentencia con causa N° 94.702 expresaría que si el agente desempeña el rol de provocador y ejecutor total o parcial del delito, la conducta del Estado desplegada a través de sus organismos perdería el sustento ético saliéndose de los límites a los que debía ceñirse y lo adquirido en dicha forma tiene origen ilegítimo, debiendo aplicarse la regla de exclusión probatoria.⁷⁷

c) España:

En la sentencia del 3 de noviembre de 1993 del Tribunal Supremo, se dijo que la provocación de la transgresión penal por un agente estatal era un medio de prueba no conforme a los principios generales que garantizan la legalidad del proceso, la interdicción de la arbitrariedad y la dignidad de la persona, pero que cuando el agente encubierto al instigar al hecho delictivo realmente perseguía y descubría una conducta criminal anterior, realizaba una actuación de investigación propia del cometido de la Policía Judicial, pero por ser una injerencia en la vida privada del sospechoso, debería estar prevista en la ley de forma restringida a delitos especialmente graves. Luego, en la sentencia del 1 de julio de 1994, el Tribunal Supremo señaló que la intervención en una trama delictiva por un agente policial con la simple finalidad y alcance de investigar un delito que ya se está cometiendo

76. RENDO, Ángel Daniel, Op. Cit.

77. MONTOYA, Mario Daniel. Op. cit., p. 58.

o se ha cometido, era una actividad con fines de investigación legítima, contrario a la inducción engañosa, obra de un agente provocador, que es incompatible con los principios propios de un Estado de Derecho.⁷⁸

Respecto al problema del valor de las declaraciones que rinda el agente encubierto, el Tribunal Supremo en la sentencia del 5 de junio de 1999 se pronunció diciendo que la falta de autorización judicial del fiscal para el empleo del agente encubierto no impedía valorar como prueba las declaraciones que prestara. Por último, en la sentencia del 23 de enero de 2001, el Tribunal Supremo señaló que debía distinguirse la provocación del agente incitador, de la actividad legal encauzada al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo, pues en este caso los agentes no buscaban la comisión del delito, sino que procuraban la obtención de pruebas en relación con una actividad delictiva que ya se estaba desarrollando, pero de la que solamente se tenían sospechas.⁷⁹

d) Estados Unidos:

La Corte Suprema de Justicia, en el caso «Sorrells vs. United States», reconoció la defensa de entrampamiento, ya que era el gobierno a través de uno de sus agentes el que había implantado el designio criminal en la mente de una persona inocente, para predisponerla a cometer el delito y lograr su condena. Luego, en 1973 en el caso «United States vs. Rusell», la Corte Suprema confirmó una absolución al señalar que el gobierno a través de agentes encubiertos no podía permitirse instigar la comisión de delitos para lograr condenas.⁸⁰

En 1976, en el caso «Hampton vs. United States», la Corte señalaría que el debido proceso no fue violado por el hecho de emplear a un agente encubierto que le suministró contrabando de heroína a un sospechoso, quien luego la vendió a otro agente encubierto, pues a pesar del comportamiento de la policía existía un delincuente predispuesto. Y más adelante, en 1992 en el caso «Jacobson vs. United States», la Corte afirmaría que el agente encubierto era una táctica para hacer cumplir la ley, ante la problemática de resolver algunos crímenes, pero que la predisposición de una persona a delinquir debía estar presente antes de que

78. GRANADOS PÉREZ, Carlos. Op. cit., pp. 93-95.

79. *Ibíd.* pp. 92-93.

80. MONTOYA, Mario Daniel. Op. cit., pp. 116-117.

los agentes del gobierno entraran en contacto con ella, y no en un tiempo posterior, pues en este caso el delito sería provocado por el mismo gobierno, al no tener la supuesta predisposición un origen independiente y distinto del propio esfuerzo que los agentes venían dirigiendo hacia el imputado.⁸¹

e) Alemania:

El Tribunal Supremo, en sentencia del 15 de abril de 1980, consideró ajustado a derecho que, actuando como agente provocador, un funcionario policial convenciera de participar en el tráfico de heroína a quien consideraba un pequeño narcotraficante de hachís, para después apresarlos en el momento de la entrega de la mercancía. Igualmente, el 6 de febrero de 1981, el Tribunal Supremo aceptaría las conductas policiales por las cuales un infiltrado, como agente provocador, indujo a un individuo de buena reputación, pero con problemas económicos, a entrar en un negocio de heroína. Y dicha condena sería luego confirmada por el Tribunal Constitucional que no encontró ninguna violación de derechos⁸².

Se observa así, que en la mayoría de la jurisprudencia de los anteriores países, se ha visto al agente encubierto como un medio útil frente a delitos como el tráfico de drogas, y no se ha cuestionado la figura en sí como contraria a los postulados del Estado de Derecho, sino sólo cuando el agente asume el papel de provocador del delito y, por lo tanto, de autor de la idea criminal en el provocado.

2.4. Perfil del agente encubierto en Colombia

De acuerdo con el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal colombiano, pueden actuar como agentes encubiertos no sólo los funcionarios de policía judicial sino también los particulares. En cuanto a los funcionarios de policía judicial, tendríamos que las entidades que ejercen estas funciones son:

a) De manera permanente:

- El Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación: CTI.
- La Policía Judicial de la Policía Nacional: DIJÍN y SIJÍN.

81. RENDO, Ángel Daniel. Op. cit.

82. MONTOYA, Mario Daniel. Op. cit., pp. 159-160.

- La Policía Judicial del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), por intermedio de sus dependencias especializadas.

b) De manera especial:

- La Procuraduría General de la Nación.
- La Contraloría General de la República.
- Las autoridades de tránsito en asuntos de su competencia.
- Las entidades públicas que ejercen funciones de vigilancia y control: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), Superintendencias (Financiera, de Salud, de Sociedades, de Economía Solidaria, de Subsidio Familiar, de Servicios Públicos Domiciliarios, de Industria y Comercio, de Notariado y Registro, de Puertos y Transporte, de Vigilancia y Seguridad Privada), Dancoop-Dansocial, Comisión Nacional de Televisión, Personerías, Auditoría General de la Nación, Veeduría Distrital.
- Los servidores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario: INPEC.
- Los alcaldes.
- Los inspectores de policía.
- Los funcionarios de la Unidad Investigativa de los Grupos de Acción Unificada (Gaula).

c) De manera supletoria:

- La Policía Nacional en los lugares del territorio nacional donde no hubiere miembros de policía judicial.

d) De manera transitoria:

- Los entes públicos que, por su especialidad, puedan cumplir funciones de policía judicial,⁸³ a los cuales la Fiscalía General de la Nación les otorgue atribuciones

83. Por ejemplo, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencias C-034 y C-093 de 1993, C-179 de 1994, C-251 y C-1024 de 2002), no se pueden asignar a los miembros de las fuerzas militares funciones de policía judicial, por carecer de aptitud constitucional para ejercer estas funciones investigativas no sólo por la prohibición a los militares de juzgar a los civiles, sino porque dicha dualidad de funciones desvertebraría su estructura.

transitorias, bajo su responsabilidad y dependencia funcional: por ejemplo, a los comisarios, psicólogos y trabajadores sociales de las Comisarías de Familia se les otorgó funciones de policía judicial por cinco años (resoluciones 2081 de 2005 y 3604 de 2006), y a los servidores de la Fiscalía como Asistentes de Fiscal I, II, III y IV por un año (resoluciones 509 y 1454 de 2006), en ambos casos de manera limitada.⁸⁴ Asimismo, a unos trabajadores de la Empresa Metro Seguridad de Medellín se les delegaron algunas facultades de policía judicial⁸⁵ por seis meses (resolución 2069 de 2006), lo que algunos calificaron de ilegal por tratarse de una sociedad anónima de naturaleza privada.⁸⁶

En cuanto a los particulares, tenemos que el art. 242 del CPP le permite al fiscal autorizar la participación de cualquier particular en una operación encubierta si:

- a) Es de la confianza del indiciado o imputado, o si no la tiene la puede adquirir para la búsqueda y obtención de información relevante, elementos materiales probatorios y evidencia física.
- b) Actúa sin modificar su identidad.

Frente a esto, se han presentado varias demandas de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, sentencias C-591 de 2005, C-1260 de 2005, C-606 de 2006 y C-543 de 2008; pero en todas, la Corte se ha declarado inhibida para pronunciarse de fondo sobre la autorización a particulares para actuar como agentes encubiertos, por considerar que los argumentos de las demandas no reunían los requisitos de ser claros, específicos, pertinentes y suficientes.⁸⁷

84. Funciones circunscritas a recibir noticias criminales y realizar actos de investigación urgentes que no requieren autorización del juez ni del fiscal (entrevistas, interrogatorios, inspecciones y obtener documentos que requiera el fiscal). ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. Op. cit., pp. 173-175

85. Quedaron facultados para la realización de diligencias de campo propias e inherentes a la inspección y levantamiento de cadáveres por arrollamiento producido en el sistema Metro, como la fijación de la escena, la recolección y tutela de evidencias y elementos materiales de prueba e información. *Ibíd.*, p. 174.

86. GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías. Op. cit., p. 71.

87. Sin embargo, en la sentencia C-543 de 2008, la Procuraduría General de la Nación conceptuó que autorizar a un particular a realizar actuaciones propias de la policía judicial y a utilizar medios invasivos de la intimidad de las personas en actividades que son función pública de carácter exclusivo, vulnera la Constitución, pues el particular que actúa como agente encubierto no encuadra dentro de las formas de colaboración de los particulares con la administración de justicia. Asimismo, el magistrado Jaime Araujo Rentería, quien salvó su voto, consideró que nuevamente la Corte eludía el análisis de constitucionalidad sobre el tema que plantea la norma demandada sobre la actuación de agentes encubiertos, a pesar de que en la demanda se planteaba un cargo de inconstitucionalidad por el actor, el cual, por lo demás, a su juicio debía prosperar.

A pesar de esto, crecen las voces que afirman que tal autorización legal a los particulares es inconstitucional, por cuanto las actividades de investigación únicamente pueden realizarlas las autoridades de policía judicial facultadas para ello, siendo objeto de dirección y control jurídico por parte de la Fiscalía, y susceptibles de procedimientos y sanciones disciplinarias, lo que no ocurriría frente a particulares; además, la actividad del agente encubierto, por tratarse de funciones propias de la policía judicial, solamente podría ser otorgada de manera transitoria por el Fiscal General de la Nación a entidades públicas, nunca a particulares.⁸⁸

Una vez señalado quiénes pueden actuar como agentes encubiertos, pasemos a aclarar que ni en el Código de Procedimiento Penal ni en ninguna norma, se indica cuál debe ser el perfil de la persona designada para desempeñarse como agente encubierto en una determinada investigación penal; por lo tanto, se recurrirá a las recomendaciones que se han dado sobre esta cuestión.

Así, se recomienda que antes de proceder a nombrar a una persona para ejercer actividades de investigación como agente encubierto, se realice un riguroso sistema de selección de candidatos, los cuales tendrían que pasar un curso específico de formación, donde completen las aptitudes innatas de infiltración que deberían poseer, teniendo especial cuidado y atención en los aspectos psicológicos, pues por las dificultades que pueden surgir del hecho de tener que desarrollar una vida con una identidad falsa en el seno de una organización delictiva, interpretando un papel,⁸⁹ se necesita de una personalidad estable y fuerte.

Para lo anterior, con base en las experiencias de agencias que han utilizado esta técnica, como las de Estados Unidos y del Reino Unido, se ha desarrollado un perfil teórico del agente, donde se indica que las cualidades que debe tener son:

- 1.- Autonomía personal para la toma de decisiones adelantándose a las situaciones, incluida la habilidad para enfrentarse a problemas y resolverlos.

88. GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías. Op. cit., pp. 285-286. Igualmente, se afirma que esto es la copia del confidente de la legislación alemana (Vertrauen-Leute), utilizado como solución a los obstáculos que tendría el agente estatal frente a la injerencia en ciertos derechos fundamentales: por ejemplo, la necesidad de orden judicial para afectar el amparo domiciliario o la debida advertencia del derecho a no autoincriminarse. GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Op. cit., pp. 392-397. En este mismo sentido, en la legislación argentina, GUARIGLIA, Fabricio. Op. cit.

89. DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. cit., pp. 288-289.

- 2.- Eficiente, eficaz y competente.
- 3.- Capacidad para adaptarse al medio; para mimetizarse con él.
- 4.- Alta inteligencia, incluida la emocional.
- 5.- Equilibrado, calmado, que guarde el control.
- 6.- Capacidad de comunicación en todos los niveles: oral, gestual, lenguaje verbal y no verbal.
- 7.- Perfil de vendedor.
- 8.- Empatía, es decir, tener la capacidad de ponerse en el lugar del otro e interpretar las situaciones desde su punto de vista.
- 9.- Confianza en sí mismo con un alto grado de control interno.
- 10.-Dureza como equivalente a poco sentimental; no tiene que ser necesariamente alguien «frío», pero sí que no se deje llevar por sus sentimientos.
- 11.-Flexibilidad, en el sentido de ser tolerante con los valores culturales y morales de otros.
- 12.-Tolerancia a la crítica y a la frustración; debe ser independiente, que no necesite la aprobación del medio.
- 13.-Confidencialidad y discreción.
- 14.-Capaz de asumir riesgos sin llegar a ser temerario.
- 15.-Preferentemente soltero y sin hijos.
- 16.-Resistente al dolor y con aguante físico considerable.
- 17.-Debe ser una persona vulgar y corriente. Sin manías.
- 18.-Edad: el rango ideal es entre los 25 y 45 años, puesto que si es demasiado joven se corre el riesgo de que cometa errores por la necesidad de reafirmarse y demostrar su valía; por el contrario, si es demasiado mayor se temen en exceso las pérdidas y el cambio es mucho más difícil de asumir, así como el adaptarse a él.
- 19.-Aspecto físico corriente.
- 20.-Culto. Se necesita un nivel cultural medio-alto.⁹⁰

90. *Ibíd.*, pp. 289-290.

Es necesario aclarar que éstos son sólo rasgos que de manera deseable debería tener todo agente encubierto; pero además de esto, es necesario que el agente sea dotado de una específica e integral formación que fortalezca sus conocimientos sobre su personalidad, actuación, uso de medios técnicos, contravigilancias, técnicas de entrevista e interpretación, estudios jurídicos, psicológicos, de planificación y ejecución operativa e intercambio de experiencias con otros agentes que se hayan infiltrado antes.⁹¹ En suma, éstos son los parámetros que deberían evaluar los encargados de participar en la escogencia del agente, buscando no sólo la credibilidad del papel que vaya desempeñar éste dentro de la organización criminal a infiltrar, cumpliendo con su misión en la investigación, sino para garantizar su vida, seguridad e integridad personal.

2.5. Requisitos de la actuación encubierta en Colombia

Antes de analizar los requisitos consagrados en el Código de Procedimiento Penal para la actuación del agente encubierto, es importante hacer una precisión, y es que nada se dice acerca de la voluntariedad u obligatoriedad de la persona escogida para actuar en dicha calidad; es decir, si es obligatorio para el agente de policía judicial escogido actuar como agente encubierto, o si está autorizado para negarse a desempeñarse como tal, sin ningún tipo de consecuencias disciplinarias o de otra naturaleza.

Frente a esto la doctrina ha considerado que debido al claro riesgo que la actuación encubierta implica para el agente en su integridad y seguridad, ocultando su identidad, viéndose eventualmente vinculado a una actividad delictiva que tenga que realizar junto a otros integrantes de la organización delincuencia, además de, en general, tener que cambiar su ritmo de vida y separarse de su familia, la decisión de aceptar o no esta delicada labor debe ser del exclusivo dominio del propio agente de policía judicial.⁹² Estos mismos argumentos serían válidos frente al agente particular, donde el Estado no podría presionarlo para aceptar o no dicha tarea. Así, se indica que al no ser la actuación encubierta una misión convencional, el funcionario o el particular tendrían todo el legítimo derecho de negarse a actuar en una operación encubierta, sin consecuencias de ninguna naturaleza.⁹³

91. Ídem.

92. ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. Op. cit., p. 319. En sentido similar con fundamento legal, DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. cit., pp. 287-289; y RENDO, Ángel Daniel. Op. cit.

93. ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. Op. cit., p. 319.

Aclarado lo anterior, tenemos que conforme al art. 242 del CPP, la infiltración de un agente encubierto puede ser ordenada por el fiscal que adelanta una investigación penal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, cuando tuviere motivos razonablemente fundados para inferir, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en el CPP, que el indiciado o imputado continúa desarrollando una actividad criminal, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas.

Lo primero que se observa es que una condición necesaria para la intervención del agente encubierto, es la existencia de una investigación en curso por la realización de un delito; es decir, no es posible su actuación en el campo previo a la efectiva comisión de un delito por parte del investigado, y además se requiere que existan serios indicios para concluir que dicha actividad delictiva puede seguir desarrollándose en el tiempo.⁹⁴ Ahora, otra cosa por aclarar es la clase de delito, pues aunque el art. 241 del CPP menciona la relación que debe tener el investigado con alguna organización criminal, posteriormente el art. 242 no hace ninguna mención al respecto.

Entonces podrían darse al menos dos interpretaciones: a) el agente encubierto sólo puede actuar en la investigación de delitos relacionados con alguna organización criminal, y b) el agente encubierto podría actuar en investigaciones de otros delitos no relacionados con una organización criminal. Frente a la segunda posibilidad, podría objetarse que el art. 242 no debe interpretarse de forma aislada sino en concordancia con el art. 241, además el carácter extraordinario de dicha técnica exige que sólo sea empleada para enfrentar delitos extremadamente graves perpetrados por organizaciones criminales, por cuanto la justificación de la misma siempre ha estado en la finalidad de una persecución eficaz de dicha clase de delincuencia para lograr desvertebrar sus redes delictivas.

Asumiendo la primera interpretación, puede surgir alguna dificultad debido a la vaguedad del concepto de criminalidad organizada, aunque se afirma que en nuestro medio el mismo «se ha aclimatado por las circunstancias de una cultura

94. Frente a esto se ha dicho que si una persona ha cometido un delito o se prepara a cometer otros, «lo más lógico es que se proceda a su captura, imputación y solicitud de medida de aseguramiento o acusación, según sea el caso del investigado, toda vez que es obligación de la Fiscalía generar estas situaciones. Si no lo hace estaríamos en presencia de un prevaricato por omisión». GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Op. cit., p. 394.

delictiva que actúa con verdaderos criterios empresariales, especialmente en los casos de narcotráfico, subversión, terrorismo, etc.».⁹⁵

Otro aspecto a tener en cuenta es que, tratándose de una medida que restringe fuertemente los derechos fundamentales de la persona investigada, no se estableció como requisito la autorización previa del Juez de Control de Garantías, es decir, es el fiscal quien puede ordenar la actuación de un agente encubierto sin contar para nada con la intervención de un juez, pues sólo se estableció un control del juez de garantías posterior a la terminación de la operación encubierta.

Entonces, conforme a los artículos 241 y 242 del CPP, el fiscal, antes de ordenar la actuación del agente encubierto, deberá verificar la posibilidad práctica, real y operativa de llevar a cabo la infiltración, teniendo en cuenta que se cumplan los siguientes factores:

- a) Existencia de motivos razonablemente fundados: es evidente que para esto no bastan las simples conjeturas o sospechas, sino que es necesario que la indagación esté bastante adelantada y que los elementos materiales probatorios, evidencia física e información recolectada por la policía judicial sean lo suficientemente fiable para tener indicios racionales de que el investigado está realizando actividades delictivas relacionadas con una organización criminal.⁹⁶ Se deberá confirmar la existencia de datos objetivos determinantes para concluir que resulta probable que se esté frente a un individuo perteneciente a una banda organizada y su relación con una actividad criminal en ejecución.⁹⁷
- b) Indispensabilidad para el éxito de la investigación: se deberá valorar si no existe otro medio diferente al agente encubierto para encontrar información o pruebas relevantes contra el investigado,⁹⁸ debiéndose justificar el agotamiento de otros recursos de la investigación penal que muestren como única medida

95. Ídem.

96. *Ibid.*, pp. 394-395.

97. En sentido similar, DEL POZO PÉREZ, Marta. *Op. cit.*, pp. 292-293.

98. Frente al art. 242 del CPP, que señala que el objeto de la operación encubierta es el éxito de la investigación, se dice que «ese es justamente el ámbito más reducido del agente encubierto, si se tiene en cuenta que el objetivo primordial es la desarticulación de las bandas de criminalidad organizada que participan de una actividad delictiva concreta sobre la cual se adelanta una investigación penal; no la que corresponde al indiciado o imputado, sino la de una investigación más compleja que involucra un *modus operandi* especial donde participan otros sujetos, además del investigado». GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. *Op. cit.*, p. 395.

efectiva la actuación encubierta para la obtención de resultados positivos.⁹⁹ Esto tiene relación con la necesidad o subsidiariedad de la medida, pues la introducción del agente debe ser imprescindible para conseguir datos importantes frente a la trama de delincuencia organizada, no contando para este fin con otras medidas alternativas de investigación que resulten menos gravosas, restrictivas o lesivas para los derechos fundamentales de los implicados. Asimismo, para este supuesto se habrá evaluado la idoneidad de la medida, es decir, que la actuación encubierta resulte apta, adecuada y capaz para alcanzar el fin perseguido, sirviendo para averiguar todos los extremos posibles relacionados con la organización delictiva.¹⁰⁰

- c) Gravedad de la conducta investigada: como medio de ponderar los intereses públicos y privados en conflicto, la justificación de esta medida también debe versar sobre si el delito que pretende aclararse resulta grave de por sí.¹⁰¹ Esto tiene relación con la proporcionalidad entre la magnitud de la injerencia estatal y la gravedad del delito a investigar, donde para determinar dicha gravedad se necesitaría, además de que el delito se lleve a cabo en el seno de una organización criminal, evaluar otros factores como la cuantía de la pena señalada y que esa conducta sea suficiente por sí misma para afectar sensiblemente la tranquilidad o el sentimiento de seguridad jurídica de la población.¹⁰²

Cumplidos estos requisitos, el fiscal podría mediante una orden debidamente motivada disponer la actuación de un agente encubierto dentro de una investigación, teniendo en cuenta la duración máxima que establece la ley y delimitando el campo de actuación del agente: contenido y circunstancias detalladas de la autorización, tipo delictivo para el que se permite, banda a la que ha de investigar, etc.¹⁰³

2.6. Control de la actuación encubierta en Colombia

Conforme al art. 242 del CPP, desde el inicio y durante el desarrollo de la operación encubierta, en principio, el único encargado de ejercer un control sobre la actividad del agente es el fiscal que adelanta la investigación, pues el juez de control de

99. *Ibíd.*, p. 396.

100. DEL POZO PÉREZ, Marta. *Op. cit.*, pp. 293-294.

101. GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. *Op. cit.*, p. 395.

102. En sentido similar, GUARIGLIA, Fabricio. *Op. cit.*

103. DEL POZO PÉREZ, Marta. *Op. cit.*, pp. 295-296.

garantías sólo entraría a realizar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento, dentro de las 36 horas siguientes a la terminación de la actuación encubierta.

Si bien esto es criticable, pues debido a la calidad de parte de la fiscalía en el proceso penal, la misma estará inclinada a sacar adelante sus decisiones tolerando mayores injerencias en los derechos fundamentales de las personas e, inclusive, obviando las garantías mínimas del indiciado o imputado para gozar de un proceso transparente y justo; distinto a lo que ocurriría si el control fuera ejercido desde el principio por un juez imparcial con una formación garantista, como normalmente lo es el juez de control de garantías; en esta parte del trabajo se describirá el control que deberá ejercer el fiscal y al final se harán las respectivas críticas.

Para lo anterior, será necesario mirar las actividades para las cuales queda facultado el agente encubierto por disposición de la orden del fiscal. Así, tenemos que el mismo está facultado para realizar las siguientes actividades:

- Utilizar una identidad falsa (excepto si se trata de un particular).
- Integrar la estructura funcional de la organización criminal.
- Participar en los actos de planeación, preparación y ejecución de actividades ilícitas de la organización criminal.
- Diferir la incautación de los objetos del delito hasta el momento oportuno y conveniente para los fines de la investigación.
- Ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado.
- Adelantar transacciones comerciales, tanto lícitas como ilícitas, con el indiciado o imputado, en caso de ser necesario.
- Realizar seguimientos y vigilancias, utilizando los medios que la técnica aconseje, como tomar fotografías, filmar videos, etc.
- Intervenir en el tráfico legal (por ejemplo asumir obligaciones civiles o comerciales, abrir cuentas, alquilar inmuebles, vehículos, participar en sociedades, contratar empleados y demás afines a éstos) e ilegal (como transportar o adquirir objetos, medios e instrumentos de la conducta punible a cualquier título), pero siempre que resulte ineludiblemente necesario, racional y proporcionado para lograr la

aceptación y confianza de los miembros de la organización, garantizar su seguridad y la de la operación.¹⁰⁴

- En caso de encontrar que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo debe hacer saber al fiscal para que éste disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información, los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.

Algunas precisiones son:

- Para la identidad falsa se entendería necesario la elaboración, modificación y utilización de documentos relativos a identidad personal, pasaporte, licencia de conducción, etc.¹⁰⁵
- Las actividades lícitas e ilícitas del agente encubierto deben tener como límite el respeto de los derechos fundamentales de las personas, principalmente de las no investigadas, pues:

Como servidor público tiene la obligación de respetar la vida, honra, bienes y demás derechos fundamentales de las personas, razón por la cual esos derechos no son comerciables ni disponibles por un servidor público, a menos que por razón de la investigación y para garantizar su éxito, se contara con la participación y consentimiento de la persona titular del derecho que estaría dispuesta a sacrificarlo, en los casos que puede haber disposición sobre el mismo.¹⁰⁶

- El art. 242 del CPP parecería indicar que la orden del fiscal incluye todas las autorizaciones posteriores que el agente, o cualquier funcionario estatal, necesitaría para ingresar al domicilio o lugar de trabajo del investigado, realizar vigilancias y seguimientos de personas o participar en entregas vigiladas. Esto no se puede sostener en un Estado Social de Derecho, con un sistema penal que se dice de corte acusatorio, garantista y respetuoso de los derechos humanos, por cuanto el hecho de que un funcionario pueda realizar casi cualquier actividad que afecte ostensiblemente los derechos fundamentales del investigado, e incluso de otras personas ajenas al proceso, sin las debidas autorizaciones judiciales respectivas

104. ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. Op. cit., pp. 319-320.

105. GUARIGLIA, Fabricio. Op. cit.

106. GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías. Op. cit., pp. 287-288.

para cada actuación,¹⁰⁷ equivaldría a saltarse por medio de una orden general todos los demás controles y requisitos para cada caso particular, donde se establecen plazos y revisión de lo actuado por parte del juez de control de garantías de forma más rigurosa y oportuna que la operación encubierta considerada en su conjunto.

- Se estableció un contacto permanente entre el fiscal que ordena la medida y el agente encubierto, en caso de que el agente encuentre en los lugares donde ha actuado información útil para los fines de la investigación. Esto facilita el control y supervisión que puede ejercer el fiscal sobre las actividades del agente, pero no se estableció ninguna referencia para determinar el plazo en que debe el agente comunicar los resultados y el desarrollo de su actividad al fiscal encargado. En algunas legislaciones, como en España, se entiende que es «a la mayor brevedad posible», pero valorada en el contexto en el que se desarrolla la investigación para no poner en peligro la operación o la seguridad del agente¹⁰⁸.
- Se aconseja designar un funcionario especial de policía judicial como agente de contacto entre el fiscal y el agente encubierto, esto no sólo para procurar la protección del agente y facilitarle los medios y recursos, sino también para vigilar el cumplimiento de sus funciones y transmitir al fiscal la información que reporte.¹⁰⁹ Asimismo, se considera que este agente de enlace es más operativo y menos riesgoso para detectar las posibles señales de alerta en la actuación del agente encubierto, que lo estén llevando a «pasarse al otro lado» o que lo estén afectando física y psicológicamente más de lo normal, lo que aconsejaría poner fin a la operación.¹¹⁰

Teniendo en cuenta lo anterior, los límites de la actuación del agente encubierto deberían ser:

- Siempre que necesite afectar un derecho fundamental de un tercero o del investigado, deberá obtener la respectiva autorización de la autoridad judicial competente, y en todo caso, con los debidos controles y revisión de la medida ante el juez de control de garantías.

107. Piénsese, por ejemplo, que la sola orden del fiscal que adelanta la investigación de emplear un agente encubierto, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, facultaría al agente para realizar casi las mismas actuaciones de los artículos 219, 239 y 243 del CPP.

108. DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. cit., p. 300.

109. ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. Op. cit., p. 320.

110. DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. cit., pp. 301-302.

- Aunque la prohibición de provocación al delito se consagró expresamente para el caso de la entrega vigilada (art. 243 del CPP), la misma se debe entender para la actuación del agente encubierto, pues sólo está facultado expresamente para infiltrarse y descubrir una actividad criminal que continúa desarrollándose, no para inducir o provocar en otro cometer un delito que no estaba previamente en ejecución.
- Se deberá evaluar en cada momento si existe o no necesidad, racionalidad y proporcionalidad de las actuaciones del agente con el fin de la investigación.
- Las actuaciones del agente por fuera de las previsiones legales y al margen de la Constitución, deben generar la prohibición de utilizar sus resultados para el proceso penal, independientemente de las responsabilidades disciplinarias de los funcionarios implicados y, de ser el caso, penales.

Las consideraciones anteriores deben ser tenidas en cuenta por el fiscal que adelanta la investigación y ordena la medida, tanto para prorrogar la misma como para darla por terminada, teniendo en cuenta el plazo legal de un año, prorrogable por otro tanto. Además, para evitar que luego de todo un arduo trabajo se pueda venir abajo la información y el material probatorio que sustentan la investigación, pues de ser establecido ante el juez de control de garantías o el juez de conocimiento que se incurrió en una vulneración de derechos fundamentales para su obtención sin las debidas autorizaciones legales y judiciales, no podrían utilizarse las pruebas que derivan directa o indirectamente su conocimiento de dicha infracción.

Ahora, en cuanto el control posterior de la orden del fiscal y la actuación del agente encubierto, dentro de las 36 horas siguientes a la finalización de la operación encubierta, se deberán aplicar en lo pertinente las reglas para los registros y allanamientos, y al consistir en una revisión integral de legalidad formal y material del procedimiento, el juez podrá pronunciarse acerca de la existencia o no de todos los requisitos necesarios para la expedición de la orden, e igualmente de si se respetaron los límites con que debió desarrollarse la actuación del agente, es decir, «el control de legalidad sobre lo actuado puede dictaminar sobre el exceso, arbitrariedad o abuso de la identidad ficticia con efectos en la investigación penal o incluso fuera de ella».¹¹¹

111. GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Op. cit., p. 396.

Por último, con miras a ahondar un poco en las consecuencias de la actuación del agente encubierto, se hará una breve exposición de las relaciones entre el agente encubierto, la provocación del delito y la prueba ilícita, para al final determinar la responsabilidad del mismo.

2.6.1. El agente encubierto y la provocación del delito

Expresamente al agente encubierto se le prohíbe, en el art. 243 del CPP, sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado. De esta forma, el legislador reconoció que el agente encubierto muchas veces puede verse tentado de pasar a desempeñar el rol de agente provocador, figura jurisprudencial por la cual se designa al sujeto instigador del delito,¹¹² debiendo entonces ponerse cortapisa para este empeño.

En la doctrina se entiende por agente provocador a un agente encubierto cuya misión consiste en incitar a un tercero a realizar un comportamiento formalmente típico, en general relacionado con el tráfico de drogas, para así obtener pruebas de cargo contra él, pero en algunas partes (como en España) la cuestión se ha enfocado al delito provocado, el cual es la presunta infracción penal que surge como consecuencia de la iniciativa del agente provocador, planteándose el problema de si es o no posible exigir responsabilidad penal tanto al agente como al provocado.¹¹³

Lo anterior porque, aunque el agente provocador interviene de uno u otro modo en una actividad aparentemente delictiva persiguiendo e impulsando que la persona provocada se haga responsable penalmente, dicho agente carece de voluntad de producir el resultado disvalioso, y por ello evita o trata de evitar que en efecto se produzca la lesión al bien jurídico tutelado por la norma penal, volviendo infructuosa la actividad del instigado al haber adoptado con anterioridad medidas de salvaguarda o de garantías para que no se produzca el resultado, lo cual hace posible fundamentar la impunidad por tratarse de una tentativa absolutamente imposible o en realidad todo es una simple apariencia de delito.¹¹⁴

112. GIMENO SENDRA, Vicente. Op. cit., p. 473.

113. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. «Qué es el delito provocado». En: Revista de Derecho Penal. Editorial Leyer. Bogotá, número 10 (diciembre 1998 – enero 1999), p. 59.

114. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. «El agente provocador». Op. cit., pp. 47-48.

Esto mismo, también lleva a la impunidad del sujeto provocado por la ausencia de autodeterminación, lo cual «anula la culpabilidad y el actuar doloso [...] en cuanto que el presunto delito fue provocado, esto es, proyectado, urdido, incitado, dirigido y controlado en todo momento por unos agentes encubiertos que traman una ficticia y capciosa operación por ejemplo de tráfico de estupefacientes de imposibles consecuencias».¹¹⁵

En Estados Unidos el problema de la provocación se ha enfocado en la defensa de entrapamiento, la cual puede ser invocada cuando son los agentes del gobierno los que crean la idea de la comisión del delito en la persona investigada. El entrapamiento o entrapment se presenta en investigaciones proactivas que utilizan «la inducción con el propósito de conseguir que un sujeto, dispuesto a cometer delitos, pero que de otra manera no sería fácilmente identificable, <muerda el anzuelo> tendido por agentes policiales»,¹¹⁶ lo que en una visión caricaturesca sería como cuando se pone un queso en una trampa, donde se pretende, no que el ratón se lo coma, sino que caiga en ella para exterminarlo.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos decir que en Colombia está prohibida para cualquier funcionario la provocación del delito en un tercero, por cuanto, conforme al art. 2 de la Constitución, las actuaciones de las autoridades tienen que estar siempre encaminadas a la tutela de los bienes jurídicos y las libertades de las personas, estando vedadas para ejecutar actos de poder que no se orienten a la protección o promoción de sus derechos. Ahora:

Si es deber del estado colombiano, en todos los niveles de autoridad, para el caso del poder punitivo, prevenir los delitos para la protección de los bienes o intereses jurídicos correspondientes, entonces, inevitablemente, no pueden estarlo para realizar, tolerar, estimular o admitir actos de incitación o provocación al delito. Su deber es evitar el delito por los medios legales del Estado social y democrático de derecho, no estimular la actuación delictiva de los particulares ni permitir que otros la estimulen.¹¹⁷

115. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. Op. cit., p. 61.

116. MUÑOZ NEIRA, Orlando. Sistema penal acusatorio de Estados Unidos. 2006, p. 245. En esta obra el autor ofrece todo un capítulo, pp. 245-259, dedicado a la provocación policial como defensa o entrapment.

117. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. «El agente provocador». Op. cit., p. 49.

2.6.2. El agente encubierto y la prueba ilícita

Conforme al art. 279 del CPP, en principio el elemento material probatorio y la evidencia física recogidos por un agente encubierto, en desarrollo de una 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.

Ahora, debe tenerse en cuenta que desde la perspectiva de varios autores,¹¹⁸ el sólo hecho de introducir un agente encubierto en una investigación puede vulnerar seriamente caros derechos fundamentales no sólo del investigado sino incluso de terceros, y por lo mismo tanto la información que recoja como los elementos materiales probatorios y evidencia física, pueden estar basados en el desconocimiento de las garantías de protección de dichos derechos.

Doctrinalmente, se entiende por prueba ilícita aquella que es contraria a la dignidad humana, que vulnera derechos fundamentales o que interfiere preceptos constitucionales.¹¹⁹ Nuestra Constitución, haciendo especial referencia al proceso penal, establece de manera expresa en el art. 29 que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso. Así, dicha prueba está afectada por una anomalía de tal índole que no nace a la vida jurídica ni tiene ninguna fuerza incriminatoria, lo cual puede suceder porque en la obtención de la prueba se desconocieron derechos fundamentales del procesado o se ignoraron las formalidades esenciales requeridas para la producción de la prueba.¹²⁰

Tenemos también que el art. 23 del CPP establece la regla de exclusión de la actuación procesal para la prueba obtenida con violación de garantías fundamentales y el art. 232 en los casos de registros y allanamientos para lo obtenido con violación de los requisitos legales, al igual que el art. 230 para todos los medios de prueba en general. No obstante, en el art. 455 del CPP se establecen 4 excepciones a la regla de exclusión: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y las demás que establezca la ley.

118. Pueden verse: GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Op. cit., pp. 390-392; RIQUELME PORTILLA, Eduardo. Op. cit., p. 11; y GUARIGLIA, Fabricio. Op. cit.

119. URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. «Prueba ilícita y regla de exclusión». En: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del Juez penal colombiano. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, S.F., pp. 312-313.

120. *Ibíd.*, p. 358.

En cuanto a la prueba ilícita, también se habla de sus efectos en las pruebas derivadas, es decir, las que son consecuencia de las pruebas excluidas o las que sólo pueden explicarse en razón de su existencia, pues «nada se lograría si fuese legítimo que una declaratoria de responsabilidad se hiciera posible con base en las pruebas derivadas de la prueba ilícita [...] si se renunciara a la prueba ilícita como prueba pero sí se la aceptara como fuente de prueba».¹²¹

Entonces, piénsese por ejemplo en las declaraciones que se obtengan del investigado, o de uno de sus familiares, fruto de la entrada del agente encubierto en su domicilio o su trabajo, sin ninguna autorización judicial y obviamente sin informarle sus derechos, y que con dicha información capturen al investigado incautándole una mercancía ilícita. En este caso, tratándose de un funcionario estatal, ¿no deberían ser excluidas del juicio tanto la información como las evidencias incautadas? O piénsese en la entrada del agente encubierto al domicilio del investigado sin una orden, o al de otro de los miembros de la banda, descubriendo material probatorio incriminante, fruto de lo cual luego se obtiene una orden de registro y allanamiento. ¿Si se admite dicho material probatorio en el juicio, no estaríamos ante un efecto reflejo o derivado de la prueba ilícita?

2.6.3. Responsabilidad penal del agente encubierto

Ante el interrogante de qué responsabilidad penal le cabe al agente encubierto cuando, infiltrado dentro de la organización delictiva, se ve precisado a cometer un delito, algunos responden que, en principio, debe ser eximido de sanción penal, sea porque actuó en cumplimiento de un deber, en ejercicio de una orden legítima de autoridad competente, en el legítimo ejercicio de un cargo o por un estado de necesidad.¹²²

Otros por el contrario, sostienen que:

El legislador no puede eximir de pena a sus funcionarios, en razón de equiparar arbitrariamente bienes jurídicos de diferente valor, como sucede al valorar del mismo modo el éxito de una investigación criminal y la propiedad, la intimidad, la autoridad legítima del mismo estado o el riesgo previsible para la vida de una

121. *Ibid.*, p. 390.

122. ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. *Op. cit.*, p. 320. En sentido similar, MONTOYA, Mario Daniel. *Op. cit.*, pp. 38-43.

persona. Si se entiende que el legislador puede operar de esta manera, no quedaría derecho alguno tutelado ni garantizado, pues su garantía dependería del valor que quisiera asignarle cada estado, subordinándolo a la eficacia de sus agencias policiales, que operarían como valor supremo.¹²³

Ahora, si bien en ningún artículo del CPP existe un límite al agente encubierto frente a la posibilidad de cometer delitos (como participar en los actos de planeación, preparación y ejecución de actividades ilícitas de la organización criminal, realizar transacciones ilícitas con el investigado, etc.), siempre se ha entendido en la doctrina y la jurisprudencia de otros países¹²⁴ que llevan más tiempo empleando la figura, que el agente encubierto al infiltrarse dentro de una organización criminal entra a ser parte de la misma y, por lo tanto, tendrá muchas veces que comportarse como tal desarrollando, como autor o partícipe, actividades delictivas propias del grupo para no generar sospechas y cumplir con su misión, ante lo cual es necesario establecerle unos límites.

Por lo anterior, en la mayoría de los países que emplean esta técnica se ha decidido eximir de responsabilidad penal al agente por aquellos delitos a los que se vea compelido para lograr la aceptación y confianza de los miembros de la organización, garantizar su seguridad y la de la operación, siempre que su participación resulte ineludiblemente necesaria, racional y proporcionada.¹²⁵

Aunque se considera que todo exceso, extralimitación o infracción de la ley debe examinarse caso por caso, se ha pensado que resulta conveniente eximir de responsabilidad al agente encubierto, bien sea aplicando por cuestiones de política criminal una excusa absolutoria, la cual consiste en una causa personal que excluye la aplicación de la pena de carácter netamente individual y considerando la conducta típica, antijurídica y culpable, pero sin aplicarle pena, o una causa de justificación por la cual la conducta será típica, pero no antijurídica.¹²⁶

En todo caso, se subordina la aplicación de la exención de responsabilidad penal a que el delito se cometa como consecuencia directa de la actuación encubierta,

123. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. «Impunidad del agente encubierto...» Op. cit., p. 11.

124. Para el caso de Argentina puede verse: RENDO, Ángel Daniel. Op. cit.

125. En sentido similar, ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. Op. cit., pp. 319-320; y DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. cit., p. 308.

126. RENDO, Ángel Daniel. Op. cit.

que el agente no haya tenido otra opción o alternativa para evitar el fracaso de su misión o el grave peligro para su vida, y siempre que no sean lesionadas la vida o la integridad física de una persona.¹²⁷

Frente a lo demás, su conducta delictiva no podría quedar impune y, por lo tanto, el propio fiscal que realice el control de la actuación del agente encubierto podría iniciar las medidas del caso para que se investigue la responsabilidad penal del agente, realizar los informes dirigidos a las autoridades competentes en lo disciplinario, y tanto el Fiscal General de la Nación como su delegado, podrían ordenar que se le separara de forma inmediata de sus funciones, además de la causal de mala conducta que podría generarle.

Esto por cuanto todos los agentes del Estado están sometidos al imperio de la Constitución y la ley, respondiendo por su violación o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, y así «cualquiera de estas circunstancias puede dar lugar a que se inicien simultáneamente, varias acciones que pueden coexistir, sin que la una excluya a las otras. La realización de una conducta por parte de un servidor público puede generar acciones de naturaleza disciplinaria, penal, fiscal, civil e incluso administrativa».¹²⁸

127. *Ibíd.* Igualmente, DEL POZO PÉREZ, Marta. *Op. cit.*, pp. 308-309.

128. GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías. *Op. cit.*, p. 98.

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INTIMIDAD Y A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN EN COLOMBIA

b

Nuestra Constitución Política de 1991 está cimentada en el reconocimiento de la persona humana como principio, sujeto y fin de las instituciones, lo cual comporta la sujeción de las actuaciones de las autoridades a dicho postulado. En efecto, esto se vislumbra en los arts. 1, 2 y 5 de la Carta, entre otros, que señalan que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, en el cual las autoridades están establecidas para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y donde se reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona.

La afirmación de la dignidad humana en el texto constitucional implicó el reconocimiento y garantía de unos derechos inalienables en el ser humano, derechos que tiene toda persona por el sólo hecho de pertenecer a la familia humana; es decir, la persona se hace titular de ciertos bienes jurídicos pero no por el otorgamiento del Estado sino en virtud de un título que emana de la juridicidad natural del hombre.¹²⁹

De esta manera se consagraron los derechos fundamentales, derechos que «por provenir directa e inmediatamente de la condición humana, por integrar el núcleo jurídico primario de toda persona en cualquier época y en cualquier lugar, constituyen el fundamento de la comunidad política por servirle de principio y de razón primordial»,¹³⁰ y esto implicó armonizar en términos de convivencia civilizada, la libertad y el orden, pero entendiéndose que en un Estado Social de Derecho el anhelo de la paz sólo es legítimo alcanzarlo con el respeto por la dignidad humana.

129. MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Derechos fundamentales. 1997, p. 8.

130. *Ibíd.* pp. 20-21.

Por esto mismo, y considerando que la Constitución es norma de normas (art. 4), todos los funcionarios del Estado deben observar en cada uno de sus actos los derechos fundamentales a favor de todas las personas, teniendo en cuenta que estos son límites constitucionales para alcanzar cualquier finalidad. Si esto es así, aun más en la investigación y en el desarrollo del proceso penal deben las autoridades velar por no violar los derechos fundamentales del implicado, pues el sólo ejercicio de la acción penal comporta un serio riesgo de coartar o, incluso, anular el disfrute de los mismos.

Entonces, el límite a la persecución penal lo constituye el respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales de la persona investigada, como lo son el derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad, al debido proceso, a la intimidad, a la no autoincriminación, etc., los cuales además son garantías de un juicio justo, tornándose toda afectación injustificada de los mismos inadmisibles en un Estado democrático.

A continuación, teniéndose en cuenta el propósito de este trabajo, se expondrán dos de los derechos que se consideran se pueden ver más afectados con los métodos encubiertos de investigación penal, como son el derecho a la intimidad y el derecho a la no autoincriminación, para luego de mirar sus características, entrar a examinar la confrontación de los mismos con la actividad del agente encubierto.

3.1. El derecho fundamental a la intimidad

La dificultad de aproximarse al tema del derecho a la intimidad es reconocida por diversos autores,¹³¹ debido no sólo a que se trata de un derecho relativamente nuevo, sino también a que nos encontramos ante algo que desde su origen ha estado influido fuertemente por los distintos cambios sociales y culturales, y de forma más reciente por los avances tecnológicos, experimentando diversas transformaciones.

131. Ver al respecto: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. *Tecnologías de la información, policía y constitución*. 2001, p. 58; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José. «La configuración constitucional del derecho a la intimidad». En: *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas. Madrid, año II, número 3 (mayo-diciembre 1994), pp. 323-324. Disponible en:

file:///dspace/bitstream/10016/1493/4/DL-1994-II-3-Pison.pdf; y SUÁREZ, Elda Margarita. «Estado de la cuestión sobre el derecho a la intimidad». En: *Dikaion*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana. Chía, Volumen 3 (1994), pp. 64-69, entre otros.

Si quisiéramos hablar un poco sobre el surgimiento de la intimidad como categoría jurídica, tendríamos que decir que la misma es una invención de la modernidad e históricamente vinculada con el nacimiento de la burguesía que, en su defensa por la autonomía y la individualidad, empieza a construir un determinado ámbito salvaguardado de la injerencia de los demás, resaltándose al inicio la relación entre intimidad y propiedad, pues ésta era condición para acceder a aquélla, pero luego, a finales del siglo XIX, con la generalización de la clase burguesa, la intimidad se extiende a todas las personas, al pasar de tener como fundamento el ser un bien de una clase social a surgir de la inviolabilidad de la persona humana.¹³²

Pero fue sólo a partir de 1890, cuando Samuel Warren y Louis Brandeis publican su trabajo *The right to privacy*, que la intimidad se empieza a formular en términos técnico-jurídicos, aunque su aparición expresa en textos normativos sólo comenzó a mediados del siglo XX.¹³³ Es por esto que la intimidad es considerada por la doctrina como un derecho novísimo, que hace parte de la denominada tercera generación de los derechos humanos que se presenta como respuesta al fenómeno de la degradación de los derechos fundamentales ocasionada por las nuevas tecnologías.¹³⁴

Ya a partir de la década de los 70 debido al avance de las nuevas tecnologías de la información, en especial de las bases de datos computarizadas y los sistemas de vigilancia, se empieza a plantear una nueva defensa de lo privado en relación con lo público, hablándose de la necesidad de expansión del núcleo del derecho fundamental a la intimidad para hacer frente a los nuevos retos que podrían significar, incluso, la pérdida de la vida privada.¹³⁵

3.1.1. Concepto doctrinal del derecho fundamental a la intimidad

Si bien la noción de intimidad implica una gran variedad de perfiles y criterios en ocasiones difusos y difíciles de precisar, lo cual lleva a la conclusión de que no

132. SUÁREZ, Elda Margarita. Op. cit., pp. 67-68. Más ampliamente, MÁRQUEZ ESCOBAR, Pablo. *El ojo ve, el poder mira: la arquitectura para la vigilancia y el fin de la privacidad*. 2004, pp. 64-82, donde se aborda la intimidad en términos de la relación entre lo privado y lo público, su surgimiento, el papel de la familia como resguardo de la misma y los nuevos retos frente al avance tecnológico.

133. Véase, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. Op. cit., p. 58.

134. SUÁREZ, Elda Margarita. Op. cit., pp. 62-63.

135. En sentido similar, MÁRQUEZ ESCOBAR, Pablo. Op. cit., pp. 80-82; y SUÁREZ, Elda Margarita. Op. cit., pp. 68-69.

existe una definición unívoca válida en torno a la cual haya unanimidad, sino que su concepto es más bien algo huidizo, fluctuante y dependiente del medio social y cultural,¹³⁶ se intentará dar una definición de la misma teniendo en cuenta algunos puntos comunes de la doctrina entorno a ella.

Así, podríamos empezar por decir que intimidad es una palabra que se origina en el latín *intimus* que significa interior o interno, y que es utilizada, en principio, para referirse al ámbito más profundo, inherente y reservado de la personalidad del ser humano, pero, por extensión, también al ámbito de la vida familiar y asociativa que tenga la misma particularidad de interioridad y reserva.¹³⁷ La intimidad es, por lo tanto, algo vinculado a lo secreto, a lo que se quiere mantener fuera del alcance del conocimiento ajeno, bien sea de la vida privada en la esfera individual, familiar o incluso social de la persona humana.

El concepto de intimidad es asumido por la mayoría de la doctrina como sinónimo de privacidad o de vida privada,¹³⁸ entendiendo entonces que abarca los diversos actos, situaciones y circunstancias que por su carácter personalísimo no deben, salvo el consentimiento de la persona afectada o por razones legítimas, estar expuestos a la curiosidad y a la divulgación, sino salvaguardados de la injerencia extraña, al ser uno de los valores que en toda sociedad democrática debe tener el hombre para ser el auténtico dueño de su núcleo jurídico personalísimo.¹³⁹

Asimismo, se reconoce que la intimidad como noción es algo básicamente subjetivo, unido a una esfera interior de la vida del hombre y del grupo humano fundamental del cual haga parte, y estrechamente vinculado al hogar, domicilio o espacio físico reservado, que debe ser respetado tanto por las demás personas como por el Estado, debido a que las manifestaciones del ser humano en este ámbito están

136. En este sentido, MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José. Op. cit., pp. 323-324; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. Op. cit., p. 59; y SUÁREZ, Eida Margarita. Op. cit., p. 69.

137. MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Op. cit., p. 199.

138. No obstante, algunos diferencian estos conceptos dándole un mayor ámbito a la vida privada, distinguiendo varios niveles de intimidad dentro de la privacidad, la cual definen como «el retiro temporal de un sujeto que se separa de la sociedad voluntariamente a través de todo tipo de medios psicológicos o físicos» y la intimidad como «aquella fase de la privacidad en la que el sujeto se encuentra situado en un grupo reducido en el que caben una serie de relaciones como las derivadas de la esfera familiar o conyugal». VICENTE Y GUERRERO, Guillermo. «El derecho a la privacidad frente al uso justificado de los sistemas de vigilancia». En: *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid, año III, número 6 (febrero 1998). pp. 520-521. Disponible en: <file:///dspace/bitstream/10016/1353/1/DyL-1995-III-6-VicenteyGuerrero.pdf>.

139. MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Op. cit., p. 200.

excluidas del conocimiento público y de cualquier intromisión ajena, salvo el consentimiento de su titular.¹⁴⁰

Como derecho, se le ha definido según los sistemas jurídicos diversos (anglosajón y romano-germánico) y de conformidad con sus contenidos. Así, en el sistema anglosajón o del Common Law, donde el término empleado es *privacy*, se le vincula con la idea de libertad del individuo, en el sentido de que hay una esfera de acción que no le afecta más que a él mismo y en el que la sociedad no tiene más que un interés indirecto; es decir, se considera que sin un espacio íntimo aislado de la injerencia de la sociedad no hay libertades públicas, y asimismo se configura como un derecho a estar solo, a que a uno lo dejen en paz, mediante el cual el individuo tiene la garantía de protección de su persona frente a cualquier invasión del recinto de su vida privada y doméstica.¹⁴¹

En cuanto al sistema romano-germánico, se suelen distinguir diversos grados de intimidad, como en la doctrina alemana, donde se habla de tres esferas: *Intimphäre* o ámbito de lo secreto de hechos que deben permanecer ignorados e incommunicados para los demás; *Privatsphäre* o ámbito de la vida personal y familiar que se quiere mantener protegido frente a la injerencia o publicidad ajena; e *Individulphäre* o ámbito que atañe a la peculiaridad o individualidad de la persona, como el honor, el nombre o la imagen. En la doctrina italiana, se le vincula con la idea de vida privada o aislamiento distinguiendo cuatro fases: 1) soledad, donde existe imposibilidad de contactos materiales; 2) intimidad, donde se dan relaciones especiales con un grupo reducido de personas; 3) anonimato, donde se puede estar en contacto con múltiples personas pero manteniendo la libertad para identificaciones individuales; y 4) reserva, donde se crea una barrera psicológica frente a intromisiones no deseadas. Y en la doctrina española se oscila entre la distinción o no de tres ámbitos: vida íntima, vida privada y vida pública, en razón de los escenarios en que se desarrollan o de los sucesivos repliegues que el hombre hace de su vida.¹⁴² Así, la protección suele ser más intensa en las primeras graduaciones de lo íntimo y va disminuyendo en las últimas.

Y respecto a la definición según los contenidos esenciales del derecho a la intimidad, se suele mirar de acuerdo con: 1) La funcionalidad para defender a la

140. MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. El secreto en el derecho penal colombiano. 1997, pp. 120 y 128.

141. SUÁREZ, Elda Margarita. Op. cit., p. 71.

142. *Ibíd.*, pp. 72-74.

persona de la intromisión por cualquier medio en su ámbito destinado al retiro o la soledad, la divulgación de aspectos embarazosos de su vida privada, la revelación de hechos falsos que se le quieran atribuir y la apropiación de su nombre, imagen o cualquier seña de identidad con fines de lucro; y 2) La sustancialidad para enlazar la intimidad con nociones más trascendentes: ligarla a categorías más superiores como la dignidad humana, la inviolabilidad de la personalidad, la integridad, la identidad y autonomía personal; y concebirla no sólo en sentido negativo como garantía de defensa ante cualquier invasión ilegítima de la vida privada, sino también en sentido positivo como derecho activo de control sobre el flujo de informaciones que afectan al sujeto.¹⁴³

Se observa entonces que el derecho a la intimidad normalmente aparece vinculado con la dignidad y la libertad, como bienes que son de la personalidad, y caracterizado por una esfera privada exenta de intromisiones extrañas sin justa causa, bien sea de particulares o del Estado, en la cual cada uno puede gozar de su soledad o de la tranquilidad en familia.

E igualmente, aunque el núcleo esencial del derecho fundamental a la intimidad podría definirse como el «espacio intangible, inmune a intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o ver lo que no se desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto»,¹⁴⁴ junto a la tutela de situaciones concretas de la vida humana objetivables, del espacio físico en el que se desarrolla y las relaciones personales que propicia, debido a que «la proyección social de la persona conlleva que el núcleo de su intimidad no se contraiga a la dimensión personal, sino que se extienda a la dimensión social más inmediata, como la familiar, la laboral, la económica»,¹⁴⁵ en los últimos años, a causa de las tecnologías de la información y los sistemas de vigilancia, se entiende que la intimidad también incorpora y comprende las facultades de control y disposición de la información que afectan al individuo.¹⁴⁶

143. *Ibíd.*, pp. 74-75.

144. MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Op. cit.*, p. 120.

145. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. «Policía judicial y derecho a la intimidad en el seno de la investigación criminal». En: EGUZKILORE. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, No. 10 Extraordinario (Octubre 1997), p. 124.

146. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. *Op. cit.*, p. 68. No obstante, se menciona una cierta independencia de este último enfoque de la intimidad como derecho a la autodeterminación informativa.

3.1.2. Consagración normativa del derecho fundamental a la intimidad

En esta parte del trabajo sólo se mencionarán los principales textos normativos de alcance internacional, en los cuales de algún modo se encuentre protegido el derecho a la intimidad, y luego se referirán algunos de los textos normativos de otros países, donde se consagre el derecho en mención y que pudieron tener alguna incidencia para la consagración normativa de este derecho en nuestro país.

Así, en el plano internacional el primer antecedente normativo que se tiene de consagración expresa del derecho fundamental a la intimidad es del año 1948, cuando en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se estableció: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques».

Luego, en el ámbito europeo, en 1950 el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales señaló:

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia [...] No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto [sic] en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la salud o la moral o la protección de los derechos o libertades de los demás.

Y más adelante, otra vez en el plano internacional, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 estableció: «1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».

Ahora, en el ámbito americano tenemos el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 que establece:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Por haber tenido influencia en la consagración constitucional del derecho a la intimidad en Colombia, mencionamos también el artículo 18 de la Constitución Española de 1978 que dice:

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Estos fueron los antecedentes normativos más importantes que se tuvieron en cuenta para la consagración de la intimidad como un derecho fundamental en la Constitución Política de Colombia de 1991, señalándose en el artículo 15 que:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

Ahora, debe tenerse en cuenta que en virtud del art. 93 de la Constitución Política, en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos y de derecho internacional

humanitario ratificados por Colombia, prevalecen en el orden interno y no pueden limitarse, ni siquiera bajo los estados de excepción. Esta figura se conoce como bloque de constitucionalidad, según los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana. Por lo tanto, la aplicación e interpretación del derecho a la intimidad en nuestro ordenamiento debe hacerse teniendo en cuenta tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada en nuestro país mediante la Ley 16 de 1992, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 78 de 1968.

Con base en lo anterior, la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal colombiano, entre los principios rectores y garantías procesales, estableció en el artículo 14 que:

Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada. No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos en este código. Se entienden excluidas las situaciones de flagrancia y demás contempladas por la ley. De la misma manera deberá procederse cuando resulte necesaria la búsqueda selectiva en las bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole, que no sean de libre acceso, o cuando fuere necesario interceptar comunicaciones. En estos casos, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes deberá adelantarse la respectiva audiencia ante el juez de control de garantías, con el fin de determinar la legalidad formal y material de la actuación.

Por último, debemos tener en cuenta que también como una forma de proteger el derecho fundamental a la intimidad, la Ley 599 de 2000 o Código Penal colombiano estableció dentro del Título III «Delitos contra la libertad individual y otras garantías», más exactamente en los capítulos Sexto «Delitos contra la inviolabilidad de habitación o sitio de trabajo» y Séptimo «De la violación a la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones», algunas conductas atentatorias del derecho a la intimidad, sancionando las referidas al domicilio y sitio de trabajo con multas y pérdida del cargo si se trata de un funcionario, en tanto las referidas a la violación de la reserva e interceptación de comunicaciones son sancionadas en su mayoría con prisión de hasta 6 años, algunas otras con multas.

3.1.3. Pronunciamientos de la jurisprudencia nacional en torno a la intimidad

En este apartado nos referiremos sobre todo a los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional en torno al derecho fundamental a la intimidad, no sólo por cuanto en nuestro ordenamiento su jurisprudencia constituye una interpretación auténtica del texto de la Constitución Política, sino también porque la *ratio decidendi* de sus sentencias, tanto de control de constitucionalidad como de tutela, tiene fuerza vinculante para los jueces en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales.

Podemos comenzar con la primera sentencia en la que la Corte Constitucional abordó el tema del derecho fundamental a la intimidad, la T-011/92, donde dijo que la intimidad es «una de las expresiones del libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y una forma para garantizar la dignidad de la persona (art. 1º) ... El Estado debe conocer lo mínimo necesario para que la persona-hombre viva en el contexto social gozando del máximo espacio vital a que tiene derecho para lograr el desarrollo de la personalidad».¹⁴⁷ Luego, a partir de la sentencia T-222/92 empezaría a mirar la intimidad desde dos dimensiones, como secreto de la vida privada y como libertad, así:

Concebida como secreto, atentan contra ella todas aquellas divulgaciones ilegítimas de hechos propios de la vida privada o familiar o las investigaciones también ilegítimas de acontecimientos propios de dicha vida. Concebida como libertad individual, en cambio, trasciende y se realiza en el derecho de toda persona de tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada. Es claro que los atentados contra la intimidad pueden entonces provenir tanto de los particulares como del Estado. Se ha creído necesario proteger la intimidad como una forma de asegurar la paz y tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad.¹⁴⁸

En ese mismo año, en la sentencia T-414/92, la Corte se refirió a diversos ataques a la intimidad y la necesidad de su protección:

147. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-011 del 22 de mayo de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

148. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-222 del 17 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

Como una forma de asegurar la paz y la tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad. Esta particular naturaleza suya determina que la intimidad sea también un derecho general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer «erga omnes», vale decir, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada. Su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta.¹⁴⁹

Y en la T-530/92 hablaría del núcleo esencial del derecho a la intimidad así:

La finalidad principal de este derecho es resguardar un ámbito de vida privada personal y familiar, excluido del conocimiento ajeno y de cualquier tipo de intromisiones de otros, sin el consentimiento de su titular. El núcleo esencial del derecho a la intimidad define un espacio intangible, inmune a intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no desea escuchar o ver (1), así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto.¹⁵⁰

En el año 1995 vendría una sentencia de unificación de la Jurisprudencia Constitucional, la SU-056/95, donde se dijo:

El derecho a la intimidad hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños. Lo íntimo, lo realmente privado y personalísimo de las personas es, como lo ha señalado en múltiples oportunidades esta Corte, un derecho fundamental del ser humano, y debe mantener esa condición, es decir, pertenecer a una esfera o a un ámbito reservado, no conocido, no sabido, no promulgado, a menos que los hechos o circunstancias relevantes concernientes a dicha intimidad sean conocidos por terceros por voluntad del titular del derecho o porque han trascendido al dominio de la opinión pública.¹⁵¹

149. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-414 del 16 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

150. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-530 del 23 de septiembre de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

151. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia SU-056 del 16 de febrero de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En cuanto a las sentencias de comienzos del siglo XXI, de cara a los nuevos retos de las tecnologías y los sistemas de vigilancia, podemos considerar la SU-1723/00, donde se habla del límite a cualquier intromisión en la intimidad de una persona, así:

[...] una injerencia podrá alcanzar aspectos de la vida en ámbitos usualmente reservados como la casa o el ambiente familiar: allí hay una intensa protección constitucional pero eventualmente podrá haber una inspección legítima. Sin embargo, jamás será admisible una intromisión en la órbita de la esfera privada más íntima, esto es, pensamientos o sentimientos más personales y autónomos del individuo que sólo expresa a través de medios muy confidenciales como cartas o diarios estrictamente privados, porque ello constituye el ámbito irreductible de este derecho, no susceptible de ser afectado.¹⁵²

Y refiriéndose a las afectaciones que puede sufrir la intimidad con la práctica de intervenciones corporales, en la C-822/05 la Corte señaló:

[...] las intervenciones corporales afectan el derecho a la intimidad porque –aún en el caso del registro personal que es un procedimiento menos invasivo que la inspección corporal en la que se realiza la exploración de orificios corporales–, implican en todo caso exposición o tocamientos del cuerpo o de partes del cuerpo normalmente ocultas a la vista y fuera del alcance de las personas [...]. Es por ello, que la práctica de la medida que tenga una incidencia alta en el derecho a la intimidad, debería estar reservada a la investigación de delitos que protejan bienes jurídicos de especial relevancia y gravedad, como por ejemplo, para delitos contra la libertad sexual. El bien jurídico tutelado y los derechos de las víctimas tendrían mayor peso, por ejemplo, si se tratara de la investigación de múltiples casos de abuso sexual supuestamente cometidos por el mismo imputado, o si las víctimas son menores de edad. De lo anterior surge que la no autorización de una inspección corporal podría llegar a ser desproporcionada por protección deficiente de los derechos de las víctimas. Igualmente, la afectación del derecho del imputado a su intimidad sería desproporcionada, si al sopesar la gravedad del hecho delictivo, los intereses del Estado y de las víctimas, así como el valor probatorio de la evidencia material buscada, la carga impuesta al individuo resulta excesiva.¹⁵³

152. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia SU-1723 del 12 de diciembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

153. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-822 del 10 de agosto de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Por último, respecto a la afectación de la intimidad y la inviolabilidad domiciliar por una norma que autorizaba a la Policía Judicial para practicar registros o allanamientos previos, concomitantes o con posterioridad a la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado, sin la orden escrita de autoridad judicial competente, la C-519/07 señaló que esto

Desconoce los artículos 28 y 250, numeral 2º, de la Constitución, pues permite el allanamiento y registro de inmuebles, naves o aeronaves sin mandamiento escrito de autoridad judicial competente, en eventos distintos a los contemplados en el artículo 32 superior, y desconoce la competencia que en la materia le fue asignada a otras autoridades judiciales, según antes se comentó [...] Siendo ello así, la norma acusada no sólo desconoce la reserva judicial que impone la preexistencia de mandato escrito de autoridad judicial competente para llevar a cabo esta clase de diligencias, sino que, además desconoce el carácter excepcional de las medidas judiciales que restringen derechos fundamentales reconocidos a nivel internacional, para el caso la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, pues se prescinde de la orden del legítimo competente, así haya tiempo y medios para pedirla.¹⁵⁴

De lo anterior, podríamos concluir que la jurisprudencia constitucional empezó a definir el núcleo del derecho fundamental a la intimidad como el derecho a no ser forzado a ver o escuchar algo ni forzado a ser visto o escuchado, mirándolo también desde dos perspectivas: una negativa como secreto de la vida privada o facultad de excluir a los demás de lo íntimo, y una positiva como libertad o facultad de tomar las decisiones que me afectan en mi interior, sin distinguir en el grado de protección de ambas. Luego, tratando de delimitar el ámbito personalísimo, más íntimo y privado del individuo respecto al ámbito de la vida privada familiar, otorga una mayor protección, casi incondicional, a la primera frente a la segunda. Pero de los últimos pronunciamientos, podría pensarse en el riesgo que ese «irreductible» ámbito más íntimo del individuo, sea limitado cuando los intereses del Estado, otros bienes jurídicos de naturaleza colectiva o los derechos de los demás, tengan mayor peso.

3.1.4. Variantes del derecho a la intimidad

Ya se vio que el derecho a la intimidad guarda relación con otros bienes de la personalidad como la dignidad, la libertad, el honor, el buen nombre, etc.; pero

154. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-519 del 11 de julio de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

fuera de esto, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia es reconocida la aptitud del derecho a la intimidad para servir como fundamento de otros derechos que también atañen a la propia persona, siendo entonces considerados como derivaciones o extensiones del derecho a la intimidad los siguientes:¹⁵⁵

- a) El derecho a la inviolabilidad domiciliar.
- b) El derecho a la inviolabilidad documental y de comunicaciones.
- c) El derecho a la tranquilidad.
- d) El derecho de habeas data.
- e) El derecho al secreto profesional.

Los anteriores derechos son considerados, entonces, como manifestaciones, variantes o expansiones del derecho a la intimidad, predicándose en algunos casos una cierta independencia tanto entre ellos mismos como respecto de la intimidad. Ahora, por tener más interés para este trabajo, al tener mayor posibilidad de afectación con el empleo de las operaciones encubiertas, se describirán brevemente las dos primeras variantes del derecho a la intimidad así:

- a) Inviolabilidad domiciliar: se encuentra consagrado en el art. 28 de nuestra Constitución, pero entendiéndose por domicilio todo lugar de habitación, sitio de trabajo o espacio cerrado en el cual no hay libre acceso para el público, destinado para desarrollar actividades pertenecientes a la esfera de la vida privada, estándole prohibido a cualquiera introducirse en él sin consentimiento de su propietario o habitante, salvo cuando se obre en ejercicio de una legítima atribución para allanarlo y registrarlo.¹⁵⁶
- b) Inviolabilidad documental y de comunicaciones: consagrado en el art. 15 de nuestra Constitución, protege tanto la libertad de una persona para comunicarse con otros, como la reserva o secreto de aquello que se escribe o habla entre quienes se hayan comunicado, sin que se produzcan intromisiones ilegales o arbitrarias, estando prohibido el acceso a la correspondencia, a la transmisión de datos, imágenes o voces, a menos que la interceptación o registro sea resultado de la decisión del funcionario judicial competente.¹⁵⁷

155. MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Op. cit., p. 206; y SUÁREZ, Elda Margarita. Op. cit., pp. 79-80.

156. MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Op. cit., pp. 213-215.

157. SUÁREZ, Elda Margarita. Op. cit., pp. 81-82.

3.1.5. Límites y restricciones al derecho a la intimidad

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que el derecho a la intimidad no es absoluto, y por lo tanto la inviolabilidad de la vida privada no es algo incondicional, pues ante ciertos supuestos, el ámbito personal y familiar constituido por las circunstancias íntimas debe ceder por exigencias del bien común.¹⁵⁸

Así, aunque generalmente todo conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de información debe resolverse a favor del primero,¹⁵⁹ cuando la búsqueda y difusión de datos pertenecientes a la intimidad se justifiquen de modo inequívoco por su conexión directa e inmediata con una seria exigencia del interés público y responda a la necesidad de permitir el acceso de los destinatarios de la información al conocimiento de una verdad frente a la cual no cabe el silencio, prevalece el segundo.¹⁶⁰

Otro de los límites a la intimidad, o excepciones a la inviolabilidad de la vida privada, se presenta en la recaudación de impuestos, pues se considera que el Estado puede penetrar en la esfera íntima para evitar la evasión del contribuyente, siempre que existan motivos justificados y autorización expresa en la ley.¹⁶¹ Asimismo, es aceptada la práctica de pruebas como la inspección corporal del imputado, pero reservada a la investigación de delitos que protejan bienes jurídicos de especial relevancia y gravedad, pues «El bien jurídico tutelado y los derechos de las víctimas tendrían mayor peso, por ejemplo, si se tratara de la investigación de múltiples casos de abuso sexual supuestamente cometidos por el mismo imputado, o si las víctimas son menores de edad»,¹⁶² debiendo el juez en todo caso ponderar los intereses del Estado y de las víctimas, así como el valor probatorio de la evidencia material buscada, para que la afectación del derecho del imputado a la intimidad no resulte desproporcionada.

En estos casos se cree que para la persecución de delitos graves, en ocasiones, el Estado puede limitar fuertemente el derecho a la intimidad, para evitar la impunidad

158. MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Op. cit., p. 203.

159. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-414 del 16 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

160. MADRID-MALO GARIZABAL, Mario. Op. cit., p. 205. En sentido similar, CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-1202 del 14 de septiembre de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

161. MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Op. cit., pp. 203-204.

162. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-822 del 10 de agosto de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

del delincuente, justificándose en intereses jurídicos de superior jerarquía, procedimientos que ponen a la luz pública hechos íntimos; considerándose, además, que el derecho a la intimidad no puede oponerse a la acción de las autoridades judiciales para aplicar sanciones, resolver conflictos o definir situaciones jurídicas.¹⁶³

No obstante lo anterior, debe tenerse presente que al ser la intimidad un derecho fundamental, en todas las circunstancias donde pueda ser limitada nunca debe ser vulnerada en su núcleo esencial,¹⁶⁴ y en todo caso, el juez de control de garantías o, excepcionalmente, el fiscal que pondere el caso concreto, debe abstenerse de autorizar la medida invasiva en la investigación que se adelante, cuando no se cumpla con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.¹⁶⁵

Por último, a modo enunciativo se relacionarán algunas de las restricciones al derecho a la intimidad de una persona, consideradas lícitas en el campo penal:

- a) El allanamiento y registro para aprehender al delincuente sorprendido en flagrancia que, al ser perseguido por los agentes de la autoridad, se refugia en domicilio propio o ajeno (art. 32 de la Constitución).
- b) El allanamiento y registro de inmueble, nave o aeronave donde se encuentre alguna persona contra la cual obre orden de captura, o donde se hallen elementos materiales probatorios y evidencia física de un delito (art. 219 del CPP).
- c) El allanamiento y registro de inmueble, nave o aeronave del indiciado en situación de flagrancia (art. 229 del CPP).
- d) La retención y examen de correspondencia privada, postal, telegráfica, de mensajería especializada o similar que reciba o remita el indiciado o imputado (arts. 233 y 234 del CPP).

163. MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Op. cit., p. 204. Se trae como ejemplo, la práctica de pruebas, como el ADN, para establecer la filiación entre dos o más personas.

164. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-501 del 4 de noviembre de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

165. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-822 del 10 de agosto de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

- e) La interceptación de comunicaciones telefónicas, magnetofónicas y similares para buscar elementos materiales probatorios, evidencia física o la ubicación del indiciado o imputado (art. 235 del CPP).
- f) La recuperación de información dejada por el indiciado o imputado al navegar por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes (art. 236 del CPP).
- g) La vigilancia y seguimiento del indiciado o imputado (art. 239 del CPP).
- h) La infiltración y actuación de agentes encubiertos en la vida del indiciado o imputado (arts. 241 y 242 del CPP).

3.2. El derecho fundamental a la no autoincriminación

Es pacífica la idea que el derecho a no autoincriminarse tiene como primer fundamento el reconocimiento del instinto natural del hombre atinente a la propia conservación, pues, salvo excepciones patológicas, la tendencia de todo comportamiento humano va inconscientemente acompañada de un resguardo de la propia existencia, siendo entonces contrario a la naturaleza forzar al ser humano para que reconozca algo que le traerá aparejadas consecuencias perjudiciales.¹⁶⁶

No obstante, este derecho no ha sido reconocido desde siempre sino que, al contrario, existieron épocas donde se consideraba que el acusado tenía la obligación de colaborar en la investigación de la verdad de los hechos, declarando incluso contra sí mismo.¹⁶⁷ Por lo tanto, es necesario hacer un breve recuento histórico para poder entender el desarrollo de este derecho hasta la conquista de su reconocimiento como un derecho fundamental.

Así, aunque no hay uniformidad sobre el origen del derecho a la no autoincriminación,¹⁶⁸ podemos empezar por decir que desde la época de los

166. JAUCHEN, Eduardo M. Derechos del imputado. 2005, pp. 181-182.

167. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de derecho procesal penal. 2004, p. 521.

168. JAUCHEN, Eduardo M. Op. cit., p. 182. Este autor, acerca del probable origen de la consagración legal del derecho contra la autoincriminación, afirma: «Aparece en los primeros escritos canónicos, siendo posteriormente incorporada en el decreto de Graciano bajo estas palabras: «Yo no le digo que se incremine a sí mismo públicamente, ni se acuse usted mismo en frente de otros». Así lo sostiene San Crisóstomo (400 a. C. [sic]) comentando la Epístola de San Pablo a los Hebreos cuando dijo: «No te digo que descubras eso, tu pecado, ante el público como una condecoración, ni que te acuses delante de otros»».

llamados juicios de Dios hasta la época de la Inquisición la prueba por excelencia era la confesión, la prueba reina que debía ser obtenida a toda costa, ya que ésta manifestaba el arrepentimiento y el sometimiento a la pena, autorizándose entonces la tortura y otros medios atroces para arrancársela al acusado, el cual ante los insoportables sufrimientos físicos y psíquicos, la mayoría de las veces confesaba a pesar de toda inocencia; métodos que perduraron durante la Edad Media, luego del siglo XIII con el advenimiento del absolutismo monárquico y la supremacía de la Iglesia, y que fueron establecidos en las Leyes de Partidas, convirtiéndose el sistema punitivo en un arma de dominación.¹⁶⁹

La reacción ante tan detestables proceder se manifestó entre los intelectuales a partir del triunfo del Iluminismo en los años de la Revolución Francesa, postulándose que el acusado volviera a ser sujeto de derechos perteneciéndole la posición jurídica de un inocente hasta que se dictara sentencia y restaurándose el antiguo principio *nemo tenetur ipsum accusare* (nadie tiene que acusarse a sí mismo), proyectándose paulatinamente al resto de los países.¹⁷⁰

Otro referente histórico importante fue lo ocurrido en Inglaterra, cuando en 1637 John Lilburne fue arrestado por importar libros sediciosos de Holanda. El acusado ante el Tribunal Inquisitivo Inglés se negó a prestar juramento al ser preguntado y alegó su inocencia negando la imputación, por ello fue torturado y multado. En 1640 el caso fue revisado por la Cámara de los Comunes, anulando la sentencia y dejando en libertad al procesado. No obstante, esta decisión estaba lejos de reconocer los derechos generales del hombre y formular principios para una legislación del futuro; por esto todavía no podía hablarse de un verdadero reconocimiento del derecho fundamental a la no autoincriminación.¹⁷¹

Por último, es necesario aclarar que, según las dos principales tradiciones de juzgamiento, la anglosajona y la continental, las sustentaciones ideológicas del derecho a la no autoincriminación son diferentes y no condujeron a idénticas soluciones, pues en el primero se entendió como la libertad de declaración del acusado en cuanto a no estar obligado a responder un interrogatorio, mientras en el segundo se consideró que dicha libertad estaba en erradicar la tortura y el juramento que la acompañaba.¹⁷²

169. *Ibíd.* pp. 180-182.

170. *Ídem.*

171. BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano. 2008, p. 135.

172. JAUCHEN, Eduardo M. *Op. cit.*, p. 182.

3.2.1. Noción del derecho fundamental a no autoincriminarse

El derecho a la no autoincriminación parte del principio de que la carga de la prueba le corresponde al que acusa, pues en virtud de la presunción de inocencia, al acusado no se le puede obligar a contribuir con su propia condena¹⁷³ o, en otras palabras, tiene la libertad de decidir si desea introducir información o elementos de prueba al proceso que lo puedan incriminar.

Además, existe una estrecha relación entre el derecho a no autoincriminarse, el derecho de defensa y el principio de la dignidad humana, pues todo lo que quiera o no quiera declarar el acusado puede ser tomado como una estrategia defensiva, y así su inactividad puede entenderse como una modalidad de autodefensa pasiva, sin que bajo compulsión se pueda obtener de él una declaración contra sí mismo o una confesión de culpabilidad, ya que si el acusado es obligado a esto se le pondría en la difícil encrucijada de faltar a la verdad (lo que podría tener repercusiones penales o procesales) o colaborar en su propia condena, lo que es contrario a la persona humana.¹⁷⁴

Este derecho fundamental incluye tanto la libertad de la persona imputada penalmente de abstenerse de declarar, generalmente llamado derecho a guardar silencio, como la libertad de no incriminarse en caso de declarar, sin que en ningún caso pueda ser sujeto de coacción o presiones físicas y psíquicas para renunciar a este derecho, ni que se pueda extraer perjuicio alguno por el ejercicio del mismo.¹⁷⁵ Así, ante cualquier interrogatorio el derecho contra la autoincriminación involuntaria se traduce en la garantía que tiene el imputado de negarse a responder, y en caso de declarar, tiene derecho a mentir para no incriminarse, sin que tal actitud pueda tenerse siquiera como una presunción o indicio en su contra¹⁷⁶, estando además prohibido cualquier medio que perturbe o vicie esa voluntad de declarar o de no hacerlo.

Si el imputado o acusado decide no declarar, su actitud no puede ser valorada ni interpretada para perjudicarlo, pero si declara debe analizarse la voluntariedad con que lo hizo, para lo cual deben los funcionarios judiciales informarle previamente

173. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. cit., p. 324; y BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. Op. cit., p. 152.

174. BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. Op. cit., pp. 152-153.

175. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. cit., p. 524.

176. JAUCHEN, Eduardo M. Op. cit., pp. 201-203.

su derecho a no autoincriminarse y las consecuencias en caso de renunciarlo, más la ausencia de cualquier tipo de violencia, intimidación, coacción, astucia o engaño, pues de presentarse cualquiera de éstos no existirá una voluntad libre.¹⁷⁷

Entonces, el derecho a no autoincriminarse tiene como garantía el deber de información previa a cualquier declaración del investigado, la prohibición del uso de métodos ilegítimos para obtener información contra su voluntad, como malos tratos, agotamiento, ataques corporales, suministro de drogas, tortura, engaño, hipnosis, promesa de sentencias ilegales, detector de mentiras, alteración de la memoria o de la capacidad de comprensión, y la prohibición de valorar la declaración realizada sin cumplir cualquiera de los anteriores requisitos.¹⁷⁸

Así, el derecho a no autoincriminarse sólo puede ser renunciado por el imputado o acusado, previa instrucción del mismo, mediante la libre y espontánea declaración que rinda ante las autoridades, pues de esta forma lo que manifieste puede ser fuente de prueba y valorado por el juez al momento de decidir, como elemento de descargo o de cargo, por ejemplo, en caso de una confesión.

De esta manera, cada vez se va afianzando más la idea de que la protección contra la autoincriminación involuntaria hace parte del proceso justo, y que además no debe existir incitación de la parte acusadora al acusado para que declare, pues dicha declaración debe ser prueba de la defensa, realizándose sólo cuando ésta lo considere oportuno, dejando de ser tratado el acusado como cosa y pasando a ser considerado persona, todo lo cual caracteriza a los sistemas procesales garantistas.¹⁷⁹

Finalmente, se ha considerado que para una mayor garantía del derecho a no autoincriminarse, en caso de existir la voluntad informada de la persona de declarar, deben recibirse sus declaraciones sin juramento de decir verdad, pues esto podría convertirse en una manera de obligarlo a declarar en su contra, lo que plantea el derecho del imputado a mentir y a no colaborar.¹⁸⁰ E igualmente se ha entendido

177. En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo . Op. cit., p. 527; y ROXIN, Claus. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. 2000, pp. 132-133.

178. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 127 y 132; y JAUCHEN, Eduardo M. Op. cit., pp. 204-206.

179. En sentido similar, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo . Op. cit., pp. 531-532.

180. *Ibíd.*, p. 523.

que el derecho a no autoincriminarse también comprende el derecho a consultar un abogado, pues sólo así se asegura una verdadera comprensión del ejercicio inteligente del mismo,¹⁸¹ lo cual a su vez fortalece el derecho de defensa.

3.2.2. Consagración normativa del derecho fundamental a no autoincriminarse

Un precedente importante para la consagración del derecho a la no autoincriminación en los diferentes ordenamientos jurídicos de los países de América y su consolidación como derecho fundamental, fue lo ocurrido en Estados Unidos. En efecto, el 12 de junio de 1774 en la Declaración de Derechos de Virginia, los Bills of Rights americanos, se dispuso:

En toda persecución criminal, el hombre tiene derecho a averiguar la causa y naturaleza de su acusación, a ser careado con los acusadores y testigos, a presentar pruebas a su favor y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce vecinos, sin cuyo consentimiento unánime no puede ser declarado culpable; que no puede ser compelido a declarar contra sí mismo; que ningún hombre puede ser privado de su libertad sino según la ley del país o el juicio de sus pares.¹⁸²

Luego el derecho a no autoincriminarse sería elevado a rango constitucional a través de la V Enmienda a la Constitución de Estados Unidos, que estableció: «nadie será obligado en juicio criminal a ser testigo contra sí mismo».¹⁸³ No obstante, el verdadero desarrollo de este derecho sólo comenzó más de 100 años después a raíz de las decisiones de la Corte Suprema de dicho país que, como respuesta a la cantidad de abusos perpetrados por los agentes oficiales para obtener a cualquier costo la confesión del sospechoso, fueron depurando los conceptos y creando límites a la actuación estatal. La sentencia más importante de dicha jurisprudencia fue el caso *Miranda vs. Arizona*, donde se señaló que en el interrogatorio realizado por la policía estaba comprendido el privilegio de no autoincriminarse y ante esto tenía el sospechoso derecho a guardar silencio.¹⁸⁴

181. JAUCHEN, Eduardo M. Op. cit., pp. 189-194.

182. BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. Op. cit., p. 135.

183. JAUCHEN, Eduardo M. Op. cit., p. 185.

184. Al respecto véase, JAUCHEN, Eduardo M. Op. cit., p. 193; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. cit., pp. 553-554; y BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. Op. cit., p. 138, entre otros.

En dicho caso se armonizaron el derecho a la no autoincriminación y el derecho a contar con un abogado en las causas criminales, consagrados en la V y VI Enmienda de la Constitución estadounidense, al considerar que la asesoría y presencia del abogado «disminuye el ambiente de compulsión inherente a este tipo de interrogatorios, y que en estos casos la exclusión de la confesión sin estas garantías apunta no sólo a crear un efecto disuasivo, sino además a la búsqueda de la verdad, porque una confesión bajo coacción no aporta nada a la justicia».¹⁸⁵ Así se estableció que las advertencias que se le deben hacer al presunto responsable de un delito cuando es abordado por agentes oficiales, no constituyen un simple formalismo.

Asimismo, en esta decisión se consideró que el derecho a no autoincriminarse implica que «la persona tiene garantizado el derecho a permanecer silencioso a menos que decida hablar en el inalienable ejercicio de su propia voluntad»,¹⁸⁶ siendo una característica de la democracia, fundamentado en el respeto que el Estado debe a la dignidad e integridad del individuo como manifestación de la inviolabilidad de la personalidad humana.

Fue así como se establecieron las llamadas Reglas Miranda consistentes en que «antes de cualquier pregunta la persona debe ser advertida de que tiene derecho a permanecer en silencio, a que cualquier declaración que haga puede ser usada como prueba contra él, y que tiene derecho a la presencia de un abogado, contratado o nombrado»,¹⁸⁷ pues sólo así puede hablarse de una decisión inteligente sobre el ejercicio del privilegio de no autoincriminarse involuntariamente.

Ahora, en esa misma decisión a dichas reglas se les enlazó una regla de exclusión: «si no constaba fehacientemente que se habían cumplido dichas prevenciones, entonces la declaración del acusado no podía ser tomada en consideración»¹⁸⁸, volviéndose desde entonces de obligatoria observancia para todos los funcionarios oficiales, pues sus criterios se han mantenido vigentes hasta el día de hoy proyectándose a gran parte de la legislación y jurisprudencia de otros países.

185. BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. Op. cit., p. 139.

186. JAUCHEN, Eduardo M. Op. cit., p. 194.

187. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. cit., pp. 554-555.

188. Ídem.

Esta mirada a la consagración constitucional del derecho a la no autoincriminación en Estados Unidos se debe a que desde muy temprano tuvo su influencia para que se hiciera lo propio en Colombia. Así, la V Enmienda a la Constitución norteamericana sería traída a nuestro país, aunque en términos más amplios, en el artículo 167 de la Constitución de 1821 que preceptuó: «Ninguno será admitido ni obligado, con juramento ni con apremio, a dar testimonio contra sí mismo en causa criminal; ni tampoco lo serán recíprocamente entre sí los ascendientes y descendientes, y los parientes hasta el cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad».¹⁸⁹

Luego en el artículo 25 de la Constitución de 1886, se incorporaría nuevamente el mencionado derecho a través de la prohibición de obtener en forma coactiva declaraciones inculpatorias, llegándose después a lo consagrado en el artículo 33 de nuestra Constitución Política de 1991 que prescribió: «Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil».

Esta consagración constitucional ya tendría la influencia inmediata de los diferentes tratados internacionales que incorporaron el derecho a no autoincriminarse en sus disposiciones, tales como:

- a. El Convenio III de Ginebra de 1949, que en su art. 99 establece: «... No se ejercerá presión moral o física sobre un prisionero de guerra para inducirlo a confesarse culpable del hecho que se le impute».
- b. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que en su art. 14, 3. g. señala que toda persona acusada de un delito tendrá derecho «A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.»
- c. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que en su art. 8, 2. g. prescribe que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a la garantía mínima del «derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable»; además en su art. 8, 3. advierte que: «La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza».

189. MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Op. cit., pp. 168-169.

- d. El Protocolo I de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que en su art. 75, 4. f. dispone que «nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable».

Por último, tendríamos la actual consagración del derecho fundamental a la no autoincriminación en el Código de Procedimiento Penal colombiano o Ley 906 de 2004, así:

Artículo 8º. Defensa. En desarrollo de la actuación, (una vez adquirida la condición de imputado), éste tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

- a) No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;
- b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;
- c) No se utilice el silencio en su contra;
- d) No se utilice en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse;
- e) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado; [...]
- g) Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades; [...]
- l) Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En estos eventos requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor.

Es necesario aclarar que las expresiones que se encuentran entre paréntesis fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-799/05, por los cargos analizados, «...sin perjuicio del ejercicio oportuno, dentro

de los cauces legales, del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de imputación».¹⁹⁰

En cuanto a las reglas del interrogatorio al indiciado, el art. 282 del CPP señaló:

El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra si mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado.

E igualmente en el art. 303 del CPP se estableció que al capturado se le informará de inmediato que tiene derecho a guardar silencio, que las manifestaciones que haga pueden ser usadas en su contra, que no está obligado a declarar en contra de sus familiares mencionados en los dos artículos anteriores y que tiene derecho a designar y entrevistarse con un abogado o si no lo hace la defensoría pública le proveerá uno.

La forma como quedó consagrado el derecho a no autoincriminarse obedeció a la tendencia internacional que lo entiende como complemento inseparable del derecho de defensa, propio de sistemas democráticos respetuosos de la libertad de las personas y garantía de un proceso justo; asimismo, la consagración en el Código de Procedimiento Penal tuvo una marcada influencia de las Reglas Miranda, lo cual se analizará más adelante cuando se examinen los alcances de este derecho.

3.2.3. Pronunciamientos de la jurisprudencia nacional sobre la no autoincriminación

En esta parte del trabajo nos referiremos sobre todo a los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional en torno al derecho fundamental a la

190. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-799 del 2 de agosto de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.

no autoincriminación, reiterando las razones expuestas al tratar el derecho fundamental a la intimidad en la jurisprudencia colombiana; y además por cuanto las sentencias de constitucionalidad, al decidir de fondo el asunto planteado, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional en cuanto a los cargos analizados.

Así, podemos empezar por decir que en las primeras sentencias en las que la Corte Constitucional se refirió al tema del derecho fundamental a la no autoincriminación, lo hizo de manera poco profunda, por ejemplo, en la C-052/93, ante una disposición de excepción que creaba el beneficio para el testigo que rindiera una declaración que contribuyera eficazmente a determinar la responsabilidad penal de los autores o partícipes de los delitos de competencia de los jueces regionales, no siendo investigado o acusado por los hechos sobre los cuales rindiera su versión, dijo que respetaba el principio de no autoincriminación, pues en ningún tiempo se le seguiría un proceso por lo que declarara.¹⁹¹ Luego, en la C-067/96 señalaría que el deber de las personas de denunciar los delitos comportaba la preservación de la garantía constitucional de no autoincriminarse ni incriminar a sus familiares, pues no se tipificaba la conducta punible de omisión de denuncia cuando quien tenía conocimiento de un hecho punible se encontraba cubierto por dicha garantía.¹⁹²

Ya en la C-621/98 hablaría ampliamente del derecho a la no autoincriminación, así:

Con base en la garantía constitucional sobre no autoincriminación, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso.

Ante la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquélla cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia. Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a desvirtuar si las pruebas que aporte y que se controvierten a lo largo del proceso se lo

191. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-052 del 18 de febrero de 1993, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.

192. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-067 del 22 de febrero de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar. Más aun, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados. [...]

En efecto, la advertencia que haga el funcionario a quien es llamado a indagatoria debe recaer únicamente sobre esa diligencia y de ninguna manera referirse a otros medios de defensa dentro del proceso penal, de los cuales no puede ser despojado, rinda o no la injurada y diga lo que diga durante ella. Ni tampoco se aviene a la garantía constitucional del debido proceso la sugerencia errónea sobre la posible pérdida de oportunidades procesales, formulada a manera de apremio o estímulo para que, contra su voluntad, el llamado a indagatoria se avenga a rendirla.

[...] tal actitud inquisitiva del funcionario que recibe la indagatoria se desentiende de la espontaneidad del indagado y del carácter voluntario que debe tener cuanto diga, para procurar, en cambio, el rápido recaudo de los elementos que él mismo, forzado, pueda aportar, y so pretexto de advertirle que debe decir la verdad, con la exhortación se tiende al logro ab initio de una prueba valiosa, orientada a desvirtuar la presunción de inocencia, con base en la presión, que no por ser en apariencia imperceptible pierde su carácter coactivo. Y, en concordancia con ello, la norma provoca un resultado ajeno al sentido mismo de la indagatoria, consistente en asegurar que cuanto allí exprese el imputado procede de su espontánea y libre decisión; no de la actividad de agentes externos, ni de insinuaciones o advertencias dirigidas a coaccionarlo. [...]

Desde luego, como varias veces lo ha manifestado esta Corte, objeto primordial de todas las etapas que componen un proceso judicial, especialmente cuando se trata de asuntos penales, consiste en la búsqueda de la verdad; y no solamente de la formal sino de la real, pero tal propósito — plausible en sí mismo — no puede lograrse al precio de sacrificar la libertad, el debido proceso y el derecho de defensa que asiste a toda persona precisamente en el momento en que es vinculada al proceso penal, cuando lo que el ordenamiento jurídico pretende entonces no es la autoincriminación sino la versión espontánea de lo acontecido, rendida sin ninguna clase de apremio. No es la indagatoria el acto

procesal indicado para forzar al imputado a que confiese o suministre elementos que posteriormente pueden ser usados en su contra, bajo la velada amenaza en que consiste [sic] una exhortación judicial a decir únicamente la verdad.¹⁹³

En la C-776/01, respecto a cuándo el deber de colaborar con la administración de justicia menoscaba el derecho a no autoincriminarse, la Corte señaló:

[...] la Corte reitera que de conformidad con la Constitución el sindicado no puede ser obligado a hablar, si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados, puesto que el esclarecer los hechos lleva consigo, una serie de conductas, como por ejemplo, saber si efectivamente el hecho ocurrió, y qué circunstancias de modo, tiempo o lugar hicieron que se cometiera el ilícito, razón por la que dentro de la declaración que profiera la persona investigada, pueden darse circunstancias que agraven posteriormente su pena o que reflejen la autoría que ésta pudiera tener dentro de la conducta punible. [...]

Así las cosas, el sólo hecho de presentarse ante el funcionario competente, no desconoce las garantías constitucionales del investigado, pero el exigir que la presentación sea para prestar colaboración, que se repite, no es cualquier tipo de colaboración, sino la que el funcionario competente califique de necesaria para el esclarecimiento de los hechos, implica que en un momento dado se esté obligando al sindicado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, conducta prohibida por expreso mandato constitucional.¹⁹⁴

En cuanto al alcance del derecho a no incriminarse, su relación con otros principios y su servicio de garantía y de respeto de otros derechos no sólo del individuo sino de la familia, en la sentencia C-1287/01 la Corte señaló:

Este artículo consagra el llamado principio de no incriminación, que constituye una excepción al deber de declarar en juicio, deber que emana del de colaboración con la justicia a que hace alusión el numeral 7° del artículo 95 de

193. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-621 del 4 de noviembre de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

194. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-776 del 25 de julio de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

la Constitución. Como tal, el principio de no incriminación es a su vez expresión concreta del valor superior de la dignidad humana y de los principios constitucionales de respeto a la autonomía de la voluntad, a la libertad de conciencia y de protección a la unidad e intimidad familiares. [...]

En desarrollo y aplicación de la primacía de la dignidad humana, el moderno derecho penal, abandonando definitivamente los métodos de averiguación de la verdad que prescindiendo de este concepto admitían cualquier forma de llegar a ella, proscriben las presiones ejercidas sobre los acusados o sus familiares, que bajo el apremio del juramento o cualquier otra forma de intimidación moral, conduzcan al declarante a confesar su delito o a delatar a aquellos con quienes está unido por vínculos muy cercanos de parentesco. Por ello, el principio de no incriminación recogido en el canon 33 superior, concreta en una regla jurídica la exigencia de un trato acorde con el merecimiento de respeto que tiene toda persona.

De otro lado, el principio de autonomía de la voluntad y el derecho fundamental a la libertad de conciencia se ven también desarrollados en la norma superior que consagra la excepción al deber declarar en juicio contra sí mismo y contra los más próximos familiares. La libertad moral o libertad de conciencia a que alude el artículo 18 de la Constitución, encuentran una garantía complementaria en el principio de no incriminación, impidiendo presiones sobre la conciencia de los individuos llamados a deponer en esas circunstancias.

Finalmente, también la protección especial que el Constituyente dispensa a la familia se ve reforzada con la norma contenida en el artículo 33 de la Constitución. Los naturales vínculos de solidaridad y afecto que se dan dentro de ella son respetados por el orden jurídico, que al consagrar la excepción aludida se abstiene de invadir la esfera íntima de las relaciones familiares, en aras de preservar la armonía y unidad de esta célula básica de la sociedad.¹⁹⁵

Tratando el derecho a no autoincriminarse como derivado del derecho de defensa y del principio a la presunción de inocencia, reiterando además su posición sobre los asuntos en los cuales se aplica y las razones de no exigirle al investigado juramento al declarar, tenemos la sentencia C-782/05 donde se dijo:

195. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-1287 del 5 de diciembre de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

El derecho de defensa, núcleo esencial del debido proceso, se encuentra conformado por el derecho a ser oído, con el pleno de sus garantías constitucionales, y el derecho a guardar silencio, es decir, su derecho a callar, así como a dar su propia versión sobre los hechos en ejercicio pleno de su derecho de defensa. Ello se traduce a su vez, en la garantía que tiene toda persona a no autoincriminarse, ni a incriminar a su cónyuge o sus parientes más cercanos. El derecho fundamental a no autoincriminarse en el curso de un proceso criminal, correccional o de policía. [...]

Como queda visto, el proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no necesariamente para condenar. También cumple su finalidad constitucional cuando absuelve al sindicado. Es decir, a éste le asiste en todo momento la presunción de inocencia y el derecho de defensa, consecuencia de lo cual se impone el in dubio pro reo, que lleva a que mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado, éste acorazado con la presunción de inocencia debe ser absuelto.

La humanización del Derecho Penal, ha ido en constante evolución siempre en la dirección de preservar la dignidad y la libertad de la persona a quien se juzga. Por ello, además de los principios señalados anteriormente el proceso penal no puede adelantarse de cualquier manera, sino que al Estado se impone el respeto de las garantías mínimas consagradas en la Constitución y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, entre los cuales se encuentra como un principio, el de incoercibilidad de la persona del sindicado. Así, se eliminó la tortura para obtener la confesión en la época en que ésta se tuvo como la regina probatorum, en cuya obtención era lícito torturar al sindicado para obtener así lo que entonces se consideraba una colaboración con la administración de justicia; y, de la misma manera y bajo igual concepción, también era lícito el tormento para el testigo, que debía declarar lo que supiera, aun en relación con su cónyuge y los parientes próximos. [...]

En cuanto hace relación a las razones para no exigir el juramento al sindicado en la declaración sobre su propia conducta, se ha coincidido por diversos autores, en que se trata de garantizar la libertad y espontaneidad de la declaración de quien está siendo investigado por la posible comisión de un delito. [...]

4.3. No obstante lo dicho, la norma acusada admite también una interpretación distinta a la anterior y acorde con la Constitución Política. Así, si se entiende que el juramento que se exige al acusado y coacusado que ofrecieren declarar en su propio juicio, es una formalidad previa a la declaración, pero de la cual no se

puedan derivar consecuencias jurídico-penales adversas al declarante cuando su declaración verse sobre su propia conducta, desaparece entonces la coacción que priva de libertad y espontaneidad a su dicho y, en tales circunstancias, queda entonces libre ya del temor a incurrir en otro delito a propósito de haber prestado el juramento y rendido su propia versión sobre los hechos que se le imputan, aun en el caso de que calle total o parcialmente si así lo considera necesario en pro de su defensa material.¹⁹⁶

Por último, aglutinando un concepto del principio a no autoincriminarse y señalando que el mismo no puede mirarse aisladamente, sino armonizarse con otros principios igual de superiores, que implican deberes de la persona como la solidaridad, en la C-115/08, la Corte puntualizó:

El artículo 33 de la Constitución Política contempla la «inmunidad penal», también denominada principio de no autoincriminación , según el cual nadie podrá ser conminado a «declarar», esto es «manifestar o hacer público algo» (19), contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil [...].

Además de favorecer la indemnidad del ser humano ante sí mismo y frente al Estado, para que no sea compelido a expresar algo que resulte contrario a su propia intimidad e intereses personales, la Corte Constitucional ha señalado que el precepto constitucional en cuestión ampara también la «armonía familiar» y el derecho de una persona a «procurar el bienestar suyo y de sus familiares, pues cualquier conducta que la obligue a declarar contra sí mismo o contra sus parientes más cercanos debe ser censurada» (C-776 de julio 25 de 2001, M. P. Alfredo Beltrán Sierra)(21).

Ese derecho debe interpretarse de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Colombia (art. 93 Const.), implicando una garantía para el investigado, imputado, acusado, sindicado o procesado, que comporta no poder ser forzado a autoinculparse ni a declarar contra sus más cercanos allegados, según la relación constitucional. Pero ello no puede ser tomado aisladamente, sin constatarlo frente a otras cúspides de la normatividad superior, como el principio de solidaridad, expresamente contemplado en la Carta Política como

196. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-782 del 28 de julio de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

un deber del ser humano, obligado a responder «con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas» (art. 95.2), lo cual además dimana del artículo 1° de la propia normatividad superior y se halla involucrado de manera inmanente dentro de las normas básicas de la convivencia, la equidad, la fraternidad y la paz. [...]

Aunado a lo anterior, permanecer en el lugar del hecho no implica per se incriminación alguna, que bien puede darse por más que el autor se aleje del lugar, o desvirtuarse aunque permanezca allí. De todas maneras él podrá guardar silencio, o relatar parcialmente el suceso, advertido de que no está obligado a auto imputarse y su permanencia, identificable y localizable como será por otros medios, no necesariamente le complicaría la situación y sí podría aliviársela, por ejemplo al colocarle dentro de alguna circunstancia de menor punibilidad.¹⁹⁷

Comentando un poco podríamos concluir que el derecho a no autoincriminarse implica la libertad de guardar silencio o no hacerlo, y como tal se convierte en una estrategia defensiva, relacionándose con otros derechos como el derecho de defensa que hace parte de un debido proceso. Asimismo, es una manifestación del principio de presunción de inocencia en virtud del cual es al Estado a quien le incumbe probar la responsabilidad de una persona en el hecho que se investiga, estando entonces dicha persona relevada del deber de colaborar con la administración de justicia en el sentido de proporcionar información o pruebas para esclarecer lo sucedido.

De esta manera, si el investigado decide hablar debe ser fruto de su libre voluntad informada de las consecuencias que le puede acarrear, pero sin que en ningún caso pueda ser determinante de dicho ejercicio la actividad de agentes externos, pues aunque el objeto del proceso penal es llegar a una verdad real y no meramente formal, tal propósito no puede alcanzarse a cualquier precio sacrificando otros derechos fundamentales tan caros para una sociedad democrática como la libertad, la dignidad de la persona o el debido proceso. Ahora, este derecho de no autoincriminarse también abarca la protección de no ser obligado a declarar contra los familiares más próximos o las personas con las cuales se tienen estrechos lazos de unión conyugal o marital. Pero, asimismo, es dable decir que es un derecho restringido a los procesos penales, correccionales y de policía.

197. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-115 del 13 de febrero de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Para terminar, podría hablarse de una cierta armonización del derecho a no autoincriminarse con el juramento de decir verdad, en la medida en que éste no tenga efectos penales adversos respecto de la declaración de la persona sobre su propia conducta y de una limitación del derecho a no autoincriminarse frente a otros derechos que ostentan una superioridad jerárquica semejante, como la solidaridad humana, que buscan afianzar la convivencia y la ayuda a quien se encuentre en una grave situación, pero que implican un deber de abstenerse de realizar una conducta autoprotectora del ser humano, como es huir ante el peligro buscando no ser vinculado a una investigación penal como eventual sospechoso, pues de ejercerse dicha conducta, podría implicar la afectación de la vida o la integridad de otras personas.

3.2.4. Alcance del derecho a la no autoincriminación

Para determinar el alcance del derecho a no autoincriminarse es necesario, primero que todo, establecer en qué momento se activa este derecho para una persona, luego mirar los contenidos específicos del mismo y, por último, las consecuencias de su inobservancia.

Así, aunque en Colombia se ha entendido que el derecho a no autoincriminarse sólo debe ser aplicado en los asuntos criminales, correccionales y de policía, es decir, únicamente en los procesos que impliquen el ejercicio de la soberanía punitiva del Estado orientada a reprimir las conductas que lesionan o ponen en peligro el orden social,¹⁹⁸ se advierte que según la literalidad del artículo 33 constitucional dicho derecho cobijaría a cualquier persona frente a cualquier funcionario del Estado que lo cuestione sobre un delito, ya que fue consagrado en la Constitución de manera general; además, tan importante derecho y principio constitucional caería en letra muerta «si se incurriera en la incoherencia de sostener que quien es inculcado como responsable de un delito puede abstenerse de declarar si está ante un juez penal, más no si lo está ante un proceso administrativo, civil o laboral, pues si aquí estuviese obligado a declarar y decir la verdad, su respuesta autoinculpatoria lo conduciría de inmediato ante

198. En este sentido véase, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA. Sala Plena, Sentencia 129 del 17 de octubre de 1991; CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-426 del 4 de septiembre de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía; y CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-782 del 28 de julio de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

el juez penal».¹⁹⁹ Pero por el propósito de este trabajo lo analizaremos en el campo penal.

Entonces en el ámbito de la investigación penal, respecto a cuándo se activa para una persona el derecho a no autoincriminarse, se tiene que desde las Reglas Miranda se ha considerado que dichas advertencias «deben ser aplicables tan pronto como la libertad de acción del sospechoso sea reducida a tal nivel que se asocie con una detención formal»,²⁰⁰ lo que en la doctrina, en una interpretación más garantista, se ha entendido como que «sólo se activa cuando los funcionarios de policía judicial tengan elementos de juicio para concluir que la conducta punible pudo ser realizada por una persona determinada»²⁰¹ a la cual se va a interrogar; es decir, desde cuando los funcionarios de policía aborden a una persona considerada como sospechosa de un delito con el fin de formularle preguntas dirigidas a obtener respuestas incriminatorias.²⁰² De aquí en adelante es obvio que, ante cualquier declaración de dicha persona ante otros funcionarios como el fiscal o el juez, se mantiene el derecho a no autoincriminarse.

Según lo dicho, si los funcionarios de policía judicial abordan a una persona no considerada como sospechosa, para obtener información de un delito, antes de su declaración no tienen la obligación de hacerle las advertencias del derecho a no autoincriminarse. En estos casos, si la persona antes de formularse cualquier pregunta o luego de indagársele sobre qué sabe de los sucesos ocurridos, sorpresivamente confiesa ser autora o partícipe de una conducta punible, dicha información sería plenamente aprovechable y habría sido obtenida de manera legal, pues «no podría exigírsele a los servidores públicos que se abstengan de escuchar o que le taparan la boca al deponente para evitar obtener la información(161), entre otras cosas porque esto último podría materializar un atentado contra la dignidad humana».²⁰³

Ahora, el problema sería determinar que a la persona no se le hayan formulado preguntas dirigidas a obtener respuestas incriminatorias, pues en tal caso fue

199. JAUCHEN, Eduardo M. Op. cit., p. 202. Este autor hace el comentario para el caso de Argentina, donde en forma similar a nuestro país se consagró el derecho a no autoincriminarse en la Constitución sin restringirse.

200. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. cit., p. 556.

201. BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. Op. cit., p. 156.

202. En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. cit., p. 556.

203. BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. Op. cit., p. 157. En igual sentido, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA. Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de septiembre de 2006, proceso No. 23251, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

considerada sospechosa así haya sido desde el momento en que fue abordada por los agentes, teniendo la obligación de hacerle las advertencias del caso. Pero si la persona confesó sin habersele formulado interrogatorio alguno, habría menos dificultad para considerar que no les era exigible a los agentes abstenerse de escuchar dicha información sin las advertencias al no saber que era sospechosa.

Luego de determinado su alcance, en cuanto a sus contenidos, también desde las Reglas Miranda, se ha considerado que el derecho a no autoincriminarse abarca para la persona:

- a) Indicarle en términos inequívocos, antes de interrogarlo, que tiene derecho a guardar silencio; no existe excusa respecto a presumirse que la persona ya conocía este derecho.²⁰⁴
- b) Hacerle saber que todo lo que diga puede ser usado en su contra, lo que «no implica realizar calificaciones jurídicas ni emitir conceptos sobre la pena que eventualmente se podría imponer: basta con que el ciudadano esté debidamente informado de sus derechos y sobre las implicaciones de la renuncia a los mismos».²⁰⁵
- c) Informarle que tiene derecho a consultar un abogado y contar con él durante el interrogatorio, y que si no tiene recursos económicos el Estado se lo proveerá, lo cual es considerado, en principio, como una exigencia esencial para cualquier declaración, aunque algunos digan que puede ser renunciable si proviene de la decisión informada, expresa y libre de la persona.²⁰⁶
- d) Avisarle que si decide declarar, en cualquier momento puede suspender su declaración y guardar silencio. Esto por cuanto la persona podría estar dispuesta a responder las primeras preguntas que se le hagan, «pero que en desarrollo del interrogatorio se percate del grave perjuicio que puede causarse si continúa suministrando información, sobre todo cuando el interrogatorio tiene severos cambios de rumbo».²⁰⁷

204. *Ibíd.*, p. 139.

205. *Ibíd.*, p. 140. En sentido contrario, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Op. cit.*, p. 525.

206. BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. *Op. cit.*, pp. 140-142. El autor afirma que en Estados Unidos este derecho es renunciable y aunque en Colombia se estableció en el art. 282 del CPP que el indiciado únicamente podrá ser interrogado en presencia de su defensor, en las actas del Congreso para la aprobación de ese artículo se mantuvo la tendencia a considerar que era renunciable, teniendo en cuenta que en ocasiones de urgencia donde no sea posible localizar a un abogado, el indiciado podría suministrar información útil para evitar la comisión de una conducta punible, o para que cesen sus efectos.

207. *Ibíd.*, p. 142.

Todas estas advertencias deben ser informadas de manera suficiente al sospechoso y previamente repetidas ante cualquier declaración que éste vaya a emitir tanto ante la policía como ante el fiscal o el juez; es decir, como indiciado, imputado o acusado, pues sólo así cabe considerar que podrá ejercer su derecho de defensa²⁰⁸.

Si la persona declara y se obtiene una confesión, el Estado tiene la carga de demostrar que se cumplieron todos estos requisitos y que hubo una renuncia consciente, libre, voluntaria y debidamente informada del derecho a no autoincriminarse, pues si existen dudas en cuanto a la voluntariedad de la renuncia o la amplitud de la información suministrada a la persona, los datos que se obtengan no pueden ser utilizados en su contra, pues operaría la cláusula de exclusión consagrada en el art. 29 de nuestra Constitución concordado con el art. 23 del CPP, que también comprende la prueba derivada.²⁰⁹

Así, la inobservancia de cualquiera de las anteriores advertencias por los funcionarios que van a recibirle la declaración a la persona, o se si da cualquier tipo de presión o engaño para que la misma declare en su contra, lleva a que tanto la información que se obtenga en ese instante como la información, elementos materiales probatorios, evidencia física o cualquier otro medio de acreditación, a los que conduzca esa declaración, deban ser excluidos del proceso «cuando solo puedan explicarse en razón de la existencia de la violación a esta garantía».²¹⁰

Es decir, nada de lo que se obtenga como consecuencia directa e indirecta de la violación del derecho a no autoincriminarse podrá aducirse como prueba dentro del juicio oral, quedando facultada la persona afectada para solicitarle tanto al juez de control de garantías como al juez de conocimiento, según la etapa en que se dé el fundamento, la exclusión tanto de la información como de los datos, elementos o cosas obtenidos, sea como prueba directamente asociada a esa vulneración o como prueba derivada de la misma, pues en ningún caso pueden aprovecharse como fundamento para una decisión judicial.²¹¹

Por último, podemos decir que, por el deber de solidaridad con la familia más próxima, se le ha otorgado una cobertura más amplia al derecho a la no

208. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. cit., p. 525.

209. BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. Op. cit., p. 143.

210. *Ibíd.*, p. 151.

211. *Ibíd.*, p. 152.

autoincriminación en el sentido de que asimismo implica el derecho para la persona de no ser obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero(a) permanente o sus parientes más cercanos, siendo aplicable lo dicho anteriormente, teniéndose entonces que también es algo renunciable.

Para terminar, no quisiera dejar de referirme a lo que algunos llaman peligros²¹² o límites a la protección frente a la autoincriminación:²¹³

- El ofrecimiento de ventajas para declarar: figuras como el arrepentido.
- Las conductas engañosas del Estado para obtener una declaración: figuras como el agente encubierto.
- El procesado como objeto de prueba: intervenciones corporales.
- La obligación del causante de un accidente de tránsito de permanecer en el lugar del mismo hasta que lleguen las autoridades, so pena de otra sanción por fuga.
- La aprovechabilidad de las declaraciones espontáneas o de respuestas a preguntas informales.

212. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. cit., pp. 529-532.

213. ROXIN, Claus. Op. cit., pp. 138-145.



4. LA ACTUACIÓN ENCUBIERTA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INTIMIDAD Y LA NO AUTOINCRIMINACIÓN

b

En el campo del derecho procesal penal, constantemente se presenta una tensión entre el interés del Estado por la búsqueda de la verdad y el interés de la persona investigada en la protección de sus derechos individuales. Ante esta incesante pugna de pretensiones contrapuestas, todo sistema democrático asume el reto imprescindible de armonizar, por un lado, el interés público del Estado en conocer lo que realmente sucedió, es decir, que en el proceso se alcance una verdad no meramente formal sino material, y, por el otro, el interés del procesado en la salvaguarda de sus derechos fundamentales.²¹⁴

En el marco del proceso penal, la utilización de medios de investigación considerados extraordinarios para enfrentar con mayor eficacia a un tipo de delincuencia considerada también extrema, dotando así a los organismos encargados de la persecución y represión penal de nuevos instrumentos que les faciliten el recaudo del material probatorio necesario para enjuiciar las conductas perpetradas por organizaciones criminales, pudiera suponer la invasión desmedida de los derechos fundamentales no sólo de las personas investigadas, sino inclusive de terceras personas cercanas a ellos.

Como se dijo antes, uno de esos métodos modernos de investigación es la figura del agente encubierto, que normalmente es un policía que con una identidad falsa aparenta ser una persona particular para infiltrarse dentro de un grupo perteneciente al crimen organizado y realizar tareas investigativas en busca de recaudar material probatorio en contra de los integrantes de la organización delictiva, presentándose, excepcionalmente, como testigo de la acusación.

214. En este sentido, ROXIN, Claus. Op. cit., p. 121.

Se ha considerado, entonces, que por la modalidad de sus labores, el mero hecho de autorizar la actuación de agentes encubiertos tiene la potencialidad de afectar gravemente varios derechos fundamentales, como la intimidad en todas sus variantes (amparo domiciliario, inviolabilidad de comunicaciones e intimidad propiamente dicha) y el derecho a la no autoincriminación.²¹⁵

Frente a esto podríamos decir que fue una evidente equivocación del legislador dejar la facultad de tomar tan delicada decisión en manos de la fiscalía y, luego, el control del desarrollo de la misma, para sólo al final intervenir el juez de control de garantías, cuando ya se hayan podido cometer por parte del agente todas las irregularidades y abusos, que afectan principalmente el derecho a la intimidad y a no autoincriminarse del investigado. Piénsese que esta medida autoriza a un funcionario de policía judicial, e incluso a un particular, para ejercer una injerencia permanente y amplia en la vida privada del investigado, valiéndose asimismo de engaños para captar de él afirmaciones incriminatorias.

Por cuanto al ser la fiscalía parte en el nuevo proceso penal de corte acusatorio, el control que pueda ejercer no es garantía de imparcialidad debido a que inevitablemente estará movida por su interés en una efectiva persecución penal, buscando resultados positivos en su investigación que la lleven a enjuiciar la conducta de los implicados, pudiendo obviar o tolerar un grado de intromisión que no se justifique por la necesidad o proporcionalidad en cuanto al fin perseguido, pues ya se verá cómo la actuación del agente encubierto puede afectar muchas veces el núcleo esencial de los citados derechos, con la excusa de un pretendido éxito de la investigación.

Y de esta forma se facilitaría que, con el propósito de una lucha eficaz contra la criminalidad organizada, el Estado investigará a una persona a sus espaldas, para buscar casi que una condena a como dé lugar, al intentar saltarse a través de una figura todas las barreras que tendría para afectar los derechos fundamentales del investigado, en caso de recurrir a los métodos tradicionales de investigación propios de un Estado de Derecho respetuoso de las garantías del debido proceso.

Ahora, invocar macro-causas como la lucha contra la criminalidad organizada para ir menguando hasta desconocer en absoluto los derechos fundamentales del

215. GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Op. cit., p. 390.

investigado, podría significar ir propiciando una relación autoritaria o de dominación del Estado hacia el individuo, pues aunque generalmente la adopción de medidas coartadoras de la libertad se invocan para casos extremos, en la práctica la aplicación de tales medidas se van generalizando, perdiendo así los límites espaciales para los cuales fueron dispuestos.

Uno de esos peligros se puede dar con la figura del agente encubierto que, aunque normalmente para su consagración como medio de investigación penal se exponen argumentos como la necesidad de hacer frente con la mayor eficacia posible a un tipo de delincuencia que podría poner en jaque la seguridad del propio Estado, podrían irse luego aplicando a casos de delincuencia común invocándose también la dificultad de llevarlos a juicio y de fomentar con esto la impunidad. Por ejemplo, un riesgo de que esto suceda en nuestro país es que podría interpretarse que el art. 242 del CPP no estableció una lista taxativa de delitos para los cuales opera la medida y que ni siquiera señaló que es sólo frente a la criminalidad organizada, término que como ya vimos está cargado de vaguedad.

Debemos considerar que la búsqueda de la verdad no puede hacerse a cualquier precio, pues en un Estado de Derecho la prueba de la responsabilidad de una persona en un delito debe conseguirse respetando los derechos fundamentales inherentes a su dignidad como ser humano, la cual se constituye tanto en límite de la actuación estatal como en fundamento del mismo Estado.

Antes de entrar a analizar la afectación de cada uno de los derechos mencionados por la actuación del agente encubierto, téngase en cuenta que, aunque no ocurre siempre, una conducta que lesione el derecho a no autoincriminarse puede a su vez afectar el derecho a la intimidad, «porque, precisamente, la coacción a autoincriminarse, a menudo, trae como consecuencia una injerencia en el ámbito privado del individuo, y viceversa, la injerencia estatal en la esfera personal, con frecuencia, lleva a una autoincriminación involuntaria».²¹⁶

Por último, se aclara que las consideraciones que siguen se deberían entender aplicables al agente encubierto, tanto cuando quien actúa es un funcionario como

216. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 122. Asimismo, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. Op. cit., p. 62, refiriéndose a la postura de Parejo Alfonso sobre tres círculos de la intimidad, señala que en el segundo círculo de la esfera privada personal se encontraría el derecho a no declarar contra uno mismo, entre otros.

cuando es un particular, «porque se entendería que las exigencias de protección de los derechos fundamentales también operan frente a particulares (justamente aquí no estarían amparadas por el legítimo ejercicio de un deber legal, ni la violación ilícita de comunicaciones o correspondencia, ni la violación de habitación ajena)».²¹⁷ Y así:

Si bien es indudable que las reglas del procedimiento penal, en general, y, dentro de ellas, las normas que establecen los métodos admisibles de recolección de prueba, tienen como destinatarios a los «órganos estatales de la justicia penal»(13), y no abarcan, por consiguiente, a los particulares, es también claro, como ya se ha indicado(14), que en el caso de actividad investigatoria dirigida por el Estado, dichas reglas son de absoluta aplicación, ya que ella es, precisamente, su objeto de regulación, por más que el Estado se sirva de particulares para llevarla a cabo.²¹⁸

4.1. El agente encubierto y el derecho fundamental a la intimidad

Por cuanto el agente encubierto tiene como tarea principal ganarse la confianza de la persona investigada, haciéndose pasar como una persona particular sin vínculos con los organismos de investigación penal, el enmascaramiento de su verdadera identidad y función le facilitarían tener acceso a datos de la vida privada del investigado, y así en el desarrollo de su investigación podría tener conocimiento no sólo de información y de elementos de prueba del delito, sino también de aspectos relacionados con la esfera más íntima de la persona, con lo cual se vería prácticamente anulado su derecho a la intimidad, al permitirse una medida casi que permanente e invasiva de su núcleo esencial, sin el cual no se concibe una verdadera realización del derecho a la libertad.

Piénsese que al tener el agente encubierto encomendado conquistar la confianza, tanto del investigado como de los otros miembros del grupo en el cual se infiltre, y permanecer largo tiempo en el círculo de la vida de ellos, ²¹⁹ casi que necesariamente se empezarían a desarrollar relaciones de familiaridad, amistad o compañerismo, las cuales propician que entre las personas se eliminen las barreras,

217. GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Op. cit., p. 397.

218. GUARIGLIA, Fabricio. Op. cit.

219. El artículo 242 del CPP señala que el uso de agentes encubiertos, en principio, no puede extenderse por más de un año, pero que el mismo podrá extenderse con la debida justificación por otro año, con lo cual el tiempo total de duración de la medida podría tener hasta dos años.

que normalmente suelen ponerse a los extraños, para permitirles la entrada a su intimidad, facilitándose de esta manera, por medio del engaño, que el Estado tenga una intrusión intensa en la privacidad de las personas investigadas sin que ellas mismas puedan precaverse de ello.

Es claro que en cualquier ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales de las personas no son absolutos, y que en ciertos casos está permitida la injerencia del Estado en los mismos; pero nunca dicha limitación puede llegar al supuesto de afectar el núcleo esencial de esos derechos fundamentales, por cuanto el fundamento del propio Estado de Derecho está en la concepción de la persona como fin en sí mismo y en el reconocimiento de su dignidad humana, lo cual no es concebible sin el respeto y disfrute de ese mínimo e intangible contenido de sus derechos inalienables.

Así, entonces, tenemos que para un debido equilibrio entre el interés en la investigación penal y la protección de la persona, las injerencias en los derechos fundamentales deben estar vinculadas al cumplimiento de condiciones exactamente determinadas, donde las medidas que afecten en mayor proporción esos derechos estén reservadas a los delitos más graves, enumerados específicamente en la ley, que el permiso sólo pueda ser dado a través del juez y que la autorización judicial sólo pueda ser ejecutada en un plazo razonable y determinado, trayendo como consecuencia que no puedan usarse procesalmente los medios de prueba que se hayan obtenido sin cumplir esas condiciones.²²⁰

Nada de esto se garantiza con la regulación de la actuación del agente encubierto, pues el art. 242 del CPP pareciera dar a entender que con la sola autorización del fiscal para la actuación del agente encubierto, éste queda facultado para, por ejemplo, entrar en cualquier momento al domicilio o lugar de trabajo del investigado, utilizar todos los medios técnicos de ayuda del art. 239 (tomar fotografías, filmar videos y en general todas las actividades relacionadas que permitan recaudar información), conocer sus comunicaciones, etc.; afectando así gravemente el derecho a la intimidad de las personas investigadas e incluso de personas que no tienen ni siquiera la calidad de sospechosos.²²¹

220. ROXIN, Claus. Op. cit., pp. 145-146.

221. En este mismo sentido para el caso de Chile, RIQUELME PORTILLA, Eduardo. Op. cit., pp. 11-12.

Por ello es necesario establecer cuáles son los límites de la investigación penal frente al derecho a la intimidad, para determinar las salvaguardas específicas con que debe contar toda persona para estar segura en cualquier momento de cuál es el rango que debe tolerar en la afectación de este derecho. Para esto, aclaramos que haremos especial énfasis en el aspecto negativo del derecho como facultad de la persona de excluir las intromisiones de los demás en su ámbito reservado de vida privada, pues en su aspecto como un derecho activo, esto es, como la posibilidad de la persona de disponer y ejercer un control efectivo sobre las informaciones de cualquier naturaleza que lo afecten, accediendo a los registros o bases de datos que correspondan,²²² la tendencia moderna es considerarlo de forma autónoma como un derecho a la autodeterminación informativa.²²³

4.1.1. Límites de la investigación penal frente al derecho a la intimidad

Se ha considerado que la herramienta más rigurosa para determinar los límites constitucionales que tendría la administración de justicia penal para afectar el derecho fundamental a la intimidad, está dada por la llamada teoría de las esferas, creación jurídica de la jurisprudencia alemana.²²⁴ Por esto, y porque nuestra misma Corte Constitucional ha considerado que esa gradación de las esferas de intimidad es aplicable en el ordenamiento constitucional colombiano, se le tendrá en cuenta para determinar los límites de la investigación penal frente al derecho a la intimidad. En efecto, nuestro máximo tribunal constitucional, cuyos pronunciamientos constituyen una interpretación auténtica de la Constitución en materia de la aplicación de los derechos fundamentales, señaló:

Así, en Alemania, el tribunal constitucional ha diferenciado tres ámbitos: la esfera más íntima corresponde a los pensamientos o sentimientos más personales que un individuo sólo ha expresado a través de medios muy confidenciales, como cartas o diarios estrictamente privados, y es según esa corporación, un ámbito intangible de la dignidad humana. La garantía en este campo es casi absoluta, de suerte que sólo situaciones o intereses excepcionalmente importantes justifican una intromisión. Luego encontramos la esfera privada en sentido amplio, que corresponde a la vida en ámbitos usualmente considerados reservados, como la casa o el ambiente familiar de

222. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. Op. cit., p. 68.

223. GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Op. cit., pp. 390-391.

224. *Ibíd.*, p. 382.

las personas, en donde también hay una intensa protección constitucional, pero hay mayores posibilidades de injerencia ajena legítima. Y, finalmente, el tribunal de ese país habla de la esfera social o individual de las personas, que corresponde a las características propias de una persona en sus relaciones de trabajo o más públicas, en donde la protección constitucional a la intimidad autonomía es mucho menor, aun cuando no desaparece, pues no se puede decir que las autoridades puede examinar e informar sobre todo lo que una persona hace por fuera de su casa, sin violar su intimidad. (sic).

16- La Corte Constitucional considera que esa gradación de las esferas de intimidad es aplicable, *mutatis mutandi*, en el ordenamiento constitucional colombiano, y es esencial para el estudio del alcance de la reserva judicial en materia de inviolabilidad domiciliaria (CP art. 28).²²⁵

Siguiendo esta clasificación, en la primera esfera tendríamos el núcleo esencial del derecho a la intimidad, es decir, el círculo de pensamientos, sentimientos y relaciones más íntimas de la persona, el ámbito de lo más secreto que comprende «las relaciones afectivas y sexuales y la esfera de confianza que comprende a su vez la información que un sujeto transmite a otro con quien está ligado por razones de parentesco, afecto, religión, profesión o confianza mutua».²²⁶ Asimismo, la información sobre enfermedades, adicciones, inclinaciones, ideas y conflictos internos que sólo son plasmados en documentos confidenciales o confiados a registros privados, está vedada para la investigación penal, incluso si de ella puede obtenerse una prueba de un delito. Al respecto, la doctrina ha señalado casos particulares como los siguientes:

Así, cuando un drogodependiente habla sobre su adicción en una carta que no ha enviado a su médico, permitiendo así concluir la comisión de un delito relacionado con la droga, no puede usarse esta información en un proceso [...]. Si una joven describe en un diario una relación íntima, este dato no puede utilizarse para una condena por perjurio aunque haya negado bajo juramento esta relación en un proceso anterior [...]. Cuando la esposa describe en notas personales la actividad delictiva de su esposo, éstas no pueden usarse para probar su responsabilidad.²²⁷

225. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-505 del 14 de julio de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

226. GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Op. cit., p. 382.

227. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 150.

Igualmente, como lo tiene definido la doctrina constitucional de nuestro país, el núcleo esencial de un derecho fundamental es casi que intocable para cualquiera, pues la afectación de dicho núcleo únicamente procede, en términos constitucionales, mediante el trámite de una ley estatutaria. Sobre esto ha señalado la Corte Constitucional:

En síntesis: la jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que las disposiciones que deben ser objeto de regulación por medio de ley estatutaria, concretamente, en lo que respecta a los derechos fundamentales y los recursos o procedimientos para su protección son aquéllas que de alguna manera tocan su núcleo esencial o mediante las cuales se regula en forma «íntegra, estructural o completa» el derecho correspondiente.²²⁸

Siendo entonces coherentes con estos planteamientos, debemos concluir que el ámbito nuclear del derecho a la intimidad no puede ser tocado por la actuación del agente encubierto, figura que sólo se encuentra regulada en algunos artículos del Código de Procedimiento Penal, el cual constituye una ley ordinaria que no puede venir, con una medida de investigación extraordinaria, a consagrar límites o restricciones en cuya virtud se afecte la médula esencial de un derecho fundamental.

De esta forma el agente encubierto no podría, sin afectar el núcleo esencial del derecho a la intimidad de las personas investigadas o de terceros, tener acceso a la información contenida en diarios, notas personales, cartas confidenciales o, en general, en monólogos íntimos, o la derivada de conversaciones mantenidas entre cónyuges, compañeros permanentes y entre las demás personas no obligadas a declarar en contra de la persona investigada, e incluso de las que éste mantenga con otras personas cuando medien relaciones afectivas íntimas.²²⁹

En este espacio intangible de la vida privada de las personas investigadas y de las demás personas con las cuales se relacionen, el agente encubierto no estaría facultado para ingresar ni aun con el supuesto consentimiento de los afectados, pues por el ocultamiento de la verdadera identidad y función del agente, tal consentimiento estaría viciado al basarse en un error; es decir, estas personas no sabrían que le están permitiendo al Estado, a través de uno de sus funcionarios

228. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-620 del 13 de junio de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.

229. GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Op. cit., p. 383.

encargados de la investigación penal, acceder a las facetas más íntimas de su personalidad, y así dicho consentimiento no sería válido, pues no puede consentir aquel que desconoce lo que hace.²³⁰

Si lo anterior es válido para cuando, basadas en el desconocimiento del verdadero papel del agente y en los falsos lazos de amistad y confianza que éste les inspira, las mismas personas permiten voluntariamente al agente acceder a su esfera más íntima, con mayor razón lo es cuando el propio agente por medio de argucias, engaños o descuidos de las mismas, aproveche para acceder a esta información. Piénsese, por ejemplo, que el agente le sonsaque una carta o una nota personal de la casa o del lugar de trabajo del investigado, y asimismo que emplee cámaras fotográficas o de video, o equipos de grabación para conservar información proveniente de dicha esfera.

Lo expuesto anteriormente, sería la barrera infranqueable de la investigación penal, lo intocable para el Estado, lo que está sustraído de toda injerencia estatal,²³¹ al tratarse de los aspectos de la vida de las personas que conciernen a su ámbito personal más interno; de lo contrario el contenido esencial del derecho a la intimidad se desnaturalizaría al «quedar sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».²³²

Ahora, respecto a la segunda esfera de intimidad relativa al ámbito privado en sentido amplio, entran en la misma la vida personal en ámbitos principalmente familiares, que normalmente buscan protegerse manteniéndose fuera del alcance del conocimiento ajeno, la cual es considerada como fundamento de la inviolabilidad domiciliaria.²³³ En esta esfera la protección es igualmente fuerte, pero admite limitaciones, según el principio de proporcionalidad, al ponderarse el interés estatal en la averiguación de la verdad y el interés del investigado en la protección de su ámbito privado.²³⁴

230. RIQUELME PORTILLA, Eduardo. Op. cit., p. 11.

231. ROXIN, Claus. Op. cit., pp. 150-152.

232. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-620 del 13 de junio de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería. Igualmente de la misma corporación, Sentencia C-179 del 13 de abril de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

233. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. Op. cit., p. 62, refiriéndose a la postura de Parejo Alfonso sobre los tres círculos de la intimidad.

234. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 149.

Entonces, en este ámbito de la intimidad deben tenerse en cuenta todas las garantías que existen para la afectación de la inviolabilidad del domicilio; y en ese caso, el agente encubierto, para poder entrar en la casa o lugar de habitación del investigado, tendría que tener una autorización adicional a la primera con la cual se infiltró, cada vez que fuera a ingresar al domicilio del mismo. Esto por cuanto no se puede entender que la primera orden del fiscal para autorizar la actuación del agente encubierto, equivalga a todas las demás autorizaciones que se necesitarían para ingresar al domicilio del investigado en caso de que se tratara de cualquier otro funcionario.

Entender lo contrario, sería suponer que el agente encubierto, por su especial tarea, estaría relevado de cumplir con los requisitos constitucionales que necesita todo funcionario para ingresar en un domicilio, pues se sostiene que la primera autorización del fiscal sólo contiene la orden para la infiltración del agente, y la misma sería de un contenido demasiado general que no permitiría determinar, por ejemplo, la fijación de límites para la duración de la medida, es decir, los horarios en que debe realizarse, el plazo para ejecutarla, la determinación de los lugares por registrar, los motivos fundados para su proceder, etc. Por lo tanto, esa orden no podría contener todas las autorizaciones y reglas que establecen los arts. 219 y ss. del CPP para proceder a la entrada y registro de un domicilio por un funcionario de policía judicial.²³⁵

Por lo dicho anteriormente sobre la voluntad de las personas afectadas, la invitación que el investigado o las personas con quienes convive le hagan al agente para dejarlo entrar en su domicilio, no puede entenderse tampoco como un registro voluntario que no necesite de orden judicial, pues dichas personas al consentir el ingreso lo hacen sin saber que están permitiendo la entrada a su hogar al Estado para que los investigue, y no podría considerarse que se trata de una voluntad libre, pues está fundada en el engaño del funcionario y el error que produce en las personas; así podríamos afirmar que si las mismas supieran la verdadera identidad y función que cumple el agente, muy seguramente su decisión sería otra.

Entonces, deberían cumplirse todos los requisitos para la expedición de una orden de entrada y registro cada vez que el agente fuera a ingresar al domicilio del investigado, expresándose los motivos fundados que le sirven de soporte, los

235. En sentido similar para el caso de Argentina véase, GUARIGLIA, Fabricio. Op. cit.

bienes sobre los que recae la medida, el plazo para cumplirla, los horarios en que se puede realizar, etc., verificándose, en todo caso, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida antes de expedirla.

De esta forma, para que la diligencia no se convirtiera en algo desproporcionado y, además, para la seguridad de la vida e integridad del propio agente, la autorización del ingreso al domicilio debería limitarse a los casos en que fuera invitado por un miembro del lugar a registrar, donde el agente estaría facultado para hacer un registro visual²³⁶ del domicilio y de las habitaciones que estuvieran bajo control del investigado; es decir, no estaría autorizado para forzar puertas ingresando a un lugar cerrado de la casa sin autorización de sus miembros. Asimismo, no podría, aprovechando un descuido de los miembros de la casa, forzar cerraduras, por ejemplo, de cajones o armarios, o buscar minuciosamente en los muebles o en las pertenencias del investigado o de sus familiares, pues además de afectarse gravemente el derecho a la intimidad y facilitarse el tener acceso a información que hace parte del núcleo esencial vedado a la investigación penal, podría llevar también a que el agente sea sorprendido y se vea en grave peligro no sólo su vida, sino el desarrollo de la investigación.

Así, si el agente luego de esa vista o inspección visual que realizara sobre el domicilio del investigado, considerase necesario realizar un registro pormenorizado de las dependencias de la casa, debe darse aplicación a lo establecido por el propio art. 242 del CPP que señala que si el agente encuentra que en un lugar existe información útil para la investigación, se lo comunicará al fiscal para que ordene el desarrollo de una operación especial, que debe contener las justificaciones del caso, para que por parte de la policía judicial se recoja la información, elementos materiales probatorios o evidencia física hallados.

Asimismo, cabe considerar que el agente, al ingresar al domicilio, tampoco estaría autorizado para aprovechar la ocasión del descuido o ausencia de sus miembros y colocar dispositivos de escucha dentro de ella, pues esta medida no sólo permitiría una vigilancia permanente del investigado, sino también, de la vida privada de personas ajenas al proceso, anulándose prácticamente por completo esta esfera de la privacidad doméstica, pues quedaría sometida a una limitación que la hace impracticable al convertirse dicho mecanismo en un continuo monitoreo de la vida

236. Sobre el concepto del mismo véase, BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. Op. cit., p. 108.

privada de las personas. Y así, «Cada manifestación acústica, —hasta dentro del dormitorio—, es controlada por el Estado. Considero esto como un ataque a la dignidad humana».²³⁷ Asimismo se considera que «la introducción de micrófonos que capten conversaciones entre presentes se puede apreciar perfectamente como una injerencia demasiado intensa en el derecho fundamental a la intimidad que difícilmente resulta admisible desde la óptica constitucional que relaciona el amparo domiciliario y el derecho al libre desarrollo de la personalidad».²³⁸

Considero pues que estos deben ser los límites de la actuación del agente encubierto para afectar esta esfera de intimidad, la cual reclama que una injerencia extraña en espacios reservados como la casa o el ambiente familiar de las personas, se realice cumpliendo estrictas exigencias de forma y de fondo, por motivos de especial interés, y controlada, en última instancia, por el juez de control de garantías.

Por último, frente a la esfera de intimidad relativa al ámbito social o individual de las personas en sus relaciones de trabajo o más públicas, donde aparecen «todas aquellas relaciones que el individuo entabla en un contexto normal de vida (ámbito social externo) y que si bien son conocidas por un círculo abierto de personas, están cerradas a la generalidad»,²³⁹ considero aplicables las reglas expresadas anteriormente para la afectación del domicilio extendidas a la afectación del lugar de trabajo del investigado, pero entendiéndose que la protección es menor al tolerarse mayores injerencias, según la ponderabilidad entre el interés en la investigación de la verdad de los hechos y el interés de la persona en la protección de esta esfera de privacidad, pues en general, por ejemplo, frente a los delitos más graves se tiende a dar primacía al primero, y frente a los menos graves al segundo.²⁴⁰

En términos similares se ha referido nuestra Corte Constitucional al señalar que:

La esfera más íntima, esto es, las casas y los lugares de habitación, debe protegerse con mayor rigor y los requisitos constitucionales para ordenar el registro domiciliario deben ser estrictamente cumplidos; en cambio, los espacios cerrados menos íntimos, y en donde se desarrollan actividades con

237. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 156.

238. GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Op. cit., p. 384.

239. *Ibíd.*, p. 382.

240. ROXIN, Claus. Op. cit., pp. 153-154.

mayores repercusiones sociales, están sujetos a mayores posibilidades de inspección estatal, sin que por ello desaparezca totalmente la inviolabilidad domiciliaria.²⁴¹

Esto por cuanto dicho ámbito de privacidad no parece esencial para determinar un espacio de intimidad sin el cual no resulte posible la materialización del derecho a la libertad. Así, entonces, tenemos que, por ejemplo, «las referencias sobre el honor personal, la disposición sobre la propia imagen (fotografías, pinturas, descripciones literarias) o la palabra hablada (grabaciones consentidas) no entran en lo propiamente íntimo, ni son esenciales para el libre desarrollo de la personalidad».²⁴²

4.1.2. Consecuencias de utilizar información confidencial en la investigación y el proceso penal

Teniendo en cuenta las consideraciones hechas anteriormente, podemos decir que sólo podrá utilizarse en la investigación y el proceso penal, la información confidencial que se enmarque en la esfera privada en sentido amplio o en la relativa al ámbito social o individual del investigado en sus relaciones de trabajo o más públicas, siempre y cuando haya sido obtenida por una injerencia autorizada judicialmente, cumpliendo todas las cautelas para su debido recaudo. Esto por cuanto, como ya se dijo, los datos confidenciales referidos al ámbito más íntimo del investigado están vedados para el Estado, al ser el núcleo esencial del derecho a la intimidad, con que todo individuo debe contar para la materialización de su derecho a la libertad.

De esta forma, frente a cualquier información que no cumpla con lo anteriormente señalado debe darse aplicación a la cláusula de exclusión, con fundamento en el artículo 29 de nuestra Constitución Política y lo establecido en los artículos 23 y 232 del CPP. Por cuanto se obtuvo gracias a la vulneración o limitación ilegítima de un derecho fundamental, como lo es la intimidad, debe eliminarse del proceso tanto esa información como las informaciones, elementos materiales probatorios y evidencias físicas que sean consecuencia de la información excluida o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia.

241. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-505 del 14 de julio de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

242. GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Op. cit., p. 383.

Así debe ocurrir, por ejemplo, si el agente encubierto entra al domicilio o lugar de trabajo del investigado sin una orden judicial o forzando las cerraduras de la puerta de una habitación no comprendida en la orden, y se percata de que en ese lugar se encuentra un cargamento de droga, la cual luego es incautada por otros miembros de la policía judicial a través de una orden de registro y allanamiento que cumpla con todos los requisitos. Otro ejemplo es que el agente encubierto entre en el dormitorio del investigado y acceda a sus notas personales o que «esculque» en la billetera dejada en su habitación o incluso sustraída de forma subrepticia, y encuentre una lista de compradores de droga, los cuales luego son ubicados por otros miembros de la policía judicial para entrevistarlos y convencerlos de declarar en contra del investigado como expendedor de drogas.

En todos estos casos, la exclusión probatoria cobijaría tanto la información suministrada por el agente encubierto como la evidencia física hallada y los eventuales órganos de prueba que fueran presentados en el juicio, «pues tanto la una como la otra están tan íntimamente ligadas a la violación del derecho fundamental, sin perjuicio de que se tengan en cuenta los criterios de vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable».²⁴³ Es decir, entre la violación del derecho fundamental a la intimidad, en virtud del cual el agente encubierto obtuvo la información relacionada con el tráfico de drogas, y la obtención de los demás medios de acreditación (cargamento de cocaína, marihuana, testigos, etc.), existe un vínculo en razón del cual la posibilidad de contar con dichos medios sólo puede explicarse como consecuencia de esa violación o por la existencia de dicha información.

De esta forma, nada de lo que el agente consiga por la violación del derecho a la intimidad podrá ser incorporado al proceso como prueba incriminatoria, pues cualquier medio de acreditación carecerá de todo valor para ser aducido en su contra y demostrar cualquier afirmación de la fiscalía, debiendo ser sacado de la actuación procesal y continuar el proceso como si la prueba nunca hubiera existido.²⁴⁴

Por esto se tiene establecido que el cumplimiento de las exigencias orientadas a evitar que las injerencias en las garantías y derechos fundamentales sean arbitrarias

243. BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. Op. cit., p. 123.

244. *Ibíd.*, p. 129.

«debe ser objeto de control estricto por parte del juez de garantías quien, ante su incumplimiento, debe decretar la ilegalidad del acto y, como consecuencia de ello, en aplicación del art. 23 del C.P.P., ordenar la exclusión de los elementos probatorios o evidencias materiales que, por provenir de ese acto irregular, quedan igualmente viciadas».²⁴⁵

Así, reiteramos que de ser establecido ante el juez de control de garantías o el juez de conocimiento, según la etapa en que se dé el fundamento, que los datos, elementos o cosas conseguidos en desarrollo de la actuación del agente encubierto, son consecuencia directa o indirecta de la vulneración del derecho a la intimidad, por el incumpliendo de las debidas autorizaciones judiciales y los requisitos para una injerencia legítima, dichos medios no podrán utilizarse como prueba dentro del juicio oral, quedando facultada la persona afectada para solicitarle al juez la exclusión de los mismos, pues en ningún caso pueden aprovecharse como fundamento para una decisión judicial.

4.2. El agente encubierto y el derecho fundamental a la no autoincriminación

Debe tenerse en cuenta que, en el marco de un proceso de corte acusatorio y garantista, la colaboración del investigado o acusado en el esclarecimiento de la verdad de los hechos por los cuales se le formule una imputación, sólo debe obtenerse gracias a la plena voluntad consciente y libre del mismo, previamente informado y asesorado por su defensor, que ponderando los costos y beneficios de hablar o de no hacerlo, tome una decisión al respecto; sólo así el investigado es tratado como persona y considerado como una de las partes en el proceso, el cual por lo mismo tiene derecho de ejercer su derecho de defensa como bien le plazca.

Esto por cuanto en un Estado de Derecho, es principio general el que toda persona se presume inocente hasta que sea declarado judicialmente culpable al final de un proceso, y que la carga de la prueba corresponde a la parte que acusa, y así la pasividad del investigado o acusado o, incluso, su mentira, no pueden derivar en perjudicarlo por ese sólo hecho, pues es la Fiscalía la parte obligada a demostrar

245. FAJARDO SERNA, Luis Álvaro. «Interceptación de comunicaciones en el sistema acusatorio» En: Apuntes en torno al sistema penal acusatorio colombiano. Defensoría del Pueblo, Medellín, Proyecto Cofinanciado por USAID-Instituto Ideas, S.F., p. 69.

la responsabilidad del investigado o acusado para desvirtuar tal presunción y obtener la condena de la persona, no pudiendo considerarse que la misma pueda recurrir a obtener la confesión del investigado de cualquier manera, para liberarse de las dificultades que tendría para probar sus pretensiones al recurrir sólo a sus propios medios.

Así, frente a la utilización de la figura del agente encubierto como medio de investigación, se plantea la posibilidad de que el derecho fundamental a la no autoincriminación quede prácticamente anulado, debido a que es muy probable que el agente encubierto induzca al investigado para que le declare hechos o cosas autoincriminantes, que le faciliten luego obtener pruebas de cargo contra el mismo, sin el cumplimiento de las debidas cautelas para obtener tal información y elementos en el marco de un proceso justo.

Ahora, es necesario tener en cuenta que el derecho fundamental a la no autoincriminación se fundamenta en la concepción de la persona como fin en sí mismo, no como un medio para alcanzar cualquier propósito por muy loable que sea. Así, pues, si se considera que la persona del investigado, su voluntad y su libertad deben ser respetados, asimismo se reconocerá su derecho a no autoincriminarse²⁴⁶ como consecuencia del instinto primordial y natural del ser humano a la autoconservación. Por esto debemos entrar a considerar cuándo las conversaciones entre el agente encubierto y el investigado podrían afectar el derecho de éste a no autoincriminarse ni incriminar a sus familiares cercanos.

4.2.1. Las conversaciones entre el agente encubierto y el investigado

Para el éxito de las tareas investigativas, el agente encubierto podría buscar, por medio de conversaciones, que el investigado le contara información que lo autoincriminara y que condujera al Estado a obtener pruebas de cargo para buscar condenarlo, omitiendo informarle todas las advertencias del derecho que le asiste a guardar silencio, a no autoincriminarse y a consultar un abogado, pues como funcionario tendría la obligación de hacérselas saber para poder obtener de manera legítima dicha información.

Por esto se considera que en el proceso penal la adopción de figuras como ésta, implicaría un déficit de protección constitucional frente al derecho a la no

246. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. cit., p. 523.

autoincriminación, pues «si a las autoridades de persecución penal les está vedado valerse de engaños para captar afirmaciones del investigado e incluso la protección constitucional exige la debida instrucción de los derechos a no autoincriminarse y permanecer en silencio es evidente que estos requisitos se obvian en una investigación cifrada».²⁴⁷

Puede decirse, entonces, que en todos los casos donde el agente encubierto sostiene conversaciones con el investigado y éste le comunica hechos autoincriminantes, tal declaración se obtuvo gracias a la utilización del engaño por parte del agente encubierto, pues es difícil pensar que el investigado, de saber que la persona que tenía al frente en realidad era un agente de la policía judicial, hubiera confesado.

Como se dijo, el agente encubierto, generalmente es un funcionario de la policía judicial, el cual debe estar sujeto en todas sus actuaciones al respeto de la Constitución, de los derechos fundamentales de todas las personas y, en especial, de las garantías constitucionales del investigado, sin llegar nunca a anularlas, pues ante todo la dignidad humana se erige como muralla infranqueable de la investigación y el proceso penal, sin que se puedan invocar razones como el interés general para echarla abajo. En este sentido la Corte Constitucional señaló:

El orden público, en el Estado social de derecho, es entonces un valor subordinado al respeto de la dignidad humana, por lo cual el fin último de la Policía, en sus diversas formas y aspectos, es la protección de los derechos humanos. Estos constituyen entonces el fundamento y el límite del poder de policía. La preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces compatible con el ideal democrático, puesto que el sentido que subyace a las autoridades de policía no es mantener el orden a toda costa sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las libertades ciudadanas sin que ello afecte el orden público.²⁴⁸

Es por esto mismo que considero aplicables en este caso los planteamientos que se hicieron anteriormente sobre el núcleo esencial de los derechos fundamentales, pues aceptar que el agente encubierto no tenga límites en la obtención de

247. GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Op. cit., p. 392.

248. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-444 del 7 de julio de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

información incriminatoria de la boca del propio investigado, significaría no sólo que la actuación del agente puede tocar el ámbito nuclear del derecho a la no autoincriminación, sino que en la práctica lo reduciría en su esencia, lo cual es inadmisibles en un Estado de Derecho.

Se podría decir que para determinar el grado de vulneración del citado derecho habría que distinguir dos situaciones: cuando el agente encubierto le formula directamente preguntas al investigado tendientes a obtener datos autoincriminantes, y cuando el agente encubierto simplemente escucha lo que el investigado le cuenta sin que antes le haya formulado una pregunta autoincriminante. Pasaremos entonces a analizar cada una de las dos situaciones, entendiéndose que son aplicables a los casos en que el agente encubierto sostiene conversaciones con los miembros de la familia del investigado no obligados a declarar en su contra.

4.2.1.1. Preguntas autoincriminantes del agente encubierto al investigado

Si el agente encubierto, buscando la confesión del investigado, a través de preguntas le sacara respuestas autoincriminantes, el derecho a la no autoincriminación sería vulnerado en su más alto grado, pues no sólo habría omitido informarle todas las advertencias antes de recibirle tales manifestaciones, sino que como funcionario de la policía judicial encargado en la investigación, habría asumido un papel activo con la finalidad de obtener información autoincriminatoria del investigado; es decir, al preguntarle ejerce cierta forma de presión sobre la voluntad del investigado, lo que se torna incompatible con el derecho a no declarar.

Esto podría ser equivalente a lo que en la doctrina se conoce como interrogatorios prohibidos que incluye «todos los métodos de interrogatorio que restrinjan la libre actuación voluntaria del procesado [...] los malos tratos, el agotamiento, los ataques corporales, el suministro de drogas, la tortura, el engaño, la hipnosis, las coacciones ilegales, la promesa de sentencias ilegales y la alteración de la memoria o la capacidad de comprensión»,²⁴⁹ asimismo, las preguntas que no sean claras y precisas, o que sean capciosas o sugestivas.²⁵⁰

Entonces, podríamos decir que en tal tipo de conversaciones fue el agente encubierto el que le sonsacó la información al investigado a través de preguntas

249. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 132.

250. JAUCHEN, Eduardo M. Op. cit., p. 205.

que, generalmente, por la premura del agente en conseguir resultados, serán capciosas o sugestivas; es decir, no existió ni siquiera la iniciativa del investigado en comunicarle tales hechos para que se pudiera hablar de una voluntad inicial del mismo exenta de esa presión, así sea leve, sino que fue el agente encubierto el que propició todas las circunstancias que terminaron siendo la causa determinante de la declaración del investigado.

Y de tal forma no podemos hablar de una renuncia válida al derecho a no autoincriminarse, pues ni siquiera podría decirse que el investigado tuvo la posibilidad de permanecer en silencio y de consultar a un abogado, y así, si consideramos que el investigado tiene derecho a que se le respete su derecho a no autoincriminarse, tal cosa no se cumple cuando, además del engaño propio que implica la falsa identidad del agente encubierto, éste lo induce para que renuncie sin saberlo a tal derecho.²⁵¹

Frente a esto, si se dijera que las preguntas que le formule el agente al investigado no constituyen un interrogatorio formal (art. 282 del CPP), y que por eso no le son aplicables las reglas del mismo, se contestaría que de todas maneras son preguntas tendientes a buscar y recaudar pruebas, a las que se les debe aplicar las reglas propias de los actos de indagación procesal, pues, por ejemplo, «Como señala la dogmática procesal penal alemana, el único proceso comunicativo entre un órgano procesal y un particular que la StPO admite, y regula, es el interrogatorio y éste es, por definición, un proceso regido por la transparencia: ‘el derecho procesal penal clásico no conoce casos de ‘interrogatorios encubiertos’...»(70).²⁵²

4.2.1.2. Las declaraciones espontáneas del investigado al agente encubierto

En los casos en los que, sin que previamente se le haya formulado una pregunta autoincriminante, el investigado por iniciativa propia le cuente al agente encubierto, quien simplemente escucha, cualquier información que lo incrimine en un delito, podría plantearse lo que en la doctrina se conoce como declaraciones espontáneas, es decir, «cuando alguien, fuera de un interrogatorio, se acusa frente a la policía de un delito, puede emplearse esta declaración en su contra aunque no haya sido

251. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. cit., p. 528.

252. GUARIGLIA, Fabricio. Op. cit.

instruido de sus derechos».²⁵³ Pero en todo caso, «El deber de los investigadores es ponerle de presente al ciudadano sus derechos fundamentales y procurar que el relato continué en presencia de su defensor».²⁵⁴

El problema para esto es que ya el investigado, como indiciado o imputado, es considerado sospechoso de un delito; entonces como el derecho a la no autoincriminación se activa desde ese momento, las declaraciones espontáneas normalmente se han reservado para tener efectos en los casos donde los agentes de policía realizan labores de exploración, por ejemplo en el vecindario, y abordan a una persona sobre la cual no recae ninguna sospecha, pero que les confiesa en ese instante ser la autora de un delito²⁵⁵. Y asimismo, el agente encubierto debería luego de esa confesión inesperada, darle a conocer a la persona las advertencias de no autoincriminarse, es decir, que no está obligada a seguir suministrando más información sin la presencia de su abogado.

Ahora, si se dijera que el investigado en estos casos actuó por propia voluntad, que no fue obligado a iniciar ese relato incriminatorio al agente, se puede estar seguro de que en ninguna de esas situaciones existió una voluntad libre, consciente y debidamente informada, tal como lo señala el art. 8 del CPP como requisito para poder considerar que una persona renunció válidamente a no autoincriminarse ni incriminar a sus familiares más cercanos; porque es difícil pensar que el investigado, de saber del engaño del agente encubierto para hacerse pasar como una persona particular, le hubiera contado tal información. Y de esta forma, «la confesión parte de un error, absolutamente relevante que hace inadmisibles como prueba la citada confesión».²⁵⁶

Debe entenderse que los métodos prohibidos para obtener una confesión o una declaración del investigado no se limitan a los medios de coacción física o psicológica, sino que comprenden también los métodos engañosos, fraudulentos o capciosos, pues tanto los unos como los otros son aptos para doblegar la voluntad del investigado.²⁵⁷ Además, cuando la declaración o confesión del investigado se obtiene mediante «la utilización de astucia, disfraz, o cualquier

253. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 144.

254. BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. Op. cit., p. 157.

255. *Ibíd.*, p. 156.

256. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. cit., p. 529.

257. JAUCHEN, Eduardo M. Op. cit., p. 205.

forma de engaño afectan de forma directa al contenido esencial del derecho de defensa y, desde luego, son expresión de una forma de actuar impropia e incompatible con los postulados de un Estado de Derecho».²⁵⁸

4.2.2. Exclusión de medios de acreditación obtenidos de las conversaciones entre el agente encubierto y el investigado

Aunque algunos consideran que resulta evidente que el agente encubierto en sus conversaciones con el investigado está relevado del deber de hacerle todas las advertencias del derecho a no autoincriminarse,²⁵⁹ pues ello llevaría a que el agente encubierto fuera descubierto, lo cual pondría en riesgo no sólo su vida sino el éxito de la investigación (que es precisamente a lo que se orienta su misión), de todas maneras no se puede entender que el agente encubierto, por su especial tarea, esté autorizado para violar los derechos fundamentales de las personas sin que ello tenga consecuencias en el proceso.

Así, la violación por parte del agente encubierto de las prohibiciones, a las cuales se encuentran sujetos tanto la policía judicial como el fiscal o el juez, debe ser sancionada con la imposibilidad de usar en el proceso la declaración adquirida de dicha manera, al igual que los demás medios de acreditación derivados de ella, como información, elementos materiales probatorios, evidencia física o testimonios, pues «Si el indiciado es engañado o presionado de alguna manera para que suministre información que pueda perjudicarlo, debe darse aplicación a la cláusula de exclusión consagrada en el artículo 23, que, como sabemos, también cubre la prueba derivada».²⁶⁰

Entonces, por poner algunos ejemplos, si el agente encubierto ganándose la confianza del investigado le formula preguntas para que éste le cuente sobre su actividad delictiva, y el investigado, además de confesarle su participación en un delito, delata a su cómplice, el cual luego de ser ubicado y entrevistado por otros miembros de la policía judicial decide presentarse en el juicio como testigo. O, si el agente encubierto en sus conversaciones con el investigado le indaga por drogas y éste le confiesa que tiene en su domicilio varios kilos de cocaína o marihuana, gracias a lo cual se obtiene una orden de registro y allanamiento donde

258. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. cit., p. 527.

259. GUARIGLIA, Fabricio. Op. cit.

260. BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. Op. cit., p. 143.

se incauta la droga. O, también, si el agente encubierto se convierte en el confidente de la esposa, la hija o la hermana del investigado, y éstas le confiesan que el investigado desarrolla actividades ilícitas en su lugar de trabajo, como lavado de activos, gracias a lo cual se expide una orden de allanamiento y registro obteniéndose elementos materiales probatorios e incautándose evidencia física.

En todos estos casos, tanto la confesión o la información declarada por el investigado o sus familiares como el testimonio del cómplice, o los elementos materiales probatorios y la evidencia de la droga incautada, deben ser excluidos de la actuación del proceso, por cuanto las unas son prueba directa y las otras prueba derivada al haberse conseguido gracias a la vulneración del derecho del investigado o de sus familiares más cercanos a no autoincriminarse. Es decir, ni los datos suministrados, ni el testimonio, ni los elementos materiales probatorios recogidos, ni la evidencia incautada, pueden ser utilizados en contra del investigado en el juicio oral, por la imposibilidad de valorarse procesalmente.

Asimismo, no podría tratarse de llevar a conocimiento del juez lo dicho por el investigado durante esas conversaciones con el agente encubierto, utilizando al agente como testigo de referencia, pues la admisión de la prueba de referencia en nuestro ordenamiento procesal penal es excepcional (cuando el declarante haya perdido la memoria, esté enfermo o secuestrado, art. 438 del CPP), de tal manera que la misma no puede ser el fundamento exclusivo de la sentencia y los supuestos especiales para los cuales se estableció no cobijan la ausencia del acusado como testigo.

Así, aunque el acusado se encontrara en alguna de las circunstancias establecidas en el art. 438 del CPP:

En tal evento, la Fiscalía tampoco podría acudir a la figura de la prueba de referencia para lograr que el juez se entere de la confesión hecha durante la entrevista realizada antes de la imputación. Lo anterior por cuanto la comparecencia del acusado en calidad de testigo es un acto de voluntariedad que implica la renuncia al derecho a guardar silencio y a no suministrar información que pueda ser utilizada en su contra, razón por la cual su versión de los hechos no puede ser llevada al juicio sin su consentimiento, y mucho menos por medio de un testigo de referencia.²⁶¹

261. *Ibíd.*, p. 147.

Si esto es aplicable para los casos en que se obtiene la declaración del investigado sin recurrir al agente encubierto, es decir, a través de una entrevista ante un funcionario de policía judicial o el fiscal, donde luego el investigado en la etapa del juicio se niegue a reproducir su declaración, más aun cuando dicha declaración del investigado se obtiene con el engaño del agente encubierto, pues de lo contrario la garantía del investigado a no ser obligado a que de alguna forma contribuya a su condena quedaría burlado y esto impediría disuadir a la fiscalía para continuar ordenando y avalando medidas sin ejercer los respectivos controles eficaces para procurar la menor afectación de los derechos fundamentales y, además, fomentaría que los agentes de policía incurrieran en dichos abusos, pues en definitiva les serviría para fundamentar una condena, algo que ni la Constitución ni los principios generales del derecho procesal penal liberal tolerarían.



5. CONCLUSIONES



La criminalidad organizada es un fenómeno que, aunque no es reciente, en los últimos tiempos gracias al avance de las tecnologías y el aumento de sus fuentes de ingresos, ha ido alcanzando unas proporciones que les hace contar con un poder no sólo para perpetrar sus actividades delictivas con gran sofisticación, sino para corromper al propio sistema de las instituciones sociales y estatales, lo cual les facilita permanecer en la impunidad.

Frente a la lucha de este tipo de criminalidad se plantean métodos extremos o extraordinarios de investigación que, basados en la inteligencia, se integran en la clandestinidad propia de la delincuencia organizada para develar sus actividades y detectar a sus principales cabecillas, argumentándose que los métodos tradicionales de investigación resultan ineficaces para cumplir a cabalidad con el cometido del Estado de perseguir y enjuiciar estas conductas delictivas.

Uno de estos métodos de investigación es la figura del agente encubierto, el cual infiltrándose en el hampa a través de una falsa identidad, se hace miembro de un grupo criminal para ganarse su confianza, descubrir a sus principales líderes, recaudar pruebas contra ellos y presentarse, excepcionalmente, como testigo de cargo. Se entiende que estas actividades deberían ser ejecutadas por personal de la policía judicial, pues el Estado no debería buscar saltarse los límites que tendría para las afectaciones de los derechos utilizando a particulares, que no se encuentran sujetos a los principios y controles de la actuación de los servidores públicos.

Parece claro que estas actividades del agente encubierto comportan serios riesgos para la seguridad no sólo del agente sino de terceras personas ajenas al proceso, pues para el desarrollo normal de este cometido el agente tendrá en muchos casos que cometer delitos dentro del grupo delincuencia. Por ello se plantea que sólo en los casos en que se vea obligado a ejecutar tales actos para no poner en riesgo su vida y la investigación, sea exonerado de responsabilidad, siempre y

cuando no se afecten la vida o la integridad de las personas. Pero en los casos de provocación del delito en el investigado se plantea, generalmente, tanto la impunidad del agente inductor como del sujeto provocado.

Por lo anterior, la autorización de tal medida debería corresponder al juez de control de garantías, autoridad imparcial dentro del proceso acusatorio, con una formación humanista y garantista de los derechos fundamentales, ejerciendo un control desde el principio y en todo el desarrollo de la operación, y no al fiscal, pues al ser éste parte en el proceso tenderá a justificar mayores injerencias y tolerar, incluso, abusos por parte del agente para garantizar el éxito de su investigación, además porque el riesgo de que el control del juez se haga sólo al finalizar la operación, podría llevar a que se perdiera todo un trabajo investigativo de largo tiempo, con el costo que esto implica para la administración de justicia.

La actividad del agente encubierto se torna realmente lesiva de derechos fundamentales del investigado como la intimidad y la no autoincriminación, por cuanto al hacerse pasar por una persona particular y tener como principal propósito ganarse la confianza del investigado, para el éxito de la investigación, tendría muchas posibilidades de acceder a datos e informaciones que hacen parte no sólo de la vida privada y familiar del investigado, sino de sus aspectos más íntimos vedados a cualquier injerencia estatal. Y en cuanto al derecho a la no autoincriminación, por las finalidades propias de su actividad y por el riesgo que se correría de ser descubierto, el agente, ante una declaración autoincriminatoria que le hiciera el investigado, es obvio que no le daría a conocer todas las advertencias de su derecho a guardar silencio y a contar con un abogado.

Por esto, se plantea que la actividad del agente encubierto tenga como límite infranqueable el núcleo esencial de los citados derechos, quedándole vedado acceder a aspectos de la esfera más íntima del investigado, por ejemplo, usurpando información de cartas o notas personales, y debiendo obtener autorizaciones judiciales individuales cada vez que necesite entrar en la vivienda o lugar de trabajo del investigado, pues la primera orden del fiscal para autorizar su infiltración no se puede entender como una carta blanca para afectar en cualquier momento la privacidad del investigado.

Y frente al derecho a la no autoincriminación, se plantea que de por sí la omisión de las advertencias al investigado constituyen una forma de afectación demasiado

grave del mismo, pero que podemos distinguir entre las conversaciones que el agente encubierto entable con el investigado, aquéllas en las que obtenga información autoincriminatoria como consecuencia de las preguntas que el mismo agente le formule al investigado con tal propósito, que constituyen las afectaciones más intensas, y las declaraciones «espontáneas» autoincriminantes que el investigado le cuente al agente, sin que éste previamente lo haya interrogado, que son las menos intensas. No obstante, en ninguno de los dos casos se puede hablar de la existencia de una voluntad libre, consciente y previamente informada para ser considerada una renuncia válida del citado derecho, pues es casi seguro que de no ser por el engaño del que se vale el agente ocultando su identidad y función, el investigado no le hubiera declarado información de significados tan perjudiciales para él.

De esta forma, las actuaciones del agente por fuera de estos límites, de las previsiones legales y al margen de la Constitución, deben generar la prohibición de utilizar sus resultados para el proceso penal, tanto de la prueba directamente obtenida con esa vulneración como de las pruebas derivadas, independientemente de las responsabilidades disciplinarias de los funcionarios implicados y, de ser el caso, penales. Esto por cuanto el Estado no puede pretender participar en el delito para perdonarse a sí mismo, condenar a la vez a los particulares que participaron junto con él y considerar esto un proceso justo.

Así, aunque se pudiera pensar que de esta manera la practicidad de la figura se desvirtúa para los propósitos para los cuales se implementa, es decir, la eficacia en la persecución de las organizaciones delictivas, es preferible correr este riesgo a estimular que una medida que afecta en tales proporciones los derechos fundamentales de las personas, se vaya generalizando de tal forma que se empiece a aplicar en ámbitos de la delincuencia común invocando los mismos motivos de eficacia. Y además téngase presente que por más loable que sea el acabar con la criminalidad organizada, en un Estado de Derecho esto no puede justificar la aplicación de medidas que en últimas pueden terminar con la seguridad y la tranquilidad de cualquier persona de contar con un ámbito mínimo, donde la comunicación con sus seres más cercanos pueda darse en términos de libertad y confianza.

Los postulados de una concepción garantista del derecho penal, nos han enseñado a erigir la defensa de los derechos fundamentales de las personas como barrera

infranqueable de los «monstruos jurídicos» que pretenden sustituir el fundamento del Estado de Derecho cimentado en la dignidad humana, por macro-causas que en últimas podrían significar el retroceso a sistemas inquisitivos basados en relaciones autoritarias de dominación.

Asimismo, se puede afirmar también que en las operaciones encubiertas, al Estado no le importa instrumentalizar al ser humano para mostrar la eficiencia del sistema penal, pretendiendo así dar seguridad a las personas contra los criminales; pero de esta manera no estamos seguros frente al propio Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

- ANARTE BORRALLA, Enrique y FERRÉ OLIVE, Juan Carlos. «Conjeturas sobre la criminalidad organizada», En: Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva, Universidad de Huelva, 1999.
- ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. Policía judicial y sistema acusatorio. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 3ª edición, 2007.
- BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano. Medellín, Comlibros y Cía Ltda., 2008.
- DEL POZO PÉREZ, Marta. «El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española». En: Criterio Jurídico. Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana. Santiago de Cali, Volumen 6 (2006).
- FAJARDO SERNA, Luis Álvaro. «Interceptación de comunicaciones en el sistema acusatorio» En: Apuntes en torno al sistema penal acusatorio colombiano. Defensoría del Pueblo, Medellín, Proyecto Cofinanciado por USAID-Instituto Ideas, S.F.
- GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho procesal penal. Madrid, Editorial Colex, 2005.
- GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías. La policía judicial en el sistema penal acusatorio. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2007.
- GRANADOS PÉREZ, Carlos. «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado: agente encubierto, entrega vigilada, el arrepentido, protección de testigos, posición de la jurisprudencia». En: Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, número 2 (2001).

- GUARIGLIA, Fabricio. «El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?» (en línea). Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org>. Acceso: 17 de agosto de 2007.
- GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2007.
- HEFENDEHL, Roland. «¿La criminalidad organizada como fundamento de un derecho penal de enemigo o de autor?» En: Derecho Penal y Criminología. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Volumen 25, número 75 (enero-junio 2004).
- JAUCHEN, Eduardo M. Derechos del imputado. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de derecho procesal penal. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi S.A., 2004.
- MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Derechos fundamentales. Santafé de Bogotá. 3R Editores Ltda., 1997.
- MÁRQUEZ ESCOBAR, Pablo. El ojo ve, el poder mira: la arquitectura para la vigilancia y el fin de la privacidad. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2004.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José. «La configuración constitucional del derecho a la intimidad». En: Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid, año II, número 3 (mayo-diciembre 1994). Disponible en: <file:///dspace/bitstream/10016/1493/4/DL-1994-II-3-Pison.pdf>. Acceso: 24 de marzo de 2009.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. Tecnologías de la información, policía y constitución. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001.
- MOLINAARRUBLA, Carlos Mario. El secreto en el derecho penal colombiano. Santa Fe de Bogotá, Editorial Leyer, 1997.
- MONTOYA, Mario Daniel. Informantes y técnicas de investigación encubiertas: análisis constitucional y procesal penal. Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 1998.
- MUÑOZ NEIRA, Orlando. Sistema penal acusatorio de Estados Unidos. Bogotá, Editorial Legis, 2006.

- RENDO, Ángel Daniel. «Agente encubierto». En: elDial.com, Biblioteca Jurídica Online. Editorial Albrematica, Tucumán, S.F. Disponible en: www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm. Acceso: 24 de septiembre de 2007.
- RIQUELME PORTILLA, Eduardo. «El agente encubierto en la ley de drogas: la lucha contra la droga en la sociedad del riesgo». En: Política criminal (en línea). Revista electrónica de la Universidad de Talca, Centro de Estudios en Derecho Penal. S.L. Año 2, número 2 (2006). Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf. Acceso: 13 de agosto de 2007.
- ROXIN, Claus. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Traducción Carmen Gómez Rivero y M^a del Carmen García Cantizano. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.
- RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. «Qué es el delito provocado». En: Revista de Derecho Penal. Editorial Leyer. Bogotá, número 10 (diciembre 1998 – enero 1999).
- SALAZAR RESTREPO, Hernán Elías. «Actuación de agentes encubiertos». En: Apuntes en torno al sistema penal acusatorio colombiano. Defensoría del Pueblo, Medellín, Proyecto Cofinanciado por USAID-Instituto Ideas, S.F.
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. «Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada ('...') en el sistema penal: el caso colombiano». En: Revista de Derecho Penal. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, número 17 (abril 2008).
- SUÁREZ, Eida Margarita. «Estado de la cuestión sobre el derecho a la intimidad». En: Dikaion. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana. Chía, Volumen 3 (1994).
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. «Policía judicial y derecho a la intimidad en el seno de la investigación criminal». En: EGUZKILORE. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, No. 10 Extraordinario (Octubre 1997).
- URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. «Prueba ilícita y regla de exclusión». En: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del Juez penal colombiano. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, S.F.

VICENTE Y GUERRERO, Guillermo. «El derecho a la privacidad frente al uso justificado de los sistemas de vigilancia». En: Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid, año III, número 6 (febrero 1998). Disponible en: file:///dspace/bitstream/10016/1353/1/DyL-1995-III-6-VicenteyGuerrero.pdf. Acceso: 24 de marzo de 2009.

WHITAKER, Reg. El fin de la privacidad: como la vigilancia total se está convirtiendo en realidad. Barcelona, Paidós, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. «El agente provocador». En: Revista de Derecho Penal. Editorial Ley. Bogotá, número 10 (diciembre 1998 – enero 1999).

_____. «Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana». En: Revista de Derecho Penal. Editorial Ley. Bogotá, número 6 (1998).

Sentencias de la Corte Constitucional colombiana

Sentencia T-011 del 22 de mayo de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-222 del 17 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

Sentencia T-414 del 16 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

Sentencia T-444 del 7 de julio de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-530 del 23 de septiembre de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-052 del 18 de febrero de 1993, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.

Sentencia C-179 del 13 de abril de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia T-501 del 4 de noviembre de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia SU-056 del 16 de febrero de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-067 del 22 de febrero de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-426 del 4 de septiembre de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía.

Sentencia C-621 del 4 de noviembre de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-505 del 14 de julio de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-1202 del 14 de septiembre de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia SU-1723 del 12 de diciembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-620 del 13 de junio de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Sentencia C-776 del 25 de julio de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-1287 del 5 de diciembre de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-782 del 28 de julio de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-799 del 2 de agosto de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Sentencia C-822 del 10 de agosto de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-1260 del 5 de diciembre de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-606 del 1 de agosto de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-519 del 11 de julio de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia C-115 del 13 de febrero de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia C-543 del 28 de mayo de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia colombiana

Sala Plena, Sentencia 129 del 17 de octubre de 1991.

Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de septiembre de 2006, proceso No. 23251, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de febrero de 2008, proceso No. 28888, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Disponible en: [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/juris_28888_\(13-02-08\).doc](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/juris_28888_(13-02-08).doc). Acceso: 24 de marzo de 2009



El agente encubierto es una de esas instituciones “nuevas” del Derecho Penal, que algunos creen que apenas necesita una justificación porque se presenta como una herramienta imprescindible, hoy en día, para combatir fenómenos como *la delincuencia organizada*. Se saluda por algunos como una muestra de la necesaria modernización del Derecho Penal y no se cuestiona, porque su supuesta eficacia la hace indiscutible.

Cuando aparecen estas figuras más o menos novedosas como *el agente encubierto*, es casi normal que casi toda la atención se centre en mirar con cierto detalle dónde ha surgido, para qué se ha creado, cuál es su contorno normativo y fáctico y cosas por el estilo. El mayor mérito del trabajo de Andrés David creo que radica precisamente en utilizar una aproximación completamente distinta: primero se pregunta cuáles son los derechos fundamentales que estos dispositivos puede vulnerar o poner en serio peligro y en un segundo plano se hace su historia, su perfil, su consagración positiva.

Julio González Zapata



UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA

1803

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS

Colección mejores trabajos de grado

Número 1

Para una historia judicial
del cuerpo: Aproximaciones
a Michel Foucault

David Orrego Fernández

Número 2

Thomas Hobbes y el Estado
absoluto: del Estado de razón
al Estado de terror

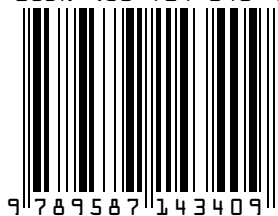
Juan David Ramírez Echeverri

Número 3

El agente encubierto frente
a los derechos fundamentales
a la intimidad y a la no
autoincriminación

Andrés David Ramírez Jaramillo

ISBN 958-714-340-9



9 789587 143409