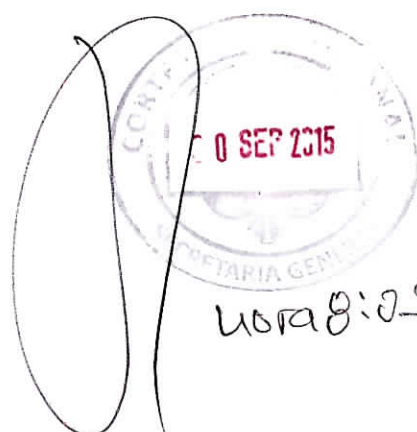




Bogotá D.C., 29 de septiembre de 2015

Magistrada
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Corte Constitucional
E. S. D.

Referencia: Expediente D-10950. Acción de inconstitucionalidad contra el inciso cuarto (parcial) del artículo 242 de la Ley 906 de 2004.

Demandantes: Camila Betancourt Villegas y otros.

Respetada Magistrada:

RAFAEL JOSÉ LAFONT RODRÍGUEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.425.255, expedida en Bogotá, obrando en mi calidad de Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 9 del Decreto 016 de 2014¹, de forma respetuosa me permito intervenir en el presente proceso con el fin de solicitar respetuosamente a esa Corporación QUE SE DECLARE LA EXEQUIBILIDAD del inciso 4 del artículo 242 de la Ley 906 de 2004.

Para tal efecto, esta intervención se estructurará de la siguiente manera: i) se hará una breve reseña de los fundamentos de la demanda; ii) se demostrará que la norma acusada no vulnera el Preámbulo ni los artículos

¹ La norma en cita dispone: "ARTÍCULO 9. DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTRATEGIA EN ASUNTOS CONSTITUCIONALES. La Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales cumplirá las siguientes funciones: (...) 5. Intervenir en los procesos constitucionales y en las demandas de inconstitucionalidad, de interés pará la Fiscalía General de la Nación."



1 y 2 de la Constitución Política; iii) se sustentará que la norma demandada no vulnera los derechos fundamentales a la dignidad y a la libertad; iv) se expondrá el principio de libertad de configuración legislativa en materia penal y su relación con la exequibilidad del control posterior judicial de las actuaciones de agentes encubiertos; v) y vi) se estudiarán los límites de los derechos fundamentales a la intimidad y la defensa y cómo la norma acusada no es contraria a tales derechos; vii) se sustentará que la norma acusada no vulnera los artículos 8 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; viii) se expondrán los argumentos constitucionales que explican la existencia de un solo control jurisdiccional frente a la actuación de los agentes encubiertos; y ix) se finalizará con la presentación de las conclusiones de la Fiscalía General de la Nación frente a la exequibilidad de la disposición acusada.

I. EL OBJETO DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS.

1. La norma demandada.

A continuación se transcribe la disposición y se subraya el contenido normativo objeto de cuestionamiento.

“LEY 906 DE 2004

(agosto 31)

Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004

“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA,

DECRETA:

(...)

“Artículo 242. Actuación de agentes encubiertos. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando



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

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

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

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

En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido



ningún resultado, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente."

2. Normas constitucionales presuntamente infringidas y fundamentos de la violación.

Los demandantes consideran que el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal (parcial) vulnera los derechos fundamentales a la dignidad, la libertad, la intimidad, la defensa y las garantías judiciales de las personas que son seguidas por agentes encubiertos. En consecuencia, solicitan declarar la exequibilidad condicionada del aparte normativo demandado, *"en el entendido que debe existir control judicial previo del aparte normativo acusado (...)".* Como fundamento de su pretensión, los accionantes exponen las razones que se resumen a continuación.

Inician señalando que la norma demandada presuntamente vulnera el Preámbulo de la Constitución Política, toda vez que en su concepto, las disposiciones allí contenidas no son coherentes con aquel. En ese sentido arguyen que *"la norma demandada vulnera derechos fundamentales de la persona, la cual es sometida a este tipo de acto investigativo, el hecho de invadir su esfera más personal implica que el agente encubierto conozca detalles íntimos que no solo estarán relacionados con su actuar delictivo si no con la vida cotidiana del mismo, en la cual está incluida sus relaciones interpersonales con amigos, familia y sus prácticas más comunes. (...) por lo tanto es supremamente necesario que en pro de un orden político, económico y social justo esta disposición adquiera una garantía que le permite sopesar esa violación de derechos del indiciado o imputado con los derechos de la víctima, es decir, que un juez de control de garantías se encargue de garantizar, antes de realizar dichas actuaciones que realiza un agente encubierto, si realmente es necesaria esta medida para alcanzar el objetivo de justicia."*

Frente a los artículos 1 y 2 de la Constitución Política argumentan que el aparte demandado *"por un lado debilita la figura del Estado Social de Derecho y afecta la vida digna de la persona investigada, pues en principio no cuenta con una garantía procesal que valide dicha"*



actuación de manera imparcial, como sería la figura establecida por el sistema penal acusatorio para controlar el deber de la fiscalía, es decir, el Juez de control de Garantías; y por otro, el Estado debe velar por la seguridad y protección de los derechos fundamentales sin pensar en la persona como un medio por el cual buscan resultados a todo costa, sobrepasando los límites establecidos en la Carta Política y los tratados internacionales ratificados por Colombia."

En cuanto a los artículos 5 y 15 de la Carta Política aducen que estas disposiciones se trasgreden "de tal forma que se desconoce la esfera de la intimidad personal y de la familia del investigado, pues el derecho a la intimidad se proyecta y se refleja en derecho a la libertad. (...) existen divulgaciones ilegítimas de hechos propios de la vida privada o familiar; así mismo las investigaciones también ilegítimas de acontecimientos propios pueden vulnerar la órbita personal, es por ello que es relevante la necesidad del control previo que realiza el juez de control de garantías. 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 a la personalidad."

En cuanto al artículo 28 Superior precisan que la libertad solo puede ser restringida "en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, es menester relucir el papel que tiene el juez con función de control de garantías al momento de mediar la legalidad del acto, pues este debe procurar porque a la persona objeto de investigación no se le vulneren sus derechos fundamentales de forma irremediable."

En relación con el artículo 29 Superior los demandantes indican que "debido a que no se está cumpliendo con el debido proceso para realizar la actuación de agentes encubiertos, acto investigativo que no se encuentra autorizado por la Constitución para realizarse sin control previo de un Juez de Control de Garantías, lo que implica una violación directa al derecho a la dignidad humana, intimidad, entre otros; al no



tener en cuenta el control que debe realizar dicho Juez, encargado de conservar el debido proceso de este tipo de actuaciones."

Respecto al artículo 93 Superior anotan que *"el bloque de constitucionalidad juega un papel fundamental, pues en este se consagra normas y principios que, sin aparecer formalmente en el artículo del texto constitucional, son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución. (...) la norma demandada viola el bloque de constitucionalidad, específicamente dos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...)"*

Complementan los demandantes sus argumentos insistiendo que *"la norma acusada permite una injustificada prolongación de vulneraciones en los espacios vitales del acusado como quiera que la circunstancia del retardo en el inicio del juicio oral se pueda deber a una causa que no le es imputable."*

En cuanto al artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002, indican los demandantes que *"las expresiones demandadas son inconstitucionales por cuanto permiten la práctica de diligencias que afectan derechos fundamentales por no contar con la autorización previa del juez de control de garantías. Las medidas del artículo 242 no se encuentran previstas en las excepciones del artículo 250 de la C.P. (...) De esta manera se puede argumentar que no solo sería inconstitucional porque este acto de investigación establecido en el artículo 242 del CPP no está dentro de los mencionados en el artículo 250 de la C.P., sino que también en virtud del derecho a la intimidad esta medida tendría que tener una orden judicial previa."*

Adicionalmente, los demandantes aclaran que en este asunto no se está frente al fenómeno de *cosa juzgada*. Consideran que los cargos planteados son diferentes a los que fueron estudiados por la Corte en la Sentencia C-025 de 2009. En tal oportunidad, la Corte estudió la presunta vulneración del derecho de defensa por parte del aparte acusado de la



norma (*"para lo cual se aplicarán, en lo pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos"*) y declaró su exequibilidad condicionada. Estableció que el aparte demandado es exequible *"siempre que se entienda que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita"*.

3. Problema jurídico.

Los argumentos expuestos por los demandantes plantean a la Corte Constitucional el siguiente problema jurídico: ¿Vulnera la Constitución, especialmente los derechos fundamentales a la intimidad, la dignidad, la libertad y el debido proceso, que la utilización de agentes encubiertos dentro de la investigación penal no esté sujeta a control previo, sino posterior, por parte del juez de control de garantías?

II. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA SOLICITUD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE DECLARATORIA DE EXEQUIBILIDAD SIN CONDICIONAMIENTO ALGUNO DE LA NORMA ACUSADA.

1. Resumen de los argumentos de la Fiscalía General de la Nación.

La Fiscalía General de la Nación considera que la revisión posterior de legalidad, por parte del juez de control de garantías, de la actuación de agentes encubiertos (Art. 242, inc 4 de la Ley 906 de 2004) no vulnera los derechos fundamentales a la libertad, dignidad, intimidad y defensa de los individuos. Esto, en virtud de que la libertad de configuración legislativa en materia penal faculta la existencia de limitaciones razonables a los derechos a la intimidad y a la libertad, que permitan intervenciones oportunas para la efectiva investigación de los delitos y que contribuyan con los fines del Estado relativos a la plena garantía del orden público y la protección de bienes jurídicos.



2. La norma acusada no vulnera el Preámbulo ni los artículos 1 y 2 de la Constitución Política.

Los demandantes alegan una presunta violación del Preámbulo y de los artículos 1 y 2 de la Constitución. Señalan que *“la norma demandada vulnera derechos fundamentales de la persona, la cual es sometida a este tipo de acto investigativo, el hecho de invadir su esfera más personal implica que el agente encubierto conozca detalles íntimos que no solo estarán relacionados con su actuar delictivo si no con la vida cotidiana del mismo, en la cual está incluida sus relaciones interpersonales con amigos, familia y sus prácticas más comunes.”*

Complementan este apartado de la demanda precisando que la norma demandada *“por un lado debilita la figura del Estado Social de Derecho y afecta la vida digna de la persona investigada, pues en principio no cuenta con una garantía procesal que valide dicha actuación de manera imparcial, como sería la figura establecida por el sistema penal acusatorio para controlar el deber de la fiscalía, es decir, el Juez de control de Garantías; y por otro, el Estado debe velar por la seguridad y protección de los derechos fundamentales sin pensar en la persona como un medio por el cual buscan resultados a todo costa, sobrepasando los límites establecidos en la Carta Política y los tratados internacionales ratificados por Colombia.”*

Al respecto, se debe resaltar que el Preámbulo constitucional condensa los elementos estructurales de un Estado Social de Derecho, basados en el fortalecimiento de la unidad de la Nación y en asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y social justo. Por su parte, los artículos 1 y 2 Superiores establecen la forma de Estado, sus elementos estructurales y los fines esenciales que persigue. La base de un Estado Social de Derecho implica un conjunto de derechos o garantías fundamentales para los individuos. También establece una serie de deberes para todos los ciudadanos, los gobernantes y las entidades públicas y privadas.



Atendiendo a esto, y en virtud de las normas señaladas, la Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así mismo, tiene la obligación constitucional de propender por la convivencia pacífica y la garantía del acceso efectivo a la justicia. Las actividades investigativas o de indagación adelantadas por esta Entidad, entre las que se incluyen las actuaciones de los agentes encubiertos, son desarrollo son indispensables para la efectiva garantía de los derechos fundamentales de los individuos.

En suma, partiendo del deber establecido en el Preámbulo y en el artículo 250 de la Constitución, de garantizar la vida, la convivencia pacífica y libertad, es preciso concluir que el control judicial posterior de las actividades encubiertas no vulnera ni el Preámbulo ni los artículos 1 y 2 de la Carta Constitucional. En contrario sensu, éste es un instrumento necesario para el cumplimiento de los fines constitucionales consagrados en tales normas. Así mismo, tal como se expondrá en las siguientes secciones de esta intervención, la norma acusada tampoco vulnera las demás normas constitucionales alegadas por los demandantes.

3. Los derechos fundamentales a la dignidad y la libertad no son vulnerados por la norma acusada.

La Constitución Política de 1991, como resultado de la concepción tradicional de Estado Social de Derecho, plasmó una serie de garantías fundamentales a favor de los individuos y la sociedad en general. Estas garantías se concretan en un amplio catálogo de derechos. Se trata de un plexo de derechos que son de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades públicas y cuya materialización presupone la existencia de instrumentos legales y procesales para que los individuos que se consideren afectados en su efectividad puedan hacerlos valer por medio de autoridad competente.

En cuanto al derecho a la dignidad, la jurisprudencia ha señalado que puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo "*dignidad*



humana", se han identificado, a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tres lineamientos claros y diferenciados: (i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; (ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral. De otro lado, al tener como punto de vista la funcionalidad del enunciado normativo "*dignidad humana*", la misma Corte ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio y valor fundante del ordenamiento jurídico y del Estado; (ii) la dignidad humana entendida como principio constitucional; y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.²

La Fiscalía hace énfasis en el carácter fundamental autónomo del derecho a la dignidad. Este exige a su vez un deber de protección especial por parte del Estado, para disponer los mecanismos idóneos de protección que eviten la lesión de ese derecho o su restitución inmediata en caso de que haya sido vulnerado. Sobre este tema la Corte Constitucional ha precisado:

"Declarar que la dignidad humana representa el primer fundamento del Estado social de derecho implica consecuencias jurídicas a favor de la persona, como también deberes positivos y de abstención para el Estado a quien corresponde velar porque ella cuente con condiciones inmateriales y materiales adecuadas para el desarrollo de su proyecto de vida. Por condiciones inmateriales se entienden los requerimientos éticos, morales, axiológicos, emocionales e inclusive espirituales que identifican a cada persona y que siendo intangibles e inmanentes deben ser amparados por el Estado, pues de otra manera la persona podría ser objeto de atentados contra su fuero íntimo y su particular manera de concebir el mundo. Por condiciones materiales han de entenderse los requerimientos tangibles que permiten a la persona

² Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



vivir rodeada de bienes o de cosas que, según sus posibilidades y necesidades, le permiten realizar su particular proyecto de vida.”³

Por otra parte, en el derecho fundamental a la libertad se parte del principio de que el individuo es libre, siempre y cuando actúe dentro del marco de la ley, y sólo puede ser castigado cuando la infrinja. La libertad como concepto jurídico comporta múltiples interpretaciones, desde las más estrictas que propenden por el reconocimiento amplio de esta garantía, hasta aquellas que reconocen límites formales y materiales, siempre bajo el matiz de la existencia de un interés superior o la protección de bienes jurídicos fundamentales.

La doctrina ha explicado este concepto de limitación al derecho a la libertad a partir del siguiente argumento:

“Desde el punto de vista jurídico, la libertad de la persona significa que cada actividad individual se realiza, en principio, sin autorización del gobernante, pero bajo la condición de que no se perturbe los derechos de los demás o el orden social, casos en los cuales surge una responsabilidad que acarrea consecuencias jurídicas. Las autoridades pueden intervenir, por mandato de la ley, en el ejercicio de las libertades individuales, ya sea preventivamente, con medidas generales e impersonales que tiendan a impedir abusos o extralimitaciones que perjudiquen a los demás en ejercicio de esas libertades, o represivamente con medidas subjetivas que tiendan a conjurar actos perturbadores del orden público o de las libertades de los demás.”⁴

En efecto, a medida que la Corte Constitucional ha venido desarrollando la interpretación jurisprudencial de estos derechos fundamentales, se ha establecido que su alcance o protección no es absoluto y que en muchas ocasiones esos derechos pueden limitarse en beneficio del interés público y la protección del orden social. Esta situación cobra mayor relevancia en

3 Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

4 Vladimiro Naranjo Mesa – Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Sexta edición 1995, editorial Temis, pág.460



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

el ámbito del derecho penal, toda vez que, tratándose de hechos donde están comprometidos los derechos fundamentales de las víctimas del delito, de los terceros afectados con la conducta criminal, e incluso los derechos del autor o sujeto activo de la acción punitiva, es fundamental para la autoridad competente en sede de investigación y juzgamiento garantizar el respeto de los derechos fundamentales de todos estos actores.

No existe duda que la Fiscalía General de la Nación tiene como función constitucional *"investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes"* (Artículo 250 C.P.) y para ello debe *"dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley"* (Artículo 250-3 C.P.)

Por eso la Fiscalía, con el fin de ejercer la acción penal y reunir los elementos de prueba suficientes para adelantar un proceso penal exitoso, tiene la tarea de coordinar las labores de investigación que han de adelantar los funcionarios judiciales o de policía judicial.

Ya la Corte Constitucional reconoció la importancia de la investigación que adelanta la Fiscalía General de la Nación con el apoyo de la policía judicial, al realizar el control de constitucionalidad del Decreto Ley 2002 de 2002, expresando lo siguiente en relación con esas funciones:

"Ante todo, ha de recordarse por la Corte que el proceso penal requiere para adelantarse la realización de una labor investigativa, razón está por la cual la dirección y coordinación de las funciones de policía judicial, se la confió la Constitución de manera específica al Fiscal General de la Nación (art. 250, numeral 3), ya sea que ella se realice en forma permanente por la Policía Nacional o por los demás organismos que señale la ley.

Es claro, que ello ha de ser así. Por eso, el Código de Procedimiento Penal, en su Libro II, dedicado a la investigación, reitera en primer término la función constitucional del Fiscal



General de la Nación o de sus delegados a que ya se hizo alusión (art. 311), y, en el artículo siguiente determina con precisión cuáles son los servidores públicos que ejercen las funciones de policía judicial, tanto de manera permanente como especial (...)

Es pues, la función de policía judicial un elemento necesario para la investigación judicial y, por ello, queda dentro de la órbita propia de la función judicial del Estado. Ha de desempeñarse por servidores públicos especializados y bajo la dirección y responsabilidad funcional de la Fiscalía General de la Nación, que, por ministerio de la Constitución forma parte de la rama judicial del poder público.”⁵

Una de las formas que tiene la Fiscalía para determinar la necesidad o no de vincular penalmente a una persona o incluso de conocer a fondo los modus operandi de las organizaciones criminales, consiste en la vigilancia que hace cuando existan serios motivos para inferir que del seguimiento puede obtenerse información útil para la investigación penal.⁶

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que este tipo de acciones son necesarias a la hora de enfrentar la criminalidad y más aún, garantizan el cumplimiento de los fines del Estado. Sobre el particular en Sentencia C-431 de 2003 el Alto Tribunal señaló lo siguiente:

“(...) [L]a incursión o seguimiento pasivo que contempla el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal acusado [Ley 600 de 2000, anterior Código de Procedimiento Penal], buscan anticiparse a las acciones de la delincuencia, mediante la verificación de que en efecto se ha dado inicio a la preparación de un delito. Así mismo, tiene como finalidad recopilar material que permita estructurar una eventual investigación, lo cual lejos de vulnerar la Constitución Política, busca dar cumplimiento a

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1024 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-431 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra



los fines esenciales del Estado al propender por el aseguramiento de la convivencia pacífica, para lo cual están constitucionalmente facultadas las autoridades de la República quienes deben actuar coordinadamente en el logro de esos fines."

Adicionalmente este tipo de injerencias medias e intensas en derechos fundamentales han sido consideradas constitucionales, especialmente cuando está previsto el control judicial de las mismas, sea éste previo o posterior. Es decir, el control judicial previo o posterior garantiza que la afectación de los derechos fundamentales es razonable y ajustada a la Constitución, al debido proceso y a las disposiciones legales.

Los anteriores elementos de juicio permitieron que la jurisprudencia de la Corte Constitucional se pronunciara a favor de la exequibilidad de las acciones de seguimiento, toda vez que tienen una finalidad constitucionalmente válida, lo que hace de este tipo de investigación *"(...) una herramienta valiosa de política criminal que el legislador en ejercicio de su libertad de configuración encontró importante delegar en el ente acusador con el fin de identificar, individualizar o capturar los autores o partícipes, desarticular empresas criminales, impedir la ejecución o consumación de conductas punibles, determinar la procedencia de la acción penal, recaudar pruebas, atender solicitudes de asistencia judicial, determinar el origen de los bienes y ubicar víctimas."*⁷

4. El principio de libertad de configuración legislativa en materia penal y su relación con la exequibilidad del control posterior judicial de las actuaciones de agentes encubiertos.

Es procedente recordar que en materia penal el legislador cuenta con una libertad de configuración que le permite el desarrollo de la política criminal y la materialización de los ideales y funciones del Estado Social de Derecho. Sin embargo, tal libertad encuentra límites en los derechos fundamentales y en las garantías mínimas procesales. Esta tesis ha sido

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-431 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra



reiterada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el siguiente sentido:

“(...) el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius punendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.

Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el Legislador, obviamente dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio Legislador lo considere políticamente necesario y conveniente.”⁸

Naturalmente el concepto de restricción de derechos fundamentales hace parte de los temas que mayor complejidad revisten desde el punto de vista de la dogmática, pues allí confluyen una serie de interpretaciones que de un lado propenden por el reconocimiento absoluto del derecho fundamental, y de otra, aquellas que sostienen que en ciertos escenarios es posible que existan limitaciones a las garantías constitucionales. Una de ellas, se ha sostenido, es la relativa a la libertad de configuración legislativa, mecanismo por medio del cual se entiende que es factible imponer restricciones a los derechos fundamentales basados en el interés

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.



de proteger un derecho de igual relevancia o simplemente motivada en el interés general.

Sobre este tema la doctrina ha precisado los siguientes argumentos:

“(...) Especial importancia tiene la distinción entre normas de competencia que fundamentan la competencia del Estado para dictar normas, por una parte, y las normas de mandato o prohibición dirigidas a los ciudadanos, por otra. Las normas de competencia más importantes para la teoría de las restricciones son establecidas por las reservas legales iusfundamentales. A través de ellas el legislador queda autorizado para imponer restricciones de derechos fundamentales. A la competencia del legislador corresponde aquí la sujeción del titular de derecho fundamental. De las competencias de imposición de normas directamente constitucionales y fundamentadas por las reservas legales iusfundamentales, hay que distinguir las competencias de imposición de normas indirectamente constitucionales que surgen, por ejemplo, cuando el legislador es autorizado a dictar ordenanzas o quien dicta ordenanzas a dictar actos administrativos. Para todo este tipo de normas de competencia, vale el que ellas no constituyen ninguna restricción sino tan sólo fundamentan la restringibilidad de los derechos fundamentales. Por ello las reservas legales, en tanto tales, no son restricciones, fundamentan solo la posibilidad jurídica de restricciones, algo que se ve claramente en el hecho de que puede existir una competencia para imponer restricciones sin que se haga uso de ella.”⁹

La libertad de configuración legislativa en materia penal es consecuencia de la propia dinámica del derecho y de la realidad del fenómeno criminal en cualquier Estado democrático. Pensar lo contrario sería aceptar que, después de más de veinte años de promulgada la Constitución Política, las circunstancias socio-políticas y criminales que existían en aquella

⁹ Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales. Tercera reimpresión de la primera edición 2002, Madrid: Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág.272.



época son idénticas a las que existen en la actualidad. En este orden es menester, para los gobiernos y autoridades públicas que son conscientes de la responsabilidad que atañe combatir eficaz y oportunamente la criminalidad, impulsar aquellas medidas que se consideran indispensables para atacar el crimen, entre las que se incluyen las actuaciones de los agentes encubiertos.

El contenido del artículo 242 de la Ley 906 de 2004 es una manifestación clara de la libertad de configuración legislativa en materia penal, producto del balance que debe imperar entre el respeto por los derechos fundamentales de todos los actores que concurren en el hecho punible y la necesidad impostergable de incorporar paulatinamente instrumentos efectivos en el procedimiento penal que permitan una intervención oportuna y eficaz para combatir el crimen y proteger el orden social y los bienes jurídicos.

En suma, la Fiscalía General de la Nación considera que en este caso específico opera la libertad de configuración legislativa en materia penal, la cual se materializó en la implementación de una norma que responde al alcance y modernización del fenómeno criminal en la última década, pero también que contempla la necesidad de establecer un control del juez competente a las acciones de los agentes encubiertos. Que este control sea posterior, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, no le resta de ninguna manera efectividad a la garantía de los derechos fundamentales, pues en el evento de que exista un exceso o vulneración a la dignidad y la libertad de alguno de los actores objeto de este procedimiento, evidentemente el juez de garantías adoptaría las decisiones dirigidas a sancionar estas conductas, con los efectos legales que ello presupone.

Por el contrario, si el contenido de esta norma se modificara so pretexto de introducir un control previo por parte del juez competente, serían muchas las investigaciones e indagaciones que se verían afectadas y varios los delitos consumados, por no haber podido realizar una labor investigativa encubierta de forma oportuna y cuando existía el escenario apropiado para evitar la conducta lesiva contra la ley penal.



5. Las actuaciones de los agentes encubiertos no vulneran el derecho fundamental a la intimidad.

El artículo 15 de la Constitución Política de Colombia define el derecho fundamental a la intimidad como un derecho protegido por el Estado. En los casos determinados en la ley, su limitación requiere de orden judicial emitida por autoridad competente. Expresamente la norma en comento señala:

“Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar (...) 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. (...)”

El mismo tratamiento de protección a la intimidad personal tiene eco en el ámbito internacional. Tanto en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 17.1), como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 11.2), ambos documentos ratificados por Colombia, no admiten injerencias ilegales o abusivas en la vida privada de las personas, su familia, su domicilio o su correspondencia, y exigen la protección legal contra tales intromisiones a la intimidad.

Por su parte, la Ley 906 de 2004, dentro de los principios rectores y garantías procesales, define el derecho a la intimidad en su artículo 14, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 14. INTIMIDAD. 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."

Como se aprecia, el Código de Procedimiento Penal incluye una restricción al derecho a la intimidad, al admitir que este derecho de carácter fundamental puede ser afectado por orden escrita del Fiscal General de la Nación, o su delegado.

Esta injerencia, entendida como la excepción a la regla en el derecho a la intimidad, exige la vigilancia judicial a través del juez de control de garantías que tiene el deber de determinar la legalidad formal y material de la actuación que solicita la Fiscalía General de la Nación. Ese control, aunque sea posterior, en nada desconoce la prevalencia del derecho fundamental a la intimidad. Ninguna parte de la información recopilada en la actuación de los agentes encubiertos será incorporada al proceso o difundida públicamente hasta tanto que no se surta la revisión por parte el juez de garantías.

La Corte Constitucional en múltiples decisiones ha determinado que los derechos fundamentales no son absolutos, lo cual quiere decir que los mismos pueden llegar a tener algún grado de limitación, siempre que tal afectación sea razonable y cumpla con criterios de proporcionalidad y busquen un fin constitucionalmente protegido. La Corte ha precisado al respecto:



“En efecto, de ser los derechos “absolutos”, el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los “derechos absolutos” tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho.

(...)

En estas condiciones, la tarea del legislador es la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de precedencia de un derecho sobre otro. Así por ejemplo, las reglas del procedimiento penal surgen como resultado de la ponderación de todos los derechos e intereses inmersos en la cuestión criminal: la garantía de los derechos que pueden verse afectados por una acción delictiva, la defensa del inocente, la búsqueda de la verdad, etc.”¹⁰

Por ello, el derecho a la intimidad puede verse limitado, ya sea por el interés general cuando el ejercicio de la intimidad perjudica la convivencia pacífica o amenaza al orden justo, o en aquellas circunstancias en las que su disfrute lleva a una colisión con otros derechos individuales que comportan el carácter de fundamental, como por ejemplo, el derecho a la vida, a la libertad, o la dignidad humana.

Lo anterior permite afirmar que el derecho fundamental a la intimidad no es absoluto y puede ser restringido. Su restricción, en el caso de los agentes encubiertos: i) debe respetar un límite temporal; ii) deben existir razones fundadas que justifiquen la actividad encubierta; iii) la orden de la actividad encubierta debe provenir del Fiscal correspondiente, previa

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-581 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.



autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías; y iv) debe existir una revisión del procedimiento por parte del Juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas posteriores a la acción encubierta.

En consecuencia y según los argumentos expuestos, resulta claro que a los demandantes no les asiste razón en cuanto a la posible vulneración del derecho fundamental a la intimidad como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 242 de la Ley 906 de 2004, específicamente frente a la revisión posterior de la actuación de los agentes encubiertos por parte del juez de control de garantías.

Al respecto, cabe reiterar que en el marco de circunstancias específicas, valoradas por los funcionarios competentes, es constitucionalmente admisible que el Director Nacional o Seccional de Fiscalías autorice la actuación de agentes encubiertos, en casos específicos y con control posterior del juez de garantías.

5.1. Pronunciamientos jurisprudenciales respecto del derecho a la intimidad.

En apartes anteriores se hizo referencia a pronunciamientos jurisprudenciales sobre el derecho a la intimidad y se desarrolló un juicio de razonabilidad sobre la posibilidad que tienen los fiscales de ordenar acciones de agentes encubiertos dirigidas a recopilar información que sea útil para la actuación penal. A continuación se hará referencia a otros pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que ha encontrado exequible limitar el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en actuaciones investigativas.

5.1. Uno de los primeros pronunciamientos en los que la Corte Constitucional se pronunció sobre este tema fue en la Sentencia C-505 de 1999. En ésta resolvió la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 383 de 1997, norma que permitía a la DIAN adelantar “mediante resolución motivada” el registro de oficinas y establecimientos comerciales, industriales o de servicios de los contribuyentes. En esa oportunidad, la



Corte se refirió a los ámbitos del derecho a la intimidad y a la posibilidad de limitar este derecho. Al respecto, el Alto Tribunal precisó lo siguiente:

“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 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.

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).”¹¹

5.2. Posteriormente, la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-1723 de 2000, resolvió una tutela en contra de la empresa TELECOLOMBIA LTDA, por la emisión del “programa unidad investigativa”, donde se

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-505 del 14 de julio de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.



expusieron, sin autorización del demandante, aspectos de su vida privada, relativos a su salud y su comportamiento sexual. La Corte negó las pretensiones de la tutela instaurada al considerar que la empresa demandada no había vulnerado los derechos a la intimidad, al buen nombre, a la honra y al debido proceso del accionante. La Corte consideró que la actuación se había ajustado a los parámetros constitucionales previstos para el ejercicio de la libertad de información.

5.3. Existen antecedentes jurisprudenciales en lo atinente a las facultades de la Fiscalía General de la Nación frente a la vigilancia y seguimiento de las personas, en el marco de investigaciones penales. En efecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-881 de 2014, efectuó un amplio estudio de las limitaciones permisibles al derecho a la intimidad y las medidas de vigilancia y seguimiento de personas. En la citada sentencia, la Corte sostuvo lo siguiente:

“(...) 4.5. El derecho a la intimidad no es absoluto, pues puede limitarse cuando entra en conflicto con derechos de terceros o con la defensa de intereses superiores del ordenamiento.

4.6. La vigilancia y el seguimiento del indiciado son actuaciones realizadas por la policía judicial para la obtención y el aseguramiento de pruebas de una conducta punible, las cuales se han contemplado en numerosas legislaciones penales de todo el mundo como en Alemania, la Francia, el Reino Unido, Estados Unidos, Irlanda, Chile, Ecuador, Perú y Panamá entre otros.

4.7. La expresión “el fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado pudiere conducirlo a conseguir información útil para la investigación que se adelanta, podrá disponer que se someta a seguimiento pasivo” es exequible, pues constituye una limitación razonable y proporcional del derecho a la intimidad:



4.7.1. *La medida de vigilancia y seguimiento es razonable por los siguientes motivos:*

(i) *Está fundada en una finalidad legítima como es la persecución y sanción de las conductas que atentan contra los bienes jurídicos tutelados.*

(ii) *Tiene un alcance limitado y muy específico que permite la vigilancia respecto de eventos que no afecten el núcleo esencial de la intimidad como campos abiertos, a plena vista, o cuando se hayan abandonado objetos, por lo cual no se podrá aplicar en aquellos casos en los cuales sea necesaria una afectación más profunda de la intimidad como allanamientos y registros, interceptaciones o retenciones*

(iii) *Tiene una relación absoluta con la finalidad pretendida, situación que se encuentra de manera muy clara en la norma, pues la misma señala que su objetivo es conseguir información útil para la investigación que se adelanta.*

4.7.2. *La medida de vigilancia y seguimiento es proporcional por los siguientes motivos:*

(i) *Es idónea para alcanzar el fin de recaudar información sobre la comisión de la conducta punible.*

(ii) *Constituye un medio mucho menos restrictivo para la obtención de pruebas que otros como el allanamiento, el registro y la interceptación de comunicaciones.*

(iii) *Es proporcional en sentido estricto, pues no solamente no afecta el núcleo esencial del derecho a la intimidad, sino que también está sujeta a una serie de controles y restricciones: la decisión debe ser motivada de manera razonable; debe estar fundada en medios cognoscitivos previstos en el Código de Procedimiento Penal; está limitada en el tiempo, pues si en el*



lapso de un año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieren nuevos motivos; requiere autorización del Juez de Control de Garantías para la determinación de su legalidad formal y material, dentro de las 36 horas siguientes a la expedición de la orden y; vencido el término de la orden de vigilancia u obtenida la información útil para la investigación el fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.

4.8. La expectativa razonable de la intimidad del indiciado o imputado o de terceros adiciona una limitación muy importante a las medidas realizadas en virtud de la vigilancia y el seguimiento que es coherente con la razonabilidad que ha exigido la Corte Constitucional respecto de toda restricción al derecho a la intimidad.”¹²

Habiendo efectuado el citado análisis, la Corte declaró exequible el aparte acusado del artículo 54 de la Ley 1453 de 2011, en el que se establece lo siguiente: “*el fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado pudiere conducirlo a conseguir información útil para la investigación que se adelanta, podrá disponer que se someta a seguimiento pasivo, por tiempo determinado, por parte de la Policía Judicial*”.

6. La norma acusada no vulnera el derecho fundamental de defensa.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-025 de 2009, estudió la constitucionalidad del último aparte del inciso 4° del artículo 242 de la Ley 906 de 2004 (“*para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos*”). En esta

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-881 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



sentencia, a la que se hizo mención en apartes anteriores, la Corte hizo un estudio a profundidad del derecho a la defensa en la actuación penal, con énfasis en el proceso penal acusatorio, en el que opera el artículo 242. Al respecto, la Corte señaló lo siguiente:

“5.4. A diferencia del sistema de tendencia inquisitiva, en el que la Fiscalía cumplía al mismo tiempo la función acusatoria y funciones jurisdiccionales, en el nuevo sistema procesal penal la labor del ente de investigación se desarrolla con especial énfasis en la función acusatoria, enfocándose en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado. En ese sentido, los actos de la Fiscalía no son jurisdiccionales sino de investigación, con excepción de aquellos que impliquen restricción de los derechos fundamentales de las personas, los cuales deben ser en todo caso controlados por el juez de garantías, quien los autoriza y convalida en el marco de las garantías constitucionales, “guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales.”

Dentro de este esquema, el propio Acto Legislativo 03 de 2002 faculta a la Fiscalía General de la Nación para ejercer el principio de oportunidad e imponer, en el curso de las investigaciones que realice, las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones, las cuales no requieren, en el nuevo texto constitucional, autorización judicial previa para ello, pero sí están sometidas a un control judicial posterior automático, por parte del juez que cumpla la función de control de garantías.

5.5. Según lo dijo la Corte, una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue la creación del juez de control de garantías, a quien se le asignaron competencias “para adelantar (i) un control previo para la adopción de medidas



restrictivas de la libertad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas excepcionalmente por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; e (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución".¹³

Siguiendo esa estructura, al juez de control de garantías le corresponde examinar "si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, (i) si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si la medida es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad". (subrayado fuera de texto original).

De acuerdo con el texto transcrito se deduce claramente que, si bien es cierto el fundamento de la demanda del artículo 242 de la Ley 906 y su consecuente pronunciamiento mediante Sentencia C-025 de 2009, estribó en la presunta violación del derecho a la defensa, es claro igualmente que la Corte en sus consideraciones analizó y estableció el alcance de las labores de investigación a cargo de la Fiscalía General de la Nación, reiterando sin lugar a equívocos la existencia de un control por parte del juez de garantías que guarda el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales.

¹³ Sentencia C-591 de 2005.



En el mismo sentido, el control posterior por parte del juez de garantías de las actividades de los agentes encubiertos, no comporta violación a esta garantía fundamental. La actividad encubierta se traduce en un conjunto de acciones encaminadas a recopilar información y evidencias, que luego de ser revisadas por parte del juez de control de garantías pueden, a partir de allí, ser consideradas susceptibles de ser objeto de controversia y defensa por parte de quienes se crean afectados en sus derechos.

La Fiscalía considera que el apartado demandado del artículo 242 de la Ley 906 de 2004, no está dentro de los presupuestos señalados por la Corte Constitucional para activar el derecho de defensa antes de que se adquiriera la condición de imputado, a saber:

“Hipótesis en las que se activa el derecho de defensa antes que se adquiriera la Condición de imputado

Primera: Cuando se efectúa un allanamiento por parte de autoridad pública competente, bajo el entendido que se pretende obtener material probatorio y evidencia física por ejemplo, lo razonable a la luz de los postulados Constitucionales es que aquella persona que se vea sometida a dicha carga pública pueda desde ese momento cuestionar la evidencia física que se recauda.

(...)

Segunda: En el instante mismo de un accidente de tránsito y ante la evidencia de un posible homicidio culposo; la persona sobre la recae la supuesta responsabilidad debe poder ejercer su derecho de defensa, con el propósito de demostrar que, por ejemplo, su vehículo estaba en otro carril, el croquis no responde a la realidad de los hechos, solicitar testimonios de personas que afirmen su dicho, entre otras. Hechos estos posibles de aclarar con la activación del derecho de defensa y no necesariamente ostentando la condición de imputado.



Tercera: Ante los posibles señalamientos públicos, efectuados por la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional o cualquiera de los intervinientes en el proceso penal, en los cuales se endilga algún tipo de responsabilidad penal, debe poder la persona activar su derecho de defensa no necesariamente teniendo la condición de imputado."¹⁴

Como corolario se precisa que la Ley 906 de 2004 y específicamente la norma que se demanda son consecuencia de un nuevo modelo de procedimiento en lo penal que respeta las garantías fundamentales del ciudadano, incluyendo el derecho a la defensa, y con el concurso oportuno a manera de control de los jueces de garantías. Sobre este tema la Corte Constitucional, en Sentencia C-591 de 2005, precisó lo siguiente:

"Las menciones generales sobre el nuevo sistema procesal penal, citadas anteriormente, permiten advertir que se trata de un nuevo modelo que presenta características fundamentales especiales y propias, que no permiten adscribirlo o asimilarlo, prima facie, a otros sistemas acusatorios como el americano o el continental europeo. Se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculcado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas. Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales. El nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.



procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia. En desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Con todo, en el curso del proceso penal, la garantía judicial de los derechos fundamentales, se adelantará sin perjuicio de las competencias constitucionales de los jueces de acción de tutela y de habeas corpus."

Es importante destacar que la promulgación de la Ley 906 de 2004 obedeció en parte a la necesidad de constitucionalizar el procedimiento penal bajo la premisa que las autoridades que participaran de la investigación y el juzgamiento debían enfatizar en el respeto por los derechos fundamentales de las personas vinculadas a la actuación, y además, cuando existieran decisiones adoptadas por los fiscales que afectaran esas garantías fundamentales debía, concurrir la revisión de lo actuado por parte del juez de control de garantías, ya sea de forma previa o únicamente posterior a la actuación.

A pesar de que en ambos casos, tanto en la actuación judicial con autorización previa, como en la actuación judicial con autorización posterior, se ingresa en la esfera de lo privado y de los derechos fundamentales del individuo, en el control posterior se llega "hasta las



cosas y espacios en que habita el sujeto investigado, hasta sus comunicaciones, sean escritas o telemáticas, pero no más que eso.”¹⁵

7. La norma acusada no vulnera los artículos 8 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni el artículo 93 de la Constitución.

Los demandantes señalan que el artículo 242 (parcial) de la Ley 906 de 2004, vulnera los artículos 8 y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativos a las garantías judiciales y protección de la honra y la dignidad, y el artículo 93 de la Constitución. No obstante, tal como se demostró en apartes anteriores de esta intervención, la norma acusada no vulnera los derechos a la defensa ni a la dignidad, a los que se refieren los citados artículos, ni el derecho a la intimidad.

8. Argumentos constitucionales que justifican el control posterior jurisdiccional de la actuación de los agentes encubiertos.

El eje principal que sustenta la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 242 (parcial) estriba en que solamente exista un control posterior por parte del juez de garantías sobre la actuación de los agentes encubiertos, generando aparentemente una vulneración de los derechos fundamentales de quien es sujeto pasivo de esa actividad encubierta.

Para justificar desde el punto de vista legal y material el contenido sobre esta materia es indispensable analizar dos aspectos: el primero hace referencia a las formalidades que concurren en la actuación de los agentes encubiertos; y la segunda versa sobre las condiciones de seguridad que requieren los agentes que realizan el procedimiento excepcional de seguimiento.

Respecto a las formalidades del procedimiento es importante destacar que, si bien es cierto la actuación de agentes encubiertos no establece un control previo jurisdiccional, como sí lo ostenta, por ejemplo, la

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao.



vigilancia y seguimiento de personas, ello no quiere decir que esta actuación sea el producto de una decisión apresurada o carente de fundamento. En efecto, tal y como se desprende de la lectura del artículo 242 parcialmente demandado, para que pueda surtirse la actuación de agentes encubiertos es necesario que exista una autorización previa del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, la cual por supuesto deberá ser motivada y plasmar con suficiencia las razones que justifican la acción encubierta y las condiciones en que se llevará a cabo, cuidando de garantizar los derechos fundamentales de quienes intervengan como sujetos pasivos. Si bien no se trata de un control previo jurisdiccional, la realización de las acciones encubiertas requiere de la autorización previa emitida por funcionarios de alta jerarquía de la Fiscalía General de la Nación.

Cabe anotar que el Director Nacional o Seccional de Fiscalías, para autorizar la acción de agentes encubiertos, debe valorar en el contexto de la Constitución Política y las normas de procedimiento penal vigentes, la necesidad, pertinencia, conducencia, y nivel de riesgo que presupone un procedimiento de estas dimensiones. Además, deberá determinar las medidas necesarias para evitar afectar derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la acción encubierta. Posteriormente a su realización, la acción encubierta pasará a control del juez de garantías.

Es importante resaltar que los agentes encubiertos se introducen en la esfera delincencial durante el tiempo que tarde la operación. Su vida e integridad personal se pone en altísimo riesgo en el evento en que personas diferentes a los funcionarios competentes se enteren de su identidad o descripción física. Para evitar esta situación es indispensable mantener en el mayor secreto tanto la individualización del agente como la actuación a seguir.

De otro lado, es importante reiterar pronunciamientos recientes del Alto Tribunal Constitucional (Sentencia C-516 de 2015) sobre el rol de los jueces de garantía, en el sentido que su función es *"controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos de investigación criminal de manera inmediata y obligatoria dentro de las 36 horas siguientes a la*



realización del acto de investigación". Esta función la cumplen en el caso de las actuaciones de los agentes encubiertos.

Por último en relación con la acusación del demandante, según la cual, el Artículo 242 del CPC vulnera el artículo 250 de la Constitución Política, en tanto la actuación de los agentes encubiertos no se consagra en el numeral segundo de dicha cláusula constitucional como una actuación que pueda tener control posterior, encuentra la Fiscalía que el mencionado artículo 250 Superior no pretende establecer una lista exhaustiva y agotada de los eventos en los cuales la Fiscalía General de la Nación somete sus actuaciones a control posterior del control de garantías. Por el contrario la intención del artículo constitucional en cuestión es listar algunas de las actuaciones que puede realizar la Entidad en el ejercicio de sus funciones y por la naturaleza de las mismas las somete al control posterior respectivo.

Aunado a lo anterior, el Artículo 242 del Código de Procedimiento Penal asimila las actuaciones de agentes encubiertos a los allanamientos y registros. Nótese que el artículo demandado, contrario a lo que expresa el ciudadano demandante, ordena que en ejercicio del control posterior que cuestiona, se sigan las reglas para allanamientos y registros. Por lo anterior la Fiscalía encuentra que la norma acusada no vulnera el artículo 250 de la Constitución.

Por las razones que se acaban de exponer la Fiscalía General de la Nación considera que el control posterior previsto en el artículo 242 de la Ley 906 de 2004 no vulnera derechos fundamentales.

III. CONCLUSIONES

La Fiscalía General de la Nación considera que la demanda presentada contra el artículo 242 (parcial) de la Ley 906 de 2004 no demuestra la violación alegada de las normas constitucionales. Así mismo, tal como se expuso a lo largo de esta intervención, la Fiscalía General de la Nación considera que el control posterior judicial de la actuación de los agentes encubiertos por parte de los jueces de control de garantías es respetuoso de los mandatos consagrados en la Constitución Nacional, no vulnera ni el Preámbulo, ni los artículos 1, 2, 5, 15, 28, 29, 93, 250 de la Carta



Política ni los artículos 8 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y guarda coherencia con los pronunciamientos recientes de esa Corporación Judicial sobre el rol de los jueces de control de garantías (Sentencia C-516 de 2015).

IV. SOLICITUD

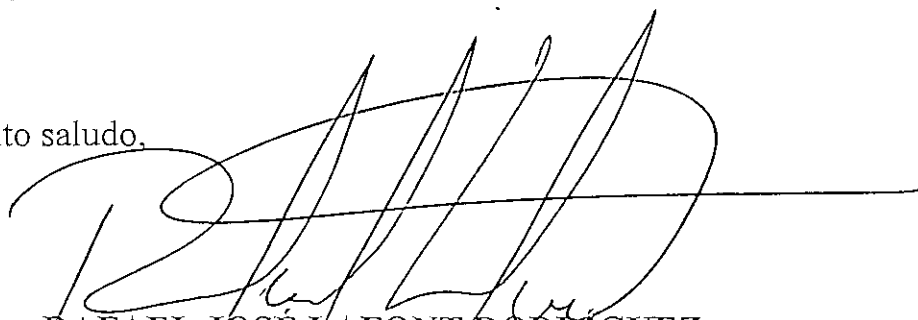
Con fundamento en los argumentos expuestos en este documento, se solicita de manera respetuosa a la Corte Constitucional declarar **EXEQUIBLE, SIN CONDICIONAMIENTO ALGUNO**, el inciso cuarto del artículo 242 de la Ley 906 de 2004.

V. ANEXOS

- Resolución No. 1800 del 2 de septiembre de 2015, en dos (2) folios.

En los anteriores términos, dejo planteadas las razones que sustentan mi respetuosa solicitud.

Con un atento saludo,



RAFAEL JOSÉ LAFONT RODRÍGUEZ
Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales
Fiscalía General de la Nación