



OPERACIONES ENCUBIERTAS Y LÍMITES CONSTITUCIONALES: CRITERIOS DE  
DISTINCIÓN ENTRE AGENTE ENCUBIERTO Y AGENTE PROVOCADOR EN EL  
PROCESO PENAL

Autor

YAZMÍN CONSTANZA LLANOS SALGUERO

Director

Docente Dr. Alejandro Cadena Molano

Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Magíster en Derecho

Penal

Facultad de Jurisprudencia

Maestría en Derecho Penal

Universidad del Rosario

Bogotá - Colombia

Año

## ÍNDICE TEMÁTICO

<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	3
<b>2. MARCO CONCEPTUAL Y FUNDAMENTOS DE LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO</b>	
2.1. Concepto y características del agente encubierto.....	
2.2. El agente encubierto y su diferencia conceptual con el agente provocador.....	
2.3. El agente encubierto en la doctrina relevante.....	
2.4. Relevancia probatoria y de política criminal de la distinción conceptual.....	
<b>3. CONTEXTO JURÍDICO Y REGULACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO EN COLOMBIA</b> .....	
3.1. Instrumentos internacionales aplicables en virtud del Bloque de Constitucionalidad: Convención de Palermo.....	
3.2. Constitución Política de Colombia (arts. 29 y 250) y Código de Procedimiento Penal (artículo 242, Ley 906 de 2004).....	
3.3. Resoluciones de la Fiscalía General de la Nación (Resolución 02450 de 2006, 06351 de 2008, 1529 de 2019, 0-135 de 2018).....	
3.4. Jurisprudencia Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.....	
3.5. Vacíos normativos y desafíos en la aplicación práctica al Proceso Penal colombiano.....	
<b>4. ANÁLISIS COMPARADO: ESPAÑA, ESTADOS UNIDOS Y UNIÓN EUROPEA</b> .....	
4.1. La figura en el derecho español (STS 1344/1994 y desarrollo jurisprudencial).....	
4.2. La experiencia estadounidense (casos Jacobson, Sherman y Sorrells).....	
4.3. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre provocación policial.....	
4.4. Aportes del análisis comparado al contexto colombiano.....	

<b>5. DIMENSIÓN PROBATORIA: LA PRUEBA ILÍCITA E ILEGAL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO.....</b>	
5.1. Distinción conceptual entre prueba ilícita e ilegal en el proceso penal colombiano.....	
5.2. La teoría del fruto del árbol envenenado.....	
5.3. Efectos procesales de la prueba ilícita e ilegal: nulidad, inadmisión, exclusión y contaminación probatoria.....	
<b>6. DISCUSIÓN DE RESULTADOS, CONCLUSIONES Y APORTES.....</b>	
6.1. Síntesis de hallazgos más importantes.....	
6.2. Riesgos de confusión entre agente encubierto y agente provocador.....	
6.3. Necesidad de protocolos de control judicial y directrices claras de la Fiscalía General de la Nación.....	
6.4. Impacto en las garantías del debido proceso y en la eficacia de la prueba.....	
6.5. Propuesta para definir algunos criterios de diferenciación entre el agente provocador y el agente encubierto.....	
6.6. Aporte académico y profesional.....	
<b>7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>46</b>

## 1. INTRODUCCIÓN

El estudio de la figura del agente encubierto en el proceso penal colombiano plantea un reto jurídico y académico de especial trascendencia, pues la ausencia de criterios claros para diferenciarlo del agente provocador genera riesgos evidentes de afectación al debido proceso y a las garantías fundamentales.

En este sentido, el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal incorpora la figura del agente encubierto como técnica especial de investigación, pero su aplicación práctica ha derivado en tensiones entre la eficacia de la persecución penal y la preservación de los derechos constitucionales de los procesados (Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 2016).

Esta tensión no es exclusiva del ordenamiento colombiano, sino que ha sido objeto de debates en el derecho comparado, en particular en los sistemas jurídicos español y estadounidense, donde los tribunales han debido precisar los límites de la actuación estatal frente al riesgo de provocación (STS 1344/1994; *Jacobson v. United States*, 503 U.S. 540, 1992).

La metodología que sustenta esta investigación es de carácter cualitativo, con enfoque documental y jurídico-dogmático. Se ha privilegiado el análisis de fuentes normativas, resoluciones de la Fiscalía General de la Nación y jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, complementadas con doctrina especializada. Esta decisión se fundamenta en que las fuentes normativas y jurisprudenciales poseen mayor peso vinculante y constituyen el marco interpretativo esencial para el desarrollo de la figura del agente encubierto, mientras que la doctrina se emplea como criterio auxiliar.

Particular importancia reviste la Resolución 06351 de 2008, en la cual la Fiscalía establece criterios que permiten diferenciar al encubierto del provocador y que constituyen un parámetro de análisis indispensable.

En este orden de ideas, el objetivo central del trabajo es clarificar los criterios que permiten distinguir la actuación legítima del agente encubierto frente a la intervención ilícita del agente provocador, considerando su regulación normativa, las interpretaciones jurisprudenciales y las consecuencias probatorias de las actuaciones irregulares.

La investigación busca aportar a la academia mediante la clarificación conceptual y la jerarquización normativa, y al ejercicio profesional ofreciendo herramientas para fiscales, jueces y defensores que se enfrentan a la valoración de actuaciones encubiertas en procesos penales (Morales Tamara, 2009; Arias Echeverri, 2017).

El aporte del trabajo no se reduce a describir un problema, sino que pretende incidir en la práctica jurídica y en la formulación de política criminal. Se parte de la premisa de que una regulación ambigua y precaria puede dar lugar a la obtención de pruebas ilícitas, contaminadas según la teoría del fruto del árbol envenenado, lo que conlleva la nulidad de las actuaciones procesales según el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 27941 de 2009). Este aspecto probatorio es clave, pues determina no solo la validez de las diligencias, sino la legitimidad del proceso penal en su conjunto.

En cuanto a su estructura, el trabajo se organiza en cinco capítulos. El primero desarrolla el marco conceptual y los fundamentos teóricos de la figura, diferenciando al agente encubierto del provocador y revisando los aportes doctrinales más relevantes, incluyendo la visión de Roxin y Jakobs sobre la legitimidad de las técnicas encubiertas.

El segundo capítulo aborda el contexto jurídico colombiano, desde los instrumentos internacionales de lucha contra la criminalidad organizada hasta la Constitución, el Código de Procedimiento Penal y las Resoluciones de la Fiscalía, así como la jurisprudencia constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El tercer capítulo realiza un análisis comparado con España, Estados Unidos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el fin de extraer aprendizajes útiles para el derecho colombiano. El cuarto capítulo estudia la dimensión probatoria, diferenciando la prueba ilícita de la ilegal, y desarrollando los efectos de la teoría del fruto del árbol envenenado y su aplicación en la jurisprudencia nacional e internacional.

Finalmente, el quinto capítulo presenta la discusión de resultados, conclusiones y aportes, ofreciendo una síntesis de hallazgos, la identificación de riesgos de confusión, la necesidad de protocolos claros en Fiscalía y el impacto de estas figuras en las garantías constitucionales, para terminar con la propuesta de criterios de diferenciación y los aportes académico y profesional.

Así, la investigación se propone responder a la pregunta acerca de cómo debe entenderse y aplicarse la figura del agente encubierto en Colombia para evitar su confusión con el provocador, de manera que se garantice la eficacia de la acción penal sin sacrificar el respeto al Estado de derecho y al debido proceso, entre otros derechos fundamentales. Este esfuerzo, en definitiva, busca contribuir a fortalecer la legitimidad del sistema penal colombiano frente a los retos de la criminalidad organizada y al mismo tiempo garantizar la vigencia de las libertades públicas.

## **2. MARCO CONCEPTUAL Y FUNDAMENTOS DE LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO**

El análisis del agente encubierto y del agente provocador constituye uno de los debates más relevantes dentro del derecho penal contemporáneo, en especial en el marco del proceso penal colombiano. La incorporación de esta técnica especial de investigación en el artículo 242 de la Ley 906 de 2004 ha generado discusiones doctrinales, y pronunciamientos de las altas cortes respecto de sus límites, su legitimidad constitucional y su impacto en la garantía del debido proceso (Corte Constitucional, Sentencia C-156/16, M.P. Gloria Stella Ortiz). Este capítulo busca exponer los fundamentos conceptuales y las líneas de interpretación que permiten comprender la diferencia entre el agente encubierto legítimo y la actuación ilegítima del agente provocador.

El propósito del capítulo es ofrecer un marco de referencia que articule tanto la doctrina nacional e internacional como la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, con el fin de precisar las características esenciales de cada figura, su recepción en la doctrina relevante y su impacto en la política criminal y en la valoración probatoria.

El análisis permitirá comprender la función del agente encubierto en un Estado social y democrático de derecho, destacando los criterios que las altas Cortes han venido construyendo para diferenciarlo del provocador y evitar excesos que vulneren derechos fundamentales (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP511-2023, M.P. Myriam Ávila Roldán).

### **2.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL AGENTE ENCUBIERTO**

El agente encubierto se configura como una técnica especial de investigación que permite a las autoridades infiltrarse en organizaciones criminales con el fin de obtener información y pruebas de actividades ilícitas que difícilmente podrían ser descubiertas por medios ordinarios. El Código de Procedimiento Penal colombiano, en su artículo 242, establece que esta figura puede ser utilizada previa autorización judicial y bajo la dirección de la Fiscalía General de la Nación, delimitando de manera expresa su carácter excepcional.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-543 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), expresó que la legitimidad del agente encubierto depende de la estricta sujeción a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad,

en tanto su uso implica una restricción a derechos fundamentales como la intimidad y la libertad personal.

De acuerdo con Morales Tamara (2009), el agente encubierto no es un investigador ordinario, sino un sujeto que adopta una identidad ficticia para aproximarse al círculo criminal, de modo que su valor probatorio radica en la información obtenida dentro de escenarios de difícil acceso para las autoridades. Así, su naturaleza es la de un mecanismo extraordinario que busca equilibrar la eficacia de la persecución penal con el respeto al Estado de derecho.

Las características del agente encubierto se desprenden tanto del texto legal como de la jurisprudencia constitucional y de casación penal. En primer lugar, su actuación exige autorización previa de la Fiscalía, la cual debe estar debidamente motivada y enmarcada en un control judicial posterior. En segundo lugar, su finalidad se restringe a la observación y recolección de información sobre actividades criminales en curso, excluyéndose cualquier forma de inducción o incitación a delinquir, lo cual lo diferencia del agente provocador (Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz).

En tercer lugar, la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SP8473-2014 (Rad. 37361, M.P. Fernando Castro Caballero), señaló que la actuación del encubierto debe estar dirigida a la constatación de un comportamiento delictivo preexistente, de manera que su intervención no desnaturalice la prueba sino que contribuya a verificar la responsabilidad penal. Arias Echeverri (2017) complementa este análisis indicando que la figura encuentra su justificación en la lucha contra el crimen organizado, particularmente en fenómenos como el narcotráfico y el terrorismo, donde el Estado debe recurrir a mecanismos más sofisticados para penetrar estructuras de alta complejidad.

El diseño institucional del agente encubierto responde a una política criminal orientada a enfrentar amenazas graves a la seguridad pública, bajo parámetros que eviten el abuso estatal. La Sentencia C-025 de 2009 (M.P. Clara Inés Vargas) reafirmó que el uso de técnicas encubiertas solo es constitucionalmente válido cuando se aplican con fines legítimos y bajo criterios de excepcionalidad. En esa misma línea, la Corte Constitucional ha señalado que el agente encubierto constituye un *“mecanismo necesario, pero no ilimitado”*, pues su utilización debe ser proporcional al daño que se pretende evitar o investigar (Corte Constitucional, Sentencia C-469 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio).

Desde el ámbito doctrinal, Jakobs (2000) advierte que la legitimidad del encubierto depende de que su intervención no genere nuevos riesgos criminales, sino que se limite a descubrir realidades delictivas ya existentes. En consecuencia, su función probatoria y preventiva se justifica en contextos de criminalidad organizada, pero pierde sustento cuando se utiliza como medio para fabricar delitos inexistentes o provocar comportamientos delictivos que de otro modo no se habrían cometido.

En síntesis, el concepto de agente encubierto se articula en torno a tres elementos centrales: su carácter excepcional, su finalidad investigativa y su sometimiento a controles judiciales y fiscales. La Sentencia SP3518-2020 (Rad. 48306, M.P. Eugenio Fernández Carlier) recordó que la legalidad de su actuación se mide por el respeto a estos criterios, los cuales garantizan que la prueba recaudada conserve validez dentro del proceso penal.

En este orden, Roxin (1997) sostiene que el encubierto es legítimo en tanto actúa como “observador” y no como “instigador”, acentuando que el Estado debe ser garante del orden jurídico y no creador de criminalidad artificial. De igual manera, Morales Tamara (2009) destaca que la función del encubierto se limita a documentar las dinámicas delictivas y a facilitar la persecución penal de los responsables, pero nunca a estimular la conducta punible.

La construcción normativa, jurisprudencial y doctrinal converge, por tanto, en definir al agente encubierto como un mecanismo extraordinario, dirigido exclusivamente a enfrentar fenómenos de criminalidad organizada, bajo un marco estricto de legalidad y control.

## **2.2. EL AGENTE ENCUBIERTO Y SU DIFERENCIA CONCEPTUAL CON EL AGENTE PROVOCADOR**

El agente provocador es aquella persona que, a diferencia del agente encubierto, induce, incita o estimula a otro a cometer un delito que, de no ser por esa intervención, no se habría ejecutado.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-243 de 2021 (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar), señaló de manera categórica que esta figura es inconstitucional en el ordenamiento colombiano, por cuanto desconoce principios como la dignidad humana, la presunción de inocencia y la prohibición de trampa estatal. La misma decisión señaló que, mientras el encubierto se limita a observar y documentar conductas delictivas ya en curso, el provocador crea artificialmente

la conducta punible, desnaturalizando la finalidad legítima de la investigación penal.

En consecuencia, las actuaciones del provocador se consideran incompatibles con un Estado social de derecho y no producen efectos jurídicos válidos en materia probatoria. Roxin (1997) advierte que cuando el Estado se convierte en generador de criminalidad mediante la provocación, se rompe el equilibrio entre la persecución penal y las garantías ciudadanas, con lo cual el proceso se transforma en un mecanismo de injusticia más que en un instrumento de justicia.

La diferencia conceptual entre encubierto y provocador radica en la finalidad y el alcance de la intervención. Mientras el primero se introduce en el entorno criminal para constatar hechos ilícitos en ejecución, el segundo es quien, con su conducta, crea el escenario para que se cometa un delito inexistente hasta entonces. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-469 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio), explicó que la legitimidad del encubierto depende de que exista un hecho delictivo previo, en tanto el provocador carece de este sustento y, en cambio, vulnera la libertad del ciudadano al inducirlo a delinquir. En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SP3518-2020 (Rad. 48306, M.P. Eugenio Fernández Carlier), reiteró que cualquier prueba obtenida mediante provocación es ilícita y debe excluirse del proceso. Esta diferencia resulta esencial, pues determina la validez o invalidez de las pruebas recaudadas y, por ende, el éxito o fracaso de la persecución penal.

El análisis comparado refuerza esta diferencia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en casos como *Teixeira de Castro v. Portugal* (1998), ha establecido que la provocación policial constituye una violación del derecho a un juicio justo, en la medida en que las autoridades estatales no pueden actuar como incitadoras de delitos. Esta misma lógica ha sido adoptada por la Corte Constitucional colombiana en fallos como la Sentencia C-156 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz), donde se recalcó que el encubierto es válido únicamente cuando se ciñe a los límites constitucionales, siendo radicalmente distinto al provocador, cuya utilización queda prohibida.

En términos prácticos, la presencia de un agente provocador genera consecuencias procesales inmediatas: la invalidez de las pruebas recaudadas y la imposibilidad de proseguir con la acusación. La Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SP2708-2022 (Rad. 61363, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán), sostuvo que las pruebas derivadas de actos provocados por agentes estatales son

ilícitas al estar contaminadas por el vicio de origen, lo que activa la exclusión conforme a la teoría del fruto del árbol envenenado.

La política criminal también se ve directamente afectada por la distinción entre encubierto y provocador. Mientras la figura del encubierto fortalece la capacidad del Estado para investigar fenómenos complejos como el narcotráfico, la corrupción o el terrorismo, la provocación debilita la legitimidad de esas mismas investigaciones al comprometer los estándares de validez probatoria. En Sentencia SP511-2023 (Rad. 63404, M.P. Myriam Ávila Roldan), la Corte Suprema reiteró que la frontera entre encubierto y provocador debe ser cuidadosamente respetada, pues la provocación representa una transgresión inadmisibles a la legalidad procesal. En este sentido, Roxin (1997) y Jakobs (2000) coinciden en que la provocación policial no tiene cabida en un Estado democrático, ya que la función del derecho penal no es producir delitos, sino sancionar los que se han cometido.

### **2.3. EL AGENTE ENCUBIERTO EN LA DOCTRINA RELEVANTE**

La doctrina penal ha debatido intensamente la figura del agente encubierto como mecanismo de investigación en un Estado democrático de derecho. Claus Roxin (1997) sostiene que el encubierto es una herramienta legítima siempre que se utilice en escenarios donde la criminalidad organizada impide la actuación de los métodos tradicionales de investigación. No obstante, advierte que la validez de la figura depende de que el encubierto actúe como observador y no como instigador de la conducta delictiva.

Esta postura resalta el principio de proporcionalidad como criterio rector, pues el derecho penal no puede convertirse en un medio para crear delitos inexistentes. En línea con lo anterior, Günther Jakobs (2000) expresa que el rol del Estado es garantizar la seguridad jurídica y no fomentar conductas ilícitas; por ello, cuando la intervención del encubierto se desborda hacia la provocación, se produce un quiebre de legitimidad. La doctrina alemana, en consecuencia, ha servido como referente teórico para delimitar los márgenes constitucionales de la actuación encubierta, influyendo en los pronunciamientos de las cortes colombianas, como la Sentencia C-025 de 2009, que reconoció la excepcionalidad de esta técnica bajo estrictos controles judiciales.

En el contexto colombiano, dos autores han analizado la figura desde la perspectiva de su validez constitucional y procesal. Morales Tamara (2009) sostiene que el encubierto es una técnica útil frente a la criminalidad organizada,

pero su legitimidad depende de la observancia de requisitos como la autorización previa de la Fiscalía y el control judicial. Este autor advierte que, de lo contrario, se corre el riesgo de que el encubierto se convierta en un provocador, con el consecuente efecto de ilicitud probatoria. De manera complementaria, Arias Echeverri (2017) destaca que la figura se justifica únicamente en el marco de delitos complejos, como el narcotráfico o el terrorismo, donde el Estado requiere mecanismos sofisticados de infiltración para proteger bienes jurídicos de especial relevancia. Ambos autores coinciden en señalar que el encubierto no es un recurso de uso ordinario, sino una medida excepcional cuya finalidad debe ser estrictamente investigativa.

#### **2.4. RELEVANCIA PROBATORIA Y DE POLÍTICA CRIMINAL DE LA DISTINCIÓN CONCEPTUAL**

La distinción entre agente encubierto y agente provocador no es únicamente conceptual, sino que tiene efectos directos en la validez de la prueba y en la legitimidad de la política criminal.

Desde la perspectiva probatoria, el encubierto permite obtener información y evidencias que serían de difícil acceso por medios tradicionales, siempre que su actuación se limite a observar y registrar conductas delictivas ya en curso. En contraste, el provocador genera pruebas ilícitas, pues induce la comisión de un delito inexistente hasta el momento de su intervención. La Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SP2708-2022 (Rad. 61363, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán), reiteró que las pruebas obtenidas mediante provocación deben ser excluidas del proceso, al estar contaminadas por el vicio de origen que plantea la teoría del fruto del árbol envenenado. En ese sentido, la diferencia entre ambas figuras determina si la prueba puede ser valorada en juicio o si, por el contrario, debe ser anulada, lo que muestra la trascendencia de esta delimitación para la eficacia de la acción penal.

La Corte Constitucional ha insistido en que el uso de agentes encubiertos solo es válido en la medida en que exista un control judicial riguroso. En la Sentencia C-587 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio), se precisó que las medidas encubiertas deben estar justificadas por criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, y que cualquier exceso puede derivar en la nulidad de las pruebas obtenidas. Esta exigencia responde al interés de proteger la dignidad humana y la presunción de inocencia, evitando que el Estado se convierta en creador de delitos. De ahí que la política criminal deba trazar un límite infranqueable frente al agente provocador, cuya utilización está proscrita. La

Sentencia C-156 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz) reforzó esta idea al advertir que el encubierto no puede inducir conductas punibles, ya que hacerlo desnaturalizaría su finalidad legítima y lesionaría los derechos fundamentales del procesado. El diseño de una política criminal garantista depende, por tanto, de la claridad con que se establezca la diferencia entre estas dos figuras.

Desde el ámbito de la política criminal, la diferenciación adquiere una relevancia estratégica. El agente encubierto, bien regulado, se convierte en una herramienta eficaz para enfrentar fenómenos como el narcotráfico, la trata de personas y el terrorismo, donde la infiltración en redes organizadas resulta indispensable. Sin embargo, la utilización de provocadores debilita la legitimidad de la política criminal al evidenciar una estrategia estatal que fabrica delincuencia en lugar de combatirla. La Sentencia SP511-2023 (Rad. 63404, M.P. Myriam Ávila Roldán) señaló que la política criminal no puede basarse en la transgresión de garantías, sino que debe conciliar eficacia investigativa con respeto por el debido proceso.

Corolario de lo anterior, la relevancia probatoria y de política criminal de distinguir entre encubierto y provocador radica en que de ello depende la validez de la prueba y la legitimidad de la persecución penal. La doctrina (Roxin, 1997; Morales Tamara, 2009; Arias Echeverri, 2017) y la jurisprudencia colombiana coinciden en que el encubierto debe ser utilizado de manera excepcional, con control judicial y fiscal, y siempre en el marco de conductas delictivas preexistentes. La provocación, en cambio, genera una ruptura en el equilibrio entre eficacia y garantías, produciendo pruebas ilícitas y debilitando la confianza ciudadana.

La política criminal colombiana, orientada por estas directrices, debe mantener una línea clara entre ambas figuras para garantizar que las técnicas especiales de investigación no se conviertan en instrumentos de vulneración de derechos.

### **3. CONTEXTO JURÍDICO Y REGULACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO EN COLOMBIA**

Este capítulo presenta el andamiaje normativo y jurisprudencial que condiciona la actuación del agente encubierto en el proceso penal colombiano, articulado desde el bloque de constitucionalidad hasta las reglas operativas internas.

En primer lugar, se parte de los instrumentos internacionales— la Convención de Palermo especialmente—que legitiman el uso de técnicas especiales de investigación para enfrentar la criminalidad organizada, bajo criterios de necesidad, proporcionalidad y sujeción a control (ONU, 2000). En segundo término, se examinan los artículos 29 y 250 de la Constitución Política, pilares del debido proceso y de la dirección funcional de la investigación penal, y el artículo 242 de la Ley 906 de 2004, que positiviza la figura con carácter excepcional y finalidades estrictamente investigativas (Congreso de la República, 2004). El capítulo también revisa las Resoluciones de la Fiscalía General de la Nación—02450 de 2006, 06351 de 2008 y 1529 de 2019—como directrices de política criminal que fijan parámetros de autorización, ejecución y control.

En paralelo, se sistematiza la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal sobre límites y garantías: control judicial, prohibición de la provocación, y consecuencias probatorias (Corte Constitucional, 2008, 2009a, 2009b, 2011, 2016, 2021; Corte Suprema de Justicia, 2014, 2020, 2022, 2023).

Sin intención de repetir lo ya desarrollado en el capítulo conceptual, aquí se prioriza el alcance vinculante de esas decisiones para la práctica: cuándo procede la técnica, cómo se documenta, qué vicios la invalidan y qué efectos tiene sobre la exclusión probatoria (teoría del fruto del árbol envenenado). Finalmente, se identifican vacíos y desafíos en la aplicación práctica—por ejemplo, el estándar de “preexistencia delictiva”, la motivación de la autorización y la cadena de custodia—para proponer criterios de interpretación y mejora institucional coherentes con la doctrina (Roxin, 1997; Jakobs, 2000; Morales Tamara, 2009; Arias Echeverri, 2017).

#### **3.1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES APLICABLES EN VIRTUD DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: CONVENCIÓN DE PALERMO**

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como Convención de Palermo (2000), constituye el principal instrumento internacional en la materia y aplica a la figura en la

medida de que fue suscrita por Colombia; fue aprobada y ratificada mediante la Ley 800 de 2003.

La Convención en su artículo 20 reconoce expresamente la validez de las “*técnicas especiales de investigación*”, dentro de las cuales se incluye la figura del agente encubierto. La finalidad de esta disposición es dotar a los Estados de mecanismos eficaces para enfrentar organizaciones criminales transnacionales, cuya complejidad y capacidad de ocultamiento hacen insuficientes los métodos ordinarios de investigación. La Corte Constitucional ha reconocido que, en virtud del artículo 93 de la Constitución, estos tratados se integran al orden interno, de manera que la Convención de Palermo legitima el uso del encubierto bajo parámetros de proporcionalidad y control judicial (Corte Constitucional, Sentencia C-156/16). En consecuencia, este tratado refuerza la obligación del Estado colombiano de emplear esta figura sin sacrificar las garantías fundamentales.

La Convención de Palermo habilita el uso del agente encubierto, al tiempo que también impone límites a su utilización. En particular, establece que estas técnicas deben desarrollarse conforme a los principios básicos de los sistemas jurídicos nacionales, lo que implica que en Colombia deben sujetarse a la Constitución y al Código de Procedimiento Penal. Así, el tratado se convierte en una herramienta de política criminal transnacional que obliga al Estado a adoptar medidas de investigación innovadoras, pero siempre respetando los derechos humanos.

En el ámbito jurisprudencial, la Corte Constitucional ha utilizado la Convención de Palermo como parámetro de control para evaluar la constitucionalidad de normas que regulan al agente encubierto. En la Sentencia C-025 de 2009, la Corte recordó que los tratados internacionales en materia de derechos humanos y criminalidad organizada tienen rango supralegal, lo que implica que cualquier regulación interna sobre el encubierto debe interpretarse conforme a los estándares de dicho tratado.

De esta manera, la Convención ha servido tanto de sustento normativo, como de guía hermenéutica en la construcción jurisprudencial colombiana. Entonces, la Convención de Palermo proyecta un equilibrio entre la necesidad de cooperación internacional y la vigencia de los principios constitucionales en el orden interno.

### **3.2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA (ARTS. 29 Y 250) Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (ARTÍCULO 242, LEY 906 DE 2004)**

La Constitución Política de 1991, en su artículo 29, consagra el debido proceso como garantía aplicable a toda actuación judicial y administrativa. Este mandato implica que ninguna prueba puede obtenerse vulnerando derechos fundamentales, lo que fija un límite infranqueable a la actuación del agente encubierto. Por su parte, el artículo 250 otorga a la Fiscalía General de la Nación la dirección y coordinación de la investigación penal, incluyendo el uso de técnicas especiales. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-156 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz), destacó que la actuación del encubierto se ajusta a la Constitución siempre que sea excepcional y esté sometida a control judicial posterior.

Así, la Constitución establece un marco dual: habilita al Estado para perseguir eficazmente el delito, pero al mismo tiempo impone restricciones orientadas a garantizar que dicha persecución no vulnere la dignidad ni los derechos fundamentales del procesado.

El artículo 242 de la Ley 906 de 2004 introdujo en Colombia la figura del agente encubierto como técnica especial de investigación, señalando que solo puede autorizarse cuando sea estrictamente necesaria para el éxito de la investigación. Este precepto exige autorización de la Fiscalía y control judicial, con el fin de evitar abusos y garantizar la legalidad de la actuación.

La Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SP8473-2014 (Rad. 37361, M.P. Eugenio Fernández Carlier), precisó que el encubierto es válido únicamente cuando su actuación se limita a la observación de conductas criminales preexistentes, y no a su incitación. Doctrinalmente, Morales Tamara (2009) y Arias Echeverri (2017) coinciden en que el artículo 242 configura al encubierto como una herramienta procesal de uso excepcional, que encuentra sustento en la necesidad de enfrentar la criminalidad organizada sin afectar los principios rectores del debido proceso.

La interpretación sistemática de los artículos 29 y 250 de la Constitución con el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal refleja un equilibrio entre eficacia y garantías. Mientras la Carta Política establece el núcleo duro del debido proceso y la dirección de la investigación, la ley desarrolla la figura del encubierto bajo condiciones de excepcionalidad y control.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-543 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), recalcó que el encubierto es compatible con el orden constitucional únicamente si se respetan los límites previstos en la ley y se garantiza la proporcionalidad de la medida. En esa misma línea, la Sentencia C-587 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio) recordó que las técnicas de investigación especial no pueden convertirse en instrumentos de provocación, pues ello anularía su legitimidad.

### **3.3. RESOLUCIONES 02450 DE 2006, 06351 DE 2008 Y 1529 DE 2019, DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

La primera regulación específica sobre el agente encubierto en Colombia se dio mediante la Resolución 02450 de 2006, expedida por la Fiscalía General de la Nación. Este acto administrativo estableció lineamientos iniciales para el uso de la técnica, destacando la necesidad de una autorización previa y escrita por parte del Fiscal delegado, así como la definición de objetivos claros en la operación.

Si bien fue un instrumento pionero, se trató de una regulación general que buscaba armonizar la práctica investigativa con el artículo 242 de la Ley 906 de 2004. Esta resolución representó un avance en la institucionalización del encubierto, al fijar protocolos mínimos de planeación y documentación. Sin embargo, su alcance era limitado, pues no resolvía aspectos esenciales como los criterios para distinguir entre encubierto y provocador. En este sentido, la Resolución 02450 constituyó una base importante, pero insuficiente, que requería ser complementada con normas posteriores más detalladas.

La Resolución 06351 de 2008 se consolidó como el instrumento más relevante en la regulación del agente encubierto en Colombia. Este acto administrativo no solo desarrolló el artículo 242 de la Ley 906, sino que además estableció criterios diferenciales entre el encubierto y el provocador, señalando que la actuación del primero debe limitarse a observar y documentar conductas delictivas en curso.

En consonancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-469 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio), la resolución prohibió expresamente cualquier conducta que indujera a la comisión de delitos. Esta regulación fue crucial porque dotó de mayor seguridad jurídica a fiscales y jueces, fijando parámetros claros sobre cómo autorizar, supervisar y valorar la prueba obtenida mediante encubierto. Asimismo, reforzó la necesidad de motivar adecuadamente la decisión de autorización, garantizando un control de legalidad que evitara excesos en la práctica investigativa.

Un aspecto central de la Resolución 06351 de 2008 fue la introducción de requisitos procedimentales detallados para la ejecución de operaciones encubiertas. Entre ellos se incluyen: la identificación de la organización criminal objeto de investigación, la delimitación temporal de la actuación, la designación formal del agente, y la obligación de rendir informes periódicos. Estos elementos reflejan un enfoque garantista que busca conciliar eficacia y derechos fundamentales con la efectividad en la investigación.

La Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SP3518-2020 (Rad. 48306, M.P. Eugenio Fernández Carlier), hizo eco de estos criterios al señalar que la validez de la prueba encubierta depende de la claridad en la motivación y de la existencia de un delito preexistente. De esta manera, la resolución se convirtió en un referente normativo obligatorio que, más allá de la práctica administrativa, adquirió relevancia jurisprudencial al ser citada en pronunciamientos de las altas cortes.

Posteriormente, Resolución -0135 del 9 de febrero de 2018 de la Fiscalía General de la Nación de Colombia reorganizó el Comité Permanente de cadena de custodia y estableció su comité para asesorar en aspectos del sistema, se actualizó los protocolos en materia de cadena de custodia y en lo pertinente a las técnicas especiales de investigación criminal, esto es, operaciones encubiertas y entregas vigiladas, relacionó la obligación de documentar exhaustivamente la actuación del encubierto en cadena de custodia digital; la Resolución 1529 de 2019 actualizó los lineamientos para el uso del agente encubierto, adaptándolos a los desafíos contemporáneos de la criminalidad organizada. Esta norma introdujo criterios más estrictos de control, a fin de preservar la seguridad del encubierto, preservando la identidad de quien funge como encubierto estableciendo el aplicativo para la reserva identificándolo para la actuación con código alfanumérico, permitiéndose que estos códigos puedan usarse en audiencias de control previo y posterior, con autorización judicial, si soslayar la obligación de revelar su identidad en actos procesales donde sea indispensable, (testimonio bajo la gravedad de juramento); Asimismo, reguló con mayor precisión la cooperación internacional en operaciones encubiertas, en consonancia con la Convención de Palermo y los compromisos asumidos por Colombia en tratados multilaterales.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-243 de 2021 (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar), resaltó la importancia de estas actualizaciones, al advertir que el control estricto de las técnicas encubiertas es indispensable para preservar la

proporcionalidad y evitar abusos. Este avance reflejó una maduración de la política criminal, en la que se busca conciliar la innovación investigativa con el respeto al debido proceso y la protección de derechos fundamentales.

En conjunto, las resoluciones de la Fiscalía muestran una evolución progresiva hacia la construcción de un marco regulatorio más completo y garantista para el uso del agente encubierto. Desde la Resolución 02450 de 2006, que fijó lineamientos básicos, hasta la Resolución 1529 de 2019, que introdujo controles más estrictos, se evidencia un tránsito hacia estándares de mayor rigurosidad.

#### **3.4. JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL Y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**

La jurisprudencia constitucional ha sido determinante para fijar los límites de validez del agente encubierto en Colombia. La Sentencia C-543 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) reconoció la constitucionalidad de la figura siempre que se aplicara bajo estrictos parámetros de necesidad y proporcionalidad. Posteriormente, la Sentencia C-156 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz) precisó que el encubierto es legítimo únicamente si observa delitos preexistentes y nunca si los induce, diferenciándolo del provocador. Finalmente, la Sentencia C-243 de 2021 (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar) reforzó que cualquier actuación que desborde esos límites constituye “trampa estatal” y debe excluirse. Estas decisiones al tiempo que reiteran lo señalado en el capítulo conceptual, sustentan que el encubierto encuentra sustento constitucional en la protección de bienes jurídicos superiores, siempre que no se afecten de manera injustificada derechos fundamentales como la intimidad y la presunción de inocencia.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia también ha contribuido a precisar el alcance probatorio del encubierto. En la Sentencia SP8473-2014 (Rad. 37361, M.P. Eugenio Fernández Carlier) se estableció que la actuación encubierta es válida únicamente si se limita a constatar un delito en curso, sin incitar a su comisión. Posteriormente, la Sentencia SP3518-2020 (Rad. 48306, M.P. Eugenio Fernández Carlier) reiteró que la validez probatoria del encubierto se mide en función de la existencia de un hecho delictivo preexistente y de la motivación adecuada en la autorización de la Fiscalía. Más recientemente, la Sentencia SP2708-2022 (Rad. 61363, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán) enfatizó la exclusión de pruebas obtenidas mediante provocación, por considerarse contaminadas bajo la teoría del fruto del árbol envenenado. Estas decisiones evidencian una línea jurisprudencial consistente en separar de

manera estricta al encubierto del provocador para preservar la integridad del proceso penal.

El diálogo entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia muestra una convergencia en torno a la necesidad de control judicial, excepcionalidad y proporcionalidad en la figura del agente encubierto. Mientras la Corte Constitucional ha reforzado la legitimidad constitucional de la técnica bajo límites claros, la Corte Suprema ha centrado su atención en los efectos procesales y probatorios, destacando la nulidad de cualquier actuación provocadora.

En conjunto, ambas jurisdicciones han consolidado un marco interpretativo que articula eficacia investigativa con respeto por el debido proceso (Corte Constitucional, 2008, 2016, 2021; Corte Suprema de Justicia, 2014, 2020, 2022). Este marco evita la repetición de argumentos ya tratados en el capítulo conceptual, pero reafirma que el encubierto es admisible únicamente como técnica de observación, nunca como medio de incitación. De esta manera, la jurisprudencia colombiana asegura que el uso del encubierto se mantenga dentro de los límites del Estado social y democrático de derecho.

### **3.5. VACÍOS NORMATIVOS Y DESAFÍOS EN LA APLICACIÓN PRÁCTICA AL PROCESO PENAL COLOMBIANO**

Uno de los principales vacíos normativos en la regulación del agente encubierto en Colombia se refiere a la definición de criterios objetivos para diferenciarlo del agente provocador. Si bien el artículo 242 de la Ley 906 de 2004 y las resoluciones de la Fiscalía General prohíben expresamente la inducción a delinquir, en la práctica no siempre resulta sencillo delimitar cuándo la actuación del encubierto se mantiene dentro de la observación pasiva o cuándo se convierte en incitación activa. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-243 de 2021 (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar), reconoció esta dificultad y advirtió sobre los riesgos de “trampa estatal”. Doctrinalmente, Morales Tamara (2009) sostiene que esta indefinición genera inseguridad jurídica tanto para el procesado como para el investigador, pues la frontera entre una técnica válida y una actuación ilícita puede ser difusa. Este vacío normativo demanda una reglamentación más precisa que establezca parámetros claros y verificables que eviten confusiones en la práctica judicial.

Otro desafío radica en la insuficiente regulación sobre la documentación y custodia de la información obtenida por el agente encubierto. Aunque el

Memorando 001 introdujo criterios más estrictos en materia de informes y cadena de custodia digital, la práctica demuestra que aún persisten problemas relacionados con la trazabilidad y autenticidad de los registros. La Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SP3518-2020 (Rad. 48306, M.P. Eugenio Fernández Carlier), resaltó la importancia de que los informes del encubierto sean claros, completos y verificables, pues de ello depende la validez probatoria. Sin embargo, en muchos procesos penales se observa una falta de uniformidad en la forma de presentar la evidencia, lo que facilita cuestionamientos de la defensa. Arias Echeverri (2017) advierte que esta debilidad puede traducirse en nulidades y pérdida de pruebas valiosas. Por ello, se requiere fortalecer los protocolos internos de la Fiscalía, garantizando la estandarización y control estricto de toda la información recaudada.

La coordinación entre la Fiscalía General de la Nación y el juez de control de garantías constituye un tercer desafío en la aplicación práctica. Aunque la ley exige autorización fiscal y control judicial, en ocasiones este último se convierte en un trámite meramente formal, sin un examen riguroso de la proporcionalidad de la medida. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-587 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio), advirtió que el juez debe ejercer un verdadero control de legalidad, evaluando la necesidad y pertinencia de la actuación encubierta.

Sin embargo, la sobrecarga judicial y la falta de criterios unificados han limitado este control en la práctica. Jakobs (2000) sostiene que la legitimidad del Estado en el uso de técnicas encubiertas depende del equilibrio entre eficacia y control judicial estricto. En Colombia, la ausencia de lineamientos claros sobre el estándar de motivación judicial en estos casos genera riesgos de arbitrariedad, debilitando la confianza ciudadana en el sistema de justicia penal.

Finalmente, un vacío relevante está relacionado con la falta de regulación integral sobre la cooperación internacional en operaciones encubiertas. Si bien la Resolución 0-6351 de 2008 contempla aspectos generales de coordinación, no existe un marco legal robusto que defina protocolos de actuación conjunta entre autoridades nacionales y extranjeras. Esto es problemático en contextos como el narcotráfico o la trata de personas, donde las redes criminales superan las fronteras.

La Convención de Palermo (2000) obliga a los Estados a facilitar esta cooperación, pero en Colombia los procedimientos específicos aún son fragmentarios y dependen de acuerdos bilaterales. Así, la validez de la prueba en operaciones transnacionales debe medirse conforme a la legalidad interna y a

los compromisos internacionales asumidos por el país. Sin un marco normativo sólido, la cooperación encubierta puede convertirse en un foco de ilegalidades. Este vacío representa un reto para el legislador, que debe diseñar un esquema uniforme que garantice eficacia y respeto a las garantías fundamentales en escenarios internacionales.

#### 4. ANÁLISIS COMPARADO: ESPAÑA, ESTADOS UNIDOS Y UNIÓN EUROPEA

El estudio comparado constituye una herramienta esencial para comprender los alcances y límites del agente encubierto y, especialmente, para diferenciarlo del agente provocador en el marco del derecho penal contemporáneo.

Cada ordenamiento jurídico ha desarrollado criterios propios para enfrentar el dilema entre la eficacia investigativa frente a la criminalidad organizada y la necesidad de preservar garantías fundamentales como la presunción de inocencia y el debido proceso. En España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo —en particular la Sentencia 1344/1994— y posteriores desarrollos normativos han establecido parámetros claros sobre la inadmisibilidad de la provocación policial, vinculándola con la nulidad de la prueba ilícita conforme al artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (STS 1344/1994; LOPJ, 1985).

Por su parte, la experiencia estadounidense ha girado en torno a la figura del **entrapment**, consolidada en precedentes de la Corte Suprema como *Sorrells v. United States* (1932), *Sherman v. United States* (1958) y *Jacobson v. United States* (1992). Estos casos establecen que la intervención estatal deviene ilegítima cuando induce a un ciudadano a cometer un delito que no habría perpetrado sin la influencia gubernamental, reforzando la necesidad de limitar la actuación encubierta a escenarios de criminalidad efectivamente preexistente (Supreme Court, 1932, 1958, 1992).

Finalmente, en el ámbito europeo, el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** ha consolidado una línea jurisprudencial que proscribe la provocación policial como violatoria del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Casos como *Teixeira de Castro v. Portugal* (1998) y *Ramanauskas v. Lituania* (2008) han fijado estándares claros: cualquier prueba obtenida mediante provocación estatal es inadmisibles, y el Estado tiene la obligación positiva de garantizar procesos judiciales limpios y equitativos (TEDH, 1998, 2008).

#### **4.1. LA FIGURA EN EL DERECHO ESPAÑOL (STS 1344/1994 Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL)**

La jurisprudencia española ha jugado un papel central en la delimitación entre agente encubierto y agente provocador. Un hito fundamental es la Sentencia del Tribunal Supremo 1344/1994, que abordó la legalidad de la provocación policial en el proceso penal. En este fallo, el alto tribunal precisó que la provocación supone una vulneración de garantías esenciales, en tanto crea artificialmente la conducta delictiva que luego se persigue, lo que conduce a la inadmisión de las pruebas derivadas. El Tribunal subrayó que la diferencia radica en que el encubierto se limita a observar e infiltrarse en organizaciones criminales ya existentes, mientras que el provocador actúa como instigador, vulnerando el principio de lealtad procesal. Este criterio fue complementado con la aplicación del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, 1985), que establece la nulidad de toda prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. En consecuencia, la jurisprudencia española consolidó tempranamente un estándar de exclusión probatoria que ha influido en otros ordenamientos europeos y latinoamericanos (STS 1344/1994; Pastor, 2002).

Tras la STS 1344/1994, el Tribunal Supremo ha reiterado que la validez del agente encubierto depende de su función meramente constatadora. En sentencias posteriores, como la STS 760/1997 y la STS 855/1999, el alto tribunal reafirmó que el encubierto no puede estimular ni sugerir la conducta delictiva, pues ello desnaturaliza la investigación y convierte al Estado en generador de criminalidad.

Esta línea jurisprudencial se ha visto reforzada con las reformas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), particularmente la Ley Orgánica 13/1999 y la Ley Orgánica 41/2015, que introdujeron una regulación más detallada del agente encubierto en los artículos 282 bis y siguientes. Dichas reformas establecen un régimen de autorización judicial previa, delimitación temporal y control de proporcionalidad, reforzando la idea de que la técnica es legítima únicamente como medio excepcional. En opinión de Muñoz Conde (2016), el derecho español ofrece un modelo garantista en el que se prioriza la protección de los derechos fundamentales sobre la eficacia investigativa.

La doctrina española ha debatido ampliamente sobre la legitimidad del agente encubierto. Autores como Silva Sánchez (2012) sostienen que la figura

encuentra justificación en la necesidad de enfrentar delitos especialmente graves, como el terrorismo o el narcotráfico, que de otro modo quedarían impunes. Sin embargo, se insiste en que su uso debe restringirse a contextos de criminalidad organizada y bajo control judicial estricto. En contraste, otros autores han advertido sobre los riesgos de expandir excesivamente la técnica, pues podría erosionar garantías esenciales del proceso penal (Pastor, 2002).

El debate doctrinal refleja una tensión permanente entre eficacia y garantías, en la que el consenso se inclina hacia la excepcionalidad de la medida. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español también ha contribuido, señalando que el derecho a un proceso con todas las garantías incluye la prohibición de pruebas obtenidas mediante provocación, criterio recogido en sentencias como la STC 49/1999. En conjunto, el derecho español ha establecido una frontera nítida entre encubierto y provocador, reforzando la inadmisibilidad de este último.

#### **4.2. LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE (CASOS JACOBSON, SHERMAN Y SORRELLS)**

En el derecho estadounidense, la figura del *entrapment* (provocación policial) ha sido el principal mecanismo para controlar los excesos de las autoridades en operaciones encubiertas. El concepto se consolidó en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que lo reconoce como una defensa válida cuando se demuestra que el delito fue inducido por el Estado y no habría sido cometido por el procesado de no ser por esa intervención.

El primer precedente relevante fue *Sorrells v. United States* (287 U.S. 435, 1932), en el que la Corte estableció que la provocación policial vulnera el debido proceso al fabricar la criminalidad. Allí se distinguió entre la “mera oportunidad” ofrecida por un agente encubierto y la incitación activa a delinquir, considerando que esta última debía excluirse como base probatoria. En este caso, la Corte afirmó que el objetivo del derecho penal no es crear delincuentes, sino sancionar a quienes, por su predisposición, ya estaban dispuestos a delinquir (Sorrells, 1932).

La doctrina del *entrapment* fue ampliada en *Sherman v. United States* (356 U.S. 369, 1958), donde la Corte Suprema reiteró que la provocación policial es inadmisibles. En este caso, el procesado fue incitado reiteradamente por un informante del gobierno a adquirir drogas ilícitas, pese a que había manifestado su intención de mantenerse alejado del consumo. La Corte concluyó que la

insistencia del agente estatal generó la comisión del delito, descartando la validez de la prueba. La decisión señaló que el Estado no puede convertirse en creador de criminalidad mediante la manipulación psicológica del ciudadano, estableciendo así un estándar más riguroso de control sobre las operaciones encubiertas.

Doctrinalmente, Kadish (1967) señala que *Sherman* fue decisiva porque fortaleció la defensa de entrapment, trasladando el análisis desde la simple predisposición del acusado hacia el examen de la conducta estatal. De esta manera, la Corte reafirmó que la función legítima de la investigación encubierta no es fabricar delitos, sino descubrirlos en contextos donde ya existen.

El caso más influyente en la materia es *Jacobson v. United States* (503 U.S. 540, 1992), que consolidó los criterios restrictivos sobre la provocación policial. En este proceso, el acusado fue objeto de una operación encubierta en la que agentes federales lo sometieron durante más de dos años a presiones y mensajes para inducirlo a adquirir material prohibido. La Corte Suprema determinó que la conducta del acusado no probaba predisposición criminal previa y que el gobierno había creado artificialmente la ocasión delictiva. En consecuencia, anuló la condena, estableciendo que el *entrapment* se configura cuando la iniciativa del delito proviene del Estado y no del individuo. Según Robinson (1993), este fallo marcó un límite claro a la creatividad investigativa de las agencias federales, reforzando la idea de que la persecución penal debe respetar la autonomía del ciudadano y no transformarse en una forma de ingeniería social que fabrica delincuentes.

#### **4.3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE PROVOCACIÓN POLICIAL**

El **Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)** ha construido una sólida doctrina sobre la inadmisibilidad de la provocación policial, vinculada al derecho a un juicio justo consagrado en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

El precedente más influyente es el caso *Teixeira de Castro v. Portugal* (TEDH, 1998), en el cual se declaró que la condena de un ciudadano basada en pruebas obtenidas mediante incitación policial violaba el derecho a un proceso equitativo. El Tribunal concluyó que el Estado no puede valerse de la fabricación de criminalidad para fundamentar una sanción, pues ello convierte a las autoridades en creadoras de delito más que en investigadoras.

Este fallo sentó la regla de que la provocación constituye una violación sustancial del debido proceso y exige la exclusión absoluta de las pruebas obtenidas bajo ese método. Además, el TEDH señaló que la defensa del acusado debe tener la posibilidad de alegar y demostrar la existencia de provocación, imponiendo a los jueces nacionales la obligación de examinar de oficio estas alegaciones.

Posteriormente, el TEDH ha reiterado y ampliado estos criterios en decisiones como *Khudobin v. Rusia* (2006) y *Ramanauskas v. Lituania* (2008). En este último caso, el Tribunal sostuvo que la provocación policial vulnera no solo el artículo 6 del CEDH, sino también el principio de legalidad penal, al permitir que los Estados castiguen conductas que no habrían existido sin la intervención de sus propios agentes.

El fallo destacó que la prueba obtenida de este modo es radicalmente inadmisibile, ya que se encuentra contaminada desde su origen. Doctrinalmente, Trechsel (2005) señala que la línea jurisprudencial del TEDH responde a la necesidad de preservar la legitimidad del sistema de justicia europeo, evitando que el Estado utilice prácticas encubiertas para generar delincuencia artificial. Este estándar no prohíbe el uso del agente encubierto en sí mismo, pero impone límites claros: su función debe ser observacional y no incitadora, manteniendo una separación tajante respecto del provocador.

La doctrina del TEDH ha tenido un efecto expansivo en los sistemas nacionales de los Estados miembros, obligándolos a incorporar salvaguardas más estrictas en la regulación de las técnicas encubiertas. En varios países, como España y Francia, se han desarrollado protocolos procesales que exigen control judicial previo y la exclusión automática de pruebas obtenidas mediante provocación. El impacto de esta jurisprudencia es claro: la provocación estatal constituye una violación estructural del derecho a un proceso justo y compromete la confianza en la administración de justicia.

#### **4.4. APORTES DEL ANÁLISIS COMPARADO AL CONTEXTO COLOMBIANO**

El análisis comparado permite extraer lecciones relevantes para la consolidación del marco jurídico colombiano sobre el agente encubierto. La experiencia española, encabezada por la **STS 1344/1994** y complementada por reformas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, enseña la importancia de contar con una regulación expresa y detallada que diferencie claramente al encubierto del provocador. En España, la exigencia de autorización judicial previa y la

inadmisibilidad de pruebas ilícitas, conforme al artículo 11.1 de la LOPJ, aseguran un control más estricto que evita ambigüedades en la práctica.

Para Colombia, donde la delimitación aún presenta vacíos normativos, esta experiencia resulta valiosa porque refuerza la necesidad de fortalecer la reglamentación administrativa y judicial.

La jurisprudencia estadounidense, a través de los casos *Sorrells, Sherman y Jacobson*, aporta un marco conceptual sobre la inadmisibilidad de la provocación estatal y el reconocimiento del *entrapment* como defensa procesal. Aunque el sistema estadounidense difiere del modelo colombiano, estas decisiones ofrecen criterios útiles para evaluar cuándo una actuación encubierta se transforma en provocación ilegítima. En particular, la doctrina de *Jacobson v. United States* (1992) destaca que la predisposición del acusado no puede fabricarse a partir de presiones estatales prolongadas, sino que debe existir de manera previa y demostrable.

Este parámetro resulta relevante para el contexto colombiano, en el que la Fiscalía y los jueces deben valorar cuidadosamente si el delito investigado existía con anterioridad a la intervención encubierta. De esta manera, la experiencia norteamericana refuerza el principio de proporcionalidad y el deber de motivación en las decisiones que autorizan la figura.

El derecho europeo, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ofrece una lección adicional: la provocación policial constituye una vulneración estructural al derecho a un juicio justo. Casos como *Teixeira de Castro v. Portugal* (1998) y *Ramanauskas v. Lituania* (2008) consolidan la obligación de excluir pruebas derivadas de la provocación, incluso si aparentemente confirman la comisión de un delito. Esta doctrina es particularmente relevante para Colombia, donde aún persisten discusiones sobre la validez probatoria de ciertas actuaciones encubiertas.

La recepción de estos estándares a través del artículo 93 de la Constitución implica que los jueces colombianos están obligados a aplicar criterios internacionales de exclusión probatoria. En consecuencia, la jurisprudencia del TEDH constituye un referente normativo que refuerza la línea ya adoptada por la Corte Suprema de Justicia en decisiones como la Sentencia SP2708-2022, en la que se excluyeron pruebas contaminadas por provocación.

En síntesis, el análisis comparado aporta tres elementos centrales al contexto

colombiano: (i) la necesidad de una regulación expresa y detallada que fije límites claros al agente encubierto, siguiendo el modelo español; (ii) la adopción de criterios sustantivos para evaluar la existencia de provocación, inspirados en la doctrina del *entrapment* estadounidense; y (iii) la aplicación de estándares internacionales de exclusión probatoria, conforme a la jurisprudencia del TEDH.

## **5. DIMENSIÓN PROBATORIA: LA PRUEBA ILÍCITA E ILEGAL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO**

El análisis de la prueba ilícita e ilegal constituye uno de los temas fundamentales del proceso penal colombiano, en tanto delimita el alcance de las garantías constitucionales y define la validez de los medios de convicción que pueden ser apreciados y valorados en juicio.

El artículo 29 de la Constitución Política establece de manera categórica que “*es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso*”, consagrando una cláusula de exclusión que se erige como salvaguarda del derecho fundamental a un juicio justo. En desarrollo de este mandato, la Ley 906 de 2004 incorporó un régimen procesal orientado a proteger la legalidad de la actividad probatoria, pero no ha estado exento de tensiones interpretativas en torno a la distinción entre prueba ilícita y prueba ilegal.

En este capítulo se abordarán cuatro ejes fundamentales: (i) la distinción conceptual entre prueba ilícita e ilegal en el proceso penal colombiano; (ii) el alcance y recepción de la teoría del fruto del árbol envenenado; (iii) los efectos procesales de la prueba ilícita e ilegal, entre ellos la nulidad, la inadmisión, la exclusión y la contaminación probatoria; y (iv) la aplicación práctica de estos criterios a través de ejemplos jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El propósito es ofrecer un marco analítico que permita comprender cómo el sistema de exclusión probatoria equilibra la eficacia investigativa con la protección de las garantías fundamentales, asegurando la validez y legitimidad del proceso penal.

### **5.1. DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE PRUEBA ILÍCITA E ILEGAL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO**

La dogmática procesal penal desarrollada por la jurisprudencia colombiana distingue entre prueba ilícita y prueba ilegal, diferencia que ha sido fundamental para precisar los efectos de cada una en el proceso penal.

La prueba ilícita hace referencia a aquella obtenida con vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en especial los vinculados con el debido proceso, la intimidad, la libertad personal y la inviolabilidad de las comunicaciones. Ejemplo de ello son las interceptaciones sin orden judicial o los allanamientos sin autorización competente, que lesionan garantías esenciales y, por tanto, deben ser excluidas de plano.

En contraste, la prueba ilegal se refiere a aquella recaudada con desconocimiento de requisitos formales o legales, pero sin afectar directamente derechos fundamentales. Se trata de irregularidades procedimentales que, aunque relevantes, no siempre generan la nulidad absoluta del elemento probatorio, sino que pueden dar lugar a correcciones procesales o a la inadmisión de la evidencia.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado esta distinción en múltiples decisiones, consolidando una línea interpretativa coherente. En la sentencia AP7527-2024 (Rad. 60962), la Corte precisó que la ilicitud probatoria surge cuando el medio de convicción se obtiene en contravía de derechos fundamentales, lo cual obliga a su exclusión inmediata del acervo probatorio, mientras que la ilegalidad se refiere a deficiencias de trámite que pueden ser subsanadas siempre que no lesionen garantías esenciales. De manera similar, en la **AP7734-2024 (Rad. 66887)**, se reiteró que la exclusión automática corresponde a la prueba ilícita, al paso que la ilegalidad admite un análisis de proporcionalidad sobre la trascendencia de la irregularidad en el proceso. Estas distinciones han permitido estructurar un sistema de exclusión que busca equilibrar la eficacia investigativa con la vigencia del debido proceso, diferenciando entre vicios de fondo y vicios de forma.

La jurisprudencia más reciente refuerza esta diferenciación. En la sentencia **SP248-2025 (Rad. 58275)**, la Corte Suprema señaló que la prueba ilícita no puede ser objeto de convalidación alguna, pues su sola incorporación supone una violación grave del artículo 29 de la Constitución, en tanto compromete la legitimidad del proceso penal. Por su parte, en la **SP1187-2025 (Rad. 59499)** se estableció que las irregularidades meramente legales, al no afectar derechos fundamentales, pueden dar lugar a la inadmisión de la prueba o a la corrección procesal, pero no necesariamente a la exclusión. En la **SP1284-2025 (Rad. 36784 y otro)**, el alto tribunal reafirmó que la ilicitud contamina incluso las pruebas derivadas, aplicando la teoría del fruto del árbol envenenado, mientras que la ilegalidad tiene un alcance más restringido en cuanto a sus consecuencias.

Finalmente, en las providencias **AP1829-2025 (Rad. 68304)** y **AP1943-2025 (Rad. 68213)**, se puntualizó que la determinación entre prueba ilícita e ilegal exige un análisis casuístico, evaluando tanto el derecho vulnerado como el impacto de la irregularidad en el equilibrio del proceso.

## **5.2. LA TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO**

La teoría del *fruit of the poisonous tree*, formulada originalmente en el derecho estadounidense, ha sido incorporada paulatinamente en el derecho procesal penal colombiano como mecanismo de garantía frente a la obtención de pruebas derivadas de una fuente ilícita.

Según esta doctrina, si el origen de la prueba está contaminado por la ilegalidad —sea por violación de derechos fundamentales o por inobservancia de las garantías procesales—, las pruebas subsecuentes resultan igualmente ineficaces, salvo que se demuestre la ruptura del nexo causal. En Colombia, dicho instituto se regula en el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal con sus consecuencias y ha sido desarrollado por la Corte Suprema de Justicia que considera que la exclusión de pruebas derivadas de una fuente viciada constituye una herramienta indispensable para asegurar la vigencia del debido proceso y evitar que el Estado se beneficie de su propia infracción (AP1566-2024, Rad. 65359). Este planteamiento armoniza con la concepción constitucional de que las garantías procesales no son meras formalidades, sino límites sustantivos al poder punitivo.

Ahora bien, la aplicación de esta teoría no es automática ni absoluta, pues exige un análisis sobre la intensidad de la afectación de derechos y la relación causal entre la prueba ilícita y la derivada. La Sala de Casación Penal ha reconocido que el test de conexión atenuada, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable son excepciones que permiten admitir pruebas que, aunque guardan vínculo con una inicial irregularidad, logran desprenderse de la contaminación originaria (SP082-2023, Rad. 59994). En tal sentido, se busca equilibrar el interés del Estado en la persecución penal con la protección de derechos fundamentales, evitando que la sanción a la ilegalidad procesal se convierta en un obstáculo insuperable para la justicia material. Este criterio ha sido reiterado en pronunciamientos recientes, donde se privilegia una ponderación caso por caso, valorando tanto el origen de la prueba como la necesidad de su utilización en el proceso.

En la jurisprudencia más reciente, la Corte ha destacado que el principio de proporcionalidad debe orientar la aplicación de la teoría, de modo que la exclusión de pruebas contaminadas no suponga un sacrificio desmedido del derecho a la verdad y a la justicia.

Así, en la sentencia SP2641-2024 (Rad. 58444), la Corte advirtió que la ilegitimidad en la obtención de la prueba no puede ser subsanada por el mero interés estatal en la persecución, sino que debe demostrarse que el medio probatorio es producto de una vulneración sustancial y directa de garantías. De igual manera, en AP1890-2021 (Rad. 57982), se enfatizó que la exclusión busca preservar la legitimidad del proceso penal y no simplemente sancionar a la Fiscalía o a la Policía Judicial.

En este contexto, la adopción de la doctrina del fruto del árbol envenenado en Colombia refleja una apuesta por un modelo de justicia penal compatible con un Estado constitucional de derecho, donde el respeto a las garantías procesales constituye un límite insuperable frente a la eficacia probatoria. El no respeto de esas garantías, según el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal, conlleva la nulidad derivada de la prueba ilícita.

### **5.3. EFECTOS PROCESALES DE LA PRUEBA ILÍCITA E ILEGAL: NULIDAD, INADMISIÓN, EXCLUSIÓN Y CONTAMINACIÓN PROBATORIA**

El reconocimiento de la distinción entre prueba ilícita e ilegal en el proceso penal colombiano adquiere relevancia práctica al momento de definir sus efectos procesales. La jurisprudencia ha establecido que la prueba ilícita, al implicar una vulneración de derechos fundamentales, produce la consecuencia automática de la exclusión, en aplicación directa del artículo 29 de la Constitución. Igualmente, según el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal la prueba ilegal debe ser excluida del diligenciamiento, bajo el entendido que ha sido obtenida, recaudada, aducida o practicada, sin el lleno de los requisitos que establece el Código para esos efectos.

No obstante, su exclusión depende de la trascendencia de la irregularidad. Así lo precisó la Corte Suprema en la AP7527-2024 (Rad. 60962), al indicar que mientras la ilicitud invalida la prueba de pleno derecho, la ilegalidad requiere evaluar si el defecto afecta sustancialmente las garantías procesales y especialmente el debido proceso. Esta distinción busca asegurar que el proceso penal preserve su legitimidad sin convertirse en un ámbito de formalismos excesivos que obstaculicen la justicia material.

Entre los efectos procesales más relevantes se encuentra la exclusión probatoria, aplicable de manera inmediata cuando la prueba ha sido obtenida con violación de derechos fundamentales. La Corte lo reiteró en la SP248-2025 (Rad. 58275), destacando que la exclusión no solo protege al procesado, sino que también preserva la integridad del proceso y la legitimidad de la administración de justicia. La exclusión se extiende incluso a las pruebas derivadas, conforme a la teoría del fruto del árbol envenenado. Este criterio fue consolidado en la **SP1284-2025 (Rad. 36784 y otro)**, donde se determinó que la ilicitud contamina todo el material probatorio subsecuente, salvo en los casos de ruptura de nexo causal, fuente independiente o descubrimiento inevitable.

Por su parte, la prueba ilegal, aunque inválida en su forma de incorporación, puede ser subsanada si no afecta el núcleo esencial de las garantías, como lo indicó la **SP1187-2025 (Rad. 59499)**.

Otro efecto es la **nulidad procesal**, que constituye una sanción frente a irregularidades graves en la obtención o práctica de la prueba, cuando estas han sido obtenidas mediante desaparición forzada, ejecución extrajudicial o tortura.

Finalmente, debe mencionarse la figura de la **contaminación probatoria**, que opera cuando una prueba inicialmente válida se ve afectada por el contacto con una prueba ilícita. La Corte Suprema ha aplicado esta consecuencia en decisiones como la **SP082-2023 (Rad. 59994)**, reiterando que la contaminación compromete la credibilidad de la prueba derivada y obliga a su exclusión para preservar la pureza del acervo probatorio. A su vez, la **SP2641-2024 (Rad. 58444)** puntualizó que este efecto no debe aplicarse mecánicamente, sino tras un análisis de proporcionalidad que determine si existe un vínculo directo y relevante entre la prueba ilícita y la derivada. La Corte Constitucional también ha respaldado este enfoque, destacando que la exclusión busca desalentar la obtención de pruebas con desconocimiento de garantías fundamentales.

En conjunto, la nulidad, la inadmisión, la exclusión y la contaminación probatoria constituyen un sistema integral de consecuencias jurídicas que aseguran que la legalidad y la legitimidad se mantengan como condiciones indispensables del proceso penal colombiano.

#### **5.4. REGLA DE EXCLUSIÓN DERIVADA DEL USO DE AGENTE PROVOCADOR Y AGENTE ENCUBIERTO**

La regla de exclusión probatoria en Colombia parte de un criterio fundamental: toda prueba obtenida con violación de derechos fundamentales carece de validez dentro del proceso penal. En este contexto, la distinción entre el agente encubierto y el agente provocador adquiere un papel decisivo.

El primero actúa de manera pasiva, infiltrándose en organizaciones criminales ya existentes con autorización judicial o fiscal; el segundo, en cambio, induce o crea la comisión de un delito inexistente, comprometiendo la presunción de inocencia y el derecho de defensa. La Corte Suprema de Justicia ha reiterado en múltiples pronunciamientos —como las sentencias SP3518-2020 (Rad. 48306) y SP2708-2022 (Rad. 61363)— que cuando la actividad encubierta degenera en provocación, la consecuencia inmediata es la exclusión absoluta de los elementos recaudados, junto con sus pruebas derivadas.

Este estándar se complementa con la jurisprudencia constitucional, que ha subrayado la necesidad de un control judicial estricto para prevenir abusos. La Corte Constitucional, en decisiones como las sentencias C-156 de 2016 y C-025 de 2009, precisó que el uso de agentes encubiertos debe estar precedido de autorización del juez de control de garantías cuando se afecten derechos fundamentales como la intimidad o el domicilio, siendo inadmisibles que la Fiscalía utilice esta figura para producir pruebas en escenarios de provocación.

A su vez, en la **C-243 de 2021**, la Corte resaltó que la ausencia de una prohibición expresa frente al agente provocador constituye una omisión legislativa relativa, que no habilita su utilización por parte de las autoridades judiciales. En esa medida, la regla de exclusión se erige como mecanismo de contención frente a excesos estatales que puedan comprometer la legitimidad del proceso.

En armonía con lo anterior, la jurisprudencia reciente de la Sala Penal —por ejemplo en las sentencias SP511-2023 (Rad. 63404) y SP8473-2014 (Rad. 37361)— ha recordado que el uso indebido del agente encubierto compromete la eficacia de la investigación, pues conduce a la pérdida de validez de las pruebas recaudadas e incluso puede generar nulidad procesal por violación del debido proceso.

El estándar consolidado es claro: el agente encubierto es admisible bajo parámetros de legalidad y control, mientras que el agente provocador invalida toda actuación posterior. Esta distinción, sustentada en la teoría del “fruto del árbol envenenado” y en los principios de proporcionalidad y legalidad, asegura que la búsqueda de la verdad no se convierta en justificación de prácticas

arbitrarias y preserva la coherencia del sistema procesal penal con los compromisos internacionales del Estado colombiano.

## **6. DISCUSIÓN DE RESULTADOS, CONCLUSIONES Y APORTES**

La fase de discusión de resultados constituye el espacio para confrontar los hallazgos de la investigación con el marco conceptual, doctrinal y jurisprudencial desarrollado en los capítulos previos. En este punto se busca evaluar en qué medida los objetivos planteados fueron alcanzados y cómo los resultados permiten ofrecer conclusiones sólidas en torno al agente encubierto, el agente provocador y la regla de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano. Este análisis no solo permite constatar las tensiones normativas y prácticas que subsisten, sino que también resalta la importancia de establecer criterios claros de diferenciación entre ambas figuras, a fin de evitar la vulneración de derechos fundamentales bajo el ropaje de técnicas de investigación especiales.

De manera particular, se destacan los riesgos que implica la confusión conceptual y práctica entre el encubierto y el provocador, el impacto que ello tiene en las garantías del debido proceso y en la eficacia de la prueba, y la necesidad de diseñar parámetros normativos y jurisprudenciales más claros que fortalezcan la legitimidad de la investigación penal. En este sentido, las conclusiones no se limitan a una síntesis de hallazgos, sino que también incluyen propuestas para mejorar la política criminal, así como aportes académicos y profesionales que buscan enriquecer el debate en torno a la validez de las pruebas obtenidas mediante técnicas encubiertas.

### **6.1. SÍNTESIS DE HALLAZGOS MÁS IMPORTANTES**

Los resultados evidencian que la figura del agente encubierto se ha consolidado en el derecho colombiano como una herramienta legítima, aunque excepcional, para enfrentar la criminalidad organizada. Sin embargo, su eficacia está condicionada al respeto de principios constitucionales como la proporcionalidad, la legalidad y el control judicial estricto.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, especialmente en sentencias como la SP2708-2022 y la SP3518-2020, ha advertido que el encubierto solo es válido cuando se limita a documentar conductas preexistentes, mientras que la inducción a delinquir transforma al funcionario en provocador, contaminando de ilicitud toda la actuación. A la luz de la jurisprudencia comparada —como *Jacobson v. United States* (1992) y *Teixeira de Castro v. Portugal* (1998)—, este hallazgo se enmarca en un consenso internacional: la provocación policial es inadmisibles en un Estado constitucional de derecho.

Asimismo, se identificó que la Corte Constitucional ha sostenido criterios consistentes en decisiones como la C-156 de 2016 y la C-243 de 2021, donde se enfatizó que el encubierto requiere autorización y control estricto para ser compatible con la Constitución, y que la ausencia de prohibición expresa al provocador no equivale a su habilitación.

Los resultados confirman que el derecho colombiano ha avanzado en delimitar la figura, pero persisten vacíos normativos relacionados con la cooperación internacional y la estandarización de protocolos en la Fiscalía, lo que genera inseguridad jurídica. Estos hallazgos permiten concluir que la eficacia del encubierto depende no solo de la ley, sino de la claridad de sus límites frente a la provocación y de la consistencia en su aplicación judicial.

## **6.2. RIESGOS DE CONFUSIÓN ENTRE AGENTE ENCUBIERTO Y AGENTE PROVOCADOR**

El riesgo más relevante identificado en la investigación es la frecuente confusión conceptual entre el agente encubierto y el provocador. La similitud de sus actuaciones en escenarios de infiltración puede llevar a que las autoridades, en la práctica, traspasen el límite de la observación legítima hacia la inducción ilícita.

La Corte Suprema ha señalado en múltiples oportunidades —como en la SP511-2023 y la SP8473-2014— que la confusión genera efectos nocivos en la legitimidad de la prueba, pues se introduce en el proceso penal evidencia contaminada que debe ser excluida. Además, este riesgo se amplifica por la ausencia de protocolos uniformes que permitan delimitar claramente el rol del encubierto. El resultado es una potencial vulneración de derechos fundamentales bajo la apariencia de investigación legítima.

La experiencia comparada refuerza este hallazgo: tanto en el sistema estadounidense, a través de la doctrina del *entrapment*, como en el europeo, con los precedentes del TEDH, se insiste en que la confusión entre encubierto y provocador erosiona la legitimidad del sistema de justicia. En Colombia, este riesgo ha sido advertido también por la Corte Constitucional en la C-025 de 2009 y la C-469 de 2009, donde se sostuvo que el respeto al debido proceso exige estándares claros de diferenciación.

Los resultados indican que la falta de claridad genera inseguridad jurídica, desconfianza ciudadana y efectos procesales importantes, por lo que la diferenciación conceptual y práctica entre encubierto y provocador no es un asunto meramente teórico, sino una exigencia de orden constitucional.

### **6.3. IMPACTO EN LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO Y EN LA EFICACIA DE LA PRUEBA**

El estudio reveló que la utilización del agente encubierto afecta directamente derechos fundamentales protegidos por el artículo 29 de la Constitución, lo que exige la presencia de estrictos controles judiciales para garantizar la validez de la prueba.

Cuando el encubierto actúa conforme a la legalidad, la prueba es admisible y fortalece la eficacia investigativa. Sin embargo, si sus acciones derivan en provocación, se produce una vulneración sustancial del debido proceso, con la consecuente exclusión de la prueba y pérdida de eficacia en la persecución penal. La Corte Suprema lo ha reiterado en sentencias como la SP248-2025 y la SP1284-2025, señalando que la ilicitud contamina incluso las pruebas derivadas, conforme a la teoría del fruto del árbol envenenado.

Este hallazgo permite concluir que la eficacia de la investigación no depende de ampliar sin control las técnicas encubiertas, sino de mantenerlas dentro de un marco de legalidad estricto. De hecho, la Corte Constitucional, en la C-587 de 2011, precisó que la validez del encubierto se sujeta a los mismos límites que rigen para toda actuación judicial: necesidad, proporcionalidad y control.

Así, el impacto en las garantías es doble: de un lado, asegura al procesado que no será condenado por delitos fabricados; y de otro, garantiza al Estado que las pruebas obtenidas serán sólidas y sostenibles en juicio. Este equilibrio constituye una condición esencial para la legitimidad del proceso penal.

#### **6.4. PROPUESTA PARA DEFINIR ALGUNOS CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN ENTRE EL AGENTE PROVOCADOR Y EL AGENTE ENCUBIERTO**

Con base en la sistematización doctrinal y jurisprudencial, se proponen tres criterios principales para diferenciar al agente encubierto del provocador:

- A.** Preexistencia delictiva, rol del encubierto y control judicial estricto. La preexistencia implica que la técnica solo se justifica si hay indicios claros de actividad criminal previa, evitando que el Estado “fabrique” la conducta;
- B.** El rol del encubierto debe limitarse a la observación y documentación de hechos ya en curso, sin incidir en la voluntad delictiva de los involucrados;
- C.** Por último, el control judicial estricto implica que el juez de garantías verifique no solo la legalidad formal, sino también la proporcionalidad de la medida, garantizando que no se trate de provocación.

Estos criterios encuentran sustento en sentencias como la SP3518-2020 y la SP2708-2022, así como en los estándares del TEDH y de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

La propuesta busca ofrecer un marco operativo para evitar confusiones y fortalecer la práctica judicial y fiscal en Colombia. Su aplicación permitiría consolidar un modelo en el que la eficacia investigativa no se traduzca en vulneración de derechos fundamentales. Además, armoniza el derecho colombiano con los compromisos internacionales asumidos en tratados como la Convención de Palermo y con la doctrina comparada sobre exclusión probatoria.

Al establecer criterios claros, se proporciona seguridad jurídica a fiscales, jueces y defensores, quienes dispondrían de parámetros objetivos para diferenciar entre encubierto y provocador, reduciendo el margen de discrecionalidad y fortaleciendo la legitimidad del sistema penal.

#### **6.5. APORTE ACADÉMICO Y PROFESIONAL**

Desde el punto de vista académico, este trabajo aporta una sistematización crítica de la jurisprudencia colombiana y comparada sobre el agente encubierto y el provocador, contribuyendo a esclarecer un debate complejo que involucra tanto la eficacia de la política criminal como la vigencia de las garantías fundamentales.

La revisión de sentencias de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Suprema de los Estados Unidos ofrece un panorama completo que permite contrastar modelos y proponer soluciones adaptadas al contexto colombiano. Este aporte académico resulta especialmente relevante en un momento en que la doctrina nacional reclama mayor claridad conceptual y metodológica frente a estas figuras.

En el plano profesional, el trabajo ofrece criterios prácticos para fiscales, jueces y defensores, al precisar cuándo la prueba recaudada mediante técnicas encubiertas es válida y cuándo debe excluirse por ilicitud. Además, señala los vacíos normativos que requieren intervención legislativa y los protocolos de actuación que deben fortalecerse en la Fiscalía General de la Nación para evitar confusión entre encubierto y provocador.

Al hacerlo, se proveen herramientas útiles para la litigación penal y se refuerza la legitimidad del proceso judicial, garantizando que la búsqueda de la verdad se realice en condiciones compatibles con el Estado social y democrático de derecho. Este doble aporte, académico y profesional, reafirma el valor del estudio como insumo para la teoría y la práctica del derecho penal en Colombia.

Todos estos elementos que se han venido desarrollando a lo largo de la investigación, nos llevan a concluir que existen suficientes conceptos y herramientas que permiten llenar los vacíos de la norma y diferenciar al agente encubierto de un agente provocador, lineamientos que son la base fundamental para cualquier desarrollo que se haga desde el punto de vista legal o jurisprudencial en el futuro.

Un ejemplo de ello es el esfuerzo de la Fiscalía General de la Nación por consolidar una línea jurídica y garantista coherente, plasmada en una serie de Resoluciones que precisan el marco normativo del agente encubierto; actos administrativos que han otorgado herramientas a Fiscales y operadores judiciales no solo para diferenciar entre el agente encubierto y el agente provocador, sino para determinar procedimientos más concretos en la actuación del agente, en términos específicos, que ayudan en la efectividad de la investigación.

Los límites a la actuación del agente encubierto han quedado definidos por los instrumentos y pronunciamientos antes vistos, por lo que una eventual modificación legislativa sobre la figura deberá tenerlos en cuenta, siendo un

insumo muy importante la actualización de las Resoluciones sobre la materia que ha emitido el Ente acusador, pues se basan en la experiencia del actuar contra la delincuencia organizada en nuestro país.

## 7. REFERENCIAS

### DOCTRINA

1. Arias Echeverri, J. (2017). *El agente encubierto en el proceso penal colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.
2. Jakobs, G. (2000). *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Marcial Pons.
3. Molina Arrubla, C. (2010). *Manual de derecho probatorio penal*. Bogotá: Leyer.
4. Morales Tamara, C. (2009). *El agente encubierto y la prueba en el proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
5. Muñoz Conde, F. (2016). *Derecho penal. Parte general* (10ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
6. Pastor, J. (2002). *La prueba ilícita y el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.
7. Robinson, P. H. (1993). United States v. Jacobson: The entrapment defense and the need for a state of mind inquiry. *Criminal Law Bulletin*, 29(4), 283–299.
8. Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general* (Vol. II). Madrid: Civitas.
9. Silva Sánchez, J. M. (2012). *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (3ª ed.). Madrid: Civitas.
10. Trechsel, S. (2005). *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press

### MARCO NORMATIVO

1. Congreso de la República de Colombia. (2004). *Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal*. Bogotá: Diario Oficial.
2. Fiscalía General de la Nación. (2006). *Resolución 02450 de 2006*. Bogotá.
3. Fiscalía General de la Nación. (2008). *Resolución 06351 de 2008*. Bogotá.
4. Fiscalía General de la Nación. (2018). *Resolución 0-135 de 2018*. Bogotá.
5. Fiscalía General de la Nación. (2019). *Resolución 1529 de 2019*. Bogotá.
6. Naciones Unidas. (2000). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo)*. Nueva York: ONU.
7. República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente.

#### **JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**

1. Corte Constitucional de Colombia. (2008). *Sentencia C-543 de 2008* (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto). Bogotá;
2. Corte Constitucional de Colombia. (2009a). *Sentencia C-025 de 2009* (M. P. Clara Inés Vargas Hernández). Bogotá.
3. Corte Constitucional de Colombia. (2009b). *Sentencia C-469 de 2009* (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio). Bogotá.
4. Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia C-587 de 2011* (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio). Bogotá.
5. Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia C-156 de 2016* (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado). Bogotá.
6. Corte Constitucional de Colombia. (2021). *Sentencia C-243 de 2021* (M. P. Jorge Enrique Ibáñez Najar). Bogotá.

#### **JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2014). *Sentencia SP8473-2014* (Rad. 37361, M. P. Eugenio Fernández Carlier). Bogotá.
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2020). *Sentencia SP3518-2020* (Rad. 48306, M. P. Eugenio Fernández Carlier). Bogotá.
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2022). *Sentencia SP2708-2022* (Rad. 61363, M. P. Diego Eugenio Corredor Beltrán). Bogotá.

4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2023). *Sentencia SP511-2023* (Rad. 63404, M. P. Myriam Ávila Roldan). Bogotá.
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2025a). *Sentencia SP248-2025* (Rad. 58275). Bogotá.
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2025b). *Sentencia SP1187-2025* (Rad. 59499). Bogotá.
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2025c). *Sentencia SP1284-2025* (Rad. 36784 y otro). Bogotá.

## **JURISPRUDENCIA – DERECHO COMPARADO**

1. Jacobson v. United States, 503 U.S. 540 (1992). Supreme Court of the United States.
2. Kadish, S. (1967). Entrapment: A reexamination of the problem. *The University of Chicago Law Review*, 21(2), 157–202.
3. Sherman v. United States, 356 U.S. 369 (1958). Supreme Court of the United States.
4. Sorrells v. United States, 287 U.S. 435 (1932). Supreme Court of the United States.
5. STC 49/1999, de 5 de abril. Tribunal Constitucional de España.
6. STS 1344/1994, de 17 de junio. Tribunal Supremo de España.
7. STS 760/1997, de 16 de junio. Tribunal Supremo de España.
8. STS 855/1999, de 4 de junio. Tribunal Supremo de España.
9. Teixeira de Castro v. Portugal, no. 44/1997/828/1034 (TEDH, 1998).
10. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2006). *Khudobin v. Russia*, no. 59696/00. Estrasburgo.
11. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2008). *Ramanauskas v. Lithuania*, no. 74420/01. Estrasburgo.