

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA LEGITIMACIÓN DE LA IMPUNIDAD POR PARTE DEL ESTADO EN LA FIGURA  
DEL AGENTE ENCUBIERTO**

**MAYRA ALEJANDRA CABRERA DIAZ**

**GUATEMALA, FEBRERO 2016**

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA LEGITIMACIÓN DE LA IMPUNIDAD POR PARTE DEL ESTADO EN LA FIGURA  
DEL AGENTE ENCUBIERTO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**MAYRA ALEJANDRA CABRERA DIAZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICA Y SOCIALES**

Y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

**Guatemala, febrero 2016**

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana  
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil  
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez  
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía  
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia  
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana  
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Héctor René Granados Figueroa  
Vocal: Lic. Carlos Alberto Cáceres Lima  
Secretario: Lic. Carlos Urbina Mejía

**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. Héctor Orozco y Orozco  
Vocal: Lic. Otto Daniel Ardón Medina  
Secretario: Lic. Luis Emilio Orozco Piloña

**RAZÓN:** Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis". (Artículo 43 de Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



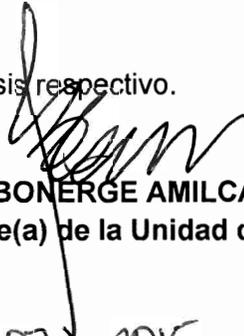
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 06 de noviembre de 2014.**

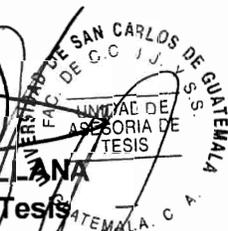
Atentamente pase al (a) Profesional, CAROL PATRICIA FLORES POLANCO  
 \_\_\_\_\_, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante  
MAYRA ALEJANDRA CABRERA DIAZ, con carné 200510694,  
 intitulado LA LEGITIMACIÓN DE LA IMPUNIDAD POR PARTE DEL ESTADO EN LA FIGURA DEL AGENTE  
ENCUBIERTO.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

  
**DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA**  
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 20 / 07 / 2015.

f)

  
**Asesor(a)**  
 (Firma y Sello)

*Carol Patricia Flores Polanco*  
 ABOGADA Y NOTARIA





**CAROL PATRICIA FLORES POLANCO**  
**ABOGADA Y NOTARIA**  
**JUZGADO PRIMERO PLURIPERSONAL DE PRIMERA INSTANCIA PENAL**  
**NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE DE MAYOR RIESGO,**  
**GRUPO A.**  
**21 CALLE 7-70 Cetro Cívico Torre de Tribunales 14 nivel**  
**Tel. 26487000 ext. 2272**

---

Guatemala, 1 de septiembre de 2015.

Doctor  
Boanerge Amílcar Mejía Orellana  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su Despacho



Doctor Mejía Orellana:

Con el respeto que le merezco, tengo el agrado de dirigirme a usted en cumplimiento de la providencia emanada de la Unidad de Asesoría de Tesis, que usted dirige en el cual fui designada como ASESORA de acuerdo al nombramiento de fecha 22 de noviembre 2014, por medio del he procedido a asesorar la tesis titulada: "**LA LEGITIMACIÓN DE LA IMPUNIDAD POR PARTE DEL ESTADO EN LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO**", de la bachiller **MAYRA ALEJANDRA CABRERA DIAZ**, con número de carné 200510694 motivo por el cual emito el siguiente

**DICTAMEN:**

- a. Del contenido científico y técnico de la tesis, vale la pena mencionar, que la investigación no se limita a cumplir con presupuestos únicamente de la presentación, sino que sustenta análisis y teorías, de orden legal y académico, siendo su contenido científico y técnico satisfactorio.
- b. En cuanto al contenido capitular se evidencio la utilización de método lógico deductivo, logrando con ello la comprobación de la hipótesis.
- c. Considero que la redacción utilizada cuenta con un lenguaje jurídico el cual es acorde a un trabajo de esta índole. Demostrando conocimiento y dominio del tema.
- d. En la conclusión discursiva se debe tomar en cuenta a los cuestionamientos hechos hacia la figura del agente encubierto, en cuanto su aplicación en un Estado de Derecho, en el cual deben imperar las garantías fundamentales, lo que, hace que pensar que el Estado no puede ser participe en ningún tipo de delitos, cayendo este en la delgada línea de la impunidad transformándole en autor del delito. Siendo necesario establecer parámetros para la aplicación de esta figura.



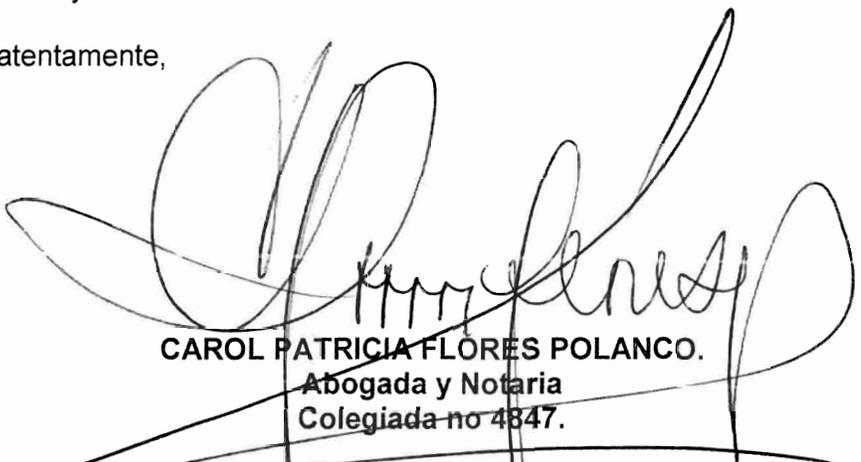
Por lo tanto, el presente trabajo reviste de vital importancia al sistema penal guatemalteco.

- e. Considero que el trabajo realizado constituye un aporte importante para el ámbito académico, pues hace un breve estudio de los Métodos Especiales de Investigación contenidos en la Ley Contra la Delincuencia Organizada centrándose en la figura del Agente Encubierto, las incidencias que esta figura ha provocado por su novedad, siendo oportuno hacer las críticas y recomendaciones necesarias para la obtención de unos mejores resultados en su aplicación.
- f. Considero que la bibliografía utilizada en la elaboración del presente trabajo es específica y actualizada, lo cual proveyó a la investigación de un carácter formal.

En mi opinión el trabajo realizado cumple con los requisitos de forma establecidos por el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público procedo a emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, para que prosiga con los trámites necesarios para la respectiva discusión final, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Así mismo declaro que no soy pariente de la bachiller **Mayra Alejandra Cabrera Díaz**, dentro de los grados de ley.

Sin otro particular, atentamente,



**CAROL PATRICIA FLORES POLANCO.**  
Abogada y Notaria  
Colegiada no 4847.

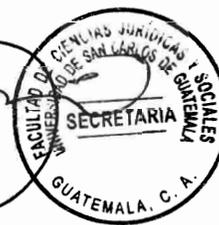
*Carol Patricia Flores Polanco*  
ABOGADA Y NOTARIA



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 25 de enero de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MAYRA ALEJANDRA CABRERA DIAZ, titulado LA LEGITIMACIÓN DE LA IMPUNIDAD POR PARTE DEL ESTADO EN LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs



Lic. Avidán Ortiz  
DECANO





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Fuente de vida y conocimiento, por estar siempre a mí lado dándome fuerzas para seguir adelante.
- A MI PADRE:** Carlos Armando Cabrera Girón, por apoyarme siempre en la búsqueda de mis metas, por sus consejos, ejemplo y amor incondicional.
- A MI MADRE:** Irma Araceli Díaz Illescas, por su apoyo, paciencia, perseverancia, y ser ejemplo de amor incondicional.
- A MI ESPOSO:** Otto Alberto Vásquez Flores, por todo su amor, apoyo, comprensión, paciencia y por estar siempre a mi lado, te amo.
- A MI HIJO:** Camilo Andrés Vásquez Cabrera, por ser mi fuente de inspiración y fuerza día con día, esto es por ti, te amo.
- A MI FAMILIA:** Por todo apoyo que me han brindado, a mi hermano Lester y en especial a María Ofelia Castillo de Díaz y Gregorio Augusto Díaz Arango (QEPD) por sus consejos y por haber colmado mi niñez de alegrías e ilusiones; abuelita promesa cumplida; a mis tíos primos.
- A LA LICENCIADA:** Carol Patricia Flores Polanco, por todo el apoyo y motivación dado y por ser un ejemplo de vida, sin usted nada de esto hubiera sido posible, gracias.
- A MIS AMIGOS:** Por estar siempre en las buenas y en las malas, por sus consejos y confianza y por todos esos momentos especiales, gracias Jesse, Zuly y Vivi.
- A MI ALMA MATER:** La Tricentenaria Universidad de Carlos de Guatemala por abrirme las puertas del conocimiento.
- A LA FACULTAD:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por formar parte de este gran sueño.



## PRESENTACIÓN

El presente trabajo de investigación, plantea el análisis de la legitimación de la impunidad por parte del Estado en la figura del agente encubierto a través del cual se puede determinar la violación a los derechos fundamentales de las personas al utilizar los métodos y técnicas especiales de investigación contenidos en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, lo que lleva a realizar un análisis de la norma constitucional, leyes especiales, convenios internacionales aprobados y ratificados por Guatemala y normas de carácter ordinario, a través de una investigación cualitativa.

La actuación del agente encubierto parte de la premisa que el crimen organizado ha alcanzado niveles de sofisticación y de estructuración logística semejantes a una gran empresa, por lo que provoca graves problemas de seguridad, e incluso afectando la estabilidad financiera, por lo que se impone la necesidad de que los órganos de persecución criminal utilice el trabajo de los agentes encubiertos como forma de penetración en el ambiente cerrado y demarcado por el silencio de los grupos delictivos.

Es por ello que, el agente encubierto es una de las escasas herramientas con las que cuenta el Estado para luchar contra el auge en los niveles de criminalidad, sin embargo lo convierte a la vez en autor de mismos crímenes que pretende perseguir, alejándonos del estado de derecho y acercándonos a un estado totalitario, puesto que al transformar al agente encubierto en un instrumento vigilancia permanente, el Estado podría ser esa persona que está junto a nosotros y cualquier cosa que hagamos podría incriminarnos.

El presente análisis permitirá la comprobación de la hipótesis, con el objeto de comprender que la actividad desarrollada por el Estado, para la erradicación de la delincuencia organizada solo vulnera los derechos individuales de la población, regulados en la Constitución Política de la República de Guatemala, e instrumentos del derecho internacional, especialmente los contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



La presente investigación se desarrolla en el ámbito público del derecho, abarcando las leyes antes descritas, así como los procedimientos, normas y sujetos que intervienen, los cuales son analizados dentro del periodo de 2014 y 2015, lo que sitúa al lector en un análisis riguroso y profundo de los cuerpos legales, con el objeto de establecer la relación existente en la Constitución Política de la República de Guatemala y las normas ordinarias antes mencionadas, por lo cual se llega a la conclusión de la existencia o inexistencia de la impunidad que ejerce el estado en la aplicación de la figura del agente encubierto.



## HIPÓTESIS

El Estado de Guatemala, para garantizar la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, está facultado para otorgar cierto grado de impunidad a los actos cometidos por el agente encubierto dentro de las organizaciones delictivas, determinando si efectivamente realiza actividades que ayuden a combatir el crimen organizado teniendo como único objetivo brindar mayor seguridad a la población guatemalteca. Por lo cual justifica el actuar del agente encubierto en dicha investigación se contribuirá a evidenciar si la figura del agente encubierto ha logrado los objetivos establecidos en la ley o si sus funciones se han inclinado a contribuir con el crimen organizado, así mismo se contribuirá a evidenciar casos concretos de la correcta aplicación de esta figura la cual ha sido útil y viable en países como Argentina, Colombia, España y Perú, la cual ha sido útil para contribuir al combate del crimen organizado.



## COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis del presente trabajo de investigación fue objeto de comprobación, a través del desarrollo del método inductivo y como técnica empleada se utilizó la investigación documental, para determinar la existencia de la impunidad por parte del estado, resultaría pertinente una revisión de la institución del agente encubierto para establecer si con su participación e impunidad realmente se ha llegado a combatir a la delincuencia organizada, porque de no ser así seguir legitimando su impunidad, es convertir a un estado de derecho en un estado de probabilidades negativas en cuanto a su política criminal de lucha contra el crimen organizado, a través, no sólo de vulnerar derechos fundamentales de las personas investigadas sino que además, permitiendo con ello la impunidad discrecional.



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. La criminalidad organizada.....	1
1.1. Definición de criminalidad organizada.....	1
1.2. Características y dimensión de la delincuencia organizada.....	8
1.2.1 El delito.....	8
1.2.2 Las formas del fenómeno delictivo.....	10
1.2.3 Interacción entre mafia, narcotráfico y estructuras criminales organizadas .....	12
1.3 Respuestas jurídicas a la delincuencia organizada.....	16

### CAPÍTULO II

2. Métodos especiales de investigación criminal para detectar estructuras criminales organizadas.....	19
2.1. Seguimientos pasivos.....	21
2.2. Entregas vigiladas.....	22
2.3. Informantes y colaboradores eficaces.....	23
2.4. Intercepciones telefónicas.....	25
2.5. Agentes encubiertos.....	26



### CAPÍTULO III

Pág.

3. La Institución del agente encubierto y la legitimación de sus actos.....	31
3.1. Personas que pueden participar como agentes encubiertos y las actividades permitidas.....	36
3.2. Características de la investigación criminal por el agente encubierto para el proceso penal.....	40
3.3. La prueba y el agente encubierto.....	45
3.4. La prueba testimonial y la prueba presentada por el agente encubierto.....	49

### CAPÍTULO IV

4. La actuación encubierta y la afectación a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación.....	53
4.1. El agente encubierto y el derecho fundamental a la intimidad.....	53
4.1.1. Límites de la investigación penal frente al derecho a la intimidad...	56
4.2 El agente encubierto y el derecho a la no autoincriminación de la persona investigada.....	63
4.2.1. Las conversaciones entre el agente encubierto y la persona investigada.....	65
4.2.2 Circunstancias cuando se producen pruebas a través de preguntas autoincriminantes por parte del agente encubierto a la persona investigada.....	66
4.2.3. La información adquirida por el agente encubierto a través de la conversación.....	68
<b>CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....</b>	<b>71</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>73</b>



## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, se desarrolla en el campo de estudio vinculado a la norma especial de carácter ordinario como lo es la Ley Contra la Delincuencia Organizada, centrándose en los métodos especiales de investigación específicamente en la figura del agente encubierto, por ello que se hace necesario su estudio y análisis, para establecer que legitima su actuar y si este supera al daño causado.

El objeto del estudio se centró en determinar el accionar y revisión de la institución del agente encubierto dentro de las organizaciones delictivas, para establecer si con su participación realmente ha cumplido con lo estipulado en la ley; debido a que esta figura, no ha alcanzado las expectativas para las cuales se creó, que consistían en contribuir a la desarticulación del crimen organizado; en virtud del desconocimiento en la materia y la falta de capacitación de las instituciones contraloras el agente encubierto, ha quedado vulnerable frente a las organizaciones criminales, por lo que con frecuencia viola los límites impuestos por el Estado.

Al desarrollar todas las etapas de la presente investigación, se pudo comprobar las hipótesis planteada inicialmente, debido a que no existe un fundamento constitucional que avale y consienta, el actuar por parte del Estado al utilizar estos métodos modernos de investigación, con el objeto de disminuir y con el paso del tiempo lograr la desarticulación del crimen organizado que tiene como objeto generar zozobra e incertidumbre en la sociedad guatemalteca.

El contenido capitular del trabajo de investigación se desarrolló de la siguiente manera en lo que se refiere al capítulo primero, se materializan los conceptos básicos y elementales del conocimiento de la criminalidad organizada, el segundo capítulo, desarrolla de forma amplia y profunda los métodos especiales de investigación criminal utilizados para detectar estructuras criminales, describiéndolos uno a uno, en el tercer capítulo, se aborda la institución del agente encubierto y la legitimación de sus actos, las personas que pueden participar como agentes encubierto, y en el capítulo cuarto se



describe la actuación encubierta y la afectación de los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación, los límites de la investigación y la información adquirida por parte del agente encubierto.

El orden de la estructura de la investigación, permitió el uso de documentos que coadyuvaron a la utilización de los métodos deductivo, inductivo, lógico y sobre todo analíticos, que permita al lector de la presente investigación, una comprensión profunda del tema que se aborda y logre alcanzar sus propias conclusiones, en relación al actuar del Estado y de las leyes objeto de estudio.

Es por ello que la investigación va dirigida a observar los mecanismos legales con los que cuenta el Estado para asegurarle a la población que la actuación del agente encubierto se encuentra ajustada a los cuerpos legales internacionales como nacionales.



## CAPÍTULO I

### 1. La criminalidad organizada

El crimen organizado se ha convertido en una de las más peligrosas amenazas, alcanzando las esferas política, económica y social de los Estados, aun siendo esta una forma de criminalidad de antigua, la desintegraciones políticas, de algunos países y las crisis financieras con sus nefastos efectos socioeconómicos y sociales han supuesto un relanzamiento de esta forma de delincuencia.

#### 1.1 Definición de criminalidad organizada

En la actualidad, la criminalidad organizada ha alcanzado importantes proporciones tanto por su incremento y poder, como por las nuevas formas con que actúa. Ante esto, “la política criminal de los Estados se ha dirigido a adquirir medidas extraordinarias de tipo legislativo y administrativo, que se consideran necesarias para hacer frente con mayor eficacia a esta clase de delincuencia, buscando así dotar a los organismos encargados de la persecución y represión penal, de nuevos instrumentos que se apartan de las técnicas tradicionales de investigación”.<sup>1</sup>

La justificación de estas medidas parte de la poca capacidad con que los medios ordinarios de investigación han respondido en la lucha contra la criminalidad organizada, “la cual por revestir mayor gravedad y por sus características especiales frente a la delincuencia común, requiere de instrumentos excepcionales o de

---

<sup>1</sup> Granados Pérez, Carlos. **Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado: agente encubierto, entrega vigilada, el arrepentido, protección de testigos, posición de la jurisprudencia**, número 2, Pág. 74



emergencia para su prevención y represión, pues por su complejidad se generan dificultades, en especial en el campo probatorio, escapando fácilmente persecución y enjuiciamiento de sus actividades delictivas”.<sup>2</sup> El temor que produce en la sociedad este tipo de asociaciones criminales es utilizado con frecuencia para justificar la ampliación de los límites de la investigación penal. Es por ello que los nuevos métodos de investigación encuentran su razón de ser en la necesidad de luchar contra el crimen organizado.

La criminalidad organizada se presenta en el seno de la sociedad postindustrial, caracterizada por la experimentación científica que ha creado nuevos desarrollos tecnológicos y, con ello, nuevos riesgos para la humanidad. “En este panorama, la aversión y temor al riesgo se va incrementando en la sociedad”,<sup>3</sup> lo cual es aprovechado por los gobiernos de turno para difundir la idea de un gran peligro enfocado en un “enemigo común, al que hay que atacar con los medios que se pueda, a través de la utilización de medidas extremas, sin preocuparse mucho por los límites y controles, pues se piensa que entorpecerían su eficiencia”.<sup>4</sup>

Expresa Anarte Borralló que, definir lo que se entiende por “criminalidad organizada no es fácil debido a que es un concepto dependiente de contextos geopolíticos diferentes,

---

<sup>2</sup> Sotomayor Acosta, Juan O. **Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada en el sistema penal: el caso colombiano**, número 17, Pág. 104; “El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?” Sitio: <http://www.cienciasspenales.org> Consultado 03/002/2015

<sup>3</sup> Riquelme Portilla, Eduardo. **El agente encubierto en la ley de drogas: la lucha contra la droga en la sociedad de riesgo** número 2, Págs. 6-7 Sitio: [http://www.politicariminal.cl/h\\_2\\_2pdf](http://www.politicariminal.cl/h_2_2pdf) Consultada 08/01/2015

<sup>4</sup> HEFENDEHL, Roland. **¿La criminalidad organizada como fundamento de un derecho penal de enemigo o de autor?**, en *Derecho Penal y Criminología*. Universidad Externado de Colombia. Volumen 25, número 75, Págs.57-70



que va transformándose conforme la sociedad cambia”,<sup>5</sup> pero es posible una aproximación al mismo haciendo referencia a los rasgos que lo distinguen de la delincuencia común. Por ello podemos decir, que criminalidad organizada es el fenómeno de dicha delincuencia en general y crimen organizado, son las actividades delictivas concretas realizadas por dichos grupos.

Por otro lado, si la noción de crimen organizado va a asimilarse como un concepto predominantemente político-criminal, requiere una apreciación de tipo normativo y a la vez un cierto grado de aptitud real para enfrentar el conflicto que no solo pretende definir sino también modificar. “La selección de los fenómenos que buscan incluirse en la comprensión de este concepto y la intensidad de su significación son tareas de política criminal, pero que envuelven desafíos de orden científico y práctico que no pueden omitirse en el análisis”.<sup>6</sup>

Aunque se plantea que “las organizaciones criminales no son obra del presente”,<sup>7</sup> la criminalidad organizada es considerada, en general, como un fenómeno relativamente nuevo, debido a su auge “en los últimos años y sus nuevas formas de operar cada vez más peligrosa, sofisticada y tecnológica, que crea verdaderas empresas o redes del

---

<sup>5</sup>Anarte Borrallo, Enrique y Ferré Olive, Juan Carlos. **Conjeturas sobre la criminalidad organizada**, Pág. 202

<sup>6</sup>Yacobucci, Guillermo. **El Derecho penal frente al crimen organizado**. Política criminal y delincuencia organizada, (coord.). El Crimen Organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización. 1ª ed. Págs. 39-40

<sup>7</sup>González Monguí, Pablo Elías. **La policía judicial en el sistema penal acusatorio**, Pág. 80



delito con un estricto orden y jerarquía, las cuales cuentan con grandes sumas de dinero y tienden a operar en varios Estados”.<sup>8</sup>

Entre las notas características de la delincuencia organizada, se tiene la de ser un entramado que dispone de gran cantidad tanto de medios personales como materiales, lo cual redundaría en facilitar su actuar delictivo. Tratándose de grupos de por lo menos tres personas, que realizan actividades delictivas, utilizando una estructura de tipo organizada y profesional en la cual cada miembro tiene funciones establecidas.

Señalan Anarte Borralló y Ferré Olive, con respecto a las “diferencias existentes entre las estructuras criminales que, frente a este fenómeno, se admiten diferencias entre las bandas y la criminalidad organizada, por cuanto en las bandas es el autor quien determina primaria y fundamentalmente el delito, y en la criminalidad organizada es el cliente; las bandas tienen una existencia más corta, las organizaciones criminales son más duraderas, estables y persistentes; la estructura, jerarquía, cohesión, planificación y logística de las organizaciones criminales son más fuertes, que las de las bandas, además, el ámbito local es propio de las bandas, mientras que la internacionalización es la tendencia de los grupos de criminalidad organizada”.<sup>9</sup>

Ahora, en cuanto al manejo que hacen de enormes capitales, esto las lleva a disponer de la última tecnología del mercado y a hacer un uso consciente de una infraestructura de comunicación radial, informática y de transporte internacional, convirtiéndose en redes delincuenciales sofisticadas y complejas, que además cuentan con una estructura

---

<sup>8</sup>Del Pozo Pérez, Marta. **El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española**, Volumen 6, Págs. 268-269

<sup>9</sup>Anarte Borralló y Ferré Olive, **Op. Cit.**, Págs. 21-23



jerarquizada y estratificada, donde se produce una división del trabajo entre miembros, facilitándoles protección a sus dirigentes como el disolver la responsabilidad penal individual en el seno de la organización.

Asimismo, los miembros de la organización criminal, afirma Hefendehl, no sólo actúan en secreto sino tratan de desaparecer las huellas del delito, lo que dificulta enormemente la investigación penal y la obtención de pruebas de cargo. “Para destruir cualquier posible evidencia de sus ilícitos y evitar ser descubierto emplean cualquier método por lesivo que sea, como amenazas, extorsiones, chantajes, secuestros, lesiones e incluso la muerte contra quienes pueden develar sus actividades”.<sup>10</sup>

Esta es una característica que va unida al potencial empleo de la violencia indiscriminada para mantener su posición dominante en el conjunto de la criminalidad, controlando la parcela delincencial de la que obtienen sus ganancias con el uso ilegal de la fuerza, para protegerse de la competencia y asegurar sus intereses en el negocio de los bienes ilícitos.

El empeño de la organización criminal con frecuencia consiste también en escapar a la acción de la justicia y la legalidad por medio de la corrupción, tanto en el sector público como privado, de personas que tienen cargos de responsabilidad en el sistema o en sociedades influyentes. Así, por ejemplo el manejo de enormes sumas de dinero puede persuadir a funcionarios, empresarios e individuos con capacidad de influir en la toma de importantes decisiones, para que las mismas no entorpezcan su actividad delictiva o para que la favorezcan.

---

<sup>10</sup> Hefendehl, **Op. Cit.**, Pág. 59



Para Del Pozo Pérez, “ese mismo poder económico puede generar distorsiones en la vida política, económica y social de un estado, como; posibles problemas económicos, por la estimulación de la economía sumergida, que pueden generarse en el mercado financiero de un estado por la entrada de importantes inyecciones de capital, que en su origen proceden de conductas ilícitas, pero que, se han sometidos a un blanqueo de capitales; lo más frecuente es que se produzca una mezcla de actividades legales e ilegales en la misma organización criminal y delictiva”.<sup>11</sup>

Desde una perspectiva moderna, la elaboración de criterios más específicos para discernir esa selección de comportamientos penalmente relevantes y salvaguardar la autonomía personal se encuentra en los principios de ofensividad, subsidiariedad, ultima ratio, proporcionalidad, humanidad, etc., que dan contenido a las exigencias materiales de la legalidad. En este punto conviene recordar que el estado de derecho, y en su momento la idea clásica de la república, reclaman que el modo de expresarse el poder político sea a través de las leyes. Son estas el instrumento que formalmente legitima la toma de decisiones y que en materia penal explica el principio de legalidad expuesto por Feuerbach “nullum crimen, nulla poena sine lege praevia.”<sup>12</sup>

Otro de los rasgos del crimen organizado, que la propia política criminal no ha podido determinar como un comportamiento penalmente relevante, es su tendencia a diversificar su actividad delictiva y a expandirse más allá de las fronteras de un Estado. Situación que muchas veces, obstruye la persecución penal por la ausencia de tipos penales semejantes en las normativas transfronterizas y, a las regulaciones tributarias.

<sup>11</sup>Del Pozo Pérez, **Op. Cit.**, Págs. 275-276

<sup>12</sup>Yacobucci, Guillermo, J. El sentido de los principios penales, en *Rivista Italiana de Diritto e Procedura penale*.



En cuanto a la diversificación, las bandas de delincuenciales no solo se dedican a una misma actividad delictiva, ya que aprovechan su poder para extenderse a varios ámbitos de la economía, siendo estos en su mayoría ilícitos.

Sobre la internacionalización de estos grupos de criminales, como las redes de trata de personas, que con engaños movilizan mujeres y menores de edad para obligarlos a ejercer la prostitución; y la transnacionalización de las redes para el blanqueo de capitales ayudando a limpiar el dinero obtenido por el tráfico de drogas, armas, etc., Del Pozo Pérez aclara este panorama al expresar que, “en cuanto a la expansión de sus fronteras, se presentan dos fenómenos: el primero es la internacionalización, que es cuando una banda del crimen organizado se instala en varios países para realizar sus actividades ilegales, buscando además lugares donde la presión policial sea menor, favoreciendo la impunidad de sus conductas. El segundo es la transnacionalización, que consiste en la cooperación entre diversas bandas del crimen organizado para facilitar la ejecución de algunas de las conductas delictivas, en las que no compiten entre sí sino que se prestan ayuda para perpetuarlas y asegurar su producto”.<sup>13</sup>

Es por ello que, definir lo que se entiende por crimen organizado no es fácil debido a que, es un concepto en constante evolución que depende de contextos políticos, sociales y culturales que va transformándose con el cambio social, pero es posible aproximarnos al mismo refiriéndonos a los rasgos que lo distinguen de la delincuencia común. Podemos decir que algunos distinguen entre criminalidad organizada y crimen

---

<sup>13</sup>Del Pozo Pérez, **Op. Cit.**, Págs.278-279



organizado, al entender por la primera el fenómeno de dicha delincuencia en general, y por el segundo las actividades delictivas concretas realizadas por dichos grupos.

## **1.2 Características y dimensión de la delincuencia organizada**

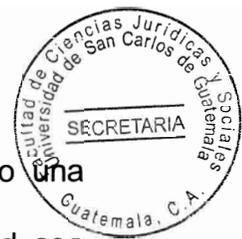
Existen diversos factores que los determinan las características de la delincuencia organizada, siendo los mas comunes factores internos, externos y psicológicos.

Entre estos las principales causas según fuentes consultadas son el desempleo, la mala situación económica, por la delincuencia, deportaciones, hogares desintegrados, o de familias donde predomina el abuso sexual y la violencia familiar.

### **1.2.1 El delito**

En términos generales, el delito es una conducta que la sociedad considera contraria a sus valores, y por esa razón la reprime imponiendo una sanción que inflija un dolor o constituya una pérdida importante desde el punto de vista moral o material para el individuo que ha transgredido la norma y que debe ser castigado.

Este es por supuesto, un concepto general, basado en las reacciones sociales originales que ha evolucionado a lo largo del tiempo, planteando nuevas finalidades a la sanción que la sociedad impone; la más reciente de ellas es la idea de que esa sanción debe servir para readaptar o rehabilitar a quien ha transgredido las reglas sociales porque se estima que la propia sociedad genera el fenómeno delictivo.



El delito es un fenómeno connatural a la sociedad; ha existido siempre como una desviación de las conductas normales y probablemente mientras la humanidad sea humanidad, el mismo no se erradique por completo. Empero, la lucha contra él, a lo largo del tiempo se ha ido perfeccionando mediante el empleo de instrumentos científicos que permiten analizar las conductas delictivas y diseñar los métodos para enfrentarlas. Así, se puede observar que, el delito puede manifestarse como el resultado de diversas causas, la necesidad, la reacción violenta de venganza en contra de alguien, la envidia; toda la variedad de impulsos emotivos por los que un individuo transgrede o viola las normas jurídicas.

Sin embargo, puede ocurrir que el delito no tenga una causa meramente circunstancial, sino que sea deliberadamente realizado como una forma de obtener ingresos o de lograr la satisfacción de algún tipo de pasión o de desviación psicológica. Así, puede ser que “alguien se dedique sistemáticamente a robar con el fin de lograr los recursos para su subsistencia, o bien, que alguien sea un violador sistemático, que tienda a satisfacer una perversión dirigida a la violencia y al ataque sexual”.<sup>14</sup>

Estos ejemplos muestran que, en primera instancia, se puede distinguir entre el delincuente ocasional, circunstancial que comete un delito por razones que no corresponden a una conducta sistemática, y delincuentes que operan de manera permanente en la comisión de uno o varios delitos, sean lucrativos o no.

La permanencia de la acción delictiva, la acción constante como forma de lograr esa satisfacción buscada, puede tener una sofisticación adicional, que es la participación no

---

<sup>14</sup>Andrade Sánchez, Eduardo. **Instrumentos Jurídicos contra el Crimen Organizado**, Pág. 15



de una sola persona, sino de varias, que se reúnen y se estructuran asociándose en forma permanente para la comisión de los delitos. Se tiene entonces, no sólo la persistencia del fenómeno delictivo reiteradamente cometido por una persona, sino incluso una acción continua, repetida, cometida por un grupo de personas.

Asimismo, debe distinguirse entre la agrupación formada para la comisión de un delito de manera circunstancial u ocasional, de aquella que se genera con el propósito de permanecer, de efectuar un conjunto de acciones delictivas con una finalidad determinada. Se puede, entonces, apreciar la gran diferencia entre delincuencia ocasional y delincuencia permanente; sin embargo, en circunstancias especiales estas se entrecruzan. Puede haber ocasiones en que la delincuencia producida por una asociación de carácter ocasional tenga relación, de negocios delictivos, con la delincuencia de carácter organizado.

### **1.2.2 Las formas del fenómeno delictivo**

El fenómeno delictivo puede ser simultáneamente ocasional y asociativo, y en tal caso, al no ser la asociación de tipo permanente, no se está en presencia del o que puede llamarse delincuencia organizada. En términos generales, la mera organización, como característica del fenómeno delictivo, puede aparecer en cualquier sociedad y estar referida a cualquier delito. Es la permanencia de la organización un elemento definitorio de la delincuencia organizada.

El concepto de delincuencia organizada que interesa analizar es de surgimiento reciente, pero la organización como elemento del fenómeno delictivo no es algo



novedoso. De hecho, puede decirse que siempre han existido formas de violación organizada de ley. Por otra parte, hay que hacer alusión también a las motivaciones y finalidades que mueven a las organizaciones delictivas que han ido apareciendo y diversificándose en el curso de los años.

En primera instancia, parecería que la organización delictiva típica tiene como finalidad la obtención de beneficios económicos dado que los recursos que se necesitan para la propia organización y el control de sus miembros parecen adecuarse con mucha mayor facilidad a aquella delincuencia cuyo beneficio es material.

Es necesario señalar que una de las formas de organización delictiva más importante de la segunda mitad del siglo XX, es el terrorismo, y, por supuesto, no tiene coincidencia alguna con las motivaciones y finalidades de las actuales organizaciones delictivas, ya que la misma proviene de una convicción ideológica-religiosa; proviene de la idea de que para obtener una finalidad específica de tipo político-religioso, es necesario recurrir a la violación de la ley establecida.

Así, se puede afirmar que la transformación de un orden social en otro que se considera más justo, o la reivindicación de autonomías para un determinado pueblo, pueden convertirse en causas que generan la organización de varios individuos para la comisión de acciones delictivas tendientes al objetivo de justicia buscado.

Ahora bien, qué es lo específico de la organización atribuida al fenómeno delictivo propio de finales del siglo XX. "En primer lugar, una sofisticación mayor de los métodos



para la comisión de los delitos por las distintas organizaciones delictivas, y, una respuesta también más sofisticada y más compleja por parte de la autoridad”.<sup>15</sup>

Así también, el uso de medios avanzados de la tecnología aplicada al delito y, por otro lado, la mejor organización y una respuesta jurídica novedosa frente a este crecimiento y perfeccionamiento de las estructuras criminales organizadas.

Vinculado a este mismo fenómeno violatorio de normas nacionales e internacionales, está “el lavado de dinero como una forma específica de delinquir organizadamente, de modo que las ganancias producto del delito se conviertan en ingresos aparentemente lícitos, al ser manejados por instituciones financieras y, por otro tipo de empresas como si se tratara de ganancias obtenidas lícitamente”.<sup>16</sup>

### **1.2.3 Interacción entre mafia, narcotráfico y estructuras criminales organizadas**

Es interesante observar que, como fenómeno reciente, las distintas manifestaciones de la delincuencia organizada se interpretan unas con las otras y los términos utilizados para referirse a ellas se convierten, a veces, en equívocos. Por ejemplo, la actividad del narcotráfico se confunde con la actividad mafiosa por sí misma, estimando que todo narcotraficante pertenece a la mafia; o, que toda organización de narcotraficantes es mafiosa.

<sup>15</sup> Cano López Miluska Giovanna. **El Crimen Organizado**. Sitio: [http://www.teleley.com/articulos/art\\_150708-3m.pdf](http://www.teleley.com/articulos/art_150708-3m.pdf) Consultado el 05/03/2015 Pág. 3

<sup>16</sup> Foffani, Luigi. **Criminalidad organizada y criminalidad económica**, Pág. 56 Sitio: [www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/98/93](http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/98/93) Consultado 08/03/2015



Es necesario, en este punto, un desarrollo más amplio sobre estos dos conceptos y sus certeras definiciones. “Mafia, en su sentido histórico estricto, es una organización delictiva que surge específicamente en Sicilia, Italia. Cuando algunos de los mafiosos sicilianos emigran hacia Norteamérica con dinero, trasladan las mecánicas de la organización mafiosa a las ciudades norteamericanas, principalmente Nueva York y Chicago”.<sup>17</sup>

Las familias que son grupos de delincuentes pertenecientes a ese género de organización delictiva, se disputan territorios de las ciudades sobre los cuales van a cometer sus acciones delictivas, principalmente la extorsión, aprovechando el uso de la fuerza. A la extorsión le agregan después, como en cualquier empresa, nuevos giros. Entonces pasan de extorsionar a los dueños de los pequeños comercios del barrio italiano, a establecer sus propios negocios. Ahora regentearán, por ejemplo un prostíbulo de su propiedad, y para abastecerlo del servicio ofertado, lo harán a través de la trata de mujeres, que en aquel tiempo se le denominaba trata de blancas.

De esta forma comienzan a diversificarse en el ámbito empresarial, característica particular que ha sido importada por las nuevas estructuras criminales de finales del siglo XX y principios del siglo XXI. Al hacer historia, es muy valioso citar el hecho de que en la época del florecimiento inicial de la organización mafiosa en los Estados Unidos, una de las razones más importantes fue la prohibición del alcohol; situación que fue aprovechada por las distintas familias mafiosas para su introducción al país y distribución ilícita.

---

<sup>17</sup> Orsi, Omar Gabriel. **Sistema penal y crimen organizado: estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto**. 1ª. ed., Pág. 195



Existen datos en el sentido de que las redes de distribución de drogas operaban por separado; así, en una “primera etapa, la mafia, como organización delictiva específica de origen siciliano, no se identificaba con el narcotráfico porque lo consideraban un negocio peligroso y dañino para la juventud, y la persecución penal, por lo tanto, sería mucho más extrema por parte de las autoridades”.<sup>18</sup>

Como se puede apreciar, sí existen claras diferencias entre organizaciones delictivas de narcotraficantes y la mafia propiamente dicha. Sin embargo, el tratamiento que los medios de comunicación le da al término mafia, lo ha ido extendiendo de la organización específica siciliana a cualquier organización delictiva. En la actualidad, en un alto porcentaje, se asemeja el término mafia con organización delictiva organizada en lo general.

Una característica sustancial de la delincuencia organizada del siglo XXI, es su enorme expansión. Abarca un complejo de actividades en las que se confunden las lícitas y las ilícitas, de tal forma que el jefe de una organización mafiosa puede aparecer como un próspero comerciante y su actividad quedar encuadrada dentro de un marco de legalidad, pese a estar basada en la criminalidad.

A esto debe agregarse una calidad de tolerancia y hasta reconocimiento comunitario, porque los dirigentes de las organizaciones se convierten en benefactores y propiciadores de carreras criminales, las cuales constituyen formas de ascenso social. Obtienen con frecuencia, admiración en el círculo en el que se desenvuelven incluso a sabiendas de que el origen de su riqueza es ilícito.

---

<sup>18</sup>Ibid, Pág. 201



A continuación se plasma una extensa cita de Kaplan, porque resulta de suma importancia conocer la dinámica que hizo surgir los cárteles de la droga en Colombia, como un paso inicial a lo que posteriormente vendría a convertirse en esa enorme constelación denominada *crimen organizado*.

Dice Kaplan, De igual importancia, junto con los Ochoa, en lo que llegará a ser denominado el Cártel de Medellín, Pablo Escobar Gaviria proviene de los bajos estratos delincuentes de Antioquia, como ladrón menor que, sin embargo, se involucra temporalmente en el tráfico de pasta desde la costa de Ecuador y Perú hacia Colombia, pero también y cada vez más en el de la cocaína. La extensión y consolidación de su poder en el narcotráfico se manifiesta por la incorporación y la integración de diversas formas y fases de la actividad. Sus crecientes beneficios le permiten la acumulación de una fortuna en tierras, ranchos, casas, departamentos, negocios industriales legales, líneas aéreas, hoteles; esto en Colombia, pero también en Venezuela y en los Estados Unidos. A ello se agregan las amenazas y asesinatos de jueces independientes y testigos, la creación y la proyección de una imagen de benefactor, por las actividades cívicas y las donaciones piadosas, la extensa nómina de empleados, los regalos familiares y amigos. “Pablo Escobar llegaría a ser uno de los principales dirigentes del Cártel de Medellín, clasificándose en la evaluación de la revista Fortune, como uno de los hombres más ricos del mundo”.<sup>19</sup>

La conjunción de las condiciones descritas en una organización que incluye acciones legales y empresas que no están fuera de la ley, y el reconocimiento y aquiescencia

---

<sup>19</sup>Kaplan, Marcos. **Aspectos sociopolíticos del narcotráfico**, Pág. 46



sociales, aumenta su posibilidad de impunidad porque llegan a contratar a los mejores abogados, saben aprovechar todos los resquicios que la ley da, desde el punto de vista fiscal hasta penal, para evitar ser descubiertos por las autoridades.

La potencialidad de impunidad se ve aumentada por otras características propias de estas organizaciones: el trabajo en la clandestinidad y el alejamiento de los jefes de las tareas delictivas de mayor gravedad. Un homicidio puede ser ordenado por un jefe pero, evidentemente, éste no lo ejecuta por propia mano, existiendo varios escalones entre la orden que éste da y el que realiza la acción delictiva, de manera que es prácticamente imposible llegar hasta la cabeza. A ello debe agregarse el empleo de otro instrumento: la intimidación; tanto de los que no pertenecen a la organización como de los miembros de ella, quienes saben que delatar a los superiores les acarreará la pérdida de la vida”.<sup>20</sup>

### **1.3 Respuestas jurídicas a la delincuencia organizada**

Este conjunto de factores se ha visto favorecido y así lo determinaron poco a poco los Estados que iban sufriendo el embate de la criminalidad organizada, por las disposiciones legales que, aprovechadas de manera inteligente y habilidosa por los jefes de las estructuras criminales organizadas, se convierten, en muchas circunstancias, en instrumentos a su favor.

Esta situación ha obligado a los propios Estados a reaccionar de una forma más crítica, en cuanto a determinar a través de un verdadero análisis político-criminal, los puntos

---

<sup>20</sup>Orsi, **Op. Cit.**, Pág. 215



vulnerables de la estructura jurídica estatal, que la hace sumamente susceptible a la impunidad de las acciones delictivas de estos grupos criminales organizados.

A través de una serie de “estudios político-criminológicos realizados por diferentes estudiosos y teóricos de diferentes países se han pedido establecer ciertos principios básicos de lo que debe ser la reacción jurídica frente a la delincuencia organizada para impedir el aprovechamiento indebido de la normativa jurídico-penal por parte de los representantes de los miembros y jefes de estos grupos delictivos”.<sup>21</sup>

A este panorama hay que añadir el hecho de que generalmente las fuerzas del orden de los Estados, son menos organizados y equipados tanto logística como tácticamente, que los propios grupos delictivos organizados. Lo anterior ha servido de plataforma para dedicar el espacio cognitivo prudencial por parte de las altas autoridades estatales para el establecimiento de ciertos principios fundamentales.

El primero de estos principios resulta ser el hecho de identificar el problema delictual como un hecho de la realidad social y, que tiene una naturaleza diferente al delito considerado como convencional. De ahí parte, por tanto, toda la respuesta jurídica, es decir, entender que “las organizaciones criminales constituyen un fenómeno de carácter distinto del delito concebido en su generalidad a lo largo de muchos años y que requiere, como problema nuevo y complejo, en primera instancia, el reconocimiento; y,

---

<sup>21</sup> Andrade Sánchez, **Op. Cit.**, Pág. 27



luego, un enfrentamiento conscientemente elaborado por parte del legislativo que permita dar respuestas jurídicas adecuadas a los retos planteados”.<sup>22</sup>

Ello implica, el reconocimiento no sólo del problema objetivo de la criminalidad organizada, sino de la insuficiencia de los instrumentos legales que se emplean para combatir el delito y, por supuesto, la búsqueda de los valladares jurídicamente diseñados para enfrentar a la delincuencia organizada y para cerrar los vacíos legales de los que puedan obtener alguna ventaja.

---

<sup>22</sup>Cano López, **Op. Cit.**, Pág. 15



## CAPÍTULO II

### **2. Métodos especiales de investigación criminal para detectar estructuras criminales organizadas**

La lucha contra la delincuencia organizada ha sido un motivo de común preocupación para todos los Estados, pero en las últimas décadas, se ha convertido en un objetivo de suma importancia en “los sistemas penales de los países desarrollados, los cuales mediante diversos mecanismos la han ido extendiendo a los países de su área de influencia”.<sup>23</sup>

Esto se puede evidenciar en la elaboración de distintos instrumentos jurídicos en el transcurso de las últimas décadas del siglo XX, hasta llegar a la Convención de Palermo 2000, donde se buscó promover la cooperación internacional de los estados para prevenir y combatir eficazmente esta clase de delincuencia.

De esta manera, en el ámbito internacional se ha sostenido que, dada la “gravedad de los delitos cometidos por organizaciones criminales que cuentan con un poderío en cuanto a nivel de estructura, desplazamiento, disponibilidad de recursos humanos y materiales, influencia corruptora, y que son muy hábiles en eliminar las pruebas o rastros de sus ilícitos, facilitándoseles tanto la perpetuación como la impunidad de sus

---

<sup>23</sup>Sotomayor Acosta, Juan O. **Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada ('...') en el sistema penal: el caso colombiano**, número 17, Pág. 103



actividades, es necesario otorgar a las autoridades las facultades de investigación excepcionales o extremas para enfrentar adecuadamente a estos grupos”.<sup>24</sup>

Plantea Montoya, que así, “con el argumento de dar la necesaria respuesta social preventiva y represiva frente a la criminalidad organizada, recientemente en los ordenamientos jurídicos internos de diferentes países se han ido incorporando técnicas de investigación que comprenden figuras como el seguimiento pasivo de personas o cosas, entregas vigiladas, informantes, agentes encubiertos, interceptación de comunicaciones, vigilancia electrónica, entre otras que permitan a las autoridades establecer y comprobar delitos con tan alto grado de sofisticación y complejidad como los realizados por las organizaciones criminales, buscándose alcanzar a los más importantes partícipes de los mismos.”<sup>25</sup>

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

Se puede expresar que dichos mecanismos de investigación en los ordenamientos jurídicos no significa que su aplicación haya comenzado a operar recientemente, ya que siempre se utiliza la excusa de que los medios de prueba tradicionales resultan

---

<sup>24</sup>Del Pozo Pérez, Marta. **El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española**, Volumen 6, Pág. 280

<sup>25</sup>Montoya, Mario D. “**La institución del agente encubierto**”, Págs. 23-24



insuficientes, estas técnicas se han utilizado sin reconocimiento normativo desde hace muchos años, incurriendo muchas en abusos, lo cual les han dado cierto desprestigio.

## 2.1 Seguimientos pasivos

El seguimiento pasivo “es un acto de investigación que consiste en una técnica de vigilancia para mantener bajo observación a personas o cosas muebles o inmuebles, buscando dar con información o elementos de prueba relacionados con una investigación criminal”.<sup>26</sup>

Se ha señalado que también puede operar como una labor de “inteligencia preventiva que busque anticiparse a las acciones de la delincuencia, verificando si se ha dado inicio a la preparación de un delito y recopilando material que permita estructurar una eventual investigación”.<sup>27</sup>

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

<sup>26</sup>González Mongui, Pablo E. **La policía judicial en el sistema penal acusatorio**, Pág. 275

<sup>27</sup>Guerrero Peralta, Oscar Julián. **“Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal”**, Pág. 386



distintas para evitar ser detectado”<sup>28</sup>.

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

## **2.2 Entregas vigiladas**

La entrega vigilada es una técnica de investigación que permite que una mercancía o remesa ilícita pueda llegar a su lugar de destino sin ser interceptada, con la finalidad de determinar a sus principales partícipes, constituyendo una excepción al principio según el cual, ante situaciones de flagrancia, los funcionarios de policía deben intervenir inmediatamente de forma represiva.

Este es un método empleado, al momento de descubrir mercancías, sustancias, bienes, equipos o materiales objeto de investigación penal, dejándolas circular o transportar de un lugar a otro, sin ninguna interferencia, siempre bajo la vigilancia de agentes de policía entrenados para esta tarea.

Su propósito es establecer quiénes son los responsables del delito, destinatario, transportador, las redes de distribución o contactos y las rutas de transporte, con el fin de desarticular a las organizaciones criminales, a partir de la obtención de elementos de prueba suficientes para una posterior condena en juicio.

---

<sup>28</sup>Arciniégas Martínez, Guillermo Augusto. **Policía judicial y sistema acusatorio**, 3ª. ed. Págs. 325-328



Cuando el transporte de la mercancía o paquete desborda las fronteras de un país, se distinguen dos tipos de entregas: la directa, donde están envueltos sólo dos estados el del lugar de partida y el del destino final, y la de tránsito, donde intervienen al menos tres estados, en uno de los cuales sólo se transporta la mercancía; en ambas es necesario un esfuerzo común de cooperación internacional entre las autoridades judiciales y de policía de cada uno de los países comprometidos.

También se distingue entre la “entrega vigilada, donde las autoridades tienen una actitud pasiva, limitándose a seguir y documentar sin intervenir la transacción ilícita del grupo criminal, y la entrega controlada, donde las autoridades tienen una conducta activa, interviniendo en diversos movimientos de la mercancía ilícita adquisición, transporte, detención, venta, o asumiendo el encargo de conservación o repartición”.<sup>29</sup> El fin de utilizar este método es el de descubrir y obtener los medios probatorios suficientes para establecer el grado de participación de la organización criminal.

### **2.3 Informantes y colaboradores eficaces**

Es ésta una persona que no pertenece a la policía, y cuyos datos son reservados, que suministra confidencialmente información a las autoridades acerca de delitos, prestando una valiosa ayuda a los funcionarios encargados de la investigación penal. Llamados también confidentes policiales, muchas veces son personas que viven en torno al mundo de la delincuencia y están capacitados para dar información tan pronto tengan conocimiento de los preparativos de un ilícito, recibiendo o no un beneficio de las autoridades por su colaboración.

---

<sup>29</sup> **Op. Cit**



Los informantes tiene como función primordial aportar información de manera ocasional o constante, esto lo hacen por diversas circunstancias ya sea laborales, y otros por su calidad de delincuentes buscando vengarse, recompensas económicas o la más importante la inmunidad de persecución penal.

Los informantes pueden ser autorizados para tomar parte en operativos encubiertos de la policía, infiltrarlos en una organización delictiva participando, en compra y venta de drogas, armas, etc., requiriendo protección y ayuda para luego reubicarse en otro lugar y obtener una nueva identidad. Pero, “pueden traer serios problemas si recurren al engaño o evidencia inventada; no respetar las restricciones legales para obtener la información, llevar a cabo delitos colaterales, dobles tratos y dificultad de control de sus actividades”.<sup>30</sup>

El fundamento de esta figura se encuentra en razones de Política Criminal, y su uso descansa sobre valores como el interés de la justicia, la seguridad pública y la imposibilidad de obtener información de forma diversa, teniendo como fin principal, contener los efectos que la delincuencia organizada produce en la sociedad contemporánea. Como contrapartida, el colaborador será favorecido de alguna forma, para lo cual la ley contempla incentivos para que coopere con la justicia, con beneficios que según la legislación aplicable van desde la reducción hasta la exención de la pena, teniendo para ello en cuenta también el grado de participación en el hecho delictivo, y la eficacia de la colaboración prestada. En nuestro ordenamiento jurídico se le conoce a este beneficio como derecho penal premial

---

<sup>30</sup>Góngora Pimentel, Genaro David y Santoyo CASTRO, E. Alejandro. **Crimen Organizado. Realidad jurídica y herramientas de investigación**, Pág. 38



## **2.4 Interceptaciones telefónicas**

Esta figura, sin duda, está orientada a un fin legítimo como es la prevención y sanción de la delincuencia organizada, dada la dificultad de descubrir por otros medios el entramado organizativo; así, la intervención de comunicaciones privadas constituye una de las principales estrategias en la lucha contra el crimen organizado, que permite recabar pruebas al interceptar, mediante grabaciones, las comunicaciones que se realicen por quienes colaboren o pertenezcan a ese tipo de delincuencia.

Además, permite verificar las relaciones de una banda con otra, la participación de autoridades, descubrir los lugares en donde se encuentran, conocer sus planes de operación, los nombres de sus contactos y medios de los que se valen para cometer delitos; de ahí que se prevea en la legislación que desde la averiguación previa y durante el proceso respectivo, cabe la posibilidad de solicitar la intervención.

Por ello, la intervención de comunicaciones y sus consecuentes grabaciones con un soporte necesario para encaminar las investigaciones y acceder a las verdaderas fuentes probatorias que sólo se materializan cuando los elementos objetivos del delito se concretan y emergen como consecuencia de una serie de conversaciones que la mayoría de las veces son crípticas, y que en muchos de los casos proporcionan datos que culminan con la aprehensión del delincuente.

La naturaleza jurídica de las interceptaciones telefónicas cumple una doble función, por un lado, desempeñan la función investigadora para recabar los elementos de convicción y por otro lado la función de medio de prueba. La finalidad de las interceptaciones telefónicas y otros medios de comunicación, es obtener elementos de investigación que



permitan evitar, interrumpir o esclarecer la comisión de delitos ejecutados por grupos delictivos organizados.

## 2.5 Agentes encubiertos

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

Generalmente se trata de un funcionario policial que por decisión de una autoridad judicial, se “infiltra en un grupo del crimen organizado con el fin de ganarse su confianza y obtener información sobre el mismo en relación con sus integrantes, funcionamiento, financiación, etc., desarrollando una investigación de afuera hacia adentro que penetra el corazón mismo de la organización”.<sup>31</sup>

En el desarrollo de la operación, el agente encubierto puede tomar parte en el tráfico jurídico bajo su falsa identidad, realizando todo tipo de actos jurídicos, participar en la comisión de algún delito propio de la organización delictiva y/o actuar como inductor o agente provocador del delito.

---

<sup>31</sup>Gimeno Sendra, Vicente. **Introducción al Derecho Procesal**, 8ª. Ed., Págs. 471-472



En cuanto a la responsabilidad penal del agente por estos delitos, se señala en principio, su impunidad debido a razones de política criminal o diversas causas de justificación. Se señala también, la posibilidad de que la operación con agentes encubiertos restrinja ostensiblemente los derechos fundamentales de la persona investigada, como el amparo domiciliario, la intimidad y el derecho a no autoincriminarse, pues el Estado se vale de un engaño para entrar en la vida privada de un individuo.

Plantea Zaffaroni muy acertadamente, que “la presunción de un mal continuo y cósmico como legitimación de un poder policial que apela a cualquier medida para salvar la especie, es propio de la inquisición desembocó en los autoritarismos de entreguerras y en América Latina es la llamada doctrina, la seguridad nacional que, basada en la alucinación de una guerra total entre dos fuerzas, cuya manifestación regional era una “guerra sucia”, legitimó métodos igualmente “sucios” como único recurso. La estructura del presupuesto, genérico es siempre idéntica, variando sólo su contenido, que se adecuó a la cultura de cada tiempo”.<sup>32</sup>

La figura del agente encubierto ha causado una serie de posiciones contrarias, pues es preocupante desde la perspectiva que, según algunos autores, el hecho mismo de la infiltración policial en una organización vulnera derechos fundamentales, tal como la garantía constitucional de derecho a la intimidad, que asegura el respeto y protección a la vida privada y pública de toda persona; y garantías procesales como las de presunción de inocencia y derecho a guardar silencio.

---

<sup>32</sup>Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana**, número 6, Pág. 7



En efecto, el engaño de que se sirve “el Estado a través de su agente encubierto” le permite acceder a determinadas facetas de intimidad de las personas objeto de la investigación e incluso de personas que no ostentan la calidad de sospechosos” .<sup>33</sup>

El acceso a la información no distingue entre el primer momento y el posterior de autorización judicial. “Por ello la simple infiltración, se ha sostenido, es en sí misma lesiva para el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los ciudadano”<sup>34</sup> “en la perspectiva de un entorno en que resulte posible la comunicación sin la interferencia del poder”.<sup>35</sup>

El agente encubierto hunde sus raíces en el sistema inquisitivo. Detrás de esta figura se alza el objetivo final de averiguar la verdad a cualquier precio. Aumentándose a este las capacidades persecutorias de los órganos de investigación del estado a la cual se le contraponen la pérdida de derechos por parte de los ciudadanos. “El agente encubierto supone la presencia continua del estado en la esfera de intimidad de una persona, al punto que puede saber mucho más de ella que aquello estrictamente necesario para obtener una condena judicial”.<sup>36</sup>

Las garantías obstan a la acumulación desmedida de poder en manos de los órganos de investigación penal de Estado. El primer interés es o debería ser la seguridad y la libertad de las personas. Lo más riesgoso para ellas no son los delitos graves y de difícil esclarecimiento, sino que lo que las pone en un mayor peligro es la concentración

<sup>33</sup> CabezudoO Bajo, María José. **La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal**, Pág. 80

<sup>34</sup> Ruiz Antón, Luis F. **El agente provocador en el Derecho Penal**, Págs. 88-91

<sup>35</sup> Foucault, Michael. **La verdad y las formas jurídicas**, Pág. 103, hace referencia a Bentham y la panóptica como paradigma de la “sociedad de la vigilancia”

<sup>36</sup> Lamarre, Flavia. **Agentes encubiertos y criminalidad organizada: derecho y demagogia**, número. 88, Pág. 183



de poder del Estado en el ejercicio de la persecución penal. “Cuantas menos garantías posea el individuo frente a la coerción estatal, más débil será su posición frente al Estado y mayor será el desequilibrio entre el imputado y la acusación”.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> *Ibid*





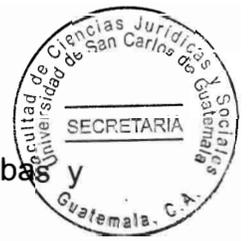
## CAPÍTULO III

### 3. La institución del agente encubierto y la legitimación de sus actos

La figura del agente encubierto tiene por objetivo primordial tomar medidas especiales para el aseguramiento de pruebas, para cuyo efecto el Fiscal General y Jefe del Ministerio Público, podrá ordenar la incursión o seguimiento pasivo por parte de la policía, sobre o en relación con actividades sospechosas de preparación, ejecución, consumación u obtención de efectos de conductas tipificadas en la ley penal, a fin de identificar, individualizar o capturar a los autores o partícipes, desarticular empresas criminales, impedir la ejecución o consumación de conductas punibles, determinar la procedencia de la acción penal, recabar pruebas, atender solicitudes de asistencia judicial internacional, determinar el origen de los bienes y, ubicar a las víctimas.

La figura del agente encubierto supone una evolución en la lucha contra la delincuencia organizada, que consiste en que un funcionario policial con identidad oculta de ahí su nombre, se integre en la estructura de una organización que tenga fines delictivos para, desde dentro de la misma, obtener pruebas suficientes que permitan la condena penal de sus integrantes y como fin último, la desarticulación de una organización criminal.

Se ha sostenido que, “son agentes encubiertos aquellos funcionarios policiales que actúan en la clandestinidad, generalmente con otra identidad, y que desempeñan tareas de represión y prevención del crimen mediante la infiltración en organizaciones



criminales a fin de descubrir a las personas que las dirigen, recabando pruebas y prestando testimonio de caro ante la justicia”.<sup>38</sup>

“Si ya esta figura es controvertida por su innegable parentesco con el agente provocador”<sup>39</sup>, el hecho que se faculte al fiscal para introducir un agente encubierto sin autorización judicial previa lo es aún más.

El haber legislado a favor de la legitimación de la figura del agente encubierto da a entender que para los legisladores la actuación de este personaje no vulnera garantía constitucional alguna, no siendo necesario requerir autorización judicial sino cuando éste pretenda efectuar una acción de investigación que afecte una garantía constitucional.

Derivado de ello se puede plasmar con claridad una definición de “agente encubierto como aquel que mediante el otorgamiento y la utilización de una identidad falsa, se mezcla dentro de un determinado grupo criminal con el fin de evidenciar las estructuras criminales organizadas que por regla general son extremadamente complejas dotadas de medios humanos y materiales verdaderamente importantes y, cerradas al exterior, hasta el punto de extenderse en la sociedad la creencia de la inmunidad frente a los métodos tradicionales de investigación”.<sup>40</sup>

De esta forma, el agente encubierto actuaría en dos etapas. Primero exploraría el ambiente y luego, cuando ya la investigación se encamine en contra de una persona

---

<sup>38</sup> Muñoz Sánchez, Juan. **El agente provocador**, Pág. 41

<sup>39</sup> Ruíz Antón, Luis Felipe. **El agente provocador en el Derecho Pena**, Págs. 88-91

<sup>40</sup> Góngora Pimentel, Genaro David y SANTOYO CASTRO, E. Alejandro. **Crimen organizado. Realidad jurídica y herramientas de investigación**, Pág. 190



determinada sería necesaria la autorización judicial. Una estructura de este tipo se contempla en el ordenamiento alemán (parágrafo 110b StPO).

Gascón Inchausti afirma que, la ley alemana parece distinguir dos fases diversas en la infiltración: “una primera fase, en la que las labores del agente son más difusas y consisten en una toma de contacto con el entorno delictivo objeto de la investigación y para la cual resulta suficiente la autorización de la Fiscalía; y una segunda, en la que, la investigación toma rumbo definido y se dirige contra una persona determinada. Sólo a partir del segundo momento puede considerarse la infiltración restrictiva del derecho fundamental”.<sup>41</sup>

Pero, dado que esta exploración del mundo del crimen a través de la confusión de un policía en cuadrilla, desde siempre ha sido técnica de investigación de las policías, por ejemplo las comisiones civiles de Carabineros, es lógico suponer que si se ha establecido como una norma especial en las nuevas legislaciones contra el crimen organizado, es porque se pretende algo más que la simple confusión exploratoria, incluso en el primer momento.

“Se busca la obtención de información mediante la observación y escucha directa e, incluso, usando medios técnicos, la incorporación de dicha información al proceso penal como prueba lícita de cargo”.<sup>42</sup> Por ello, no es extraño imaginar un agente encubierto en fase exploratoria invitado a ingresar al domicilio particular de un jefe de una estructura criminal.

---

<sup>41</sup>Inchausti, Gascón, “Infiltración”, Pág. 193 citado por RIQUELME, Eduardo. **El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo**, No. 2, A2, Págs. 9-10

<sup>42</sup>Cabezudo Bajo, María José. **La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal**, Pág. 80



Es necesario puntualizar que, para ordenar la incursión de agentes infiltrados o encubiertos para investigar a quienes puedan realizar actos de preparación de conductas tipificadas en la ley penal, no puede legítimamente abarcar a personas que se consideren sospechosas de tales conductas, sino que se requiere la existencia de circunstancias objetivas y externas que constituyan indicios concretos sobre el particular o que evidencien la existencia de por lo menos un principio de prueba, para que se autorice la incursión o seguimiento pasivo de alguien; por ello, de autorizarse la infiltración de agentes dentro de un grupo de población delincencial, no podrá fundarse, sólo en actividades sospechosas, sino que deberá basarse en una escala de valor de probabilidad en pruebas que se hayan obtenido por otros medios para justificar la intervención de agentes encubiertos.

Sin embargo y valga la acotación; el hecho de que en cierta forma la ley penal legitima este tipo de actividad engañosa, no obvia el hecho de que exista una o varias vulneraciones a derechos fundamentales, sobre todo el derecho a la intimidad y a la no autoincriminación. De manera que se hace indispensable que quien autorice la orden de realizar la investigación encubierta de alguien para las finalidades ya citadas, documente su decisión en una motivación expresa que facilite el control preventivo de las conductas delictuosas y garantice al mismo tiempo el derecho de la persona de no ser molestada ni individualmente ni en su familia, cuando no existan los motivos previstos por la ley para el efecto.

Adicionalmente, las actividades mediante infiltración de agentes policíacos a que se refiere la disposición en mención, no pueden ser de carácter permanente e indefinido



sino que necesariamente habrán de tener una temporalidad y deberán ser realizadas de manera razonable, de tal suerte que en ningún caso puedan significar hostigamientos abusivos, pues la política criminal del Estado, a pesar de que existe vulneración de derechos fundamentales en la puesta en vigencia de la figura del agente encubierto, debe procurar ajustarse lo más posible a los mandatos constitucionales. Lo que parece una total contradicción ya que la propia figura del agente encubierto es una vulneración de derechos constitucionales representada por el engaño con que se acerca a su blanco.

El policía o civil en su caso, se encontrará teóricamente impedido, dado que al importar dicho acto de investigación la vulneración de una garantía constitucional, requiere autorización judicial previa. “Si ingresa, toda la información que obtenga no podría ser utilizada como prueba de cargo, ya que sería prueba ilícita al haberse obtenido con vulneración de derechos fundamentales”<sup>43</sup>, ilicitud que incluso puede contaminar otras pruebas que se deriven de ella. Si no lo hace, la persona investigada podría sospechar, corriendo riesgo, al menos, la operación.

Ocurre, en efecto, que las necesidades de la investigación establecerán el marco de actuación del agente encubierto, su mayor o menor grado de infiltración en el ambiente o subcultura, los medios técnicos u operativos que utilice, así como la eventual adopción de una identidad supuesta. Así es que cada operación encubierta de infiltración presentará detalles distintos y forma de actuación adecuada a la situación en concreto.

---

<sup>43</sup>Miranda Estampes, Manuel. **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal**, Pág. 51



Téngase presente, además, que el argumento político-criminal es bastante significativo, puesto que la actuación del infiltrado tiene por objeto afrontar actuaciones criminales graves, con respecto a las garantías constitucionales, especialmente en lo relativo a problemas que plantea la delincuencia organizada en materia de drogas, tráfico ilícito de personas, sustancias o animales, o delitos en materia de propiedad intelectual e industrial, entre otros. “Se justifica por la ineficacia de las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra la criminalidad organizada, ante la dimensión internacional de estas organizaciones, la abundancia de recursos con los que cuentan, y la dificultad de conocer su estructura y funcionamiento dado la opacidad y relativa discreción de sus actividades.”<sup>44</sup>

### **3.1 Personas que pueden participar como agentes encubiertos y las actividades permitidas**

La posibilidad de utilizar agentes encubiertos en la investigación penal no se corresponde con el respeto debido a la persona. No obstante, cada vez más legislaciones incluyen a esta figura. Ello se debe, principalmente a que se ha pretendido legitimar su uso acudiendo a argumentos que podrían ser calificados de demagógicos. En la actualidad, cuando los servicios de inteligencia y operaciones encubiertas, entre otras fuentes, son medios de obtener información sobre las actividades delictivas de un grupo o varios grupos de personas, las nuevas tecnologías y métodos para la vigilancia de las personas, especialmente los mecanismos informales, se tienen como instrumentos estratégicos de control social.

Los servicios de inteligencia a través de espías son los antecedentes más importantes del desarrollo de las operaciones encubiertas. Teniendo al espionaje como la segunda

---

<sup>44</sup>Rifá Soler, J. M., González Richard, M. Riaño Brun, I. **Derecho procesal penal**, Pág. 285



profesión más antigua del mundo, la referencia más antigua conocida sobre el espionaje se atribuye a Sun Tzu en su libro el arte de la guerra. Para Sun, el arte de la guerra consistía en no exterminar a el rival en la lucha sino vencerlo en la necesidad de recurrir a la lucha, ese era el verdadero arte de la guerra, en su capítulo "sobre la concordia y la discordia" sus escribe "la información previa no puede obtenerse de fantasmas ni espíritus, ni se puede obtener por analogía, ni descubrir mediante cálculos.

Así, el agente encubierto se ha transformado en una de las pocas herramientas con las que Cuenta el Estado para luchar contra una nueva clase de delitos. "El crimen organizado es presentado por quienes avalan el empleo de agentes encubiertos como una forma de criminalidad que ni siquiera pudo ser imaginado por los iluministas que propugnaban la limitación el poder persecutorio del Estado".<sup>45</sup>

Y es que, la alarma social que genera esta clase de delitos ha contribuido a la aceptación casi generalizada de los agentes encubiertos, a pesar de que sus tareas implican la violación de disposiciones constitucionales. Desde esta perspectiva, en los casos de criminalidad grave y de difícil esclarecimiento debería prevalecer el interés de la sociedad en la persecución penal sobre el interés de los individuos acusados en que no se vulneren sus derechos.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup>Lamarre, Flavia. **Agentes encubiertos y criminalidad organizada: derecho y demagogia**, número. 88, Pág. 176

<sup>46</sup>Maier, Julio B. J. **Derecho procesal penal T II: Sujetos procesales**, Págs. 137-138



Ahora bien, los derechos del individuo merecen protección, aun cuando signifique que algunos culpables quedarán impunes. El camino de perseguir la verdad a cualquier costo trae aparejado, eventualmente, un peor resultado.

En este sentido, el Estado se convierte en autor de los mismos crímenes que pretende perseguir. Es alejarse del Estado de Derecho para acercarse a un estado totalitario con cada vez más facultades de control y vigilancia de los individuos. Seguir esta senda no haría más que transformar al agente encubierto en un instrumento en virtud del cual todos podrían sentirse vigilados todo el tiempo, y cualquier cosa que se haga se haría con el fin de incriminar a cualquier ciudadano.

Sin embargo, estos mecanismos de persecución penal no resultan arbitrarios por parte de una legislación interna. Para ello habrá que recordar, que la Convención de Palermo prevé que los países suscriptores adopten técnicas especiales de investigación, entre ellas, las operaciones encubiertas, siempre y cuando sean compatibles con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

El crimen organizado es presentado por quienes avalan el empleo de agentes encubiertos como una forma de criminalidad que ni siquiera pudo ser imaginada por los



iluministas que propugnaban la limitación del poder persecutorio del Estado; y como afirma Belén Cassani, “ante el temor de no poder controlar razonablemente la proliferación de los ataques al orden social, merced a la limitación instrumental de instituciones pensadas para una sociedad de características distintas, se tornó necesario apelar a una ‘legislación de emergencia’, que introdujera nuevas técnicas de investigación para luchar contra este tipo de delincuencia, signada por su difícil persecución y comprobación”.<sup>47</sup>

La pregunta a hacerse entonces es si la atenuación de garantías constitucionales resulta ser el mecanismo válido y útil para desincentivar estos fenómenos delictivos modernos. Frente al “flagelo criminal”; el Estado puede valerse de cualquier herramienta en su combate contra la delincuencia organizada, medidas atentatorias de derechos fundamentales de los individuos tales como el uso de agentes encubiertos, los que encuentran su justificación en una especie de estado de necesidad frente a la calamidad del crimen organizado.

El temor que produce en la comunidad este tipo de asociaciones criminales es utilizado con asiduidad para justificar la ampliación de los límites de la investigación penal. El agente encubierto encuentra su razón de ser en la necesidad de luchar contra el crimen organizado.

Según Carlos Torres, “la idea básica que ha inspirado la aceptación del agente encubierto, se funda en la indefensión de la sociedad frente al accionar de las

---

<sup>47</sup>Cassani, Belén. **Agentes encubiertos e informante como medios de prueba contra el crimen organizado. Un análisis desde la jurisprudencia de Derechos Humanos**, Yaco, Guillermo J. (Coord.). **El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización**, Pág. 237



organizaciones de tráfico. Se trata de una cruda confrontación de poder, en la que la organización delictiva posee recursos económicos enormes que compran cada vez más conciencias, un consumado asegurado en el incremento, una cultura hábil a su paso, contra los que pugnan los Estados y el orden jurídico, con pocas victorias significativas en su haber hasta el presente”.<sup>48</sup>

Los discursos con una carga demagógica que justifican la violación de garantías constitucionales en la investigación penal con tal de lograr averiguar la verdad de los hechos, recalcan el peligro que para la sociedad acarrearán las organizaciones criminales. En este sentido, parecería que quien es acusado de formar parte de una de ellas no merecería gozar del estado de inocencia, sino que, por el contrario, la mera sospecha de formar parte de una organización criminal sería suficiente para fundar y legitimar la intromisión del Estado de intimidad del sujeto sospechoso. “Se les permite a las autoridades encargadas de la persecución pena la intromisión en los ámbitos privados de los ciudadanos que pese a ser sospechados de la comisión de un delito, son inocentes...”<sup>49</sup>

### **3.2 Características de la investigación criminal por el agente encubierto para el proceso penal**

La figura del agente encubierto, con sus remarcados rasgos inquisitivos, que detrás de su uso, de la invasión del Estado en la intimidad de la persona, se encuentra la necesidad de encarcelar a los culpables. Con todo, es la culpa y no la inocencia lo que

---

<sup>48</sup>Torres, Carlos. “**Agente Encubierto**”, Volumen: 0, Pág. 108

<sup>49</sup>Dencker Friedrich. “**Criminalidad organizada y procedimiento penal**”, Vol.: 1998/B, Pág. 479



debe ser demostrado en el proceso penal. “Este principio fundamental de la civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable.”<sup>50</sup>

Un sistema inquisitivo tiene por objeto encarcelar a los culpables. Cualquier medio es válido con tal de establecer qué fue lo que verdaderamente ocurrió y castigar al responsable del delito. No es posible presumir la inocencia de quien es perseguido penalmente. Lo que se presume es su culpabilidad y, como consecuencia, no se le reconoce facultad de defensa alguna. El acusado no merece ser protegido del poder persecutorio del Estado dado que si es culpable, no lo merece, y si es inocente, el inquisidor tarde o temprano lo averiguará. Por lo demás, el reconocimiento de derechos al imputado tornaría muy dificultosa la determinación de la real ocurrencia de los hechos.

Esa forma de indagar la real ocurrencia de los hechos fue duramente criticada por el pensamiento iluminista del siglo XVIII. Si bien la nueva concepción del proceso penal mantuvo como finalidad del procedimiento la averiguación de la verdad, admitió que tal objetivo no podía alcanzarse a cualquier costo. El imputado fue reconocido como un sujeto de derecho y no como un objeto de investigación.

El Estado de Derecho implica la existencia de límites impuestos al Estado en el ejercicio de su facultad persecutoria. Los derechos y garantías encuentran su origen en la necesidad de proteger al individuo frente a poder estatal. El juicio se comprende como

---

<sup>50</sup>Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. “Teoría del garantismo penal”, Pág. 549



una contienda entre partes iguales, en la que se presumen la inocencia del acusado de manera tal que quien tiene la carga de probar el hecho imputado es la acusación.

No obstante, no todo método de investigación es válido para fundar una sentencia condenatoria, puesto que todo aquel mecanismo de recolección de evidencia que signifique una intromisión coercitiva del Estado en la esfera de intimidad del individuo, o que de alguna otra manera atente contra las garantías fundamentales de la persona debe ser descartado.

Estas visiones el proceso penal esconden una oposición entre eficiencia en la aplicación de la ley penal sustantiva castigo a los culpables y garantías del individuo evitando el castigo a los inocentes. Lo que legitima el empleo de agentes encubiertos es la premisa de otorgar al Estado facultades investigativas amplias para así lograr encarcelar a los autores de delitos aberrantes tales como el narcotráfico, la prostitución infantil o el terrorismo. No es más que acudir al viejo argumento de que el fin justifica los medios.

Para una justicia entendida como condena, “el principio e inocencia no es más que un obstáculo. Las modificaciones al derecho penal y procesal penal, tienden a satisfacer intereses criminalísticos ante todo, a costa de los derechos de libertad y de los otros intervinientes en el procedimiento- y aumentan y refuerza los instrumentos introductorios cuantitativa y cualitativamente.”<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup>Hassemer, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de Hoy. Ad- Hoc**, Pág. 96



“La lucha contra el crimen organizado no es más que un argumento efectista que invoca la noción de garantizar la seguridad y que ha conducido a acercar la actual lógica de las pruebas a prácticas inquisitivas”.<sup>52</sup>

Cabe acotar al respecto, que el derecho penal se convierte en una herramienta tendiente a eliminar eficazmente todo aquello que pueda poner en riesgo la subsistencia de la sociedad. Para justificar la injerencia del Estado en derechos fundamentales del individuo se recurre al principio de proporcionalidad: vale más desconocer derechos y garantías constitucionales que dejar desprotegida a la sociedad frente a los crímenes graves.

Afirma Hassemer que “se debe tener en cuenta que no es posible tener un derecho penal fuerte con costos nulos. Se paga caro, con principios que fueron logrados políticamente y que siempre son atacables por la política. No existe una prescindencia parcial del principio de culpabilidad o de la protección de la dignidad del hombre; si estos principios no son también de ponderación firme en los ‘tiempos de necesidad’, pierden su valor para nuestra cultura jurídica. Pues a partir de ese momento el criterio para la continuación de la vigencia de estos principios ya no es su valor y su peso específico sino la percepción como problema de la ‘necesidad’ o la ‘grave amenaza’. (Si los principios del derecho penal) son disponibles según el caso, (el derecho penal)

---

<sup>52</sup>Bunge Campos, Luis Ma. **Delatores, informantes y casos análogos**, *Penal*. Editores del, Volumen: 1999/B.



perderá –a largo plazo, también ante los ojos de la población –su fuerza de convicción normativa y su distancia moral frente al quebrantamiento del derecho.”<sup>53</sup>

En la actualidad “la lucha contra el crimen organizado ha dado lugar a que cada vez se le reconozcan mayores facultades a los órganos de investigación. En este principio de siglo; se advierte la existencia de un discurso que al poner el énfasis en la eficiencia y en la eficacia termina avasallando estas garantías que, obviamente, ponen obstáculos a tan anhelada eficacia.”<sup>54</sup>

Es de entender pues, que independientemente que la figura del agente encubierto desde la transición de un instrumento internacional la Convención de Palermo, a la legislación procesal doméstica, esta figura hunde sus raíces en el sistema inquisitivo.

Detrás de esta figura se alza el objetivo final de averiguar la verdad a cualquier precio. A este aumento de las capacidades persecutorias de los órganos de investigación del Estado se le contraponen la pérdida de derechos por parte de los ciudadanos. El agente encubierto no es más que la presencia continua del Estado en la vida íntima de una persona, sabiendo mucho más de ella, que lo estrictamente necesario para obtener una condena judicial.

Las garantías contradicen a la acumulación desmedida de poder en manos de los órganos de investigación penal de Estado. El primer interés es o debería ser la seguridad y la libertad de las personas. Lo más riesgoso para ellas no son los delitos graves y de difícil esclarecimiento, sino que lo que las pone en un mayor peligro es la

<sup>53</sup>Hassemer, **Op. Cit.**, Págs.64-65

<sup>54</sup>Bunge Campos, Luis Ma. **Delatores, informantes y casos análogos**, Volumen: 1999/B, Pág. 777



concentración de poder del Estado en el ejercicio de la persecución penal. Cuantas menos garantías posea el individuo frente a la coerción estatal, más débil será su posición frente al Estado y mayor será el desequilibrio entre el imputado y la acusación. Precisamente, es de esta manera que de un modelo de organización judicial acusatorio se va acercando a uno claramente inquisitivo, en pleno siglo XXI.

### 3.3 La prueba y el agente encubierto

El agente encubierto significa la presencia continua de la persecución estatal en la intimidad del individuo, sin que él lo sepa y mucho menos haya consentido esa intrusión. “La sola existencia de un agente encubierto afecta el derecho a la intimidad de los investigados porque, ocultando su condición de policía, observa y oye lo que ocurre en conversaciones y conductas que tienen lugar en su presencia o en domicilios de personas físicas y jurídicas a los que tienen acceso”.<sup>55</sup>

Ahora bien, de todo este panorama de discusión en el cual se cuestiona el respeto a derechos fundamentales o, mejor dicho, la vulneración de derechos fundamentales por la intromisión de un agente encubierto en el círculo íntimo de una persona, aunque se le presuma delincuente, obligadamente conlleva el cuestionamiento en torno a la adquisición de los medios de prueba obtenidos por el agente encubierto de una forma engañosa, lo que la convierte en una forma ilícita de adquisición de los medios de prueba, independientemente que la figura del agente encubierto esté legislada en el

---

<sup>55</sup>Delgado, Martín Joaquín. **El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto, en *Problemas actuales de la Justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas***, Págs. 102-103



Código Procesal Penal, en éste mismo se regulan los mecanismos lícitos de obtención de prueba.

La palabra prueba etimológicamente deriva de “*probe*, que quiere decir honradamente y de *probandum* que quiere decir recomendar, experimentar o hacer fe. Los que aceptan la primera de estas locuciones sostienen que obra con honradez quien prueba lo que ha afirmado en un juicio. Respecto de lo segundo, es aquel que logra en el proceso llevar al juez una convicción personal de que los hechos allí presentados son ciertos y afirman que hablar de honradez no viene al caso porque muchas veces se tiene como imposible probarlo”.<sup>56</sup>

La prueba versa sobre un hecho controvertido, ese hecho es fundamento de un hecho que se pretende en el proceso y la finalidad de la prueba es la de ser convincente.

Todo medio de prueba tiene un sujeto activo y un sujeto pasivo y el destinatario. El sujeto activo es aquella parte que propone un medio de prueba con el fin de aportarlo al proceso. Ejemplo: el que pide que se tome declaración testimonial de tales o cuales personas será el sujeto activo de ese medio de prueba. Las pruebas son por lo general aportadas por las partes, pero en algunos casos el juez de oficio puede llevar al proceso algunos medios de prueba. El sujeto pasivo de la prueba es la parte contraria del que la solicita. El destinatario es el juez, porque lo que se persigue con la prueba es llevar una convicción al ánimo del juez, de suerte que todas las pruebas que se aporten al proceso

---

<sup>56</sup>Cassani, Belén. **Agentes encubiertos e informantes como medios de prueba contra el crimen organizado. Un análisis desde la jurisprudencia de Derechos Humanos**, en Yacobucci, Guillermo J. (coord.), Pág. 241



van encaminadas a convencer al juez de que lo que se está afirmando es cierto, que a quien lo afirma le asiste el derecho.

En el proceso penal, prueba es todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que son investigados y respecto de los cuales pretende actuar la ley sustantiva. La prueba es el medio más confiable para descubrir la verdad y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales.

Los principios que sustentan el proceso penal han sido establecidos por postulados políticos que tienden a garantizar con mayor eficacia los principios y garantías individuales de todos los ciudadanos y una correcta estructuración del proceso.

Uno de los procedimientos que violentan en gran medida estos postulados son las pruebas ilícitas, de ahí la importancia de su estudio e investigación cuando las pruebas son aportadas por un agente encubierto, cuya presencia en el lugar de los hechos donde adquirió dichas pruebas está puesto en tela de juicio, por la vulneración de derechos fundamentales de quienes posteriormente se ven ligados a proceso penal, sobre la base de los medios de prueba aportados por el agente encubierto.

La obtención de la verdad perseguida en el proceso penal debe ser encausada de acuerdo a reglas o principios atinentes a la prueba. Es por ello que "la prueba como institución procesal es definida como "lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente".<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup>Cafferata Nores, José. **La prueba en el proceso penal**, Pág. 115



Se puede deducir de la afirmación anterior, que una garantía esencial de obtención es la alta exposición de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa, es decir, en el sentido del conflicto entre las dos partes en el proceso, portadores de puntos de vista contrastantes porque son titulares de intereses opuestos.

Existe un debate doctrinario respecto al término prueba ilícita, denominada también prueba prohibida. Beling, quien descubrió estas pruebas la denominó así, pero este término abre un debate sobre su contenido, pues según autores como Strensee “resulta difícil o casi imposible presentar como problemática abarcable y consistente para el tema todas las cuestiones materiales a que se puede aludir o hacer referencia con este título.”<sup>58</sup>

Se puede deducir que no existe un criterio uniforme en la doctrina con respecto a la denominación de la prueba que violenta garantías constitucionales, pero mayoritariamente se coincide en denominarla prueba ilícita a la prueba que vulnera dichas garantías y principios procesales.

En el Código Procesal Penal guatemalteco, según lo regula el artículo 183, Prueba inadmisibles, establece que, un medio de prueba, para ser admitido debe referirse directa e indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente abundantes. Son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido,

---

<sup>58</sup>Strensee, Eberhard. **La prueba prohibida**, No. 3-4, Pág. 107



tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados.

Como se puede observar, el propio Código Procesal Penal, determina la indebida intromisión en la intimidad del domicilio o residencia, es decir, que para proceder al ingreso que debe tener la debida autorización por juez competente para realizar un allanamiento; de lo contrario, cualquier medio de prueba obtenido, en este caso, engañosamente por medio del agente encubierto, se puede considerar una prueba ilícitamente obtenida.

Pero, desde que la Convención de Palermo autorizó nuevos instrumentos de investigación para el auxilio del proceso, el principio de especialidad que ampara a la Ley Contra la Delincuencia Organizada, permite que este tipo de figuras procedan a la obtención de pruebas, que en otro tipo de circunstancias, sería de obtención ilícita.

Esta discusión es una cuestión de mucho análisis, porque desde el momento que existen varios estudios en torno a la vulneración de derechos fundamentales y, principios procesales en la figura del agente encubierto, consecuentemente, las pruebas que obtiene no deberían ser valoradas por el juez quien, por el contrario, tendría que considerarlas ilícitas.

### **3.4 La prueba testimonial y la prueba presentada por el agente encubierto**

En cuanto al trámite de su producción, se consideran contrarias a derecho, aquellas pruebas que en su actuación se apartan del procedimiento establecido en la ley para su



desahogo, de modo que, como plantea Maier, “para la obtención de la prueba es menester el respeto de las garantías constitucionales y las formas impuestas para cada medio probatorio; de lo contrario el material colectado en violación de estas normas será invalorable”.<sup>59</sup> La ilicitud no se refiere aquí al medio en sí, que puede estar aprobado por la ley procesal, sino que la ilegalidad sobreviene al apartarse de las formas y procedimientos determinados para su ofrecimiento o desahogo. Los testimonios y peritajes obtenidos por cohecho, por ejemplo son muestras de esa ilicitud.

Respecto de la licitud del medio, la solicitud de prueba que formulan las partes debe referirse únicamente a pruebas que no sean contrarias a derecho. Lo antes indicado significa "hacer referencia al celo irrestricto de los órganos de la jurisdicción de competencia penal, por la vigencia de la legalidad y procedencia de los medios, pues, si las pruebas son materia del proceso e influyen de manera decisiva sobre los resultados del mismo, son los jueces a quienes compete decidir sobre su admisión." <sup>60</sup>

Se considera no solo ilegal sino fútil proponer material probatorio prohibido o no autorizado, expresa o tácitamente, por el orden jurídico, por virtud de que en tales condiciones el Juez no admitiera su desahogo.

Las reglas que rigen la cuestión de la licitud del medio, “tienden primero que nada a salvaguardar el principio de economía procesal, impidiendo un dispendio de tiempo, dinero y energías, en la proposición o acopio de prueba reprobadas por la moral o el derecho; en segundo lugar, porque siendo de interés público el proceso, se debe cuidar

---

<sup>59</sup>Maier, Julio B. J. **Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica**, No. 16-17, Págs. 146-63

<sup>60</sup>Devis Echandia, Hernán. **Pruebas judiciales. Compendio de derecho procesal**. Tomo II, Págs. 13-25



no únicamente la juridicidad del petitorio, sino propiciar la ética profesional del litigante, reprobándose el ofrecimiento ocioso de medios de dudosa prueba condenados a ser rechazados por el juez”.<sup>61</sup>

La admisión probatoria es un acto procesal de decisión del tribunal. Como especie del acto jurídico, el acto procesal de la admisión deriva de una voluntad del juez, que sirve para crear modificar o extinguir situaciones relativas a la aceptación o el rechazo de los medios propuestos en el proceso.

Su función consiste en determinar si el cúmulo de pruebas ofrecidas por las partes se ajusta a los lineamientos legales establecidos para su admisión y correspondiente incorporación al proceso. Esa actividad se desarrolla a través de un devenir intelectual cuyas fases pueden prescindirse y a la que se denomina génesis del desarrollo de la admisión de los medios de probar.

Por ello, es necesario establecer que la prueba testimonial requiere de un testigo presencial o directo o, por el contrario, establecer relacionamente que la persona imputada realmente cometió o participó en la comisión de un delito. Por lo que, debe ser acreditado como un testigo creíble a través de una serie de interrogatorios entrecruzados que permita establecer la veracidad de su relato; por otro lado, la prueba presentada por el agente encubierto redundante, probablemente, en veracidad pues éste estuvo presente en cada movimiento de la persona imputada, pero la forma de la obtención de dicho material probatorio, que fue engañosa y probablemente hubo alguna actitud provocadora por parte del agente hacia el imputado y sus cómplices o, los

---

<sup>61</sup>Cafferata Nores, **Op. Cit.**, Pág. 118



imputados, indudablemente vulnera todos los principios procesales y los derechos fundamentales a la intimidad y la no autoincriminación.

Como se puede apreciar, no es lo mismo un testigo presencial de los hechos, que alguien que está incorporado en una estructura criminal, es decir, es parte del grupo delictivo y de la asociación ilícita; por lo que la prueba testimonial, la del primero, relacionado si se establece la credibilidad del testigo puede ser valorada con toda confianza por parte del juez.

Ahora bien, cómo puede ser valorada la prueba presentada por el agente encubierto, si cuando la adquirió era parte de la estructura criminal, estaba incorporado en las figuras de grupo delictivo organizado, asociación ilícita y conspiración. Este tipo de cuestionamientos deben ser resueltos por la política criminal de una forma convincente, pues simplemente, el agente encubierto, aunque sea por la intención de buscar la verdad, cumple con la figura de un delincuente organizado más, por lo que su material probatorio debería considerarse falto de certeza jurídica.



## CAPÍTULO IV

### **4. La actuación encubierta y la afectación a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación**

La visión propia que se tiene de la institución del agente encubierto es que se legitima la delincuencia toda vez que el Estado fortalece a una institución el agente encubierto a través de la impunidad de las acciones delictivas que sus delegados deben de cometer, bajo el estandarte del combate a la delincuencia organizada.

#### **4.1 El agente encubierto y el derecho fundamental a la intimidad**

La tarea del agente encubierto tiene como finalidad principal ganarse la confianza de la persona investigada, haciéndose pasar como una persona particular sin vínculos con los organismos de investigación penal. El enmascaramiento de su verdadera identidad y función le facilitan tener acceso a datos de la vida privada de la persona a quien se le investiga por lo que en el desarrollo de la investigación, el agente encubierto no sólo puede tener acceso a información y elementos de prueba del delito, sino también de aspectos relacionados con la esfera más íntima de la persona, con lo que se anula por completo el derecho a la intimidad que, aún siendo la persona investiga presunta delincuente, no se pierde por lo que en la investigación se vulnera dicho derecho con la participación del agente encubierto.

Al permitirse una medida totalmente invasiva y, sobre todo, permanente en el núcleo esencial de la persona investigada se corrompe todo derecho a la verdadera libertad.



Al tener el agente encubierto la tarea esencial de conseguir la confianza, tanto de la persona investigada como de los demás miembros del grupo en el cual se infiltra y su permanencia por largo tiempo en el círculo de vida de ellos, necesariamente generará nexos de familiaridad, amistad o compañerismo, las cuales propician que entre las personas se eliminen barreras, que normalmente suelen ponerse a los extraños, para permitirles la entrada a su intimidad, facilitando de esta manera, por medio del engaño, que el Estado tenga una intrusión invasiva en la privacidad de las personas investigadas que, como ya se apuntara en párrafo anterior, a pesar de sus actividades delictivas, constitucionalmente les ampara el derecho a la intimidad.

Es claro que en cualquier ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales de las personas no son absolutos, y que en ciertos casos está permitida la injerencia del Estado en los mismos; pero nunca dicha limitación puede llegar al supuesto de afectar el núcleo esencial de esos derechos fundamentales, por cuanto “el fundamento del propio Estado de Derecho está en la concepción de la persona como fin en sí mismo y en el reconocimiento de su dignidad humana, lo cual no es concebible sin el respeto y disfrute de ese mínimo e intangible contenido de sus derechos inalienables”<sup>62</sup>

Es de tener en cuenta que, para un debido equilibrio entre el interés en la investigación penal y la protección de la persona, las injerencias en los derechos fundamentales deben estar vinculadas al cumplimiento de condiciones exactamente determinadas, donde las medidas que afecten en mayor proporción esos derechos estén reservadas a los delitos más graves, enumerados específicamente en la ley, que “el permiso sólo

---

<sup>62</sup> Ramírez Jaramillo, Andrés D. **El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no Autoincriminación**, Pág. 99



pueda ser dado a través de la autorización del Fiscal General y Jefe del Ministerio Público y que dicha autorización sólo pueda ser ejecutada en un plazo razonable y determinado, trayendo como consecuencia que no puedan usarse procesalmente los medios de prueba que se hayan obtenido sin cumplir esas condiciones”.<sup>63</sup> Según establece el Artículo 26 de la ley contra la delincuencia organizada las operaciones encubiertas se podrán autorizar por un tiempo máximo de seis meses, renovables cuantas veces sea necesario sin que el plazo total de la operación exceda de un año.

Nada de esto se garantiza con la regulación de la actuación del agente encubierto, pues el Artículo 29 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, referida a Comprobación de la información, plantea que durante la operación encubierta los fiscales deberán documentar la información que reciban de forma verbal por los agentes encubiertos.

Se especifica en dicho artículo que dicha información puede obtenerse mediante seguimientos, vigilancias, grabaciones de voces de las personas investigadas, la utilización de micrófonos u otros mecanismos que permitan tal finalidad, fotografías, grabaciones de imágenes u otros métodos técnico científicos ....

Ello da a entender que, con la sola autorización del fiscal para la actuación del agente encubierto, éste queda facultado para invadir en cualquier momento el domicilio o lugar de trabajo de la persona investigada y utilizar los métodos técnicos de ayuda para la investigación tales como tomar fotografías, filmar videos y, en general, todas las actividades relacionadas que permitan recoger toda la información que consideren

---

<sup>63</sup>Roxin, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**, Págs. 145-146



necesario para la imputación de los delitos, lo que afecta gravemente el derecho a la intimidad no sólo de las personas investigadas sino que además de personas que no tienen ni siquiera la categoría de sospechosas.

Por ello señala Martínez y Martínez que, “es necesario establecer cuáles son los límites de la investigación penal frente al derecho a la intimidad, para determinar las salvaguardas específicas con que debe contar toda persona para estar segura en cualquier momento de cuál es el rango que debe tolerar en la afectación de este derecho. Para esto, aclaramos que haremos especial énfasis en el aspecto negativo del derecho como facultad de la persona de excluir las intromisiones de los demás en su ámbito reservado de vida privada, pues en su aspecto como un derecho activo, esto es, como la posibilidad de la persona de disponer y ejercer un control efectivo sobre las informaciones de cualquier naturaleza que lo afecten, accediendo a los registros o bases de datos que correspondan [...]”<sup>64</sup>

#### **4.1.1 Límites de la investigación penal frente al derecho a la intimidad**

Se ha considerado que la herramienta más rigurosa para determinar los límites constitucionales que tendría la administración de justicia penal para afectar el derecho fundamental a la intimidad, está dada por la llamada “teoría de las esferas, creación jurídica de la jurisprudencia alemana”.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup>Martínez Y Martínez, Ricard. **Tecnologías de la información, policía y constitución**, Pág. 68

<sup>65</sup>Guerrero Peralta, Óscar J. **Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal**, Pág. 390-391



Dicha teoría plantea tres ámbitos en la esfera de la intimidad de la persona humana, de la siguiente forma: La esfera más íntima corresponde a los pensamientos o sentimientos más personales que un individuo sólo ha expresado a través de medios muy confidenciales, como cartas o diarios estrictamente privados, y es según esa corporación, un ámbito intangible de la dignidad humana. La garantía en este campo es casi absoluta, de suerte que sólo situaciones o intereses excepcionalmente importantes justifican una intromisión. Luego encontramos la esfera privada en sentido amplio, que corresponde a la vida en ámbitos usualmente considerados reservados, como la casa o el ambiente familiar de las personas, en donde también hay una intensa protección constitucional, pero hay mayores posibilidades de injerencia ajena legítima. Y, finalmente, “el tribunal de ese país habla de la esfera social o individual de las personas que corresponde a las características propias de una persona en sus relaciones de trabajo o más públicas, en donde la protección constitucional a la intimidad y autonomía es mucho menor, aun cuando no desaparece, pues no se puede decir que las autoridades pueden examinar e informar sobre todo lo que una persona hace por fuera de su casa, sin violar su intimidad”.<sup>66</sup>

Se puede considerar que sería recomendable que esa gradación de las esferas de intimidad sea aplicable, mutatis mutandi el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, y es esencial para el estudio del alcance de la reserva judicial en materia de inviolabilidad domiciliaria.

---

<sup>66</sup> **Ibid**



Al seguir esta clasificación, en la primera esfera se tendría el núcleo esencial del derecho a la intimidad, es decir, el círculo de pensamientos, sentimientos y relaciones más íntimas de la persona, el ámbito de lo más secreto que comprende las relaciones afectivas y sexuales y la esfera de confianza que comprende a su vez la información que un sujeto transmite a otro con quien está ligado por razones de parentesco, afecto, religión, profesión o confianza mutua”.<sup>67</sup> Asimismo, la información sobre enfermedades, adicciones, inclinaciones, ideas y conflictos internos que sólo son plasmados en documentos confidenciales o confiados a registros privados, está vedada para la investigación penal, incluso si de ella puede obtenerse una prueba de un delito. Al respecto, la doctrina ha señalado casos particulares como los siguientes: “Así, cuando un drogodependiente habla sobre su adicción en una carta que no ha enviado a su médico, permitiendo así concluir la comisión de un delito relacionado con la droga, no puede usarse esta información en un proceso [...]. Si una joven describe en un diario una relación íntima, este dato no puede utilizarse para una condena por perjurio aunque ha negado bajo juramento esta relación en un proceso anterior [...]. Cuando la esposa describe en notas personales la actividad delictiva de su esposo, éstas no pueden usarse para probar su responsabilidad”.<sup>68</sup>

Aquí, Roxin plantea un serio problema en cuanto a que difícilmente se puede controlar la actuación del agente encubierto ya dentro del ámbito familiar de la persona investigada, quien al tener amplio acceso a diferente tipo de información, lo más probable es que rebase los límites que la ley le ha impuesto en la realización de sus

---

<sup>67</sup> **Ibid** Pág. 382

<sup>68</sup> Roxin, **Op. Cit.**, Pág. 150



tareas de investigación y que, por conveniencia procesal, el propio Fiscal a cargo permita dichos materiales como elementos probatorios.

Siendo coherentes con estos planteamientos, se puede concluir que el ámbito nuclear del derecho a la intimidad no puede ser tocado por la actuación del agente encubierto, figura que sólo se encuentra regulada en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, que es una ley especial que no puede venir, con una medida de investigación extraordinaria, a consagrar límites o restricciones en cuya virtud se afecte la médula esencial de un derecho fundamental.

De esta forma, afirma Guerrero Peralta, “el agente encubierto no podría, sin afectar el núcleo esencial del derecho a la intimidad de las personas investigadas o de terceros, tener acceso a la información contenida en diarios, notas personales, cartas confidenciales o, en general, en monólogos íntimos, o la derivada de conversaciones mantenidas entre cónyuges, compañeros permanentes y entre las demás personas no obligadas a declarar en contra de la persona investigada, e incluso de las que éste mantenga con otras personas cuando medien relaciones afectivas íntimas”.<sup>69</sup>

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

---

<sup>69</sup>Guerrero, **Op. Cit.**, Pág. 383



investigación penal, acceder a las facetas más íntimas de su personalidad, y así dicho consentimiento no sería válido, pues no puede consentir aquel que desconoce lo que hace.”<sup>70</sup>

Si lo anteriormente expuesto resulta válido para cuando basados en el desconocimiento del verdadero papel de agente y en los falsos lazos de amistad y confianza que éste les inspira a las personas investigadas, ello debe de ser mayormente deplorable cuando el propio agente por medio de engaños o descuidos de estas personas aprovecha la situación para acceder a información privada. Un ejemplo claro sería el hecho de que el agente extraiga una carta o una nota personal de la casa o del lugar de trabajo de la persona investigada, o, que emplee cámaras fotográficas o de video, o equipos de grabación para conservar información proveniente de dicha esfera.

Lo expuesto anteriormente “resulta ser la barrera infranqueable de la investigación penal, lo intocable para el Estado, lo que está sustraído de toda injerencia estatal”,<sup>71</sup> al tratarse de los aspectos de la vida de las personas que conciernen a su ámbito personal más interno; de lo contrario el contenido esencial del derecho a la intimidad se desnaturalizaría al quedar sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Lo referente a “la segunda esfera de intimidad relativa al ámbito privado en sentido amplio, entran en la misma vida personal en ámbitos principalmente familiares, que

---

<sup>70</sup>Riquelme Portilla, Eduardo. **El agente encubierto en la ley de drogas: la lucha contra la droga en la sociedad del riesgo**, número 2 Sitio:[http://www.politicacriminal.cl/n:02/a\\_2\\_2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n:02/a_2_2.pdf) Pág. 11 Consultado 10/10/2014

<sup>71</sup>Roxin, **Op. Cit.**, Págs. 150-152



normalmente buscan protegerse manteniéndose fuera del alcance del conocimiento ajeno, la cual es considerada como fundamento de la inviolabilidad domiciliaria”.<sup>72</sup> En esta esfera la protección es igualmente fuerte, pero admite limitaciones, según “el principio de proporcionalidad, al ponderarse el interés estatal en la averiguación de la verdad y el interés del investigado en la protección de su ámbito privado.

Según expresa Ramírez Jaramillo, “en este ámbito de la intimidad deben tenerse en cuenta todas las garantías que existen para la afectación de la inviolabilidad del domicilio; y en ese caso, el agente encubierto, para poder entrar en la casa o lugar de habitación del investigado, tendría que tener una autorización adicional a la primera con la cual se infiltró, cada vez que fuera a ingresar al domicilio del mismo. Esto por cuanto se puede entender que la primera orden del fiscal para autorizar que se necesitarían para ingresar al domicilio del investigado en caso de que se tratara de cualquier otro funcionario.”<sup>73</sup>

Entender lo contrario, sería suponer que el agente encubierto, por su especial tarea, estaría relevado de cumplir con los requisitos constitucionales que necesita todo funcionario para ingresar en un domicilio, pues se sostiene que la primera autorización del fiscal sólo contiene la orden para la infiltración del agente, y la misma sería de un contenido demasiado general que no permitiría determinar, por ejemplo, la fijación de límites para la duración de la medida, es decir, los horarios en que debe realizarse el plazo para ejecutarle, la determinación de los lugares por registrar, los motivos fundados para su proceder, etc.

---

<sup>72</sup>Martínez Y Martínez, **Op. Cit.**, Pág. 62

<sup>73</sup>Ramírez Jaramillo, **Op. Cit.**, Pág. 104



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

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

Por último, frente a la esfera de intimidad relativa al ámbito social o individual de las personas en sus relaciones de trabajo o más públicas, donde aparecen “todas aquellas relaciones que el individuo entabla en un contexto normal de vida (ámbito social externo) y que si bien son conocidas por un círculo abierto de personas, están cerradas



a la generalidad”<sup>74</sup>, es de considerar las reglas aplicables expresadas anteriormente para la afectación del domicilio extendidas a la afectación de lugar de trabajo del investigado, pero entendiéndose que “la protección es menor al tolerarse mayores injerencias, según la ponderabilidad entre el interés en la investigación de la verdad de los hechos y el interés de la persona en la protección de esta esfera de privacidad, pues en general, por ejemplo, frente a los delitos más graves se tiende a dar primacía al primero, y frente a los menos graves al segundo”.<sup>75</sup>

#### **4.2 El agente encubierto y el derecho a la no autoincriminación de la persona investigada**

Debe tenerse en cuenta que, en el marco de un proceso de corte acusatorio y garantista, la colaboración de la persona investigada o acusada en el esclarecimiento de la verdad de los hechos por los cuales se le formule una imputación, sólo debe obtenerse gracias a la plena voluntad consciente y libre del mismo, previamente informado y asesorado por su defensor, que ponderando los costos y beneficios de hablar o de no hacerlo, tome una decisión al respecto; siendo tratada en su calidad de persona teniendo derecho a ejercer su derecho de defensa como lo considere pertinente.

En un Estado de Derecho es principio general el que toda persona se presume inocente hasta que sea declarado judicialmente culpable al final de un proceso,<sup>76</sup> y que la carga de la prueba corresponde a la parte que acusa, y así la pasividad de la persona

---

<sup>74</sup>Ibid, Pág. 385

<sup>75</sup>Roxin, **Op. Cit.**, Págs. 153-154

<sup>76</sup>Artículo 14 de la **Constitución Política de la República de Guatemala**



acusada o, incluso, su mentira no pueden derivar en perjudicarlo por ese sólo hecho, pues es la fiscalía la parte obligada a demostrar la responsabilidad de la persona a quien acusa para desvirtuar tal presunción y obtener la condena de la misma, no pudiendo considerarse que la misma pueda recurrir a obtener la confesión de la persona acusada de cualquier manera, para liberarse de las dificultades que tendría para probar sus pretensiones al recurrir sólo a sus propios medios.

Así, es probable que “frente a la utilización de la figura del agente encubierto como medio de investigación, se plantee la posibilidad de que el derecho fundamental a la no autoincriminación”<sup>77</sup> quede prácticamente anulado, debido a que es muy probable que el agente encubierto induzca a la persona que ha investigado para que le confíe hechos o cosas autoincriminantes, que le faciliten luego a éste primero, obtener pruebas de cargo contra él mismo, sin el cumplimiento de las debidas cautelas para obtener tal información y elementos en el marco de un proceso justo.

Es necesario tener en cuenta, que “el derecho fundamental a la no autoincriminación se fundamenta en la concepción de la persona como fin en sí mismo, no como un medio para alcanzar cualquier propósito por muy loable que sea. Así pues, si se considera que la persona del investigado, su voluntad y su libertad deben ser respetados asimismo se reconocerá su derecho a no autoincriminarse”<sup>78</sup> como consecuencia del instinto primordial y natural del ser humano a la auto conservación. Derivado de ello, es que debe entrar a considerarse cuándo las conversaciones entre el agente encubierto y

---

<sup>77</sup>Ibid, Art. 16

<sup>78</sup>López Baraja de Quiroga, Jacobo. **Tratado de derecho procesal penal**, Pág. 523



la persona investigada podrían afectar el derecho de ésta a no autoincriminarse ni incriminar a sus familiares cercanos y amigos.

#### **4.2.1 Las conversaciones entre el agente encubierto y la persona investigada**

El agente encubierto con la finalidad de cumplir con la tarea investigativa, puede llegar a manipular a la persona investigada a sostener conversaciones a través de las cuales esta persona le proporcione información que la puede autoincriminar y conducir al Estado a obtener pruebas de cargo para buscar una condena, omitiendo el agente informarle todas las advertencias del derecho que le asiste a guardar silencio, a no autoincriminarse y a consultar a un abogado, pues como funcionario, el agente tendría la obligación de hacérselas saber para poder obtener de manera legítima dicha información.

Por supuesto, que lo anteriormente descrito es lo idóneo en cuanto a las garantías procesales derivadas de los derechos fundamentales que le asisten a cualquier persona, así ésta, esté siendo investigada o acusada; sin embargo, la figura del agente encubierto fue diseñada desde una política criminal que va más allá de los propios principios garantistas del proceso, por ende, se le ha otorgado plena potestad para vulnerar derechos fundamentales, aunque se le impongan límites a su actuación, el simple hecho que ingrese a la vida de las personas presuntas delincuentes por medio del engaño, ya es una vulneración de derechos fundamentales legitimada por el Estado.

Es por ello, que se considera que en el proceso penal la adopción de figuras como ésta, implica un déficit de protección constitucional frente al derecho a la no autoincriminación, pues “si a las autoridades de persecución penal les está vedado



valerse de engaños para captar afirmaciones del investigado e incluso la protección constitucional exige la debida instrucción de los derechos a no autoincriminarse y permanecer en silencio, es evidente que estos requisitos se obvian en una investigación cifrada.”<sup>79</sup>

Puede afirmarse, por tanto, que en todos los casos en los cuales el agente encubierto sostiene conversaciones con la persona investigada y ésta le confía hechos autoincriminantes, tal información indudablemente, se obtuvo por medio de la utilización del engaño, ya que resulta difícil pensar que alguien que ha cometido ciertos hechos contrarios a la ley se los va a confiar a una persona que sabe pertenece a la policía.

En las situaciones en que se producen conversaciones entre el agente encubierto y la persona investigada, se pueden vislumbrar dos ámbitos específicos que, sin embargo, pertenecen al ámbito nuclear del derecho a la no autoincriminación: cuando el agente encubierto hace preguntas directas a la persona investigada para obtener datos autoincriminatorios, y cuando el agente encubierto simplemente escucha lo que se le está relatando sin que medie pregunta alguna. Cabe recordar que en ambas circunstancias prevalece el engaño en la figura del agente encubierto, por lo que cualquier información obtenida, de una u otra forma, no tiene la pertinencia de haberle advertido a la persona investigada sobre los derechos que le acompañan.

#### **4.2.2 Circunstancias cuando se producen pruebas a través de preguntas autoincriminantes por parte del agente encubierto a la persona investigada**

---

<sup>79</sup>Guerrero Peralta, **Op. Cit.**, Pág. 392



Si el agente encubierto, buscando la confesión por parte de la persona investigada, a través de preguntas obtuviera respuestas autoincriminantes, el derecho a la no autoincriminación sería vulnerado en su más alto grado, pues sólo habría omitido informarle todas las advertencias antes de recibirles tales manifestaciones, sino que como “funcionario de la policía encargado en la investigación, habría asumido un papel activo con la finalidad de obtener información autoincriminatoria para la persona investigada; es decir, al preguntarle ejerce cierta forma de presión sobre la voluntad de quien es investigado, lo que se torna incompatible con el derecho a no declarar”.<sup>80</sup>

Cabe advertir que esto podría ser equivalente a lo que en la doctrina se conoce como interrogatorios prohibidos que incluye. “Todos los métodos de interrogatorio que restrinjan la libre actuación voluntaria del procesado los malos tratos, los ataques corporales, el suministro de drogas, la tortura, el engaño, las coacciones ilegales, la promesa de sentencias ilegales y la alteración de la memoria o la capacidad de comprensión; asimismo, las preguntas que no sean claras y precisas, o que sean capciosas o sugestivas”.<sup>81</sup>

Se puede deducir, entonces, que en tal tipo de conversaciones fue el agente encubierto el que provocó la información por parte de la persona investigada a través de preguntas que generalmente, por la premura del agente en conseguir resultados, serán capciosas o sugestivas; es decir, no existió ni siquiera la iniciativa de la persona investigada en comunicarle tales hechos para que se pudiera hablar de una voluntad inicial del mismo exenta de esa presión, así sea leve, sino que fue el agente encubierto el que propició

---

<sup>80</sup> Ramírez Jaramillo, **Op. Cit.**, Pág.112

<sup>81</sup> Jauchen, Eduardo M. **Derechos del imputado**, Pág. 205



todas las circunstancias que terminaron siendo la causa determinante de la declaración de la persona investigada.

Frente a esta situación, si se argumentara que las preguntas que le formula el agente a la persona investigada no constituyen un interrogatorio formal art. 86 del Código Procesal Penal, y que por ello no le son aplicables las reglas del mismo, se contestaría que de todas maneras son preguntas tendientes a buscar y recaudar pruebas, a las que se le debe aplicar las reglas propias de los actos de indagación procesal.

Al respecto plantea Guariglia que, “como señala la dogmática procesal penal alemana, el único proceso comunicativo entre un órgano procesal y un particular que la StPO admite, y regula, es el interrogatorio y éste es, por definición, un proceso regido por la transparencia: ‘el derecho procesal penal clásico no conoce casos de interrogatorios encubiertos’”.<sup>82</sup>

#### **4.2.3 La información adquirida por el agente encubierto a través de la conversación espontánea de la persona investigada**

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

---

<sup>82</sup> Guariglia, **El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?** Sitio:<http://www.cienciaspenales.org> Pág. 220

sido instruido de sus derechos”.<sup>83</sup> Sin embargo, es deber del investigador poner al tanto de sus derechos fundamentales a todo ciudadano y procurar que el relato continúe en presencia de su defensor.

Ahora bien, hay que tener en claro que existen diferencias sustanciales en cuanto a la información dada por la persona investigada sin que medie una pregunta capciosa por parte del agente encubierto. En primer lugar, cuando ha existido una declaración espontánea previa a que la persona investigada haya sido indiciada o imputada, y aun en estas circunstancias el agente encubierto continua infiltrado en el ámbito privado de quien resulta sospechoso de un delito, no se puede tomar dicha declaración como un medio de prueba. Por otro lado, cuando el agente encubierto es receptor de esa confesión inesperada, obligadamente tendría que encontrar los mecanismos para evitar vulnerar el derecho de ser advertida la persona investigada de no autoincriminarse. Sobre todo, sin contar con la presencia de un abogado, como principio garantista.

De lo anteriormente expuesto, se puede sustraer que independientemente de que existen obstáculos procesales para que no se lleve a cabo la confesión espontánea, por otro lado, ciertas leyes especiales propician a que por mediación de la figura del agente encubierto se vulneren estos obstáculos que protegen derechos fundamentales de todas las personas sea cual sea su situación jurídica.

Debe entenderse que “los métodos prohibidos para obtener una confesión o una declaración del investigado no se limitan a los medios de coacción física o psicológica, sino que comprenden también métodos engañosos, fraudulentos o capciosos, pues

---

<sup>83</sup>Roxin, **Op. Cit.**, Pág. 144



tanto los unos como los otros son aptos para doblegar la voluntad de la persona investigada”<sup>84</sup>.

Se debe tener en cuenta que cuando la declaración o confesión de la persona se obtiene mediante “la utilización de astucia, disfraz, o cualquier forma de engaño afectan de forma directa al contenido esencial del derecho de defensa y, desde luego, son expresión de una forma de actuar impropia e incompatible con los postulados de un Estado de Derecho.”<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Jauchen, Eduardo M. **Derechos del imputado**, Pág. 205

<sup>85</sup> López Baraja de Quiroga, **Op. Cit.**, Pág. 527



## CONCLUSIÓN DIRCURSIVA

La historia de Guatemala no ha sido ajena a la actividad de agentes encubiertos, principalmente en la época de las dictaduras, durante esa época a los policías secretos conocidos como orejas, o espías, se encontraban por todas partes; La población la comparaban con la policía secreta de la Alemania nazi.

La figura del agente encubierto en Guatemala, se consagro en la legislación guatemalteca en el año 2006, aunque la misma ha sido utilizada desde hace mucho tiempo atrás sin un sustento legal. Ya que si bien es deber del Estado, brindar seguridad e impartir justicia para prevenir delitos brindando las garantías fundamentales a la población, por lo que es inevitable, tolerar, estimular o admitir actos de incitación o provocación al delito.

En Guatemala aún no existe una jurisprudencia reiterada sobre la figura del agente encubierto. En la mayoría de países que emplean estos métodos especiales de investigación se exime de responsabilidad penal al agente encubierto, siempre que su aplicación resulte ineludiblemente necesaria, racional y proporcionada.

Por esa razón, se trata de impulsar estas nuevas técnicas de investigación, análisis y la adquisición de nueva tecnología para el combate y la prevención de la delincuencia organizada.

Es por ello que los cuestionamientos que se han hecho hacia la figura del agente encubierto, hace que, pensar que el Estado no pueda ser participe en delitos bajo ningún concepto.





## BIBLIOGRAFÍA

- ANARTE BORRALLO, Enrique y Juan Carlos Ferré Olive, **Conjeturas sobre la criminalidad organizada**, en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Universidad de Huelva. Ed. Huelva, 1999.
- ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. **Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado**. Consejo de la Judicatura Federal. Poder Judicial de la Federación. Universidad Nacional Autónoma de México. Senado de la República. LVI Legislatura. México, s.e. 1997
- ARCINIÉGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. **Policía judicial y sistema acusatorio 3ª. e.d** Ed. Nueva Jurídica. Bogotá: 2007
- BUNGE CAMPOS, Luis Ma. **Delatores, informantes y casos análogos**, *Nueva Doctrina Penal*. Volumen: 1999/B.
- CABEZUDO BAJO, María José. **La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal**. Ed. Iustel. Madrid: 2004
- CAFFERATA NORES, José. **La prueba en el proceso penal**. Depalma Editores. Buenos Aires: 1998
- CANO LÓPEZ, Miluska Giovanna. **El crimen organizado**. Sitio: [http://www.teleley.com/articulos/art\\_150708-3m.pdf](http://www.teleley.com/articulos/art_150708-3m.pdf) , consultado el 5-03-2015
- CASSANI, Belén. **Agentes encubiertos e informantes como medios de prueba contra el crimen organizado. Un análisis desde la jurisprudencia de derechos humanos**, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, s.e. Buenos Aires: 2005
- DEL POZO PÉREZ, Marta. **El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española**, Volumen 6. Santiago de Cali, Cali, Colombia, (s.f.)
- DELGADO, Martín Joaquín. **El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto**, (s.e.) Barcelona: 2001
- DENCKER, Friedrich. **Criminalidad organizada y procedimiento penal**, Vol.: 1998/B. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1999,
- DEVIS ECHANDIA, Hernán. **Pruebas judiciales. Compendio de derecho procesal. Tomo II**. E.d. ABC. Bogotá: 1977
- DONINI, Massimo. **Método democrático e método científico del raporto fra diritto penales e política**, en *Rivista Italiana de Diritto e Procedura penale*. Giuffré. Milán. Año XLIV: 2001.



- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Ed. Trotta. Madrid, 1995
- FOFFANI, Luigi. **Criminalidad organizada y criminalidad económica**, en *Revista Penal*. Sevilla, 1999 [www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/98/93](http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/98/93), consultado el 8-03-2015
- FOUCAULT, Michael. **La verdad y las formas jurídicas**. Ed. Gedisa. Barcelona: 2003
- GIMENO SENDRA, Vicente. **Introducción al derecho procesal**. 8ª. ed. S.A. Colex Editorial Constitución y Leyes. Buenos Aires: 2013
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David y E. Alejandro Santoyo Castro. **Crimen organizado. Realidad jurídica y herramientas de investigación**. Editorial Porrúa. México: 2010
- GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo E. **La policía judicial en el sistema penal acusatorio**. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá: 2007
- GRANADOS PÉREZ, Carlos. **Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado: agente encubierto, entrega vigilada, el arrepentido, protección de testigos, posición de la jurisprudencia**, número 2, Consejo General del Poder Judicial. Madrid: 2001
- GUARIGLIA, **El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?** Sitio: <http://www.cienciaspenales.org>
- GUERRERO PERALTA, Óscar J. **Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal**. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá: 2007
- HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Ad- Hoc. Buenos Aires: 1998
- HEFENDEHL, Roland. **¿La criminalidad organizada como fundamento de un derecho penal de enemigo o de autor?**, Universidad Externado de Colombia. Volumen 25, número 75 (enero-junio) 2004
- INCHAUSTI, Gascón. **Infiltración**, pág. 193 citado por RIQUELME, Eduardo. **El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo**, en *Polit. crim. No. 2, A2*, 2006 (s.l.i.)
- JAUCHEN, Eduardo M. **Derechos del imputado**. Rubinzal-Calzoni Editores. Santa Fe de Bogotá, Bogotá: 2005
- KAPLAN, Marcos. **Aspectos sociopolíticos del narcotráfico**. INACIPE. México: 1992
- LAMARRE, Flavia. **Agentes encubiertos y criminalidad organizada: derecho y demagogia**, en *Lecciones y Ensayos*, nro. 88, 2010
- LÓPEZ BARAJA DE QUIROGA, Jacobo. **Tratado de derecho procesal penal**. Editorial Aranzadi S.A. Cizur Menor, Navarra: 2004



- LÓPEZ BARAJA DE QUIROGA, Jacobo. **Tratado de derecho procesal penal**. Editorial Aranzadi S.A. Cizur Menor, Navarra: 2004
- MAIER, Julio B. J. **Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica** (s.l.i.)
- MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal T II: sujetos procesales**. Editores del Puerto. Buenos Aires: 2003
- MARTÍNEZ Y MARTINEZ, Ricard. **Tecnologías de la información, policía y constitución**. Tirant lo Blanch. Valencia: 2001
- MIRANDA Estampres, Manuel. **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal**. Ed. Bosch. Barcelona: 2004
- MONTOYA, Mario D. **La institución del agente encubierto**. Ed. Ariel. Madrid: 2003
- MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. **El agente provocador**. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia: 1995
- ORSI, Omar Gabriel. **Sistema penal y crimen organizado: estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto**. 1ª. ed. Editores del Puerto. Buenos Aires: 2007
- RAMÍREZ JARAMILLO, Andrés D. **El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación**, Colombia: 2010 (s.e)
- RIFÁ SOLER, J. M., GONZÁLEZ RICHARD, M.; RIAÑO Brun, I. **Derecho procesal penal**. Pamplona: 2006 (s.e.)
- RIQUELME PORTILLA, Eduardo. **“El agente encubierto en la ley de drogas: la lucha contra la droga en la sociedad de riesgo”**, S.L. Año 2, número 2, 2006, págs. 6-7  
Sitio: [http://www.politicariminal.cl/h\\_2\\_2pdf](http://www.politicariminal.cl/h_2_2pdf)
- ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Trad. Carmen Gómez Rivero y Ma. Del Carmen García Cantizano. Tirant Lo Blanch. Valencia: 2000
- RUIZ ANTÓN, Luis F. **El agente provocador en el derecho penal**, Ed. Edersa. Madrid: 1982 (s.e.)
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan O. **Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada en el sistema penal: el caso colombiano, El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?** Sitio: <http://www.cienciasspenales.org>
- STRENSEE, Eberhard. **La prueba prohibida; No. 3-4** Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. Guatemala: 1993
- TORRES, Carlos. **Agente encubierto**, Volumen: 0. Buenos Aires, 1998, (s.e.)



YACOBUCCI, Guillermo. **El Derecho penal frente al crimen organizado. Política criminal y delincuencia organizada**, 1ª. ed. Editorial Ábaco, Buenos Aires: 2005

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana**, Revista de Derecho Penal, número 6. Editorial Layer. Bogotá: 1998

## **Legislación**

**Constitución Política de la República de Guatemala**, Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

**Convención Americana de Derechos Humanos**, Pacto de San José de Costa Rica, 1978.

**Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional 2000**.

**Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**, suscrita por Guatemala, el 12 de Diciembre de 2000.

**Declaración Universal de Derechos Humanos**, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948

**Código Penal**, Congreso de la República de Guatemala. Decreto 17-73.

**Código Procesal Penal**, Congreso de la República de Guatemala. Decreto 51-92, 1992.

**Ley del Organismo Judicial**, Congreso de la República de Guatemala. Decreto 2-89, 1989.

**Ley Orgánica del Ministerio Público**, Congreso de la República de Guatemala. Decreto 40-94, 1994.



**Ley Contra la Delincuencia Organizada**, Congreso de la República de Guatemala.  
Decreto 21-2006, 2006.

**Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal**, Decreto 17-2009

**Reglamento para la Aplicación de Métodos Especiales de Investigación.**  
Presidente de la República de Guatemala. Acuerdo gubernativo 158-2008

**Reglamento para la Aplicación del Método Especial de Investigación de Operaciones Encubiertas.** Ministerio de Gobernación. Acuerdo Gubernativo no. 189-2007