

Arcila Castro, Álvaro Alejandro, "Ley 1908 de 9 de julio de 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', *Nuevo Foro Penal*, 91, (2018)

**Ley 1908 de 9 de julio de 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"**

Act 1908, of July 9, 2018

ÁLVARO ALEJANDRO ARCILA CASTRO¹

El pasado 9 de julio del presente año se promulgó por parte del Congreso de la República la Ley 1908 de 2018²: "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". Se compone de sesenta artículos divididos en tres títulos. El primero, denominado Ámbito de aplicación, cuenta con un capítulo único, donde se encuentran normas generales. El segundo título se denominó "Medidas para el fortalecimiento de la investigación y de la judicialización de los grupos delictivos organizados y de los grupos armados organizados", que se estructura en tres capítulos, el primero denominado "Medidas punitivas para combatir las organizaciones criminales"; el segundo se denominó "Herramientas de investigación y judicialización" y un último capítulo de "Disposiciones complementarias"; y el tercer y último título cuyo epígrafe es "procedimiento especial para la sujeción a la

1 Abogado de la Universidad de Caldas. Especialista en derecho procesal. Universidad del Rosario. Especialista en derecho penal y candidato a Magister. Universidad EAFIT. E mail aaarcilac@EAFIT.edu.co

2 Diario Oficial No. 50.649 de 9 de julio de 2018.

justicia de grupos armados organizados”, dividido en cuatro capítulos así: Normas generales; Acercamientos colectivos con los grupos armados organizados; Etapa de judicialización y, por último, Otras disposiciones. De lo anterior, centraremos nuestra atención en sus dos primeros títulos.

Dicho emprendimiento legislativo es el resultado de la armonización de varios esfuerzos. De una parte, la Fiscalía General de la Nación, a través del Fiscal General Néstor Humberto Martínez y, de otra, el Ministerio de Justicia y del Derecho a través del ministro Enrique Gil Botero, quien presentó el proyecto ante el Congreso de la República para su trámite. Sin embargo, dos más fueron las vías que se intentaron para sacar adelante este proyecto legislativo: por un lado, se intentó expedir a través de un decreto legislativo en virtud de las facultades extraordinarias otorgadas al presidente de la República; no obstante, se advirtió por parte de sus promotores que, un actuar así, desbordaría las potestades presidenciales, por lo que fácilmente podría ser declarado inconstitucional. Es por esto que se intentó tramitar presurosamente a través del denominado procedimiento de “*fast track*”, sin embargo, la prioridad de otros proyectos de ley más estratégicos para implementar el acuerdo de paz dio al traste con ello. La única posibilidad era, entonces, el trámite ordinario de ley de la república, por lo que tuvo que surtir todo su trámite de conformidad con la ley y la Constitución. Así, se manifestó por sus promotores que este proyecto de ley “tiene como finalidad garantizar la terminación del actuar delictivo de las organizaciones criminales a través de dos estrategias: la primera, dirigida a fortalecer el sistema específico de normas y mecanismos procesales y de investigación, que permitan a los fiscales, jueces y servidores con funciones de policía judicial enfrentar de manera oportuna y eficaz a dichas organizaciones. La segunda, define un procedimiento especial para la sujeción a la justicia de grupos armados organizados, sin que esto signifique en ningún momento, su reconocimiento político o la aplicación de mecanismos de justicia transicional”.

La exposición de motivos del referido proyecto de ley³ indica que su objetivo primordial es atacar la criminalidad organizada, modificando o creando una serie de herramientas para conseguir tal fin. No deja de llamar la atención, sin embargo, los curiosos datos que se incorporan en la misma con el fin de sustentar la viabilidad de las modificaciones legislativas propuestas. Por ejemplo, como que la anhelada eficacia del sistema de procesamiento penal se mida, básicamente, en capturas o

3 Proyecto de ley 198 de 2018.

en allanamientos⁴, como si el fin último del sistema represivo colombiano lo fuera la captura, la privación de la libertad de un ciudadano sin una condena en su contra.

De acuerdo con el objetivo trazado, el proyecto de ley se estructuró bajo tres ejes fundamentales: i) desarrolla unas modificaciones de orden sustancial, incrementando penas, creando nuevos tipos penales “*para combatir la criminalidad organizada*”; ii) modifica normas de orden procedimental y de investigación para “*facilitar la exigente labor de los fiscales e investigadores judiciales*” y; iii) incorpora “*otras disposiciones*” que buscan facilitar las anteriores. Por lo pronto, importa anticipar que, como lo sostiene Sotomayor Acosta “la noción de “*crimen organizado*” ha llegado al discurso criminológico y jurídico penal convertida en una especie de fantasma, esto es, algo contra lo cual se precisa luchar aunque no se tenga del todo claro lo que es.”⁵ Tal como lo veremos adelante.

1. **Ámbito de aplicación y definiciones**

Inicia el legislador por establecer en el artículo 1, el ámbito de aplicación de la ley para “centrarlo” en la investigación y judicialización de grupos delictivos organizados (GDO) y grupos armados organizados (GAO) dividiendo estos conceptos. Nos preguntamos entonces por la razón para tal diferenciación. La respuesta la encontramos en la exposición de motivos:

“De esta forma, el análisis del contexto ha mostrado que Colombia se encuentra en una situación en la que importantes mercados ilegales están dejando de ser controlados por organizaciones criminales que tienen una estructura jerárquica clara, para ser administrados por redes que se articulan alrededor de esos negocios ilícitos. Lo anterior supone un nuevo reto para el Estado, pues estas redes generan un impacto en la institucionalidad de las regiones, lo que permite que aumente la corrupción.”⁶

Parece ser entonces que el Estado colombiano ha encontrado un cambio en la forma en que se estructuran estos grupos ilegales, ya no con una estructura jerárquica, piramidal, sino más bien ahora esparcida horizontalmente a lo largo y ancho del territorio nacional. Organizada en pequeños núcleos que se distribuyen el

4 Proyecto de ley 198 de 2018, p. 28.

5 SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, “Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada en el sistema penal: El caso colombiano”, en *Estudios Criminales*. Jul/Set. 2009, p. 120.

6 Proyecto de ley 198 de 2018, p. 37.

negocio de las rentas ilegales como si de franquicias se tratara, con mayor capacidad de permeabilidad social y menor posibilidad de detección.

A renglón seguido, en el artículo 2, desarrolla una definición de aquellos grupos que puede resultar problemática. Frente a la definición de grupo armado organizado (GAO), se ciñe a criterios más claros, entendiendo por tales: “*Aquellos que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.*” Fijando además unos criterios concurrentes, así: i) el uso de la violencia armada, bien contra la fuerza pública, instituciones del Estado, población civil, bienes civiles o “contra otros grupos armados”; ii) capacidad de generar un alto nivel de violencia armada; iii) organización jerárquica o mando con liderazgo y dirección en sus integrantes para generar dicha violencia armada en el territorio nacional. Pero, además, para considerarse válidamente la existencia de un GAO, resulta necesario contar con una calificación previa del Consejo de Seguridad Nacional. “A la fecha, sólo se han identificado tres grupos armados organizados, como son: Los Pelusos, Los Puntilleros y el Clan del Golfo. Este último es el que presenta mayor crecimiento a nivel nacional, con una injerencia en 132 municipios.”⁷ Como se indicaba, dichos criterios deben ser concurrentes, es decir, estar presentes de manera simultánea en estos grupos, pues así lo establece claramente el parágrafo del Art. 2. Y, ante la ausencia de uno de estos requisitos, no sería procedente su calificación como GAO.

Posteriormente, se intenta dar una definición de grupo delictivos organizados (GDO), en el siguiente sentido: “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.” Dice, además, que “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.”

Esta definición genera varios interrogantes. Lo primero que se puede advertir es que el legislador hace uso de la definición de “*grupo delictivo organizado*” establecida en la convención de Palermo, acogida en Colombia mediante la Ley 800 de 2003⁸. Y

7 Proyecto de ley 198 de 2018, p. 36.

8 Diario Oficial No. 45.131, de 18 de marzo de 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 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).

si ello es así, debemos remitirnos allí para establecer qué es un delito grave o cuáles delitos se encuentran tipificados en dicha convención. Pues bien, se estableció en la misma que 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;”*. Así mismo, los delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo, son: i) asociación o concierto para delinquir (Art. 5); ii) lavado de activos (Art. 6); iii) corrupción pública (Art. 8) y iv) delitos relacionados con la obstrucción a la justicia (Art. 23).

La pregunta que surge es si estos criterios, al igual que en la definición de los GAO deben ser concurrentes y simultáneos, es decir, que además de estar sancionados con pena cuyo máximo sea o exceda de 4 años, se trate de la clase de delitos contemplados en la convención. La respuesta lastimosamente parece ser negativa. Lo anterior de una interpretación exegética de la norma, por el uso de la conjunción disyuntiva “o” utilizada por el legislador. Y si ello es así, la delimitación que parece fijada por la ley, en realidad no es tal, pues para el caso colombiano una pena máxima de prisión de 48 meses o más, es la regla general, a excepción de aquellos delitos que se sancionan con pena multa y algunos querellables (que no todos). ¿Y por qué semejante ampliación del concepto de GDO? Por la eliminación del concepto de transnacionalidad de los delitos (eje de la Convención de Palermo) por parte del legislador colombiano en la ley 1908, lo que por supuesto, amplía desmesuradamente su alcance. Lo anterior lo podemos deducir de la literalidad de la misma norma al establecer que dichas conductas *“no necesariamente tendrán que ser de carácter transnacional”*.

2. Medidas Punitivas

En adelante, el título II, capítulo I, se encarga de incorporar al ordenamiento jurídico *“medidas punitivas para combatir las organizaciones criminales”* y procede a adicionar y modificar varios tipos penales. Así, el artículo 3 adiciona el artículo 182A a la Ley 599 de 2000⁹, para tipificar el *“constreñimiento ilegal por parte de miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados”*. Adiciona, a

9 Artículo 182 A de la Ley 599 de 2000. *“Los miembros, testaferros o colaboradores de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados, que mediante constreñimiento impidan u obstaculicen el avance de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), establecidos en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, así como cualquier otra actividad para la implementación del Acuerdo Final, incurrirán en prisión de cuatro (4) a seis (6) años.”*

través del artículo 4, un inciso final al delito de constreñimiento al sufragante¹⁰. Modifica el delito de concierto para delinquir¹¹ a través del artículo 6, para incorporar nuevas tipicidades al agravante contemplado en el inciso segundo de dicha norma. Y suma como agravante al inciso tercero, la condición de servidor público. A través del artículo 7 se adiciona un párrafo al delito de utilización ilegal de uniformes e insignias¹². Así mismo, el artículo 8, adiciona el numeral 8 al inciso 3 del artículo 365 al código penal¹³. Estas dos variaciones legislativas responden a un criterio de enfoque territorial que procura la consolidación del acuerdo de paz y al cumplimiento de los compromisos establecidos en el mismo por parte del Estado colombiano.

Por su parte, el artículo 9 adiciona el artículo 188E al código penal, tipificando el delito de amenazas contra defensores de Derechos Humanos y servidores

10 Inciso final, Artículo 387 de la Ley 599 de 2000. “La pena se aumentará en una tercera parte cuando la conducta sea cometida por miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados.”

11 Artículo 340 de la ley 599 de 2000. “Concierto para delinquir: Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

Quando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de niñas, niños y adolescentes, trata de personas, del tráfico de migrantes, homicidio, terrorismo, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, drogas tóxicas o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, y delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir o sean servidores públicos.

Quando se tratare de concierto para la comisión de delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos y sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

12 Párrafo, Artículo 346 de la Ley 599 de 2000. “Cuando la conducta sea desarrollada dentro de los territorios que conforman la cobertura geográfica de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.”

13 Numeral 8, inciso 3, Artículo 365 de la Ley 599 de 2000. “Cuando la conducta sea desarrollada dentro de los territorios que conforman la cobertura geográfica de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET).”

públicos¹⁴, y el artículo 10, que modifica el artículo 347 *ibidem*¹⁵. Lo que resulta extraño de estos dos últimos cambios incorporados al Código penal, es que ambos regulan el delito de amenazas en contra de organizaciones o dirigentes sindicales, otorgándole, sin razón alguna, un tratamiento punitivo distinto.

Pasamos rápidamente sobre las anteriores variaciones legales para centrarnos con mayor detenimiento en un tipo penal nuevo que ha resultado muy polémico y es el que se consagra en el artículo 6, que adiciona el artículo 340 A de la Ley 599 de 2000, así:

Artículo 340 A. Asesoramiento a Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados. El que ofrezca, preste o facilite conocimientos jurídicos, contables, técnicos o científicos, ya sea de manera ocasional o permanente, remunerados o no, con el propósito de servir o contribuir a los fines ilícitos de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados, incurrirá por esta sola conducta en prisión de seis (6) a diez (10) años e inhabilidad para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio por veinte (20) años.

No se incurrirá en la pena prevista en este artículo cuando los servicios consistan en la defensa técnica, sin perjuicio del deber de acreditar sumariamente el origen lícito de los honorarios. En todo caso el Estado garantizará la defensa técnica.

14 Art. 188E de la Ley 599 de 2000. "Amenazas contra defensores de Derechos Humanos y servidores públicos. El que por cualquier medio atemorice o amenace a una persona que ejerza actividades de promoción y protección de los derechos humanos, o a sus familiares, o a cualquier organización dedicada a la defensa de los mismos, o dirigentes políticos, o sindicales comunicándole la intención de causarle un daño constitutivo de uno o más delitos, en razón o con ocasión de la función que desempeñe, incurrirá en prisión de setenta y dos (72) a ciento veintiocho (128) meses y multa de diecisiete punto setenta y siete (17.77) a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma pena se incurrirá cuando las conductas a las que se refiere el inciso anterior recaigan sobre un servidor público o sus familiares.

PARÁGRAFO. Se entenderá por familiares a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, segundo de afinidad o sobre cónyuge o compañera o compañero permanente o cualquier otra persona que se halle integrada a la unidad doméstica del destinatario de la amenaza."

15 Artículo 347 de la ley 599 de 2000. "Amenazas. El que por cualquier medio atemorice o amenace a una persona, familia, comunidad o institución, con el propósito de causar alarma, zozobra o terror en la población o en un sector de ella, incurrirá por esta sola conducta, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la amenaza o intimidación recayere sobre un miembro de una organización sindical, un periodista o sus familiares, en razón o con ocasión al cargo o función que desempeñe, la pena se aumentará en una tercera parte."

Dentro de la exposición de motivos resulta curioso, por decir lo menos, los argumentos que se pregonan en su favor, como llamativa resulta la “fundamentación” de la pretendida constitucionalidad que allí se expone. Así, se manifestó por parte de sus promotores que “(P)arte del problema actual en materia de lucha contra el crimen organizado radica en la compleja red que integran sus miembros, testaferros y colaboradores, a fin de ocultar y maximizar los efectos de sus conductas delictivas. Con todo, se pudo identificar que no solo los sujetos activos asociados a estas estructuras criminales participan o se benefician de la comisión de múltiples delitos, también lo hacen terceros que a través de su profesión, arte u oficio, tienen el propósito de servir o contribuir a los fines ilícitos de estas organizaciones.”¹⁶ Y para sustentarlo a través de instrumentos internacionales, recurren al artículo 5 de la tantas veces nombrada Convención de Palermo. ¿Pero que acaso dicho artículo no hace alusión al delito de asociación o concierto para delinquir que ya se encuentra tipificado en nuestra codificación penal? Más aún, no será que, si se comprueba que esos “terceros” contribuyen a “los fines ilícitos de estas organizaciones,” ¿no podremos decir que harían parte de la misma? La respuesta parece obvia.

Ahora, al procurar sustentar su constitucionalidad, señalan que: *“(E)l contenido del tipo penal propuesto, en una primera aproximación, plantea una limitación al derecho al trabajo y libertad al ejercicio de una profesión...”*. Por lo que se argumenta que: *“El tipo penal contiene un fin constitucionalmente válido y aporta a su consecución. Esto es, el fortalecimiento de la paz y proteger a la sociedad colombiana de la consolidación y surgimiento de organizaciones criminales. La norma es necesaria porque, precisamente, la persecución penal a aquellas personas que facilitan la operación de organizaciones delictivas y armadas ha sido un reto para el Estado, pues sus comportamientos –en sí mismos– no están tipificados como concierto para delinquir (falta acuerdo previo en muchos casos), y el procesamiento como partícipes, genera penas poco significativas”*. Y manifiesta al final que *“el tipo penal es proporcional, pues no está limitando de manera arbitraria el ejercicio de una profesión u oficio, sino que solamente lo hace cuando la finalidad del sujeto es servir o contribuir a los fines ilícitos de la organización criminal.”*

Creo, por supuesto, que el ejercicio analítico constitucional que se intentó es considerablemente deficiente. Aspiro igualmente que sea la Corte Constitucional quien tenga la oportunidad de pronunciarse acerca de la conformidad de dicho tipo penal con la Carta Política. Por lo pronto, basta con decir que los mismos argumentos dados en la exposición de motivos, sirven para establecer que es una

16 Proyecto de ley 198 de 2018, p. 45.

norma absolutamente innecesaria, que se puede entender más desde la carencia del Estado por desarrollar de manera eficiente la labor de investigación, persecución y juzgamiento de conductas ya establecidas en nuestra legislación (como el concierto para delinquir) y apela más a un criterio de prevención general negativo que procura generar intimidación, recelo en el ejercicio de actividades liberales como la abogacía, sin ahondar en los alcances negativos que este tipo penal podría tener en el derecho de defensa y contradicción de personas que aún presumidas inocentes, sean sometidas a un juicio por delitos comunes en la dinámica de estas organizaciones delictivas.

3. Herramientas de Investigación y Judicialización

En el capítulo II del título II, se incorporan una serie de “Herramientas de investigación y judicialización” dirigidas básicamente a hacer más laxos los tiempos en que se deben desarrollar los actos de investigación en contra de los miembros de este tipo de organizaciones y a incrementar con creces el término de detención preventiva para los procesados que pertenezcan a las mismas, que tendrán una duración que no podrá exceder de tres años cuando se trate de miembros de grupos delictivos organizados y de hasta cuatro años, para miembros de grupos armados organizados, momento en el cual se podrán sustituir por una medida no privativa de la libertad. Así se advierte del artículo 12, 14 y 18 de la referida ley, que aumentan el término para el desarrollo de actos de investigación de treinta días en etapa indagación y quince en etapa investigación, incrementándolo a seis y tres meses en una y otra etapa. Así, por ejemplo, para actos como la recuperación de información dejada al navegar por internet, búsqueda selectiva en base de datos, interceptación de llamadas, entre otros. Como de los artículos 23, 24 y 25, relativos a la duración de las medidas de aseguramiento, los criterios para determinar el peligro para la comunidad o el proceso y las causales de libertad. De los que se advierte una marcada tendencia a minimizar garantías procesales, extender plazos de detención preventiva, facilitar la aplicación de medidas de aseguramiento privativas de la libertad e imponer talanqueras para su recuperación. Así convierten la medida de aseguramiento intramuros en el tormento judicial de la época. Largo e inhumano tratamiento que acorrala al ciudadano hasta llevarlo a declinar de su derecho fundamental a tener un juicio justo¹⁷ y con todas las garantías que la constitución y la ley le brinda.

17 Constitución Política Nacional. Artículo 29. Debido proceso.

Centremos ahora el estudio, en la figura del agente encubierto virtual, el producto financiero encubierto y la cooperación interinstitucional en materia de investigación criminal. Establecen los artículos 15 y 16 de la ley 1908 de 2018 que, para efectos de la figura de agente encubierto “también podrá disponerse que los miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados puedan actuar como tal”. Así mismo establece que esta técnica de investigación “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.” Facultando al agente encubierto virtual para “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.” Todo lo anterior, gozando de autorización previa por parte del juez de control de garantías.

Sin embargo, muchas son las situaciones que dicha figura puede generar, por ejemplo, el hecho de intercambiar o enviar archivos ilícitos puede generar su propagación sin límites en la red. Tratándose de archivos videográficos o fotográficos, no podrá contenerse o al menos controlarse el rango de divulgación de los mismos. E incluso, ese mismo hecho podrá generar una sanción penal para quien los reciba, si se tratara, verbigracia, de pornografía infantil¹⁸, lo que claramente convertiría al agente encubierto (quien además podrá ser un mismo miembro de la organización criminal) en un agente provocador. Los límites son demasiado delgados y la función constitucional de protección deberá ser muy decidida por parte de los jueces de garantías.

Similar preocupación genera el denominado producto financiero encubierto establecido en el artículo 17 de la Ley 1908 de 2018, que adiciona los parágrafos 1 y 2 al artículo 243 de la Ley 906 de 2004 sobre entregas vigiladas. Según se establece, podrá autorizarse la apertura del producto financiero encubierto en entidades bancarias nacionales o extranjeras con el fin de transar o depositar allí dinero o cualquier otro activo en medio de una negociación ilegal vigilada. Para tal fin se requerirá, además de la autorización previa del fiscal, e incluso del director nacional o seccional de fiscalías, autorización de la entidad financiera, quien “se

18 Artículo. Pornografía con personas menores de 18 años. “El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmite o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

entenderá indemne respecto a las posibles conductas delictivas o infracciones regulatorias, derivadas de las actuaciones del Agente Encubierto o de la entidad, en desarrollo de la operación, en lo exclusivamente relacionado con el producto financiero encubierto.” Pero, ¿hasta dónde se extiende dicha indemnidad? Si de dicho producto financiero encubierto se derivan transacciones para productos no cubiertos en el acto de investigación ¿deberá realizar los reportes correspondientes ante las autoridades competentes (como la UIAF) so pena de incurrir en infracciones de todo orden? ¿Quién o quiénes en la entidad financiera conocerán de la condición de producto financiero encubierto? ¿No será acaso ese conocimiento de terceros, un riesgo para la investigación? Es, por supuesto, casi necesario una reglamentación en tal sentido para despejar estas y otras dudas.

Para terminar, llamamos la atención de la figura establecida en el artículo 20, que adiciona el artículo 429 A de la Ley 906 de 2004, denominada “Cooperación interinstitucional en materia de investigación criminal”¹⁹ por medio de la cual se pretende la realización del fin constitucional de colaboración armónica entre las instituciones públicas consagrado en la Carta Política. Sin embargo, en realidad envuelve una disminución de garantías constitucionales y legales establecidas en los procedimientos investigativos, como quiera la Fiscalía General de la Nación podrá (a través de un oficio) obtener elementos materiales probatorios que estuvieren en poder de las autoridades administrativas, recaudadas bajo los ritos propios de las actuaciones disciplinarias, fiscales o sancionatorias (que no los penales) y podrá utilizarlos válidamente en las actuaciones penales.

En otras palabras, soslayan procedimientos que han sido creados como garantías moduladoras de la actividad investigativa y persecutoria del Estado, límites legales al ejercicio del *ius puniendi* en protección del ciudadano *sub iudice*, tales como la necesidad de acudir ante el juez de control de garantías para obtener su aval (previo o posterior, o ambos) luego de exponerle las necesidades de la indagación, el respaldo probatorio de los motivos fundados para así proceder y el desarrollo de un

19 “Los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, recopilada o producida por las autoridades administrativas en desarrollo de sus competencias y con observancia de los procedimientos propios de las actuaciones disciplinarias, fiscales o sancionatorias, podrán ser utilizados e incorporados a las indagaciones o investigaciones penales correspondientes, sin menoscabar los derechos y procedimientos establecidos en la Constitución Política.

Los conceptos, informes, experticias y demás medios de conocimiento obtenidos, recolectados o producidos por las autoridades administrativas en desarrollo de sus competencias podrán ser ingresados al juicio por quien los suscribe, por cualquiera de los funcionarios que participó en la actuación administrativa correspondiente o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física.”

test de proporcionalidad que genere un balance positivo a su solicitud. Y más aún, parece revivir la figura de la prueba trasladada (prohibida en la sistemática penal adversarial) cuando pregona que “los conceptos, informes, experticias y demás medios de conocimiento obtenidos, recolectados o producidos por las autoridades administrativas en desarrollo de sus competencias podrán ser ingresados al juicio por quien los suscribe, por cualquiera de los funcionarios que participó en la actuación administrativa correspondiente o *por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física.*” Pues la defensa verá claramente disminuida su posibilidad de confutar el medio de prueba, cuando sea ingresado por quien sólo lo recolectó o recibió, pero no participó en su confección. En otras palabras, este investigador podrá dar cuenta de la existencia del elemento, más no de su forma de producción, de su contenido concreto, o de su alcance, minando por tanto el principio de contradicción.

Ahora, las modificaciones contempladas en los artículos 21 y 22 de la Ley 1908 de 2018 establece la primera que “La persona que sea capturada será puesta a disposición del juez de control de garantías dentro de un término de 36 horas, el cual será interrumpido con la instalación de la audiencia por parte del juez competente en cumplimiento de lo señalado en el artículo 28 de la Constitución Política” en clara contravía con lo definido por la Corte Constitucional en sentencia C 163 de 2008²⁰. Y el segundo pregona la reserva de la actuación penal. Ambas, si nos ceñimos al ámbito de aplicación de la ley, se deberían aplicar exclusivamente a las investigaciones y judicializaciones de los grupos delictivos organizados y armados organizados; sin embargo, ya hacen carrera para permear todas las actuaciones que se desarrollan en nuestro sistema penal.

En resumen, esta ley pone en clara evidencia lo que ya intuían varios doctrinantes acerca de la creación de “un modelo diferenciado de derecho penal. Por un lado, el sistema clásico de derecho penal y por otro, el excepcional de lucha contra la criminalidad organizada, caracterizado fundamentalmente por la restricción de algunos principios y garantías, así como por la flexibilización de algunas de las reglas de imputación de la responsabilidad penal, todo en aras de facilitar la prevención y represión de los delitos”²¹ Materializa planteamientos como los de Jakobs con su

20 Definió la Corte Constitucional en la sentencia C 163 de 2008, con ponencia del M.P. Jame Córdoba Triviño: Declarar Exequible el inciso tercero del artículo 1° de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 2° de la Ley 906 de 2004, en el entendido que dentro del término de treinta y seis (36) horas posterior a la captura, se debe realizar el control efectivo a la restricción de la libertad por parte del juez de garantías, o en su caso, del juez de conocimiento.

21 SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO. “Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada en el sistema penal: El caso colombiano”. *Estudios Criminales*. Jul/Set. 2009, p. 122.

derecho penal de enemigo (en contraposición al derecho penal del ciudadano) por medio del cual se pretende anticipar las barreras de protección del derecho penal a favor de “los ciudadanos”, en claro socavamiento de garantías de orden legal. O como los planteamientos de Silva Sánchez en relación con la tercera velocidad del derecho penal que, según él (y coincido) ya existe, y es usado entre otros, para luchar contra el fenómeno delictivo de la criminalidad organizada “*que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado.*”²² No obstante, es un derecho penal (si se puede llamar tal) que debe ser “deseablemente reducido a la mínima expresión”²³ y utilizado en “ámbitos excepcionales y por tiempo limitado”²⁴ y no, como aquí se plantea, con vocación de permanencia y deficientes criterios de diferenciación para poder establecer, por ejemplo, quién es el enemigo.

Bibliografía

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*. Civitas, Madrid. 2001.

SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO. “Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada en el sistema penal: El caso colombiano”, en *Estudios Criminais*. Jul/Set. 2009.

Proyecto de ley 198 / 2018 Senado y 227/2018 Cámara. Gaceta del Congreso No. 84/18.

22 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*. Civitas. 2001. p. 163.

23 *Ibíd.*, p. 164.

24 *Ibíd.*, p. 164.