

PRIMERA LÍNEA

No. 7, abril 2019

MPA DERECHO PENAL CORPORATIVO

EQUIPO EDITORIAL

Mauricio Pava Lugo
Director Editorial

Andrés Felipe Díaz Arana
Director Académico

Paul Cifuentes
Editor

CONSEJO EDITORIAL

Andrés Felipe Zapata Zapata
Daniel Santiago Guio Díaz
Juan David León Quiroga

COLUMNISTAS

Ana María Ramos Serrano
Jacobó Alejandro González Cortés
Javier Augusto Torres López
Mauricio Pava Lugo

EQUIPO EDITORIAL

MAURICIO PAVA LUGO

Director editorial

Director de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, Abogado de la Universidad de Caldas, Curso Universitario Superior en *Compliance* de la Universidad de Barcelona y Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; *conjuez* de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; profesor en el área de derecho penal de la Universidad de los Andes; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas. Es miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y en la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013-2018). Tiene experiencia como docente de posgrado en varias universidades. Ha intervenido o promovido diferentes procedimientos de exequibilidad ante la Corte Constitucional, logrando importantes decisiones como las sentencias C782/05, C186/08, C250/11, entre otras.

ANDRÉS FELIPE DÍAZ ARANA

Director académico

Abogado y Filósofo de la Universidad de los Andes, Grado Cum Laude. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra (España), acreedor del Premio al Primer Puesto en la edición 2014-2015. Magíster en Estudios Jurídicos Avanzados de la Universidad de Barcelona, tesis calificada Matrícula de Honor por Unanimidad. Especialista en Derecho Médico-Sanitario de la Universidad del Rosario. Profesor Titular en pregrado y posgrado en distintas universidades. Autor de varias publicaciones académicas sobre derecho penal y política criminal en revistas nacionales e internacionales. Director Académico y Presidente del Consejo Editorial de Primera Línea.

PAUL CIFUENTES (Lingua Franca)

Editor

Licenciado en filología inglesa y aspirante a magister en filosofía de la Universidad Nacional. Ha sido docente consultor en redacción de textos jurídicos, inglés jurídico, traducción de textos jurídicos y lingüística forense para firmas distintas firmas y oficinas jurídicas; ha capacitado y asesorado despachos de la Rama Judicial. Ha actuado como perito convocado por las partes o por la Fiscalía General de la Nación. Es docente de los departamentos de Lingüística y Estadística de la Universidad Nacional de Colombia, en las áreas de redacción de textos jurídicos, argumentación oral, y comprensión y producción de textos académicos; está vinculado con la Unidad de Docencia e Investigación en Textos Argumentativos (Universidad Nacional) y el Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos. Es el Director académico y científico de *Lingua Franca: servicios lingüísticos y académicos*.

CONSEJO EDITORIAL

ANDRÉS FELIPE ZAPATA ZAPATA

Autor/Columnista/Miembro del Consejo Editorial

Asistente legal de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia, con más de nueve años de experiencia en la firma; se ha desempeñado como coordinador jurídico y, actualmente, lidera la elaboración de conceptos jurídicos y estructuración dogmática de las defensas penales.

DANIEL SANTIAGO GUIO DÍAZ

Autor/Columnista/Miembro del Consejo Editorial

Abogado de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, graduado de la Universidad Sergio Arboleda y perteneciente al programa de honores de la misma universidad; realizó estudios de profundización en derecho internacional y derecho comparado en la Universidad Sergio Arboleda de Madrid – España. Fue orador en el XIX Concurso Interamericano de Derechos Humanos de la American University en Washington D.C.; cuenta con conocimientos especializados sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Al interior de la firma, se desempeña en planes de defensa corporativa, programas de cumplimiento, instrumentalización de decisiones, estructuración de medidas de gobierno corporativo y apoyo a la gestión en materia de libro blanco.

JUAN DAVID LEÓN QUIROGA

Columnista/Miembro del Consejo Editorial

Abogado de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, graduado de la Universidad del Rosario con profundización y especialización en Derecho Penal de la misma academia, Master en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona en convenio con la Universidad Pompeu Fabra y Curso Universitario Superior en *Compliance* de la Universidad de Barcelona. Con amplio conocimiento sobre la acción de extinción de dominio y su aplicación práctica, prevención del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo en el sector corporativo y la aplicación de programas de cumplimiento.

COLUMNISTAS

ANA MARÍA RAMOS SERRANO

Ingeniera industrial y abogada de la Universidad de los Andes, con Especialización en Evaluación Social de Proyectos y Maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa de la misma institución. Experiencia profesional en formulación de proyectos, diagnóstico organizacional, monitoreo y evaluación de políticas públicas y en la puesta en marcha de modelos de gestión y sistemas de información para mejorar el acceso, la eficiencia y la transparencia en la administración de justicia. Se ha desempeñado como directiva, asesora y consultora en temas relacionados con la arquitectura institucional de la justicia, la política criminal, el sistema procesal penal y la Jurisdicción Especial para la Paz; así como en el diseño de estrategias para la lucha contra la corrupción y la impunidad y el fortalecimiento y promoción de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en entidades públicas y privadas. Exviceministra de Promoción de la Justicia y actualmente coordinadora de proyectos en la Corporación Excelencia en la Justicia.

JACOBO ALEJANDRO GONZÁLEZ CORTÉS

Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, candidato a Magíster en derecho con énfasis en procesal penal de la Universidad Sergio Arboleda. Ha sido ponente en congresos de delitos informáticos y participó en el Primer simposio nacional de delitos informáticos, en el que se abordaron aspectos de técnicas de investigación, entre otros. Ha capacitado, a nivel nacional, a fiscales, miembros del CTI y de la policía judicial. Actualmente, es socio de la firma MPa abogados y se desempeña como director de operaciones por sus amplios conocimientos en el manejo de delitos informáticos y financieros, y en las víctimas en el proceso penal. Ha ocupado diversas posiciones en la firma en más de una década de trabajo constante, lo que le ha permitido tener una completa comprensión del funcionamiento de la firma.

JAVIER AUGUSTO TORRES LÓPEZ

Abogado de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, graduado de pregrado de la Universidad Libre de Colombia, y en proceso de grado de estudios en especialización en Derecho Procesal Penal de la Universidad Externado de Colombia. Realizó estudios de profundización en Derecho Penal, aprendizaje que conllevaría a su posterior desempeño como auxiliar judicial ad-honorem en la Sala penal del Tribunal Superior de Bogotá y en la Corte Suprema de Justicia. En la firma MPa, se desempeña como abogado de procesos penales especiales, relacionados con delitos económicos y financieros.

MAURICIO PAVA LUGO

Director de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, Abogado de la Universidad de Caldas, Curso Universitario Superior en *Compliance* de la Universidad de Barcelona y Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; conjuer de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; profesor en el área de derecho penal de la Universidad de los Andes; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas. Es miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y en la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013-2018). Tiene experiencia como docente de posgrado en varias universidades. Ha intervenido o promovido diferentes procedimientos de exequibilidad ante la Corte Constitucional, logrando importantes decisiones como las sentencias C782/05, C186/08, C250/11, entre otras.

CONTENIDO

<u>LA DIAN, AUNQUE SE VISTA DE SEDA, DIAN SE QUEDA</u>	9
MAURICIO PAVA LUGO	9
<u>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NEGÓ LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA DOBLE INSTANCIA EN LOS PROCESOS CONTRA AFORADOS CONSTITUCIONALES</u>	12
JAVIER AUGUSTO TORRES LÓPEZ	12
<u>¿DEL AGENTE ENCUBIERTO AL AGENTE PROVOCADOR? ¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.</u>	
JACOBO ALEJANDRO GONZÁLEZ CORTÉS	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
<u>CINCO PROPUESTAS PARA MEJORAR EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO</u>	31
ANA MARÍA RAMOS SERRANO	31

La DIAN, aunque se vista de seda, DIAN se queda

Mauricio Pava Lugo¹

Decía Pericles (494-424 a.C) que “El Estado Democrático debe aplicarse a servir a la mayoría y **procurar a todos igualdad** delante de la ley, debe, al mismo tiempo, protegerse contra el egoísmo y proteger al individuo **contra la arbitrariedad del Estado**”.

Pues bien, nosotros demandamos los contenidos penales de la ley de financiamiento, básicamente, porque se le otorgaron facultades excesivas de discrecionalidad a la DIAN; lo que en materia penal es inconstitucional. Consideramos que es perjudicial suministrarle una facultad (no reglada) a quien ya tiene poderosas herramientas para el recaudo de impuestos (inclusive, unas de naturaleza penal). El “garrote” de la cárcel no puede ser entregado a la DIAN para que “cobre los impuestos por ventanilla de Fiscalía”, seleccionando contra quién procede y contra quién no. Esto no debe permitirse porque convierte el proceso penal, no en un instrumento para determinar responsabilidades, sino en uno de intimidación al ciudadano. Entonces, en esta situación, el ciudadano, amedrentado ante los enormes riesgos personales y reputacionales inherentes al procesamiento criminal, rinde su posición, acepta y paga.

¹ Director de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, Abogado de la Universidad de Caldas, Curso Universitario Superior en *Compliance* de la Universidad de Barcelona y Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; conjuer de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; profesor en el área de derecho penal de la Universidad de los Andes; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas. Es miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y en la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013-2018). Tiene experiencia como docente de posgrado en varias universidades. Ha intervenido o promovido diferentes procedimientos de exequibilidad ante la Corte Constitucional, logrando importantes decisiones como las sentencias C782/05, C186/08, C250/11, entre otras.

Adicionalmente, vale la pena mencionar, aunque no ocurre actualmente en el caso colombiano, que esta herramienta es riesgosa, ya que puede ser utilizada por los gobiernos para perseguir y reducir a prisión a sus opositores, contradictores y personas que les resulten políticamente inconvenientes.

En los contenidos penales de la ley de financiamiento, se trasladó la titularidad de la acción penal a la DIAN, mediante la facultad omnímoda de decidir cuándo es o no “razonable” y “proporcional” ejercer la acción penal contra un contribuyente que ha incurrido en omisión de activos o defraudación. Por ello, le recordamos a la Corte Constitucional que en Colombia rige el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, con, apenas, dos excepciones: el principio de oportunidad y las facultades de selección y priorización en justicia transicional.

La norma demandada creó un principio de oportunidad, en cabeza de la DIAN, sin cumplir los requisitos de legalidad en la definición de las causales del principio de oportunidad y trasladando, inconstitucionalmente, la renuncia a la acción penal a una entidad de la Rama Ejecutiva. Además, creó unas facultades de selección y priorización por fuera del contexto de la justicia transicional. Con esto, se vulneran el principio de separación de poderes, contenido en el artículo 113 de la Constitución; los requisitos del principio de oportunidad, contemplados en el artículo 250 de la misma; y las estrictas condiciones para recurrir a los principios de selección y priorización del artículo transitorio 66.

Próximamente, el equipo de “Primera Línea” hará circular un riguroso estudio, que está elaborando, sobre los contenidos penales de la ley de financiamiento. Por lo pronto, en esta entrega, contamos con reflexiones de toda actualidad e importancia, como lo es el estudio sobre “La aplicación retroactiva de la ley en los procedimientos de carácter penal contra aforados constitucionales”. Recordemos que, sobre este tema, ha sido anunciado un proyecto legislativo, que, sin duda, pondrá sobre la mesa, la cosa juzgada y la seguridad jurídica versus las garantías judiciales individualizadas a casos concretos. De igual manera, en estos tiempos de operativos penales ampliamente publicitados, resulta de gran relevancia profundizar en el estudio de las agencias encubiertas. Nuestro columnista se enfoca en las técnicas investigativas encubiertas, tanto en su aplicación física como en su modalidad virtual, y dibuja la delgada línea que separa al agente encubierto del agente provocador.

Para celebrar nuestro primer año de publicación, que se cumple el 19 de abril próximo, tenemos una gran invitada, conocedora, como nadie, de los temas de justicia en Colombia. Ella centra su análisis en el proceso penal en tanto sistema, aunque sin dejar de lado la importancia de las garantías individuales, y

expone cinco propuestas para rescatar el sistema penal acusatorio. En estas reflexiones, la autora resalta: i) la capacitación focalizada, ii) la reforma al código procesal, iii) el ajuste de asimetrías institucionales, iv) la implementación de las TIC y v) el monitoreo del sistema, como algunos de los aspectos determinantes para superar los retos que plantea nuestro deficitario sistema procesal penal.

Corte Suprema de Justicia negó la aplicación retroactiva de la doble instancia en los procesos contra aforados constitucionales

Javier Augusto Torres López²

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en reciente jurisprudencia, reiteró que la reforma para garantizar la doble instancia a la que hace referencia el Acto Legislativo 01 de 2018, no es aplicable a sentencias de única instancia proferidas por dicha corporación antes de su entrada en vigor, en la medida de que las mismas han hecho tránsito a cosa juzgada, impidiendo entonces la aplicación retroactiva de la ley penal.

Sumario:

I. Antecedentes II. Fundamentos III. Comentarios

I. Antecedentes

² Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Sede Bogotá y especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad Externado de Colombia. Concentró sus estudios en los saberes del derecho penal participando en el desarrollo de la línea investigativa de Criminología Contemporánea, lo cual le permitió analizar la criminalidad y sus componentes desde un punto de vista sociológico. Se desempeñó como Auxiliar Judicial en la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Al interior de la firma, se desempeña como abogado en el Área de Operaciones. Es columnista de MPa Primera Línea.

En virtud de sus funciones, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de única instancia del 16 de julio de 2014³, condenó a AFAL, como autor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación. Con posterioridad a su condena, mediante Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014⁴, la Corte Constitucional precisó que la doble instancia era un principio de rango constitucional, el cual debía ser garantizado a toda persona que se encontrara en el marco de un proceso penal. Acto seguido, exhortó al Congreso de la República para que, en el término de un año, regulara, íntegramente, el derecho a impugnar todas las decisiones condenatorias y señaló que, en caso de no ser definidos estos lineamientos, la impugnación a este tipo de decisiones procedería ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

En consecuencia, el 18 de enero de 2018, mediante el Acto Legislativo 01⁵, el Congreso de la República de Colombia creó la Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, encargada de investigar y acusar a dignatarios con fuero constitucional ante la Sala Especial de Primera Instancia, y cuyas decisiones podrán ser recurridas en apelación, ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En razón a ello, el 10 de diciembre de 2018, AFAL manifestó su deseo de impugnar la sentencia condenatoria proferida en su contra, con fundamento en la entrada en vigor del Acto Legislativo No. 01 de 2018. En esa medida, solicitó hacer aplicación del principio de favorabilidad por retroactividad de la ley penal en concordancia con el bloque de constitucionalidad artículos 5 y 93 de la Constitución Política de Colombia, y el control de convencionalidad de los Artículos 1, 2 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969⁶. Posteriormente, mediante Auto del 13 de febrero de 2019⁷, la Corte Suprema

³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP9225-2014. Radicado. 37462. (16, julio, 2014). [En línea]. M.P.: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ. p. 400. [Consultado: marzo 26 de 2019]. Disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2019/02/SP9225-2014.pdf>

⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-792. Expediente D-10045. (29, octubre, 2014) [en línea]. M.P.: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. [Consultado: marzo 26 de 2019]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-792-14.htm>

⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 01 de 2018 (18, enero, 2018). [En línea]. [Consultado: marzo 26 de 2019]. Disponible en <https://www.comisionprimerasenado.com/actos-legislativo/1524-acto-legislativo-n-01-de-18-de-enero-de-2018/file>

⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto interlocutorio AP361-2019. Radicado. 37462. (13, febrero, 2019). [En línea]. M.P.: LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. p. 1 y 2. [Consultado: marzo 26 de 2019]. Disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2019/02/AP-361-2019.pdf>

⁷ *Ibid.* p.8.

de Justicia estudió la solicitud incoada por el señor AFAL; concluyendo la negativa de esta por improcedente.

II. Fundamentos

La Corte Suprema de Justicia indicó, en el auto del 13 de febrero de 2019, que a pesar de que la promulgación del Acto Legislativo 01 del 18 de enero de 2018 pretendió cumplir con los estándares jurídicos internacionales que garantizan los derechos a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria, —analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014—, el legislador “no incluyó ningún mandato de rescisión de la cosa juzgada asociado a las sentencias condenatorias dictadas en única instancia por la Corte Suprema de Justicia.”⁸

Por otro lado, la alta corporación indicó que tampoco se “consagró un régimen de transición y, en esa medida, en lo relevante para el presente caso, está fuera de lugar demandar que se aplique retroactivamente a casos que se juzgaron y fallaron con plena sujeción a la ley vigente”⁹; es decir, el Congreso de la República no consagró la posibilidad de impugnar las sentencias de única instancia que hicieron tránsito a cosa juzgada antes de su promulgación.

Así mismo, la alta corporación expuso que, como consecuencia de lo anterior, resultaba imposible suprimir los efectos de la cosa juzgada a la sentencia condenatoria dictada contra AFAL, para autorizar su impugnación ante un órgano de justicia inexistente, en la medida que fue la Sala de Casación Penal la que profirió su sentencia condenatoria y esta no tenía superior jerárquico.

En ese orden de ideas, la Corte concluyó, que “está fuera de lugar demandar que se aplique retroactivamente a casos anteriores que se juzgaron y fallaron con plena sujeción a la ley vigente, como el del señor exministro¹⁰”.

⁸ *Ibíd.* p.5.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ *Ibíd.*

III. Comentarios

El principio de favorabilidad, como axioma integrador del debido proceso, se encuentra regulado en el inciso segundo del artículo 29 de la Carta Política, el cual manda que “la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”¹¹. Lo anterior da cuenta del efecto ultractivo y retroactivo de la ley.

Por otro lado, tal como lo expone Pérez Pinzón, la ley favorable “es aquella del ordenamiento (penal y extrapenal) que mejora, de cualquier manera, la situación del ciudadano [...]”. En el mismo sentido, Pérez anota que en el conflicto de leyes que se presenta, se impone la directriz de escoger las más benignas para aplicarlas al procesado, conforme con el principio universal que predica ampliar para él lo favorable y restringir lo odioso”¹².

Frente al caso concreto y respecto al argumento de la omisión incurrida por parte del Congreso de la República, cabe mencionar que no es tarea del legislador regular cuándo es dable o no el uso del principio de favorabilidad en una norma, por cuanto dicho principio no se materializa a través de las funciones del legislativo, sino de su aplicación a un caso concreto. Al respecto se tiene que esta tarea le fue encomendada, constitucionalmente, al órgano judicial.

Como muestra de lo anterior, puede citarse el auto radicado con el número 49.734, del 24 de julio de 2017¹³, en el cual la Corte consideró la aplicación favorable de las modificaciones introducidas al régimen de las medidas privativas de la libertad contempladas en la Ley 906 de 2004, a través de las Leyes 1760 de 2015 y 1786 de 2016, sobre las contempladas en la Ley 600 del 2000.

¹¹ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional. Bogotá, 20 de julio de 1991.

¹² PÉREZ, Álvaro Orlando. Introducción al derecho penal, 3ª ed., Bogotá, Edit. Forum Pacis, 1994. p. 227.

¹³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto interlocutorio AP4711-2017. Radicado. 49734. (24, julio, 2017). [En línea]. M.P.: SALA DE CASACIÓN PENAL. [Consultado: marzo 26 de 2019]. Disponible en [www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/.../b1ago2017/AP4711-2017\(49734\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/.../b1ago2017/AP4711-2017(49734).doc)

Al estudiar el cuerpo normativo de la ley citada, en ningún lugar se hace mención expresa de la posibilidad de su aplicación retroactiva, con base al carácter favorable de las disposiciones contempladas en la Ley 906 del 2004, es decir, que no resulta necesario que el legislador se pronuncie respecto de la aplicación favorable de la norma, pues esto le corresponde al juez verificarlo, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, en cuanto a la institución de la cosa juzgada, en la decisión de condena emitida por la Corte, debe indicarse que no está imposibilitado el tratamiento favorable solicitado. La Sala Penal de esta Corporación, se ha manifestado ya sobre este punto y sus decisiones reafirman la retroactividad de la ley penal en casos donde ya se ha dictado sentencia condenatoria y se está en proceso de ejecución de la pena impuesta.

Así, por ejemplo, en decisión de tutela del 31 de octubre de 2018, dictada bajo el radicado 101.256¹⁴, la Corte Suprema de Justicia admitió que “para los casos en los que ha existido captura en flagrancia, la Ley 1826 de 2017 contiene un tratamiento punitivo más favorable por efecto de la aceptación de cargos en la primera oportunidad procesal habilitada para ello (rebaja de hasta la mitad de la pena) que el contemplado en la Ley 906 de 2004 para los mismos eventos (rebaja del 12.5% de la penal)”. En este caso, como en muchos otros, pese a existir cosa juzgada, la Corte reconoció la aplicación de una norma posterior más favorable al condenado.

En conclusión, resulta discutible la decisión tomada por la Corte, por cuanto los fundamentos esgrimidos no son congruentes con decisiones emitidas con anterioridad por la misma Sala y, en esa medida, se está desconociendo el principio de igualdad y de seguridad jurídica que son factores fundamentales en la administración de justicia en un Estado Social de Derecho.

Bibliografía

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

¹⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de Tutela STP14140-2018. Radicado. 101256. (31, octubre, 2018). [En línea]. M.P.: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. [Consultado: marzo 26 de 2019]. Disponible en www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/.../B%20DIC2018/STP14140-2018.doc

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 01 de 2018 (18, enero, 2018). [En línea]. [Consultado: marzo 26 de 2019]. Disponible en <https://www.comisionprimerasenado.com/actos-legislativo/1524-acto-legislativo-n-01-de-18-de-enero-de-2018/file>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-792. Expediente D-10045. (29, octubre, 2014) [en línea]. M.P.: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. [Consultado: marzo 26 de 2019]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-792-14.htm>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP9225-2014. Radicado. 37462. (16, julio, 2014). [En línea]. M.P.: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ. p. 400. [Consultado: marzo 26 de 2019]. Disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2019/02/SP9225-2014.pdf>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto interlocutorio AP4711-2017. Radicado. 49734. (24, julio, 2017). [En línea]. M.P.: SALA DE CASACIÓN PENAL. [Consultado: marzo 26 de 2019]. Disponible en [www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/.../b1ago2017/AP4711-2017\(49734\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/.../b1ago2017/AP4711-2017(49734).doc)

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de Tutela STP14140-2018. Radicado. 101256. (31, octubre, 2018). [En línea]. M.P.: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. [Consultado: marzo 26 de 2019]. Disponible en www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/.../B%20DIC2018/STP14140-2018.doc

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto interlocutorio AP361-2019. Radicado. 37462. (13, febrero, 2019). [En línea]. M.P.: LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. p. 1 y 2. [Consultado: marzo 26 de 2019]. Disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2019/02/AP-361-2019.pdf>

PÉREZ, Álvaro Orlando. Introducción al derecho penal, 3ª ed., Bogotá, Edit. Forum Pacis, 1994. p. 227.

¿Del agente encubierto al agente provocador?

Jacobo Alejandro González Cortés ¹⁵

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

Sumario

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

I. Introducción

Es claro que desde el año 2000, se viene ajustando la normatividad interna de Colombia para dar cumplimiento a la convención de Palermo¹⁶. Esto, en razón de que los retos que la delincuencia organizada

¹⁵ Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, Candidato a Magíster en Derecho con énfasis en Procesal Penal de la Universidad Sergio Arboleda. Ha sido ponente en congresos de delitos informáticos y participó en el Primer simposio nacional de delitos informáticos, en el que se abordaron aspectos de técnicas de investigación, entre otros. Ha capacitado, a nivel nacional, a fiscales, miembros del CTI y de la policía judicial. Actualmente, es socio de la firma MPa abogados y se desempeña como Director de operaciones por sus amplios conocimientos en el manejo de delitos informáticos y financieros, así como de las facultades de las víctimas en el proceso penal. Ha ocupado diversas posiciones en la firma en más de una década de trabajo.

¹⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 800 (13, MARZO, 2003), Por medio de la cual se aprueban la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de

impone al Estado son cada vez mayores; sin embargo, las técnicas investigativas encubiertas¹⁷ plantean una serie de problemáticas por ser desarrolladas en el marco de un Estado Social de Derecho. El uso de estas técnicas solo debe estar precedido de una debida justificación y preservar su carácter excepcional para evitar una actividad violatoria de derechos fundamentales de los conciudadanos.

En el caso de la figura del agente encubierto, nuestra legislación ha dispuesto que bajo ninguna perspectiva se debe permitir la figura del entrapamiento, más conocida como el agente provocador¹⁸. Es precisamente esta la conclusión a la que llegaremos luego de revisar algunos aspectos de carácter constitucional y legal.

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

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

“En la actualidad, es indudable que los instrumentos penales y las técnicas de investigación tradicionales son insuficientes para hacer frente a la delincuencia organizada, y que la realidad de sus dimensiones y efectos ha propiciado la aparición de nuevas respuestas en el orden penal, en el plano procesal y en el marco de la cooperación internacional.”¹⁹

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

¹⁷ Las técnicas investigativas encubiertas, también conocidas como técnicas especiales de investigación criminal (TEI), son de aplicación excepcional, en razón a que su utilización está sometida a reserva para el procesado, con la finalidad de alcanzar ciertos fines investigativos. Lo anterior lleva a que el ejercicio de la defensa sea mediato, a que el principio de publicidad sea restringido para el procesado y para la sociedad en general. Al respecto, es necesario mencionar que su legitimidad está dada por la aplicación de principios como los de legalidad, necesidad, proporcionalidad, subsidiaridad y excepcionalidad. Estos métodos investigativos están sometidos a estrictos y rigurosos controles judiciales y como su uso está diseñado para atacar a la delincuencia organizada o de alto impacto, su uso indiscriminado puede ir en contravía del Estado Social de Derecho.

¹⁸ Esta técnica ha sido utilizada en países como Estados Unidos, Japón e Italia.

¹⁹ ARIAS ECHEVERRI, Manuel Antonio. Policía judicial y operaciones encubiertas. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley, P. 552. 2017.

En la sociedad contemporánea, la actividad criminal es cambiante pues los delincuentes tienen la facilidad de adaptarse y superar los mecanismos contemplados para su neutralización. Nuestra sociedad no es ajena a esta realidad pues claramente se observa que la delincuencia siempre va un paso adelante de las instituciones que realizan las actividades investigativas, que, para el caso colombiano, son la Fiscalía y la Policía Judicial²⁰.

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

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

Se tiene, entonces, que hacer lo contrario implica violar los derechos fundamentales, lo que puede llevar al fracaso las actividades investigativas toda vez que su resultado será inoperante. Entonces, para que un

²⁰ En la exposición de motivos de la Ley 1908 de 2018 se hizo referencia a “La persecución penal del crimen organizado plantea diversos retos. El primero de ellos hace referencia a la necesidad de fortalecer a la policía judicial no solo desde el tema de sus competencias legales, sino también desde la posibilidad de disponer de herramientas tecnológicas efectivas que permitan enfrentar en igualdad de condiciones las estructuras del crimen organizado”.

procedimiento de esta naturaleza sea válido se deben garantizar los principios constitucionales de: legalidad²¹, necesidad²², excepcionalidad²³, proporcionalidad o ponderación²⁴ y subsidiariedad²⁵; igualmente, los pasos que indica la ley para su utilización²⁶, y, finalmente, tener en cuenta aquellas circulares de la fiscalía que regulan la técnica investigativa que son de obligatorio cumplimiento para que sea válida.

Teniendo en cuenta lo anterior, la regla que debe aplicarse en materia penal, principalmente derivada de nuestro modelo constitucional, es que el Estado no puede prestarse para asumir una posición de delincuente, como instigador o provocador de actos delictivos, para obtener fines investigativos. En otras palabras, el Estado no puede ser quien invite a delinquir para identificar a aquel que pueda tener un ánimo delictivo (un dolo inducido). Esto tiene su razón de ser, toda vez que el Derecho Penal es de acto y no de autor²⁷; es decir, no se juzga a la persona por las condiciones personales o psicológicas que determinen su peligrosidad sino por las acciones que realice y que estén penalizadas según las leyes preexistentes.

²¹ Implica la preexistencia de una norma, que tenga la capacidad de utilizar la figura en el marco de la constitución política.

²² Este principio, en el marco de una investigación de carácter penal, implica la confrontación entre el método abierto y el método encubierto para la investigación de un hecho y evaluación “ex ante cuando lo exija la norma” y “ex post —en la mayoría de las oportunidades—” por juez de control de garantías.

²³ No todos los casos se resuelven con la misma metodología y la misma técnica investigativa; esto por cuanto no existen patrones de conducta en los procesos. La excepcionalidad implica que no todas las técnicas se puedan usar en todos los casos.

²⁴ Tensión entre los derechos del investigado y los fines investigativos.

²⁵ Ponderación entre las diferentes técnicas que trae el método encubierto —aplicación de la menos agresiva para los derechos fundamentales de las personas.

²⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1908 (9, julio, 2018) Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá, No. 50.649. ARTÍCULO 241. ANÁLISIS E INFILTRACIÓN DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado, en la indagación o investigación que se adelanta, pertenece o está relacionado con alguna organización criminal, ordenará a la policía judicial la realización del análisis de aquella con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma. Después, ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que agente o agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente.

El ejercicio y desarrollo de las actuaciones previstas en el presente artículo se ajustará a los presupuestos y limitaciones establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia.

²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. C-077 (8, febrero, 2006). M.P.: MARIA VICTORIA CALLE CORREA. Esta Sentencia se pronunció al respecto de la siguiente manera: “En la doctrina penal se distingue entre el Derecho Penal de autor y el Derecho Penal de acto. i) En el primero, el sujeto responde por su ser, por sus condiciones sicofísicas o su personalidad, que se consideran peligrosos para la sociedad, por su supuesta inclinación natural al delito, con un criterio determinista, de modo que el sujeto resulta condenado por la naturaleza a sufrir las condenas penales, por obra del destino y, por tanto, de modo fatal o inevitable. En este orden de ideas, no es relevante que aquel cometa infracciones, sino que tenga la potencialidad de cometerlas. ii) En el segundo, el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir por la comisión de conductas conocidas y queridas por el mismo, previstas expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hacen a aquel merecedor de una sanción. Esta clase de Derecho, inspirado por la filosofía liberal y fundado en la dignidad humana,

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

III. El agente provocador y el agente encubierto

El Art. 243 del CPP²⁸ referencia, expresamente, una de técnica investigativa especial denominada *entrega vigilada* y, al respecto, dice: “En estos eventos, está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado.”. Lo anterior tiene su razón de ser, puesto que constitucionalmente, en varias sentencias²⁹, se ha afirmado de manera categórica que está prohibida la figura del agente provocador. Este tipo de agente ha sido definido por la doctrina como:

“El *agente provocador* es aquel que induce a la comisión de un delito que no habría tenido lugar sin la actuación instigadora del policía que hace surgir la concreta voluntad delictiva en quien no

ha sido acogido por los regímenes políticos democráticos y encuentra fundamento en varios preceptos de la Constitución colombiana, entre ellos el Art. 29. Por sus fundamentos filosóficos y políticos, la responsabilidad derivada de esta última concepción del Derecho Penal es necesariamente subjetiva, es decir, exige la existencia de la culpabilidad, en alguna de las modalidades previstas en la ley, en la comisión de la conducta.”

²⁸ ARTÍCULO 243. ENTREGA VIGILADA. (...) A estos efectos se entiende como entrega vigilada el dejar que la mercancía se transporte en el territorio nacional o salga de él, bajo la vigilancia de una red de agentes de policía judicial especialmente entrenados y adiestrados.

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

(...)

²⁹ Ver las sentencias C - 176 del 12 de abril de 1994, C – 591 del 9 de junio de 2005, C-1260 del 5 de diciembre de 2005, C-543 de 28 de mayo de 2008, C-587 del 3 de agosto de 2011 y la única que logró condicionar la norma, la C-156 del 6 de abril de 2016.

había resuelto cometer ese delito. La diferencia parece clara, pues el agente infiltrado se encarga de descubrir delitos no de hacer que se comentan”³⁰

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

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

Adicional a lo anterior, resulta importante mencionar que la Ley 906 de 2004, incluyó la figura del Juez de Control de Garantías Constitucionales como actor encargado para hacer valer la Constitución Política en los procedimientos adelantados por la policía judicial, entre otras funciones. Traemos a colación esta figura, puesto que la sentencia de la Corte Constitucional C-156 del 6 de abril de 2016, como lo enunciamos anteriormente, declaró la exequibilidad condicionada del Artículo 242 del CPP en el siguiente sentido: “cuando las operaciones encubiertas impliquen el ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado, deben estar precedidas de autorización del juez de control de garantías, y sin perjuicio del control posterior.” Esto llevó a que el legislador tuviera en cuenta esta modificación en la modalidad virtual del agente encubierto, tal y como lo veremos a continuación.

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

³⁰ ARIAS ECHEVERRI, Manuel Antonio. Policía judicial y operaciones encubiertas. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley, Pág. 666. 2017.

El 9 de julio de 2018, se expidió la Ley 1908, “Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones”. Dentro de su articulado, vemos cómo el legislador ha pretendido identificar dos grandes grupos de delincuencia organizada, denominados GAO (Grupo Armado Organizado) y GDO (Grupo Delictivo Organizado)³¹. La mencionada ley respondió a un llamado que se hizo desde la convención de Palermo del año 2000; en el cual, el secretario general de las Naciones Unidas³² instó a los Estados miembros a implementar, en sus ordenamientos jurídicos, modelos de investigación encubierta que permitieran combatir los delitos graves³³ y con impacto de transnacional cometidos por la delincuencia organizada.

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

En detalle, la inclusión de la técnica de investigación *Operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual*³⁴ surgió de la necesidad de dotar a los órganos investigativos de herramientas eficaces al momento

³¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1908 (9, julio, 2018) Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá, No. 50.649.

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

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

³² Kofi A. Annan Secretario General: “En diciembre de 2000, al suscribir en Palermo (Italia) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la Ley. Si el imperio de la Ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas.”

³³ Asamblea General de las Naciones Unidas (15, noviembre, 2000) Resolución A/RES/55/25. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

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

³⁴ Artículo 16. Operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual. Adiciónese un Artículo 242B a la Ley 906 de 2004:

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

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

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

La técnica *Operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual* tiene su origen en la, ya conocida, técnica investigativa del agente encubierto³⁵, que ahora es traída a norma en su modalidad virtual. Algunas diferencias y detalles de carácter técnico y procedimental han sido incluidas en esta técnica investigativa como el cumplimiento de lo dicho por la Corte Constitucional desde la sentencia C - 156 de 2016. Según la ley, antes de usar la técnica del agente encubierto, se debe realizar audiencia ante Juez de Control de Garantías Constitucionales para solicitar control previo de la actividad investigativa a realizar, no solamente

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

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

³⁵ Sentencia C 156 de 2016 “En esencia, las operaciones encubiertas son técnicas especiales de investigación criminal, por medio de las cuales un funcionario de policía judicial o un particular debidamente escogido para ello se infiltra en una organización, con el fin de obtener información relacionada por ejemplo con su estructura, la identidad de sus miembros y sus funciones, las actividades colectivas e individuales que realizan, los contactos que tienen, los medios que emplean para llevar a cabo sus estrategias criminales, sus formas de financiación y los objetivos delictivos que proyectan. Para estos efectos, los agentes encubren su verdadera identidad, o sus móviles y finalidades, con el propósito de adquirir la confianza de los integrantes del grupo u organización criminal, y así obtener los datos relevantes a la indagación o investigación penal. Por su naturaleza, esta técnica investigativa presupone que el agente encubierto se involucre en la cotidianidad de la organización o la de algunos de sus miembros, y se vea en la necesidad operativa de obrar en contextos delictivos sin descubrir su misión. La decisión de ejecutar una operación de esta naturaleza está logísticamente precedida de una evaluación coordinada, entre el organismo de persecución criminal y la policía judicial encargada de llevarla a cabo, en torno a su aptitud para conocer información relevante, sus potencialidades y costos humanos. En consideración a la tarea del agente encargado, debe hacerse una especial ponderación de los riesgos que la operación supone para su vida, libertad e integridad, y asegurarse de que se trate de una persona idónea para el ejercicio íntegro de la misión encomendada.

porque a través de esta técnica se ingresa a los sistemas informáticos, sino debido a que los derechos fundamentales a la intimidad se ponen al límite, pues se levanta ese velo de protección que tienen los sistemas informáticos como medios de almacenamiento de información privilegiada y sensible que se encuentra en la red.

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

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

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

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

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

En países como Estados Unidos, Italia o Japón, está permitida la técnica del agente provocador en casos de delincuencia de alto impacto bajo ciertas teorías subjetivas relacionadas con la proclividad a delinquir³⁶. Sin embargo, esto va en contravía de nuestro ordenamiento jurídico. La ley penal dispone que no solo la predisposición a delinquir es suficiente para que una persona sea judicializada³⁷, y, mucho menos, si es provocado o es objeto de un entrapamiento por parte de los funcionarios del Estado que lo conminan a delinquir.

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

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

Una vez obtenido ese informe, el mismo artículo 241 del CPP menciona que: “Después, ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que el agente o agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta”. Después de esto, el fiscal deberá cumplir con la resolución de la Fiscalía General de la Nación número 06351 del 9 de octubre de 2008 —

³⁶ Ver casos *López vs United States* 373 U.S. 427,446 (1963) pág. 439 y caso “*Lewis vs. United States*” 328 U.S. 1024 (1966) y en “*Hoffa vs. United States*” 383 U.S. 1.024 (1966).

³⁷ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional. Bogotá, 20 de julio de 1991. Artículos 16 y 18.

firmada por el entonces Fiscal General de la Nación, Doctor Mario Germán Iguarán Arana— en la que se fijaron los parámetros de actuación en las operaciones con agente en cubierto³⁸.

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

V. Conclusión

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

³⁸ Resolución de la FGN número 06351 del 9 de octubre de 2008. Artículo 5: Fines de la operación encubierta: “De conformidad con lo dispuesto en la ley 906 de 2004, las operaciones encubiertas tienen como finalidad obtener información, elementos materiales de prueba y evidencia física, respecto de la composición de conductas punibles por parte de un grupo delictivo organizado, con miras a determinar: 1. La estructura de la organización; 2. La identidad de sus miembros y los roles logísticos que cumplen; 3. Las actividades primarias y secundarias del grupo y los *modus operandi* a través de los cuales las desarrollan; 4. El señalamiento de los contactos con el medio lícito e ilícito; 5. El empleo o uso de violencia 6. La interacción con otros grupos delictivos organizados; 7. Las logísticas de financiación y mercadeo; 8. Los mecanismos de procuración de sus actividades; 9. Las oportunidades de prevención; 10. La detección de bienes y recursos, entre otras, de conformidad con el contenido del programa metodológico [...]”.

- iii. Ante la delgada línea que puede separar a un agente encubierto de un agente provocador, es necesario que, respecto de las operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual, se definan los protocolos y manuales para que la policía judicial pueda afrontar la técnica investigativa sin violación de nuestro ordenamiento jurídico. Lo anterior permitirá atacar, en debida forma, la delincuencia organizada que opera a través de la red; pues de lo contrario, pueden cometerse excesos o incluso vulneraciones de los derechos constitucionales.

Bibliografía

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cinco propuestas para mejorar el sistema penal acusatorio

Ana María Ramos Serrano³⁹

Sin restar importancia a la perspectiva basada en las garantías individuales, es importante analizar nuestro modelo procesal penal en tanto sistema. Desde este enfoque, la capacitación focalizada, la reforma al código procesal, el ajuste de asimetrías institucionales, la implementación de las TIC y el monitoreo del sistema son algunos de los aspectos que deben ser tratados en cualquier reforma al sistema procesal colombiano con el fin de fortalecerlo y superar sus principales deficiencias.

Sumario:

I. Introducción II. Una mirada sistémica III. Cinco propuestas para mejorar el SPA IV. Reflexión final

I. Introducción

En contraste con los balances optimistas sobre el impacto de las últimas reformas procesales (Código General del Proceso Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), el Sistema Penal Acusatorio (en adelante, SPA) no ha logrado escapar del diagnóstico pesimista que arrastró desde los primeros años de implementación. La Fiscalía cuenta con más de un millón de noticias criminales

³⁹ Ingeniera industrial y abogada de la Universidad de los Andes, con Especialización en Evaluación Social de Proyectos y Maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa de la misma institución. Experiencia profesional en formulación de proyectos, diagnóstico organizacional, monitoreo y evaluación de políticas públicas y en la puesta en marcha de modelos de gestión y sistemas de información para mejorar el acceso, la eficiencia y la transparencia en la administración de justicia. Se ha desempeñado como directiva, asesora y consultora en temas relacionados con la arquitectura institucional de la justicia, la política criminal, el sistema procesal penal y la Jurisdicción Especial para la Paz; así como en el diseño de estrategias para la lucha contra la corrupción y la impunidad y el fortalecimiento y promoción de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en entidades públicas y privadas. Exviceministra de Promoción de la Justicia y actualmente coordinadora de proyectos en la Corporación Excelencia en la Justicia.

pendientes de resolución, en febrero de 2017 se registraban 112.461 audiencias por celebrar⁴⁰ y cerca de la mitad de los casos que se resuelven en juicio oral termina en una absolución⁴¹. La confianza de la ciudadanía tampoco es alentadora: tres cuartas partes de quienes fueron víctimas de un delito considera que la probabilidad de que este sea castigado es baja⁴². ¿Cómo lograr que el sistema cumpla con su promesa de lograr una justicia más efectiva y eficiente?.

II. Una mirada sistémica

Un sistema es un conjunto de partes interconectadas que actúan como un todo con el fin de cumplir con un propósito que le atribuye un observador⁴³. El desempeño de un sistema no depende del funcionamiento de cada una de esas partes, sino de la adecuada relación entre ellas. Un ejemplo simple es un automóvil. Su propósito, que podría ser desplazar personas o cosas de un lugar a otro, no lo puede cumplir cada una de las partes que lo integran (timón, llantas, frenos, etc.), sino que solamente es posible mediante una adecuada sincronía entre las funciones que cumple cada una.

Esto mismo ocurre con el SPA. En él convergen diferentes actores y entidades que tienen como propósito general (simplificando las muchas discusiones que pueden darse alrededor de este tema) investigar y juzgar las conductas que revisten las características de un delito, con el fin de evitar su repetición, retribuir y reparar a las víctimas y contribuir al restablecimiento del tejido social. Cada actor cumple un rol que, por sí solo, no garantiza que el sistema logre mejores resultados.

Piénsese, por ejemplo, en un incremento de las imputaciones. Visto desde la perspectiva de la Fiscalía, podría denotar una mejora en su capacidad investigativa. Pero, desde una mirada global del sistema, si estas imputaciones exceden la capacidad de los jueces, lo único que se logrará es agrandar la abultada

⁴⁰ Fiscalía General de la Nación. Rendición de cuentas 2016-2017. Colombia, 2017. Disponible vía web desde: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/audiencia-publica-de-rendicion-de-cuentas/>

⁴¹ Fiscalía General de la Nación. Análisis de Sentencias Absolutorias. Colombia, 2017. Disponible vía web desde: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Sentencias-absolutorias-vf.pdf>

⁴² AA.VV. Bogotá cómo vamos. Informe de Calidad de Vida 2016. 10ª Ed. Bogotá: Punto Aparte, 2017. Disponible vía web desde: <https://assets.documentcloud.org/documents/4051319/BCV-Calidad-De-Vida-V3-SEPT-14.pdf>

⁴³ ESPEJO, Raúl y REYES, Alfonso. Sistemas Organizacionales. El manejo de la complejidad con el modelo del sistema viable. Bogotá: Uniandes, 2016.

agenda de audiencias y abrir paso a que éstas se realicen en sesiones interrumpidas que se prolongarán por meses o años, afectando el principio de concentración y aumentando el riesgo de preclusiones y vencimientos de términos.

Aunque la necesidad de articulación parezca una obviedad, en la práctica las entidades tienen una visión fragmentada de su rol y es sobre ésta que rinden cuentas. Los policías se miden por capturas, los fiscales por imputaciones, los jueces por audiencias realizadas y, más de una vez, cuando algo falla en el sistema, se adjudican la responsabilidad unos a otros. A su vez, cada uno realiza su planeación de manera aislada y emprende acciones de fortalecimiento que solo tienen en cuenta su función misional.

III. Cinco propuestas para mejorar el SPA

Aunque lograr un cambio sustancial en el SPA será una tarea de varios años y acciones, a continuación, señalamos cinco propuestas que podrían jalonar la transformación del sistema como un todo. Éstas se encuentran enfocadas en la eficiencia, lo que no significa que en materia de garantías no deban, también, emprenderse algunos correctivos (en particular, en el uso y abuso de la detención preventiva y en el respeto a las decisiones judiciales que niegan su aplicación).

1. **Capacitación focalizada.** El sistema acusatorio está integrado por normas, infraestructura y personas. Los esfuerzos para mejorar su funcionamiento se han concentrado en los dos primeros, pero no en el último componente, en el cual recae buena parte de los problemas. Los funcionarios que ocupan los cargos en provisionalidad, sin contar con la experiencia ni la formación pertinentes; la reciente vinculación de nuevos jueces de carrera –que, en algunos casos, cuentan con una sólida formación teórica, pero que pueden no haber pisado un estrado judicial-, y las malas prácticas que se han enquistado en algunos actores obligan a hacer una intervención intensiva en formación.

La identificación de los puntos críticos en materia de capacitación debe partir del análisis de la práctica judicial, la cual se puede rastrear a través de la lectura de fallos y la observación de audiencias. Esta tarea no debería ser un ejercicio aislado de cada entidad, que puede tener necesidades particulares de acuerdo con su papel, sino también un trabajo interinstitucional que permita detectar debilidades comunes. Una de ellas es la oralidad, que ha tenido fallas no solo en

Colombia⁴⁴ sino en los demás países que han implementado el sistema acusatorio⁴⁵, la cual tiene un impacto importante en la celeridad y calidad de los procesos penales.

Si bien el ideal es que la formación llegue a todos los rincones del país, una intervención focalizada en los territorios, en la que concurren las principales entidades que integran el sistema, podría lograr un mayor impacto. Esto en contraste con programas de formación generales y atomizados, que por el acotado presupuesto solo cubren algunas necesidades y regiones y que al realizarse de manera aislada por cada institución no logran producir cambios relevantes.

Las estrategias de formación se deberían complementar con la creación de escenarios para la identificación y socialización de buenas prácticas. Un ejercicio de esta naturaleza fue liderado por el Departamento de Justicia de Estados Unidos que dio como resultado dos guías que ilustran los pasos para la celebración de audiencias de garantías⁴⁶ y de conocimiento, tomando como base las mejores prácticas identificadas por el grupo de jueces que participó en el proceso de construcción.

- 2. Reforma al Código de Procedimiento Penal.** Los catorce años de vigencia han puesto de presente la necesidad de hacer algunos ajustes que contribuyan a su eficiencia, los cuales se han intentado, sin éxito, en diferentes iniciativas legislativas radicadas en el Congreso en los últimos años⁴⁷.

Un eje de ellos tiene que ver con la racionalización de las actuaciones que se surten en audiencia, esto bajo el entendido de que la oralidad no es un fin en sí mismo, sino un medio para materializar los principios de inmediación, contradicción y publicidad. Cada audiencia que se realiza implica la coordinación de las agendas de los asistentes, su desplazamiento, la ocupación de salas y, en ocasiones, el traslado de detenidos. Cuando una audiencia se aplaza, las partes pierden el tiempo

⁴⁴ SÁNCHEZ, Alejandro. Sistema Penal Acusatorio: oralidad de mentiras. En: *Ámbito Jurídico* [online], 2019. Disponible vía web desde: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/penal/sistema-penal-acusatorio-oralidad-de-mentiras>

⁴⁵ CORA BOGANI, Laura (coord.). *La Justicia Adversarial en América Latina. Hacia la gestión el conflicto y la fortaleza de la Ley.* Konrad-CEJA: 2018. P. 529. Disponible vía web desde:

http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5621/PUBLICACION_LAJUSTICIAPENALADVERSARIALENAM%C3%89RI CALATINA_26122018_ok.pdf?sequence=17&isAllowed=y

⁴⁶ República de Colombia. *Guía judicial para audiencias de control de garantías.* Área Penal. 2ª Edición. Bogotá: Legis, 2014. Disponible vía web desde: <http://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/docs2018/GUIA-JUDICIAL-2da-edicion.pdf>

⁴⁷ Por ejemplo, los Proyectos de Ley 126 de 2013, 224 de 2015 y 197 de 2017.

de desplazamiento y es probable que deban invertir más esfuerzo en su preparación, pues para la siguiente citación deben volver a repasar los detalles del caso que pudieron olvidar debido al paso del tiempo.

Por ello, es necesario evaluar la conveniencia de mantener algunas de las audiencias, que se han convertido más en trámites de lectura y notariado, que en escenarios para dar cumplimiento a los principios del sistema⁴⁸. Algunas de las que podrían caer en esta categoría son las de lectura de fallo, la de imputación y la de entrega de vehículos. También, como ocurrió en la Ley 1826 de 2017, podría evaluarse la posibilidad de concentrar en una sola audiencia las actuaciones que hoy se dispersan en la audiencia de acusación y en la preparatoria.

- 3. Ajustar las asimetrías institucionales.** Para que el proceso penal fluya se requiere del engranaje de cada uno de los actores que intervienen en él. Como se anotó, una Fiscalía fuerte no sirve de nada si el resto de instituciones no se encuentra preparado para atender los casos que impulsa.

Actualmente, el sistema no cuenta con esta armonización, lo que se refleja en aspectos como la cobertura territorial y la remuneración del personal de las entidades. Los casos más dicientes son Medicina Legal, que para el año 2014 solo tenía cobertura en 128 municipios del país⁴⁹ y la Defensoría del Pueblo, cuyos abogados no tienen estabilidad laboral y que cuentan con remuneraciones que pueden ser menos de una cuarta parte de la que reciben los jueces, fiscales y procuradores⁵⁰, lo que genera desincentivos para la vinculación y permanencia del personal. Si realmente se quiere mejorar el sistema, el Estado no debería seguir realizando esfuerzos atomizados, como lo hizo en 2014 cuando aprobó una gran reestructuración en la Fiscalía, sino

⁴⁸ Un paso en este sentido ya lo dio la Ley 1826 de 2017 (Ley de procedimiento abreviado y acusador privado), que eliminó algunas de las audiencias que se encuentran en el proceso ordinario. Sin embargo, este procedimiento solo aplica para algunos de los delitos del sistema.

⁴⁹ VILLADIEGO BURBANO, Carolina y LALINDE ORDÓÑEZ, Sebastián. Sistema de Justicia Territorial para la Paz. Bogotá: Dejusticia, 2017. P. 52.

⁵⁰ De acuerdo con la información recaudada por la CEJ en 2017, un Defensor Público tenía una remuneración de aproximadamente 4.300.000 pesos mensuales por contrato de prestación de servicios. Por su parte, un juez penal municipal recibía en promedio 8.152.000 pesos. Los magistrados de Tribunal, los Fiscales delegados ante estos y los procuradores judiciales devengaban para ese momento cerca de 25 millones mensuales.

preocuparse por fortalecer toda la cadena del proceso, lo que sin duda pasa por aumentar la capacidad institucional de estas dos entidades y de los jueces.

- 4. Implementación de las TIC.** Las TIC pueden cumplir un papel transformador en el sistema de justicia. En el ámbito penal en particular, los tiempos y costos de las audiencias podrían disminuirse si existiera un mayor uso de las audiencias virtuales. Así mismo, se podrían reducir los riesgos de aplazamiento si se desarrollara el sistema de información para la coordinación de agendas de las partes e intervinientes⁵¹, que evite que una misma persona sea citada a dos audiencias distintas a la misma hora. También, a través de la tecnología podrían ahorrarse tareas operativas al interior de los despachos, como lo es el registro manual de la información estadística que los jueces deben reportar trimestralmente al Consejo Superior de la Judicatura, y reducir los riesgos de manipulación del reparto, que han dado origen a varias investigaciones penales por corrupción. Algunos avances en la incorporación de las TIC lo ha hecho la Fiscalía, que implementó un sistema de denuncias en línea y una prueba piloto del sistema Watson, a través del cual se puede analizar el universo de denuncias que reposan en la Fiscalía con el fin de identificar patrones que faciliten la agrupación de casos y la detección de fenómenos de criminalidad organizada.

Desde los Planes Nacionales de Desarrollo de hace dos décadas se ha prometido la implementación del expediente digital, que a la fecha no existe. Recientemente, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de las TIC y los presidentes de las Cortes firmaron un memorando de entendimiento para implementar la tecnología en la justicia. Esperamos que esta vez sí sea una realidad y que la tecnología logre llegar a los jueces, quienes son los que menos posibilidades han tenido de aprovechar las ventajas que ésta ofrece.

- 5. Monitorear el sistema.** Actualmente existe poca información sobre el estado de la implementación del sistema acusatorio. Además de algunos estudios desactualizados, de los problemas que quedan en evidencia en casos de connotación y de los informes que presenta cada entidad sobre su gestión individual, no existe un diagnóstico integral reciente sobre su funcionamiento y las medidas que se necesitan para superar sus problemas.

⁵¹ Este sistema se ha identificado como una necesidad desde hace más de 10 años, sin embargo, su implementación no ha pasado de pruebas piloto que no han tenido cobertura nacional.

Los dos escenarios institucionales en los que podrían darse estas discusiones son el Consejo Superior de Política Criminal y la Comisión interinstitucional de Seguimiento al Sistema Penal Acusatorio. Sin embargo, el primero concentra su agenda en el análisis de proyectos de ley que usualmente corresponden a reformas del Código Penal y, la segunda, solo se ha reunido una vez en los últimos siete años. Aunque lo deseable que desde el mismo Estado funcionaran estos escenarios de planeación y monitoreo al sistema, no existen muchos incentivos para que esto ocurra; de un lado, porque no siempre comparten una misma visión de intereses (v.gr en el uso de la detención preventiva), del otro, porque resulta más sencillo dar cuentas únicamente por la gestión individual.

Frente a este vacío la academia y la sociedad civil podemos cumplir un papel importante, a través del análisis de jurisprudencia, del estudio de casos y la medición de indicadores sobre el comportamiento integral del sistema. Si bien se conoce que las audiencias son largas, que se aplazan, que han existido excesos en la aplicación de los preacuerdos y el principio de oportunidad, que se han presentado casos de corrupción en la justicia penal, todo esto requiere de cifras y análisis más profundos que permitan conocer la magnitud de los problemas y sus causas, requisito indispensable para promover mejores políticas públicas que ayuden a superarlas. La CEJ, consciente de esta necesidad de la importante información que ha recaudado sobre el sistema, comenzará a desarrollar desde este año el estudio de los 15 años de funcionamiento del sistema.

IV. Reflexión final

El mal funcionamiento del sistema penal acusatorio permea la percepción general sobre la justicia, esto debido a la afectación social que generan las conductas que revisten las características de un delito y a la visibilización que tienen en los medios de comunicación. Catorce años después de que empezó su implementación, los principales problemas del sistema no se han corregido. Por cuenta de esto, se han abierto cada vez más espacios para que se adopten medidas que aumentan penas, recortan garantías y limiten las formas alternativas de terminación del proceso, lo que crea un círculo vicioso que parece no tener salida. Son muchas las acciones que hay que emprender sobre las cuales no se hizo referencia en este escrito. Sin embargo, las más importantes tienen que ver con la superación de los cuellos de botella

que afectan el funcionamiento del sistema en su conjunto. La academia y la sociedad civil tenemos un gran papel en incentivar este tipo de transformaciones, a través de estudios sobre el sistema y de la promoción de la rendición de cuentas, tanto institucional como interinstitucional.

Bibliografía

AA.VV. Bogotá cómo vamos. Informe de Calidad de Vida 2016. 10ª Ed. Bogotá: Punto Aparte, 2017. Disponible vía web desde: <https://assets.documentcloud.org/documents/4051319/BCV-Calidad-De-Vida-V3-SEPT-14.pdf>

CORA BOGANI, Laura (coord.). La Justicia Adversarial en América Latina. Hacia la gestión el conflicto y la fortaleza de la Ley. Konrad-CEJA: 2018. P. 529. Disponible vía web desde: http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5621/PUBLICACION_LAJUSTICIAPENALADVERSARIALENAM%C3%89RICALATINA_26122018_ok.pdf?sequence=17&isAllowed=y

ESPEJO, Raúl y REYES, Alfonso. Sistemas Organizacionales. El manejo de la complejidad con el modelo del sistema viable. Bogotá: Uniandes, 2016.

SÁNCHEZ, Alejandro. Sistema Penal Acusatorio: oralidad de mentiras. En: *Ámbito Jurídico* [online], 2019. Disponible vía web desde: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/penal/sistema-penal-acusatorio-oralidad-de-mentiras>

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Guía judicial para audiencias de control de garantías. Área Penal. 2ª Edición. Bogotá: Legis, 2014. Disponible vía web desde: <http://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/docs2018/GUIA-JUDICIAL-2da-edicion.pdf>

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyectos de Ley 126 de 2013, 224 de 2015 y 197 de 2017.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1826 de 2017.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Rendición de cuentas. 2016 2017. Disponible vía web desde: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/audiencia-publica-de-rendicion-de-cuentas/>

REPÚBLICA DE COLOMBIA. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Análisis de Sentencias Absolutorias. 2017. Disponible vía web desde: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Sentencias-absolutorias-vf.pdf>

VILLADIEGO BURBANO, Carolina y LALINDE ORDÓÑEZ, Sebastián. Sistema de Justicia Territorial para la Paz. Bogotá: Dejusticia, 2017. P. 52.