





UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

**LA APLICACIÓN DE MÉTODOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN, EN EL DELITO  
DE TRATA DE PERSONAS EN EL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA**

**TESIS DOCTORAL**

Presentada a la Dirección del Doctorado  
en Ciencias Penales,

de la

Escuela de Estudios de Posgrado

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**Msc. MIGUEL ANGEL OSORIO DEL CID**

TUTOR

**DR. LUIS FERNANDO MÉRIDA CALDERÓN**

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**DOCTOR EN CIENCIAS PENALES**

Guatemala, Febrero de 2016



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

DECANO:	MSc. Avidán Ortíz Orellana
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	M.A. 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

**CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

DECANO:	M.A. Avidán Ortíz Orellana
DIRECTOR:	MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL:	Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL:	MSc. Ronaldo Porta España

**TRIBUNAL ANTE EL QUE SE DEFENDERÁ  
LA TESIS DOCTORAL**

PRESIDENTE:	Dr. Rodrigo Enrique Franco López
SECRETARIO:	Dr. José Francisco Peláez Córdón
VOCAL:	Dr. Vicente Arranz Castillero

**Razón:** “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de estudios de posgrado).





**USAC**  
TRICENTENARIA  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**POSGRADOS INTERNACIONALES**

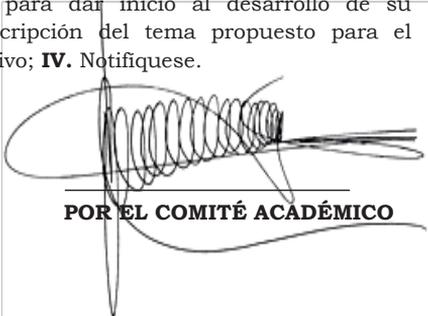
Escuela de Estudios de Posgrados  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**Do. Miguel Angel Osorio del Cid**  
**Doctorado en Ciencias Penales**

**Referencia:** Proyecto Tesis Doctoral y  
Nombramiento de Tutor. Tema: "**LA  
APLICACIÓN DE MÉTODOS ESPECIALES DE  
INVESTIGACIÓN, EN EL DELITO DE TRATA  
DE PERSONAS EN EL DEPARTAMENTO DE  
GUATEMALA**"

Guatemala, diez de diciembre de dos mil trece.-----

Visto el peticitorio instado por el **Doctorando Miguel Angel Osorio del Cid**, en relación al proyecto de tesis doctoral y designación de tutor, el Comité Académico en uso de las atribuciones contenidas en el Manual Específico para la Elaboración de Tesis Doctoral del Programa de Doctorado en Ciencias Penales. **ACUERDA: I) Autorizar el proyecto de tesis** doctoral intitulado: "**LA APLICACIÓN DE MÉTODOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN, EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA**". Propuesto por el **Doctorando: Miguel Angel Osorio del Cid**, debiendo tenerse en cuenta los plazos establecidos para su tramitación y lectura de las disposiciones vigentes y las normas reglamentarias. **II) Nombra como tutor de tesis a: Dr. Luis Fernando Mérida Calderón (Guatemala)**, con quien deberá avocarse inmediatamente para dar inicio al desarrollo de su investigación doctoral; **III) Se ordena la inscripción del tema propuesto para el desarrollo de la tesis doctoral en el libro respectivo; IV. Notifíquese.**

  
**POR EL COMITÉ ACADÉMICO**





**USAC**  
TRICENTENARIA  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**POSGRADOS INTERNACIONALES**

Escuela de Estudios de Posgrados  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**REF. NOMBRAMIENTO DE TUTOR DE TESIS DOCTORAL**

Guatemala, 07 de enero de 2014.

**Doctor**

**Luis Fernando Mérida Calderón**

**TUTOR**

**Doctorado en Ciencias Penales**

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

De manera atenta me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que esta Coordinación, en uso de las facultades que le confiere el Manual Específico para la Elaboración de la Tesis Doctoral dentro del Programa de **Doctorado en Ciencias Penales**, lo **NOMBRA TUTOR DE TESIS DOCTORAL**, del doctorando:

**Do. Miguel Angel Osorio del Cid Carne: 100019725**

Cuyo punto de tesis doctoral es:

**"LA APLICACIÓN DE MÉTODOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN, EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA".**

Para los efectos del desarrollo del proceso de revisión, el interesado deberá contactarse con usted por la vía del correo electrónico o bien mediante el programa de citas presenciales el cual deberá ser autorizado por su persona.

En representación de nuestra casa de estudios y de nuestro programa de doctorado en particular, agradezco a usted la gentileza de su esfuerzo en cooperar con este proceso cuyo propósito va dirigido a fortalecer la formación profesional y la investigación, para obtener que los profesionales que lo cursan, puedan encarar los retos y desafíos que supone la realidad en que vivimos.

Agradeciendo la atención que se sirva prestar a la presente comunicación, me suscribo como su atento servidor.

**"ID Y ENSEÑADA A TODOS"**

**POR COMITÉ ACADÉMICO**

Doctorado en Ciencias Penales  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala





**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Guatemala, 21 de abril de 2015.

REF: **DICTAMEN DE TUTOR DE TESIS DOCTORAL**

Señor Dr. César Landelino Franco López  
Coordinador  
Doctorado en Ciencias Penales  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

De conformidad con el nombramiento emitido por el Comité Académico del Doctorado en Ciencias Penales, en el que se nombra al suscrito como Tutor del trabajo de Tesis Doctoral presentado por el Doctorando Máster MIGUEL ANGEL OSORIO DEL CID, me permito rendir el presente:

**DICTAMEN:**

**DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN EN CONCRETO Y SU IMPORTANCIA:**

El tema escogido por el aspirante para desarrollar su investigación de Tesis doctoral titulado "LA APLICACIÓN DE METODOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN, EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA, es de significativa importancia y actualidad para el Derecho procesal penal.

Las nuevas formas de organizaciones delincuenciales en el mundo, han llevado al Derecho a buscar nuevas formas para poder enfrentarlas y en esa forma poder contrarrestar la actividad de las mismas, a través de métodos especiales de investigación aún en detrimento de derechos y garantías a particulares, de ahí la gran importancia del tema desarrollado.

El tema se debate entre un derecho penal garantista y un derecho penal del Enemigo, que a su vez se aplica únicamente al este tipo de organizaciones denominadas del "Crimen Organizado", vedándose su aplicación al individuo que se pone al margen de la ley penal y que se encuentra fuera de este tipo de organización.

### **DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA PARA EL DESARROLLO DE LA TESIS:**

El desarrollo del trabajo desde el punto de vista metodológico aportó un diseño coherente, con un problema científico correctamente elaborado del que se desprende la hipótesis de trabajo, que marcó el curso de la investigación, a través de la concreción de los objetivos y la estructura de los capítulos, logrando la demostración de la hipótesis con la utilización de métodos de investigación teórica como el de análisis, síntesis, la inducción, la deducción, el histórico lógico, el exegético y el comparado, lo que fue posible también por la acuciosa revisión bibliográfica realizada.

### **DE LO RELACIONADO AL INTERÉS QUE GENERA EL TRABAJO DE TESIS EN LOS ÁMBITOS NACIONAL E INTERNACIONAL**

La investigación posee un indudable interés en el ámbito nacional dada la trascendencia que para un sistema de administración de justicia de corte acusatorio, representa el diseño de los mecanismos que informan este tipo de procedimiento y, que aplica medios especiales de investigación, ya que ningún Estado está en la posibilidad de enfrentarlo si no a través de violentar ciertos derechos y garantías a efecto de hacer eficaz la investigación y lograr las sentencias condenatorias.

Desde el punto de vista internacional no son pocos los pronunciamientos de la comunidad internacional y de los órganos de justicia, que día a día acrecientan, métodos especiales de investigación para enfrentar las modalidades de delinquir como lo es el delito de Trata de Personas.

### **DEL ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA QUE SE INVESTIGA CON EL DESARROLLO DE LA TESIS DOCTORAL**

La tesis se trazó un problema esencial como es la aplicación de métodos especiales de investigación en el delito de trata de personas en el departamento de Guatemala, buscando la justificación de los mismos, para ello era imprescindible un repaso a los fundamentos doctrinales que sustenta el andamiaje teórico de la investigación en sí donde se han vertido muchos criterios y el aspirante requirió de un esfuerzo mayor para su desarrollo y solución de problema partiendo de una realidad concreta como es la

guatemalteca, lo que logra finalmente, con la toma de postura en cada aspecto, ese es uno de los méritos de la investigación.

**DE LA CONTRIBUCIÓN SOCIAL QUE SIGNIFICA EL TRABAJO DE TESIS DOCTORAL PRESENTADO POR EL SUSTENTANTE EN EL ENTORNO DEL TEMA Y LAS INSTITUCIONES ABORDADAS CON EL MISMO:**

El trabajo tiene méritos propios en su desarrollo que le permiten sistematizar las corrientes doctrinales más avanzadas en la materia objeto de estudio, a saber "como un método especial de investigación en el delito de trata de personas, puede ayudar a combatir la impunidad, logrando integrar la prueba, para conseguir condenas en este tipo de hechos, permitiendo desvirtuar la presunción de inocencia, que es el "escudo protector" que tienen los ciudadanos frente al derecho de castigar del Estado.

Para ello, requirió del análisis de una extensa bibliografía, lo que unido a su experiencia práctica de abogado litigante, le permitieron tener una visión holística del fenómeno y analizarlo con objetividad.

Las conclusiones que se presentan son abarcadoras del problema estudiado y las recomendaciones están correctamente elaboradas por lo que son útiles y viables en la comprensión y análisis de la institución estudiada y un valioso aporte bibliográfico que puede servir de base a estudios futuros.

Todo lo anteriormente expuesto, razonado y analizado, me conduce a considerar que el trabajo de tesis doctoral presentado por el postulante, además de cumplir con todas las exigencias que impone la legislación universitaria y desarrollarse conforme el marco metodológico adecuado, constituye un esfuerzo de investigación importante y propio del cuarto nivel de educación superior, por lo cual estimo que el mismo debe continuar su trámite como lo ordena la ley, con mi DICTAMEN FAVORABLE.

"DID Y ENSEÑAD A TODOS"

Dr. Luis Fernando Mérida Calderón  
Colegiado 4396  
TUTOR DE TESIS DOCTORAL





## **POSGRADOS INTERNACIONALES**

Escuela de Estudios de Posgrados  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

### **REF. NOMBRAMIENTO DE REVISOR DE TESIS DOCTORAL**

Guatemala, 29 de abril 2015.

Doctor  
Joaquín Medina Bermejo  
NOMBRAMIENTO REVISOR  
Doctorado en Ciencias Penales  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

De manera atenta me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que esta Coordinación, en uso de las facultades que le confiere el Manual Específico para la Elaboración de la Tesis Doctoral dentro del Programa de **Doctorado en Ciencias Penales**, lo **NOMBRA REVISOR DE TESIS DOCTORAL**, del doctorando:

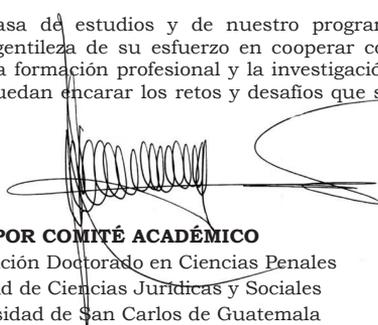
**Do. Miguel Angel Osorio del Cid Carne: 100019723**

Cuyo punto de tesis doctoral es:

**"LA APLICACIÓN DE MÉTODOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN, EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA".**

Para los efectos del desarrollo del proceso de revisión, el interesado deberá contactarse con usted por la vía del correo electrónico o bien mediante el programa de citas presenciales el cual deberá ser autorizado por su persona.

En representación de nuestra casa de estudios y de nuestro programa de doctorado en particular, agradezco a usted la gentileza de su esfuerzo en cooperar con este proceso cuyo propósito va dirigido a fortalecer la formación profesional y la investigación, para obtener que los profesionales que lo cursan, puedan encarar los retos y desafíos que supone la realidad en que vivimos.



**POR COMITÉ ACADÉMICO**

Coordinación Doctorado en Ciencias Penales  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala





Guatemala, 03 de junio de 2015.

**REF: DICTAMEN DE REVISOR DE TESIS DOCTORAL**

Doctor César Landelino Franco López, PhD.  
Coordinador Doctorado en Ciencias Penales  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

De conformidad con el nombramiento emitido por el Comité Académico del Doctorado en Ciencias Penales, en el que se me nombra como REVISOR del trabajo doctoral presentado por el maestro **MIGUEL ANGEL OSORIO DEL CID**, me permito rendir el presente:

**DICTAMEN:**

**1. DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN Y SU IMPORTANCIA:**

El tema elegido por el aspirante para desarrollar su investigación de doctoral, titulado ***“LA APLICACIÓN DE MÉTODOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN, EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA***, es de significativa relevancia para el sistema de aplicación de justicia procesal penal en todo el mundo y, en forma específica en Guatemala; nación que forma parte del concierto de naciones que no puede ser la excepción.

En esta época de permanente desarrollo tecnológico y mediático, no puede ocultarse la realidad existente relacionada con el crimen organizado, que se ha adelantado en numerosas naciones a las formas de enfrentarlo, por lo que como se advierte en toda la investigación, se evidencia la dificultad de contrarrestar la actividad de las bandas organizadas, que incluso se han incrustado en sectores que antes se consideraba imposibles de permear, y por ello, el tema abordado, junto a lo que implica, como lo es la implementación de métodos especiales de investigación, siempre velando que el

régimen garantista permanezca en beneficio de la generalidad, no puede permanecer oculto o invisibilizarse, por lo que quizá sea esa la importancia en la que radica el tema propuesto como tesis doctoral, que, además, describe el resurgimiento del crimen organizado, que conforme lo logra establecer el ponente, opera con una estructura piramidal con jerarquía y líneas de mando bien definidas, que permiten mantener su *modus operandi* dentro de un innegable vacío de poder otorgado por el Estado que no tiene capacidad para frenar sus acciones delincuenciales.

El tema de debate, en todo caso, radica no sólo en el resurgimiento del derecho penal del enemigo que encuadra al crimen organizado desde los Sicilianos, la Cosa Nostra, los Carteles, las Pandillas y Clicas, así como a los grupos de terroristas y secuestradores, sino en la necesidad de sostener el sistema garantista que fundamenta el proceso penal guatemalteco, y que impide el uso y abuso de mecanismos y técnicas propias para la captura de quienes integran estas renovadas organizaciones criminales.

## **2. DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA PARA EL DESARROLLO DE LA TESIS:**

El trabajo de investigación doctoral resulta ser un práctico manual que en sus cinco capítulos describe lo relacionado con el crimen organizado, la trata de personas y los métodos especiales de investigación que se emplean para la captura de los delincuentes de las organizaciones de *añejo cuño*, pero que se han renovado constantemente.

Su investigación de carácter descriptivo-analítica permite establecer las características y propiedades más significativas de la trata de personas como parte del crimen organizado y orienta su observación hacia los tres métodos de investigación especiales que se emplean conforme las leyes locales e internacionales, develando la existencia de paraísos fiscales, el contrabando de armas, drogas y órganos.

Su relato secuencial y organizado de carácter descriptivo recurre al método analítico y proyecta con técnicas documentales la observación plena del problema de la trata de personas y de los métodos de investigación específicos que no dejan de ser

inoperantes por la pérdida del garantismo, del cual están investidas las normas procesales guatemaltecas. Con su análisis, principalmente de carácter histórico, y su trabajo bibliográfico, logra darle mayor valor a sus objetivos, como al contenido de su investigación teórica.

### **3. DEL INTERÉS QUE GENERA EL TRABAJO DE TESIS EN LOS ÁMBITOS NACIONAL E INTERNACIONAL**

Por tratarse de una investigación descriptivo-analítica muestra un ineludible interés en el ámbito nacional e internacional, puesto que aborda un tema muy importante, que está afectando a todas las naciones del mundo, muchas de las cuales son países de origen, tránsito o de destino.

En el caso de Guatemala, la trata de personas, es vista desde los tres ángulos puesto que a este territorio centroamericano arriban personas provenientes de otras naciones en donde son empleadas para trabajos que vulneran su dignidad humana como la prostitución, esto mientras logran avanzar a México, en donde igualmente sirven con las mismas condiciones hasta poder llegar a Estados Unidos, su destino final, muchas veces su destino fatal.

Pero además de recibir personas de otras naciones y ser por lo tanto una nación de tránsito, del mismo corazón de Guatemala, como lo evidencia la investigación doctoral, surgen centenares de ciudadanos guatemaltecos, que buscan trasladarse hacia el norte, convirtiéndose Guatemala en una nación de origen, y como si ello no fuera poco, del interior de los departamentos del país, no pocas personas, principalmente mujeres y niños buscan oportunidades en sectores más desarrollados, en donde se les explota y abusa, por lo que igualmente se convierte en un país destino, agregando a este último elemento, la permanencia en territorio nacional de ciudadanos orientales y asiáticos (árabes, chinos, coreanos) y de naciones más cercanas como los provenientes de El Salvador, Honduras, Nicaragua y Colombia entre otros, que ven



mejores oportunidades en este país que en el suyo, pero que poco tiempo toman para alcanzar el desencanto que provoca ser explotados sexual o laboralmente.

Este tema, al igual que sus aristas, es de vital trascendencia local e internacional, por lo que efectivamente, como lo evidencia el investigador, requiere de métodos, técnicas y mecanismos de investigación especiales para su combate y reducción, sin embargo, la disyuntiva que igualmente se muestra, es que estas formas de investigación generalmente vulneran los derechos humanos y, por lo tanto, no son considerados los más óptimos e ideales para su empleo, aunque las cifras de mujeres y menores empleados en la prostitución, el tráfico de órganos, matrimonios y adopciones ilegales, y pornografía infantil, son muy altas y claman por un sistema de protección jurídico fuerte que proteja a los sectores más vulnerables.

#### **4. DEL ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA QUE SE INVESTIGA CON EL DESARROLLO DE LA TESIS DOCTORAL**



El contenido del trabajo de investigación es fruto innegable de un planteamiento y una visión integral que niega la posibilidad de no abordar en forma integral la trata de personas y sus métodos especiales de investigación, o incluso de sustituir estos últimos mediante procedimientos garantistas que permitían la efectiva persecución del crimen organizado especializado en la trata de personas, por lo que entre sus propuestas figuran: el mapeo de las rutas de operación del crimen organizado ligado al tráfico ilegal de personas, la implementación de políticas de protección a la migración, y una mejora sustentable de las garantías sociales y laborales, para que no exista motivos que generen que una persona se preste a los intereses de estas bandas criminales.

**5. DE LA CONTRIBUCIÓN SOCIAL QUE SIGNIFICA EL TRABAJO DE TESIS DOCTORAL PRESENTADO POR EL SUSTENTANTE EN EL ENTORNO DEL TEMA Y LAS INSTITUCIONES ABORDADAS CON EL MISMO:**

El trabajo de mérito igualmente advierte del peligro de dejar en manos de una persona, fiscal o juez, la determinación de usar e incluso abusar de los métodos especiales de investigación para frenar la trata de personas, puesto que ello provoca la automática autorización de incurrir en delitos por parte de los agentes encubiertos o el abuso en la interceptación de comunicaciones, pero acompaña su análisis con argumentos que orientan a resolver esos vacíos y debilidades para abordar con mayor determinación el delito de trata de personas y métodos garantistas de investigación criminal que no perjudiquen la intimidad de las personas y que siendo empleadas como recursos excepcionales impidan poner en riesgo el destruir la presunción de inocencia de quienes estén involucrados comprobadamente en este tipo de delitos que el Estado debe castigar con drasticidad.

De lo anterior, debe deducirse que el trabajo de tesis doctoral presentado por el postulante, además de cumplir con las exigencias que impone la legislación universitaria y desarrollarse conforme el marco metodológico señalado, constituye un esfuerzo de investigación importante, por lo cual estimo, con mi **DICTAMEN FAVORABLE**, que el mismo debe continuar su trámite, como lo ordena la ley.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



JOAQUÍN MEDINA BERMEJO

**REVISOR**





**USAC**  
TRICENTENARIA  
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO  
COORDINACIÓN POSGRADOS INTERNACIONALES  
Guatemala, C.A

Guatemala, 9 de julio de 2015.

Doctor:  
César Landelino Franco López  
Director del Programa de Posgrados Internacionales  
Doctorado en Ciencias Penales

Distinguido doctor Franco López:

Con base, en el Artículo 63 literales a), b) y c) del Estatuto de la Universidad de San Carlos de Guatemala; el Reglamento del Sistema de Estudios de Postgrado, Punto Octavo, Inciso 8.2 del Acta 01-2012 del Consejo Superior Universitario; y, el Punto Quinto, Incisos 3 y 5 del Acta 07-2014 de sesión celebrada por el Consejo Superior Universitario, el día miércoles 9 de abril de 2014. Asimismo, lo establecido en el Reglamento general para elaboración de tesis de doctorado y maestrías, del Sistema de Posgrados Internacionales.

Le informo que el maestro: **MIGUEL ANGEL OSORIO DEL CID**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **LA APLICACIÓN DE MÉTODOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN, EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA.**

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica, que llene las exigencias de la técnica jurídica y los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea, para el conocimiento.

Dicho trabajo, presenta todas las partes requeridas en los instrumentos legales supra anotados, según lo establece el Sistema de Posgrados Internacionales. De esta forma, el sustentante, ha referido las fuentes bibliográficas consultadas, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO  
COORDINACIÓN POSGRADOS INTERNACIONALES  
Guatemala, C.A

La metodología, técnicas y doctrinas que el sustentante y su tutor, presentaron fueron respetadas en su totalidad y, ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento.

De esta manera, se procedió con la revisión y corrección, exclusivamente en lo que corresponde a la ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular guarde los requerimientos mínimos solicitados; con ello, se adecuó la diagramación y cotejó las referencias del índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria, las conclusiones y recomendaciones pertinentes, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: DICTAMEN FAVORABLE, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'W. López Morataya', written over a horizontal line.

Dr. William Enrique López Morataya  
Revisor de Redacción y Estilo



**USAC**  
TRICENTENARIA  
Universidad de San Carlos de Guatemala

## **POSGRADOS INTERNACIONALES**

Escuela de Estudios de Posgrados  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**REF.** RESOLUCIÓN COORDINACIÓN DEL DOCTORADO ORDENANDO IMPRESIÓN DE TESIS DOCTORAL DEL DOCTORADO EN CIENCIAS PENALES

**COORDINACIÓN PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS PENALES.** Guatemala, diecisiete de septiembre de 2015. Se tiene a la vista para resolver la solicitud de orden de impresión de tesis doctoral, presentada por el doctorando:

**Do. Miguel Angel Osorio del Cid Carné: 100019723**

Y

**CONSIDERANDO:** Que el trabajo de tesis doctoral intitulado:

**"LA APLICACIÓN DE MÉTODOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN, EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA".**

Ha cumplido con los requisitos establecidos en el Manual Especifico para la Elaboración de la Tesis Doctoral y en el Instructivo para la Elaboración de la Tesis Doctoral, además de presentar los dictámenes suscritos por el Tutor y el Revisor de la tesis doctoral;

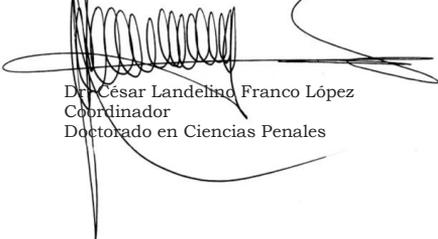
**CONSIDERANDO:** Que es competencia de la coordinación del Doctorado, pronunciarse en relación a la solicitud, sobre la **ORDEN DE IMPRESIÓN DE LA TESIS DOCTORAL**, es procedente resolver conforme la ley;

**POR TANTO:** La coordinación del Doctorado en Ciencias Penales, con base en las facultades que le confiere el Manual Especifico para la Elaboración de la Tesis Doctoral,

**RESUELVE:** I) Ordenar la impresión de la Tesis Doctoral intitulada:

**"LA APLICACIÓN DE MÉTODOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN, EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA".**

II) El Interesado deberá cumplir con la impresión del número de ejemplares que exige la normativa correspondiente y entregarlo a la coordinación, previo a solicitar se le señale día y hora para el acto de defensa de tesis doctoral; **III) Notifíquese.**

  
Dr. César Landelino Franco López  
Coordinador  
Doctorado en Ciencias Penales





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Gracias por darme la vida, protegerme y bendecirme.
- A MI ESPOSA:** María Alejandra Franco Marchena, mi luz, mi fuerza, mi fortaleza, amor de mi vida, por ti y para ti.
- A MI MADRE** Esperanza del Cid de Osorio, tu ejemplo de lucha y superación me inspira, pilar y base de esta familia, eternamente agradecido por todo el amor que nos das.
- A MI PADRE:** Ronald Armando Osorio, día con día has demostrado con tu ejemplo lo que es la responsabilidad, gracias por tu protección, consejos y motivación.
- A MIS HERMANOS:** Bryan Alejandro, mi ángel que desde el cielo me muestras el buen camino. Nando, mi hermano mayor a quien siempre quise imitar por ser una persona correcta, además por dar vida a Lisa Camila, mi sobrina que nos llena de alegría los días.
- A LA UNIVERSIDAD:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, gracias por la formación profesional.





## ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

### CAPÍTULO I

1. La criminalidad organizada como fenómeno trasnacional.....	1
1.1. Antecedentes del crimen organizado.....	7
1.2. El crimen organizado en la actualidad.....	9
1.3. Delitos asociados al crimen organizado.....	13
1.4. Instrumentos internacionales contra el crimen organizado.....	19
1.5. Instrumentos internacionales contra la trata de personas como delito vinculado al crimen organizado.....	20
1.5.1. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos.....	21
1.5.2. Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes.....	22
1.5.3. Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas.....	24
1.5.4. Leyes modelo de Naciones Unidas contra el tráfico y la trata de personas.....	25

### CAPÍTULO II

2. La trata de personas como delito no convencional vinculado al crimen organizado.....	29
2.1. La trata de personas como delito trasnacional.....	29
2.2. Crimen organizado y trata de personas.....	31
2.3. Instrumentos latinoamericanos contra la trata de personas.....	34
2.4. La trata de personas y el tráfico ilegal de personas.....	37
2.5. La trata de niños, adolescentes y mujeres.....	47
2.6. Particularidades de la trata de mujeres.....	63
2.7. Indicadores criminológicos de trata de personas en el mundo.....	70



### CAPÍTULO III

3. Tratamiento jurídico penal y criminológico a la trata de personas en Guatemala .....	81
3.1. Situación social y jurídica de incidencia en la trata de personas .....	81
3.2. Análisis del delito de trata de personas en la legislación penal vigente en Guatemala .....	98
3.3. Factores que favorecen la trata de personas en Guatemala .....	104
3.4. Consecuencias de la trata en niños, niñas, adolescentes y mujeres en Guatemala .....	111
3.5. Políticas institucionales en el enfrentamiento a la trata de personas en Guatemala .....	113

### CAPÍTULO IV

4. Los métodos especiales de investigación en la lucha contra el crimen organizado .....	127
4.1. El agente encubierto .....	128
4.1.1. Agente encubierto y figuras afines.....	131
4.1.2. Requisitos previos de actuación. Actividades a realizar y perfil criminológico del actuante .....	133
4.1.3. Límites de actuación del agente encubierto .....	138
4.2. La entrega vigilada .....	143
4.2.1. Clases de entrega vigilada .....	146
4.2.2. Requisitos de la entrega vigilada .....	149
4.3. La interceptación de las comunicaciones .....	150
4.3.1. Detención, apertura y examen de la correspondencia privada .....	152
4.3.2. Interceptación en las comunicaciones telefónicas .....	152
4.3.3. Interceptación en las comunicaciones digitales .....	156
4.3.4. Principios que informan la intervención de las comunicaciones .....	158
4.4. La colaboración eficaz .....	165
4.5. Tratamiento de estos métodos en el derecho comparado.....	170
4.5.1. Desde la doctrina, jurisprudencia y legislación española.....	170
4.5.2. Desde la doctrina, jurisprudencia y legislación alemana .....	188



4.5.3. Desde la doctrina, jurisprudencia y legislación argentina .....	
4.5.4. Jurisprudencia española del hallazgo casual y el descubrimiento inevitable .....	213

## CAPÍTULO V

5. Regulación legal de los métodos especiales de investigación en Guatemala .....	219
5.1. El agente encubierto .....	224
5.1.1. Requisitos de la solicitud de la operación encubierta .....	226
5.1.2. Requisitos de la resolución de autorización de operaciones encubiertas .....	226
5.1.3. Exención de responsabilidad penal del agente encubierto .....	228
5.2. La entrega vigilada .....	233
5.2.1. Requisitos para la realización de la entrega vigilada .....	234
5.2.2. Sobre la solicitud de la entrega vigilada .....	235
5.2.3. De la documentación de la operación y la cadena de custodia .....	236
5.3. La interceptación de las comunicaciones .....	237
5.3.1. La interceptación de las comunicaciones como prueba lícita .....	246
5.3.2. Valor probatorio de la interceptación de las comunicaciones .....	254
5.4. La colaboración eficaz.....	264
5.4.1. Regulación normativa en el Código Penal.....	264
5.4.2. De su regulación normativa en la Ley contra la Delincuencia Organizada.....	266
5.4.3. Beneficios al colaborador eficaz.....	268
5.5. Validación empírica del delito de trata de personas en Guatemala y la Utilización de los métodos especiales de investigación en la persecución penal por parte del Ministerio Público.....	271



**CONCLUSIONES**.....

**RECOMENDACIONES** .....

**BIBLIOGRAFÍA**.....



## INTRODUCCIÓN

Guatemala es considerada como el “País de la Eterna Primavera”, esa famosa denominación fue originada por sus majestuosos e imponentes bosques, que por décadas engalanaron sus paisajes. De Eterna Primavera, el país ha mutado a una “eterna explotación y trata de personas”; según el relato de las víctimas, la denominación puede impactar, o, en su caso, motivar el análisis de un flagelo actual, triste, pero totalmente real en esta sociedad. El crimen organizado, luego de perfeccionar su rango de acción en las diversas actividades ilícitas, determinó que la trata de persona es un negocio rentable, enfocando sus esfuerzos para la esclavitud sexual de niñas, niños, jóvenes, adultos. No hay discriminación, cualquier persona puede ser víctima de trata, los gustos son diversos y por esa razón la oferta y la demanda cada día son más amplias.

La trata de personas, es un flagelo de nivel mundial. Guatemala, por tener elementos de un país en vías de desarrollo; por otro lado, debido a esa condición, tarda en implementar algunas herramientas, por ejemplo en el tema tecnológico; sin embargo, cuando se hace referencia a la delincuencia organizada y, de forma específica, en la trata de personas, se utilizan las mismas prácticas poco ortodoxas, del sometimiento e ilegalidades de todo lo que está directa o indirectamente ligado al tema, tal como se hace en los países desarrollados, los modelos utilizados por los delincuentes son copiados de inmediato en este país, tanto para la captación de personas, el comercio de las mismas, medios para evitar la persecución penal y, por último, el lavado del dinero obtenido por esta industria.

Las instituciones que integran la administración de justicia, pretenden ejecutar políticas públicas creadas por personajes que carecen de ejercicio y práctica profesional en el tema; lo anterior, es con el objeto de luchar para su erradicación. Pasan los años, gobiernos y funcionarios, y la trata de personas en lugar de disminuir, se incrementa y se perfecciona, las víctimas cada vez son más y las herramientas legales disponibles para el combate no son utilizadas en su totalidad o se utilizan de forma incorrecta, tal es el caso de los métodos especiales de investigación penal, regulados en la Ley contra la



Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República Guatemala.

La gran incidencia de la trata de personas en Latinoamérica y, en particular en Guatemala, colocan a este fenómeno multicausal en un marco de prioridad en cuanto a su estudio, ya que suceden hechos notoriamente graves que requieren ser enfrentados en todos los órdenes, tanto desde el punto de vista familiar y comunitario, como desde el punto de vista institucional.

Según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Superando Barreras: Movilidad y Desarrollo Humano, respecto a Guatemala, se conoce que en el interior del país operan redes que reclutan niños, niñas y adolescentes, a quienes trasladan del área rural hacia comunidades urbanas y de una ciudad a otra, para luego venderles en centros dedicados a la explotación sexual comercial; según estudios realizados, la trata interna aproximadamente representa un 65 % del total de casos de trata de personas.

Por otra parte, según el Informe sobre Desarrollo Humano 2009, 2010: la mayor parte de la trata de personas internacional, ocurre desde Tecún Umán hacia Tapachula, México, en las áreas fronterizas en el departamento de La Libertad hacia Belice. Desde Puerto Barrios, son trasladadas a Belice o Cancún, México, así como en los departamentos de Jutiapa en la frontera con El Salvador y en Chiquimula, frontera con Honduras.

Según el informe publicado por la Oficina Pro Democracia, Derechos Humanos Trabajo, la trata constituye un problema al cual están particularmente expuestos los pueblos situados a lo largo de las fronteras nacionales. Asimismo, menciona que niños migrantes procedentes de El Salvador, Nicaragua y Honduras que no logran cruzar la frontera de Guatemala con México, con frecuencia permanecen en el país y recurren a la prostitución. También, muchas mujeres y niños son llevados a Guatemala por redes organizadas que los obligan a ejercer la prostitución.

La trata con fines sexuales, la explotación sexual comercial, el turismo sexual y la utilización en pornografía, son problemas que afectan también a niños y a adolescentes



varones. Esta problemática es tan grave, que solamente en los municipios Guatemala se han identificado 10 escenarios y 35 lugares específicos en los que está dando esta situación.

La dimensión es tal, que por cada adulto hombre que está ejerciendo la prostitución, hay por lo menos dos niños y adolescentes varones que están siendo explotados sexualmente.

En Guatemala, se ha identificado que la principal manifestación de la explotación sexual comercial de niños y adolescentes varones son las relaciones sexuales remuneradas. Las principales formas utilizadas para explotar a un niño o adolescente varón son el ofrecimiento de dinero, de comida, ropa, juguetes, etc. Además, el ofrecimiento de relaciones sexuales remuneradas matizándolo como una forma de trabajo o una forma de obtener ayuda, aunque se identifican también la utilización de engaños y amenazas.

El 70 % de los niños y adolescentes que más sufren la explotación sexual comercial, están comprendidos en el rango de edad de 14 a 17 años, un 25 % en el rango de 11 a 13 años y un 5 % a partir de los cinco a los 10 años de edad.

Los principales factores de riesgo, de que un niño o adolescente sea explotado sexualmente, incluyen: ser migrante, nacer y crecer en un contexto de prostitución adulta, vivir o trabajar en la calle, tener una adicción, ser de escasos recursos y con poco soporte familiar y tener amigos o conocidos que ya estén practicando relaciones sexuales remuneradas.

Todo este panorama de ilegalidad, necesita de un enfrentamiento eficaz, lo que no puede lograrse con la utilización de métodos tradicionales, pues dada la forma de realización de este tipo penal donde se involucran varias personas conformando redes del crimen organizado, se hace necesaria la utilización de los métodos especiales de investigación, que legaliza la Ley contra la delincuencia organizada en Guatemala, como la interceptación de las comunicaciones, la entrega vigilada y el agente encubierto.



Sobre la base de lo argumentado, y con el propósito de llevar adelante la investigación se propone el siguiente problema: ¿cuáles son los fundamentos teóricos y doctrinales que justifican la utilización de los métodos especiales de investigación criminal de la interceptación de las comunicaciones, entrega vigilada y el agente encubierto en actividades de la delincuencia organizada vinculadas al delito de trata de personas?

Como objetivo general de este trabajo, se propone demostrar la necesidad de utilizar la interceptación de las comunicaciones, la entrega vigilada y el agente encubierto como métodos especiales de investigación criminal, por la inoperancia de los métodos tradicionales de investigación que aporta la criminalística, ante la necesaria lucha eficaz contra la criminalidad organizada vinculada a la trata de personas. Asimismo, se propuso específicamente: determinar la necesidad de utilización de métodos especiales de investigación criminal, en la lucha contra la delincuencia organizada vinculada a la trata de personas ante su crecimiento insostenible en la región; demostrar que la trata de personas es un delito no convencional, asociado a la criminalidad organizada de carácter transnacional, con presencia en Guatemala; y, precisar que los métodos especiales de investigación, deben utilizarse en la lucha contra la trata de personas, sobre la base del reconocimiento de derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República de Guatemala.

Con la finalidad de ofrecer una respuesta anticipada, se ha comprobado como hipótesis, que los fundamentos teóricos doctrinales mayormente aceptados, que justifican la utilización de los métodos especiales de investigación criminal, en actividades de la delincuencia organizada relacionada con la trata de personas en Guatemala, vienen referidos a la preexistencia de requisitos legales claramente determinados por ley, en los que el interés colectivo prevalece sobre el individual, intentando lograr un equilibrio entre seguridad jurídica y seguridad ciudadana, teniendo como límites de actuación los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

Para desarrollar la investigación, se utilizaron los métodos de investigación jurídica aplicables, es decir, el método descriptivo, el analítico y jurídico social, los que facilitaron alcanzar los objetivos propuestos y validar la hipótesis planteada,



favoreciendo realizar propuestas coherentes en la lucha contra la criminalidad organizada.

Se realizó un análisis comentado del contenido de los métodos especiales de investigación criminal, que recoge la Ley contra la Delincuencia Organizada en Guatemala, para determinar cuáles podían resultar efectivos en la lucha contra la trata de personas. Para corroborar su aplicación práctica, se hizo uso de la técnica de entrevista a experto, lo que facilitó conocer el estado de la persecución penal respecto al delito de trata de personas en el departamento de Guatemala, a través de los métodos especiales de investigación criminal

El aporte fundamental de la investigación que se presenta, radica en que en ella se sistematiza, desde lo teórico y doctrinal, asimismo, la jurisprudencia más actualizada, la necesidad de enfrentar de manera eficaz el fenómeno mundial de la trata de personas como delito transnacional, a través de los métodos especiales de investigación criminal, que legaliza la Convención contra la Criminalidad Organizada Transnacional, conocida como Convención de Palermo, dejando al descubierto además, que a través de la efectiva implementación de los métodos del agente encubierto, la colaboración eficaz y la interceptación de las comunicaciones, se podrá minimizar la trata de personas en Guatemala, pues su control real depende de una clara voluntad política de los Estados, y de una más equitativa distribución de las riquezas, a partir de lo cual el hombre o la mujer, las niñas y niños, puedan en su lugar de origen alcanzar la satisfacción de sus necesidades básicas, sin que se vean obligados a emigrar en busca de subsistencia.





## CAPÍTULO I

### 1. La criminalidad organizada como fenómeno transnacional

La globalización económica neoliberal y el consecuente aumento de la pobreza, de la cada vez mayor y visible brecha entre ricos y pobres, el impacto de las nuevas tecnologías de la información, el debilitamiento de las fronteras entre Estados, la crisis de la filosofía del Estado-Nación, etc. Han favorecido en la actualidad, el desarrollo incontenible de la criminalidad organizada a nivel mundial, al punto de llegar a cuestionarse, desde el punto de vista criminológico, si se muestra como un fenómeno mundial, que invade todas las esferas de la vida económica, política y social de los Estados, al que no escapa país alguno, ya que su caracterización inicial de ser transnacional y especializada, ha mutado hoy a estimarse transcontinental y diversificada.<sup>1</sup> (sic.)

Conforme a criterios semánticos de la Real Academia de la Lengua Española,<sup>2</sup> la palabra delincuencia viene del latín *delinquentia*, la que hace referente a la cualidad de delincuente, acción de delinquir, y define organización como la “asociación de personas regulada por un conjunto de normas en función de determinados fines”, de lo cual no resulta difícil definir semánticamente el significado de lo que debe estimarse de manera elemental como delincuencia o criminalidad organizada.

Dada la complejidad del término delincuencia organizada, desde una perspectiva jurídico penal, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, define a la delincuencia organizada como “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados por la ley con miras

---

<sup>1</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. **La palabra de los muertos: Conferencias de la Criminología Cautelar**. Pág.9. De La Cruz Ochoa, R. **Crimen organizado. Delitos más frecuentes. Aspectos Criminológicos y Penales**. Pág. 1. Terradillos Basoco, Juan. **Sistema penal y criminalidad internacional**. Pág. 309.

<sup>2</sup> **Diccionario de la Lengua Española**.



a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material".<sup>3</sup>

La dimensión internacional que han alcanzado determinadas actividades delictivas realizadas por grupos organizados ha motivado la proliferación de discursos y debates doctrinales e institucionales sobre el crimen organizado.

Sin embargo, el fenómeno no es nuevo, la historia está repleta de acontecimientos criminales realizados por partícipes colectivos, que distribuyeron sus roles, incluso adoptaron estructuras jerárquicas, planificando y persistiendo temporalmente en sus actividades, generalmente, de contrabando, piratería, corrupción, etc.

La expansión y transnacionalización del crimen organizado, es un fenómeno reciente, que ha desarrollado y extendido su presencia global durante las últimas décadas, la cual, ha sido posible por el desarrollo de las comunicaciones y los avances en las tecnologías de la información, que permiten el intercambio de datos de forma instantánea, anónima y generalizada.

Las extraordinarias oportunidades de desarrollo que supone la era de la globalización de la economía y de las finanzas, también tiene efectos negativos, uno de ellos, en el ámbito de la delincuencia, toda vez que las innovaciones tecnológicas han sido aprovechadas por numerosas organizaciones criminales para extender con facilidad sus actividades de tráfico de personas, de armas, de drogas y de blanqueo de capitales, entre otras, a escala mundial, llegando a retar, mediante la utilización de diversos métodos (corrupción, secuestros, extorsión, atentados, etc.) a la autoridad nacional o internacional.

Con la desaparición del campo socialista de Europa del este y la desaparición de los mecanismos estatales de control, se produjo una profunda crisis en esta área geográfica con radicales cambios políticos, sociales y económicos, caracterizados en lo

---

<sup>3</sup> **Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar el Tráfico de Personas, especialmente Mujeres y Niños.**



fundamental por el establecimiento de procesos imperfectos de apertura democrática de políticas económicas ultraliberales.

La configuración de los grupos criminales organizados es heterogénea, no existe un modelo único; su magnitud, actitudes o especialización varían de un grupo a otro. Es posible que algunas organizaciones cuenten con una gran infraestructura rígida y jerarquizada, como en algún momento histórico pudieron tener los grandes carteles de la droga.

Sin embargo, en la actualidad, por su propia seguridad frente a la actividad policial, las organizaciones tienden a configurarse de una manera más informal en la que distintos grupos de pequeño tamaño, especializados en tareas complementarias funcionen en forma de red, es decir, se trata de eslabones relativamente autónomos (en el ámbito de organizaciones terroristas se les denomina comandos o células), más o menos duraderos, impulsados y financiados en algunas de sus operaciones por los jefes u organizadores.

Existen evidencias, de que las grandes organizaciones que constituyeron los carteles de las drogas o las mafias, han sido sustituidas por otras más pequeñas, que lejos de enfrentarse entre ellas se han especializado y constituido alianzas, para repartirse el mercado de igual forma que lo hacen las asociaciones de empresas que actúan dentro de la economía legal; aunque frecuentemente determinados hechos violentos ponen de manifiesto que bajo esa ligera apariencia de normalidad, se desarrolla una cruenta lucha por el control de territorio y el enriquecimiento rápido.<sup>4</sup>

El elemento lucrativo, es común a todas las organizaciones criminales, incluso, aquellas de carácter terrorista que para justificar su existencia aducen motivos étnicos o religiosos, precisan medios económicos para sufragar sus objetivos, los que obtienen a través de un amplio catálogo de actividades generadoras de beneficios.

La mayor parte de las organizaciones criminales tienen como base fundamental de su actividad el tráfico de ilegal de drogas; estimaciones de la ONU basadas en las

---

<sup>4</sup> ONU. **Boletín informativo.**



aprehensiones y en las superficies de terrenos dedicados a la producción, cifran en seiscientos mil millones de euros el dinero movido por el narcotráfico a escala mundial, lo que representa el 9 % del comercio mundial; se calcula que, en el ámbito mundial, hay más de 50 millones de personas que consumen regularmente heroína, cocaína y/o drogas sintéticas y millones más están vinculadas a la producción, tráfico, distribución y venta de drogas.<sup>5</sup>

También se observa una marcada tendencia en las organizaciones criminales, a extender los ámbitos de su actuación a otras actividades ilícitas: tráfico de armas, tráfico de material nuclear, tráfico de inmigrantes clandestinos, de mujeres y niños, explotación laboral y redes de venta de niños, secuestros, extorsiones, robos, contrabando de automóviles, fraudes, blanqueo de capitales, entre otros.

Resulta meritorio también, subrayar la especial peligrosidad y alarma social que producen las organizaciones del crimen organizado, toda vez que uno de sus métodos de actuación consiste en la perpetración de atentados violentos contra la vida y los bienes, en muchas ocasiones indiscriminados, con el objeto de atemorizar a los ciudadanos mediante el impacto de sus actuaciones, que a su vez alcanzan gran difusión a escala mundial a través de los medios de comunicación.

La actuación terrorista del crimen organizado, como se puede constatar se diferencia de aquellas otras interesadas primordialmente en su propio enriquecimiento rápido, con el propósito de llamar la atención lo menos posible y utilizan la violencia solo con la finalidad de mantener sus propias normas delictivas, que la mayoría de las veces lo consiguen con la amenaza.

No obstante, la violencia también forma parte de los componentes esenciales del crimen organizado, de forma que, en muchos países, sus víctimas en ajustes de cuentas, revanchas, y otros actos violentos, supera estadísticamente el número de las que producen los atentados terroristas, aunque obviamente el impacto social es menor, por cuanto la mayor parte de las víctimas son miembros de las propias organizaciones.

---

<sup>5</sup> Contexto social de tráfico de drogas en la región.



Se puede aseverar, además, que el proceso de globalización económica que se vive en la actualidad, ofrece una serie de ventajas para los grupos criminales, que se convierten en transnacionales y transcontinentales,<sup>6</sup> entre las que se pueden resumir:

- La actuación a nivel internacional posibilita el acceso a mercados de bienes ilícitos muy lucrativos, ya que como es sabido, la calificación del producto o servicio como ilegal multiplica enormemente su valor añadido en comparación con su valor real.
- La posibilidad de explotar puntos vulnerables en diferentes sociedades en concreto, en las sociedades en desarrollo y en las democracias emergentes. Estas sociedades constituyen objetivo prioritario de las organizaciones criminales internacionales por la debilidad de sus instituciones.
- La capacidad de operar desde lugares en los que la organización se encuentra relativamente segura frente a la persecución penal, bien porque carezcan de legislación en materia de crimen organizado, bien porque suelen poner trabas en la cooperación judicial internacional.
- La posibilidad de canalizar los beneficios de origen delictivo mediante un sistema financiero global que con la eliminación de controles, hace cada vez más difícil seguir el rastro de los mismos.
- El acceso a países denominados paraísos fiscales en los que es posible ocultar e invertir los fondos de origen delictivo, esto es de blanquearlos para preparar su retorno a la economía legal.

Por su parte, el tipo de globalización que se está sufriendo, esencialmente neoliberal, agudiza las causas que potencian el crimen organizado, ello sucede porque las políticas neoliberales tienden a la exclusión social y a la polarización injusta en el reparto de sacrificios y riquezas, aumentando los contingentes de marginados, lugar donde se nutren los grupos del crimen organizado.

---

<sup>6</sup> Terradillos Basoco, Juan. **Op. Cit.** Pág. 312. De La Cruz Ochoa, R. **Op. Cit.** Pág. 15.



En estas condiciones, la política económica neoliberal deja grietas abiertas en las que se ha instalado los grupos de crimen organizado al amparo de la impunidad.

La abstinencia del Estado, el repliegue a sus funciones de gendarme, no es un signo de neutralidad ni de eficiencia, sino que favorece la creciente acumulación de beneficios en pocas manos.

Las privatizaciones y desregulaciones han abierto nuevas posibilidades al crimen organizado. La evolución de los mercados financieros internacionales a partir de los años 70 permite blanquear dinero a escala mundial. Detrás de ese Estado asoman los grandes negociados, las mafias, la venalidad y los asesinos a sueldo, vinculados entre otros delitos a la trata de personas.

Algunos autores, como Anderson,<sup>7</sup> sugieren tres condiciones que propician el desarrollo del crimen organizado, a saber:

- a) cierto vacío de poder o imposibilidad del Estado de asegurar el orden público,
- b) control burocrático excesivo y basado en discrecionalidad, sin exactos límites legales y donde los criterios para la toma de decisiones no son claros y a la vez difíciles de monitorear y evaluar, lo cual posibilita el desarrollo de la corrupción en todas sus formas y
- c) existencia de un mercado ilegal. La prohibición en Estados Unidos dio el mayor impulso al crecimiento de las organizaciones mafiosas. El mercado ilegal genera considerable cantidad de dinero que puede ser usado en otras actividades. Para el desarrollo de esta hipótesis, se apoya en el surgimiento de la mafia siciliana, en Estados Unidos y en la extinguida Unión Soviética.

---

<sup>7</sup> Annelise Anderson. **The economic of organised crime**. Pág. 23.



## 1.1. Antecedentes del crimen organizado

La mayoría de los autores coinciden en acuñar a las organizaciones mafiosas, como el antecedente del hoy crimen organizado; y para ello se parte de que una asociación mafiosa es una empresa criminal con fines altamente lucrativos, cuyos miembros son reclutados por iniciación o captación, que se recurre tanto a la corrupción como a la influencia y a la violencia para obtener el silencio y la obediencia de sus miembros y de terceros y así alcanzar sus objetivos económicos para garantizar sus medios de acción. Posee en principio una historia y una fuerte implantación sociocultural local, usualmente desarrolla sus actividades a escala internacional.<sup>8</sup>

La mafia es algo muy similar a una rémora que vive a expensas de la sociedad, extorsionando, manipulando el desarrollo social, trabajando en la ilegalidad con los medios más sofisticados, perteneciendo a una clase privilegiada que pocas veces vemos tras las rejas y que aumenta de forma deliberada la desconocida cifra negra de la criminalidad organizada.

Entre los antecedentes de la criminalidad organizada, se identifican las primeras organizaciones mafiosas como la italiana, con sus distintos ámbitos de actuación, entre las que se pueden encontrar, la mafia agraria, que se extiende desde mediados del siglo XVIII hasta la década del 50, cuando la actividad mafiosa se concentra sobre todo en el ámbito rural. Destacase en este contexto la función represiva desventada contra el movimiento campesino organizado, particularmente intensa entre los años 45 y 50, período de grandes luchas por la abolición del latifundio y la distribución de tierras y que finaliza hasta los años 50 cuando la reforma agraria pone fin al latifundio.

Por su parte, en este propio país, se desarrolla lo que se conoce como la mafia urbana empresarial, la que se desarrolla en el contexto de los años de 1950 hasta los 1970, en medio de la transformación de la economía en un sentido industrial terciario. Las actividades mafiosas emigran del campo a la ciudad. Actúan en lo fundamental en el

---

<sup>8</sup> Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco. **El colaborador con la justicia. Determinaciones previas. Problemática relativa a los medios de investigación en el marco de la criminalidad.** Pág. 2. De La Cruz Ochoa, R. **Op. Cit.** Pág. 9.



control del mercado de construcción civil y alimenticio, las admisiones de empleo públicos, los créditos bancarios y tienen como fuentes de enriquecimiento ilícito contrabando y las practicas extorsivas sobre la actividad comercial o industria, la licitación de las obras públicas y el otorgamiento de licencias para las actividades empresariales autónomas.

Otra variedad de mafia que se conoce en Italia es la empresarial o financiera, la que cobra vida con la incursión de la mafia en el mercado legal con empresas propias y creciente inserción en los circuitos financieros internacionales, como necesidad de reciclaje del enorme capital ilícito acumulado a través del tráfico de drogas, de armas y de personas.<sup>9</sup>

Un referente, de grupo mafioso, por su estructura operativa y compleja y por su carácter altamente peligroso; es la conocida *Cosa Nostra* la cual puede ser un modelo de criminalidad organizada transnacional, pero no la única por sus técnicas modernas de dirección empresarial, desde la organización, planificación y coordinación de sus actividades hasta la obtención de resultados y su incidencia en la criminalidad europea y norteamericana.

En el desarrollo histórico de la mafia, no hay que dejar de mencionar los grupos criminales que surgen y se desarrollan dentro de las comunidades de inmigrantes cuyas condiciones de vida son difíciles, muchas veces, sujetas a la discriminación, las cuales, desarrollan una especial proclividad para el agrupamiento y posterior involucramiento en actividades ilícitas.

En las sociedades que se desarrollaron dentro de un modelo de capitalismo liberal, se ofrecen excelentes oportunidades al crimen organizado. La existencia de un mercado con poco control estatal o con control que favorece el desarrollo y fortalecimiento de burocracias corruptas, la ineficiencia y en ocasiones corrupción policíaca, la existencia de una opinión pública que muchas veces se desentiende de estos fenómenos, así

---

<sup>9</sup> Ferré Olivé, Juan Carlos y Anarte Borrillo Enrique. **Delincuencia organizada**. Pág.12. De La Cruz Ochoa, R. **Op. Cit.** Pág. 9. Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco. **Op. Cit.** Pág. 5.



como una clase política que cuando no se beneficia no quiere prestar la debida atención a este fenómeno.

En América Latina, la diversa cantidad de problemas conectados unos con otros, tales como la desigualdad extrema en la distribución de la riqueza, grupos oligárquicos que han controlado tradicionalmente el poder político y económico, inestabilidad política, social y económica, corrupción a todos los niveles, estos son los detonantes de algunos de los problemas más severos del continente, en torno a la criminalidad, como puede ser el narcotráfico internacional, así como son fuente de la actual descomposición social.

En Colombia y México, nacen las nuevas mafias de la droga, denominadas “carteles” (cartel de Medellín, cartel de Cali, cartel de Guadalajara. Estos carteles poseen una estructura diferente a las mafias italianas. Hay una diversidad cultural que los hace diferentes, además del momento histórico de su nacimiento, lo que no quiere decir que estas no asimilen comportamientos de otras mafias.

## **1.2. El crimen organizado en la actualidad**

En América, en los países del cono sur, la falta de alternativas económicas ha determinado el reclutamiento hacia organizaciones criminales no solo de individuos de grupos sociales marginales, sino incluso de miembros de los aparatos de seguridad, encargados otrora de combatirlos.

En este contexto de desarrollo de una criminalidad cada vez más perfeccionada, la comunidad internacional ha reaccionado con importantes iniciativas que pretenden el diseño de un marco jurídico supranacional que garantice una respuesta legal uniforme y homogénea de todos los Estados, mediante el fortalecimiento de los mecanismos de cooperación policial y judicial, y el perfeccionamiento de los medios de investigación y de los instrumentos punitivos necesarios para combatir tan graves comportamientos criminales.



Centroamérica, es actualmente, una sociedad en extremo violenta; una zona por conflicto con una considerable disponibilidad de armamento de fácil acceso; casi tres millones de armas ilegales en circulación, 700.000 oficialmente registradas y donde la violencia es tolerada.<sup>10</sup>

Los ilícitos de la delincuencia organizada en la región han venido aconteciendo desde simples actos de delincuencia común, en donde los antisociales generalmente reconocidos por los habitantes en los distintos pueblos o ciudades, hasta situaciones delictivas complejas y aterradoras para la sociedad, evidenciando altos niveles de organización que trascienden las fronteras de los países del área, así también su accionar en muchos casos han llegado a filtrar distintos estratos de la sociedad, sectores públicos y privados, contando hoy con una alta tasa de homicidios que van sumando a la gran cantidad de hechos delictivos, que se vinculan con actividades propias del crimen organizado.

El desarrollo de la delincuencia, particularmente la generada por las pandillas es de tal magnitud que “el gobierno de El Salvador asegura que el 60 % de la violencia del país se debe a las maras”;<sup>11</sup> las que se han convertido en un gran negocio para ciertos grupos de interés;<sup>12</sup> siendo los jóvenes las principales víctimas de la violencia en la región.

Otro aspecto que se debe tener en cuenta al estudiar el fenómeno del crecimiento de la criminalidad organizada en la región, lo constituye las operaciones de los carteles del narcotráfico con el transporte y comercialización de la droga,<sup>13</sup> a lo que se viene sumando la trata de personas.

---

<sup>10</sup> Espinoza, Ana Nancy. **Violencia juvenil hipoteca el futuro de Centroamérica**. Pág.12. Sotomayor Acosta, Juan Oberto. **Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada en el sistema penal: el caso colombiano**. Pág. 4. Berzosa, Alfonso; Martínez, Carlos. **Los efectos de la globalización y propuestas alternativas**. Pág. 5.

<sup>11</sup> **Ibid**. Pág. 12

<sup>12</sup> Goubaud, Emilio. **Políticas para enfrentar maras, con más amenazas que incentivos**. 2000. Pág. 4.

<sup>13</sup> Zwiebach, Evy. **Drogas en las Américas: Un problema de oferta**. Pág. 8.



También, es cada vez es más latente el nexo entre diversas formas delincuenciales, como la delincuencia organizada y terrorismo; muchos grupos terroristas se financian con actividades ilícitas como la extorsión, el secuestro, el tráfico de armas o drogas, de personas etc., propias de los grupos mafiosos.

Así ha sucedido con las alianzas de las narco-guerrilleras en diversos países de Centro y Sudamérica, donde durante la segunda mitad del siglo XX se entremezclaron variados grupos terroristas, fascistas, neonazis, militares y paramilitares.

Al referir a la criminalidad organizada en la actualidad, y en un sentido amplio del término, se puede entender como una actividad criminal, ejecutada, estructurada y planificada de acuerdo a códigos internos de organización criminal, por individuos que hacen de la actividad delictiva su forma de vida.

En un sentido estricto, desde una perspectiva funcionalista del término, puede decirse que delincuencia organizada es la que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestidos de las siguientes características: carácter estructurado, permanente, autorrenovable, jerarquizado, destinado a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a realizar hechos antijurídicos con intenciones de influir en esferas de poder, los cuales utilizan la disciplina y la coacción con relación a sus miembros y toda clase de medios frente a terceros con el fin de alcanzar sus objetivos.

La criminalidad organizada presenta hoy las características siguientes:<sup>14</sup>

- Actividad de grupo: es una actividad que se desarrolla por un grupo de tres o más personas, unidas solidariamente y durante cierto tiempo, con el fin de cometer delitos graves con miras a obtener ganancias y con ello acceder o influir en posiciones del poder económico, político y social.

---

<sup>14</sup> Rivera Clavería Julio. **El crimen organizado**. 2011. Pág. 9. De La Cruz Ochoa, R. **Op. Cit.** Pág. 12



- Estructura: se desarrolla dentro de un organigrama específico, dentro de la asociación criminal, en el cual cada uno de los miembros cumple con un papel específico y necesario para la comisión de delitos.
- Autorrenovación: el grupo o clan criminal se asocia con el carácter de perpetuar su actividad criminal, en la cual la eliminación del “jefe”, “capo”, “cabecilla”, etc., no es un obstáculo para continuar con las operaciones criminales.
- Jerarquía: en los cuadros de organización de esta criminalidad, la autoridad en los grupos, las órdenes vienen dadas en un sentido estrictamente vertical, muy parecido a la jerarquía empresarial, en la cual existen los jefes, jefes de grupo, los miembros de banda, ejecutores, colaboradores, informantes, etcétera. Los destinatarios de estas órdenes deben obedecer las órdenes superiores.
- Coacción: los subordinados al jefe y a la organización deben cumplir con ciertas pautas internas de comportamiento, como la “ley de silencio”, “normas de la fraternidad”, “normas de grupo”, todas ellas fortalecedoras de la solidaridad interna del grupo; lo que en el fondo, no es más que coacción pura y que en caso de desobediencia o incumplimiento de cualquier “encomienda” trae consecuencias peligrosas para el que lo haya hecho.
- Medios: por su propia estructura y su manera de operar, la criminalidad organizada, siempre está a la vanguardia en la utilización de cualquier cantidad de medios, para evadir la justicia penal: poder económico, abogados, tecnología informática, robótica, secretos industriales, blanqueo de capitales, manipulación de puestos claves en las administraciones públicas, sobornos, tráfico de influencias, corrupción, manipulación de los medios de comunicación, etcétera. Todo esto para poder operar criminalmente con la menor cantidad de barreras en sus operaciones criminales. Esta criminalidad, al contrario de la terrorista, trata de operar con la mayor discreción posible (casi anónima) tratando de no ser obvios en sus comportamientos a tal grado, que en muchas ocasiones aparecen como grandes benefactores de la sociedad.



- **Violencia:** algunos delitos o la amenaza de estos requieren violencia, otros no. En algunas ocasiones la violencia no es necesaria para cometer los delitos pero si para mantener bajo niveles de rebelión y competencia.
- **Disciplina:** la disciplina entre los grupos de crimen organizado han demostrado ser cada vez menos rígida. No obstante esto dado su estructura jerárquica hay un deber de obediencia de los mandos inferiores a los superiores.
- **Múltiples y diversidad de empresas:** las organizaciones criminales modernas muchas veces diversifican sus actividades criminales más allá de una simple empresa. Una OC que dependa solo de un negocio tiene grandes riesgos, por ejemplo un pesticida puede destruir la cosecha de un año de coca o marihuana, o los detectores de droga pueden funcionar de una forma más eficiente, de ahí que muchas veces estos grupos desarrollen más de una actividad con el fin de asegurar su sobrevivencia ante alguna dificultad.
- **Negocios legítimos:** los negocios legítimos en muchas ocasiones funcionan como frentes “legales” y en otras ocasiones para lavar dinero, sin embargo la tendencia actual en los grupos de crimen organizado es hacerse de ciertos negocios “legales” que le den una fachada legal además de ampliar sus posibilidades de actuación al crimen organizado.

### **1.3. Delitos asociados al crimen organizado**

La criminalidad organizada se expresa hoy, como un complejo abanico de organizaciones que compiten o cooperan entre sí, se fragmentan, son estables, locales y multinacionales, es un ente poderoso que crece y, sobre todo, es transnacional, por lo que controlarlo y reducir al mínimo su capacidad de dañar a la sociedad depende no solo del aparato del Estado, desde la perspectiva de las instituciones policíacas, de la justicia aplicada por los jueces y de las leyes aprobadas por los legisladores, como mecanismos o agencias de control social formal, sino todo ello de conjunto con la



movilización de la ciudadanía en contra de esta amenaza, como mecanismo de control social informal.<sup>15</sup>

Una de las afirmaciones que se puede hacer sobre el crimen organizado, es que existe para hacer dinero, es en esencia una empresa económica, que normalmente se ha diversificado en lo local y en lo transnacional. El crimen organizado, no tiene ideología ni principios políticos, lo que la diferencia de otras organizaciones, por ejemplo, las organizaciones terroristas, aunque unas y otras pueden compartir métodos y tácticas de violencia.

El crimen organizado, medra y se sostiene a través de la oferta de servicios de los que existe una fuerte demanda pero que básicamente son ilegales o escasos, como ejemplo, el tráfico ilegal de armas, la adopción de bebés, las drogas, tráfico de animales y plantas exóticas, tráfico de órganos humanos, el tráfico de niños, el lavado de dinero y la trata sexual.

Los distintos segmentos de las organizaciones criminales tienen en Guatemala, en algunos casos, vínculos entre sí para llevar a cabo determinados actos criminales, vínculos que no necesariamente se dan entre diversas organizaciones criminales en forma permanente, son vínculos esporádicos y se dan en razón de intereses en común, o a cambio de dinero, por ejemplo, la compra de armas, la compra de vehículos robados, sicariato, etc.

En Guatemala, como en otros países de Latinoamérica, existe confrontación de organizaciones del crimen organizado por nuevos territorios, o por determinados mercados, lo cual genera el uso del recurso de la violencia para lograr estos objetivos.

La situación en Guatemala ha derivado en luchas internas sangrientas por controlar territorios y mercados entre organizaciones criminales locales con organizaciones criminales internacionales (Zetas y el cartel de Sinaloa).

---

<sup>15</sup> Rivera Clavería Julio. **El crimen organizado**. Pág.16



La especialidad en las organizaciones criminales, es fundamental para la realización de sus actividades ilícitas, ya que aunque estas organizaciones se dedican a un tipo de delito en especial pueden mutar si las circunstancias así lo ameritan, ejemplo de ello es que en un tiempo determinado, se dedican a los asaltos a instituciones bancarias, o a robos en residencias y en otro momento, se pueden estar dedicando a la extorsión, al secuestro, al tráfico de armas y a la trata de personas.<sup>16</sup>

Por alto poder corruptor, las organizaciones criminales tienen capacidad para infiltrar las instituciones del Estado con el objetivo de mantener impune las acciones que realizan y garantizarse los objetivos trazados en función de las ganancias económicas que les producen sus actividades ilícitas.

En el país, existe una fuerte tendencia por parte de las organizaciones criminales a la especialización del delito por lo que, independientemente de que las organizaciones criminales puedan mutar a otros delitos dependiendo de las circunstancias del momento, su especialidad las hace mucho más efectivas en la realización de su accionar ilegal y como resultado, sus ganancias económicas se incrementan.

Para el caso de Guatemala, el tráfico ilegal de armas, de drogas y de personas se identifica como una de las principales especialidades o modos de actuación en el área. Esta actividad ilícita del crimen organizado está relacionada directamente con el crimen transnacional.<sup>17</sup>

Los traficantes de armas tienen definidas áreas y países, especialmente en subdesarrollo en donde el negocio es verdaderamente lucrativo y se opera en todo el territorio nacional, pero especialmente en las áreas fronterizas y en los centros de operación de las organizaciones criminales dedicadas a la narcoactividad.

Los actores que se pueden identificar son los traficantes de armas a nivel internacional y las redes criminales locales que son las encargadas de la distribución al interno del

---

<sup>16</sup> Informe **Violencia en Guatemala (factores de origen, formas de manifestación y posibles soluciones)**. Pág. 12

<sup>17</sup> Rivera Clavería. **Op. Cit.** Pág. 20



territorio. Las consecuencias más visibles para la población son el incremento de muertes por armas de fuego, el incremento de delitos cometidos con armas de fuego, el aprovisionamiento de armas de fuego especialmente a las maras.

Otra de las actividades de la criminalidad organizada en Guatemala, que tiene un estrecho vínculo con el tráfico ilegal de armas, resulta la narcoactividad; por la cual se entiende todo el conglomerado de actividades relacionadas con la producción, almacenamiento, tráfico, distribución a mayoristas y minoristas de drogas, incluido el lavado de activos, que hoy se ve como un segmento separado por el problema que ocasiona en las economías locales e internacionales al distorsionarla.

El ámbito de acción de la narcoactividad comprende carteles de producción y tráfico, organizaciones criminales que comercializan la droga a diferentes escalas, tanto locales como internacionales, tienen nexos con actores de lavado de activos, normalmente empresas legales y con otros actores que ocupan puestos claves en instituciones del Estado y por último, están las organizaciones criminales denominadas Maras que se encargan del narcomenudeo en una gran proporción con gran presencia de armas de fuego entre sus miembros, en su mayoría procedentes del tráfico ilegal.

El sicariato, es otra actividad ilegal que en Guatemala es utilizada por el crimen organizado, y como parte de este complejo fenómeno delictivo, se auxilian del uso de armas obtenidas ilegalmente para llevar a cabo la eliminación física de determinada o determinadas personas que pueden constituir circunstancialmente un peligro potencial, para el éxito de las actividades ilegales de las que se nutre la organización criminal, a cambio de un pago.

Las organizaciones del crimen en Guatemala generalmente, dentro de sus estructuras manejan un número indeterminado de sicarios para cumplir sus objetivos bajo las órdenes de sus superiores; también existen los sicarios que no necesariamente pertenecen a las organizaciones criminales pero son contratados para trabajos determinados. Su ámbito de acción es todo el territorio nacional y así como forman



parte de organizaciones criminales, también forman parte de instituciones de las fuerzas de seguridad pública o mantienen nexos dentro ellas.<sup>18</sup>

Es muy conocido, asimismo, el ejercicio del sicariato, como rito de iniciación de los aspirantes a pertenecer a una mara; igualmente los mareros prestan sus servicios como sicarios en lo local utilizando en muchos casos menores de edad por no ser responsables penalmente.

De igual manera, con el uso de armas de fuego de procedencia en sentido general de carácter ilegal, tanto el delincuente común, como aquel perteneciente a una organización del crimen organizado llevan a cabo en Guatemala, el secuestro de personas.

A través del secuestro de personas, el delincuente común y el perteneciente a la criminalidad organizada, se apoderan de recursos generalmente monetarios de otras personas, dentro de esta actividad criminal existen diversas formas de secuestros, siendo la modalidad más utilizada hoy en Guatemala el denominado secuestro *express* o secuestro rápido, que consiste en la retención de una o más personas a la fuerza durante un lapso de tiempo de tres a cinco horas, tiempo en el que solicitan un rescate a la familia consistente en cantidades de dinero que puedan ser reunidas en pocas horas, de lo contrario se ocasiona la muerte a la o a las personas.

La otra forma que emplean los criminales para llevar a cabo el secuestro, es mediante el uso oculto de armas de fuego pequeñas llevar al secuestrado en contra su voluntad, a vaciar sus cuentas bancarias, tarjetas de crédito y débito, lo que resulta ser un negocio muy lucrativo para las organizaciones criminales ya que en un lapso corto pueden agenciarse de recursos económicos.

El ámbito de acción de esta forma de criminalidad son las grandes zonas urbanas, en donde pueden pasar totalmente inadvertidos y en donde pueden realizar dos o tres actividades diarias y trasladarse a otras zonas; con esta forma de actuación delictiva, cuando no se le causa la muerte al secuestrado, por lo menos sufre graves trastornos

---

<sup>18</sup> **Guatemala. Niños que crecen entre la violencia, ingresan en las pandillas y terminan en sicarios.**



emocionales, se afecta la familia y los recursos con los que cuentan, ya que se pierden ahorros de muchos años de trabajo y esfuerzo y, también se pierde la credibilidad en las instituciones, especialmente policíacas, ya que este tipo de actividades criminales se producen a plena luz del día y en la gran mayoría de casos, no son ni siquiera investigada, lo que genera una desmedida impunidad.<sup>19</sup>

Del mismo modo, los delincuentes en Guatemala, mediante el empleo de armas, las que como se ha expuesto reiteradamente proceden de un comercio ilegal, ejecutan también robos de vehículos, negocio que reporta igualmente ganancias de gran magnitud a las organizaciones del criminales, por ser como el resto de las acciones ya mencionadas actividades que no implican grandes inversiones en el orden material, pues el instrumento con que se ejecuta la acción ilegal, generalmente se contrae al uso de un arma de fuego, de fácil adquisición en el mercado negro.

El robo de vehículos a mano armada, conforma lo que es básicamente una especialización dentro de la estructura de las organizaciones criminales y es a su vez, una empresa debidamente estructurada en lo local y con nexos con redes en lo transnacional que les permita ganar millonarias sumas de dinero, ya que los vehículos robados a la fecha, son básicamente a pedido.

Este tipo de organizaciones especializadas también cuenta con talleres mecánicos, lugar en donde se dedican a desmantelar los vehículos para venderlos como repuestos; el robo de vehículos es utilizado también para agenciarse de un medio de transporte que va a ser utilizado para cometer otros hechos delictivos.

En su ámbito de acción participan organizaciones criminales locales e internacionales debidamente vinculadas, comunicadas y que trabajan de manera permanente; y como consecuencia, se afecta el patrimonio de las personas ya que en la mayoría de casos, aunque los vehículos estén asegurados, las pólizas de seguro han sufridos incrementos debido a este tipo de actividades criminales y las compañías aseguradoras han sufrido

---

<sup>19</sup> Informe Violencia en Guatemala (factores de origen, formas de manifestación y posibles soluciones). Op. Cit. Pág. 25



grandes pérdidas ante el incremento de esta actividad criminal por los desembolsos que están obligados a hacer a sus asegurados.

Todas estas actividades de carácter ilegal, como consecuencia, producen un incremento en el número de muertes por arma de fuego en el país, desvalorizan al ser humano al comerciar con su vida y deshumaniza a la sociedad; de igual se crea en la población una sensación de inseguridad ciudadana, que descalifica a las instituciones del Estado encargadas del enfrentamiento a estas actividades, mostrándose a diario en el seno social como algo propio de lo cotidiano, llegando a formar parte de una cultura de violencia propia de la sociedad guatemalteca.

#### **1.4. Instrumentos internacionales contra el crimen organizado**

En el ámbito de las Naciones Unidas ocupa un lugar preferente en la referida lucha la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas aprobada en Viena el 19-12-1988 y la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de diciembre de 2000, conocida mundialmente como Convención de Palermo.

Por su parte, en la Unión Europea, desde la década de los años ochenta se han ido perfilando instrumentos para combatir el crimen organizado de la manera más eficaz; precisamente, uno de los referentes de la construcción de la Unión fue crear un espacio de convivencia y seguridad común, para lo que se han arbitrado diversos instrumentos, como el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997.

El Tratado de Ámsterdam que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, es el principal instrumento jurídico de la Unión Europea en la lucha contra la criminalidad organizada, el cual tiene por objeto crear un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Desde la celebración del Consejo Europeo de Tampere, en octubre de 1999, se ha tratado de llevar a efecto la referida lucha conjunta con medidas concretas como la



creación de equipos conjuntos de investigación penal y la aceleración del mecanismo de la extradición mediante la orden europea de detención y entrega, que supone el primer instrumento jurídico de la Unión en el que se hace aplicación del principio de reconocimiento mutuo enunciado.

En Centroamérica, el crecimiento significativamente preocupante de la delincuencia organizada surge en el transcurso de la última década del siglo XX; la que ha alcanzado tanta magnitud que ha llegado a calificarse a países como Guatemala, El Salvador y Honduras como ciudades inseguras, particular que ha afectado considerablemente la economía del área, alejando con ello las inversiones y la afluencia del turista a los distintos centros de recreación existentes, aumentando consecuentemente, el desempleo y la pobreza.

### **1.5. Instrumentos internacionales contra la trata de persona como delito vinculado al crimen organizado**

Durante el siglo XX, La Convención sobre la Esclavitud,<sup>20</sup> de la Sociedad de Naciones en 1926, aprobada y asumida en 1953 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, los estados signatarios se comprometían a prevenir y reprimir la trata de esclavos y, a procurar la supresión de la esclavitud en todas sus formas.

En 1949, la misma Asamblea General aprobó el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena,<sup>21</sup> consolidando otros acuerdos internacionales que databan de 1904. En el que los Estados parte se comprometían a: prevenir la prostitución, rehabilitar a las prostitutas, reprimir a la trata de personas de ambos sexos con fines de prostitución y a suprimir las leyes, reglamentos, registros

---

<sup>20</sup> Trejo García, Elma del Carmen **Compendio de instrumentos internacionales relativos a la trata de personas.** Pág. 3

<sup>21</sup> **Ibid.** Pág. 10



especiales y otras disposiciones impuestas a las personas que practican, presuntamente practican, la prostitución.<sup>22</sup>

En 1956, en una Conferencia de ONU se aprueba la Convención Suplementaria sobre la abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas análogas a la Esclavitud, en la que se amplía la definición de esclavitud contenida en la Convención de 1926, para incluir la servidumbre por deudas, formas serviles de matrimonio y la explotación de niños y adolescentes.

Numerosos instrumentos jurídicos internacionales del denominado Sistema de las Naciones Unidas y de otros fórum internacionales o regionales contienen regulaciones sobre el tráfico de personas y especialmente sobre los derechos de las víctimas de estas conductas, entre los que solo a manera de ejemplo se puede mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967; el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de diciembre de 1949, vigente desde el 25 de julio de 1951, que ha sido considerado como el texto básico que sobre esta cuestión se ha adoptado a nivel internacional;<sup>23</sup> la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y otros muchos.<sup>24</sup>

### **1.5.1. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos**

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en el mes de noviembre del 2000, como ya se ha dicho, adoptó el texto definitivo de la Convención de las Naciones Unidas

---

<sup>22</sup> Espinoza Berrocal, Gustavo Felipe. **Tráfico de personas. La tercera actividad ilegal más lucrativa del mundo.** Pág. 3

<sup>23</sup> **Informes, Ponencias y Documentos de Referencia de la Jornada celebrada en Madrid, el 22 de noviembre de 2001 sobre Tráfico de mujeres con fines de explotación sexual.**



contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de los Protocolos Complementarios contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

Esta Convención, conocida como la Convención de Palermo, obliga a los Estados Parte a adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas que resulten necesarias para tipificar como delitos, cuando se cometan internacionalmente, diversas acciones delictivas y destaca, como parte de su contenido esencial, el propósito de promover la cooperación para prevenir y combatir con mayor eficacia la delincuencia organizada transnacional, también define conceptos tales como el de grupo delictivo organizado, delito grave, delito determinante y otros de indudable trascendencia para la aplicación consecuente de sus preceptos.<sup>25</sup>

La Convención comienza su articulado proclamando su finalidad: promover la cooperación internacional para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada a nivel internacional, la que se materializa a través de delitos como la trata y el tráfico de personas, por lo que este tratado es de forma general para estos delitos.

Ante la utilización de diversos métodos, que incluyen desde el uso de medios de transporte aéreos, marítimos y terrestres, así como la realización de fraudulentos trámites migratorios como falsificación de pasaportes, la corrupción de autoridades diplomáticas, consulares, aduanales, policiales y judiciales, el tema del tráfico y la trata de personas se han convertido en tema de constante análisis por los principales dirigentes políticos de los Estados y por la Comunidad internacional.

### **1.5.2. El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes**

Este Protocolo fue inspirado en las Resoluciones de Naciones Unidas del 2000, producto del tráfico de personas que existen en el mundo, recordando la Resolución 54/212 de la Asamblea General, del 22 de diciembre de 1999 en la que la Asamblea instó a los Estados miembros y al sistema de las Naciones Unidas a que fortalecieran la cooperación internacional y el desarrollo a fin de abordar las causas fundamentales de

---

<sup>25</sup> **Artículo 2 de la Convención.**



la migración y también fue consecuencia del notable aumento de las actividades de los grupos delictivos organizados en relación con el tráfico ilícito de inmigrantes y otras actividades delictivas conexas que causaban graves perjuicios a los Estados afectados.

El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, es complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y tiene como propósito prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes y promover la cooperación con ese fin entre los Estados Parte, promoviendo a la vez los derechos de los migrantes que son objeto de dicho tráfico.

En el Preámbulo, se declara que para prevenir y combatir eficazmente el tráfico ilícito de migrantes se requiere un enfoque amplio e internacional, que conlleve la cooperación, el intercambio de información y la adopción de otras medidas apropiadas, incluidas las de índole socioeconómicas, en los planos nacional, regional e internacional; así como la necesidad de garantizarle un trato humano a los migrantes y de proteger plenamente sus derechos humanos, a la vez que se expresa la preocupación de la Comunidad internacional por el notable aumento de las actividades de los grupos delictivos organizados en relación con el tráfico ilícito de migrantes y del peligro que significa para la vida y la seguridad de los migrantes involucrados en esta actividad lucrativa de tráfico de seres humanos que se desarrolla por delincuentes inescrupulosos, que por lo general, ante el peligro de ser descubiertos, tratan de deshacerse de su “carga humana”, sin el menor escrúpulo, al estilo de sus antecesores en la época colonial, de tan triste recordación en nuestros países.

En el referido Preámbulo, se señalan además como antecedentes, la resolución 54/212 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 22 de diciembre de 1999, en la que la Asamblea instó a los Estados miembros y al sistema de las Naciones Unidas a que fortalecieran la cooperación internacional en la esfera de la migración internacional y el desarrollo, a fin de abordar las causas fundamentales de la migración, especialmente las relacionadas con la pobreza, y de aumentar al máximo los beneficios que la migración internacional podría reportar a los interesados, y alentó a los



mecanismos interregionales, regionales y subregionales a que, cuando procediera, siguieran ocupando de la cuestión de la migración y del desarrollo.

### **1.5.3. El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas**

Estrechamente relacionado con el tráfico de migrantes se encuentra la trata de personas, como ya se ha explicado, y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, es también complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y tiene como finalidad prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente mujeres y niños, con un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino, que incluya medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos; así como de promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.

Este Protocolo es el primer instrumento de Naciones Unidas que tiene en cuenta la demanda de mujeres y niños que están siendo traficados, llamando a los países a adoptar medidas más severas tendentes a desalentar esta demanda que promueve todas las formas de explotación de mujeres y niños/as.<sup>26</sup>

Cuando se trate de niños menores de 18 años, se señala que la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios denunciados en el apartado a) del Artículo 3 del Protocolo, lo que evidencia una especial protección de los menores de edad.

El apartado a) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, al definir la trata de personas, precisa como elementos de tipicidad, para la configuración del tipo penal la amenaza, o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la

---

<sup>26</sup> Artículo 9.5 del Protocolo.



concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

El Artículo 5 indica a los Estados Parte adoptar las medidas legislativas que resulten necesarias para tipificar como delitos en el derecho interno las conductas definidas en el Artículo 3 del Protocolo, cuando se cometan internacionalmente,<sup>27</sup> lo que incluye la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la misma, la servidumbre y la extracción de órganos. Trece años después de su aprobación numerosos Estados, entre ellos Cuba, no incluyen aun en sus leyes internas a todas las modalidades de la trata de personas definidas en el Protocolo.

#### **1.5.4. Las leyes modelo de Naciones Unidas contra el tráfico y la trata de personas**

En el año 2010 se publicó por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) la “Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes”, en respuesta a una petición dirigida por la Asamblea General al Secretario General para que promoviese y facilitara las iniciativas de los Estados Miembros dirigidas a hacerse parte en la Convención de contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos; así como las encaminadas a aplicar las disposiciones que figuran en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.<sup>28</sup>

Con propósitos similares se elaboró, en la propia fecha, por la referida oficina de Naciones Unidas la “Ley modelo contra la trata de personas”, a los efectos colaborar con los Estados a implementar la Convención de Palermo y las disposiciones del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Artículo 5 del Protocolo.

<sup>28</sup> Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC). (2010): “Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes”.

<sup>29</sup> Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC). (2010): “Ley modelo contra la trata de personas”.



La intensa actividad que se desarrolla desde la Comunidad internacional ha estado encaminada a la protección de los derechos humanos de las víctimas y al enfrentamiento a las actividades del crimen organizado, lo que pone en evidencia la necesidad impostergable de combatir el tráfico y la trata de personas con métodos efectivos, que garanticen por una parte el enfrentamiento a las bandas criminales y por el otro la protección de las víctimas con la participación de los Estados y de la Comunidad internacional.

Los instrumentos jurídicos que se necesitan existen, las legislaciones nacionales los han ido incorporando, en mayor o en menor medida. Lo que falta es la voluntad política de los gobernantes, que no en todos los casos dedican los recursos necesarios para prevenir y combatir este flagelo de la humanidad, y con frecuencia los destinados a estos fines son desviados o malgastados. De manera especial, lo que más se necesita es la cooperación multilateral, en particular de los Estados más desarrollados, para mitigar los factores que, como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas, existentes en muchos países, hacen a las personas vulnerables al tráfico ilegal de seres humanos y especialmente a las mujeres y los niños.<sup>30</sup>

Resulta también evidente que el compromiso de los Estados de origen y de los receptores de migrantes con la protección de los derechos humanos de las personas que obligadas por las circunstancias de su situación económica emigran hacia el norte desarrollado no se encuentra a la altura de las circunstancias, como ha denunciado Amnistía Internacional en su ya mencionado informe sobre el Estado de los Derechos Humanos en el mundo de 2013, donde denuncia que: “Una vez que las personas se han marchado, los Estados de origen afirman que, dado que sus trabajadores migrantes ya no se encuentran en su territorio, no tienen obligaciones para con ellos, a la vez que los Estados de recepción sostienen que, al no ser ciudadanos, carecen de derechos.

Mientras tanto, la Convención Internacional de la ONU sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada en

---

<sup>30</sup> Artículo 9, apartado 4 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas; la resolución 54/212 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y el apartado 3 del Artículo 15 del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire.



1990, sigue siendo uno de los convenios de derechos humanos con menos ratificaciones. Ninguno de los Estados de acogida de migrantes de Europa Occidental ha ratificado, y tampoco lo han hecho otros países con gran población migrante, como Australia, Canadá, EE. UU., los países del Golfo, India y Sudáfrica”.<sup>31</sup>

A lo anterior se une el hecho indiscutible de que el principal compromiso que asumieron los Estados parte del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, en la lucha contra el tráfico de personas, es a nuestro juicio, el regulado en el inciso 3 del Artículo 15, que los compromete a “promover o reforzar, según proceda, los programas y la cooperación para el desarrollo en los planos nacional, regional e internacional, teniendo en cuenta las realidades socioeconómicas de la migración y prestando especial atención a las zonas económica y socialmente deprimidas, a fin de combatir las causas socioeconómicas fundamentales del tráfico ilícito de migrantes, como la pobreza y el subdesarrollo”, es precisamente el que menos se ha cumplido, en especial por parte de los países receptores, que son los más favorecidos económicamente y tienen la obligación moral y jurídica de ayudar a los menos desarrollados.

---

<sup>31</sup>Amnistía Internacional. **El estado de los derechos humanos en el mundo.** Págs.17-18





## CAPÍTULO II

### **2. La trata de personas como delito no convencional vinculado al crimen organizado**

#### **2.1 La trata de personas como delito transnacional**

El negocio mundial con la mercancía ser humano, alcanza dimensiones similares al del tráfico de drogas y armas. La mayor parte de las víctimas de la trata de personas son mujeres y niños/as. Los afectados son explotados como mano de obra barata en la gastronomía o la industria del sexo, en el marco de matrimonios forzados, adopciones ilegales o para la extracción de órganos.<sup>32</sup>

En Guatemala, el Tratado Marco de Seguridad Democrática proclama un nuevo modelo de seguridad democrática basado en el respeto de los Derechos Humanos, e instituye la seguridad democrática como inseparable de la dimensión humana, es un documento clave para que en Centroamérica se realicen acciones contra la trata de personas, donde se involucren instituciones públicas, privadas y de la sociedad civil.

Los instrumentos internacionales, las legislaciones de cada país; en el área la Comisión de Jefes y Jefas de Policía de Centroamérica y el Caribe, el Parlamento Centroamericano y la Comisión de Seguridad, instancia que da seguimiento al Modelo de Seguridad Democrática, constituyen el marco de la región para actuar contra el crimen organizado que ataca las sociedades.

La trata de personas es un fenómeno delincuenciales de ámbito transnacional, con un ascenso incontrolable que deja fuertes ganancias a los traficantes, así como enfermedades, violencia, pobreza y señalamiento social a las víctimas; es de igual manera una realidad contextualizada en Guatemala que permite un análisis criminológico a fin de buscar explicaciones a este fenómeno desde dentro de nuestra

---

<sup>32</sup> Departamento de Estado del Gobierno de los Estados Unidos. Informe de la trata de personas. Pág. 9



sociedad, así como proponer fórmulas dentro del marco de las políticas sociales e institucionales para mantener esta forma de explotación en límites tolerables.<sup>33</sup>

La trata de personas, es uno de los principales problemas que enfrentan las naciones latinoamericanas y especialmente la guatemalteca. Las formas, modos de actuación de los autores son diversas, de lo que se deriva que el Estado debe conocer cuáles son las características más frecuentes en que se manifiesta este fenómeno, su relación o vínculo con otros ilícitos, etc., a fin de poder trazar una estrategia efectiva como parte de la lucha por la prevención de este fenómeno social tan repugnante.

Su gran incidencia en Latinoamérica y en particular en Guatemala, colocan a la trata de personas en un marco de prioridad en cuanto a su estudio criminológico, porque suceden hechos notoriamente graves que requieren ser enfrentados en todos los órdenes, tanto desde el punto de vista familiar, comunitario, como desde el punto de vista institucional, y por medio de un profundo estudio criminológico se permitirá develar las razones de su origen, desarrollo y permanencia en esta parte del hemisferio, caracterizada por la implementación de políticas neoliberales que ahogan en la miseria a los estratos sociales más vulnerables, en los que se ubican a las mujeres, niñas y niños, todos objetos de trata.

Para que una actividad delictiva se considere crimen transnacional<sup>34</sup> debe cumplir las siguientes condiciones:

- a) que sea cometido en más de un Estado,
- b) que sea cometido solo en un Estado pero que una parte sustancial de la preparación, planificación, dirección o control tenga lugar en otro Estado,

---

<sup>33</sup> Berzosa, Alfonso, Martínez, Carlos. **Los efectos de la globalización y propuestas alternativas.**

<sup>34</sup> Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M. **Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación.** Pág. 69. Kellens, G. **La evolución de la teoría del crimen organizado.** Pág. 285. Jiménez Villarejo, C. **Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal.** Pág. 62. Rivera Clavería J. **El crimen organizado.** Pág. 23



- c) que sea cometido en un solo Estado pero en el que esté involucrado un grupo organizado criminal que desarrolle sus actividades criminales en más de un Estado.
  - d) que sea cometido en un Estado pero que tenga efectos sustanciales en otro Estado.
- Características todas que están presentes en el delito de trata de personas.

## 2.2. Crimen organizado y trata de personas

La trata de seres humanos hoy resulta la versión moderna de la trata de esclavos que se produjo hasta el siglo XIX, con un nuevo actor al mando, el crimen organizado, es la nueva esclavitud del siglo XXI pero más rentable que la esclavitud de antaño: es más barata que aquella legalmente establecida porque se basa en una relación fáctica de dominio, en la que el valor de adquisición y mantenimiento del esclavo contemporáneo es mucho menor.<sup>35</sup>

Esta instrumentalización mercantilista de las personas es una perversión más del modelo de producción capitalista dominante (globalizada) basada en la explotación de unos países sobre otros y en la supremacía del libre mercado; la libertad de compra y venta se convierte en un “imperativo moral”, en “fundamento de la naturaleza humana y base de una sociedad libre”.<sup>36</sup>

No solo han aumentado las diferencias y desigualdades respecto de los países desarrollados, creando situaciones de necesidad y vulnerabilidad de amplios sectores de la población mundial que son los que alimentan el fenómeno de la trata. Los derechos sociales también están sufriendo una metamorfosis en aras de una ética que gira en torno a la competitividad, que establece, de hecho, la mercantilización del

---

<sup>35</sup> **Ibid.**

<sup>36</sup> Baucells Lladós, J. **El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual**. Pág. 180; Ramonet, I. **Esclavos en Europa**. Págs. 1-2



trabajo y de los trabajadores.<sup>37</sup> (La OIT estima la cifra de 12,3 millones de personas víctimas de trata laboral).

Mantener el techo social, las garantías laborales, crear mecanismos públicos de control propios del Estado social y democrático de derecho, representan un grave obstáculo para la supremacía del mercado. La globalización del sistema neoliberal que desea contar con espacios de auto-des-regularización produce efectos perversos: cuanto más reducido sea el techo de las garantías sociales de un Estado, mayor será la “confianza” empresarial a la hora de mantener, o en su caso, generar empleo –precario- porque menores serán los costes de producción.

Como señala Ramonet, “se está desarrollando una suerte de “trata legal”. Es lo que sucedió en febrero de 2011 en Italia. “El grupo Fiat colocó al personal de sus fábricas ante un chantaje: o los obreros italianos aceptaban trabajar más, en peores condiciones y con salarios reducidos, o las fábricas se deslocalizaban a Europa del Este. Enfrentados a la perspectiva del paro y aterrorizados por las condiciones existentes en Europa del Este (...), el 63% de los asalariados de Fiat votaron a favor de su propia sobreexplotación”.<sup>38</sup>

Este planteamiento, manifiesta la tendencia a considerar la dignidad de las personas en un segundo plano, en la medida en que su protección no afecte a las bases del sistema económico; el trabajador es, sobre todo, fuerza productiva, una situación que se agrava respecto del perfil económico que define al extranjero inmigrante, al que se le reserva un estatus de inferioridad legal y excluyente, y que suele coincidir con el perfil de la víctima de la trata.

Por ello, el Estado expulsa a un importante sector de seres humanos procedentes de terceros países de los confines del marco productivo para reincorporarlos posteriormente como ilegales en la producción. La clandestinidad del extranjero, las

---

<sup>37</sup> Maqueda Abreu, M. L., **Op. Cit.** Pág. 260; Baucells Lladós, J. **Op. Cit.** Págs. 180- 201. Ramonet. I. **Op. Cit.** Págs. 1-2

<sup>38</sup> Ramonet, I. **Op. Cit.** Pág. 1



trabas para acceder legalmente al mercado de trabajo, favorecen las prácticas de trata que acentúan la situación de desamparo ante las mismas, de modo que la indefensión del inmigrante no proviene del tráfico en sí sino de las normas estatales que dificultan satisfacer los requisitos de regularización administrativa, el derecho a migrar.<sup>39</sup>

Las víctimas de la trata pertenecen, en su mayoría, a países en vías de desarrollo y son trasladadas a países desarrollados para ser explotadas. En Europa es especialmente destacable la trata con fines de explotación sexual (prostitución) y la de carácter laboral tiene lugar, sobre todo, en el servicio doméstico, los sectores de agricultura, construcción y restauración. Un gran porcentaje está representado por las mujeres.<sup>40</sup>

Por otro lado, la ausencia de regulación de las actividades de prestación de naturaleza sexual, o su prohibición, han tenido como consecuencia “la internacionalización de la fuerza de trabajo sexual”. Los planteamientos abolicionistas de la prostitución también han favorecido estas prácticas mercantilistas del ser humano.<sup>41</sup>

La Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, introduce disposiciones comunes teniendo en cuenta la perspectiva de género para mejorar la prevención de este delito y la protección de las víctimas.

Entonces es de reconocer, que al ser un problema mundial, es un mundo discordante, que por un lado cada vez aboga más por Derechos Humanos como los de libertad e igualdad, mientras que por otro niega esos valores a miles de personas por medio de practicar la trata/tráfico de seres humanos, lo cual es por desgracia, un flagelo que está alcanzando proporciones alarmantes, pues es un comercio enormemente lucrativo y con reducidos riesgos para sus organizadores.

---

<sup>39</sup> Baucells Lladós. **Op. Cit.** Pág. 190

<sup>40</sup> Díaz y García Conlledo, M. **Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal.** Pp. 414 y ss. Daunis Rodríguez, A. **El derecho penal como herramienta de la política migratoria.** Pág. 190; Ramonet, I. **Op. Cit.** Pág. 2

<sup>41</sup> Maqueda Abreu, M. L. **Op. Cit.** Pp. 259 y ss.; De León Villalba, F.J., **Tráfico de personas e inmigración ilegal.** Pág. 46 y ss.



Es un fenómeno que se ha convertido en una plaga que se extiende y generaliza, sobre todo en los últimos años, en el que operan grandes redes multinacionales bien articuladas con conexiones en todo el mundo; e irónicamente es en este mundo en el que hay hombres, mujeres, niñas, niños y jóvenes, luchando por el derecho a una vida libre de violencia y opresión sexual para alcanzar un desarrollo integral y disfrutar de una vida plena.

La trata/tráfico de personas, constituye un negocio que se desarrolla en todo el mundo con una impunidad casi absoluta y en muchos casos con sanciones incluso mucho menos severas que las estipuladas para el tráfico de drogas. La total ausencia de medidas contra la prostitución en la mayor parte de los países, ha permitido que la trata/tráfico de personas crezca sin control alguno.

Las mujeres tratadas/traficadas llegan todos los días a un país que no es el suyo, engañadas, desde el llamado Tercer Mundo. Mujeres jóvenes, niñas, niños que huyen de la guerra, miseria o cualquier situación de pobreza, -casos que van acompañados de la violencia que se ejerce en contra de ellos, derivada de la discriminación de que son objeto por la opresión en la que se ven confinados a vivir, para poblar las calles y los burdeles de los llamados países desarrollados.

Las mujeres en la vida cotidiana, con una vida totalmente sexuada, tienen que sobrevivir en todos los espacios bajo la mirada de ser objetos sexuales. Les toca vivir estas situaciones de opresión extrema, se convierten en la carne de cañón de un negocio sumergido que mueve miles de millones de euros anuales que escapan al fisco y que además suele estar unido al tráfico de drogas y a otras actividades ilegales del crimen organizado.

### **2.3. Instrumentos Latinoamericanos contra la trata de personas**

Los tratados internacionales descritos anteriormente sirven como marco y directrices para la legislación interna de los países. El Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica, firmado en San Pedro de Sula, Honduras, el 15 de Diciembre de 1995, proclama un modelo de seguridad democrática basado en el respeto de los



Derechos Humanos, en la creación de condiciones para el desarrollo personal, familiar y social, superación de la pobreza y la pobreza extrema, promover el desarrollo sostenible, erradicar la violencia, la corrupción, la impunidad, el terrorismo, la narcoactividad y el tráfico de armas, la trata de personas, entre otros.

Este tratado constituye uno de los pasos de gran trascendencia de Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, posterior a los conflictos bélicos que azotaron a esta región por largos años.

La Comisión de Jefes de Policías de Centroamérica y el Caribe (CJPCAC) constituye una instancia clave para diseñar estrategias regionales. Cuenta con un Sistema Estadístico Policial para Centroamérica y el Caribe (SEPOLCAC) y planes regionales particulares contra el crimen organizado en sus distintas modalidades delictivas.

En los tratados multilaterales a nivel de Centroamérica, las instituciones policiales han jugado un papel beligerante en la recuperación y devolución de vehículos robados y en el tráfico de armas y drogas, delitos que tienen especial importancia para la seguridad de la región.

Sin embargo, hasta hoy, la cooperación en la lucha contra la trata de personas sigue siendo deficitaria; para ello, es necesario diseñar indicadores estándares para registrar y monitorear el comportamiento de este delito; dichos indicadores a criterio de los especialistas, debe reflejar las diferencias de género y edad.<sup>42</sup>

En este contexto, se señala a República Dominicana como el cuarto país a nivel mundial en trata de personas para la explotación sexual, se desconoce el número exacto de víctimas; en donde en respuesta a este grave problema, han desarrollado una serie de experiencias valiosas que podrían servir de referente para los países de Centroamérica al abordar esta problemática.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Chávez Carapia, Julia del Carmen. **Perspectiva de género.** Pág 21.

<sup>43</sup> Dugard, John. **Salvando la distancia entre los derechos humanos y el derecho humanitario: “la sanción de los infractores.** Pág. 13



En República Dominicana, la Ley 137-03 sobre Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas se puede considerar el instrumento básico; existe además una serie de instituciones estatales, como la Procuraduría General de la República y la Policía Nacional, y organizaciones no gubernamentales que cuentan con estructuras especializadas en la lucha contra la trata de personas; entre otras acciones se han llevado a cabo campañas de sensibilización con difusión masiva.

Otro ejemplo, en Nicaragua, donde la Interpol está llevando a cabo un registro sobre los casos de trata de personas conocidos, a raíz de solicitudes de información por parte de estructuras policiales o a través de los medios de comunicación.

De esta forma se están generando algunos indicadores que definen edades, sexo, lugar de procedencia, y forma de salida del país de las víctimas, así como generalidades sobre los/as traficantes.<sup>44</sup> Esto permite una mejor caracterización y definición de perfiles de grupos de riesgo y del *modus operandi* del crimen organizado.

A nivel Regional Interamericano, existen las siguientes convenciones que regulan de alguna manera la temática en cuestión: Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura Protocolo de San Salvador: Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Personas Menores de Edad, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Personas Menores de Edad, Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Personas Menores de Edad.

---

<sup>44</sup> Folleto informativo de ECPAT Internacional Bangkok. Algunas preguntas sobre la Explotación Sexual Comercial de la Niñez, y sus Respuestas.



## 2.4. La trata de personas y el tráfico ilegal de personas

Naciones Unidas define el tráfico ilegal de seres humanos como: “el reclutamiento, transporte, traslado, escondite o recepción de personas por medio de amenazas o uso de la fuerza u otras formas de coerción, secuestro, fraude, engaño, abuso de la fuerza o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que tiene el control sobre otra con propósitos de explotación. Explotación que debe incluir al menos la explotación de la prostitución, de otra u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o servidumbres o la extracción de órganos”.<sup>45</sup>

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación 1325 de 1997 lo define, como “cualquier transporte legal o ilegal de mujeres y /o comercio con ellas, con o sin consentimiento inicial, para obtener beneficios económicos, con el propósito de forzarlas a la prostitución, al matrimonio o cualquier otras formas de explotación sexual. El uso de la fuerza puede ser física, sexual y/o psicológica, e incluye intimidación, secuestro y abuso de autoridad o de una posición de vulnerabilidad”.<sup>46</sup>

La proliferación de las redes ilegales de delincuentes y sus implicaciones tanto en los países de destino como en las personas traficadas es un gran problema internacional del que se empieza a tener conciencia a partir de la década de los noventa.

En este sentido, Naciones Unidas, consciente de lo que supone el crimen organizado y su cada vez mayor implicación en el tráfico de seres humanos, donde entre 800 y 900 mil personas caen cada año en las redes del tráfico ilegal, aprobó en el año 2000, la Convención contra el Crimen Organizado Transnacional, en la que se define el crimen organizado como un grupo estructurado de tres o más personas que con una continuidad en el tiempo y actuando de acuerdo tienen el objetivo de cometer uno o

---

<sup>45</sup> Definición recogida en el Protocolo de Naciones Unidas para prevenir, suprimir y castigar el tráfico de personas, especialmente de mujeres y niños.

<sup>46</sup> ONU, 2009. Recomendación 1325 de 1997 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Pág.18



más delitos para obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o cualquier otro de orden.<sup>47</sup>

La noción del tráfico ilegal de seres humanos, no solo contempla el transporte de personas de un lugar a otro, sino también el reclutamiento, escondite o recepción de personas con intención de explotarlas laboral o sexualmente, incluyendo prácticas de esclavitud. Definición amplia que engloba todo el proceso, desde que caen en manos de las redes de crimen organizado hasta la llegada al país de destino donde son utilizadas en la prostitución o la explotación laboral.<sup>48</sup>

Igualmente, desde 1994 se viene celebrando, en el seno de Naciones Unidas, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, uno de los foros más importantes donde las cuestiones de la inmigración son consideradas en todas sus dimensiones.

En 2004, al cumplirse los 10 años de la primera Conferencia, los Gobiernos alcanzaron el compromiso fundamental abordar las causas profundas de la migración, especialmente relativas a la pobreza y tratar de que la opción de permanecer en el propio país sea viable para todos. Iniciativas internacionales que se completan con otras para luchar contra la criminalidad organizada y que incluyen la tipificación del delito.

Sin embargo, aunque se ha alcanzado un acuerdo internacional sobre la tipificación y la necesidad de combatir el tráfico ilegal de seres humanos, aún existen regiones del mundo en las que por sus particularidades no se contempla el Protocolo de Naciones Unidas en toda su dimensión. La Asociación del Sudeste Asiático para la Cooperación (SAARC: *South Asian Association for Regional Cooperation*) ha aprobado su propia Convención para Prevenir y Combatir el Tráfico de Mujeres y Niños para la Prostitución;

---

<sup>47</sup> Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar el Tráfico de Personas, especialmente Mujeres y Niños.

<sup>48</sup> [García Vázquez](#), Sonia. Inmigración ilegal y Trata de personas en la Unión Europea: La desprotección de las víctimas". Pomares Cintas, Esther. El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral.



convención que no recoge como delito el tráfico para la explotación laboral, permitiendo a las mafias traficar con mujeres y niños.<sup>49</sup>

Tráfico ilegal de personas y tráfico ilegal de migrantes son términos utilizados para describir la transportación de gente al cruzar fronteras internacionales hacia un punto de entrada no oficial de un país de destino, esto por una variedad de razones. Típicamente, quienes son transportados puede que no tengan documentos adecuados para viajar formalmente o que no tengan aprobación previa para entrar al país de destino.<sup>50</sup>

Las personas que transportan migrantes de forma ilegal, son frecuentemente empleados por refugiados que huyen de algún tipo de persecución; aunque también mucha gente que es transportada de esta forma busca mejorar su empleo y sus oportunidades financieras. Pero con las crecientes restricciones en política mundial referente a refugiados, los inmigrantes ilegales que huyen de la persecución o de extremas condiciones de vida son frecuentemente interpretados como meros migrantes económicos.<sup>51</sup>

Muchos autores e investigadores de esta temática,<sup>52</sup> emplean estos términos como sinónimos para referirse a sus consecuencias y a las acciones que se deben realizar para erradicar este crimen que atenta contra la vida de muchas personas, dentro de las cuales se incluye la de menores de edad; lo mismo ocurre en leyes, protocolos y convenios internacionales; pero a pesar de tener ciertas semejanzas existen diferencias entre los mismos.

Debido a la importancia que se le otorga, estos delitos se llegaron a reconocer al igual que el tráfico de drogas y de armas, como delitos internacionales, por lo que muchas

---

<sup>49</sup> Rivera Clavería J. **Op. Cit.** Pág. 25

<sup>50</sup> Oficinas de las Naciones Unidas con respecto a Drogas y Crimen - **Diferenciando entre trata de personas y tráfico ilegal de personas.**

<sup>51</sup> Ramonet, I. **Op. Cit.** Pág. 6

<sup>52</sup> Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M. **Op. Cit.** Pág. 58. Kellens, G. **Op. Cit.** Pág. 283. Jiménez Villarejo, C. **Op. Cit.** Pág. 60. Rivera Clavería J. **Op. Cit.** Pág. 23. Ramonet, I. **Op. Cit.** Pág. 5



organizaciones se manifestaron en su contra y desarrollaron protocolos y convenios donde se plasman las medidas que se deben tomar para poner fin a las violaciones que en su ejecución se cometen, además de las alternativas a tener en cuenta para que exista una migración legal y segura.

Dicha actividad ilícita era conocida como trata de blancas (sin embargo, usar ese término en la actualidad no es correcto) debido a que la práctica se origina en un período de esclavitud donde la “trata de negros/as” era una situación aceptada por la población y por el Estado; en cambio para esa era, la esclavitud de mujeres blancas era un delito. Eran trasladadas de su lugar de origen para ser posteriormente explotadas como caseras o prostitutas.

En la actualidad, el término correcto es trata de personas, el cual sirve para denominar cualquier tipo de trata de personas sin importar la edad, género o raza debido a que el término trata de blancas se originó por distinción racial y por ser un delito, puesto que en aquel entonces la trata de personas de piel negra era permitida e incluso era parte de los ingresos del gobierno, en la actualidad esta denominación se considera errónea o simplemente anacrónica.<sup>53</sup>

La trata de personas es un fenómeno global, más de 130 países han reportado casos. Es una de las actividades ilegales más lucrativas, después del tráfico de drogas y de armas. De acuerdo con estimaciones de las Naciones Unidas, más de 2.4 millones de personas están siendo explotadas actualmente como víctimas de la trata de personas, ya sea para explotación sexual o laboral. Otras formas de trata de personas incluyen la servidumbre, el tráfico de órganos y la explotación de niños para la mendicidad o bien la guerra. Hasta un 80 % de las víctimas de la trata de personas son mujeres y niñas.<sup>54</sup>

Las Naciones Unidas declararon en 2009 que las estimaciones muestran que podría haber alrededor de 270.000 víctimas de la trata de personas en la Unión Europea. El

---

<sup>53</sup> Rivera Clavería. **Op. Cit.** Pág. 23. **Relatora Especial de la ONU sobre Violencia Contra la Mujer ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.**

<sup>54</sup> **Boletín Informativo de la ONU en Español.**



tráfico de niños es una de las formas de trata de personas, es una práctica secuestro, desaparición y ocultamiento de la identidad de niños, muchas veces mediante partos clandestinos y adopciones ilegales. Es una práctica utilizada por mafias para su financiación. También ha sido una práctica utilizada en regímenes dictatoriales, particularmente como forma de represalia contra mujeres o familias que no son fieles al régimen.<sup>55</sup>

El tráfico de niños tiene por objeto la adopción ilegal, la explotación infantil tanto laboral como sexual -prostitución y corrupción de menores, Abuso sexual infantil- y el uso militar de niños.<sup>56</sup>

El tráfico de bebés fue una práctica sistemática de terrorismo de Estado que consistió en el secuestro, desaparición y ocultamiento de la identidad de hijos de detenidos-desaparecidos, muchas veces mediante partos clandestinos y adopciones ilegales, en el marco de la sangrienta dictadura militar autodenominada Proceso de Reorganización Nacional que rigió Argentina entre 1976 y 1983.

La Asociación Abuelas de Plaza de Mayo estima en unos 500 los niños que desaparecieron en esas circunstancias y cuya identidad ha sido sustraída, y es la principal organización de derechos humanos en impulsar la búsqueda, recuperación y atención especial de los mismos. Hasta septiembre de 2010, han sido recuperadas 102 personas que habían sido víctimas del tráfico de bebés. Disponible:<sup>57</sup>

La Trata de Personas, consiste en el transporte o traslado de un lugar a otro de personas para de modo abusivo aprovechar sus cualidades y con un marcado ánimo de lucro, utilizarlas en el cumplimiento de actividades delictivas o trabajos forzados que atenten contra su salud o integridad corporal, para lo cual no necesariamente se deben cruzar las fronteras de un Estado. Dentro de las actividades que se realizan de forma coercitiva, con el uso de la amenaza y la coacción, etc., se puede citar como ejemplo el

---

<sup>55</sup> Dandan Alejandra. Diario el País. Pág. 12

<sup>56</sup> Unicef [¿De qué se trata la de niños, niñas y adolescentes?](#), Apuntes para la información y reflexión de los docentes en torno a la trata de niños, niñas y adolescentes con fines de **explotación sexual**. Documento digital.

<sup>57</sup> <http://edition.presstv.ir>. Recuperado (3/7/2015).



uso de los hombres y niños para la cosecha y tráfico de drogas o la prostitución para mujeres y niñas.

Los elementos de la trata<sup>58</sup> de personas son:

- El acto (qué se hace): la acción de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir personas.
- Los medios (cómo se hace): amenaza o uso de fuerza, coacción, rapto, fraude, engaño, abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión de pagos o beneficios en cambio del control de la vida de la víctima.
- Objetivo (por qué se hace): para fines de explotación, que incluye prostitución, explotación sexual, trabajos forzados, esclavitud, retirada de órganos y prácticas semejantes.

Existe explotación<sup>59</sup> en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre o se la sometiere a prácticas análogas.
- b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados.
- c) Cuando se promoviere, facilitare, desarrollare o se obtuviere provecho de cualquier forma de comercio sexual.
- d) Cuando se practicare extracción ilícita de órganos o tejidos humanos.

Una de las razones por las que la trata de personas no es objeto de una mayor represión es el escaso número de casos documentados. Esto se explica fácilmente porque, en la mayoría de los casos, las víctimas de la trata son consideradas simplemente como delincuentes por las autoridades del Estado receptor y, a menudo, son detenidas, procesadas y deportadas.

---

<sup>58</sup> Rivera Clavería J. **Op. Cit.** Pág. 23

<sup>59</sup> **Ibid.**



Si a esto se le suma el temor a las represalias de los tratantes, se comprende que las víctimas de la trata no se sientan inclinadas a cooperar con las autoridades policiales de los países de destino. La ignorancia de sus derechos y protecciones legales, los obstáculos culturales y lingüísticos y la ausencia de mecanismos de apoyo hacen que las mujeres víctimas de la trata se sientan aún más aisladas e impiden que busquen justicia o que reciban respuesta de las autoridades judiciales”.

Es por ello, que ningún Estado firmante del Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños puede judicializar a una persona que haya sido víctima de trata de personas, por cualquier delito que haya cometido, en relación con su experiencia como víctima de este delito. Es responsabilidad del Estado proteger la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata.

Cada Estado firmante del Protocolo considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas. Visto entonces que el objetivo principal de la Trata de Personas es la explotación de las personas, se hace necesario conocer el concepto de Tráfico de Personas.

El término de tráfico de personas se interpreta de varias formas, se puede definir como una modalidad del fenómeno migratorio que opera como una organización delictiva a nivel internacional, con fines lucrativos desde países subdesarrollados o en conflicto hacia países desarrollados, empleando medios ilegales o engañosos para burlar las políticas y controles migratorios de los países emisores del tráfico, empleando para ello el canal legal o ilegal. Es en fin, la salida ilegal del territorio nacional con apoyo del exterior.<sup>60</sup>

Por su parte, el Protocolo complementario a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, para prevenir el tráfico ilícito de

---

<sup>60</sup> Documentos metodológicos para el enfrentamiento al tráfico de personas. Pág. 24



migrantes por tierra, mar y aire,<sup>61</sup> define en su Artículo 3 el Tráfico de Personas como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

Otras legislaciones, como es el caso de Nicaragua, regulan que el tráfico de migrantes ilegales es el ingreso y traslado de extranjeros a través del territorio nacional sin llenar los requisitos que exige la Ley. El Tráfico de Personas, es la acción de organizar, promover, dirigir, apoyar o ejecutar con ánimo de lucro o ganancia de cualquier otro tipo, la entrada de personas en territorio nacional de otro Estado sin cumplir con las regulaciones migratorias establecidas para ello, mediante cualquier vía o forma y desde cualquier nación, ya sea directamente o utilizando países de tránsito.

Según los diferentes *modus operandi* que se emplean en la comisión del delito en cuestión y al tener en cuenta que es imprescindible la salida de un país para penetrar de forma ilegal en otro del cual no se es ciudadano, se ha dado algunas clasificaciones al respecto.

Los países que intervienen en el delito de tráfico de personas se clasifican de la siguiente manera:

País emisor: aquellos donde se nutre el tráfico de personas, aprovechándose de los interesados en emigrar y que generalmente no encuentran la vía legal, principalmente países subdesarrollados y densamente poblados. Ejemplo de ello lo constituyen naciones como Guatemala y México, donde las personas desean emigrar por causas como la situación económica y la reunificación familiar.

En el caso de México se puede alegar que además de ser un país emisor se considera como un país de tránsito, puesto que emigran mexicanos y la vez se emplea como

---

<sup>61</sup> **Protocolo complementario a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, para Prevenir el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.**



estancia por los traficantes para que su carga humana pueda llegar al destino final, fundamentalmente Estados Unidos de Norteamérica.

País de tránsito: aquellos cuya posición geográfica los ubican cerca de los Estados receptores, en ellos se puntualizan y concretan los pasos organizativos finales para lograr los objetivos del tráfico. En este caso se encuentra México, estado donde existen casas de seguridad para que los traficados permanezcan hasta que se realicen el resto de las acciones con los familiares para garantizar el pago.

País receptor: aquellos que constituyen el destino final de los involucrados en la actividad, fundamentalmente países desarrollados como Estados Unidos.

Teniendo en cuenta los conceptos a los que se hizo alusión en los párrafos precedentes se puede decir entonces que aun cuando existen elementos causales o características comunes entre ellas, se trata de dos modalidades delictivas diferentes por lo que no se pueden emplear como sinónimos.

La distinción entre trata y tráfico de personas puede advertirse a través de las siguientes características:

- Transnacionalidad. Para que se cometa el delito de trata de personas no es imprescindible el cruce de las fronteras hacia otro Estado, esta puede tener lugar independientemente de si las víctimas son trasladadas a otro Estado o solo desplazadas de un lugar a otro dentro del mismo Estado; lo cual constituye un elemento esencial para la actividad delictiva de tráfico de personas.
- Explotación. El objetivo fundamental de la trata de personas implica la explotación persistente de las víctimas, es emplear a las personas en alguna actividad delictiva para obtener beneficios a través de estas, como por ejemplo la prostitución, la cosecha, venta y tráfico de drogas, así como el tráfico de armas, etc.

Desde un punto de vista práctico, las víctimas de la trata también suelen resultar más gravemente afectadas y tener más necesidad de protección frente a una nueva



victimización y otras formas de abuso que los migrantes clandestinos, sin embargo, la esencia del tráfico humano es facilitar, con ánimo de lucro, la migración ilegal de personas hacia otros países, el tráfico ilegal termina con la llegada de los migrantes a su destino.

- Consentimiento. Para la ejecución de la trata de personas se emplea el engaño, la amenaza, la violencia, la coacción, el abuso de los traficantes, el maltrato, tanto a hombres como a mujeres y niños. En el caso del tráfico de migrantes que suele realizarse en condiciones peligrosas o degradantes no es necesario que se utilicen estos medios coercitivos para ejecutar la acción, pues el traficado emigra por voluntad propia.

La trata de personas se traduce en la explotación de las mismas, mientras que el tráfico de personas es lucrar mediante el traslado ilegal de personas hacia otra nación a la que no pertenece ni reside; sí la trata de personas es distinta al tráfico ilegal de personas. Una persona encubierta que transporta gente le facilitará la entrada ilegal a un determinado país por un honorario, pero a la llegada al destino, las personas que fueron transportadas comúnmente son libres.

La trata de personas involucra fuerza física, fraude o engaño para obtener y transportar gente. Las mujeres, quienes representan la mayoría de las víctimas de trata de personas están particularmente en riesgo de criminales que explotan la falta de oportunidades, y prometen buenos trabajos u oportunidades de estudio, y entonces fuerzan a las víctimas a ser prostitutas. La posición dominante expresada distingue el tráfico de la trata, según haya mediado, o no, el consentimiento del inmigrante o de acuerdo a si se afectó, o no, su libertad.

Sin embargo, hay quien considera que tráfico es una denominación genérica que comprende tanto la trata de personas (con fines de explotación), como el contrabando



de inmigrantes (traspaso ilegal de fronteras con la anuencia del transportado) maltrato de personas inocentes que no tienen ningún delito de 3er grado.<sup>62</sup>

Es importante, que se sepan diferenciar estos términos para no confundirlos a la hora de referirse a alguno de ellos en específico. Pero si se analiza desde el punto de vista operativo para establecer una política en cuanto al tratamiento que se le brinda tanto a los traficantes como a los traficados y a las medidas a tener en cuenta para su enfrentamiento se puede decir que, a pesar de ser figuras delictivas diferentes, existe una gran relación entre las mismas, puestos que en ambas son los seres humanos el centro de la actividad ilegal.

El tráfico de personas se ejecuta por un grupo de sujetos que tienen como objetivo principal obtener ganancias, que pertenecen a una organización cuyo interés esencial es lucrativo, por ello los traficados o los familiares de estos tienen que pagar grandes sumas de dinero para poder emigrar hacia otros países, principalmente hacia Estados Unidos. Si no se cumple con los requisitos que establecen los traficantes en cuanto al pago, comienzan a realizar acciones en contra de la voluntad de los emigrantes con el objetivo de cobrar lo que piden, significando que son obligados a realizar operaciones similares hasta concretar el pago establecido.

Por lo anteriormente expuesto se puede decir que el Tráfico puede llegar a convertirse en Trata de Personas, pues en algunas ocasiones se violan los derechos humanos y estas personas se convierten en víctimas de un crimen de otra naturaleza.

## **2.5. La trata de niños, adolescentes y mujeres**

La explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes es un fenómeno sumamente complejo y sobre el cual existe mucha confusión en términos de concepto.

---

<sup>62</sup> Hairabedian, Maximiliano, **Tráfico de personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional**. Pág. 13



Por lo tanto, es necesario delimitar claramente desde donde parten las definiciones adoptadas.

En cuanto a la trata con fines sexuales, la definición de este concepto se basa en el protocolo de Palermo, el cual entiende por trata “la captación, el transporte, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza y al uso de la fuerza y otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.<sup>63</sup>

La trata de personas también se lleva a cabo en el marco del flujo migratorio. Los niños, niñas y adolescentes migrantes son altamente vulnerables a este delito. Ellas/os inician su viaje en busca de oportunidades laborales, reunificación familiar o tratando de escapar de situaciones de violencia intrafamiliar pero en el trayecto enfrentan el riesgo de ser atrapadas/os por redes de tratantes.

ECPAT International, es una red mundial de organizaciones e individuos que dirigen su accionar a asegurar que niños, niñas y adolescentes de todo el mundo gocen de sus derechos libres de la explotación sexual comercial. Compuesta por más de 80 organizaciones especializadas con presencia en más de 70 países, ECPAT Internacional tiene una larga trayectoria en la generación de conocimientos sobre la explotación sexual comercial en todas sus formas, incluyendo a la trata con fines sexuales, las relaciones sexuales remuneradas y a las imágenes de abuso sexual o pornografía.

---

<sup>63</sup> Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada. OIT/IPEC, Transnacional -Protocolo de Palermo- Art. 3, inciso a.



Con el fin de garantizar que los programas destinados a atender a la explotación sexual comercial de niños y adolescentes son desarrollados con base a información precisa y actualizada, ECPAT impulsa investigaciones, estudios exploratorios, análisis de situación y ensayos académicos, teniendo en cuenta tendencias emergentes y particularidades contextuales de este problema en toda su complejidad.

La explotación sexual comercial de la niñez es una violación fundamental de los derechos de la niñez. Abarca el abuso sexual por parte del adulto, y remuneración en dinero o en especie para la niña o para una tercera persona o personas. La niña es tratada como objeto sexual y como mercancía. La explotación sexual comercial de la niñez constituye una forma de coerción y violencia contra ésta, equivale al trabajo forzado y constituye una forma contemporánea de esclavitud.

Dado que la explotación sexual comercial está constituida por prácticas que son degradantes y muchas veces atentatorias contra la vida de las niñas, niños y adolescentes, representantes gubernamentales de 159 países, en forma conjunta con organismos no gubernamentales, ECPAT Internacional, UNICEF y otras agencias de las Naciones Unidas presentes en el Congreso de Estocolmo de 1996, se comprometieron a asociarse globalmente contra la explotación sexual comercial de la niñez y la adolescencia.<sup>64</sup>

La Declaración y Agenda para la Acción no son documentos legalmente obligatorios para los países que la suscriben. Sin embargo, hay varias Convenciones Internacionales que contienen Artículos que ofrecen protección a las niñas, niños y adolescentes de la explotación sexual comercial.

En el año 2000, se adoptó un Protocolo Facultativo de la Convención de los derechos del niño, relativo a la venta de niños y niñas, la prostitución Infantil y la Utilización de Niñas y Niños en la Pornografía, dirigido al combate de la explotación sexual comercial

---

<sup>64</sup> ECPAT Internacional, CODENI, IDEIF, REDES y Movimiento el Pozo, **Mercancía Sexual: Como hemos creado la demanda para la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en el Perú.** Pág.13



de la niñez y adolescencia. Entró en vigencia el 18 de enero de 2002 y fue ratificado por Costa Rica (9 de abril), Guatemala (9 de Mayo), Honduras, (8 de Mayo), México (15 de Marzo), y firmado por El Salvador (13 de Septiembre) del mismo año. Nicaragua tiene pendiente su firma a la fecha de este documento (Abril del 2003).

Entre otras cosas, este Protocolo establece la obligatoriedad para los Estados de adecuar su legislación de manera que pueda sancionar las conductas que se pretenden cambiar, así como las medidas necesarias para ayudar a las víctimas de la ESCNNA a superar los daños psico-sociales recibidos.

Los Estados que ratifican estas convenciones están legalmente obligados a cumplir sus disposiciones. La que logró mayor ratificación y quizás la más conocida, es la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

El Artículo 34 de esta convención insta a los Estados Partes “a tomar todas las medidas apropiadas para impedir: a) La iniciación o la coacción para que un niño/a se dedique a cualquier actividad sexual ilegal, b) La explotación de un niño/a en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y c) La explotación del niño/a en espectáculos o materiales pornográficos”.

El Artículo 35 de la CDN pide a los Estados Partes que tomen las medidas necesarias para impedir el secuestro, la venta y el tráfico infantil para cualquier propósito y de cualquier forma. Y a la fecha ha sido ratificada por todos los países del mundo, con excepción de Somalia y Estados Unidos.

La Organización Internacional del Trabajo, incluye a la explotación sexual comercial de la niñez como una de las peores formas de trabajo infantil bajo la Convención sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil.<sup>65</sup> Se aplica a todas las personas menores de 18 años y requiere como prioridad de los Estados que la ratificaron “diseñar e implementar programas de acción” para eliminar las peores formas de trabajo infantil y “establecer o diseñar mecanismos apropiados” para monitorear la implementación de la Convención, en consulta con organizaciones patronales y de trabajadores.

---

<sup>65</sup> Convención sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de 1996. OIT, Convenio 138 de 1996.



Otra estrategia es la de reconceptualizar la explotación sexual de la niñez y adolescencia como “tratamiento degradante” y, por ende, una violación al Artículo 7 del Convenio Internacional de Derechos Políticos y Civiles, o el Artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, o al Artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Convención Internacional de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (as) que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Este Protocolo define la trata de una persona menor de edad como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño, niña o adolescente con fines de explotación, entre los cuales se mencionan los trabajos forzados, la esclavitud, la explotación sexual y otros.

La explotación sexual de la niñez a través de la prostitución es un antiguo problema global. En algunos países ha existido durante siglos, arraigada en prácticas históricas y culturales. La creciente pobreza en América Latina por la caída de los precios de productos de exportación tradicionales y los efectos que tienen en su economía los sucesos globales violentos que afectan otras áreas no tradicionales como el turismo, han pulverizado las redes de desarrollo social en áreas claves como la salud y la educación.

La demanda local ha sido, y es ahora, el factor más importante en la Región Centroamericana, pues constituye la plataforma que tolera y facilita la explotación a mayor escala, encubierta por patrones culturales y condicionamientos de género sobre el lugar que la mujer, las niñas, niños y adolescentes ocupan en la sociedad. La carencia de educación que permita variar este factor, incide negativamente en el progreso general que se puede lograr.

La demanda extranjera, si se mide en cantidad únicamente, es menor. Ha sido estimulada por políticas de desarrollo económico que promueven la inversión extranjera, atrayendo tanto a expatriados como a turistas. Pero más que eso, lo que lo



ha fomentado en forma especial en algunos países, es su promoción por parte de redes de explotadores como destinos para el turismo sexual, propicios para la impunidad. Muchos de los esfuerzos por combatir la prostitución infantil en los países en desarrollo se concentran en el abuso llevado a cabo por explotadores extranjeros.

Existen dos razones para ello. La primera es que el poder económico y social de la persona explotadora extranjera es mucho mayor que el de la víctima y su familia, y por ello el abuso de poder se acentúa. En la mente de quien explota ocurre muchas veces que piensa que le hace un gran favor a la persona menor de edad, pues le ayuda con dinero para su subsistencia. La segunda es que el o la explotador(a) extranjero(a) puede abandonar fácilmente el país donde tiene lugar el abuso y evitar el procesamiento. En respuesta a esto último, se promueve la utilización de la jurisdicción extraterritorial en muchos países.

La Legislación extraterritorial permite a un país procesar a sus ciudadanos por delitos (contra la niñez y la adolescencia) aún si son cometidos fuera del país. Muchas leyes no requieren que el acto que se les imputa en su propio país sea un delito en el país en que se cometió el acto (doble criminalidad). A la fecha, al menos 32 países han promulgado legislaciones extraterritoriales. No obstante, las autoridades enfrentan obstáculos en el momento de llevar a cabo una investigación y de procesar delitos cometidos en el exterior. La compilación de evidencia confiable y de testimonios depende de la cooperación de la policía local.

Las diferencias del lenguaje, las culturales y las actitudes hacia la explotación sexual comercial de la niñez pueden complicar aún más el tema. En todos los países estudiados por ECPAT Internacional/Casa Alianza (Nicaragua, Costa Rica, Guatemala, Honduras, El Salvador y México), el tipo de explotación para el cual se contrata a las niñas va desde danzas exóticas a atender mesas en lugares de entretenimiento de las clases bajas.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Dane. **Trabajo Infantil 2007**.



Muchos de estos lugares proveen habitaciones separadas o “piezas” donde el cliente puede dirigirse para tener entretenimiento “privado” con la persona menor de edad. En Chiapas, México, las bailarinas de mesas son parte del “show”. Las niñas se menean por una pasarela, el cliente elige a una de ellas y compra un ticket por sus “servicios”. De igual forma, en Nicaragua y El Salvador, las adolescentes son forzadas a trabajar como bailarinas.

En Nicaragua, las niñas son explotadas sexualmente para el comercio en las denominadas salas de masajes. Se estima que hay 25 casas de masajes en Managua. Los anuncios de solicitud abiertamente buscan “jóvenes” trabajadoras para salas de masajes y otros servicios. Las fotos de los servicios que se ofrecen comprueban que los mismos son provistos por mujeres muy jóvenes.

En El Salvador, los investigadores notaron que gran parte de adolescentes masculinos abandonan sus hogares para vivir en las calles como travestis, cuando sus preferencias sexuales no son aceptadas por la familia y amigos. También se han detectado travestis menores de edad trabajando en Nicaragua. Así mismo, en El Salvador, se identificó un fenómeno denominado “prostitución en temporada de vacaciones” o “fin de semana”.

Esto involucra a niñas y adolescentes que regularmente estudian y que se prostituyen durante las vacaciones o fines de semana. Muchas de estas niñas y adolescentes terminan abandonando los estudios para prostituirse de forma regular. El motivo que las lleva a la prostitución es principalmente el querer adquirir productos lujosos. El motor de sus acciones no es la pobreza.

Existen dos categorías de pornografía: blanda, que no es sexualmente explícita pero involucra imágenes desnudas y seductoras de niñas, niños y adolescentes, y la dura que tiene relación con imágenes de personas menores de edad involucradas en actos sexuales. La utilización de niñas, niños y adolescentes en la producción de pornografía es explotación sexual comercial, además de ser evidencia de abuso sexual.

Otro aspecto fundamental cuando se discute la ponderación de bienes jurídicos a tutelar, entre el derecho de la intimidad en la esfera privada de las personas y el



derecho que tiene la niñez y la adolescencia de no ser víctima de la explotación sexual comercial y del abuso en su contra, debe dilucidarse atendiendo a una serie de parámetros que ponen en orden la jerarquía del ordenamiento jurídico internacional, escrito y perentorio.

Es claro que la libertad o derecho de una persona tiene límites, ya sea la esfera de otra persona o bien, la moral pública que existe en cada momento histórico determinado, atendiendo al contexto. Las nuevas tecnologías han cambiado la naturaleza de la pornografía. Las cámaras digitales y los aparatos de video han hecho más fácil y barata la producción de videos, y existe menos riesgo de detección ya que no se requiere de una tercera parte para desarrollar las imágenes como en la fotografía convencional.

Se mejora la reproducción; las imágenes digitalizadas no se envejecen o pierden su calidad a través de las copias. La distribución de imágenes pornográficas se ha vuelto más fácil, barata y rápida por medio de la Internet. Ya que la Internet pasa por encima de fronteras y leyes nacionales, la detección y procesamiento se vuelve cada vez más difícil.

Al utilizar *software* de gráficos digitales, ahora es posible combinar dos imágenes en una, o distorsionar fotografías para crear una imagen totalmente nueva: un proceso llamado "*morphing*" (transformación virtual de figuras. Por medio de este proceso, las imágenes no pornográficas de niños(as) reales pueden hacerse pornografía, y se pueden generar imágenes pornográficas de "niños, niñas y adolescentes virtuales". La evolución de la "pseudo-pornografía" suscita un conjunto de preguntas y asuntos totalmente nuevos.

Muchas leyes sobre pornografía tienen que ver solamente con personas menores de edad reales y representaciones de sucesos que realmente ocurrieron. Por ello, los acusados, pueden aducir que una imagen creada por medio de "*morphing*" no es real y por lo tanto no es ilegal. La pornografía infantil y adolescente, sin embargo, no trata únicamente sobre fotografías de personas menores de edad desnudas. Existe un vínculo claro entre pornografía de niñas y niños -reales o no-, y abuso sexual en el mundo real.



En este sentido, hay que ligar la pornografía infantil por alusión, es decir, aquella en la que personas mayores de edad utilizan indumentaria que claramente alude a estadísticas de la niñez y la adolescencia (uniformes escolares, chupetas, etc.) Esto es prohibido en las legislaciones de muchísimos países, incluso de aquellos en los que se considera que hay una apertura social mayor a la pornografía en sus diferentes manifestaciones.

La utilización más obvia de la pornografía infantil es asistir en la excitación y gratificación sexual. Sin embargo, también es utilizada para: validar el propio comportamiento como “normal”; seducir a niñas, niños y adolescentes y reducir sus inhibiciones; chantajear a una persona menor de edad; preservar la juventud de una persona menor de edad en una imagen a la edad en que se prefiere; establecer la confianza entre pedófilos; obtener entrada a “clubes” privados; producir para lucrar comercialmente.

Miles de sitios en la Red Internet, contienen cantidades masivas de pornografía infantil y adolescente, sin embargo, son de difícil acceso y ubicación. Algunas páginas son publicadas en sitios gratis y temporales; y las fotografías pornográficas y películas se bajan a la computadora personal. A otros sitios que publican pornografía infantil y adolescente solo se puede acceder después del abono de una suscripción que se debita de la tarjeta de crédito. La suscripción promedio de acceso a un sitio pornográfico es de \$45 (dólares) mensuales.<sup>67</sup>

La pornografía infantil está disponible también a través de canales de chat. Además, se puede obtener detalles de sitios que publican pornografía infantil por medio de estos canales. Una vez más, la mayoría de estos sitios son temporales y solo se puede acceder por periodos de 24 horas aproximadamente.

Los “*Chat Rooms*” (Lugares de Discusión) en la Internet se han convertido en lugares donde los pedófilos, haciéndose pasar por personas menores de edad, contactan a niños, niñas y adolescentes. En 1997, el FBI y otras agencias gubernamentales de los Estados Unidos obtuvieron condenas para alrededor de 200 casos de “ofrecimiento

---

<sup>67</sup> Calcetas-Santos, Ofelia. **Informe del Relator Especial sobre venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil**. 2000. Pág.54



sexual de menores” en las que la Internet jugó un papel importante en la perpetración del delito. Los pedófilos ingresan a los canales de chat y comienzan un proceso conocido como iniciación.<sup>68</sup>

Después de un tiempo, pueden ganarse la confianza del niño(a) y concertar una cita o persuadir al niña(o) a enviar o recibir material pornográfico. Se han formado unidades policiales especializadas en un gran número de países donde la policía navega por la Internet, como si fuesen niñas, niños o adolescentes, para detectar pedófilos potenciales.

No existe consenso internacional sobre una definición de tráfico. “reclutamiento y traslado con fines ilícitos de niños, niñas y adolescentes, de un país a otro (internacional) y de una región a otra en un mismo país (nacional), con o sin su consentimiento o el de su familia, pudiendo mediar el engaño o la coerción, para ser utilizados como mercancía sexual exótica o de bajo de costo, en otros países o regiones, en prostitución o pornografía”. El tráfico de mujeres, niñas y niños ha surgido como una cuestión de preocupación global en años recientes: facilitado por fronteras porosas y avanzadas tecnologías de la comunicación, se ha vuelto crecientemente transnacional en su ámbito y altamente lucrativo.

A diferencia de las drogas o del armamento, mujeres, niñas y niños pueden ser “vendidos” varias veces, son mercancías en un negocio transnacional que genera billones de dólares, y a menudo opera con impunidad. En el Salvador, se identificó un fenómeno conocido como “prostitución en temporada de cosecha”, en donde las mujeres y niñas migran de los centros urbanos a pueblos más pequeños durante la cosecha de caña de azúcar donde pueden encontrar una importante concentración de trabajadores agrícolas.

---

<sup>68</sup> Unicef. **¿De qué se trata la de niños, niñas y adolescentes?** Apuntes para la información y reflexión de los docentes en torno a la trata de niños, niñas y adolescentes con fines de explotación sexual. Pág. 25



Este tipo de prostitución estival fue identificado también en Guatemala y Costa Rica. Abandonan sus pueblos o hasta sus países de manera voluntaria con la esperanza de una mejor vida, pero terminan en situaciones donde su salud y seguridad están en peligro debido a su vulnerabilidad en un país extranjero.

Mientras se revela esta tendencia alarmante de migración voluntaria, también se informan casos de secuestro y tráfico de personas menores de edad. A niñas de Honduras y el Salvador se las llevan engañadas a Guatemala para vincularlas a la prostitución; mientras tanto a las niñas nicaragüenses se las lleva de igual forma a Guatemala y a El Salvador con falsas ofertas de un trabajo permanente y bien remunerado.

Una vez que estas niñas jóvenes llegan a su destino, se las traslada a burdeles, bares o clubes nocturnos donde son virtualmente encarceladas. En ciertas ocasiones, son traídas por intermediarios, camioneros o colectiveros quienes abandonan a las jóvenes en las puertas de los burdeles. Se logra incluso dotarlas de identificaciones falsas que les otorgan una mayoría suficiente para no tener problemas con las autoridades inspectoras.

La actividad en las ciudades portuarias también es intensa y está documentada la explotación sexual comercial que se da por parte de tripulantes y marineros de embarcaciones de carga y pesca, y en menor grado de quienes ingresan en cruceros turísticos. No siempre se utiliza la violencia.

En algunos casos los traficantes se aprovechan de la vulnerabilidad de aquellas atrapadas en una situación en la que no tienen alternativa o donde perciben que no tienen alternativa (por ejemplo personas que viven ilegalmente en un país) en donde el acceso a los servicios de salud y asistencia legales se ven reducidos al sub-mínimo, por el temor que tienen de ser deportadas.

Es más, el acudir a las autoridades policiales de ese país no es ninguna garantía, pues muchas veces están en plena coordinación con quienes operan los burdeles o quienes las trafican. Se debe recordar que beneficia a los traficantes mantener a sus víctimas en



un ambiente extraño donde no solo son vulnerables por haber entrado a un país ilegalmente, sino que están en desventaja por su ignorancia de la ley, cultura, y en algunos casos hasta del idioma de ese país.

Tal como lo demuestran los siguientes ejemplos, se hace cada vez más difícil identificar tendencias y patrones. En Guatemala se puede apreciar que casi la mitad de las personas menores de edad en explotación sexual comercial proviene de otros países, traficadas gracias a falsas promesas de trabajos varios o bien, por la carencia de recursos para lograr llegar a países más hacia el norte.

Los controles de inmigración en la frontera paraguaya–brasileña son extremadamente permisivos. Las autoridades no solicitan documentación a niños, niñas y adolescentes sin acompañante o a adultos que viajan con personas menores de edad. Se han informado casos de tráfico con fines sexuales de niños, niñas y adolescentes en esta frontera desde Paraguay a Brasil y también desde Brasil a Paraguay.

El Diario “El Siglo de Panamá”, en Junio 21 del 2000<sup>69</sup> señala que: *“En los últimos dos años autoridades policiales en Panamá descubrieron al menos cuatro redes de prostitución que se dedicaban a contratar niñas y jóvenes entre 14 y 21 años de edad, supuestamente para trabajar como modelos en Europa y el Medio Oriente.”*<sup>70</sup> La prensa argentina reporta sobre dominicanas púberes y “trigueñas” víctimas de explotación sexual comercial allí desde 1998.<sup>71</sup>

El tráfico al interior de un país es menos común que el tráfico entre fronteras (ECPAT Internacional), sin embargo el daño sufrido por niñas, niños y adolescentes no es menor que el sufrido por las víctimas del tráfico entre fronteras. Generalmente ocurre de las áreas rurales a las urbanas; sin embargo, niñas, niños y adolescentes también pueden ser llevados a áreas turísticas o a áreas dominadas por trabajadores que se encuentran

---

<sup>69</sup> El Diario “El Siglo de Panamá”. Pág. 3

<sup>70</sup> Informe IPEC/OIT Septiembre 2002. Guatemala. Pág. 34

<sup>71</sup> Ibid.



lejos de sus lugares de origen (campos petroleros, áreas de construcción, estaciones de camiones, puertos o bases militares).<sup>72</sup>

Además, las personas menores de edad que han sido traficadas entre fronteras pueden seguir siendo traficadas dentro del país de destino para evitar ser detectadas. Los documentos sobre tráfico entre fronteras generalmente se refieren a países de origen (por ejemplo, personas menores de edad que son llevadas de estos de manera ilegal); países de destino (aquellos que reciben a niñas, niños y adolescentes traficados); y países de tránsito (no el destino final, sino un punto de paso a otro país o región).

Algunos países pueden ubicarse bajo las tres categorías. Guatemala, por ejemplo, puede considerarse un país de origen, ya que se trafican niños a México -su país vecino-, y a los Estados Unidos. Es un país de destino para algunos niños de El Salvador, Honduras y Nicaragua y constituye un país de tránsito para otros niños de países vecinos de América Central que son trasladados a los Estados Unidos.

El proceso de repatriación puede ser muy traumático para una niña, niño o adolescente objeto del tráfico. Las personas menores de edad que han sido traficadas con propósitos sexuales entre fronteras a menudo son tratadas como criminales. Son consideradas como infractores de la ley en aquellos países donde se criminaliza la prostitución, y se considera que infringen las leyes de inmigración por haber entrado a un país de manera ilegal.

Pueden estar sujetas a encarcelamiento o “rehabilitación” antes de ser enviadas de regreso a su país de origen. También existe la posibilidad de que sean castigadas una vez más, esta vez de acuerdo a las leyes y políticas de sus propios países por haber emigrado de manera ilegal.

Existe una necesidad de aplicar leyes y políticas de inmigración de manera más humana en el caso de niñas, niños y adolescentes traficados, así como una necesidad

---

<sup>72</sup> Informe ECPAT Guatemala y ECPAT Internacional, **El marco legal e institucional para la protección de la niñez y adolescencia ante la explotación sexual comercial en Guatemala: Análisis de situación y propuestas para su fortalecimiento**. Pág. 54



de acuerdos o cooperación internacional y regional. El marco legal que existe para esta cooperación está ya establecido. En el Sistema Interamericano hay una Convención Regional sobre Restitución de Personas Menores de Edad.

Además, en ningún momento se hace distinción en la Convención sobre los Derechos de la Niña y el Niño, sobre el tratamiento que se les dará a personas menores de edad extranjeras,<sup>73</sup> en términos de protección de sus derechos. Sin embargo, al depender de las autoridades locales esta iniciativa, sin el respaldo y la capacitación necesarios, se convierte en letra muerta de la ley y su aplicación queda en suspenso.

Existe en la Región Centroamericana un proyecto en el que participa la OIM (Organización Internacional sobre Migraciones) en conjunto con el Gobierno Canadiense y con Casa Alianza Internacional, para la repatriación de niñas, niños y adolescentes que han sido traficados al país norteamericano provenientes de Honduras. Las cifras de las que se habla oscilan entre las 400 y 600 personas menores de edad, pero el principal obstáculo con el que se han topado es la dificultad para localizar a las familias de donde provienen, pues en la mayoría de las ocasiones, el estado de incapacidad y dificultad de contención y vulnerabilidad inicial del grupo familiar fue el que propició que se diera el tráfico en primera instancia.<sup>74</sup>

La explotación sexual comercial de la niñez y adolescencia por personas que viajan de su país de origen a otro que por lo general es menos desarrollado y percibido como permisivo para involucrarse en actos sexuales con niñas, niños y adolescentes, de forma anónima e impune implica a turistas sexuales que se involucran con la niñez pueden estar casados o ser solteros, hombres o mujeres, turistas ricos o viajeros con presupuestos limitados. En algunos casos son pedófilos con un deseo premeditado por niñas y niños, pero por lo general son viajeros comunes que no planifican su viaje con la intención de explotar sexualmente a una persona menor de edad.

---

<sup>73</sup> Convención sobre los Derechos del Niño 1989.

<sup>74</sup> Informe Situación de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Centro Internacional de Investigaciones en Derechos Humanos. Pág. 23



El anonimato, la existencia en el país de niñas, niños y adolescentes atrapados por el mercado nacional del sexo, y el estar lejos de las restricciones morales y sociales que gobiernan su comportamiento en lo cotidiano puede llevar a una conducta explotadora en otro país. A menudo justifican su comportamiento aduciendo que es culturalmente aceptado en ese país o que ayudan a la víctima proporcionándole algún dinero que necesita.

El turismo no es factor causal de la explotación sexual comercial de la niñez y la adolescencia en un país; sin embargo, los intermediarios y los explotadores finales se valen para sus fines de las facilidades que ofrece la industria turística (hoteles, bares, clubes nocturnos, etc.) A su vez, la industria turística puede ayudar a crear una demanda promoviendo la imagen exótica de un lugar. En general, los tours sexuales son arreglados de manera informal entre amigos o colegas; sin embargo, ha habido casos de agentes de viaje que son procesados por ofrecer y arreglar tours sexuales.

Los destinos del turismo sexual infantil y adolescente parecen estar cambiando. Cuando se inician esfuerzos de protección en un país, los turistas que buscan este tipo de actividad criminal pueden elegir otro país como destino. Este movimiento se ve claramente en el cambio de destino de los abusadores que tradicionalmente elegían Tailandia y ahora prefieren Camboya.

Los destinos pueden cambiar también a una nueva región del mundo, lo cual puede ser resultado de una búsqueda por lo “exótico” o mera conveniencia. En los Estados Unidos, Costa Rica se describe como “una Tailandia más cercana”; y en Internet se dan pistas sobre donde se puede conseguir una persona menor de edad vulnerable a la explotación sexual comercial por muy poco dinero.<sup>75</sup>

En Costa Rica, el turismo sexual de adolescentes es una gran preocupación. La mayoría de turistas internacionales que buscan sexo son estadounidenses,

---

<sup>75</sup> ECPAT International, CODENI, IDEIF, REDES y Movimiento el Pozo, **Mercancía Sexual: Como hemos creado la demanda para la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en el Perú.** Pág. 76



canadienses, japoneses, italianos, chinos y de otros países sudamericanos. Sin embargo, se debe tener en cuenta que a pesar de la real presencia de explotadores extranjeros, el mayor problema de la explotación sexual comercial está ligado a la demanda local. En Nicaragua, se reporta que el turismo sexual infantil y adolescente se está convirtiendo rápidamente en un tema, que, seguramente, despertará gran preocupación.

La explotación sexual comercial violenta el derecho de sus víctimas a disfrutar su niñez y su adolescencia, y a llevar una vida productiva, gratificante y digna. Puede traer consecuencias serias, de por vida, que amenazan la integridad personal y el desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral y social de la niñez y la adolescencia afectada por este flagelo.

El daño más inmediato que enfrenta los niños, niñas y adolescentes víctimas de la ESC (explotación sexual comercial) es la violencia física por parte de aquellos que la explotan, incluyendo a “chulos” o “madames”, traficantes y clientes. Existen muchos relatos estremecedores contados por niñas y niños donde han sido abofeteadas, pateadas, golpeadas hasta dejarlas inconscientes, quemadas con cigarrillos, violadas por negarse a cooperar, y hasta asesinadas.

Las personas menores de edad son aún más vulnerables a las enfermedades de transmisión sexual que los adultos, incluyendo la infección con VIH y el SIDA, ya que sus tejidos corporales son dañados más fácilmente. La niñez y adolescencia explotada a menudo no está en posición de negociar un sexo seguro; además, muchos carecen del acceso a la educación sobre SIDA y prácticas de protección relacionadas.

Los impactos psicológicos de la explotación sexual comercial son más difíciles de medir, pero no menos dolorosos para la víctima. Muchas de las niñas, niños y adolescentes que han sido explotados reportan sentimientos de vergüenza, culpa y baja autoestima y no consideran que valga la pena rescatarlos. Otros crean una realidad diferente y opinan que la prostitución fue “su opción”, que quieren ayudar a mantener a



su familia o que su “chulo” es en realidad su novio que las ama.<sup>76</sup>

No menos grave es la trata de mujeres, a diferencia de lo que sucede en Europa del Este y Asia, a este tema no se le concede toda la atención que se requiere en América Latina y el Caribe.<sup>77</sup>

## 2.6. Particularidades de la trata de mujeres

La trata de personas y en especial la de mujeres es un fenómeno delincriminal de ámbito nacional e internacional, con un ascenso incontrolable que deja fuertes réditos a los traficantes y enfermedades, violencia, pobreza y señalamiento social a las víctimas.

Algunos especialistas<sup>78</sup> aseguran que, todos los años, la Trata/Tráfico de Personas saca de América Latina a un número de mujeres que oscila entre 200,000 y 500,000, para ingresarlas en EE.UU y Europa.

La República Dominicana tiene cerca de 50.000 mujeres trabajando en la prostitución, para satisfacer las demandas de millón y medio de turistas sexuales, que, anualmente, visitan el país.

Los datos de la Organización Internacional de Migraciones -OIM-, subrayan que unas 70,000 mujeres dominicanas están trabajando en la industria del sexo fuera de su patria. Muchas de ellas han sido obligadas a prostituirse por las mafias del tráfico de emigrantes. Estos traficantes abordan a las mujeres haciéndoles falsas promesas de un puesto de trabajo para, después, introducir las clandestinamente en naciones como España, los Países Bajos, Italia, Alemania, Suiza y Argentina, así como en los países del Caribe.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Calcetas-Santos, Ofelia. **Op. Cit.** Pág. 54

<sup>77</sup> **Trata de personas hacia Europa con fines de explotación sexual UNODC** – Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Pág. 2

<sup>78</sup> **Estudio jurídico-social sobre trata de personas en Guatemala. Con Estudio de Casos Atendidos por la Fundación Sobrevivientes- Guatemala.** Pág. 23

<sup>79</sup> **Informe de la Organización Internacional de Migraciones (OIM) 2007.**



En Brasil hay, por lo menos, 100,000 niñas/os, que viven y trabajan en las calles y que con frecuencia, se encuentran sometidos a toda clase de abusos y explotación sexuales. La Trata/Tráfico se realiza, también, enviando niñas de las zonas urbanas marginales a las explotaciones mineras, en las regiones de las minas del Amazonas, donde los hombres, que trabajan y viven solos allí, las explotan sexualmente.<sup>80</sup>

En México, cerca de 100 niñas y adolescentes caen mensualmente, en manos de las redes de prostitución infantil, que son mafias o sindicatos del crimen organizado y se calcula que unas 3,000 mujeres mexicanas ejercen la prostitución en Japón luego de ser reclutadas por una red de traficantes de ese país.

Aproximadamente, 10 mujeres de Colombia caen diariamente en esta trata/tráfico y son sacadas del país de forma clandestina cada diez días. Actualmente, hay unas 500,000 mujeres y niñas/os fuera del país, víctimas de la explotación sexual y del trabajo. A medida que se agravan los conflictos internos, aumenta el número de mujeres y niñas/os más vulnerables, que se convierten en una presa fácil para la trata/tráfico, ya que necesitan abandonar su país en busca de mejores condiciones de vida.

La organización Panamericana de la Salud en un informe publicado sobre el: "Tráfico de mujeres y niños para su explotación sexual en las Américas" señala que al menos 35,000 mujeres colombianas (Interpol), 50,000 de la República Dominicana (CIA) y 75,000 de Brasil trabajan en la industria del sexo, principalmente en Europa.<sup>81</sup>

El Organismo privado de apoyo a menores Casa Alianza, indica que, en Costa Rica, solo en la ciudad de San José, hay 3,000 niñas y mujeres en la prostitución. Esto se explica ya que se trata de uno de los países elegidos para el turismo sexual; todos los años llegan miles de turistas, especialmente, norteamericanos<sup>82</sup>.

En Venezuela, hay más de 40,000 niñas/os que trabajan en la prostitución. Unos 24,000 menores han sido trasladados, ilegalmente, de Bolivia al norte de Chile, Argentina y

---

<sup>80</sup> **Ibid.**

<sup>81</sup> **Organización Panamericana de la Salud: Informe: "Tráfico de mujeres y niños para su explotación sexual en las Américas".**

<sup>82</sup> **Informe de la Organización Internacional de Migraciones. Op. Cit. Pág. 8**



Brasil. Solamente en Quito (Ecuador) alrededor de 2,000 niñas entre los 11 y 16 años ofrecen diariamente sus cuerpos al mejor postor.<sup>83</sup>

El marco jurídico que fundamenta al Estado Guatemalteco, responde a las prácticas culturales fundamentadas en conductas patriarcales profundamente conservadoras, las cuales hoy ya se hace necesario reconstruir por medio de una cultura creativa que incluya mujeres y hombres. Son estas prácticas culturales las que principalmente permiten la existencia de la Trata/Tráfico de Personas en Guatemala, porque la misma se fundamenta en la discriminación y opresión ejercida sobre las mujeres en primera instancia, porque esta práctica se realiza a partir de las relaciones de poder existentes entre hombres y mujeres.

Ello se sustenta en el hecho que es la mujer quien principalmente es separada de sus hijas o hijos cuando ellas/os son arrebatadas/os de su lado, para fines de traficar o negociar con ellas/os, pues es quien fundamentalmente ejerce la maternidad responsable. Especialmente en Guatemala en donde el número de madres solteras en el país va en crecimiento constante.

La situación de las mujeres en Guatemala se caracteriza, en primer lugar por el hecho de que un gran número de guatemaltecas se encuentran en situación de pobreza y de pobreza extrema, lo que no permite su incorporación activa y plena al proceso de desarrollo del país.

Por otro lado, el país carece de políticas claras y coherentes que fortalezcan y promuevan a las mujeres, quienes conviven en la práctica cotidiana con la discriminación en las relaciones hombre-mujer. Las oportunidades de espacios de participación para las mujeres son claramente inferiores y están vinculadas a los espacios privados y tradicionales.<sup>84</sup>

Es por ello, que al abordar el tema de la opresión de las mujeres, no se puede hacer superficialmente, en especial porque es esta la base, el fundamento que permite la

---

<sup>83</sup> Barreda, Carlos. **Guatemala: Crecimiento económico, pobreza y distribución.** (s.p.)

<sup>84</sup> AECI. **Tejedoras del Desarrollo desde el Poder Local, de lo privado a lo público: Un reto Histórico.** Págs. 14-15



práctica constante de la trata/tráfico de Personas en las sociedades del mundo. Tampoco es un abordaje profundo o exhaustivo porque no es el tema principal de este estudio, pero sí es una parte esencial del mismo por ser la herramienta utilizada para vulnerar el derecho humano fundamental: la dignidad humana.

En consecuencia, cualquier estudio, investigación o literatura en general que aborda la temática de las mujeres -ya sea feminista o antifeminista-, desnuda la tesis de la naturaleza y génesis de la opresión y la subordinación social de las mujeres. Este estudio no es la excepción, por lo tanto se sustenta pues, este apartado del estudio, en que si no fuese por la existencia de la opresión de las Mujeres esta práctica -de tratar con las personas- no se daría en el mundo, debido a que son las mujeres quienes en primer término sufren la separación de una niña, niño, adolescente o joven que se es arrebatada/o de nuestro lado, -luego de que el cuerpo es utilizado sexualmente para darle vida a esa misma niña, niño o joven-, quien es utilizada/o como sierva/o para prestar servicios sexuales o de cualquier otra índole, con lo cual se le explota y vulnera su dignidad humana.

Además de los casos en los cuales las mismas mujeres desde la pubertad son objeto de trata, vulnerándose este mismo derecho humano: la dignidad, por medio de la opresión sexual -a través de la Trata/Tráfico del cuerpo- que es la manifestación más bárbara e impía de la opresión de las humanas y los humanos.

Guatemala, pues no es la excepción, a pesar de que las formas de opresión de las mujeres practicadas normalmente no son reconocidas como tales, pues se utilizan formas tan sutiles y cotidianas, que la sociedad guatemalteca las invisibiliza y aun las considera 'naturales, genéticas o solo porque así está establecido por el código de conducta social guatemalteco del deber ser.<sup>85</sup>

El trabajo doméstico no genera ingresos de ninguna clase para las mujeres, solo las enajena y frena su desarrollo personal, lo cual constituye la forma más cotidiana de

---

<sup>85</sup> Barreda, Carlos. **Op. Cit.** Pág. 12



mantener a las mujeres en los niveles de opresión en los que le ha sido impuesto desarrollarse a lo largo de la historia.

Es dramático percibir cómo el trabajo doméstico confina y auto limita a las mujeres en la eliminación de sus derechos humanos. Lo que hizo el capitalismo fue retomar y reorganizar las ideas del hombre y de la mujer que eran mucho muy anteriores.

Sobre esta temática, el análisis obligado es el de Frederick Engels, quien afirma que la opresión de la mujer surge con la implantación de la familia patriarcal y monógama, el desarrollo de la propiedad privada, la consiguiente división del trabajo, y la creación de las superestructuras estatales que aparecieron para proteger dicha propiedad privada.<sup>86</sup> Es decir, que plantea la opresión sexual como parte de la herencia del capitalismo de formas sociales anteriores, integra el sexo y la sexualidad en su teoría de la sociedad y hace un extraordinario avance al plantear la idea de que las relaciones de sexualidad pueden y deben distinguirse de las relaciones de producción, pues las necesidades que se satisfacen a través de la actividad económica, no llenan las exigencias humanas esenciales.

El desarrollo en la producción, especialmente en la ganadería y la agricultura, permitieron acumular más fortuna lo que a su vez conllevó nuevas relaciones sociales que cambiaron las relaciones de género. La riqueza pasó de colectiva a privada y a pertenecer al hombre; la mujer reproductora de nuevas vidas empezó a ser intercambiada por productos de valor, es decir a ser comprada.

Entran como actores directos en la búsqueda de solución las instituciones policiales, migratorias, judiciales y de relaciones exteriores, entre otras. Pero el mal es mucho más amplio, de competencia de todo el estado y la sociedad. La apertura de fronteras favorece el comercio y la movilización de los centroamericanos, reduce los controles migratorios y aduaneros, pero, acciones criminales como son tráfico de drogas, tráfico de vehículos robados, armas y agrupaciones de pandillas se han incrementado.

---

<sup>86</sup> Engels, Frederick. **Origen de la familia, la propiedad privada y el estado**. Pág. 45



La migración del campo a la ciudad y de un país a otro, constituye especialmente para las mujeres una alternativa para enfrentar la pobreza y la forma casi generalizada de *modus operandis* utilizado por aquellos que se dedican al ilícito de trata de personas, creando alrededor de esta actividad toda una ficción sumamente atractiva para las víctimas y efectiva y lucrativa para quienes asumen el rostro de benefactor, generándose una valoración contradictoria del hecho delictivo, que incide en la aplicación de justicia.

Las víctimas de trata de personas pierden sus derechos, se lesiona su dignidad y condición humana al extremo de no percibir su condición de víctima sino por el contrario, asume ante sí, el rol de transgresora de la ley, se salta mallas, se esconde cuando los funcionarios policiales efectúan visitas de control a los centros donde son explotadas.

La trata de personas, particularmente de mujeres y niñas, en Centroamérica constituye una demanda urgente para los gobiernos y de manera expedita para las instituciones policiales y auxiliares de la justicia. La trata de personas es un fenómeno delictivo cuya repuesta debe ser global ya que se encarna en situaciones de pobreza, desempleo, analfabetismo, violencia intrafamiliar, y discriminación de género. Estos problemas llevan a que cada vez más seres humanos crean ver una salida en la emigración (temporal). Más de la mitad de los emigrantes son mujeres. Las víctimas provienen a menudo de entornos de pobreza y deben alimentar a familia e hijos.

La política restrictiva y de aseguramiento de fronteras de los países occidentales favorece también la trata de mujeres, porque limita sus posibilidades de ingresar y trabajar legalmente. Por ello, sobre todo las mujeres dependen en gran medida de inescrupulosos intermediadores y dudosos canales para llegar al país que han elegido como destino.

No obstante, la trata de personas se basa no solo en la oferta, sino también en la demanda en los países de destino: una demanda de fuerza de trabajo barata y fácil de explotar, por ejemplo, la prostitución, el turismo sexual o la industria de la construcción.



Estas situaciones hacen a mujeres más vulnerables a ser convertidas en víctimas de trata de personas.

Los países cuentan al menos con algún referente jurídico que penaliza la trata de personas si bien estos resultan aún insuficientes porque carecen de conceptualizaciones tales como explotación sexual, turismo sexual, cosificación sexual de la mujer en la propaganda.

La trata/tráfico de personas, desde hace más de medio siglo sirve esencialmente para el lavado de dinero, pues en todos los países del mundo está permitida la prostitución, exigiéndose normalmente el cumplimiento de requisitos de tipo sanitario y fiscal de funcionamiento de los establecimientos.

Pero en ningún momento se revisa, reglamenta o legisla la forma en la que las mujeres brutalmente prestan este servicio, son oprimidas a través de forzarlas a trabajar en horarios y formas extenuantes, o las condiciones de miseria en las que se les mantiene; ni tampoco en ningún momento se regulan los salarios que deben percibir por estar vendiendo su cuerpo.

Desde la perspectiva de género, velando por los Derechos Humanos específicos, las legislaciones del mundo deben asumir el compromiso de revisar las condiciones laborales de las mujeres prestando este servicio, que deberían ser las mejor pagadas del mundo, porque al vender su cuerpo están prestando un servicio con su vida misma, su cuerpo. Ello, a expensas de poner en riesgo su propia vida. Las mujeres que viven en estas situaciones, lo hacen con niveles de riesgo constante en todo sentido: mental, físico y de salud.

Es bastante difícil y constituye un desafío que las mujeres se consideren víctimas en el ejercicio de la prostitución, trabajo forzado y atropellos a sus derechos humanos, cuando esto constituye la forma de solventar la pobreza y una opción para su vida, en una sociedad que le brinda pocas oportunidades laborales e inseguridad social. La situación descrita en este documento pone de manifiesto la necesidad de una mayor



cooperación a nivel institucional, una demanda que deben cubrir las instituciones policiales de Centroamérica y el Caribe.

## 2.7 Indicadores criminológicos de trata de personas en el mundo

Sobre la trata de personas, la Oficina de Naciones Unidas ha elaborado indicadores<sup>87</sup> que figuran más adelante y suelen presentarse en todas las situaciones de trata de personas. Si bien la presencia o ausencia de cualquiera de los indicadores no prueba ni deja de probar que se esté frente a un caso de trata de personas, su presencia debería dar lugar a una investigación.

Las víctimas de la trata de personas pueden encontrarse en diversas situaciones.

Las personas que han sido objeto de trata pueden:

- Creer que tienen que trabajar contra su voluntad.
- Ser incapaces de abandonar su lugar de trabajo.
- Mostrar señales de que se están controlando sus movimientos.
- Sentir que no se pueden ir de donde están.
- Dar muestras de miedo o ansiedad.
- Ser objeto de violencia o amenazas de violencia contra ellas, sus familiares o sus seres queridos.
- Sufrir lesiones que parezcan derivadas de un ataque.
- Sufrir lesiones o incapacidad típicas de determinados trabajos o medidas de control.
- Sufrir lesiones que parezcan derivadas de la aplicación de medidas de control.

---

<sup>87</sup>Informe de la oficina de naciones unidas para la droga y el delito. Pág. 1



- Desconfiar de las autoridades.
- Recibir amenazas de que serán entregadas a las autoridades.
- Sentir temor de revelar su situación de inmigración.
- No estar en posesión de sus pasaportes u otros documentos de viaje o de identidad, porque estos documentos están en manos de otra persona.
- Tener documentos de identidad o de viaje falsos.
- Encontrarse en un tipo de lugar donde es probable que se explote a las personas, o tener vinculaciones con ese lugar.
- No estar familiarizadas con el idioma local.
- No conocer la dirección de su casa o de su trabajo.
- Permitir que otros hablen por ellas cuando se les dirige la palabra directamente.
- Actuar como si hubieran recibido instrucciones de otra persona.
- Estar obligadas a trabajar en determinadas condiciones.
- Ser objeto de castigos para imponerles disciplina.
- Ser incapaces de negociar condiciones de trabajo.
- Recibir una remuneración escasa o nula.
- No tener acceso a sus ingresos.
- Trabajar demasiadas horas por día durante períodos prolongados.
- No tener días libres.



- Vivir en viviendas pobres o que no cumplen con los requisitos mínimos habitabilidad.
- No tener acceso a atención médica.
- Tener una interacción limitada o nula con la red social.
- Tener un contacto limitado con sus familiares o con personas que no pertenezcan a su entorno inmediato.
- Ser incapaces de comunicarse libremente con otros.
- Tener la impresión de estar obligadas por deudas.
- Hallarse en una situación de dependencia.
- Provenir de un lugar que, según consta, es una fuente de trata de personas.
- Haber recibido de facilitadores el pago de sus gastos de transporte al país de destino, y estar obligados a reembolsarles esos gastos trabajando o prestando servicios en ese país.
- Haber actuado sobre la base de falsas promesas.

-Niños

Los niños que han sido objeto de trata pueden:

- No tener acceso a sus padres o tutores.
- Parecer intimidados y comportarse en una forma que no corresponde al comportamiento típico de los niños de su edad.
- No tener amigos de su propia edad fuera del trabajo.
- No tener acceso a la educación.



- No tener tiempo para jugar.
- Vivir separados de otros niños y en viviendas que no cumplen con los requisitos mínimos de habitabilidad.
- Comer separados de otros miembros de la “familia”.
- Recibir solo sobras para comer.
- Estar haciendo trabajos que no son adecuados para los niños.
- Viajar sin estar acompañados por adultos.
- Viajar en grupos con personas que no son parientes suyos.

Las siguientes situaciones también pueden indicar que los niños han sido objeto de trata:<sup>88</sup>

- La presencia, en tallas para niños, de vestimenta generalmente utilizada para trabajo manual o sexual.
- La presencia de juguetes, camas y ropa de niños en lugares inapropiados como burdeles o fábricas.
- La afirmación, por parte de un adulto, de que ha “encontrado” a un niño que no estaba acompañado por un adulto.
- El hecho de encontrar a niños no acompañados provistos de números de teléfono para llamar taxis.
- El descubrimiento de casos de adopción ilegal.

---

<sup>88</sup> **Ibid.**



-Explotación en el servicio doméstico

Las personas que han sido objeto de trata con fines de explotación en el servicio doméstico pueden:<sup>89</sup>

- Vivir con una familia.
- No comer con el resto de la familia.
- No tener espacio privado.
- Dormir en un espacio compartido o inadecuado.
- Ser dadas por desaparecidas por su empleador aunque todavía estén viviendo en la casa de este.
- No abandonar nunca la casa por motivos sociales, o hacerlo rara vez.
- No abandonar nunca la casa sin su empleador.
- Recibir solo sobras para comer.
- Estar sujetas a insultos, abusos, amenazas o violencia.

-Indicadores de explotación sexual

Las personas que han sido objeto de trata con fines de explotación sexual pueden:

- Ser de cualquier edad, aunque la edad puede variar según el lugar y el mercado.
- Trasladarse de un burdel a otro o trabajar en diversos locales.
- Ser escoltadas cuando van y vuelven del trabajo, compras, etc.
- Tener tatuajes u otras marcas que indiquen que son “propiedad” de sus explotadores.

---

<sup>89</sup> **Ibid.**



- Trabajar muchas horas por día o tener pocos o ningún día libre.
- Dormir donde trabajan.
- Vivir o viajar en grupo, algunas veces con otras mujeres que no hablan el mismo idioma.
- Tener muy pocas prendas de vestir.
- Tener prendas de vestir que son en su mayoría del tipo de las que se utilizan para el trabajo sexual.
- Saber decir solo palabras relacionadas con el sexo en el idioma local o en el idioma del grupo de clientes.
- No tener dinero en efectivo propio.
- Ser incapaces de mostrar un documento de identidad.

Las siguientes situaciones también podrían indicar que las personas han sido objeto de trata con fines de explotación sexual:<sup>90</sup>

- Hay pruebas de que las presuntas víctimas han mantenido relaciones sexuales sin protección y/o violentas.
- Hay pruebas de que las presuntas víctimas no pueden negarse a mantener relaciones sexuales sin protección y/o violentas.
- Hay pruebas de que una persona ha sido comprada y vendida.
- Hay pruebas de que grupos de mujeres están bajo el control de otras personas.
- Se publican anuncios de burdeles o lugares semejantes que ofrecen los servicios de mujeres de determinado origen étnico o nacionalidad.

---

<sup>90</sup> **Ibid.**



- Se informa de que los trabajadores sexuales prestan servicios a una clientela de determinado origen étnico o nacionalidad.

- Los clientes informan de que los trabajadores sexuales no sonríen o no cooperan.

-Explotación laboral

Las personas que han sido objeto de trata con fines de explotación laboral son generalmente obligadas a trabajar en sectores como los de agricultura, construcción, entretenimiento, industria de servicios y manufactura (talleres clandestinos).

Las personas que han sido objeto de trata con fines de explotación sexual pueden:

- Vivir en grupos en los mismos lugares en que trabajan y abandonar esas instalaciones muy rara vez, si es que lo hacen.
- Vivir en lugares deteriorados e inadecuados, como instalaciones agrícolas o industriales.
- No estar vestidas adecuadamente para el trabajo que realizan: por ejemplo, pueden carecer de equipo protector o de prendas de abrigo.
- Recibir solo sobras para comer.
- No tener acceso a sus ingresos.
- No tener contrato de trabajo.
- Trabajar demasiadas horas por día.
- Dependar de su empleador para una serie de servicios, incluidos el trabajo, el transporte y el alojamiento.
- No tener elección para su alojamiento.
- No abandonar nunca las instalaciones de trabajo sin su empleador.



- Ser incapaces de movilizarse libremente.
- Estar sujetas a medidas de seguridad destinadas a mantenerlas en las instalaciones de trabajo.
- Ser castigadas con multas para imponerles disciplina.
- Estar sujetas a insultos, abusos, amenazas o violencia.
- Carecer de capacitación básica y de licencias profesionales.

Las siguientes situaciones también pueden indicar que las personas han sido objeto de trata con fines de explotación laboral:

- Se han fijado avisos en idiomas diferentes del idioma local, salvo en el caso de avisos clave como los relacionados con la salud y la seguridad, por ejemplo.
- No existen avisos relativos a la salud y la seguridad.
- El empleador o el gerente es incapaz de mostrar los documentos requeridos para emplear a trabajadores de otros países.
- El empleador o el gerente es incapaz de mostrar registros de los salarios pagados a los trabajadores.
- El equipo de salud y seguridad es de mala calidad o inexistente.
- El equipo está diseñado para ser manejado por niños, o ha sido modificado con ese fin.
- Hay pruebas de que se están violando las leyes laborales.
- Hay pruebas de que los trabajadores deben pagar sus herramientas, alimentos o alojamiento o de que esos gastos se están deduciendo de sus salarios.



Las personas que han sido objeto de trata con fines de mendicidad o comisión de delitos menores pueden:<sup>91</sup>

- Ser niños, ancianos o migrantes discapacitados que tienden a mendigar en lugares públicos y en los medios de transporte públicos.
- Ser niños que transportan y/o venden drogas ilícitas.
- Tener discapacidades físicas que parecen ser el resultado de mutilaciones.
- Ser niños de la misma nacionalidad u origen étnico que se movilizan en grandes grupos con solo unos pocos adultos.
- Ser menores no acompañados que han sido “encontrados” por un adulto de la misma nacionalidad u origen étnico.
- Movilizarse en grupos mientras viajan en los medios de transporte públicos: por ejemplo, pueden recorrer el interior de los trenes.
- Participar en las actividades de bandas de delincuentes organizados.
- Pertener a bandas integradas por miembros de la misma nacionalidad u origen étnico.
- Formar parte de grandes grupos de niños que tienen un mismo guardián adulto.
- Ser castigados si no reúnan o roban lo suficiente.
- Vivir con miembros de su banda.
- Viajar con miembros de su banda al país de destino.
- Vivir, como miembros de una banda, con adultos que no son sus padres.
- Movilizarse diariamente en grandes grupos recorriendo distancias considerables.

---

<sup>91</sup> **Ibid.**



Las siguientes situaciones también pueden indicar que las personas han sido objeto de trata con fines de mendicidad o de comisión de delitos menores:

- Surgen nuevas formas de delitos relacionados con bandas.
- Hay pruebas de que el grupo de presuntas víctimas se ha movilizado, durante cierto período de tiempo, por una serie de países.
- Hay pruebas de que las presuntas víctimas han mendigado o han estado involucradas en la comisión de delitos menores en otro país.

Finalmente se puede afirmar que aunque ha habido avances legales y en políticas públicas para la prevención y atención y protección de la niñez, adolescencia y mujeres contra la trata de personas y para la persecución penal de los delitos, aún esta normativa no ha representado ningún cambio significativo. El sistema de protección social y jurídica aún es débil, para dar respuesta a la problemática y para proteger integralmente a los niños, adolescentes y mujeres objeto del delito.





## CAPÍTULO III

### 3. Tratamiento jurídico penal y criminológico a la trata de personas en Guatemala

#### 3.1. Situación social y jurídica de incidencia en la trata de personas

Guatemala se ubica en el Istmo Centroamericano, dentro del núcleo del área geográfica conocida como Mesoamérica. Posee una extensión territorial de 108,890 km<sup>2</sup> y una población de más de 12 millones de personas. Cuenta con 22 departamentos y su capital es la Ciudad de Guatemala. Es una nación multiétnica, plurilingüe y multicultural.

Según el Informe de Desarrollo Humano Mundial elaborado por el PNUD, Guatemala registra en el puesto 122 (entre 182 países) para el 2007.<sup>92</sup> Guatemala ocupa el antepenúltimo lugar de América Latina, seguido de Nicaragua y Haití. El gasto social es uno de los más bajos de América Latina se sitúa en alrededor del 6.5 % del PIB en el 2006,<sup>93</sup> incluyendo una estimación que contiene datos de la seguridad social, instituciones autónomas y descentralizadas.

El gasto público como porcentaje del PIB en educación se ha mantenido estancado en alrededor del 2.6 % al igual que el de salud en un 1.2 %, ubicando al país con el gasto más bajo de América Central. El gasto y la inversión pública en vivienda durante el periodo 2001-2007 se mantuvo estático en un 0.2 % del PIB.<sup>94</sup>

No obstante el déficit habitacional supera el millón y medio de viviendas. En Guatemala para el año 2007 se invirtió en seguridad y justicia el 9.9 % del presupuesto Nacional. Guatemala es uno de los países más desiguales de América Latina, donde la alta concentración del uso y propiedad de la tierra, es un factor que explica la profunda desigualdad; el 92.06 % de las y los pequeños productores únicamente cultivan el 21.86 % de la superficie, mientras el 1.86 % de los productores comerciales ocupan el 56.59 % de la superficie.

---

<sup>92</sup> Informe sobre Desarrollo Humano. 2009, 2010. CEPAL Pág. 3

<sup>93</sup> Barreda, Carlos. Guatemala: Crecimiento económico, pobreza y distribución.

<sup>94</sup> Ibid.



Se calcula que más de un millón de guatemaltecos, que representan el 10 % de la población, ha migrado al exterior, principalmente hacia Estados Unidos. El ingreso por remesas familiares del exterior en 2006 asciende a US\$ 3,500 millones, representando más en divisas que las exportaciones tradicionales de café, azúcar y banano.<sup>95</sup>

Según el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala del GAM, durante el año 2009 fueron deportados un total de 27,222 guatemaltecos. Con referencia en otros estudios se calcula que aproximadamente entre 2,400 y 3,000 son niños, niñas y adolescentes, originarios de todos los departamentos de Guatemala, son deportados anualmente por autoridades mexicanas. Las edades de los niños y niñas oscilan entre los 6 a los 16 años.<sup>96</sup> Este dato pone en evidencia la magnitud de la emigración de los niños, niñas y adolescentes.

Desde el 2003 a la fecha, se han realizado varias investigaciones en torno a la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes en Guatemala. Principalmente, estas investigaciones se centran en los fenómenos de la trata y las relaciones sexuales remuneradas. En la mayoría de los casos, parece existir un perfil de víctima que incluye a niñas y adolescentes mujeres, de familias pobres, víctima a su vez de maltrato, abandono, violencia intrafamiliar y abuso sexual.

Así por ejemplo, la investigación documental realizada por ECPAT Guatemala en el 2003,<sup>97</sup> la cual recoge testimonios de representantes de ONGs y de autoridades policiales y judiciales, menciona exclusivamente a niñas y adolescentes como víctimas de la explotación sexual comercial. Inclusive plantea el hecho de ser mujeres como un factor que suma a su vulnerabilidad y las expone a la violencia sexual.

---

<sup>95</sup> **Ibid.**

<sup>96</sup> **Informe Situación de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Centro Internacional de Investigaciones en Derechos Humanos, 2007. Informe de la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, 2009. Grupo de Apoyo Mutuo.**

<sup>97</sup> **El marco legal e institucional para la protección de la niñez y adolescencia ante la explotación sexual comercial en Guatemala: Análisis de situación y propuestas para su fortalecimiento, ECPAT Guatemala y ECPAT International, 2004.**



Asimismo, otra investigación más reciente sobre trabajo infantil de niños y niñas indígenas, incluso su involucración en la explotación sexual comercial,<sup>98</sup> destaca que “las niñas y adolescentes indígenas, son el blanco perfecto para delincuentes que, de manera individual y o agrupados en redes criminales, hacen de la trata de personas con fines de explotación sexual comercial su *modus vivendi*. Un número creciente de niñas y adolescentes indígenas, son víctimas de la explotación sexual comercial, especialmente en las zonas fronterizas del país.”<sup>99</sup>

No es sino hasta el 2009 que un informe menciona la explotación de niños migrantes de El Salvador, Nicaragua y Honduras que no logran cruzar la frontera a México y terminan en territorio guatemalteco recurriendo a la prostitución como forma de supervivencia o siendo forzados a practicarla.<sup>100</sup>

Al considerar las altas tasas de femicidio, ocupando Guatemala el primer lugar en Latinoamérica por número de casos de asesinato de mujeres,<sup>101</sup> y de violencia sexual contra mujeres en Guatemala, es entendible que las investigaciones sobre explotación sexual comercial (la cual es entendida como una forma de violencia sexual y de género) se hayan centrado en niñas y adolescentes mujeres.

Como se ha expresado, la trata con fines sexuales, la explotación sexual comercial, el turismo sexual y la utilización de NNA en pornografía son problemáticas que afectan también a niños y a adolescentes varones. Esta problemática es tan grave que solamente en los municipios de Guatemala y Ayutla se han identificado 10 escenarios y 35 lugares específicos en los que se está dando esta situación.

---

<sup>98</sup> El trabajo infantil que desempeñan los niños y niñas indígenas: El caso de Guatemala. OIT/IPEC, 2006.

<sup>99</sup> Ibid.

<sup>100</sup> Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos 2008, 2009. Oficina Pro Democracia, Derechos Humanos y Trabajo.

<sup>101</sup> Observatorio de Género y Equidad de Guatemala.



En Guatemala y Ayutla se ha identificado que la principal manifestación de explotación sexual comercial de niños y adolescentes varones son las relaciones sexuales remuneradas.

La trata con fines sexuales y la explotación sexual comercial provoca serios daños en la vida de los niños y adolescentes varones. Los principales daños identificados son: daños al proyecto de vida de los niños y adolescentes, daños físicos, daños psicológicos y la pérdida de la esperanza, entre otros.

Las relaciones sexuales remuneradas con niños y adolescentes varones es la principal manifestación de la problemática, sin embargo, también se ha identificado, aunque en menor medida, la pornografía, el turismo sexual y, especialmente en Ayutla, se ha identificado una red de trata de niños y adolescentes con fines sexuales. En el municipio de Guatemala se han identificado redes sociales de amigos que buscan tener relaciones sexuales con niños y adolescentes varones.

A nivel social, en Guatemala y Ayutla persisten percepciones revictimizadoras de los niños y adolescentes explotados sexualmente. Las percepciones de los adolescentes de ambos municipios reflejan un conocimiento más profundo y crítico respecto a la problemática.

El Informe presentado por la Organización de Naciones Unidas en Nueva York el jueves 12 de febrero de 2009, realizado por la Oficina contra la Droga y el Delito (ONUDD) bajo el nombre "Informe global de la trata de personas", expone que Guatemala es líder en explotar la trata/tráfico de personas. Recopila la información de 155 países del mundo, sobre casos que van desde la explotación sexual al trabajo forzado.

Asimismo, y a pesar de las cifras publicadas, el informe advierte que el estudio "está afectado por un número de limitaciones" debido a las diferentes leyes que se aplican en cada país sobre la trata, en la habilidad del sistema judicial de detectar "actividades criminales" y en la eficiencia de cada país de registrar los casos de víctimas de la trata, algo que hace "complejo" el poder hacer interpretaciones sobre los datos obtenidos.



Guatemala, fue el país de América Latina donde se registró un mayor número de víctimas por explotación en el año 2007. En 2007, registró según las autoridades del país, un total de 838 víctimas: 740 mujeres, 73 hombres y 25 niños. En el caso del país guatemalteco, las víctimas de trata de personas engloban por ley a casos de explotación sexual o abducción de niños como adopciones ilegales.

Expertos de UNICEF coinciden en que la trata y la explotación sexual de personas es el tercer delito a nivel mundial, después del narcotráfico y el tráfico de armas, que más ganancias genera en el ámbito del crimen organizado.

Otro de los informes respecto al tema en estudio sobre Guatemala, fue el de Asuntos de Inmigración de la Embajada de Estados Unidos de América radicada en Guatemala, titulado Octavo Informe Anual sobre la Trata de Personas (sección Guatemala), publicado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América. Este correspondió al Informe Anual Sobre la Trata de Personas 2008, del 4 de junio de 2008, pero nuevamente los datos que presenta se basan en 2007.

- Asimismo, indica que Guatemala es un país fuente, de tránsito y de destino para guatemaltecos y centroamericanos que son tratados con fines de explotación sexual comercial y trabajo forzado.
- La trata de personas es un problema significativo y creciente en el país. Organizaciones no gubernamentales (ONGs) han informado de un problema naciente de turismo sexual infantil en ciertas áreas turísticas.
- Mujeres y niños guatemaltecos son tratados dentro del país, y principalmente hacia México y los Estados Unidos para explotación sexual comercial. Hombres, mujeres y niños guatemaltecos son tratados dentro del país, así como a México y los Estados Unidos para realizar trabajo forzado.
- En el área de la frontera mexicana, niños guatemaltecos son explotados para realizar trabajo forzado y mendigar; hombres y mujeres guatemaltecos son explotados para trabajo agrícola.



El informe<sup>102</sup> también indica que:

- Las áreas de las fronteras con México y Belice siguen siendo de primera preocupación debido al gran flujo de migrantes indocumentados, muchos de los cuales resultan ser víctimas de los tratantes.
- Guatemala es un país de destino para las víctimas de El Salvador, Honduras y Nicaragua, que están sujetas a la explotación sexual comercial, y un punto de tránsito para los centroamericanos que son tratados hacia México y los Estados Unidos.
- El gobierno de Guatemala no cumple completamente con los estándares mínimos para la eliminación de la trata; sin embargo, está haciendo esfuerzos significativos para lograrlo.
- Guatemala está ubicado en el segundo nivel, lista de vigilancia, por segundo año consecutivo, porque no ha proporcionado evidencia de que está realizando esfuerzos mayores para combatir la trata de personas, particularmente con respecto a asegurar que los tratantes sean procesados y castigados apropiadamente por sus crímenes.
- El gobierno sustentó esfuerzos limitados contra los tratantes durante el período que cubre este informe. Mientras que los fiscales iniciaron procesos por trata, ellos continuaron enfrentando problemas en los tribunales con respecto a la aplicación de la ley guatemalteca contra la trata.
- Esta disposición estatutaria fue enmendada en 2005 para ampliar la definición de la trata y para establecer de seis a 12 años de prisión, un castigo suficientemente riguroso y en proporción a aquellos para otros crímenes graves, como la violación.
- Los crímenes relacionados con la trata incluyen “la corrupción de menores”, la cual dicta penas de dos a seis años de prisión, y “el proxenetismo” o “el instigamiento,” los cuales son penados con multas, en vez de prisión.

---

<sup>102</sup> Informe Anual sobre la Trata de Personas (sección Guatemala), Informe Anual Sobre la Trata de Personas. Pág. 23



- Los jueces continuaron rechazando cargos bajo el Artículo 194, a favor de delitos más familiares pero menos serios, como el proxenetismo, el cual conlleva penas que son inadecuadas para disuadir los crímenes de la trata.
- Los esfuerzos para reformar la ley contra la trata deben abordar estos asuntos judiciales para asegurar que los tratantes sean condenados con cargos adecuados y cumplan sentencias serias.
- Durante el período que cubre este informe, el gobierno procesó a ocho acusados por delitos relacionados con la trata, dictando penas menores, asegurando sentencias conmutables entre tres y cuatro años en prisión.
- No se informó de ningún esfuerzo para procesar a funcionarios de gobierno cómplices de la trata.
- En noviembre de 2007, el Ministerio Público conformó una unidad de 12 personas dedicadas a investigar y a procesar casos de trata de personas y adopción ilegal.
- Reportes fidedignos de oenegés y organizaciones internacionales indican que funcionarios públicos corruptos dificultaron los esfuerzos de la policía y facilitaron la trata de personas al ignorar la actividad de la trata en burdeles y lugares de sexo comercial, filtrando información acerca de redadas policíacas inminentes a sospechosos de la trata, aceptando o exigiendo sobornos, explotando sexualmente a menores y falsificando documentos de identidad.

Asimismo el informe<sup>103</sup> expone que:

- El gobierno realizó mejoras modestas en sus esfuerzos de protección, pero la asistencia en general siguió siendo inadecuada durante el período que cubre este informe.

---

<sup>103</sup> **ibid.**



- El gobierno proporciona asistencia limitada dedicada a las víctimas de la trata, depende de oenegés y organizaciones internacionales para proporcionar la mayoría de servicios a las víctimas.
- Las víctimas infantiles son elegibles para los cuidados básicos en siete alberges administrados por el gobierno, pero fueron usualmente referidas a ONGs, como Casa Alianza, para ayuda específica para las víctimas de la trata.
- Los servicios para las víctimas adultas permanecen virtualmente inexistentes.
- En diciembre de 2007, el gobierno abrió un albergue para migrantes en la Ciudad de Guatemala con un espacio separado para las víctimas extranjeras de la trata.
- Esto marca una mejora con respecto a años anteriores cuando las víctimas extranjeras eran simplemente detenidas antes de ser deportadas.
- El gobierno también instituyó un protocolo para repatriar a menores extranjeros a sus familias.
- Las autoridades guatemaltecas animaron a las víctimas a ayudar con la investigación y proceso de los tratantes, pero muchas de las víctimas fueron reacias a hacerlo por temor a la violencia y a las represalias.
- A las víctimas adultas extranjeras no se les proporcionaron alternativas legales a ser trasladadas a países en donde puedan enfrentar penas o castigos; en la mayoría de los casos, estas víctimas fueron deportadas prontamente.
- Debido a las limitaciones de recursos y al volumen de migrantes en el país, algunos extranjeros fueron simplemente abandonados en la frontera.

Por su parte, el estudio denominado *El comercio sexual con personas menores de edad, segundo estudio de tolerancia social*, presentado por la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, a finales de abril de 2009, evidencia la tolerancia existente por la población guatemalteca a este flagelo; poniendo al descubierto que este



problema tiene sus raíces en la cultura androcéntrica fundada en el sistema patriarcal conservador del Estado de Guatemala.

Asimismo, presenta datos estadísticos alarmantes,<sup>104</sup> basados en una encuesta ciudadana que se efectuó -previo a la aprobación de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas-, para la realización del estudio, los que se pueden resumir:

- En Guatemala se reconoce la explotación sexual infantil como delito por parte de la sociedad, pero se tolera, en algunos casos, por miedo a denunciar o porque no se considera un problema propio.
- Existe tolerancia social a este problema, porque el 37.1 % de los encuestados aseguró conocer los lugares donde se ofrece ese tipo de servicios.
- Es preocupante que se ha generalizado que la pobreza, es sinónimo de criminales o de delincuencia, ya que el 44.4 % culpa a la pobreza como la causa principal de ser víctima de explotación sexual, lo que indica que se tiende a criminalizar a las víctimas.
- La encuesta presenta un dato alarmante, sobre el tema de la criminalización a las víctimas, pues entre más joven y mayor nivel educativo tienen las/los consultadas/os, más culpan a las víctimas y sus familias.

Por otro lado, la Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia de Guatemala, al ser consultada por la OIT,<sup>105</sup> sobre los resultados de este estudio, expuso:

- Que en efecto es un problema social, el cual de no tomarse medidas que lo corrijan tiende a incrementarse.
- Calcula que unas 15,000 niñas, adolescentes y jóvenes son explotadas sexualmente en Guatemala.

---

<sup>104</sup> **Ibid.**

<sup>105</sup> **Informe de la Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia de Guatemala.**



- El 95 % de las víctimas son mujeres, frente al 5 % de hombres.
- Se tienen identificados focos de mayor incidencia: zonas de influencia turística, pues el 15 % de clientes de estos servicios son extranjeros.
- Puntos rojos respecto del comercio sexual son las zonas fronterizas con México, Izabal, Jutiapa, Chiquimula, Escuintla, Suchitepéquez, Retalhuleu y la ciudad capital.

Las cifras y los datos presentados son estremecedores, y denotan una vez más la indiferencia social a la situación y condición de las mujeres, niños y adolescentes guatemaltecos de acuerdo a la posición que ocupan en la sociedad. Debe tomarse en cuenta que este estudio fue publicado previo a la promulgación de la Ley de Adopciones y la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.

También es impactante, la revelación que hace sobre la posible participación de las entidades del sistema de justicia dentro de la red del crimen organizado, que se ha dedicado a este tipo de Trata/Tráfico de personas. Asimismo será necesario reconocer que es a partir del mismo, por lo revelador de los datos que presenta, que fue posible hacer todo un trabajo de sensibilización, impulso y cabildeo sobre el tema, a nivel nacional e internacional por parte de la Fundación Sobrevivientes, para que finalmente se diera la aprobación de ambas leyes.

Como situaciones de índole institucional que arrojó el estudio, y que de manera sensible incide en la problemática existente tenemos que existe la ilegalidad de permitir que cualquier notario pueda tramitar de forma personal una adopción; es uno de los pocos países del mundo, sino el único, donde una adopción puede ser legalizada a través de un trámite notarial.

Esta situación ha colocado a Guatemala como el cuarto país en el mundo que más niñas y niños provee para la adopción internacional; es el número uno, en relación con la población total, es decir, si se toma en cuenta la relación entre el número de habitantes y el número de niñas y niños dados en adopción. En el año 2006 se



adoptaron 37 niñas/niños por cada 100,000 habitantes. Para ese mismo año, 1 de cada 100 niños nacidos en el país fue dado en adopción.

En contraposición, en 2003 España, Francia, el Reino de los Países Bajos, el Reino Unido, Alemania y Canadá, todos adheridos al Convenio de la Haya, decidieron aplicar una moratoria a las adopciones de niñas y niños guatemaltecos/os, por considerarlos viciados.

Guatemala hizo una tardía adhesión al Convenio de la Haya, hasta el año 2002, o sea nueve años después de su declaratoria en 1993; mientras Estados Unidos de América hizo de Guatemala el segundo país del mundo, después de China, que más niñas y niños le proveyó a través de las adopciones. Esta situación se consideró delicada debido a que Guatemala tiene 13 millones de habitantes y que el 97 % de niñas y niños guatemaltecos dados en adopción en 2006 fue a familias estadounidenses.<sup>106</sup>

La Comisión Nacional de Búsqueda de la Niñez Desaparecida, estableció que durante el Conflicto Armado Interno, cerca de 5,000 niñas y niños fueron desaparecidas/os, separadas/os o dadas/os en adopción.

El estudio continúa exponiendo, que en el 2010, se habían documentado 1,084 casos de niñas y niños desaparecidas/os, de estos el 46 %, es decir 500, eran bebés menores de un año que habían sido secuestradas/os y dadas/os en adopción; lo que no se ha resuelto hasta la fecha.

Se considera que entre los factores que no permiten la solución de los mismos están la imposibilidad de acceder a la información en centros militares, a la información en orfanatos, albergues y otros, y a la información de los expedientes de las adopciones.

Se sabe que hubo casos de raptos de niñas y niños, que luego fueron utilizados como sirvientes en familias que no fueron afectadas por la violencia, o casos de niñas y niños que fueron separadas/os de sus familias o comunidades, secuestrados y adoptados de forma fraudulenta por algunos de los victimarios de sus propias familias.

---

<sup>106</sup> **Ibid.**



Durante el conflicto armado, también se volvió moda en las filas del ejército hacer el cargo de pequeños de tres o cuatro años que se encontraban deambulando en las montañas, así, algunas niñas/os fueron “salvadas/os” de las masacres, para ser adoptados por oficiales del ejército o llevados a su hogares como sirvientes.

Hubo otros casos en donde se llevaron a las niñas y los niños de las comunidades masacradas, para luego abandonarlas/os en la ciudad capital en donde posteriormente fueron dadas/os en adopción por una organización evangélica a padres del extranjero.

El incremento desmedido de las adopciones internacionales en los últimos años también tiene otros motivos: la situación económica del país, donde el 51 y el 15.2 % de la población vive en condiciones de pobreza y extrema pobreza, respectivamente, pero principalmente, la situación de los derechos económicos de las mujeres.<sup>107</sup>

Las mujeres en mayor riesgo se encuentran en los estratos económicos pobres de las áreas rurales y periurbanas marginales, ya que el 56 % de las familias de estas mujeres se ven afectadas por la pobreza y sufren la mayor precariedad de servicios de salud y educación, y, por tanto, de dificultades para mantener y/o defender sus derechos. De esta manera las mujeres ven vulnerados además sus derechos sociales y culturales.

Entre los derechos sociales que pueden mencionarse como vulnerados son: el derecho a la familia, la educación la seguridad y asistencia social y la alimentación; mientras que los derechos culturales vulnerados de las mujeres en este caso son: el derecho a una identidad propia y el acceso a los servicios en su propio idioma.

En este marco se tiene la situación de las familias a cargo de madres solteras vinculadas al tema de la paternidad irresponsable: semanalmente se conocen 50 casos, el 70 % es para fijación de una pensión económica y el 30 % por incumplimiento de la asignación. Esta situación permite establecer la desprotección de las madres solteras.

---

<sup>107</sup> Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe de Desarrollo Humano para América Central. Pág. 23



El Informe Anual sobre la Trata de Personas (sección Guatemala),<sup>108</sup> precisa además que:

- Los casos revisados permitieron establecer que uno de los argumentos más utilizados para lograr la entrega de niñas/os en adopción, fue precisamente la necesidad económica de las madres solteras: necesidad de alimentos y necesidad de medicinas o atención médica.
- El otro factor preponderante que expone, para que las madres sean convencidas de entregar a sus hijas/os en adopción, es la vulnerabilidad de las mujeres en cuanto a educación y acceso a los servicios en su propio idioma.
- Expone que, aunque las mujeres sepan leer y escribir, muchas veces no pueden comprender ni transmitir el sentido de la información. Por ello, en muchos casos firman papeles sin saber verdaderamente la responsabilidad que están asumiendo.
- Asimismo, en los hospitales, sanatorios y clínicas reciben indicaciones que no pueden interpretar y que aceptan sin entender las consecuencias de sus actos.
- También las adopciones están relacionadas directamente con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, en especial de las jóvenes.
- De cada 1000 jóvenes mujeres entre los 15 y 19 años, 114 dan a luz anualmente.
- La tasa de fecundidad en mujeres jóvenes rurales es de 113 por 1000 y en las del área urbana de 85 por 1000.
- El 44 % de mujeres jóvenes de 20 a 24 años son madres antes de los 20 años, y en mujeres sin educación es del 68 %.
- Esta tasa es del 54 % en mujeres indígenas.
- Solamente el 50 % de las mujeres entre los 15 y 24 años contaron con asistencia médica profesional.

---

<sup>108</sup> Informe Anual sobre la Trata de Personas (sección Guatemala). Op. Cit. Pág. 28



- La falta de acceso a información oportuna y educación sexual es el factor preponderante. El total de embarazos en niñas, adolescentes y jóvenes de 11 a 19 años fue de 52,009 en el año 2005. De estos, el 37 % se reportaron en jóvenes de 15 a 17 años y el 60 % en jóvenes de 18 y 19 años. Lo alarmante es que de estos embarazos 1275 se registraron en niñas y adolescentes entre 11 y 14 años.
- Se registró que las mujeres más propensas a la coacción y el engaño para dar a sus bebés en adopción son jóvenes menores de 25 años, madres solteras, sin educación y sin recursos económicos para acceder a una atención prenatal y durante el parto, así como para el mantenimiento del bebé una vez nacida/o.
- La violencia contra la mujer ha resultado ser otro factor importante para coaccionar a las mujeres a dar a sus hijas/os en adopción, pues cuando estas/os son producto de una violación se les coacciona o engaña, ya sea por el victimario o personas cercanas a la familia, y en algunos casos por parientes cercanos de esta. Se afirma que el engaño y la coacción están de por medio para que estas mujeres entreguen a sus hijas/os en adopción.

Así también presenta los datos del IDHUSAC, que en el 2006 realizó una encuesta sobre este tema y el 8 % de jóvenes indicaron que la primera relación sexual es por “violación sexual”. Las adopciones también han generado el negocio de los vientres de alquiler.

Asimismo, han promovido y fortalecido el “robo-secuestro-desaparición” de niñas y niños, quienes inmediatamente después de haberse robado, secuestrado o desaparecido ya se les tienen documentos de identificación falsos para ser dados en adopción por las redes que para el efecto se han conformado.

El robo de niñas/os ha traído como resultado la “doble victimización” de las mujeres, a quienes los operadores de justicia las acusan de haber vendido a sus hijas/os. En conjunto, se evidencia que la vida de estas mujeres está regida por intereses económicos, que encuentran su base en la violencia contra las mujeres.



Finalmente, demuestra que una causal del incremento de las adopciones en Guatemala es la demanda internacional, principalmente de familias estadounidenses, quienes pagan entre \$ 13 000 y \$ 40 000 por “adquirir” un bebé guatemalteco.

Afirma, que el Estado de Guatemala en general, y la Procuraduría General de la Nación, en particular, comete una ilegalidad al aprobar adopciones, donde el motivo para entregar a la/el niña/o sea la “falta o carencia de recursos materiales de los padres o de la familia”, pues la Ley de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia tiene establecidos los mecanismos pertinentes para que las niñas y los niños/os prioritariamente permanezcan con su familia de origen.

Las instituciones competentes en materia de adopciones -aprobación y resguardo de la niñez-, de seguridad y de acusación y persecución penal en Guatemala, no cumplen con su deber de proteger a la niñez y garantizar su derecho a una adopción que atienda primordialmente a su interés superior y conforme los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales en esa materia.

Derivado de este hecho, unido a la demanda internacional de niñas/os, ha dado lugar al surgimiento de redes dedicadas a la oferta de niñas y niños para la adopción con fines comerciales. Las adopciones generan dinero para un sin fin de personas, de todos los estratos sociales, de diversas profesiones y de todo el país, incluso fuera de las fronteras nacionales.

Para todas las personas que participan en esta organización criminal, las adopciones son una fuente de ganancia. Estas redes compran bebés a padres, madres y familias biológicas, manipulando sus necesidades y escasez, y también generan secuestros y desapariciones de niños y niñas para darlos en adopción.

La búsqueda de casos y estadísticas que sirvan para corroborar la existencia de un mercado de niñas y niños guatemaltecos/os para la adopción internacional se pueden encontrar en la respuesta de cuatro modalidades: la ilegalidad de los trámites de adopción, la demanda de bebés por familias extranjeras, las operaciones de las redes de adopciones y la trata de niñas/os.



Al revisar los datos estadísticos de la Procuraduría General de la Nación, para el período de 11 años comprendido de 1996 a 2006, las adopciones se incrementaron 6.7 veces. Esto quiere decir que de 731 adopciones en 1996 se pasó a 4,918 en 2006, lo que representa en valores absolutos 4,817.<sup>109</sup>

Para 2004 se dio un aumento de 1.8 veces, ocasionado por la decisión de la Corte de Constitucionalidad de declarar inconstitucional el proceso de adhesión de Guatemala al Convenio de la Haya. A lo largo de los once años que incluye el estudio, se establece que un total de 27,140 niñas y niños fueron dados en adopción derivado de la autorización emanada de la Procuraduría.

Esto quiere decir que hubo un promedio anual de 4,594 adopciones, con un promedio mensual de 383 y un promedio día-calendario de 13 niñas y niños dados en adopción. Del número total de adopciones autorizadas solo el 2.4 % fueron adoptadas/os con la figura de la adopción nacional, el restante 97.6 % fueron adopciones internacionales realizadas por 44 países del mundo, lo que indica que 26,483 niñas y niños, fueron sacados de Guatemala para el extranjero bajo la figura de adopción internacional.

Más revelador resulta aún revisar que de estas niñas y niños el 87 % representando un valor absoluto de 23,045, se fueron para los Estados Unidos de América; y que esta cifra se incrementó de 2004 a 2006. Asimismo, establece que existen casos en los que hay una diferencia entre el año en que se autorizó la adopción y el año en que se tramitó la visa.

El último dato estremecedor, que denota una clara práctica de Trata/Tráfico de Niñas y Niños en Guatemala, es que a partir de que no se le da seguimiento a los casos, no se tiene certeza jurídica de la situación en que viven y se desarrollan las niñas y los niños dados en adopción.

Aunque se reconoce que ha habido avances legales y en políticas públicas para la prevención y atención y protección de la niñez y adolescencia afectada y para la persecución penal de los delitos, aún esta normativa no ha representado ningún cambio

---

<sup>109</sup> **Ibid.**



significativo en la vida de los niños y adolescentes. El sistema de protección social jurídica es débil para dar respuesta a la problemática y para proteger integralmente los niños y adolescentes.

El estudio realizado de cada uno de los informes comentados precedentemente, permiten afirmar que el fenómeno de la trata de personas en Guatemala, es hoy por hoy uno de los tantos problemas pendientes a resolver por el Estado; evidenciándose de la sola lectura de los datos ofrecidos el real estado de desatención a esta problemática latente en todo el territorio nacional, que no solo victimiza a hombres, mujeres, niñas y niños, sino que enriquece a personas sin escrúpulos que lucran con el ser humano, desconociendo sus derechos humanos más elementales por el solo hecho de serlos.

Que las distintas actividades en que se utilizan a estas personas víctimas objetos de la trata, las convierten en verdaderos esclavos en el siglo XXI, en un momento del desarrollo de la humanidad que resulta inimaginable resurgieran formas de tan abominables de sometimiento de la raza humana.

De igual manera por medio del estudio realizado se puede constatar, al margen de la evidente falta de voluntad política de los gobernantes guatemaltecos para enfrentar este fenómeno cada vez más creciente, que funcionarios de alto nivel y con un grado alto también de corrupción, sacan tajadas de este indigno, repugnante e ilegal negocio, y además, desconocen que con ello, convierten a la nación en un antro de prostitución y pornografía, desvirtuando la moral pública y a las buenas costumbres que por siglos se han arraigado en nuestra sociedad, sobre la base del reconocimiento de valores a la dignidad humana y el respeto a los seres humanos.

También, se pone de manifiesto una vez más, lo cual es sumamente preocupante, la débil institucionalidad que vive el país, donde a diario proliferan los negocios ilegales de toda clase, se promulgan leyes y no se obtienen resultados esperados, lo que vuelve a Guatemala en un territorio, donde se puede obtener ganancias de cualquier actividad por cuestionable que resulte. Todo lo que permite concluir que los esfuerzos en esta lucha resultan aun infructuosos y urge cambiar el estado de cosas.



### **3.2. Análisis del delito de trata de personas en la legislación penal vigente en Guatemala**

La trata de personas es un delito grave, proveniente del crimen organizado; el cual requiere de un protocolo de orden internacional para poder prevenirlo reprimirlo, sancionarlo y erradicarlo penalmente. El mismo se encuentra regulado en el Artículo 202 ter del Código Penal vigente en Guatemala, por Decreto 17 de 1973 del Congreso de la República.

En los delitos contra la libertad y seguridad sexual y el pudor, a los cuales pertenece el delito de trata de personas, el hecho delictivo es consistente en atentar contra la seguridad y la libertad que en materia erótica poseen las personas. También dentro de dichos delitos, aparecen también los atentados contra el pudor en lo que a materia sexual respecta.

Dichos delitos han sido objeto de distintas denominaciones y de las diversas legislaciones a través de la historia. Se les ha denominado de las siguientes formas: atentados contra las costumbres, atentados contra el orden de las familias, crímenes y delitos contra la moralidad, atentados contra la decencia y la moral públicas, delitos contra las buenas costumbres, delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia, delitos contra la honestidad.

Actualmente, se les denomina de la siguiente manera: delitos contra la libertad y seguridades sexuales y el pudor, perteneciendo el delito de trata de personas a los mismos. Entre las características de los delitos contra la libertad y seguridades sexuales y el pudor, es de importancia anotar las siguientes:

En el hecho delictivo, la acción preponderante es de materia sexual, y además la misma atenta en contra de la seguridad o la libertad en dicho sentido. No es suficiente que haya existido en la acción un antecedente anterior de tipo sexual, sino que también lo que se requiere es de la existencia de acciones que sean directas en dicho sentido y encaminadas a limitaciones o a lesionar la seguridad o libertad de orden sexual,



mediante actos y manifestaciones de carácter lúbrico- somáticos que hayan sido ejecutados en el cuerpo de la persona ofendida.

La acción que supone una finalidad de orden erótico sobre el sujeto pasivo, debe producir de manera inmediata un peligro o daño al bien jurídico que se protege, el cual es la seguridad y la libertad en lo relacionado a la determinación sexual, así como también el recato y el pudor en materia sexual.

El delito de trata de personas es aquel que constituye una violación grave a los derechos humanos de las víctimas, siendo las mismas reclutadas y transportadas a su lugar de destino con fines sexuales, siendo la mayoría por lo general mujeres, adolescentes y niñas.

El Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, nos indica la definición legal del delito de trata de personas, en su Artículo 202 ter, al indicar lo siguiente: "Constituye delito de trata de personas la captación, el transporte, bastado, retención, acogida o recepción de una o más personas con fines de explotación.

Quien cometa este delito será sancionado con prisión de ocho a dieciocho años y multa de trescientos mil a quinientos mil quetzales.

En ningún caso se tendrá en cuenta el consentimiento prestado por la víctima de trata de personas o por su representante legal.

Para los fines del delito de trata de personas, se entenderá como fin de explotación: La prostitución ajena, cualquier forma de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, cualquier tipo de explotación laboral, la mendicidad, cualquier forma de esclavitud, el reclutamiento de personas menores de edad para los grupos delictivos organizados, adopciones irregulares, tramite irregular de adopciones, pornografía, embarazo forzado o matrimonio forzado o servil".

La pena, es la consecuencia jurídica del delito, que consiste en la privación o restricción de ciertos bienes jurídicos, que impone el órgano jurisdiccional, basado en la



culpabilidad del agente y que tiene como objetivo la resocialización del mismo. La pena es el mal que, de conformidad con la ley del Estado, los magistrados infligen a aquellos que son reconocidos culpables de un delito.

La pena privativa de libertad, consiste en la pena de prisión o de arresto que priva al reo de su libertad de movimiento, es decir limita o restringe el derecho de locomoción y movilidad del condenado, obligándolo a permanecer en una cárcel, centro penitenciario (granja penal), o centro de detención por un tiempo determinado y la pena pecuniaria es la pena de tipo patrimonial que recae sobre la fortuna del condenado, como es el caso de la multa a pagar una determinada cantidad de dinero.

La Ley contra la Delincuencia Organizada en Guatemala, reconoce este tipo penal, como una actividad propia de este tipo de criminalidad, pero este desbalance entre la ley general, o sea el Código Penal y la Ley especial de la Delincuencia Organizada, impide su adecuado enfrentamiento deviniendo prácticamente letra muerta.

Actualmente, existen redes poderosas que trabajan tanto en los países de origen como en los de destino, en los cuales se comete el delito de trata de personas. Usualmente los delincuentes pertenecen a las dos nacionalidades. La trata de personas, y muy especialmente la realizada con mujeres y niños, es hoy en día un negocio ilícito bastante rentable para los delincuentes en Guatemala.

La trata de personas, no es manejada únicamente por grandes redes, ya que en bastantes ocasiones, el reclutador es un vecino o vecina bien conocido, o es una persona conocida o amiga. De dicha forma, se configura toda una red de complicidades que se involucran en la trata de personas, pudiendo mencionar a los siguientes: el reclutador o reclutadora, quien organiza el viaje a llevar a cabo y que en la mayoría de las ocasiones acompaña a la o las víctimas y quien recibe a las personas víctimas del delito de trata de personas a su llegada.

Por lo general, las víctimas del delito de trata de personas son mujeres jóvenes, en la mayoría de los casos con hijos, provenientes de entornos familiares de muy escasos recursos económicos, y víctimas también de la violencia social e intrafamiliar. Pero,



también ocurre que existen víctimas que surgen cuando los traficantes juegan con las ambiciones que tienen señoritas de clase media que buscan dinero rápido y quienes generalmente viajan sin el consentimiento de sus padres.

A dichas víctimas, les son ofrecidos trabajos en el exterior, con supuestas remuneraciones elevadas, para la obtención de ingresos rápidos y con ello poder mantener a sus familiares e hijos en sus países de origen. El reclutamiento más común ocurre en su misma vecindad, mediante avisos de radios o periódicos o bien en sitios de diversión para adolescentes.

También existe un porcentaje significativo, de víctimas que desde un principio saben que se dedicarán a la prostitución, la cual aceptan desde un comienzo debido a que la misma les generará supuestamente una buena fuente de ingresos. Con lo que no cuentan es que al salir del país, se convierten en presas de fácil explotación y la situación que vive se agrava debido a encontrarse en un ambiente extraño y totalmente desconocido.

Tampoco cuentan con que serán vendidas y tratadas como si fueran esclavas, obligándoles a trabajar por supuestas deudas existentes del viaje, sometiéndoles también a amenazas y violencia física, además deben de soportar abusos tanto de los clientes como de los empleadores, viviendo realmente como prisioneras al encontrarse ilegalmente en otro país y presionadas con la deportación al encontrarse limitadas en lo que respecta a su libertad de movimiento.

Cuando las víctimas del delito de trata de personas retornan, tienen temor a denunciar a los traficantes, debido a que las mismas han sido por lo general coaccionadas para que no identifiquen a los responsables, o a la red que las ha llevado, ya que de lo contrario van a afectar a sus familias. También es bastante frecuente, que las víctimas no conozcan que es la migración ilegal y el tráfico ilegal. Es de vital importancia que el Gobierno de Guatemala siga luchando para la implementación de campañas de prevención sostenida a largo plazo para erradicar el delito de trata de personas.



El delito de trata de personas, es constitutivo en Guatemala de una grave violación a los derechos humanos de mujeres, adolescentes y niñas en la mayoría de las ocasiones, no importando la forma en que las mismas sean reclutadas y transportadas, ya que de igual forma les son negadas a dichas víctimas su debido derecho a la libertad y a su vez expuestas a tratos inhumanos y crueles; afectando y dañando con ello su salud tanto física como mental, tal y como ocurre en nuestra sociedad guatemalteca.

Generalmente, los traficantes en este delito acostumbran a retener los documentos de sus víctimas durante el transporte o después, dejándolas con dicha maniobra en una posición de completa vulnerabilidad. También, ejercen control en las mismas, por la creación de ellos mismos de dependencia y endeudamiento a favor de ellos, ya que por lo general cuando la víctima llega a su lugar de destino, le son cobradas sumas de dinero por gastos de transporte y alimentación.

En Guatemala, para que el Estado persiga a los traficantes de personas, es necesario que la víctima del delito de trata de personas interponga la denuncia correspondiente. El efectivo combate del delito se logra mediante la penalización del mismo, persiguiéndolo de oficio y sin la necesidad de que exista una denuncia interpuesta por las víctimas, al poder ser perseguido dicho delito de oficio, en nuestra sociedad guatemalteca.

La trata de personas para la explotación sexual conlleva consecuencias graves de vida para la salud de sus víctimas; impidiendo la debida salud física de las mismas. Son blancos de violencia y pueden llegar a sufrir lesiones en distintas partes de su cuerpo.

En muchas ocasiones, son obligadas a simular actos violentos que ponen en peligro la salud de las mismas; pudiéndoles ocasionar lesiones físicas como hematomas, huesos rotos, lesiones en la boca y dentadura, heridas de arma blanca, e inclusive la muerte. También, la participación en la industria del sexo, entraña el alto riesgo de contraer infecciones de transmisión sexual y del VIH/SIDA, como ocurre en la actualidad.

Para un efectivo combate al delito de trata de personas en nuestra sociedad guatemalteca, se necesita penalizar el engaño y traslado de personas víctimas, y que además se persiga a dichos delinquentes, sin la necesidad de que previamente exista



una denuncia por parte de las víctimas, que por lo general son mujeres, niños y niñas de escasos recursos económicos.

La reforma de dicha normativa, en lo relacionado a la persecución penal del delito de trata de personas, permitirá erradicar y sancionar de manera aún más efectiva a los responsables de la comisión del delito en mención, debido a que al poder perseguir de oficio el delito, se podrá sancionar con una mayor eficacia a los responsables del ilícito penal de trata de personas en Guatemala.

En resumen, de hecho en Guatemala a través del delito de trata de personas se capta, transporta, traslada y recibe a diversas personas, recurriendo para ello al uso de la fuerza y amenaza u otras formas de coacción, así como también al engaño y al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad para la obtención del consentimiento de una persona para que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

La trata de personas, es un delito que se encuentra vinculado con otros, tales como: el secuestro, desapariciones, falsificación de documentos públicos y privados, violencia física, psicológica y sexual, corrupción, tráfico y abuso de drogas, aspectos a los cuales son más vulnerables las mujeres, niños y niñas.

Los casos de delitos de trata de personas son cerrados, ya que por lo general, la falta de seguimiento a los mismos, por prescripción de la acción penal y además porque los familiares se conforman solamente con el regreso de la víctima desaparecida, además, no existe atención a la salud de las mismas o programas que faciliten una reinserción de los afectados.

Es de vital importancia, que la persona víctima del delito de trata de personas, haga efectivo su derecho de acceso a la justicia, cualquiera que sea su estatus legal, para así denunciar a los tratantes y comenzar un proceso judicial en su contra. La asistencia a prestar por parte del Estado de Guatemala a las víctimas es de importancia para resarcir el trauma sufrido, otorgando prioridad a los servicios de salud, para que los afectados por el delito de trata de personas puedan reconstruir sus vidas y ser testigos efectivos en una investigación.



El Congreso de la República de Guatemala debe determinar que el delito de trata de personas conlleva a incurrir en explotación de diversas índoles, tal como la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la misma, la servidumbre y la extracción de órganos. Es necesario abordar el tema del delito de trata de personas por parte de toda la población guatemalteca, para luchar en contra de las redes del crimen organizado, transnacional y nacional favorecedoras de dicho delito.

El Estado debe de establecer mecanismos participativos para el seguimiento, monitoreo y eficacia de políticas públicas del marco legal nacional en contra del delito de trata de personas; para la debida reformulación de programas de ayuda a las víctimas del delito en mención que tanto afecta nuestra sociedad guatemalteca.

Los investigadores y fiscales deben contar con formación adecuada a través del Ministerio Público para la reunión de pruebas necesarias que permitan la que permitan la condena de los culpables por el delito de trata de personas. La falta de evidencias debido a la poca formación para la recolección de pruebas efectivas para presentar los casos por parte de los investigadores, policías y fiscales, no permite probar la existencia del delito de trata de personas.

### **3.3. Factores que favorecen la trata de personas en Guatemala**

Diferentes causas, factores de riesgo favorecen la trata de personas. Se esbozan en el presente epígrafe los principales elementos que deben producir esta lamentable situación en el estado de Guatemala así como las consecuencias que trae consigo para sus víctimas.

Dentro de aquellos factores que facilitan la explotación sexual comercial se encuentran la pobreza, la cultura machista que promueve que niñas, niños, adolescentes y mujeres sean objeto sexual que puede ser comprado, las redes clandestinas (proxenetas y



explotadores) que originan esta actividad, la existencia de los menores han sido tratados irrespetuosamente a través del tiempo y la violencia intrafamiliar.

-La pobreza y el hambre

Un elemento común en el abordaje de la trata de personas es la pobreza. El PNUD en el informe sobre desarrollo humano de 1997, define: “La pobreza tiene muchos rostros y abarca más que un bajo ingreso. Refleja también mala salud y educación, la privación de conocimientos y comunicaciones, la incapacidad para ejercer derechos humanos y políticos, y la falta de dignidad, confianza y respeto por sí mismo, detrás de los rostros de la pobreza se oculta la sombría realidad de vidas desesperadas, sin salida y con frecuencia, gobiernos que carecen de capacidad para enfrentar la situación.

Según el Banco Mundial, en América Latina y el Caribe viven por debajo de la línea de la pobreza 250 millones de seres humanos, de los cuales 150 millones viven en la extrema pobreza (menos de 30 dólares mensuales). En estudio de la CEPAL que comprende 1980-1990, dice: “El aumento de la pobreza ha afectado en mayor grado a las mujeres y a la población pasiva y ha agravado la situación de niños y jóvenes de los estratos más pobres.”

Realidad cruel que, expresan voces autorizadas sobre la pobreza que afecta en mayor grado a mujeres, niños y jóvenes; para mientras los estados, los organismos donantes, países firmantes de tratados buscan las recetas y soluciones; las instituciones policiales y judiciales tendrán que batallar con la trata de personas, actividad criminal que encuentra como caldo de cultivo la pobreza de 250 millones de seres humanos de América Latina y el Caribe, los cuales permanecen en una situación de riesgo.

Cuando no se analiza la demanda o se la menciona escasamente, resulta fácil olvidar que en la industria del sexo no se trafica con seres humanos para satisfacer la demanda de los traficantes sino la de los compradores, que son hombres en su mayoría. La insaciable demanda de mujeres y criaturas en establecimientos de masajes, espectáculos de *strip-tease*, servicios de acompañamiento, burdeles,



pornografía y prostitución callejera es lo que determina que el comercio sexual sea lucrativo.

En muchos de los casos, tener relaciones sexuales remuneradas es una decisión tomada en una situación límite de pobreza y hambre. Las relaciones sexuales remuneradas se convierten en una estrategia de supervivencia que en muchos casos era pensada como algo temporal pero que se termina convirtiendo en un tormento de años.

Esta condición de pobreza y hambre es aprovechada por los explotadores para enganchar a los niños y adolescentes varones. Asimismo, las relaciones sexuales remuneradas son entendidas, por personas adultas y otros adolescentes ya en explotación, como una opción y una forma alternativa de generar ingresos para sobrevivir.

En la actualidad, y en algunos países occidentales son las agencias de viaje las que ofrecen un nuevo tipo de turismo: el turismo del sexo. Junto a la demanda, la oferta contribuye a la proliferación de las mafias que se aprovechan de las vulnerabilidades de las mujeres y niñas que en situaciones límite acaban en manos de los delincuentes y, por ende, ejerciendo la prostitución.

-La impunidad

Junto a la demanda y a la oferta, la impunidad es con la que la criminalidad organizada trabaja. Las leyes nacionales e internacionales son insuficientes; donde hay leyes, las pautas de las sentencias no brindan disuasivos.

Contribuye considerablemente a la impunidad real y supuesta la corrupción de los funcionarios policiales y de inmigración que coluden, aceptan sobornos o "miran para otro lado". Quizá los gobiernos no promueven directamente el tráfico, pero pueden mostrarse vacilantes para reprimirlo enérgicamente porque el comercio sexual es sumamente lucrativo y está vinculado con otros sectores, como el turismo.



El Código Penal de Guatemala en los Artículos 188, 190, 191, 194, 195 y 196, penaliza la explotación sexual de las niñas/os y jóvenes, el proxenetismo, exhibiciones y publicaciones obscenas; sin embargo, se trata de acciones alejadas de la realidad actual, en la vida real y en su terminología; ya que el Código Penal debe incorporar nuevas figuras delictivas o tipos penales ajustados a la realidad que vive el país; además se valora que las penas son muy bajas y no son congruentes con la gravedad del delito.

-Ausencia de políticas de protección

Muchos de los niños, adolescentes y mujeres en situación de explotación sexual comercial, viven con adicciones y en condiciones de alta vulnerabilidad. Sin embargo, desde el Estado no se ha generado ninguna política de protección especial para ellos.

Las políticas de garantía también están ausentes, pues son explotados impunemente sin que se generen medidas de protección, y sin que se persiga penalmente a los tratantes o explotadores. Especial omisión hace el Estado con niños y adolescentes provenientes de otros países, que quedan desprotegidos y a merced de tratantes y explotadores.

-La inmigración incontrolada

La inmigración incontrolada, tiene un impacto negativo en los países en desarrollo y en particular en aquellos en los que ya existen profundos problemas de educación, analfabetismo en adultos, nutrición o mortalidad infantil. Estos países no se pueden permitir la huida no solo de sus recursos humanos menos preparados, sean mujeres u hombres, sino de aquellos otros profesionales con talento que acaban en los países desarrollados.

Esta migración debería ser planificada, con el fin de contribuir al sostenimiento del desarrollo en los países de los que emigran. Programas conjuntos de desarrollo entre los países de origen y destino de migración pueden servir para maximizar el impacto positivo de la migración en el desarrollo, limitando la reducción de la mano de obra



trabajadora en los países de origen. Estos programas podrían alentar la migración de corta estancia, durante los que se ofrecería a los inmigrantes formación para favorecer el desarrollo una vez regresen a sus lugares de origen.

Entre otras causas que favorecen la explotación sexual comercial de niños y adolescentes varones se identifican las siguientes:

- La demanda de niños y adolescentes varones para relaciones sexuales remuneradas: existe una búsqueda de niños y adolescentes varones motivada más por la preferencia sexual que por otras condiciones como el precio y la accesibilidad. En todos los escenarios identificados en los que se da la explotación sexual comercial de niños y adolescentes varones, es expresa y específica la búsqueda de niños y adolescentes.
- Existencia de escenarios y actores propiciadores: se identifica la existencia de sectores y actores que favorecen esta explotación. Existen discotecas, sobre todo para homosexuales, saunas y hoteles que permiten, e incluso propician, la explotación sexual comercial de niños y adolescentes varones.

Otros espacios como parques, que inicialmente son lugares de socialización para los adolescentes gay, son identificados también como lugares en el que son iniciados en las relaciones sexuales remuneradas. Un papel relevante lo juegan los taxistas, quienes movilizan clientes y adolescentes de discotecas y saunas a hoteles o a casas.

Las adicciones, son un factor de riesgo común en todos los escenarios de explotación sexual comercial de niños y adolescentes varones es el consumo de drogas. Las drogas pasan a ser un factor importante en la problemática pues algunos niños y adolescentes son explotados sexualmente a partir de la necesidad de obtener recursos para comprarla.

En este sentido, la droga es uno de los factores que precipitan a los niños y adolescentes varones a la explotación sexual comercial. Es recurrente en casi todos los escenarios que clientes u otros compañeros les alienten al consumo de drogas.



Informantes consultados coinciden que al volverse adictos a la droga, entran en un círculo vicioso que les hace más difícil salir de la explotación.

La necesidad de sobrevivencia también se muestra como una de las principales causales de la explotación sexual comercial de niños y adolescentes varones es la necesidad de obtener recursos para sobrevivir.

La concepción de los niños y adolescentes como objetos, aun es dominante en la guatemalteca; la concepción de los niños, niña y adolescente como objetos y como objetos sexuales en el caso de la explotación sexual comercial. Por lo tanto, es concebible para los explotadores que los cuerpos de los niños y adolescentes puedan ser tomados o adquiridos.

La débil presencia de la familia, resulta otro factor de riesgo y propensión a la explotación sexual de niños y adolescentes, ya que en las historias de niños y adolescentes explotados sexualmente se puede evidenciar como la familia no ha podido generar el soporte necesario para el desarrollo y protección de los mismos, empujándoles a sobrevivir por sus propios medios. En algunos escenarios de prostitución adulta femenina, se identifica incluso a la familia como facilitadora de las relaciones sexuales remuneradas.

La omisión del quehacer del Estado en la vida de los niños y adolescentes, se presenta como una dura realidad en Guatemala, pues al revisar la historia de vida de los niños y adolescentes que son tratados y explotados con fines sexuales, queda en evidencia la ausencia total del Estado y la inexistencia de políticas públicas específicas para protegerles integralmente.

En la vida de estos niños y adolescentes ha estado ausente el goce de derechos reconocidos constitucionalmente y las políticas sociales básicas no llegaron a ellos. Cuando sus familias se vieron imposibilitadas de darles lo que necesitaban, sobre todo por condiciones de pobreza, estuvo ausente una política de asistencia social que pudiera fortalecer su papel.



De igual manera, se advierten escasos espacios para que niños y adolescentes vivan su identidad sexual, pues la sociedad guatemalteca es una de las más conservadoras de América Latina y en su seno resulta en extremo difícil vivir la diversidad sexual, ya que la sociedad en sentido general se muestra conservadora, homofóbica y transfóbica.

Mientras más conservadora es una sociedad, se hacen más clandestinas las relaciones entre personas del mismo sexo y al suceder estas en la clandestinidad, se pone en mayor riesgo a los adolescentes, quienes deben vivir su sexualidad en espacios inseguros.

Los niños y adolescentes, se encuentran en una etapa de desarrollo en la que es bastante común que vivan crisis de identidad; en esta etapa es cuando más necesitan orientación y acompañamiento de la familia y la escuela. Niños y adolescentes con crisis de identidad y sin este acompañamiento corren el riesgo de ser influenciados por adultos sexualmente definidos.

En los chats identificados, los adolescentes más que tener relaciones sexuales buscan satisfacer otras necesidades, incluso de afecto. Adolescentes exploran su sexualidad cuando chatean con adultos definidos y con mayor experiencia, lo que les da ventajas sobre los primeros.

Los principales factores de riesgo para que un niño o adolescente varón sea explotado sexualmente son:

- Ser migrante.
- Vivir en situación de calle o trabajar en la calle.
- Ser gay o travesti o transexual.
- Abusar de drogas.
- No contar con un soporte familiar que de afecto y cubra las necesidades básicas de alimentación, vestuario, calzado, estudio, salud, entre otros.
- Tener amigos que ya estén practicando relaciones sexuales remuneradas.



Los adolescentes de Guatemala, consideran que la pobreza y el hambre, andar en la calle y ser migrante son los principales factores de riesgo para ser explotados sexualmente. Es importante resaltar que ser gay, aunque es un factor de riesgo, no es visto como un factor causal.

En ese sentido, la explotación sexual comercial no es una condición del ser gay, sino una problemática con condicionantes contextuales e incluso coyunturales, como ser migrante. La pobreza, factor de carácter estructural, es el principal factor de riesgo, entendida por ellos como hambre en la vida cotidiana. Adolescentes y adultos reconocen que no es por ser gay que están teniendo relaciones sexuales remuneradas, sino que se sienten orillados por la pobreza y el hambre.

### **3.4 Consecuencias de la trata en niños, niñas, adolescentes y mujeres en Guatemala**

No cabe duda, que a las consecuencias personales que se producen en los traficados, hay que añadir consecuencias económicas y de salud tanto en los países de origen como en los de destino. Las mujeres y niños traficados se convierten en marginados, no solo por los efectos psicológicos casi incurables que se producen en las víctimas, traumas derivados de los maltratos psíquicos, físicos y sexuales, sino también por la estigmatización o el ostracismo al que se las somete, bien en los países de destino, una vez liberadas de su esclavitud, bien en sus países de origen cuando por fin vuelven a su comunidad en busca de refugio y son apartadas por los suyos.

También, hechos como la violencia, el aislamiento o la traición pueden provocar efectos dañinos en la salud mental de las víctimas. Las difíciles condiciones de vida hacen que afloren sentimientos de desamparo y escasa autoestima, lo que en muchas ocasiones les lleva a pensar en el suicidio. El abuso de los estupefacientes es un recurso común en la industria del sexo. Las mujeres traficadas a menudo son obligadas a tomar drogas con el único objetivo de mantenerlas más dóciles.



Esta situación, junto con la imposibilidad que han tenido de acceder aunque fuera a una educación básica, las reubica en el ciclo de la pobreza y del subdesarrollo. Siendo jóvenes con edad de trabajar, su situación les impide entrar en el mercado laboral, convirtiéndose en una gran pérdida para la clase productiva como recurso humano. Con ello, se desaprovecha su aportación a la sociedad, tan necesaria tanto para los países de origen como para los de destino.

A los efectos puramente económicos, hay que sumarle otros no menos importantes. Las personas traficadas tienen muchas probabilidades de sufrir enfermedades contagiosas que transmiten sexualmente cuando son empleadas en la prostitución. Millones de personas en todo el mundo han contraído el SIDA. De entre esos millones, muchas son mujeres y niños explotados sexualmente. Solo como ejemplo, en Nepal un 20 % de las mujeres prostitutas tienen el SIDA, mientras que en Camboya son un 28,8 % o en Zambia el 31 %.<sup>110</sup>

Aún faltan estudios que demuestren los efectos a largo plazo que tiene el tráfico sexual sobre el desarrollo humano y la salud emocional de las mujeres traficadas. Es evidente que la salud de las víctimas del tráfico se encuentra en peligro significativo, pero es difícil una intervención cuando se trata de una población tan oculta. Los proveedores de atención de salud y los oenegés deben encontrar una forma de prestar asistencia a las sobrevivientes que han escapado o han sido liberadas y a las mujeres y niñas que aún siguen atrapadas en situaciones de explotación.

Las principales consecuencias que genera la explotación sexual comercial en los niños y adolescentes varones incluyen:

- Daño a su proyecto de vida: La explotación sexual comercial provoca serios daños a los sueños, proyectos de vida y desarrollo de los niños y adolescentes varones. Por ejemplo, una gran mayoría no pudo seguir estudiando, otros tenían como sueño llegar a Estados Unidos y quedaron varados de manera indefinida en Guatemala.

---

<sup>110</sup> De León Villalba, F.J., **Tráfico de personas e inmigración ilegal**. Pág. 46 y ss.



- Impide el pleno goce de derechos: la trata con fines sexuales atenta integralmente contra los derechos de los niños y adolescentes varones, como por ejemplo vivir en una familia, tener acceso a la educación, poder asegurar su buena salud, gozar de recreación, vivir en un ambiente libre de drogas y violencia, ser libre, desarrollar su sexualidad de manera normal.
- Daños físicos: según refieren los informantes consultados, los niños y adolescentes varones explotados sexualmente presentan diversos problemas de estrés, problemas gástricos y envejecimiento prematuro debido al hambre y al trabajo nocturno permanente. Además, están más expuestos a las infecciones de transmisión sexual, incluido el VIH/SIDA. A esto hay que agregar, las lesiones ocasionadas por clientes, pares y transfóbicos.
- Daños psicológicos: la explotación sexual comercial genera en los niños y adolescentes varones ansiedad, nerviosismo, desconfianza, baja autoestima, codependencias, depresión, preocupación, miedo y les lleva a adicciones, entre otros daños.

### **3.5. Políticas institucionales en el enfrentamiento a la trata de personas en Guatemala**

En el año 2008 con el Acuerdo Gubernativo 184-2008, entró en vigor la Política Pública del Estado de Guatemala contra la Trata de Personas y de Protección Integral a las Víctimas y su Plan Nacional de Acción Estratégico 2007-2017. Dichos documentos establecen la forma como el Estado de Guatemala afronta de manera integral el flagelo de la trata de personas, tomando en consideración para el efecto la prevención del delito, su investigación, efectiva penalización y la atención a las víctimas de este mal.

La Política Pública conlleva anexo un Plan de Acción Estratégico, que establece los compromisos que las diferentes entidades gubernamentales deben cumplir durante los



próximos 10 años para erradicar el delito de trata de personas, las causas que motivan y afrontar de forma decidida este terrible flagelo.

La política establece el fortalecimiento institucional, la prevención, la atención integral, la protección y aplicación de la justicia y la política exterior y cooperación internacional como los ejes centrales que orientarán y circunscribirán el ámbito de intervención, en cada una de las áreas temáticas que comprende la Política Pública y el Plan Nacional de Acción Estratégico 2007-2017.

El plan estratégico establece las siguientes líneas de intervención:

- Institucionalización de la Política Pública y Plan Nacional de Acción Estratégico.
- Conocimiento sobre las implicaciones sociales, económicas y culturales de la Trata de personas, en todas sus manifestaciones.
- Comunicación social para la sensibilización y prevención.

El nuevo enfoque de la protección de la niñez y adolescencia establecido en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, orienta sobre como la institucionalización debería ser la última medida a tomarse y que antes se deben buscar otras opciones, priorizando las sociales.

Sin embargo, pareciera ser que existe una postura política del gobierno para fortalecer las medidas institucionales sobre las medidas sociales. Muestra de lo anterior, es la inversión que el gobierno de Guatemala ha llevado a cabo en los hogares solidarios de protección y abrigo para niños, niñas y adolescentes en riesgo o violados en sus derechos. En contraposición, no ha avanzado en la descentralización de la Secretaría de Bienestar Social, sobre todo en el Programa de Familias Sustitutas.

Diversos estudios evidencian la debilidad de la Secretaria de Bienestar Social en su Programa de Familias Sustitutas. Hay departamentos, por ejemplo, en los que solo se ha logrado identificar, formar y certificar a una o a lo sumo dos familias sustitutas. La inversión en los hogares solidarios no es inadecuada, la debilidad radica precisamente



en que al estar débil las opciones sociales y fortalecidas las respuestas institucionales los jueces utilizarán más la institucionalización.

Una buena cantidad de actores institucionales claves tomadores de decisiones consultados, ante situaciones de vulnerabilidad o violación de derechos de los niños y las niñas tienen más fe en las medidas institucionales que en las medidas sociales. Es recurrente escuchar a actores institucionales claves ser muy específicos al expresar que la principal debilidad en la protección de la niñez y adolescencia en riesgo o violada en sus derechos es la ausencia o escasez de hogares a donde mandarlos.

Guatemala ha iniciado programas de difusión masiva y educativos dirigidos a la sensibilización sobre la trata de personas, de grupos de riesgo identificados y a los funcionarios públicos, autoridades de migración, aduanas, policías y operadores de la justicia, sobre quienes recae la responsabilidad de investigar, procesar, impartir justicia ante este ilícito que opera impunemente.

En Guatemala se cuenta con una política pública integral para la niñez y adolescencia aprobada; en la que se establecieron las siguientes metas para proteger a la niñez y adolescencia de la explotación sexual:

- Evaluar los resultados del Plan nacional contra la explotación sexual comercial de la niñez y adolescencia, para replantear y ajustar las acciones estratégicas a implementar.
- Asegurar que en los planes de desarrollo de los consejos municipales de los municipios con mayor prevalencia de casos de explotación sexual de la niñez y adolescencia (según datos disponibles), se incluyan acciones de atención, prevención y erradicación.
- Adoptar medidas nacionales e internacionales y medidas conjuntas con países limítrofes, para poner fin al tráfico, venta y trata de niños, niñas y adolescentes para la explotación sexual en los pasos fronterizos.



- Contar con un sistema nacional de datos e información actualizada sobre los casos de explotación sexual de la niñez y adolescencia en el país.
- Se cuenta con un sistema de atención y prevención de la explotación sexual de la niñez y adolescencia, a nivel nacional, municipal y comunitario.
- Se cuenta con programas especializados de atención integral y apoyo a la niñez y adolescencia afectada por la explotación sexual, con programas de apoyo para su reinserción social, escolar, familiar y comunitaria. Asimismo, establece acciones estratégicas relacionadas con la trata con fines sexuales y la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes:
- Realizar campañas de sensibilización y programas permanentes de comunicación, en todos los idiomas y para todos los grupos socioculturales, sobre el derecho de la niñez y adolescencia a ser protegidos de la explotación sexual comercial incluyendo la pedofilia, prostitución infantil, turismo sexual, uso de niños y niñas en pornografía, a trata y los secuestros.
- Adecuar el plan de acción nacional contra la explotación sexual comercial de la niñez y adolescencia de acuerdo a los resultados de la evaluación, asegurarle asignación presupuestaria y la institucionalidad responsable de su implementación.
- Fortalecer las Juntas Municipales de Protección a la Niñez y Adolescencia de la Procuraduría de Derechos Humanos para que brinden asesoría y apoyo integral a la niñez y adolescencia afectada por la explotación sexual.
- Ejercer un mayor control en los pasos fronterizos para combatir el tráfico y la trata de niñas, niños y adolescentes.
- Promover que todas las instituciones involucradas en la atención directa de casos de niñez y adolescencia afectada por la explotación sexual comercial, dispongan de registros estandarizados y protocolos de atención y referencia con enfoque de derechos.



- Crear y fortalecer programas de capacitación al personal involucrado en la atención integral y especializada de los niños, niñas y adolescentes afectados por explotación sexual comercial.
- Obtener el apoyo de los medios de comunicación y del sector turismo, para llevar a cabo campañas contra la explotación sexual y la trata de niños, niñas y adolescentes.
- Promover a nivel comunitario, el establecimiento de programas especializados y servicios de apoyo y atención a la niñez y adolescencia afectada por la explotación sexual, que tengan en cuenta los derechos de la niñez, los principios de la justicia restaurativa y que faciliten su recuperación y reinserción social, escolar y familiar.

Ante la ausencia de indicadores y línea de base referencial, la política pública integral de la niñez y adolescencia no ha podido ser evaluada cuantitativamente. En el momento actual la Comisión de Niñez y Adolescencia impulsa un proceso para la construcción de una línea de base y posterior análisis, evaluación y reformulación de la política pública integral de la niñez y adolescencia.

Otra debilidad que se advierte, es que a pesar de que existe una Política de Atención Integral de la Niñez y la Adolescencia de Guatemala, con sus normas y reglamentos, está aún no ha sido apropiada por las distintas instituciones públicas, por lo que no existen priorizaciones del gasto en relación a sus derechos.

Otra situación con relación a las medidas de protección que debería profundizarse es el impacto que estas podrían ocasionar en la subjetividad del niño, niña o adolescente. Por ejemplo, actores claves de la Procuraduría General de la Nación en diversos departamentos relatan cómo los rescates para proteger a niños, niñas y adolescentes son percibidos por estos y estas no como una medida de protección sino como una captura; de igual manera puede suceder con la institucionalización.

Mientras desde la visión institucional es una medida de protección, desde la visión de los niños, niñas y adolescentes podría ser concebido como privación de libertad.



Revisar el impacto de las medidas de protección, corresponde a las diversas instituciones que conforman el sistema de protección de la niñez y adolescencia y el deber de las organizaciones de la sociedad civil impulsar procesos de auditoría social para monitorear, verificar y evaluar si la protección de los niños y las niñas es eficiente y efectiva.

La coordinación entre las instituciones del sistema de protección de la niñez y adolescencia aún es débil, se concluye que la ruta crítica personal es más fuerte que la ruta crítica institucional. Esto quiere decir que los casos a los que se les ha dado resolución han sido más por relaciones entre dos o tres personas que trabajan en las instituciones parte del sistema y no como parte de la función que deberían desempeñar dichas instituciones.

Esta es una fortaleza y a la vez una debilidad, la forma como está operando el sistema de protección. Fortaleza en tanto existen buenas relaciones y confianza entre las personas encargadas de diferentes instancias del sistema de protección, lo cual hace que los procesos puedan avanzar. Es una debilidad en tanto que las instituciones parte del sistema deberían funcionar, siempre y todas, no importando quien sea la persona que esté a cargo.

Idealmente, las dos rutas críticas, la personal y la institucional, deberían funcionar adecuadamente. Existen buenas experiencias a nivel departamental de espacios de articulación y coordinación que pueden coadyuvar a fortalecer la ruta crítica institucional de protección a la niñez y adolescencia.

En la capital la Fiscalía, la Procuraduría General de la Nación, el Juzgado de Niñez y Adolescencia y las organizaciones de la sociedad civil han llevado a cabo avances para el seguimiento de la trata con fines sexuales de niñas y adolescentes mujeres. Sin embargo, una debilidad del sistema de protección de la niñez y adolescencia con relación a la trata con fines sexuales y la explotación sexual comercial de niños y adolescentes varones es que, hasta ahora, no se cuenta con ningún caso al que se le haya dado seguimiento y por lo tanto se tienen pocos insumos para comprender como funcionaría el sistema ante tal situación.



Otra seria dificultad, en los casos de violación a derechos de la niñez y adolescencia que han requerido ser judicializados, es la mora judicial. Esta mora, dependiendo de la complejidad de cada caso, puede ser de seis meses, nueve, un año o hasta año y medio. Lo preocupante de la mora es que, mientras expedientes van y vienen, mientras las audiencias se suceden, la vida de los niños y las niñas está suspendida indeterminadamente.

El registro de los casos con relación a la trata, es otra debilidad del sistema de protección actual de la niñez y adolescencia. Al momento, no existe un sistema unificado de información de todos los esfuerzos institucionales referidos a la trata de personas, aunque la política pública contra la trata de personas lo identifica y lo establece como una meta a alcanzar.

Los alarmantes hechos y cifras mencionadas anteriormente no deben llevar a considerar la situación como desesperanzadora. Para alcanzar el modelo renovado de enfrentamiento al fenómeno se requieren medidas que en su esencia se encuentran interrelacionadas y que solo se separan a los efectos de hacer más comprensible la propuesta.

#### -Redefinición de políticas preventivas

Se hace necesario una redefinición de políticas y estrategias para la prevención y desactivación de las nuevas formas delictivas que amenazan la seguridad internacional, medidas conjuntas que prevengan o contrarresten las acciones de la delincuencia organizada: la armonización de las legislaciones, la cooperación a nivel europeo y transnacional y la intensificación de la cooperación judicial y policial.

De nada sirve que un país persiga la comisión de un delito, si en otros países ni siquiera se contempla esa actividad como tal. Clarificar la definición del delito y asumir los acuerdos internacionales sigue siendo un requisito imprescindible para luchar contra el tráfico de seres humanos. Hoy por hoy, la globalización nos impide resolver los problemas globales en solitario. La colaboración regional e internacional es por lo tanto un imperativo.



Para enfrentar ese fenómeno, se deben establecer convenios de cooperación con todos los países que se conozcan como origen tránsito y destino de sus nacionales víctimas de trata de personas, brindando especial atención al sistema jurídico sobre la conceptualización de todo lo relacionado con este ilícito, la penalización, prevención, atención y acogida de víctimas. Si no hay un entendimiento común, este crimen seguirá impune.

Asimismo, se debe atender de manera urgente la trata de personas, constituye una responsabilidad ante todo, en la escala de valores que afecta a un voluminoso sector de la población, que históricamente ha estado desprotegido. La inversión económica, por muy cuantiosa que esta sea, será insignificante, ante el alcance de los resultados.

La apertura de la Comisión de Jefes/as de Policía de Centro América y el Caribe ante el tema de género, la existencia de planes regionales y particulares para combatir el crimen organizado y el Sistema Estadístico Policial de Centro América y el Caribe, se constituyen en facilitadores valiosos para impulsar trabajos a corto, mediano y largo plazo.

La existencia de diferentes instancias regionales: Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica, el Parlamento Centroamericano, la Comisión de Jefes/as de Policía de Centroamérica y el Caribe, instituciones nacionales y oenegés que trabajan en el tema, constituyen el espacio para impulsar protocolos, convenios e iniciativas regionales para la protección y atención a las personas víctimas de trata de personas

Como se ha dicho en otra parte de este estudio, el problema de la migración es una de las consecuencias de la globalización y como tal debe obtener una respuesta globalizada. Hoy por hoy los flujos migratorios deben todos los actores implicados, Organizaciones Internacionales, Estados, oenegé. Se deben plantear políticas migratorias adecuadas a este fenómeno que ha alcanzado una dimensión estructural en una sociedad globalizada.



No obstante, la lucha eficaz contra las mafias organizadas y el tráfico ilegal de seres humanos requieren, además, políticas que se dirijan principalmente a la raíz del problema. Como ya se ha dicho, las políticas deben ir encaminadas a favorecer el desarrollo en los países de origen. Actuar a nivel macroeconómico no ayudará a los países en vías de desarrollo si estas políticas no vienen acompañadas de actuaciones a nivel micro.

Junto a medidas para fomentar la inversión, tanto nacional como extranjera, a través de la liberalización, la privatización y la reducción de las barreras comerciales, hay que implementar políticas que favorezcan la inversión en el capital humano, tal como la educación, la salud, el incremento de la democratización con instituciones nada corruptas y la institucionalización de leyes basadas en la igualdad y en la defensa de los derechos humanos.

A la misma vez, es necesario entender, que el fenómeno migratorio es un fenómeno muy complejo que desborda la dimensión económica en la que una parte de la población mundial pobre trata de alcanzar la riqueza de la que disfruta la otra parte de la población de los países ricos. Bien gestionado, el fenómeno migratorio se convierte en un factor de codesarrollo económico y también cultural y político.

No solo se trata de regular los flujos, sino de dar respuestas a las causas que generan la migración: miseria, ausencia de libertad y derechos. Es decir, actuar en y con los países que generan la inmigración. Eso exige una actuación que vincule inmigración y codesarrollo para gestionar la inmigración como una oportunidad para todas las partes implicadas.<sup>111</sup>

Cada vez más, migración y seguridad aparecen vinculadas en las agendas políticas de los gobiernos. La inmigración irregular se empieza a entender como una amenaza a la seguridad internacional, toda vez que es un instrumento en manos de la criminalidad organizada para ir minando las propias estructuras del Estado.

---

<sup>111</sup> De Lucas, Javier: **Las propuestas sobre políticas de inmigración en Europa: El debate en España**. Pág. 9



Como ya se ha señalado, la solución a la delincuencia internacional debe pasar por políticas que acaben con la necesidad de emigrar. Políticas realistas y solidarias que permitan el desarrollo de los países menos favorecidos a través de políticas macroeconómicas de ayuda, abriendo los mercados a los productos y privilegiando el apoyo a los agentes microeconómicos del codesarrollo.

Ayudas a los proyectos de los emigrantes que inviertan en sus países de origen, elaboración de instrumentos destinados a orientar su ahorro hacia la inversión productiva, desarrollo de la cooperación descentralizada alrededor de la emigración (intervenciones en las regiones de partida, mantenimiento de proyectos con fuerte intensidad de mano de obra, respaldo a los programas de formación de la mano de obra, etcétera), apoyo a las oenegés que intervienen en las regiones de fuerte emigración. En definitiva, es necesaria una auténtica y fuerte política de integración y de codesarrollo”.

Pero junto a políticas solidarias que contribuyan a terminar con la necesidad de emigrar, hay que poner en práctica políticas de integración, teniendo en cuenta que se necesita mano de obra por el envejecimiento de su población y que siempre habrá personas dispuestas a migrar y establecerse en otros países, independientemente de cuál sea la evolución económica, social, cultural o política de sus países de origen.

Las políticas de integración deben favorecer la educación, el alojamiento y el trabajo, con igualdad de derechos económicos y sociales, moderando las condiciones de acceso a la nacionalidad para quienes deseen permanecer en Guatemala, concediendo el derecho al voto en las elecciones locales con el fin de evitar cualquier tipo de diferencia entre los ciudadanos comunitarios y los demás extranjeros, en definitiva, luchando contra la discriminación y el racismo.

Sin embargo, como los países de origen no pueden permitirse la pérdida para siempre de su mano de obra joven o la fuga de sus cerebros es necesario que se implementen políticas combinadas en las que, por un lado, se permita la integración en los países de destino pero, por otro, se favorezca el retorno de los emigrados con políticas de movilidad, poniendo especial énfasis en los estudiantes, trabajadores temporales,



técnicos o científicos que les incentiven a no romper con sus países de origen, la concesión de subsidios familiares destinados a la familia que permanece en el país de origen, el pago de una parte del salario en el país de origen, obligación para el titular de un “contrato de movilidad”, de respetar el imperativo de retorno.

Resulta entonces complejo, por la clandestinidad de las organizaciones criminales y por el temor de sus víctimas a represalias, conocer con exactitud el número de personas traficadas y el *modus operandi* de los traficantes. Sin embargo, esta clase de información resulta crucial si se quiere perseguir y acabar con este tipo de prácticas que atentan contra los Derechos Humanos.

En el orden legislativo, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), durante el año 2005, ejecutó el proyecto Repatriación y Reinserción Social de niños, niñas y adolescentes Víctimas o Vulnerables a la Trata, con el propósito de garantizar la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes y migrantes menores de edad en condiciones de desventaja.

Uno de los resultados de la ejecución del proyecto, es la preparación en Guatemala de protocolos interinstitucionales de repatriación de personas menores de edad víctimas de la trata de personas. Además, en el proceso de elaboración del protocolo, el cual se realiza en estrecha coordinación con las autoridades del país, se identifica claramente los pasos y principios legales que son el punto de partida para la debida elaboración del mismo.

Ofrecer su apoyo y dirección para los esfuerzos locales de ejercer presión, para concretar la reforma legislativa y crear un sistema de registro nacional de casos, que podría ayudar en la evaluación del sistema legal y otros servicios relacionados, para incrementar la efectividad y la responsabilidad de la respuesta de la nación al abuso de los derechos de los niños.

Resulta a menudo difícil, trazar con líneas claras los diferentes tipos de actividades delictivas. A veces, algunas formas de contrabando pueden tipificarse como fraude, y la pornografía infantil puede ser incluida en un tipo de delincuencia de alta tecnología. Por



esto, es necesario que, se tipifiquen y adopten medidas comunmente aceptadas todos para hacer frente con mejores instrumentos a la delincuencia internacional.

Para combatir a los traficantes de seres humanos que atentan contra la dignidad y los derechos de las personas, es necesario que se aprueben legislaciones locales, regionales y mundiales en consonancia con el Protocolo sobre el Tráfico Ilegal, siendo esta, la única forma de combatir con éxito la criminalidad organizada.

La inmigración ilegal y el tráfico de personas para su explotación sexual o laboral, es un continuo en la agenda política a nivel mundial. Junto al terrorismo, es uno de los delitos que más preocupa a la comunidad internacional. En los delitos de la trata sexual, las políticas que se implementen no deben ni pueden culpabilizar al inmigrante - especialmente a las mujeres y niños-, que en realidad son las verdaderas víctimas.

Incrementar los mecanismos existentes de protección a la niñez y la adolescencia, al alentar la implementación de reformas legislativas, y mejorar la recopilación de datos relacionados con situaciones de explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, además de los procedimientos y mecanismos existentes de cumplimiento de la ley

Los políticos y legisladores, pueden sancionar leyes que protejan los intereses más importantes de las niñas y niños. Todos los ciudadanos pueden motivar a sus gobiernos a adoptar, y hacer cumplir, leyes adecuadas para proteger a la niñez de la explotación sexual.

En lo que se refiere al tráfico de seres humanos, no cabe duda que la lucha contra el crimen organizado y, en especial, contra la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos debe hacerse desde la cooperación internacional ya que estos delitos, sumados a otros ya mencionados, constituyen una potencial amenaza contra la estabilidad de las sociedades por su capacidad para penetrar en las instituciones del Estado.



La lucha contra el crimen organizado y el tráfico ilegal de seres humanos necesita sobre todo información o, mejor dicho, inteligencia (información más análisis). Es necesario localizar las rutas de inmigración y conocer a los grupos e identificar a sus miembros, siendo precisa la cooperación policial a nivel internacional. El establecimiento de bancos de información disponibles para todas las unidades policiales y el compartir experiencias en la lucha contra la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos se hace imprescindible.

Todos, los países de origen, de tránsito y de destino, deben involucrarse en esta tarea. Los países de origen deben poner el énfasis en la prevención para evitar que mujeres y menores caigan en la trampa de las falsas promesas.

Para ello, es necesario iniciar campañas de información sobre las condiciones de los trabajos, los derechos y las obligaciones de los inmigrantes. Tanto los países de origen como de tránsito deben poner el énfasis en la vigilancia de sus fronteras. En la mayoría de los casos, las fronteras tienen escaso personal y además poco instruido para la detección del tráfico de seres humanos.

La ayuda a las personas traficadas debe ser el objetivo de los países de destino. Su condición de víctimas no solo obliga a darles una asistencia especial, sino que las convierte en un pilar fundamental para la lucha contra las redes organizadas, pues, pueden proporcionar una información valiosísima sobre los miembros, las rutas y los métodos.

Del análisis realizado de la situación que presenta Guatemala, respecto a la trata de mujeres, hombres, niñas y niños, se muestra evidente que las políticas que con vista a su enfrentamiento se han instrumentado gubernamentalmente y por medios de las ONGs, son limitadas en la práctica, primero, por la dimensión tan amplia que ha adquirido este fenómeno en el país, y también a nivel internacional, que va desde la utilización de las personas mencionadas, en el ejercicio de la prostitución, el tráfico de órgano, la venta de bebés, etc., hasta la esclavitud doméstica y laboral, y segundo, porque su enfrentamiento exige no solo diagnosticar, caracterizar y denunciar esta problemática, a modificar leyes o crear nuevas.



El enfrentamiento efectivo a este negocio de carácter mundial, propio de la criminalidad organizada; en el plano nacional exige trazar estrategias integrales en todos los órdenes de la vida política y social del país, tanto preventivas, represivas y sobre todo de inclusión social, donde se priorice posibilidades de vida digna para los excluidos y en particular para mujeres niñas y niños, por medio de lo cual tengan acceso en condiciones de igualdad a estudio, trabajo y alimentación, porque no se puede desconocer que estas acciones tienen una fuerte base en las desigualdades sociales que genera el sistema económico que desarrolla Guatemala.

Por su parte, las políticas preventivas deben establecerse a largo plazo y en correspondencia con cada expresión de este fenómeno en la realidad guatemalteca, las que deben contar con todo el apoyo y consecuente control gubernamental.

En ese enfrentamiento efectivo, por medio de la elaboración de estrategias integrales como parte de la política social general del gobierno, no puede obviarse el papel de la persecución penal a este tipo de conducta, lo que exige a su vez el perfeccionamiento de la legislación sustantiva, en la materia a la realidad existente y su uso racional por parte de los operadores del sistema de justicia penal, donde cada uno de los implicados logre el cometido que le corresponde en este entramado institucional.

Solo así, cuando Guatemala, desarrolle coherentemente políticas públicas para el bien de todos y todas, donde se reconozca el valor individual de ser humano y los postulados de la Constitución Política que guía de conformidad con los tratados internacionales en materia de derecho humanos, contribuirá a la lucha necesaria y urgente contra el fenómeno de la trata de personas.



## CAPÍTULO IV

### 4. Los métodos especiales de investigación en la lucha contra el crimen organizado

Dada la urgente necesidad de enfrentar de manera efectiva a la nueva criminalidad no convencional, dedicada entre otras actividades ilegales, a la trata y al tráfico de personas, se reconocen y legalizan controvertidos métodos o técnicas especiales de investigación criminal, entre las que se reconocen el agente encubierto, la entrega vigilada y la interceptación de las comunicaciones, por la incapacidad demostrada por los métodos tradicionales de ofrecer respuesta eficaz a esta problemática.

Si bien estos mecanismos de indagación e información, han sido aplicados históricamente de manera informal y frecuente por las agencias de inteligencia y policiales, se comienzan a reconocer legalmente en las normativas internas de los Estados como una forma práctica de penetrar el núcleo de las estructuras criminales, identificar a sus principales líderes y desarticular la organización en sí.

En sentido general, las técnicas especiales de investigación criminal, se caracterizan por presentar determinadas exigencias o presupuestos de realización, entre los que se identifican los siguientes:<sup>112</sup>

- Demandan una autorización expresa; que se ventila caso por caso.
- La autorización debe ser otorgada de modo formal y por la autoridad competente, lo que exige motivación.
- Debe asegurarse la necesidad de la medida y la eficacia de su supervisión por la autoridad.

---

<sup>112</sup> Shaw James. **Derecho Internacional sobre el Uso de Operaciones Encubiertas y Vigilancia Electrónica en la Lucha Contra la Delincuencia Transnacional organizada**. Pág. 23



- Tienen como finalidad la desarticulación de la organización criminal, mediante el descubrimiento de los autores y partícipes de delitos de criminalidad organizada, para prestar auxilio, con igual finalidad a las autoridades extranjeras.

Asimismo, estas operaciones encubiertas por la fuerte implicación en la vulneración de derechos fundamentales de los implicados en las acciones del crimen organizado, han sido objeto de fuertes y certeras críticas doctrinales, al punto de tildarlas de dudosa legalidad, dada su carencia de ética procesal, al basarse en el engaño, la deslealtad y el timo de los actores ilegales. Cuestionamientos que han ido cediendo espacio a su admisión necesaria, hasta el punto de aceptarse como una imperiosa necesidad, ante la desbastadora experiencia de acciones terroristas.<sup>113</sup>

#### 4.1. El agente encubierto

En la actualidad, cuando los servicios de inteligencia y las operaciones encubiertas, entre otras fuentes, son medios de obtención de información sobre las actividades delictivas de un grupo o de una persona, 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 el antecedente histórico más importante del desarrollo de las operaciones encubiertas<sup>114</sup> y aunque el espionaje se tiene como una profesión muy antigua, en el siglo XX se caracterizó por la adquisición intencional y sistemática de información, así como su clasificación, recuperación, análisis, integración y protección<sup>115</sup> y se organizó en una burocracia con un sistema de

---

<sup>113</sup> Guzmán Flujá, Vicent. C. **El agente encubierto y las garantías del proceso penal. S.p.**

<sup>114</sup> Montoya, Mario Daniel. **Informantes y técnicas de investigación encubiertas: análisis constitucional y procesal penal.** Pág. 35.

<sup>115</sup> Whitaker, Reg. **El fin de la privacidad: Como la vigilancia total se está convirtiendo en realidad.**



tecnologías y conocimientos científicos, logrando cierto protagonismo en la política nacional e internacional.

Pero los Estados no se contentaron con esto, sino que para alcanzar un control más efectivo de la actividad de quien consideraban su enemigo, tanto interno como externo, empezaron a utilizar los servicios de inteligencia y contrainteligencia para tratar de engañar a su adversario, haciéndole creer que iban a actuar de determinada forma para sorprenderlo y hacerlo caer en la trampa, utilizando agentes dobles que permanecían en el otro bando realizando estragos desde adentro. No obstante, el servicio de un traidor muchas veces despertaba ciertas dudas por su ambivalencia, su capacidad para usar la mentira y sus motivos oscuros oscilantes entre la ideología y el dinero.<sup>116</sup>

Fue en el contexto de la guerra, donde los Estados buscaron entrenar a sus fuerzas públicas, tanto militar como policial, a través de técnicas cautelosas de obtención de información del enemigo (comunista o imperialista, según el bando); hoy los etiquetamientos han cambiado y, en la lucha contra la criminalidad organizada, no es la ideología precisamente lo que se persigue.

Hoy por hoy, se investiga utilizando métodos similares a aquellos que realizan actividades como narcotraficantes, terroristas, traficantes de personas, etcétera, pero la misma lógica se mantiene: en la lucha o guerra contra el crimen organizado, el Estado identifica un riesgo y le atribuye un autor, al cual por el grado de peligro social de sus actividades considera el enemigo de toda la sociedad, y ante esto pone como necesaria la vigilancia amplia y cercana de los individuos y grupos sospechosos, por medio de técnicas encubiertas, pues lo que debe identificarse no es tanto el hecho criminal como el riesgo.

El agente encubierto ha sido definido, de modo general, como un funcionario de la policía que se infiltra en una organización criminal, cambiando de identidad, llevando a cabo tareas principalmente de represión y de prevención del delito, con el fin de

---

Pág. 15

<sup>116</sup> Whitaker, Reg. **Op. Cit.** Págs. 22-26



ganarse la confianza del grupo, identificar a sus integrantes, obtener información acerca de su funcionamiento, financiación, etc., recaudar pruebas y, excepcionalmente, presentar testimonio de cargo ante la justicia.<sup>117</sup> (sic.)

El agente encubierto es una técnica de investigación extraordinaria para la persecución penal de delitos de especial peligrosidad o de difícil esclarecimiento, perpetrados por grupos del crimen organizado, como por ejemplo, la trata de personas, utilizadas cuando los métodos tradicionales de investigación han fracasado o no aseguran el éxito para llevar a cabo el juzgamiento de dichas conductas; son actuaciones que deben estar sometidas a un especial control y cuidado, procurando la mayor reserva de la información que se recoja, para evitar tanto el peligro para la investigación como para el agente.

Para otros, el agente encubierto es un funcionario de la policía judicial, y por excepción un particular, que de manera voluntaria, y por decisión de una autoridad encargada de la persecución o el juzgamiento penal, se introduce por largo plazo en un grupo perteneciente al crimen organizado, utilizando el engaño para ganarse su confianza para lograr desvertebrar toda la organización delictiva.<sup>118</sup>

Esta técnica de investigación, se puede considerar un método secreto de averiguación de la vida privada de las personas, mediante el cual el Estado introduce a uno de sus agentes dentro de un grupo de presuntos delincuentes, por medio de la elaboración de una identidad falsa y una historia ficticia, buscando que la verdadera identidad y relación del agente con la Policía sean imperceptibles para cualquier tercero, y de esa manera se pueda lograr la confianza necesaria para que las personas investigadas revelen sus planes.

---

<sup>117</sup> Riquelme Portilla, Eduardo. **El agente encubierto en la ley de drogas: la lucha contra la droga en la sociedad del riesgo**. Pág.8; Montoya, Mario Daniel. **Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal Penal**. Pág. 79; Arciniegas Martínez, Guillermo Augusto. **Policía judicial y sistema acusatorio**. Pág. 317.

<sup>118</sup> Del Pozo Pérez, Marta. **El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española**. Pág. 280



En la práctica investigativa el empleo del agente encubierto no se limita únicamente a averiguar un delito concreto y determinado, sino que se extiende a investigar el modo *operandi* y todo lo relacionado con las actividades delictivas del grupo en el que se infiltra, intentando identificar la cúpula de la organización delincinencial para justificar el costo y los riesgos que se corren con la adopción de dicho medio investigativo.

#### 4.1.1 Agente encubierto y figuras afines

Aunque la figura del agente encubierto se ha tratado de diferenciar de otras como el agente infiltrado y el agente provocador,<sup>119</sup> se puede advertir que no se trata más que de diferentes roles que puede asumir el agente encubierto en el desarrollo de su operación.

En cuanto al agente infiltrado, lo diferencian diciendo que aquél es un miembro de la policía o un particular que colabora habitualmente con la policía, que se infiltra en un grupo delictivo solo como producto de la ocasión, sin una identidad alterada,<sup>120</sup> o como un sujeto perteneciente o controlado por la policía que se inserta en una organización criminal y permanece un tiempo en la misma a fin de estudiar sus movimientos.<sup>121</sup>

Respecto al agente provocador, se dice que es el funcionario policial que incita a otro a cometer un delito o crea una situación con actos de autoría o auxilio que determinan al otro a delinquir, lo cual realiza sin intención de lesionar un bien jurídico, sino tan solo para lograr que el provocado sea sancionado.<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> Guariglia, Fabricio. **El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?**

<sup>120</sup> Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco. **El colaborador con la justicia. Determinaciones previas. Problemática relativa a los medios de investigación en el marco de la criminalidad organizada. El Agente Encubierto frente a los Derechos Fundamentales a la Intimidad y a la no Autoincriminación**. Pág. 34

<sup>121</sup> Montoya, Mario Daniel. **Op. Cit.** Pág. 168

<sup>122</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. **El agente provocador**. 1998. Pág. 47; Montoya, Mario Daniel. **Op. Cit.** Pág. 37



Entre los cuestionamientos que se le han efectuado a la figura del agente encubierto encontramos el alegado por Montoya,<sup>123</sup> en el sentido de que en todo Estado Derecho, deben imperar tanto las reglas mínimas que conforman una sociedad como la ética, y esto hace que el Estado no pueda ser partícipe en delitos bajo ningún concepto; otros argumentos se escudan en que debido al riesgo de impunidad en caso de que el agente encubierto participe en la comisión de delitos para el triunfo de su labor, los derechos y bienes jurídicos de cualquier habitante se subordinarían al éxito de la investigación.<sup>124</sup>

Por su parte Julio Maier en torno a esta controvertida figura es del criterio que por primera vez en la legislación se daba la posibilidad de que el juez mandara a una persona autorizándola a cometer delitos y con una amplitud que prácticamente no era conocida en el derecho comparado, lo que transformaba al magistrado en autor mediato de los delitos que se cometían.<sup>125</sup>

En España la polémica se ha encaminado al delito provocado, el que se concibe como la presunta infracción penal que surge como consecuencia de la iniciativa del agente provocador, planteándose el problema de si es o no posible exigir responsabilidad penal tanto al agente como al provocado.<sup>126</sup>

Aunque el agente provocador interviene de uno u otro modo en una actividad aparentemente delictiva persiguiendo e impulsando que la persona provocada se haga responsable penalmente, dicho agente carece de voluntad de producir el resultado; por ello, evita o trata de evitar que en efecto se produzca la lesión al bien jurídico tutelado por la norma penal, volviendo infructuosa la actividad del instigado al haber adoptado con anterioridad medidas de salvaguarda o de garantías para que no se produzca el

---

<sup>123</sup> Montoya, Mario Daniel. **Op. Cit.** Pág. 23

<sup>124</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Impunidad del agente encubierto.** Pág. 10

<sup>125</sup>Maier Julio, citado por Rendo, Ángel Daniel. **Agente encubierto.** Pág. 5.

<sup>126</sup> Ruiz Antón, Luis Felipe. **Qué es el delito provocado.** Pág. 59



resultado, lo cual hace posible fundamentar la impunidad por tratarse de una tentativa absolutamente imposible o en realidad todo es una simple apariencia de delito.<sup>127</sup>

#### **4.1.2. Requisitos previos de actuación. Actividades a realizar y perfil criminológico del actuante**

La actuación del agente encubierto, debe estar condicionada a la existencia de requisitos previos,<sup>128</sup> entre los que se destacan los siguientes:

- a) Existencia de motivos razonablemente fundados: Para ello no bastan las simples conjeturas o sospechas; es necesario que la indagación esté bastante adelantada y que los elementos materiales probatorios, evidencia física e información recolectada por la policía judicial sean lo suficientemente fiable para tener indicios racionales de que el investigado está realizando actividades delictivas relacionadas con una organización criminal.

Se deberá confirmar la existencia de datos objetivos determinantes para concluir que resulta probable que se esté frente a un individuo perteneciente a una banda organizada y su relación con una actividad criminal en ejecución.

- b) Indispensabilidad para el éxito de la investigación: se deberá valorar si no existe otro medio diferente al agente encubierto para encontrar información o pruebas relevantes contra el investigado, debiéndose justificar el agotamiento de otros recursos de la investigación penal que muestren como única medida efectiva la actuación encubierta para la obtención de resultados positivos.

Ello, tiene relación con la necesidad o subsidiariedad de la medida, pues la introducción del agente debe ser imprescindible para conseguir datos importantes frente a la trama

<sup>127</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. **El agente provocador**. Op. Cit. Págs. 47-48. Ruiz Antón, Luis Felipe. **Op. Cit.** Pág. 61. Muñoz Neira, Orlando. **Sistema penal acusatorio de Estados Unidos**. Pág. 245.

<sup>128</sup> Del Pozo Pérez, Marta. **Op. Cit.** Pág. 292. Guerrero Peralta, Óscar Julián. **Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal**. Pág. 395



de delincuencia organizada, no contando para este fin con otras medidas alternativas de investigación que resulten menos gravosas, restrictivas o lesivas para los derechos fundamentales de los implicados.

Asimismo, para este supuesto se habrá evaluado la idoneidad de la medida, es decir, que la actuación encubierta resulte apta, adecuada y capaz para alcanzar el fin perseguido, sirviendo para averiguar todos los extremos posibles relacionados con la organización delictiva.

c) Gravedad de la conducta investigada: como medio de ponderar los intereses públicos y privados en conflicto, la justificación de esta medida también debe versar sobre si el delito que pretende aclararse resulta grave de por sí.

Lo que tiene relación con la proporcionalidad entre la magnitud de la injerencia estatal y la gravedad del delito a investigar, donde para determinar dicha gravedad se necesitaría, además de que el delito se lleve a cabo en el seno de una organización criminal, evaluar otros factores como la cuantía de la pena señalada y que esa conducta sea suficiente por sí misma para afectar sensiblemente la tranquilidad o el sentimiento de seguridad jurídica de la población.<sup>129</sup>

Cumplidos estos requisitos, se podría mediante una orden debidamente motivada disponer la actuación de un agente encubierto dentro de una investigación, teniendo en cuenta la duración máxima que establece la ley y delimitando el campo de actuación del agente: contenido y circunstancias detalladas de la autorización, tipo delictivo para el que se permite, banda a la que ha de investigar, etc.<sup>130</sup>

Entre las actividades para las cuales puede quedar facultado el agente encubierto por disposición legal tenemos las siguientes:

- Utilizar una identidad falsa (excepto si se trata de un particular).

---

<sup>129</sup> Guariglia. **Op. Cit.**

<sup>130</sup> Del Pozo Pérez. **Op. Cit.** Págs. 295-296



- Integrar la estructura funcional de la organización criminal.
- Participar en los actos de planeación, preparación y ejecución de actividades ilícitas de la organización criminal.
- Diferir la incautación de los objetos del delito hasta el momento oportuno y conveniente para los fines de la investigación.
- Ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado.
- Adelantar transacciones comerciales, tanto lícitas como ilícitas, con el indiciado o imputado, en caso de ser necesario.
- Realizar seguimientos y vigilancias, utilizando los medios que la técnica aconseje, como tomar fotografías, filmar videos, etc.
- Intervenir en el tráfico legal (por ejemplo asumir obligaciones civiles o comerciales, abrir cuentas, alquilar inmuebles, vehículos, participar en sociedades, contratar empleados y demás afines a éstos) e ilegal (como transportar o adquirir objetos, medios e instrumentos de la conducta punible a cualquier título), pero siempre que resulte ineludiblemente necesario, racional y proporcionado para lograr la aceptación y confianza de los miembros de la organización, garantizar su seguridad y la de la operación.<sup>131</sup>

En caso de encontrar que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo debe hacer saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información, los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.

---

<sup>131</sup> Arciniegas Martínez. **Op. Cit.** Págs. 319-320



Para la identidad falsa se entendería necesario la elaboración, modificación y utilización de documentos relativos a identidad personal, pasaporte, licencia de conducción, etc.

En cuanto a las personas que actuaran como agentes encubiertos, se recomienda que antes de proceder a nombrarlas se realice un riguroso sistema de selección de candidatos, los cuales tendrían que pasar un curso específico de formación, donde completen las aptitudes innatas de infiltración que deberían poseer, teniendo especial cuidado y atención en los aspectos psicológicos, pues por las dificultades que pueden surgir del hecho de tener que desarrollar una vida con una identidad falsa en el seno de una organización delictiva, interpretando un papel, se necesita de una personalidad estable y fuerte.<sup>133</sup>

Tomando como referencia las experiencias de agencias que han utilizado esta técnica, como las de Estados Unidos y del Reino Unido, se ha desarrollado un perfil teórico del agente, donde se indica que las cualidades que debe tener son:<sup>134</sup>

- Autonomía personal para la toma de decisiones adelantándose a las situaciones, incluida la habilidad para enfrentarse a problemas y resolverlos. Eficiente, eficaz y competente.
- Capacidad para adaptarse al medio; para mimetizarse con él.
- Alta inteligencia, incluida la emocional.
- Equilibrado, calmado, que guarde el control.
- Capacidad de comunicación en todos los niveles: oral, gestual, lenguaje verbal y no verbal. Perfil de vendedor.

---

<sup>132</sup> Guariglia. **Op. Cit.**

<sup>133</sup> Del Pozo Pérez, Marta. **Op. Cit.** Págs. 288-289. Ramírez Jaramillo, Andrés David. **El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación.** Pág. 41

<sup>134</sup> **Ibid.** Pág. 289. Ramírez Jaramillo. **Op. Cit.** Pág. 42



- Empatía, es decir, tener la capacidad de ponerse en el lugar del otro e interpretar las situaciones desde su punto de vista.
- Confianza en sí mismo con un alto grado de control interno.
- Dureza como equivalente a poco sentimental, no tiene que ser necesariamente. Frío, pero que no se deje llevar por sus sentimientos.
- Flexibilidad, en el sentido de ser tolerante con los valores culturales y morales de otros.
- También debe mostrar tolerancia a la crítica y a la frustración, debe ser independiente, que no necesite la aprobación del medio. Confidencialidad y discreción.
- Capaz de asumir riesgos sin llegar a ser temerario.
- Preferentemente soltero y sin hijos.
- Resistente al dolor y con aguante físico considerable.
- Debe ser una persona vulgar y corriente.
- Sin manías. Edad: el rango ideal es entre los 25 y 45 años, puesto que si es demasiado joven se corre el riesgo de que cometa errores por la necesidad de reafirmarse y demostrar su valía; por el contrario, si es demasiado mayor se temen en exceso las pérdidas y el cambio es mucho más difícil de asumir, así como el adaptarse a él.
- Aspecto físico corriente. Culto. Se necesita un nivel cultural medio-alto.

Es necesario aclarar, que estos son solo rasgos que de manera deseable debería tener todo agente encubierto; pero además de esto, es necesario que el agente sea dotado de una específica e integral formación que fortalezca sus conocimientos sobre su personalidad, actuación, uso de medios técnicos, contra vigilancias, técnicas de



entrevista e interpretación, estudios jurídicos, psicológicos, de planificación y ejecución operativa e intercambio de experiencias con otros agentes que se hayan infiltrado antes.<sup>135</sup>

Respecto a la actuación del agente encubierto en términos de voluntariedad, o en cumplimiento de un deber, la doctrina ha considerado que debido al claro riesgo que la actuación encubierta implica para el agente en su integridad y seguridad, ocultando su identidad, viéndose eventualmente vinculado a una actividad delictiva que tenga que realizar junto a otros integrantes de la organización delincuencia, además de, como norma, tener que cambiar su ritmo de vida y apartarse de su familia, la decisión de aceptar o no esta arriesgada misión debe ser totalmente voluntaria del propio agente de policía.<sup>136</sup>

Las actividades lícitas e ilícitas del agente encubierto deben tener como límite el respeto de los derechos fundamentales de las personas, principalmente de las no investigadas, ya que en tanto servidor público tiene la obligación de respetar la vida, el honor, bienes y demás derechos fundamentales de las personas, pues este tipo de derechos no son comerciables ni disponibles por un servidor público, a menos que por razón de la investigación y para garantizar su éxito, se contara con la participación y consentimiento de la persona titular del derecho que estaría dispuesta a sacrificarlo, en los casos que puede haber disposición sobre el mismo.<sup>137</sup>

#### **4.1.3. Límites de actuación del agente encubierto**

La actuación del agente encubierto, en tanto actuación legalmente formalizada previamente, y dada su implicación en los derechos fundamentales de los investigados, debe presentar límites, entre los que se encuentran:

---

<sup>135</sup> **Ibid.**

<sup>136</sup> Arciniegas Martínez, Guillermo Augusto. **Op. Cit.** Pág. 319. Del Pozo Pérez, Marta. **Op. Cit.** Págs. 287-289; Rendo, Ángel Daniel. **Op. Cit.** Pág. 58

<sup>137</sup> González Monguí, Pablo Elías. **Op. Cit.** Págs. 287-288



- Siempre que necesite afectar un derecho fundamental de un tercero o del investigado, deberá obtener la respectiva autorización de la autoridad judicial competente, y en todo caso, con los debidos controles y revisión de la medida ante el juez de control de garantías.
- El agente encubierto solo está facultado expresamente para infiltrarse y descubrir una actividad criminal que continúa desarrollándose, no para inducir o provocar en otro cometer un delito que no estaba previamente en ejecución.
- Se deberá evaluar en cada momento si existe o no necesidad, racionalidad y proporcionalidad de las actuaciones del agente con el fin de la investigación.
- Las actuaciones del agente por fuera de las previsiones legales y al margen de la Constitución, deben generar la prohibición de utilizar sus resultados para el proceso penal, independientemente de las responsabilidades disciplinarias de los funcionarios implicados y, de ser el caso, penales.<sup>138</sup>

Expresamente, al agente encubierto se le prohíbe crear la idea de la comisión del delito en el imputado; de esta forma, se reconoce que el agente encubierto muchas veces puede verse tentado de pasar a desempeñar el rol de agente provocador, figura jurisprudencial por la cual se designa al sujeto instigador del delito, debiendo entonces ponerse cortapisa para este empeño.<sup>139</sup>

En relación con la capacidad probatoria de los elementos materiales y la evidencia física recogidos por un agente encubierto, en desarrollo de una operación legalmente programada, solo podrá ser utilizado como fuente de actividad investigativa, establecida su autenticidad, por lo que resulta una técnica especial de investigación que puede ser utilizada de manera eficaz en la lucha contra la trata de personas.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Ramirez Jaramillo. **Op. Cit.** Págs. 45

<sup>139</sup> Gimeno Sendra. **Op. Cit.** Pág. 473

<sup>140</sup> Campa Moya, Juan Roberto. **La aplicación de la cadena de custodia sobre los objetos materia del delito y la dificultad en su correcta aplicación en materia de procuración de justicia.**



Debe tenerse en cuenta que desde la perspectiva de varios autores,<sup>141</sup> el solo hecho de introducir un agente encubierto en una investigación puede vulnerar seriamente derechos fundamentales no solo del investigado, sino incluso de terceros, y por lo mismo tanto la información que recoja como los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas pueden estar basados en el desconocimiento de las garantías de protección de dichos derechos.

Doctrinalmente, se entiende por prueba ilícita aquella que es contraria a la dignidad humana, que vulnera derechos fundamentales o que interfiere preceptos constitucionales.<sup>142</sup> En este sentido las constituciones haciendo especial referencia al proceso penal, establecen de manera expresa que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso.<sup>143</sup>

En cuanto a la prueba ilícita, también se habla de sus efectos en las pruebas derivadas, es decir, las que son consecuencia de las pruebas excluidas o las que solo pueden explicarse en razón de su existencia, pues nada se lograría si fuese legítimo que una declaratoria de responsabilidad se hiciera posible con base en “las pruebas derivadas de la prueba ilícita (...) si se renunciara a la prueba ilícita como prueba pero sí se la aceptara como fuente de prueba.”<sup>144</sup>

Piénsese por ejemplo, en las declaraciones que se obtengan del investigado, o de uno de sus familiares, fruto de la entrada del agente encubierto en su domicilio o su trabajo, sin ninguna autorización judicial y obviamente sin informarle sus derechos, y que con dicha información capturen al investigado incautándole una mercancía ilícita.

En este caso, tratándose de un funcionario estatal, deberían ser excluidas del juicio tanto la información como las evidencias incautadas, o piénsese en la entrada del

---

<sup>141</sup> Guerrero Peralta. **Op. Cit.** Págs. 390-392; Riquelme Portilla, Eduardo. **Op. Cit.** Pág. 11; y Guariglia. **Op. Cit.**

<sup>142</sup> Urbano Martínez, José Joaquín. **Prueba ilícita y regla de exclusión.** Págs. 312-313

<sup>143</sup> **Ibid.** Pág. 358

<sup>144</sup> **Ibid.** Pág. 390



agente encubierto al domicilio del investigado sin una orden, o al de otro de los miembros de la banda, descubriendo material probatorio incriminante, fruto de lo cual luego se obtiene una orden de registro y allanamiento. De admitir dicho material probatorio en el juicio, se estaría ante un efecto reflejo de la prueba ilícita.

Ante el interrogante de qué responsabilidad penal le cabe al agente encubierto cuando, infiltrado dentro de la organización delictiva, se ve precisado a cometer un delito, algunos responden que, en principio, debe ser eximido de sanción penal, sea porque actuó en cumplimiento de un deber, en ejercicio de una orden legítima de autoridad competente, en el legítimo ejercicio de un cargo o por un estado de necesidad.<sup>145</sup>

Otros son del criterio que el legislador no puede eximir de pena a sus funcionarios, en razón de equiparar arbitrariamente bienes jurídicos de diferente valor, como sucede al valorar del mismo modo el éxito de una investigación criminal y la propiedad, la intimidad, la autoridad legítima del mismo estado o el riesgo previsible para la vida de una persona. Si se entiende que el legislador puede operar de esta manera, no quedaría derecho alguno tutelado ni garantizado, pues su garantía dependería del valor que quisiera asignarle cada estado, subordinándolo a la eficacia de sus agencias policiales, que operarían como valor supremo.<sup>146</sup>

Si bien no existe un límite al agente encubierto, frente a la posibilidad de cometer delitos (como participar en los actos de planeación, preparación y ejecución de actividades ilícitas de la organización criminal, realizar transacciones ilícitas con el investigado, etc.), siempre se ha entendido en la doctrina y la jurisprudencia de otros países<sup>147</sup> que llevan más tiempo empleando la figura, que el agente encubierto al infiltrarse dentro de una organización criminal entra a ser parte de la misma y, por lo tanto, tendrá muchas veces que comportarse como tal desarrollando, como autor o partícipe, actividades delictivas propias del grupo para no generar sospechas y cumplir con su misión, ante lo cual es necesario establecerle unos límites.

---

<sup>145</sup> Arciniegas Martínez. **Op. Cit.** Pág 320. Montoya, Mario Daniel. **Op. Cit.** Págs. 38-43

<sup>146</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Impunidad del agente encubierto. Op. Cit.** Pag. 11

<sup>147</sup> Rendol. **Op. Cit.** Pág. 35



Por lo anterior, en la mayoría de los países que emplean esta técnica se ha decidido eximir de responsabilidad penal al agente por aquellos delitos a los que se ha sido compelido para lograr la aceptación y confianza de los miembros de la organización, garantizar su seguridad y la de la operación, siempre que su participación resulte ineludiblemente necesaria, racional y proporcionada.<sup>148</sup>

Aunque se considera que todo exceso, extralimitación o infracción de la ley debe examinarse caso por caso, se ha pensado que resulta conveniente eximir de responsabilidad al agente encubierto, bien sea aplicando por cuestiones de política criminal una excusa absolutoria, la cual consiste en una causa personal que excluye la aplicación de la pena de carácter netamente individual y considerando la conducta típica, antijurídica y culpable, pero sin aplicarle pena, o una causa de justificación por la cual la conducta será típica, pero no antijurídica.<sup>149</sup>

En todo caso, se subordina la aplicación de la exención de responsabilidad penal a que el delito se cometa como consecuencia directa de la actuación encubierta, que el agente no haya tenido otra opción o alternativa para evitar el fracaso de su misión o el grave peligro para su vida, y siempre que no sean lesionadas la vida o la integridad física de una persona.<sup>150</sup>

Frente a lo demás, su conducta delictiva no podría quedar impune y, por lo tanto, el propio fiscal que realice el control de la actuación del agente encubierto podría iniciar las medidas del caso para que se investigue la responsabilidad penal del agente, realizar los informes dirigidos a las autoridades competentes en lo disciplinario, y tanto el Fiscal General de la Nación como su delegado, podrían ordenar que se le separara de forma inmediata de sus funciones, además de la causal de mala conducta que podría generarle.

---

<sup>148</sup> Arciniegas Martínez, Guillermo Augusto. Op. Cit. Págs. 319-320; Del Pozo Pérez, Marta. Op. Cit. Pág. 308

<sup>149</sup> Rendo. Op. Cit. Pág. 56

<sup>150</sup> Del Pozo Pérez. Op. Cit. Págs. 308-309



Esto, por cuanto todos los agentes del Estado están sometidos al imperio de la Constitución y la ley, respondiendo por su violación o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, y así “cualquiera de estas circunstancias puede dar lugar a que se inicien simultáneamente, varias acciones que pueden coexistir, sin que la una excluya a las otras. La realización de una conducta por parte de un servidor público puede generar acciones de naturaleza disciplinaria, penal, fiscal, civil e incluso administrativa”.<sup>151</sup>

#### 4.2. La entrega vigilada

La entrega vigilada,<sup>152</sup> se corresponde con la técnica especial de investigación que permite que cualquier especie o bien de procedencia o tráfico ilegal, y que se envía ocultamente, pueda llegar a su lugar de destino, sin ser interceptada por las autoridades competentes, a fin de individualizar a los remitentes, a los destinatarios, así como a los demás involucrados en dicha actividad ilícita.

La acogida de dicha técnica en el ámbito internacional se debe a que las leyes penales de todos los países sancionan numerosas conductas, para cuyo desarrollo es preciso realizar traslados o transportes geográficos con ciertos objetos materiales (armas, drogas, dinero) cuya tenencia o tráfico no autorizado constituyen elementos configuradores de dichas conductas delictivas.

La intervención policial inmediata en el momento en que se descubre la ilícita actividad en curso puede dar lugar a la incautación efectiva del elemento u objeto material del delito, pero tal forma de proceder impedirá –en la generalidad de los supuestos–, la obtención de pruebas respecto de la participación de las personas que intervienen en el último tramo de dicho trasiego geográfico. Por ello, en las indicadas situaciones la técnica de la entrega vigilada adquiere una relevante eficacia.

---

<sup>151</sup> González Monguí. **Op. Cit.** Pág. 98

<sup>152</sup> Edwards Carlos, Enrique. **El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada.** Pág.107



La entrega vigilada, supone el control policial respecto del itinerario que sigue determinado número de personas o una remesa de sustancias, elementos u objetos con los que se están realizando actividades delictivas, demorando su incautación con la finalidad de descubrir a los individuos involucrados en las mismas, evidenciando su participación al entrar en relación con dichos elementos ilícitos en la última fase de su transporte. Es decir, su naturaleza es la de simple autorización para diferir o retrasar la aprehensión o incautación de las personas, los objetos, efectos o instrumentos de ciertos delitos, con la finalidad probatoria indicada.<sup>153</sup>

La jurisprudencia, también considera la entrega vigilada como una técnica policial de investigación, pero señalando seguidamente que está rodeada de ciertas cautelas por el riesgo que objetivamente comporta,<sup>154</sup> cuya adopción depende de lo que en cada caso se considere más conveniente para la investigación del delito y aunque se debe admitir que en sus inicios se reconoce solo para el caso de la droga objeto de tráfico y posteriormente se amplía a la búsqueda y aprehensión de cualquier bien o sustancia de procedencia ilegal, es también una técnica susceptible de aplicación a la tarta de personas, da la forma en que puede ejecutarse ese ilícito.

Si dichos inconvenientes se refieren a la posible pérdida de la remesa, objeto de control o por desvíos ilegales de la misma consecuencia de actuaciones irregulares de los agentes policiales, hay que significar que, no solo la técnica de la entrega vigilada, sino todas las actuaciones policiales pueden incidir en vicios reprochables desde la legalidad; por ello, son todas ellas revisables en la vía jurisdiccional correspondiente.

La técnica de la entrega vigilada, por sí misma, no incide en restricción de derechos fundamentales, ni de libertades, ni supone injerencia en la intimidad, ni la realización de ilegalidades, y, desde luego, su examen no debe hacerse a partir de la duda respecto de las actuaciones policiales, máxime cuando existen suficientes instrumentos de depuración de responsabilidades, incluidas la penales.

---

<sup>153</sup> Del Cerro Esteban, José Antonio. **El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada.** Pág. 13

<sup>154</sup> **Ibid.**



Del carácter esencialmente pragmático de la entrega vigilada, derivan las innumerables posibilidades que la casuística puede proporcionar; por ello, algunos países, entre los que se encuentran Bélgica y Suiza, han optado por no regularla específicamente, aunque la vienen utilizando como tal instrumento de investigación policial.

En España, la regulación era necesaria únicamente para solventar las expresadas reglas de inmediatez de actuación, toda vez que como se expuso es criterio extendido de la jurisprudencia de ese país, que la utilización de la entrega vigilada no afecta a derechos fundamentales.<sup>155</sup>

El procedimiento de entrega vigilada, ha recibido otras denominaciones en el derecho extranjero. Es así que algunos sistemas jurídicos aluden a él como remesa controlada, entrega controlada o circulación y entrega vigiladas. Sin embargo, estas expresiones no siempre constituyen sinónimos, ya que en la operativa policial como en la legislación interna de los Estados se suele designar con ellas a procedimientos distintos o derivados de la entrega vigilada original de la Convención de Viena.<sup>156</sup>

En la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación comparada se han marcado diferencias conceptuales y operativas entre entrega vigilada y remesa controlada que debemos precisar. Sosteniendo que “En la entrega vigilada, la mercancía ilegal es objeto de una vigilancia pasiva por parte de las agencias policiales. En cambio, en la entrega o remesa controlada, se recurre a agentes infiltrados que participan directamente en la operación de tránsito”.<sup>157</sup>

La distinción planteada, adquiere particular relevancia para aquellas legislaciones nacionales que como la de Venezuela establecen que solo está permitida la entrega vigilada, pero no la entrega controlada, tal y como se expresa en el Artículo 74 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Las diferencias, en la configuración legal de la técnica de investigación que analizamos podrían afectar la

---

<sup>155</sup> Del Cerro Esteban. **Op. Cit.**

<sup>156</sup> Serranos Serranos, Joaquín. **La entrega vigilada de droga.** S. p.

<sup>157</sup> Edwards. **Op. Cit.** Pág 109.



realización de actividades combinadas entre Estados que asuman solo una de las variantes aludidas.

De presentarse tal situación, la cooperación internacional debe prevalecer sobre la base de los tratados internacionales suscritos por ambos países en un contexto multilateral como el generado por los Convenios de Viena o de Palermo; se debe de recordar que estos instrumentos ofrecen fórmulas de entrega vigilada bastante flexibles y pueden compatibilizar con las regulaciones internas de una u otra modalidad.

#### **4.2.1. Clases de entrega vigilada**

A diferencia de los procedimientos tradicionales de cooperación judicial internacional en materia penal, las clasificaciones de la entrega vigilada desarrollan sus en función al rol activo, o pasivo que le toca cumplir a los Estados involucrados en un requerimiento de colaboración, la naturaleza reservada de las operaciones encubiertas y de la entrega vigilada determinan que se adopten otros criterios de clasificación.<sup>158</sup>

Para ello, los especialistas toman en cuenta indicadores operativos como la modalidad de la circulación de las especies vigiladas; y, también, de carácter estratégico como el origen de la información y de la decisión de aplicar el procedimiento especial de la entrega vigilada. A partir, pues, de estos criterios se encuentran las clases de entregas vigiladas siguientes:

Por la procedencia de la sustancia u objeto; puede clasificarse en pasiva o activa. La entrega vigilada pasiva, es la que se refiere únicamente a las remesas remitidas por personas ajenas a la estructura estatal, limitándose la policía a permitir su circulación con la única posibilidad de sustituir su contenido por otro inocuo o lícito.

---

<sup>158</sup> Almazán Sepúlveda. **Op. Cit.** Pág. 5. Holgeasesor Kristian. **La fiscalización internacional de drogas y la técnica de la entrega vigilada.** Pág. 2



La entrega vigilada activa, tiene lugar, cuando el objeto o sustancia ilícita ha sido puesta en circulación por los agentes policiales, la cual es ajena a dicha regulación y, por tanto, ilegal.

Al respecto se suelen suscitar numerosas cuestiones que sería prolijo referir, pero que se refieren a los supuestos en que la entrega vigilada procede de otros países y el origen ilícito de la remesa no queda suficientemente especificado, parece que la solución práctica más adecuada es pedir las ampliaciones necesarias de las autoridades requirentes hasta que quede clarificado que la remesa ha sido puesta en circulación por individuos al margen de la estructura investigadora estatal.

Por cuestiones geográficas, la entrega vigilada puede ser de ámbito nacional o internacional. Resulta de ámbito nacional, cuando la remesa objeto de la entrega vigilada será transportada dentro de los límites fronterizos del territorio del Estado en que tiene lugar, lo que puede tener lugar en el caso del seguimiento de un grupo de personas de un país a otro.

La entrega vigilada es de ámbito internacional, cuando los Estados que quedan afectados por el tránsito den su autorización. En estos supuestos, además de lo indicado respecto de la entrega vigilada activa, se pueden plantear, cuestiones de cierta complejidad referidas a la jurisdicción competente en el supuesto de que se hayan producido intervenciones, detenciones u otras actuaciones por parte de varios países, que pueden resolverse mediante extradiciones, transmisión de procedimientos u otros instrumentos internacionales.

También la entrega vigilada se puede clasificar en internacional de tránsito e internacional de destino; la de tránsito, va a ser aquella que supone las autoridades de un Estado, consiente la entrega vigilada de una remesa cuyo transporte tiene por itinerario la entrada por un punto fronterizo del territorio nacional y la salida por otro.

Esta variante de la entrega vigilada, requiere especial cuidado en las medidas de control y vigilancia; en este sentido las autoridades policiales precisan de una información exhaustiva de los posibles medios de transporte, rutas, pasos fronterizos,



etc., para poder asegurar con un mínimo de certeza el buen fin de la operación, decir, es preciso que existan condiciones operativas favorables y garantías racionales de seguridad. La internacional destino, plantea la cuestión de la territorialidad en la aplicación de la ley procesal penal.

Por el objeto, las entregas vigiladas pueden ser de:

- drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos;
- equipos, materiales y sustancias químicas;
- bienes y ganancias;
- especies animales y vegetales;
- moneda falsa;
- armas, municiones y sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes; otras sustancias prohibidas (relacionadas con fraudes alimentarios, materiales nucleares o elementos radiactivos y géneros prohibidos por disposición legal).

Por la sustitución del objeto, se pueden clasificar: sin sustitución y con sustitución. La entrega vigilada sin sustitución consiste en la no sustitución de la sustancia o elemento ilícito, que porta la remesa, por otro inocuo introducido por los agentes policiales investigadores y la sustitución de la remesa, lleva consigo la apertura del paquete que la transporta. La finalidad se encuentra en evitar la pérdida o distracción del control o vigilancia de dicha sustancia o elemento ilícito y en el supuesto de que se trate de correspondencia o paquetes postales, no amparados por la ley, se verá afectado el derecho fundamental del secreto a las comunicaciones, y, por tanto, requerirá autorización judicial.

La entrega vigilada sin sustitución de la sustancia ilícita contenida en la remesa, supone, por mucho que se minimicen, ciertos riesgos, principalmente los derivados de la pérdida de la misma, con los graves perjuicios que ello conlleva cuando se trata de remesas que contienen sustancias peligrosas; también en ocasiones dicha sustitución



de la sustancia u objeto transportado no es posible por las condiciones del continente de la remesa en los casos en que la apertura supone la destrucción del mismo.

Por la ampliación del concepto de correspondencia, la entrega vigilada se clasifica en con apertura de paquete postal y sin apertura de paquete postal. Es norma constitucional admitida el reconocimiento expreso en los textos constitucionales del derecho al secreto de las comunicaciones y en relación con las que se mantienen utilizando los servicios postales, existe toda una legislación postal de carácter internacional, que estima ilegal todo tipo de invasión en los bultos o paquetes postales.

#### **4.2.2. Requisitos de la entrega vigilada**

Los tratados internacionales, no han hecho mayores especificaciones acerca de los presupuestos y requisitos que deben cumplirse para la legitimación de un procedimiento especial de entrega vigilada, por lo que han dejado a los Estados la facultad de legislar internamente sobre estos aspectos.

En ese sentido, una revisión general de los textos normativos de la materia en los países que han legislado sobre entregas vigiladas, permite reconocer que las exigencias legales de dicha técnica especial de investigación toman en cuenta factores de legitimidad, oportunidad, seguridad y eficacia; entre los que se encuentran los siguientes:

- Detección, investigación o información confiable sobre envío o circulación en tránsito de sustancias o bienes ilícitos.
- Solicitud detallada y razonada sobre la necesidad y posibilidad potencial de la medida.
- Finalidad de inteligencia relativa a la identificación de autores, o partícipes del delito y decomiso final de las especies vigiladas.



- Autorización formal de la autoridad competente en atención a la urgencia, y utilización del procedimiento en función a las características particulares del caso.
- Planeamiento táctico de la operación y designación de los agentes de vigilancia.
- Coordinaciones con Autoridades Extranjeras del país de origen, tránsito o destino de las especies vigilada.

En cuanto a esta técnica o método especial de investigación, no resulta ocioso concluir que aunque no se conoce una entrega vigilada de personas objeto de trata, de cara a sus exigencias doctrinales resulta una vía totalmente válida en el enfrentamiento a este flagelo internacional de particular presencia en Guatemala, y en tanto, toda actuación investigativa en este sentido que respete los cánones procesales y los derechos individuales de los implicados, como ejecutores del acto ilegal, gozará de toda validez probatoria a los efectos de su persecución penal

#### **4.3. La interceptación de las comunicaciones**

Para contrarrestar el efecto que en el ámbito de la realización criminal, provocan las tradicionales y nuevas formas de comunicación entre los hombres, la metodología de la investigación criminal mediante las técnicas de intervención de las comunicaciones ya sean telefónicas, escritas, telegráficas o electrónicas ha implementado su legalización, con el fin de obtener información tendente a identificar y localizar a integrantes de organizaciones pertenecientes al crimen organizado u otro delito de gran peligrosidad, con el propósito definido de desarticular la organización en cuestión y evitar la realización de sus actividades ilegales, entre ellas la trata de personas, siendo un método totalmente valido a los efectos de la investigación penal de estos delitos.



En la doctrina,<sup>159</sup> se identifican varios tipos de interceptación de las comunicaciones. Entre las comunicaciones escritas se encuentran las cartas, la que puede ser identificada como medio de comunicación escrito por un emisor a un receptor que lleva información y que puede tener un remitente desconocido, lo que dificulta la investigación; el telégrafo, que se corresponde con el dispositivo de telecomunicación destinado para la transmisión de señales a distancia y los mensajes, consistentes en encargos de decir algo a alguien. Y, aunque son las formas más tradicionales de comunicación entre los humanos, no son necesariamente las menos usadas para delinquir.

Por ello, la utilización de un nuevo término, el de interceptación de las comunicaciones, el que viene dado por la ventaja de evitar locuciones tales como: intervenciones telefónicas, radiotelefónicas, accesos a bancos, aparatos tecnológicos de registros de sonido y otros que con el transcurso del tiempo pudieran perder vigencia, asumiéndose así un vocablo amplio, en el que se puedan ver inmersa cada una de estas acciones.

Por la protección que los Estados, históricamente han proporcionado a las comunicaciones escritas entre los ciudadanos al punto de protegerse constitucionalmente de manera general, la inviolabilidad de la correspondencia su intervención, se reconoce bajo la presencia de un conglomerado de requisitos<sup>160</sup> entre los que se destacan, que la intervención de las comunicaciones escritas debe hacerse sobre actividades delictivas de especial peligrosidad; la permisión de la intervención de la comunicación escrita debe hacerse sobre la base de una información fundamentada y debe estar permitida por autoridad competente, y las acotaciones, reportes, informes, traducciones y transcripciones que se realicen sobre la información intervenida deben realizarse solo sobre la información de interés de la investigación en curso.

---

<sup>159</sup> Muñoz Pope, C. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Pág.13. Novoa Monreal, E. **Derecho a la vida privada y libertad de información**, Pág. 63. Quintero Ospina, T. **Las pruebas en materia penal**. Pág. 54. Roxin, C. **Derecho Procesal Penal**. Pág.82

<sup>160</sup> Correa de Carvalho, J. **Intervención de las Comunicaciones en España**. Pág.12. Martín Morales R. **El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones**, Pág. 54. Rebollo Delgado, L. **El derecho fundamental a la intimidad**, Pág.32. Rives Seva A. P. **Intervención de las comunicaciones en el proceso penal**. Pág. 24



#### 4.3.1. Detención, apertura y examen de la correspondencia privada

En principio, ha de advertirse que con el término “correspondencia” se alude tanto a la epistolar, como a todo el género de la postal, inclusive, los paquetes postales, los cuales pueden ser portadores de mensajes personales de índole confidencial.

En este supuesto, caben dos posibles diligencias investigativas; la primera, la relativa a la detención, que consiste en la aprehensión física del soporte que se remita, evitando así que el envío pueda llegar a conocimiento de su destinatario, debiéndose dejar apuntado, de modo sucinto, que podrá ser adoptada en cualquier momento de la instrucción por medio de resolución judicial motivada y la referida a su apertura y examen.

En torno al tema, López-Fragoso Álvarez<sup>161</sup> que considera que no existe un *numerus clausus* respecto de los medios de comunicación que pueden ser objeto de vigilancia, lo cual es, sin duda, positivo, si bien apunta que también tiene una dimensión negativa, en el sentido que será necesario que se cumplan las mismas garantías que las previstas para la interceptación de comunicaciones telefónicas si se desea intervenir comunicaciones no telefónicas puesto que a ellas también les es de aplicación el carácter secreto.

#### 4.3.2. Interceptación en las comunicaciones telefónicas

Para Gimeno Sendra,<sup>162</sup> por intervención telefónica “(...) puede entenderse todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el juez (...) en relación con el hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento especial, decide, mediante auto especialmente motivado, que por la policía judicial se proceda al registro de llamadas y a efectuar la grabación

---

<sup>161</sup> López-Fragoso Álvarez. **Las intervenciones telefónicas en el proceso penal**. Pág. 50.

<sup>162</sup> Gimeno Sendra, V. **Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del TC y TS**. Pág. 428.



magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor”. (sic.)

López Barja de Quiroga,<sup>163</sup> señala coincidentemente que: “la intervención supone apoderarse del contenido de de las conversaciones telefónicas, poder llegar a conocerlas. Por su parte, el término observación ha de reducirse a poder tomar conocimiento del destino de la comunicación, la identidad subjetiva del receptor de la comunicación, al menos del titular, pero no permite el conocimiento del contenido, que debe permanecer secreto.”

Tomás López,<sup>164</sup> en forma amplia, sostiene que: “(...) López Barja se pronuncia en sentido afirmativo, al considerar, (...) la intervención en el sentido de apoderarse del contenido de lo comunicado, mientras que (...) con la expresión observación se refiere exclusivamente al recuento –comptage o pen register-, o sea, aquella actividad técnica que consiste en el empleo de un mecanismo que registra los números marcados, y así, en su caso, la identidad de los interlocutores, la hora o duración de la llamada, conjunto de actividades que el autor incluye en el más amplio término de interceptación, tomar conocimiento de la existencia, destino, o contenido de una comunicación, aprehendiéndola de alguna manera.”

Pascua,<sup>165</sup> divide entre la intervención propiamente dicha y la observación, aunque no utiliza esa nomenclatura; para este, las primeras son aquellas en las que la grabación del audio se realiza previo proceder a captar la señal telefónica del abonado a intervenir por intermedio de los organismos especializados al efecto, tomando posesión del número y la longitud para luego imponerse del contenido de las llamadas con o sin registro en los soportes respectivos.

---

<sup>163</sup> López, Barja de Quiroga. **Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida**. Pág. 194.

<sup>164</sup> López, T. **Las intervenciones telefónicas en el proceso penal**. Pág. 46.

<sup>165</sup> Pascua, F.J. **Escuchas telefónicas, grabaciones de audio subrepticias y filmaciones**. Pág. 77.



En las segundas, en cambio, se trata de la grabación de la conversación comunicada entre personas, en las cuales se procede a registrar, bien el mensaje telefónico, si interviene la línea, o bien la charla *in personam* mantenidas por ellas, que puede ser ocasional, fortuita (subrepticia) o legal (jurisdiccional), y que conforme sus operadores puede ser realizadas por particulares o por organismos estatales.

La medida de intervención telefónica se compone, pues, de dos elementos; la intervención y la observación. La intervención supone, como se explicó, apoderarse del contenido de las comunicaciones, en tanto el término observación se reduce a tomar conocimiento del destino de la comunicación y de la identidad subjetiva del receptor de la comunicación, en la legislación costarricense y la panameña se utiliza intervención como sinónimo de interceptación, que es más comprensivo de cualquier forma de captura de la comunicación ajena, incluye la observación como la intervención.

Concretamente López Frago, <sup>166</sup> expresa que las intervenciones telefónicas pueden definirse: "(...) como aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase de instrucción de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente frente a un imputado –u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse-, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar el delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios".

"La medida de intervención telefónica, se estima también una medida coercitiva, limitativa de derechos fundamentales. Así ha sido reconocido por la doctrina, al señalar que (...) constituye una medida coercitiva accesoria que tiende por lo general a la

---

<sup>166</sup>López Frago, Tomás. **Las intervenciones telefónicas en el proceso penal.** Pág. 14.



obtención de pruebas conforme lo que se transmite por medio de la palabra a distancia por esta vía".<sup>167</sup>

La medida judicial sustentada en la intervención de las comunicaciones, implica una intrusión en el ámbito del derecho fundamental al secreto de estas, cuyo antecedente histórico no es otro sino la inviolabilidad de la libertad y el secreto de la correspondencia configurado en la Revolución Francesa.

Las comunicaciones telefónicas, se intervienen mediante procedimientos por medio de los que se interfieren las comunicaciones de uno o más teléfonos, con objeto de escuchar los mensajes codificados, a través de las ondas correspondientes con el ánimo de conocer su contenido y utilizarlo para los fines de investigación y persecución penal.

Este método de la investigación está regido por determinados requisitos que admite la doctrina,<sup>168</sup> entre los que se destacan:

- a) Que la intervención de las comunicaciones telefónicas debe hacerse sobre actividades delictivas de especial peligrosidad.
- b) La autorización de las mismas deben ser avaladas por autoridades competentes a cargo de la legalidad.
- c) La permisión de la intervención de la comunicación debe hacerse sobre la base de un proceso iniciado y sustentado, pero no terminado.
- d) El empleo de la misma tiene que basarse en información fundamentada de determinada actividad criminal.

---

<sup>167</sup> Pascua. **Op. Cit.** Pág. 79. Cafferata, J. **Medidas de coerción en el proceso penal.** Pág. 43. Zamorano, A. A. **Las pruebas obtenidas mediante las grabaciones sonoras y de imagen y las intervenciones telefónicas: su valor probatorio.** Pág.6. López Frago Álvarez, Tomás. **Las intervenciones telefónicas en el proceso penal.** Pág. 14.

<sup>168</sup> Pascua, F.J. **Op. Cit.** Pág. 69. Novoa Monreal. **Op. Cit.** Pág. 20



e) No puede ser indiscriminada la utilización de la intervención de las comunicaciones telefónicas.

f) Las grabaciones y reproducciones que se realicen sobre la información intervenida deben, destruirse posterior a la terminación del proceso.

La observancia de cada uno de estos requerimientos por parte de las autoridades encargadas de su ejecución, determina en gran medida la salvaguarda de los derechos de los individuos y constituyen presupuestos para el cumplimiento de la legalidad.

En los últimos años, el tema de las intervenciones telefónicas es uno de los temas que divide a las sociedades contemporáneas debido a que buscan el equilibrio que debe guardar el respecto a la libertad de las comunicaciones y el derecho a la privacidad por una parte, y, por otra parte, las intervenciones telefónicas que la autoridad realiza por intereses que determina superiores.

El debate aparentemente tiene que ver con “las nuevas tecnologías” o con “el desarrollo jurídico”; pero en el fondo tiene que ver con la intimidad, la cual siempre ha se ha protegido no solamente de manera general, sino también, de manera específica, con la libertad de correspondencia y su confidencialidad. Aunque podemos decir que es una combinación entre los derechos tutelados desde antes que apareciera el teléfono, como con las nuevas tecnologías.

#### **4.3.3. Interceptación en las comunicaciones digitales**

Estas son entendidas como el examen de la administración de datos de usuarios de medios informáticos, o monitoreo de actividades, a través de medios operados por sistemas de idéntica naturaleza.

Se entiende por, intervenciones de los datos de tráfico y del correo electrónico, a aquellos datos que se generan o tratan en el curso de una comunicación y que difieren de su contenido material, o sea los datos de identificación de los medios de



comunicación electrónica emisores y receptores (de entre los que se encuentra el *Mobile Subscriber Identity*-, el *IMEI –Internacional Mobile Equipment Identity*, y el *IP (Internet Protocol)*-, tales como, en el caso de la telefonía de red fija y la móvil, el número de teléfono de llamada y el nombre y dirección del abonado o usuario registrado y, en el de acceso a Internet, correo electrónico y telefonía por Internet, la identificación asignada de usuario, número de teléfono, nombre y dirección del usuario o abonado registrado y los datos necesarios para identificar el destino de la comunicación.

Como puede constatarse, la intimidad, e incluso, la libertad de las personas está bajo permanente y alta vigilancia electrónica. Las tecnologías informáticas han permitido aumentar lo que los especialistas llaman “huellas” (trazabilidad). Actividades, conversaciones, preferencias y los centros de interés dejan huellas en múltiples sistemas informáticos que administran la vida cotidiana. Todos estos datos son recolectados, centralizados y memorizados por organizaciones públicas o privadas que pueden conocer a todo momento el “perfil” de cada individuo.

Entre los ejemplos de ellos, se sabe que en Italia, *Telecom*, es el principal operador de telefonía móvil y en febrero de 2006 informó a las autoridades italianas haber alcanzado el nivel de saturación en cuanto a las escuchas telefónicas por mandato judicial, por lo que le solicita al gobierno más medios para poder seguir asegurando el servicio.

En un escrito dirigido simultáneamente a los tribunales italianos, a la oficina antimafia y al Ministerio de Justicia, la operadora de telefonía móvil reconoce haber llegado “al límite de sus posibilidades”, con 5,000 líneas telefónicas interceptadas, a petición de instancias judiciales.

TIM, filial del grupo privado *Telecom* de Italia, representa el 44 % del mercado italiano. El resto se lo reparten Omnitel (Vodafone), Wind (Enel) y “3” (H3G, filial del grupo de telecomunicaciones de Hong Kong Hutchison Wampoa).

En Argentina, están operativos actualmente, los sistemas [VAIC](#) (Vínculos por Análisis Informático de las Comunicaciones) con el llamado Geo.Cel para localizar celulares o



móviles, y [Excalibur](#) para grabar conversaciones. Fue presentado por el Ministro de Seguridad, Juan Pablo Cafiero, el 24 de octubre de 2002.

#### 4.3.4. Principios que informan la intervención de las comunicaciones

La doctrina,<sup>169</sup> reconoce ciertos principios que informan las intervenciones en las comunicaciones, de trascendental importancia de modo tal que a pesar de constituir limitaciones a los derechos fundamentales se ven justificados por el bien superior que intentan proteger siempre y cuando su utilización sea estrictamente acotada a los requisitos mencionados y a los principios siguientes:

- **Legalidad:** según este principio cualquier injerencia en un derecho fundamental, en este caso, el derecho fundamental a la vida privada debe estar avalada por una norma constitucional o legal para que tenga validez como prueba dentro del proceso penal.
- **Principio de procedibilidad:** es necesaria la existencia previa de un procedimiento de investigación penal que conlleve a la solicitud y autorización de las interceptaciones de las comunicaciones, es decir, que no podrán autorizarse en forma inversa las intervenciones de los medios de comunicación sin que exista proceso alguno de investigación. De manera que las interceptaciones no pueden incluirse dentro de las diligencias indeterminadas ya que lo esencial y decisivo es que haya una motivación suficiente que justifique la medida adoptada por juez competente.
- **Motivación:** la motivación de la resolución en virtud de la cual se lleve a cabo la injerencia en el derecho fundamental, se ha convertido en una verdadera exigencia constitucional. El principio que se enuncia tiene un fin evidente, que no es otro que la posibilidad de que el destinatario de la medida conozca en su día, cuáles fueron las

---

<sup>169</sup>López Barja de Quiroga. **Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida.** Pág. 45. Devis Echandía. **Teoría general de la prueba judicial.** T.I, Pág. 539.



razones por las que sus derechos se vieron sacrificados y además en virtud de que otros intereses se llevó a cabo dicha intervención, lo que tiene efectos relevantes para el medio de impugnación que en su día pudiese establecer y a otros principios que informan la adopción de la medida como la proporcionalidad de los sacrificios, en clara consonancia con la motivación.

- Proporcionalidad: como antes se indicó, la motivación de la resolución debe consagrar un simple juicio de proporciones entre el sacrificio del derecho y el fin investigador que se pretende con su adopción.

Este principio plantea que para que haya una injerencia en los derechos fundamentales la misma ha de ser legítima, ello quiere decir que para lograr el alcance del objetivo, la medida aplicable y la afectación del derecho fundamental ha de ser proporcional al mismo.

Se trata de que, para poder afectar el secreto de las comunicaciones y la intimidad de las personas, ha de ser necesario y proporcional a la afectación del derecho la medida aplicable, en este caso la intervención de las comunicaciones, por ser la más apropiada al objetivo que se desea alcanzar por ejemplo por la dificultad que representa el mismo y por la peligrosidad y el daño que significa para la investigación que los agentes ejecutantes de la misma se expongan durante la investigación, ya que, como se sabe, la intervención de las comunicaciones es una de los métodos más eficaces que permite que los investigadores e interventores permanezcan ocultos protegiendo la identidad de los mismo.

- Necesidad e idoneidad: significa que, para la investigación en los casos que la ley prevé como excepcionales ya sean el terrorismo, o el crimen organizado, no haya método más idóneo y más necesarios para la investigación que la intervención de las comunicaciones o la violación del domicilio así sea para intervenir un teléfono por ser el método más efectivo y apropiado aplicable para alcanzar el objetivo constitucional y legalmente previsto, siempre que dicha medida adoptada sea proporcional y que no



exista otra medida menos gravosa susceptible de aplicación ya que de lo contrario optaría por esta última.

Ello, corresponde a que las normas legales o constitucionales aplicables a un caso especial como los tratados en este tema deben estar justificadas debidamente, para su aplicación en hechos objetivos que son obtenidos con certeza de que un delito flagrante, ha ocurrido y que se tienen suficientes elementos de prueba sobre la existencia del mismo, pero que los indicios que se poseen no permiten identificar al o a los perpetradores del mismo y que por tanto se hace necesario continuar la investigaciones para poder destacar la cadena de personas que intervienen en el delito aun siendo necesario aplicar métodos no convencionales.

- Exclusividad jurisdiccional: el que viene referido a que solamente la autoridad jurisdiccional, tiene la competencia para intervenir las comunicaciones telefónicas.
- Principio de control judicial: el control judicial es la facultad de autorizar las escuchas telefónicas, con la obligación de verificar el desarrollo de las mismas con apego irrestricto a las normas y la determinación del cese de la medida de interceptación, de lo que se inferirse que el control judicial no se limita al momento de ordenar la medida, debe mantenerse rigurosamente durante su desarrollo en garantía de los derechos constitucionales, del afectado quien desconoce la medida adoptada contra él, y no puede impugnarla.

Tiene una doble función, la verificación de las acciones realizadas por los agentes que ejecutan las interceptaciones, quienes deben dar cuenta al juez de cualquier incidencia acaecida durante la aplicación de la medida, especialmente en el caso de los hallazgos casuales y, que los autos judiciales habilitantes deben establecer los mecanismos de control convenientes y adecuados, tanto respecto del tiempo de duración de la medida, forma de realización y fraccionamiento de actas que contengan informe de lo actuado.



Los agentes que ejecuten las interceptaciones deben remitir al Juez en su totalidad originales de las cintas grabadas, documentos reproducidos u otros, pues no le compete seleccionar o desechar conversaciones, ya que esto se constituiría en alteración de la prueba y conllevaría a su nulidad, en el caso específico de Guatemala, el procedimiento varía y la cadena de custodia de los registros difiere un poco de lo antes indicado.

- Exclusividad probatoria: se interceptarán las comunicaciones únicamente para establecer la existencia de delito y el descubrimiento de sus autores, lo que implica que las informaciones adicionales obtenidas por medio de las interceptaciones y que no se refieran a hechos delictivos, no pueden utilizarse, publicarse o difundirse por ningún medio y deben mantenerse en total secreto.
- Excepcionalidad: ya que la medida solo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones.
- Limitación temporal de la utilización de la medida: la Ley debe establecer períodos individuales durante los cuales se podrá intervenir en las comunicaciones. debe entenderse por el tiempo estrictamente indispensable para el buen resultado de la investigación, ya que, en caso contrario, la medida devendría desproporcionada e ilegal.
- Especialidad del hecho delictivo: no cabe decretar una intervención de las comunicaciones para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos. Se debe especificar en la norma los delitos por los que se pueden adoptar medidas que afecten a los derechos fundamentales, tradicionalmente la intervención



en las comunicaciones es aceptada en investigaciones de delitos referidos a terrorismo y actividades relacionadas con el crimen organizado.

- Principio de limitación subjetiva: en el caso de las intervenciones telefónicas la medida recaerá únicamente sobre los teléfonos fijos o móviles de las personas indiciariamente implicadas, ya sean los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales. En el caso de intervención telefónica, habrán de especificarse el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas/observadas.
- Principio de limitación objetiva: presupone la existencia previa de indicios de la comisión de delito y no meras sospechas o conjeturas, de tal modo que se cuente con noticia racional del hecho que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia y de cómo llegar por medio de las intervenciones al conocimiento de los autores del ilícito, pudiendo ser esos indicios los que facilita la policía, con la pertinente ampliación de los motivos que el juez estime conveniente.

La resolución judicial que autorice la interceptación de las comunicaciones, debe presentar las siguientes exigencias:

- La resolución que autorice la intervención de las comunicaciones ha de exteriorizar las razones fácticas y jurídicas.
- Los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo.
- Indicios que son algo más que simples sospechas; que han de contar con cierto fundamento de investigación identificable y susceptible de ulterior contrastación, que es lo que los distingue de las meras hipótesis.



- Ni la solicitud de autorización, ni el auto judicial pueden operar mediante argumentación esquemática.
- No puede asentarse en una sospecha genérica ni sobre un golpe de intuición.
- Lo que la ley impone al juez que conoce de una solicitud de esta índole, no es la realización de un acto de fe, sino de un juicio crítico sobre la calidad de los datos ofrecidos por la policía.
- No bastan las meras afirmaciones armónicamente sazonadas con ingredientes tales como: grupo organizado, tráfico de estupefacientes a gran escala, antecedentes penales o investigaciones precedentes por delitos de esa clase, patrimonio elevado, contactos, etc. Se exige motivar y argumentar factual y jurídicamente la resolución.

La motivación de la resolución que emita el órgano judicial competente, exige:

- La persona respecto de la cual se acuerde la intervención.
- Fijación clara del medio o medios de comunicación a los que alcanza la medida.
- Modalidades de intervención que reciba o que realice.
- Principio de especialidad: hecho delictivo al que se contrae el proceso penal en que se decreta; y, por tanto, la intervención misma, sin que sea legítimo amparar bajo un auto de intervención la investigación de hechos diferentes, debiendo, por tanto, comunicar al juez la comisión de otros delitos tan pronto como se tenga noticia de ellos por medio de la intervención, siendo solo posible proseguir con esta bajo nuevo auto judicial motivado que ordene la intervención para los nuevos hechos descubiertos.

Ante la eventualidad de que el auto que autoriza las medidas especiales de interceptación, careciera de la debida fundamentación exigida por las leyes procesales, constituiría un defecto absoluto de forma que conllevaría a la nulidad de lo actuado, y consecuentemente los hallazgos encontrados y las pruebas obtenidas por medio de las



intercepciones, serían nulas de pleno derecho y no tendrían valor probatorio en el juicio penal.

Para que se lleve a cabo la intervención de las comunicaciones privadas, debe existir antes una autorización judicial que la avale, y, a su vez, debe estar establecida o prevista en una norma legal que la avale. Tal autorización debe tener en cuenta que existan indicios que permitan suponer que se está ante la presencia de un delito del crimen organizado, y que el método de la intervención de la comunicación privada sea el que más se adecúe para la recopilación de información que permita la posteriormente la identificación de los autores o participantes.

Por tanto, se tendrán dos presupuestos, uno material y otro procesal;<sup>170</sup> el material, trata de la exigencia de la existencia de un delito grave desde un punto de vista jurídico sustantivo para la adopción de la intervención. Con delito grave, se hace referencia a aquellos delitos en los que en su marco penal el límite mínimo corresponde una privación de libertad cuantitativamente alta en determinado contexto. Estos presupuestos materiales son los que principalmente aportarán la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida. En cuanto al presupuesto procesal, se tiene por requisito que la petición fiscal o autoridad competente debe realizarse necesariamente dentro de la investigación preparatoria, descartándose su dictado en las diligencias preliminares.

Con esto puede decirse que, el fin buscado con esta medida es la persecución del delito, de manera que posibilite el suministro de elementos de prueba que permitan la pretensión punitiva y con ello el lograr la relación o conexión existente entre el delito cometido y el autor o colaborador, aunque se vea afectado su derecho a la intimidad debido a intereses generales y en virtud de un delito que afecta, valga la redundancia, esos intereses generales.

Para lo cual, cabe destacar que la autoridad judicial que lo autoriza y aquellas también competente hacen un seguimiento de la investigación, a modo de controlar las

---

<sup>170</sup> Hermosa Orosco, Plinio Hugo. **Nueva jurisprudencia 2006-2008. Nuevo Código Procesal Penal.** Pág. 72-73.



injerencias que se hacen en el ámbito de las comunicación, velando porque se haga el rastreo efectivo del objetivo, de manera tal que mediante cotejo se descarte toda aquella información íntima que no sea útil para la investigación.<sup>171</sup>

La facultad de autorizar una intervención en las comunicaciones, deberá ser ejercitada minuciosamente en lo referente al respeto y cuidado del derecho a la intimidad en las comunicaciones intervenidas sobre todo en el supuesto o el caso tener éticamente en cuenta el secreto profesional existente entre un jurista y la persona que se encuentra bajo su asesoramiento, es decir, entre abogado y cliente, y más aun así si la intervención es del teléfono de un abogado, pues en este caso podrían ser muchas las personas afectadas por la intervención.

#### 4.4. La colaboración eficaz

El origen del derecho penal premial se remonta al menos al derecho romano, a propósito de los delitos de lesa majestad (en la *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*), donde había la posibilidad de eximir de pena al “delator” por vía de amnistía dispuesta por el Senado, para pasar después al derecho canónico y común medieval.<sup>172</sup>

Durante el proceso inquisitivo, los tribunales del Santo Oficio ofrecían gran relevancia al arrepentimiento, pero aunque el inquisidor podía aceptar la delación, se tasaba su valor probatorio y, por ejemplo, por el solo testimonio de un arrepentido ningún inquisidor podía someter a tortura a ningún ciudadano bajo crimen de herejía.

Algunos autores<sup>173</sup> consideran que el sistema inquisitivo surgió en silencio desde las tinieblas, antipopular y autoritario, el proceso se inicia de oficio por el órgano jurisdiccional, admitiéndose hasta la delación como fuente de obtención de información anónima y vía para iniciarlo.

---

<sup>171</sup> Perales. A. Elvira. **El derecho al secreto de las comunicaciones**. Pág. 23.

<sup>172</sup> Cuerda Arnau, M.L. **Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo**. Pág. 28.

<sup>173</sup> Montero Aroca, J. Ortells Ramos, M. Gómez Colomer, L. y Monton Redondo, A. **Derecho Jurisdiccional I, Parte general**. Pág. 25.



Relacionado con la colaboración eficaz encontramos ampliamente desarrolladas las normas de fomento de la figura del arrepentido colaborador con la justicia para el descubrimiento del delito en el derecho comparado. Así, por ejemplo, en el derecho anglosajón, para el llamado “*witnes scrown*” (testigo de la corona), que obtiene inmunidad (*grant of immunity*) a cambio de su testimonio, y los supuestos de transacción penal (*plea bargaining*), que permiten al imputado que testifica contra los demás una reducción de la condena; en el derecho italiano, para los denominados “*collaboratori de Ila giustizia*” o “*pentiti*”, que han contribuido decisivamente, en el contexto de la legislación excepcional dictada en los años de 1970 y 1980, al ocaso del terrorismo y el levantamiento de estructuras mafiosas del sur de Italia; y también aparecen en el derecho de los países de lengua alemana (Alemania, Suiza, Austria), donde son conocidas como *Kronzeugenregelungen* (reglas del testigo “principal” o “de la corona”).

Al realizar un estudio criminológico de la institución, se advierte que los enciclopedistas del iluminismo, después de calcular beneficios e inconvenientes de esta figura, se pronunciaron al respecto; siendo recurrentes y muy conocidas las reflexiones de Beccaria en su obra cumbre “De los delitos y las penas”, en contra de premiar la delación con beneficios penales, práctica común en el antiguo régimen en los procedimientos seguidos ante la Inquisición.<sup>174</sup>

En los estudios criminológicos, se ubica una de las primeras referencias favorables a este tipo de instituciones en la obra de J. Bentham, paradigma del pensamiento utilitarista anglosajón aplicado al ámbito jurídico-penal, quien por entender preferible “la impunidad de uno de los cómplices que la de todos”, se mostraba partidario de las disposiciones premiales para el delator; no obstante y consciente de sus riesgos, al advertir el peligro de que “entre muchos criminales, el más malo no sólo quedará sin castigo, sino podrá ser también recompensado”.<sup>175</sup>

En la actualidad, las medidas de suspensión o atenuación de la pena para los colaboradores eficaces, llamados también arrepentidos, que se han legalizado en la

---

<sup>174</sup> Beccaria. C. **De los delitos y de las penas**. Pág. 39.

<sup>175</sup> Bentham, citado por Sánchez García de Paz, I. **El coimputado que colabora con la justicia penal**. Pág. 21.



actualidad en administración de justicia penal para lograr una eficaz persecución contra la criminalidad organizada, en el descubrimiento de los delitos que llevan a cabo, así como para conocer a sus principales implicados y de ser posible desarticular el seno de la organización, se insertan dentro de lo que se ha venido a denominar el “derecho penal premial”.

Desde el punto de vista político criminal, son razones prácticas las que fundamentan estas disposiciones que conceden beneficios penales ante la lucha contra la criminalidad organizada y los delitos de alto impacto: la evitación de nuevo y muy peligrosos futuros delitos y el descubrimiento de los ya cometidos, así como a sus principales autores tanto intelectuales como ejecutores.

Las disposiciones premiales en los ordenamientos penales del derecho penal clásico, se ubicaron históricamente en la Parte General de los Códigos Penales, en las modalidades de desistimiento o arrepentimiento en la etapa previa o durante a comisión del delito, donde se prevé una considerable disminución de la pena, y en correspondencia con la efectividad lograda por el oportuno desistimiento o arrepentimiento se podía exonerar de sanción, así como entre las circunstancias generales de atenuación, referidas a la casi totalidad de los delitos.<sup>176</sup>

Actualmente, el premio por la colaboración con la justicia que ha ganado auge en la casi totalidad de los ordenamientos jurídicos penales, no solo se reconocen para los momentos iniciales de la comisión del acto, como forma de un genuino arrepentimiento, ni por la colaboración prestada en la fase investigativa del proceso penal en sí, sino que en esta lucha necesaria contra el crimen organizado, puede realizarse prácticamente en cualquiera de las etapas del proceso penal, hasta incluso, en la etapa de cumplimiento de la pena, lo que permite cuestionar desde un punto de vista racional acerca de la veracidad del arrepentimiento y sobre todo de la real colaboración, elementos estos que han obligado a ajustar en la medida de lo posible, las exigencias para su admisión.

---

<sup>176</sup> Benítez Ortuzar, I.F. **El colaborador con la justicia en materia de delitos relativos al tráfico de drogas**. Pág. 121.



Lo expuesto anteriormente, permite aseverar que las instituciones premiales conforme a su regulación en los Códigos Penales del Clasicismo, se reservaban en lo fundamental con el objetivo de evitar o reducir los efectos del delito casi inmediatamente de haberse cometidos, y para aquellos que con sus declaraciones de admisión de hechos e imputación de los mismos a otras personas durante la etapa investigativa, facilitarán el esclarecimiento del acto ilegal, presentándose como realmente arrepentido y en la actualidad han cobrado una dimensión diferente, ya que respecto a delitos del crimen organizado, pueden ser interesadas por los acusados y acogidas judicialmente en cualquier momento o etapa por el que discurra el proceso penal, desde el inicio de la investigación hasta la fase de ejecución.

Estas instituciones se han desarrollado en el derecho comparado en los últimos 30 años, de modo particular, contra delitos de especial gravedad con trama organizativa en general o bien formas particulares de la misma como el tráfico de drogas o el terrorismo.

No resulta difícil comprender, cómo la lucha contra los delitos cometidos por la delincuencia organizada, sea objetivo frecuente de esta medida; en correspondencia con lo estudiado, y en una primera y genérica aproximación, se puede afirmar que el arrepentido o colaborador de la justicia, es una figura que las que suelen aprovecharse o utilizar las autoridades para obtener información sobre los integrantes y el funcionamiento de una organización delictiva.

A través de ella, se pueden conocer las interioridades del corazón mismo de la organización criminal, puesto que el arrepentido es, precisamente, uno de sus integrantes, llegándose a conocer de esta manera la dinámica en que se desenvuelve; lo que permite a la autoridad judicial obtener información desde el interior de la mencionada estructura, contando con la colaboración de uno de sus miembros.

En la reglamentación de la institución del colaborador o arrepentido, están presentes valoraciones o criterios de política criminal, como el interés de la justicia, el de la seguridad pública y la imposibilidad de obtener información de forma diferente su fin



principal, huelga decir, es contener los graves problemas que genera en las sociedades contemporáneas la delincuencia organizada.

El fundamento de la figura del partícipe arrepentido, radica en la exigencia de obtener información necesaria para limitar las acciones de las organizaciones delictivas. A cambio de esta valiosa información, obviamente, el colaborador pretenderá favorecerse de alguna forma, de ahí que la ley deba contemplar incentivos para que el arrepentido coopere con la justicia; ese incentivo, que puede variar de acuerdo con la legislación aplicable, es o puede ser la reducción e, incluso, la remisión de la pena que le corresponda según el grado de participación en el hecho delictivo.

Con un mayor grado de precisión, y en el ámbito de los delitos cometidos por la delincuencia organizada, puede definirse al arrepentido como aquella persona a quien se imputa cualquier delito que suele cometerse de manera asociativa (tales como el tráfico de droga, el terrorismo, el tráfico de armas, etcétera), y que brinda a la autoridad judicial información significativa, y en muchas ocasiones corroborada, sobre la identidad de los autores, coautores, partícipes o encubridores de dichos delitos, o que permite el secuestro o la incautación de sustancias, bienes, posesiones pertenecientes a este tipo de delincuencia, favoreciéndose de algún beneficio de política criminal tales como la reducción o exención de la pena.

Como elementos del arrepentimiento o colaboración se pueden precisar los siguientes:<sup>177</sup>

- a) el arrepentido reviste la calidad de imputado de un delito asociativo;
- b) debe brindar información;
- c) la información que proporcione debe ser significativa;

---

<sup>177</sup> Zaragoza Aguado, J. **Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas.** p. 49. Benítez Ortuzar. I. F. **El colaborador con la justicia. El arrepentimiento activo en la Parte General. Las circunstancias atenuantes 4ª, 5ª Y 6ª del Artículo 21 del Código Penal.** Disponible en: <http://vlex.com/vid/246278>. Fecha de consulta: 21 de agosto de 2013.



d) esa información tiene una finalidad de identificación personal o de secuestro (incautación) de cosas relacionadas con dicho delito, y

e) el colaborador se verá beneficiado en el momento de ser castigado.

#### **4.5. Tratamiento de estos métodos en el derecho comparado**

En este epígrafe, se busca información válida que aporte resguardo y tratamiento suficiente en pos de la investigación y las pretendidas fundamentaciones que para el ámbito de Guatemala, se pretenden hacer como mecanismos legales que puedan mitigar o poner freno a la criminalidad organizada en nuestro entorno o que, en alguna medida faciliten los procesos de investigación de delitos y los de detección y frustración de actividades criminales en estos ámbitos. Luego, sin lugar a dudas tiene especial trascendencia; pero hay que encararlo con la afectación de derechos fundamentales para procurar balancear una situación y la otra, en garantía de derechos de los ciudadanos, inmersos -presuntamente- en dicha actividad criminal.

##### **4.5.1 Desde la doctrina, jurisprudencia y legislación Española**

###### **-Agente encubierto**

En cuanto a la técnica del agente encubierto, antes de ser regulado expresamente en la legislación española, ya había sido admitido tanto por el Tribunal Constitucional español (STS de 21 de Febrero de 1983) como por el propio Tribunal Supremo español (SSTS 4 de Marzo de 1992; 2 de Julio de 1993 o 3 de Noviembre de 1993, entre otras). La importancia del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, es que dota de cobertura legal a una figura fundamental en la investigación de determinados delitos, pero que, hasta el momento, sólo estaba reconocida jurisprudencialmente.



Dentro del terreno jurídico, en su más amplio espectro se define al agente encubierto como aquel agente de policía, al cual se le otorga identidad supuesta, ocultando su verdadera filiación, para que pueda establecer una relación de confianza con los miembros de una banda organizada, integrándose, como uno más, en el seno de la misma, con la finalidad principal, oculta, también, de obtener toda la información posible que permita conocer las actividades ilícitas de la banda organizada, la identidad de sus miembros o las relaciones con otros entes similares; es decir, se trata de obtener, puesto que la infiltración nace con la vocación de mantenerse en el tiempo, todos los datos posibles acerca del grupo delictivo.

La decisión de infiltrar a un funcionario de policía, en el entramado de un concreto y determinado grupo organizado que se esté investigando, debe partir de un mando policial. La iniciativa, por tanto, reside de manera exclusiva en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; ellos son los más indicados para determinar y valorar tanto las dificultades que puede presentar la infiltración, como los posibles frutos que puedan derivarse de la misma, en una materia tan delicada como esta, donde hay que ser capaces de garantizar la vida y la seguridad del funcionario, que voluntariamente se infiltra, hay que sopesar, con detenimiento, las ventajas e inconvenientes de utilizar este encubrimiento como medio de investigación.

En caso de que el órgano jurisdiccional, -en consideración de Gómez Rodríguez<sup>179</sup> o el Ministerio Fiscal, que están investigando una trama delictiva, con las características de las bandas y mafias organizadas, se considera conveniente utilizar esta medida nunca podrá imponerla a un mando de la policía, únicamente podrá sugerir o poner de manifiesto, a las unidades encargadas de las investigaciones de este tipo, la idoneidad de valerse de un encubierto; en este supuesto, no habrá lugar a utilizar la potestad de ordenar que se posee sobre la policía, ni del Ministerio Fiscal, ni del juez o magistrado, esto en coherencia con la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal española,

---

<sup>178</sup> Del Pozo Pérez. **Op. Cit.** Pág. 67.

<sup>179</sup> Gómez-Rodríguez, S. R. **Los agentes policiales antidroga: riesgos penales de su actuación en España.** Disponible en: <http://www.libroos.es> (12 de abril de 2012), Págs. 2-8



la cual exige que el infiltrado lo decida voluntariamente, por ello ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

Las características de la figura, recogida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, son las siguientes:

A. – Investigación de todas las actividades ilícitas del grupo organizado en que penetra el infiltrado.

Una vez decidida la medida de infiltración, el funcionario de policía al que se le proporciona una identidad supuesta y se le integra, con engaño, en un grupo organizado de delincuentes se hace buscando el propósito de que intente averiguar todo aquello relacionado con la actividad ilícita, no únicamente un delito concreto y determinado, esto último resultaría absurdo, no sería proporcional el riesgo y coste de oportunidad que representa la medida que estamos analizando con el resultado que, a priori, podríamos obtener.

El objetivo, por tanto, es conocer la mayor información posible del grupo durante el tiempo que dure la infiltración, tanto la identidad de los individuos que la componen, como el modo de organizarse, las jerarquías, relaciones de poder, quién ocupa la jefatura del grupo, qué tipos delictivos se llevan a cabo, su *modus operandi*, qué lugares frecuentan, en qué ámbito geográfico operan o las relaciones que puedan tener con otras organizaciones. Resultaría absurdo dotar de una identidad supuesta y de una formación determinada, con las dificultades que ello conlleva, a un funcionario policial para descubrir una conducta delictiva aislada.

B. – Dilación en el tiempo

La labor de investigación del agente encubierto debe ser duradera, nunca esporádica, de hecho se necesitará el paso del tiempo para que el agente se integre en el entramado de la organización criminal y establezca las relaciones pertinentes que le puedan llevar a descubrir la mayor información posible.



El problema es determinar cuánto tiempo debe o puede estar un agente como infiltrado. Calcularlo, *a priori*, es una cuestión muy complicada, la situación ha de valorarse en el caso concreto, pues, depende de una multitud de factores.

La Ley prevé que la identidad supuesta, otorgada por el Ministerio del Interior, tenga una vigencia de seis meses, que podrán ser prorrogables por períodos de igual duración; con lo cual, en principio podría pensarse, que parecería que la norma pretende que el agente esté infiltrado durante ese mismo período de tiempo. Nada más alejado de la realidad, en cada supuesto habrá que analizar la coyuntura, valorando las circunstancias que se producen, es decir, podría suceder que el funcionario de policía observe que está a punto de ser descubierto o que su vida o integridad corren un serio peligro, a los pocos días de haber empezado su labor, sin que, en ningún caso, hayan pasado esos seis primeros meses, en este caso habrá que abandonar lo más rápido posible la infiltración.

También puede ocurrir todo lo contrario, que el agente se encuentre seguro y haya establecido relaciones que van dando sus frutos para la investigación y, por tanto, la operatividad policial aconseja, con el enorme coste y dificultad que conlleva dotar de una falsa identidad a una persona, prolongar el encubrimiento durante varios meses, prorrogando, por tanto, esos seis meses previstos inicialmente.

Sin embargo, esto también puede tener un límite y es el que determina la posibilidad de que el funcionario policial esté perdiendo su propia identidad y corra el riesgo de convertirse en uno más de la banda.

C. – Valerse de engaño del agente para obtener la confianza, y la colaboración de los miembros de la organización criminal.

Una de las características esenciales del agente encubierto, es la utilización por parte de los poderes públicos del engaño, la identidad ficticia y la “traición” de la confianza de los miembros del grupo.

Engaño que se manifiesta a lo largo de toda la intervención del funcionario público infiltrado, ya desde el comienzo se oculta al conjunto de integrantes de la organización



delictiva la condición de miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad de dicho individuo, por si dicha “trampa” no fuese suficiente, es el propio Estado el que encarga de dar la cobertura necesaria a dicho engaño, por parte del Ministerio del Interior se proporciona al agente una identidad supuesta, falsa e inexistente en la realidad; y, por último, durante todo el tiempo que dura la infiltración el engaño se mantiene, e incluso por exigencias de la investigación, puede llegar a incrementarse; puede ser necesario, por ejemplo, ampliar los detalles de la “historia de vida” del infiltrado, si “sus” compañeros de organización realizan determinadas preguntas.

Se considera en la doctrina que esta actuación del Estado es completamente lícita; está prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con lo cual no existen dudas acerca de su legalidad; además, se utilizará para la averiguación de conductas especialmente graves y lesivas para el conjunto de la sociedad incluso para la propia seguridad de los cimientos que sostienen el estado de Derecho.

No obstante lo anterior, el engaño y la prevalencia de la confianza no puede ir más allá de lo que hemos indicado, nunca podrá amparar actividades ilegales del funcionario, como la realización de registros sin auto judicial o la instalación de micrófonos sin control del órgano jurisdiccional; el infiltrado está sujeto en su actuación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico español.

De acuerdo con el Artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, y como se hizo referencia anteriormente, únicamente pueden actuar como agentes encubiertos, y siempre de forma voluntaria, los funcionarios de la Policía Judicial. Esta intención debe contar con el visto bueno y con el acuerdo del mando policial correspondiente que ha de valorar las condiciones y cualidades del voluntario.

Concretamente, podrán infiltrarse los miembros de la Policía Nacional, miembros de la Guardia Civil y agentes de policías autonómicas si tienen competencias como Policía Judicial, con la salvedad de que no podrán participar en investigaciones encubiertas con implicaciones internacionales, puesto que no son funcionarios de Policía a efectos del Convenio de Schengen.



Por el contrario, a los efectos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española no pueden ser agentes infiltrados, los agentes de los servicios de inteligencia del Estado. Sin perjuicio, de que los miembros del Centro Nacional de Inteligencia, que no son agentes de la autoridad<sup>180</sup> puedan recurrir al uso de medios y actividades encubiertas con la finalidad de proteger y defender la seguridad nacional;<sup>181</sup> los agentes de la Policía local o municipal y los agentes del servicio de vigilancia aduanera.

No obstante, no basta con ser funcionario de la Policía Judicial, pertenecer a las categorías que se ha indicado en las líneas precedentes, y prestarse voluntario para ejercer dicho papel en la investigación criminal, sino que deberá gozar de un perfil determinado y tener una formación adecuada; no hay que olvidar que además de tener que cumplir una fundamental misión de investigación de una organización criminal deberá proteger su vida, seguridad personal e integridad, que en algún momento pueden verse en peligro.

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado en el Artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, la investigación con agentes encubiertos tiene que ser autorizada por el Juez de Instrucción o de manera excepcional por el Ministerio Fiscal; en este último supuesto habrá que dar cuenta de ello al juez de manera inmediata. Debe interpretarse esta posibilidad de autorización por parte del Ministerio Fiscal de manera restrictiva, pues se está afectando derechos fundamentales, lo que significa que la regla general para su restricción debe ser la jurisdiccionalidad; por tanto, solo se acudirá a esta posibilidad legal si se producen razones de extraordinaria urgencia que hagan imposible acudir al juez de Instrucción.

La obligación legal del fiscal de comunicar sus autorizaciones al juez de Instrucción, ha de ser entendida como un verdadero control jurisdiccional *a posteriori* a efectos de confirmación y, pese al silencio del Artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, con la evidente posibilidad de revocación; no puede admitirse que el órgano jurisdiccional sea un mero receptor de lo realizado por el Ministerio Fiscal, sin

---

<sup>180</sup> Art. 5.4 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

<sup>181</sup> Arts. 4 y 5 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.



posibilidad de realizar objeciones a la autorización por parte del funcionario correspondiente del Ministerio Fiscal.

En efecto, la infiltración de un agente, por restringir derechos fundamentales, como por ejemplo, el derecho a la intimidad, debe autorizarse por el Juez de Instrucción competente, de acuerdo a las correspondientes normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, que se encuentre instruyendo el caso, y que, además, se encargará de controlar su actividad.

Para autorizar el uso de la investigación encubierta, el órgano jurisdiccional instructor competente habrá llevar a cabo un juicio de proporcionalidad o razonabilidad de la medida, valorando, antes de adoptar la resolución correspondiente, las circunstancias siguientes:

A. – Existencia de indicios suficientes:

Es evidente que se necesitan indicios racionales de que dicha banda está llevando a cabo infracciones delictivas recogidas en el Art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Ha de haber un grado de imputación suficiente de la comisión de un hecho delictivo, el órgano jurisdiccional ha de verificar la existencia de datos objetivos determinantes para deducir que resulta más que probable que dichos individuos están llevando a cabo conductas delictivas.

Resulta claro que la recogida de datos que generen la existencia de estos indicios, más allá de meras y simples sospechas o conjeturas, es labor de la Policía Judicial, que deberá acumularlos para presentárselos al juez junto a la solicitud de la investigación encubierta. Como ejemplo, el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 indica que “resulta indispensable que existan indicios, lo que ni puede equivaler jamás a sospechas o conjeturas, es decir, aunque la Ley no lo diga expresamente, ha de exigirse racionalidad de la noticia, probabilidad de su existencia, etc.”

Además, es indudable que el mando policial habrá determinado previamente la posibilidad operativa de llevar a cabo la infiltración, es decir, que va a poder llevarse a cabo la misma con garantías suficientes, al menos en teoría, de permanencia, para que



dicha técnica resulte útil a la investigación. El otro extremo resultaría absurdo, o sea pedir autorización al Juez sin haber valorado previamente la posibilidad práctica, real y operativa de llevar a cabo la infiltración, y una vez obtenido el permiso del órgano jurisdiccional no poder llevarlo a cabo por cuestiones logísticas.

En el momento de adoptar su decisión, el órgano jurisdiccional tiene que realizar una valoración de los datos que le proporciona la Policía, teniendo que llegar a la conclusión de que resulta probable que se encuentre ante una banda organizada con las características que determina la ley, y dirigida a la comisión de uno de los delitos tasados en la lista del Artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, circunstancias que habilitan la posibilidad de poder infiltrar a un funcionario de la Policía Judicial en dicha trama, con la finalidad de investigarla.

#### B. – Idoneidad de la medida:

Es necesario que el órgano jurisdiccional determine que la introducción en la banda organizada de un funcionario de policía de manera encubierta va a resultar apta para obtener datos relevantes para la investigación de la red; es decir, que la medida adoptada, en este caso la investigación con funcionario infiltrado, contribuirá al desarrollo de la investigación, sirviendo para averiguar todos los extremos posibles relacionados con la organización delincriminal.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996 indica que la medida debe ser “idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (Art. 8 de la Convención Europea de derechos Humanos), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal”.

#### C. – Necesidad o subsidiariedad de la medida:

Es el propio Artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, el que determina que la autorización del Juez para investigar una conducta con agentes encubiertos tendrá en cuenta “su necesidad a los fines de la investigación”; esta afirmación resulta determinante, el órgano jurisdiccional debe entender que la introducción del infiltrado es imprescindible para la obtención de indicios relevantes



relacionados con la trama organizada, o, lo que es lo mismo, que dicho fin, la obtención de datos acerca de la red criminal, no se puede obtener, en ningún caso a través de otro medio de investigación que resulte menos gravoso, restrictivo o lesivo para los derechos fundamentales implicados.

D. – Gravedad de la conducta investigada:

En este caso, a juicio del investigador, la gravedad de la conducta va más allá de la mera valoración por el Juez de la cuantía de la pena señalada en la tipificación del hecho delictivo;<sup>182</sup> si bien es cierto que los delitos recogidos en el Artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, son de extraordinaria gravedad (secuestro, terrorismo o tráfico de drogas o armas), lo que por sí mismo determinará que se cumpla la condición que se está analizando, el juez debe ir un paso más allá.

En este mismo sentido Gómez de Liaño, indica lo siguiente: “De entre los criterios a tomar en cuenta para acreditar la proporcionalidad en sentido estricto, la gravedad del delito plantea no pocos problemas. Nuestro legislador, a la hora de acreditar la gravedad de la infracción, desterró el parámetro de la pena abstracta, y optó por hacerla depender de otra serie de factores –comisión del hecho punible en el seno de un grupo criminal– habida cuenta que forman parte del objeto de la medida delitos menos graves desde el punto de vista penológico. Con la clara intención de salvaguardar el precepto, en el marco del crimen organizado, la gravedad no debiera venir fijada sólo por una pena numérica, y habría que atender a extremos como la dimensión geográfica y relevancia social del delito. Cualquier delito, por insignificante pena que conlleve, susceptible de producir un lucro económico elevado, será cometido por organizaciones criminales, y buena prueba de ello son, por poner ejemplos de actualidad, el robo de objetos de arte para su posterior venta a sectores adinerados de la sociedad, los robos de vehículos de lujo para su comercialización en los mercados de segunda mano, o los delitos contra la propiedad intelectual cometidos mediante la reproducción en masa de obras artísticas”.

---

<sup>182</sup> Gómez De Liaño Fonseca–Herrero, M. **Op. Cit.** Pág. 4.



La valoración de la gravedad de la conducta debe realizarse de manera conjunta, únicamente por la pena del delito presuntamente cometido, sino que hay que determinar si la conducta resulta grave de por sí, aunque se refiera a robos de vehículos o tráfico de obras de arte, por ejemplo, si se toma en cuenta que va a ser llevada a cabo por una organización criminal.

Es esta situación la que ha de tenerse en cuenta, el juez ha que pararse a realizar una evaluación detallada de las posibles características de la red de delinquentes: verificar su ámbito geográfico de actuación, si es transnacional, si utiliza la corrupción o la extorsión para eludir la acción de la justicia, determinar si es violenta, si además se blanquean capitales o por ejemplo, si someten a un riguroso régimen de fidelidad a sus miembros; es el conjunto de la valoración de todos estos factores, y otros que se le puedan ocurrir al órgano jurisdiccional, lo que va a determinar la gravedad de la conducta, no únicamente y de manera aislada el concreto tipo delictivo y su penalidad en el Código.

E. – Motivación de la resolución:

Es evidente, que la valoración de todos estos factores que se han venido analizando a lo largo de estas líneas debe recogerse de manera detallada, por parte del órgano jurisdiccional, en la motivación del auto en el que decide acerca de la medida. Ha de detallar todos los extremos ya vistos, esto en cumplimiento del propio Artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, cuando indica que la autorización de la medida se llevará a cabo mediante “resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación”.

Además, es obligado indicar que al afectar la medida a derechos fundamentales del investigado debe cumplirse la Jurisprudencia Constitucional (consultar la Sentencia de 16/1998, de 2 de junio) que exige, en este supuesto, un específico y reforzado deber de justificación y motivación de aquellas resoluciones judiciales, que entre otros, afectan a derechos fundamentales.



La resolución judicial debe determinar con claridad el contenido de la autorización, detallar las circunstancias de la misma, el tipo/s delictivo/s para el que se permite, la banda a la que se ha de investigar y todo el resto de extremos de que conozca la autoridad judicial, que permitan individualizar la situación.

En cuanto al ámbito delictivo en el que puede actuar el agente encubierto, se determina en el propio Artículo 282 bis, que solo puede actuar para la investigación de un grupo organizado, tal y como lo define la norma, y creado para llevar a cabo alguno o algunos de los delitos contenidos en ella; más allá de la lista legal y taxativa no puede haber una actuación de un agente encubierto, no puede hacerse una interpretación extensiva o análogica de este precepto para extenderlo a otros delitos no recogidos expresamente en el listado, puesto que se está en una medida restrictiva y limitativa de derechos fundamentales que debe cumplir con las exigencias de legalidad y proporcionalidad.

Existen una serie de actos contemplados por el Artículo 282 bis, con lo cual el agente encubierto podrá ser autorizado por la autoridad judicial para la práctica de las siguientes acciones:

- “1. – Adquirir objetos, efectos o instrumentos del delito.
2. – Demorar o diferir la incautación de dichos objetos hasta el momento en que la evolución de la investigación lo aconseje.
3. – Transportar esos objetos, efectos o instrumentos.
4. – Participar en el tráfico jurídico y social bajo identidad supuesta”.

El conjunto de los actos que se ha indicado, únicamente pueden llevarse a cabo por parte del funcionario de policía infiltrado con la debida autorización y control judicial, y, además, cumpliéndose los requisitos indicados en el precepto que se ha analizado, el Artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

En conclusión, se habilita al agente encubierto para que lleve a cabo conductas delictivas, que quedarán impunes si se cumplen las condiciones que acabamos de ver, todo ello amparándose en su identidad supuesta y con la clara finalidad de obtener



datos relevantes que permitan averiguar todo lo referente a la banda organizada donde se infiltra el agente.

En contraposición, existen límites a la actuación del agente, recogidos en la normativa, doctrina y jurisprudencia española.

– En las actuaciones que afecten derechos fundamentales se requiere la intervención judicial autorizando la medida, todo ello de acuerdo a la exigencia legal. (Así lo indica el art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española: “Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables”).

– Se realiza una prohibición expresa de la provocación al delito.

– El agente debe valorar en cada momento si existe o no proporcionalidad con la finalidad de la investigación en las actuaciones que va a llevar a cabo que deben ser una consecuencia necesaria del desarrollo de la misma.

Estas dos últimas referencias, también se determinan en el Artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española: “El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

La autorización judicial que permite a un funcionario de policía infiltrarse en una banda organizada no es una habilitación legal en blanco para que pueda llevar a cabo, sin ninguna intervención judicial adicional, lesiones de derechos fundamentales, consistentes por ejemplo en registrar un domicilio o en intervenir un teléfono amparándose en ese auto inicial que habilita su infiltración. La Ley resulta taxativa, si el funcionario considera que para el desarrollo de su investigación resulta útil intervenir un teléfono o entrar y registrar determinado domicilio ha de ponerlo en conocimiento del órgano jurisdiccional instructor competente, que le autorizó a infiltrarse, para que



valoradas las circunstancias concurrentes otorgue un auto autorizando la entrada al registro o la escucha telefónica.

Si actuase *motu proprio*, sin cumplir las previsiones legales, es evidente que los resultados que pudiera obtener se encontrarían invalidados, porque se estaría ante una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Resulta claro, que integraría un supuesto de prueba prohibida por nuestro ordenamiento jurídico. La actuación, en el sentido que se viene analizando, al margen de los requisitos legales y del principio de proporcionalidad, debe traducirse en la prohibición de que pueda utilizarse todo lo que haya podido conocer o descubrir en virtud de dicha actividad ilícita e ilegal. Con lo cual ni puede usarse lo descubierto de manera directa con infracción de derechos fundamentales, ni tampoco lo obtenido de manera refleja tras esa lesión, aquello que deriva directamente de la prueba prohibida.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española prevé que el agente encubierto esté permanentemente en contacto con el órgano jurisdiccional que autoriza la medida, concretamente, en su Artículo 282 bis, indica que: “La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente”.

En Sentencia de 3 de noviembre de 1993 del Tribunal Supremo, dijo que la provocación de la transgresión penal por un agente estatal era un medio de prueba, no conforme a los principios generales que garantizan la legalidad del proceso, la interdicción de la arbitrariedad y la dignidad de la persona, pero que cuando el agente encubierto al instigar al hecho delictivo realmente perseguía y descubría una conducta criminal anterior, realizaba una actuación de investigación propia del cometido de la Policía Judicial, pero por ser una injerencia en la vida privada del sospechoso, debería estar prevista en la ley de forma restringida a delitos especialmente graves.

Posteriormente, en Sentencia del 1 de julio de 1994, el Tribunal Supremo señaló que la intervención en una trama delictiva por un agente policial con la simple finalidad y alcance de investigar un delito que ya se está cometiendo o se ha cometido, era una



actividad con fines de investigación legítima, contrario a la inducción engañosa, obra de un agente provocador, que es incompatible con los principios propios de un estado de Derecho.

De cara al valor de la declaración del agente encubierto, valor de las declaraciones que rinda el agente encubierto, el Tribunal Supremo en la Sentencia del 5 de junio de 1999 se pronunció, expresando que la falta de autorización judicial del fiscal para el empleo del agente encubierto no impedía valorar como prueba las declaraciones que prestara. Por último, en la Sentencia del 23 de enero de 2001, el máximo órgano señaló que debía distinguirse la provocación del agente incitador, de la actividad legal encauzada al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo, pues en este caso los agentes no buscaban la comisión del delito, sino que procuraban la obtención de pruebas, en relación con una actividad delictiva que ya se estaba desarrollando, pero de la que solamente se tenían sospechas.

#### **-Interceptación de las comunicaciones:**

En España se reguló la interceptación de las comunicaciones telefónicas mediante la Ley Orgánica 4 de 1984, la cual inserta al Código Penal los Artículos 192 bis y 497 bis, delitos traspasados al nuevo Código Penal de 1995 en sus Artículos 536, 197 y siguientes.

Para efectuar la intervención de las comunicaciones, esta debe ser aprobada mediante auto fundado y motivado, con el cual se otorga el autorizo a la Policía Judicial de custodiar y escuchar la información de carácter privado y penalmente relevante para el hecho que se persigue, con la finalidad de tener tal información como medio de prueba, que luego será reproducida en juicio oral. Con tal autorizo, se salvaguarda la actuación policial en el acto de investigación limitativo al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones.

La intervención de las comunicaciones es considerada por la jurisprudencia española un técnica investigación criminal vulnera el derecho fundamental contenido en el Artículo 18 de la Constitución española, en cuanto infringe, de igual forma, el derecho a



la inviolabilidad del domicilio, a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas honor y a la presunción de inocencia.

En relación con lo antes expuesto, la jurisprudencia española así lo ha aceptado en las Sentencias del Tribunal Constitucional 114/1984 de 29 noviembre, 34/1996 de 11 marzo, 127/1996 de 9 julio, 58/1998 de 16 marzo, 123/2002 de 20 mayo, 70/2002 de 3 abril, 56/2003 de 24 marzo, de tal forma que no se ha querido proteger exclusivamente el secreto de las comunicaciones “íntimas”, sino cualquier clase de comunicación.

España regula las intervenciones postales, escuchas telefónicas y datos electrónicos de tráfico, a través de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en sus Artículos 579-588, junto a la Ley Orgánica 4/1988 y la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, dejando a los demás tipos de intervenciones

Además de lo antes expuesto, el Tribunal Constitucional español, en las sentencias 46 y 54/1996, reafirmó el principio de proporcionalidad al que debe estar sometido todo el proceso de intervención, evitando con ello la laceración que producen estos procedimientos a los derechos fundamentales del hombre. Este principio tiene además ciertos presupuestos, tales como los principios de legalidad y de jurisdiccionalidad, junto al de necesidad (justificada según el fin y las circunstancias).

Una vez concedida la autorización para la implementación de dicha técnica por la autoridad Judicial, el órgano a quien se le otorga la futura puesta en práctica procede a efectuar el seguimiento de la escucha y su grabación en soportes magnéticos, cuyos originales han de ser trasladados al Juzgado a fin de que puedan ser oídos por el Tribunal o transcritos bajo la fe del Secretario. Como el citado Art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal falló al no regular todo el procedimiento de intervención telefónica, esta laguna ha sido llenada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (fundamentalmente por la Sentencia del Tribunal Supremo 25-6-1993).



### **-La colaboración eficaz:**

La figura del arrepentido que colabora la justicia en la averiguación del delito, aparece perfilada en el derecho penal español, fundamentalmente a propósito de los delitos relativos al tráfico de drogas y de terrorismo.

Existen, además, dos normas en la Parte General del Código Penal español que podrían captar de algún modo el comportamiento que analizamos. Como atenuante genérica se contempla en el Artículo 21 número 4 “La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades” (la conocida como atenuante de arrepentimiento), y en el número 5 “La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”. La apreciación de alguna de estas atenuantes, permite rebajar la pena en un grado (Artículo 66. 2º) o, si se aprecia como muy cualificada, en uno o dos grados.

El Artículo 579. 3 del Código Penal ofrece un tratamiento penal especialmente beneficioso para el terrorista “arrepentido”, con la finalidad político-criminal de fomentar esta figura de utilidad para la justicia penal: por un lado, se logra evitar futuros delitos, bien porque se detiene alguno ya planificado o en marcha, bien porque mediante la disociación de algunos de sus miembros la organización terrorista resulta debilitada y su peligrosidad así reducida.

Por otro lado, se facilita el esclarecimiento por la administración de justicia de los delitos ya cometidos. Desde una perspectiva político criminal, son básicamente, pues, razones de pragmatismo las que fundamentan este tipo de normas: la evitación de futuros delitos y el descubrimiento de los ya cometidos.

El beneficio consiste en la atenuación de la pena en uno o dos grados, que tiene carácter facultativo para el juez, quien debe razonarlo en la sentencia si opta por ella. Ha desaparecido, con respecto al anterior Código, la posibilidad de remisión total de la pena, posibilidad prevista en el Artículo 57 bis. b) y en general objeto de crítica en la doctrina.



Los requisitos que prevé el Código Penal para su apreciación son los siguientes:

- A. que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas;
- B. que se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado;
- C. y además, alternativamente, que colabore activamente para impedir la producción del delito, o que coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.

En cuanto al primer requisito, para la posible aplicación de una determinada cláusula premial, el abandono voluntario de la actividad delictiva, se constituye en su presupuesto básico e indispensable si se quiere conseguir mínimamente la finalidad político-criminal perseguida de utilidad en la lucha contra la delincuencia organizada.

El abandono voluntario de las actividades delictivas, constituye una opción personal de separación voluntaria de la organización criminal, lo cual parece exigir una continuidad y permanencia delictual que, en principio, excluiría su aplicación a colaboradores ocasionales al margen de la organización dedicada al narcotráfico o a actividades terroristas.

No obstante, las conductas delictivas a las que expresamente le son aplicables estas cláusulas premiales en España (las recogidas en los Artículos del 368 al 372, para el Artículo 376 del Código penal, y en los Artículos 571 a 578, para el Artículo 579.3 del Código Penal), que no siempre exigen su comisión en el entramado de la organización criminal, como la propia entidad de la colaboración exigida que permite impedir la producción del delito o impedir la actividad o el desarrollo de las organizaciones con las que simplemente se haya colaborado, no impide su aplicación al delincuente que, dedicado a la actividad ilícita del tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, no se haya orgánicamente integrado en una organización determinada, ni al terrorista individual.



### **-La entrega vigilada:**

La regulación de la entrega vigilada en España, se encuentra prevista en la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de Enero, que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

Las reformas establecidas en la ley parten de la necesidad de incorporar nuevos términos de investigación criminal para perseguir los delitos de alto impacto como lo es el tráfico de drogas.

El texto legal, procura regular la aplicación de métodos especiales de investigación, sin que estén en pugna con los derechos fundamentales del ciudadano, que se hallan consagrados en la Constitución. Por tanto, en el texto de referencia se contempla, en primer lugar, la regulación de la entrega vigilada contenida en el Artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal incluido en esta por la Ley Orgánica 8/1992 de 23 de Diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que hasta ese entonces, estaba referida por exclusivo al delito de tráfico de drogas, para ampliarlo también a otras formas de criminalidad organizada, todo en relación con el Artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas que regulaba la obligación de los Estados parte, a la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y la necesidad de combatir otras formas de criminalidad organizada, no relacionada con el tráfico de drogas y la imposición de realizar esa obligación llevaba la exigencia de realizarlo con la mayor eficacia posible.

Conforme a la normativa española, podrá ser autorizada la circulación o entrega vigilada de los equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el Artículo 371 del Código Penal, de los bienes y ganancias a que se hace referencia en el Artículo 301 de dicho Código en todos los supuestos previstos en el mismo, así como de los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los Artículos 332, 334, 386, 566, 568 y 569, también del Código Penal.

De igual manera, el texto ofrece una definición de entrega vigilada: la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas,



sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los Artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines. El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales.

#### 4.5.2 Desde la doctrina, jurisprudencia y legislación alemana

##### El agente encubierto

La “Ley para el combate del tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada” (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität-OrKG*) -y las correspondientes modificaciones que ella ha producido en la ley procesal penal alemana (*Strafprozeßordnung-StPO*)- ha introducido la figura del agente encubierto (*Verdeckter Ermittler*),<sup>183</sup> y, por primera vez, ha regulado expresamente los presupuestos de su utilización y los límites a los que su actividad se halla sujeta.<sup>184</sup> De este modo, una práctica policial habitual, convalidada jurisprudencialmente, aunque sin fundamento consistente, encuentra ahora apoyo normativo explícito.

En efecto, recién se legisló la materia con la entrada en vigencia de la mencionada Ley del 22/9/1992, al incorporar los Artículos 110.a) al 110.e) a la ley procesal alemana, los cuales contienen una elaboración detallada de las condiciones y procedimientos para el empleo de los agentes encubiertos.

<sup>183</sup> Guariglia, Fabricio. **ob.cit.** p.1. Maier, Julio. **Función normativa de la nulidad.** Pág. 114.

<sup>184</sup> Dencker, Friedrich. **Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung. 1985.** Pág. 247.



El Art.110.a) define a los agentes encubiertos como “miembros del servicio policial que indagando bajo una identidad alterada” (*legende*, “leyenda”) otorgada por un período limitado de tiempo. Quedan excluidos de este círculo, por consiguiente, miembros de la policía que se hayan infiltrado sólo como producto de la ocasión (es decir, sin “leyenda”), al igual que los así llamados “Hombres-V” (*V-Leute*).<sup>185</sup>

El propio artículo establece, como presupuesto necesario para la intervención de un agente encubierto, un catálogo de delitos. La ley se ha apartado del proyecto originario, que establecía un *numerus clausus* de delitos, para incorporar, como números 3 y 4, cláusulas generales que posibilitan la ampliación de su aplicación a otros ilícitos.

Según el texto definitivo del Art.110.a) la actuación de un agente encubierto es admisible en los siguientes supuestos:<sup>186</sup>

1. “Cuando alguno de los hechos punibles enumerados en los Nros. 1 a 4, “de considerable significado”, haya sido cometido, o exista sospecha de su comisión;
2. Para el esclarecimiento de delitos castigados con pena privativa de libertad mínima de 1 año, o superior (*Verbrechen*), siempre que sobre la base de hechos determinados exista el peligro de reiteración. Para ambos supuestos rige la condición de que el esclarecimiento por otra vía aparezca como imposible o sumamente dificultoso (*cláusula de subsidiariedad*, idéntica a la prevista en el art. 100.a) de StPO - intervención de las comunicaciones a distancia);
3. Para el esclarecimiento de delitos castigados con pena privativa de libertad mínima de 1 año, o superior, *sin peligro de reiteración*, “cuando el especial significado del hecho exija la intervención y otras medidas resultarían inútiles” (*segunda cláusula de subsidiariedad*)”.

Los hechos punibles descritos en los números 1 y 2 son aquellos cometidos “en el ámbito del tráfico de estupefacientes y de armas, de la falsificación de dinero o valores” (No. 1), y “en el ámbito de la protección del Estado” (remisión a los artículos 74.a) y 120

<sup>185</sup> Por “Hombres V” se comprende aquellos particulares que colaboran habitualmente con la policía, y son utilizados por ella para sus tareas de investigación; los “informantes”, por el contrario, son sólo colaboradores ocasionales, que, por lo general, intervienen cuando han tenido noticia de la comisión de un delito.

<sup>186</sup> Guariglia, Fabricio. Op. Cit. Pág. 4. Maier, Julio. *Función normativa de la nulidad*, 1980, Pág. 115.



de la Ley de Organización de los Tribunales). Los números 3 y 4, como ya se dijo, no se refieren a tipos penales concretos, sino que abarcan *modalidades de ejecución*: así, permiten la utilización de agentes encubiertos aquellos hechos cometidos “en forma profesional o habitual” (No. 3), o, “por el miembro de una banda o grupo de otro modo organizado” (No. 4). Según la jurisprudencia alemana, actúa en forma *profesional* quien desea procurarse a través de una actividad reiterada una continua fuente de ingresos, de cierta duración temporal y cierta cantidad; en forma habitual, quien a través de una inclinación adquirida con el ejercicio, tal vez incluso inconsciente, se dedica a la comisión reiterada de delitos. En cuanto al concepto de banda (No. 4) basta para su conformación “que dos personas se hayan unido para la comisión reiterada de delitos”.

Más problemático es determinar a qué se refiere la norma con la fórmula “o grupo de otro modo organizado”. En principio, y teniendo en cuenta los mismos fines de la ley que introdujo en la StPO el Art.110.a) (lucha contra la criminalidad organizada), es plausible la interpretación que sostiene que dicho elemento implica la formación de una determinada estructura con cierta vocación de permanencia en el tiempo, consolidada aun independientemente de la pertenencia de algunos de sus integrantes, aunque con ello, en verdad, tampoco se ha avanzado mucho.

La vaguedad de la fórmula permite múltiples interpretaciones posibles.<sup>187</sup> Sin embargo, es posible afirmar, en favor de dicha tesis, que el concepto de banda comprende ya el mínimo de posibilidades de aplicación de la regla. En consecuencia, la fórmula “(...) grupo de otro modo organizado (...)” debería dirigirse a un grupo de casos que vayan más allá de aquel concepto. Quedarían excluidos, por lo tanto, los meros casos de coautoría y participación que no puedan ser subsumidos ni en el concepto de “banda”, ni en la fórmula mencionada. Ello tiene consecuencias importantes, ya que si *ab initio* existen suficientes elementos para inferir, en un caso concreto, que no se trata ni de una banda, ni de otro tipo de organización, entonces la introducción del agente encubierto pierde todo apoyo en el Art.110.a) No. 4, StPO.<sup>188</sup>

---

<sup>187</sup> Guarigliá, Fabricio. **Op. Cit.** Pág. 1.

<sup>188</sup> **Ibid.**



Otro punto a dilucidar es, a qué se refiere el legislador con el concepto “hechos punibles de considerable significado” (referido al primer grupo de casos que autorizan intervención de un agente encubierto). La escasa literatura que se ha ocupado del tema no consigue establecer una frontera clara: se ha recurrido a la múltiples veces empleada fórmula “criminalidad particularmente peligrosa, o se ha sostenido que el concepto abarca aquellos hechos punibles “que afectan sensiblemente la paz jurídica, o que son idóneos para perjudicar considerablemente el sentimiento de seguridad jurídica de la población”, para luego concluir que el hecho que dé lugar a la actuación de un agente encubierto “debe ser, por lo tanto, un delito que al menos se incluya en la criminalidad media”.

Existe acuerdo, sobre la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad en la aplicación del concepto a cada caso particular.<sup>189</sup> (Tema tratado anteriormente en este trabajo, en los apartados relativos a la figura del agente encubierto en España).

Último presupuesto necesario para la intervención del agente encubierto, según el Artículo 110.a), es la existencia de la sospecha de un comienzo de ejecución del delito (*Anfangsverdacht*). No es posible, en consecuencia, la intervención en el campo previo a dicha sospecha.

La introducción de un agente encubierto mediante la vulneración de los presupuestos establecidos en el Artículo 110.a) conduce, en principio, a una prohibición de valoración (*Verwertungsverbot*) de los conocimientos adquiridos por su actividad. Este es el caso, por ejemplo, si ya al momento de decidir la intervención existían suficientes indicios que demostraran que no se estaba frente a un hecho de los incluidos en el catálogo de la norma, o cuando la cláusula de subsidiariedad ha sido ignorada. El alcance de la prohibición de valoración, sin embargo, es poco claro.

El problema, en verdad, no es más que una manifestación concreta de la discusión dogmática alemana en torno a la extensión de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Si se admite como correlato de la ignorancia o

---

<sup>189</sup> Riquelme Portilla, Eduardo. **Op. Cit** Pág.10; Montoya, Mario Daniel. **Op. Cit.** Pág. 79; Arciniegas Martínez, Guillermo Augusto. **Op. Cit.** Pág. 318. Del Pozo Pérez, Marta.**ob.cit.p.**374. Subijana Zunzunegui, Ignacio José. **Op. Cit.** Pág. 44. Gómez-Rodríguez, S.R **Op. Cit.** Pág. 3.



vulneración de los presupuestos de la intervención de un agente encubierto y la prohibición de valoración probatoria -mínima garantía del ciudadano, en definitiva, frente a ataques desproporcionados o injustificados a su esfera privada-, resulta al menos contradictorio negar el efecto extensivo de dicha prohibición, si es que no se desea reducir enormemente su función protectora. Por lo tanto, la prohibición debería abarcar también a aquellos elementos probatorios mediatos que tengan su origen en la intervención irregular.

En cuanto al desarrollo de la intervención, esta es admisible, según el Artículo 110.b), si cuenta primero con el consentimiento de la Fiscalía. Las facultades del Ministerio Público son, sin embargo, limitadas: solo puede consentir o rechazar la intervención, pero no se encuentra autorizado para ordenarla en contra de la voluntad de la policía. Ello ha llevado a afirmar que el dominio del proceso de intervención de un agente encubierto, se encuentra fundamentalmente en manos de la Policía, ya que es ella, en definitiva, la principal portadora de la iniciativa. En caso de “peligro en la demora”, y siempre que la decisión del ministerio público no pueda ser obtenida a tiempo, la policía se encuentra autorizada a ordenar la intervención. El ministerio público debe, sin embargo, prestar su conformidad dentro de los tres días, y en caso de que ello no suceda, la actividad investigativa debe cesar, aunque puede ser nuevamente ordenada más adelante. El plazo comienza a correr a partir de la decisión.

El control judicial *ex ante* sobre la intervención se reduce a los supuestos en que ella se dirija “contra un imputado determinado”, o cuando se pretenda el ingreso del agente encubierto en una vivienda “que no sea accesible a la generalidad”.

En los supuestos del Artículo 100.b) II, No. 1 y 2, se requiere de autorizaciones individuales. En el primer caso, es condición necesaria que el imputado sea, al menos, “identificable”. Fuera de estos casos, el control jurisdiccional se limita a su actividad “normal” de contralor durante el curso del procedimiento penal, es decir, a un control *ex post*.



Por otra parte, el Artículo 110. a), StPO, enuncia las diferentes actividades que el agente encubierto se encuentra facultado a desarrollar durante su actuación:<sup>190</sup>

Puede tomar parte en el tráfico jurídico bajo su falsa identidad (Artículo 110.2), es decir, realizar todo tipo de actos jurídicos, demandar y ser demandado en juicio, fundar sociedades, etc., ya sea en relación a su misión, ya en forma individual. Puede, también, como ya hemos dicho, ingresar a viviendas particulares bajo ciertos presupuestos (Artículo.110.b). Para ello se exige, además de la conformidad del Juez, el consentimiento del afectado (Artículo 110.c). Este, sin embargo, no se debe encontrar viciado por engaño alguno que sobrepase el mero uso de la “leyenda”, y el consecuente ocultamiento de la verdadera identidad (y actividad).

La compatibilidad de dicha norma con el Artículo 13 de la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz-GG*) ha sido puesta en tela de juicio. La crítica parte de considerar al Art. 13 como una fuente de protección de la “integridad espacial de la vivienda como manifestación de la esfera privada”, excluyendo incursiones irregulares o arbitrarias del Estado. El engaño subyacente al mismo uso de la identidad falsa, mediante el cual el ciudadano desconoce que, en definitiva, le está permitiendo la entrada al Estado a su propia morada, impide, según este razonamiento, que este particular “consentimiento” pueda tener algún efecto en cuanto a la vulneración del Artículo 13 GG la Constitución, dado que el mismo fundamenta en primera línea un derecho de exclusión contra el Estado, protege al ciudadano sobre todo contra la indagación estatal de su vivienda; un ataque en el ámbito de protección de dicho Artículo 13 solo puede ser excluido cuando el ciudadano desea permitirle al Estado el ingreso en su vivienda”.

La crítica señala, además, la necesidad de dividir claramente el tratamiento del problema en el plano del derecho penal material (la eventual infracción al Art.123 del Código Penal (StGB) -violación de domicilio), y en el de la admisibilidad del ataque al Art. 13 GG: mientras que el consentimiento del afectado, aun viciado por el uso de la “leyenda”, puede tener efecto para excluir la aplicación del Art.123 StGB, ello resultaría

---

<sup>190</sup> Dencker. **Op. Cit.** Pág. 247.



indiferente en relación al ataque al derecho fundamental consagrado en el Artículo GG.<sup>191</sup>

La norma constitucional no admitiría, por otro lado, más limitaciones que las previstas en los apartados II (registro, en principio solo realizable por el juez) y III, (posibilidad de restricción de derechos para evitar un peligro común o para la vida humana, o con otros fines preventivos), ninguna de las cuales puede abarcar el caso del Art.110.c) StPO: en el primer supuesto, porque la actividad del agente encubierto no podría ser considerada como “registro”, dado su carácter subrepticio; en el segundo, porque un derecho fundamental con una “reserva legislativa *“calificada”*, como lo es el Artículo 13 GG, no toleraría una limitación complementaria mediante la apelación a un (no escrito) límite de un “derecho constitucional en pugna”, como sería el caso frente a una eventual invocación a la “capacidad funcional de la administración de justicia penal” (Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege) como valor concurrente, y también de rango constitucional. Por otro lado, las limitaciones previstas en el Artículo 13 III GG tienen carácter preventivo, y no podrían, por lo tanto, ser aptas para fundamentar una actividad represiva como es la del AE.

Particularmente complejo es el problema en torno a las “*conversaciones similares a un interrogatorio*”<sup>192</sup> que lleve a cabo el agente encubierto durante su actuación, sobre todo con el imputado, y su eventual colisión con los Artículos 136 y 136<sup>a</sup> StPO. Quienes se han ocupado del tema coinciden en que el agente encubierto se encuentra en principio liberado del deber de advertencia consagrado en el Artículo 136. Se ha sostenido, de todos modos que el agente encubierto debe observar el principio “*nemo tenetur se ipsum accusare*” en las conversaciones que realice. Se señala también, sin más, que él debe durante su actividad atender al Artículo 136.a), StPO, aunque sin analizar, precisamente, la compatibilidad de dicha norma con la posibilidad misma de que el agente encubierto lleve a cabo interrogatorios.

Existe consenso en cuanto a que el agente encubierto no *puede* cometer delitos durante la intervención. En el caso de que esto suceda, se ha admitido la posibilidad de

---

<sup>191</sup> Guariglia. **Op. Cit.** Pág. 4.

<sup>192</sup> **Ibid.**



que la acción se vea justificada según el Artículo 34 StGB (estado de necesidad justificante), o eventualmente disculpada conforme al Artículo 35 StGB (estado de necesidad disculpante), aunque se advierte que la aplicación de cualquiera de estas normas sería admisible sólo en casos excepcionales. El carácter de miembro de la Policía del agente encubierto restringe sensiblemente las posibilidades de aplicación tanto del Artículo 34 como del 35 StGB, sobre todo en el ámbito de la *omisión* del deber de actuar en defensa de bienes jurídicos: en el primer caso, porque, según la tesis dominante, los integrantes de las fuerzas policiales deben “para la protección de bienes tomar riesgos para su vida e integridad, y no pueden apelar al estado de necesidad” si vulneran este deber. En el caso del Artículo 35, la existencia de un *deber institucional* colindante, conduce también a una restricción de las posibilidades de subsunción, por aplicación de la cláusula de exigibilidad.

Otro punto a dilucidar es si las reformas introducidas a la StPO a través de la OrKG abarcan a la provocación de delitos por parte de miembros de la policía, y si, por consiguiente, las nuevas normas brindan algún punto de apoyo a estas prácticas. La cuestión no es clara: las modificaciones a la StPO se han limitado a regular los presupuestos de la intervención del agente encubierto, pero, salvo unos pocos casos, no se han extendido a determinar las acciones que son admisibles en el marco de su actividad. Existen, sin embargo, argumentos para rechazar dicha posibilidad: la intervención de un agente encubierto requiere que “un hecho punible de considerable significado haya sido cometido”, según el Artículo 110.a) StPO.<sup>193</sup>

Siguiendo esta línea de pensamiento, supone, al menos, la existencia o la sospecha de un comienzo de ejecución. En el caso del agente provocador, el delito, antes de su intervención, no existe, es él, como inductor, el que lo crea. Es por ello correcta la afirmación de que “el agente provocador no es idéntico al agente encubierto o a los Hombres-V”, aunque con ella se persiga reducir la práctica de provocación exclusivamente a un problema del Artículo 26 StGB (instigación). A este argumento hay que agregarle la elección del legislador acerca del catálogo normativo apropiado para regular la actividad del agente encubierto (StPO): en efecto, las reglas de procedimiento

---

<sup>193</sup> **Ibid.**



penal presuponen, *necesariamente*, la existencia de la sospecha de un hecho punible que requiere ser investigado, del mismo modo que el derecho procesal penal presupone la existencia de un hecho punible que requiere ser investigado. El derecho penal material (carácter secundario), y se limitan a determinar cómo dicha investigación debe ser llevada a cabo. La reforma a la StPO nada nuevo puede aportar, por lo tanto, a la discusión en torno a la admisibilidad de las prácticas de provocación, ni al problema más concreto de la punibilidad tanto del provocador como del provocado.

El uso de los agentes encubiertos es permitido bajo las siguientes reglas:<sup>194</sup>

- “1. solo para ilícitos de significativa importancia,
2. sólo en tanto y en cuanto no exista otro medio exitoso;
3. vinculada con una autorización de la fiscalía o de los jueces;
4. carencia de facultades o atribuciones para perpetrar delitos;
5. rigurosa dirección de los agentes encubiertos a través de guías competentes por parte de los funcionarios policiales”.

El Tribunal Supremo Alemán, en Sentencia del 15 de abril de 1980, consideró ajustado a derecho que, actuando como agente provocador, un funcionario policial convenciera a participar en el tráfico de heroína a quien consideraba un pequeño narcotraficante de hachís, para después apresarlos en el momento de la entrega de la mercancía. Igualmente, el 6 de febrero de 1981, aceptaría las conductas policiales por las cuales un infiltrado, como agente provocador, indujo a un individuo de buena reputación, pero con problemas económicos, a entrar en un negocio de heroína. Y dicha condena sería luego confirmada por el Tribunal Constitucional que no encontró ninguna violación de derechos.

---

<sup>194</sup> Riquelme Portilla, Eduardo. *ob.cit.p.9*; Montoya, Mario Daniel. *Op. Cit.* Pág. 78; Arciniegas Martínez, Guillermo Augusto. *Op. Cit.* 320. Del Pozo Pérez, Marta. *Op. Cit.* Pág 376.



### **-El colaborador eficaz:**

La Unión Europea, se pronuncia en la actualidad en la materia a través de una Resolución del Consejo de Europa de 20 de diciembre de 1996, relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada, en la que se indica que los Estados deben alentar a las personas a colaborar en el proceso judicial, en particular aquellas que participen o hayan participado en asociaciones para delinquir u organizaciones criminales o en delitos característicos de la delincuencia organizada.<sup>195</sup>

Para ello, invita a los Estados miembros a considerar la concesión de beneficios a quienes rompan sus vínculos con una organización delictiva, se esfuercen en evitar la continuación de las actividades delictivas o ayuden a las autoridades policiales o judiciales a reunir elementos de prueba decisivos para la averiguación de los hechos y la identificación o detención de los autores del delito.

También recomendó la adopción de medidas de protección adecuadas para estas personas y sus familiares y allegados. Lo cierto, es que sólo en materia de dos de los delitos característicos del crimen organizado, el terrorismo y el narcotráfico, se ha llegado a hacer una propuesta concreta en la materia, que no es vinculante a los Estados.<sup>196</sup>

La primera en adoptarla fue en la Decisión-marco (CE) sobre la lucha contra el terrorismo del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, se dispone que los Estados podrán considerar la posibilidad de reducir la pena (art. 6) si el autor del delito:<sup>197</sup>

---

<sup>195</sup> **Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 10, de 11. 1. 1997. Pág. 1.**

<sup>196</sup> Blanco Cordero, I. **Terrorismo internacional: la amenaza global.** 2007. Pág. 345 y ss. Caparros. E.A. **El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad,** 2003, Pág. 189 ss.

<sup>197</sup> Blanco Cordero, I. **Op. Cit.** Pág. 348.



- a) abandona la actividad terrorista, y
- b) proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que estas no hubieran podido obtener de otra forma y que les ayude a impedir o atenuar los efectos del delito identificar o procesar a los otros autores del delito encontrar pruebas o impedir que se cometan otros delitos

Con la Decisión marco 2004/ 757/JAI del Consejo relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, de 25 de octubre de 2004, los Estados comunitarios llegaron al acuerdo sobre las líneas básicas de los delitos de tráfico de drogas. La armonización concierne además de las conductas tipificadas y las penas mínimas aplicables a otras cuestiones entre las que se encuentra el incentivo a la colaboración con la justicia penal de los coimputados. Así, de acuerdo con el Artículo 5, cada Estado miembro podrá adoptar de forma facultativa medidas necesarias para que las penas puedan reducirse cuando el autor del delito:

- a) renuncie a sus actividades delictivas en el ámbito del tráfico de drogas y sus precursores.
- b) proporcione a las autoridades administrativas o judiciales información que éstas no habrían podido obtener de otra manera, ayudándoles a:
  - Prevenir o atenuar los efectos del delito.
  - Descubrir o procesar a los otros autores del delito.
  - Encontrar pruebas, o
  - Impedir que se cometan otros delitos.

Existen no obstante propuestas para formular una norma premial sobre colaboradores de la justicia en relación con la criminalidad organizada en general. En 2001 un grupo de profesores dirigidos por el profesor. V. Militello a través del Max-Planck-Institut de



Derecho Penal de Friburgo, Alemania elaboró una propuesta normativa en el marco de un trabajo de investigación auspiciado por la Unión Europea.<sup>198</sup>

De acuerdo con ello, a los fines de una lucha efectiva contra la criminalidad organizada y de prevención de futuros hechos delictivos, así como de privación a las organizaciones criminales de sus recursos económicos, a los miembros de las organizaciones criminales, así como a los autores o partícipes de un hecho delictivo organizado, les serán concedidos ciertos beneficios a discreción del juez o fiscal, que podrán consistir en la no persecución, atenuación o no imposición de pena por su propia contribución al hecho, siempre que comuniquen a las autoridades competentes encargadas de la persecución del delito sus conocimientos sobre:

- hechos criminales graves cometidos o planeados por una asociación criminal,
- la composición, estructura y funcionamiento de la asociación criminal,
- sus conexiones nacionales o internacionales,
- o circunstancias que puedan ser útiles para privar a estas asociaciones de los medios económicos ilegalmente obtenidos y de sus beneficios, siempre que con ello: contribuyan a la evitación de futuros hechos delictivos o ayuden de modo concreto a las autoridades encargadas de la persecución del delito.

#### **-Interceptación de las comunicaciones:**

En Alemania se goza del derecho al secreto de las comunicaciones como derecho sub-ramal al derecho a la intimidad. En el Artículo 10 de la Ley Fundamental de Bonn, refiere: secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones:

“(1) El secreto epistolar, así como el secreto postal y de las telecomunicaciones son inviolables.

---

<sup>198</sup> Militello, V. **Towards a European Criminal Law against organized crime. No rmative proposals of the Joint European Project to Counter Organised Crime.** Pág. 24.



(2) Las restricciones sólo podrán ser ordenadas en virtud de una ley. Si la restricción está destinada a proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Land, la ley podrá disponer que no se informe al afectado y que el recurso jurisdiccional sea reemplazado por el control de órganos y de órganos auxiliares designados por los representantes del pueblo”.

El Tribunal Constitucional de Alemania, declaró inconstitucional una ley aprobada por la coalición de democristianos y socialdemócratas en 2008 en concordancia con una directriz de la Unión Europea del año 2006, que autorizaba el almacenamiento masivo y sin sospecha concreta los datos de conexiones telefónicas y de Internet por un período seis meses, para ser utilizados en la persecución de delitos o para evitar peligros públicos como atentados terroristas.

La declaración de inconstitucionalidad se fundamentó en que el almacenamiento masivo con fines previsores de estos datos violaba los requisitos de que no puede ser indiscriminada la utilización de la intervención de las comunicaciones telefónicas. De igual forma, las grabaciones y reproducciones que se realicen sobre la información intervenida deben destruirse posterior a la terminación del proceso, así como que la autorización de las mismas deben ser avaladas por autoridades competentes en virtud del principio de legalidad.

#### **-La entrega vigilada:**

Alemania de conformidad con el contenido del Artículo 73 del Convenio de *Schengen*, de 14 de julio de 1985, regula la entrega vigilada de conformidad con la regulación que ofrece al respecto la Convención de Viena de 1988, respecto al tráfico de drogas, la que se venía realizando con anterioridad a la referida convención por los países signatarios del convenio como Bélgica, Alemania, Holanda, Luxemburgo y Francia.

El Artículo 1 de la Convención de Viena que trata sobre definiciones aportó un primer concepto jurídico sobre esta medida, señalando que por “entrega vigilada se entiende la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o en el Cuadro II,



anexos a la presente convención, o sustancias por las que se hayan sustituido anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo 3 de la convención”.

Con posterioridad, el literal h del Artículo 2 de la Convención de Palermo ofrece una definición general estimando a la entrega vigilada como “la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos”. (sic.)

#### **4.5.3 Desde la doctrina, jurisprudencia y legislación Argentina**

##### **-El agente encubierto:**

La institución del agente encubierto en Argentina, se sanciona con la Ley 24.424, promulgada el 2.1.95, que modifica la Ley 23.737 sobre tráfico y comercio de estupefacientes, incorporando 13 nuevos artículos a su texto, 5 de ellos referidos al agente encubierto.<sup>199</sup> La norma en comento ha provocado una suerte de fascinación ulterior<sup>200</sup> que estimuló tendencia a su generalización en el ámbito legislativo y su adopción en otra clase de procesos en los que, fueron utilizados sin base legal alguna conformando práctica que fue convalidada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; la política legislativa empleada incorporó estas “novedades” en el sistema de enjuiciamiento que supone la sustitución del modelo vigente –por otros de perfil claramente utilitarios-, los que priorizan el valor eficacia, importando pautas de procedimiento de Estados Unidos como la posibilidad de reducir o eximir de pena a arrepentidos, otorgar valor probatorio a los dichos de testigos de identidad reservada,

<sup>199</sup> Guzmán Flujá, V. **Publicaciones Iberoamericanas de Ciencias Penales**, 2012. Pág. 165.

<sup>200</sup> Gomez Graciela. **Op. Cit.** Pág. 243.



permitir que el estado use agentes encubiertos a quienes se les otorga impunidad por los delitos cometidos.

La elección de esta ley especial, que complementa los preceptos del Código Penal, para la regulación de la actividad del agente encubierto es -de por sí-, cuestionable. Si bien las consecuencias prácticas no son importantes, puesto que la Ley 23.737 fija en su Artículo 34 la competencia de la justicia federal para los delitos por ella previstos, y, por tanto, la combinación de normas de derecho penal material con reglas de procedimiento -aunque muy criticable desde el punto de vista de la técnica legislativa-, no presenta problemas de admisibilidad constitucional, ello ya demuestra la escasa atención que el legislador argentino ha prestado a la compatibilidad de las nuevas normas con las reglas de procedimiento contenidas en el Código Procesal Penal de la Nación.

Sin ánimo de férrea crítica sobre este punto, por no ser objeto de la investigación ni de este autor, no es ocioso recordar que la República Argentina ha sido organizada en base al sistema federal (Constitución Nacional, 1°). Las provincias (estados federados) han delegado en el Estado nacional el dictado de la legislación de fondo (CN, 75 inc. 12). Se han reservado el derecho de dictar sus propias reglas de procedimiento, y de organizar su administración de justicia (facultades no delegadas); producto de ello es la coexistencia de sistemas de enjuiciamiento penal provinciales (administración de justicia y leyes procesales) junto con sistema federal previsto para los casos de competencia federal en razón de la materia o del territorio (delitos cometidos en lugares sometidos a la jurisdicción federal).

Comparada a la reglamentación prevista en el nuevo texto de la StPO -Alemania- en cuyo favor, y a pesar de los problemas que presenta, se puede decir que ella pretende, al menos, regulación mínima de los presupuestos y límites de la actividad del agente encubierto. El incorporado Artículo 31 *bis* -única norma verdaderamente regulatoria de la intervención de un agente encubierto-, queda limitada a señalar los delitos que permiten su actuación, el catálogo previsto en la misma Ley 23.737, incluyendo aquí la tenencia de estupefacientes -aun con fines de consumo personal (Artículo 14), o de elementos para su producción (Artículo 5), y el delito de contrabando de



estupefacientes previsto en el Artículo 866 del Código Aduanero, y a establecer también, cláusula de subsidiariedad “(...) si las finalidades de la investigación pudieran ser logradas de otro modo (...)”. La exigencia de un efectivo o presunto comienzo de ejecución del hecho como condición indispensable para la actuación de un agente encubierto no surge con toda la claridad necesaria de la fórmula adoptada.

Tales supuestos, requieren el comienzo de ejecución del hecho punible. La amplitud en la redacción normativa podría traer problemas de interpretación y permitir la intervención del agente encubierto, totalmente desvinculada de sospecha concreta de comisión de delito -a saber- con carácter preventivo. Esta formulación deberá -sin embargo- ser interpretada en forma análoga a la prevista en el Código de Procedimiento, Artículo 193 1°. Se trata, de investigar –en este sentido- si un hecho concreto (o pluralidad de ellos) que ha puesto en funcionamiento los engranajes del sistema de procedimiento penal es, preexistente a la actividad estatal de investigación- y si –efectivamente- ha ocurrido como acontecimiento histórico y califica los presupuestos necesarios para que pueda ser considerado delito.

En otro caso que se permite la utilización de agentes encubiertos –con fines impositivos de la consumación del hecho delictivo determinado-. En tal caso debe ser interpretado en forma restrictiva: es claro que también impide su consumación quien, interviniendo durante la etapa previa al comienzo de ejecución del hecho (actos preparatorios) frustra la realización del plan previsto. Sin embargo, la intervención de esta naturaleza sólo es posible allí donde la ley penal haya tipificado expresamente tal instituto,<sup>201</sup> en defecto de ello, permanecen impunes, y no permiten, fundamentar tipo de injerencia estatal en lo que todavía constituye exclusivamente un ámbito privado interno, no exteriorizado, del sujeto actuante.

En esto, también, se debe recurrir a las reglas del Código Procesal para lograr armonía en su interpretación, en especial relacionado con las previsiones contenidas en el

---

<sup>201</sup> En este caso, está el artículo 5° inciso a) de la ley 23.737: al ser punible y regularlo como tal, la siembra o cultivo de plantas, o acopio de semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación.



Artículo 183,<sup>202</sup> de la norma legal en comento. En es en este único sentido, a decir del profesor Maier,<sup>203</sup> que es posible hablar de actividad preventiva a cargo del agente encubierto, para lo que, siempre subyace, de todos modos, la sospecha de un comienzo de ejecución del hecho.

La brindada interpretación, vista de esta forma, sobre las nuevas normas resulta, por otro lado, compatible con la estructura misma del procedimiento penal argentino. El juez interviniente, únicamente, podría autorizar la entrada del agente encubierto, en el marco de un procedimiento penal en curso, lo cual presupone, necesariamente, al menos la existencia de sospecha respecto a la comisión de delito.<sup>204</sup>

Para el supuesto de haberse iniciado procedimiento penal, y la autoridad policial solicitara al juez de control en turno, la correspondiente autorización para la intervención del agente encubierto, ello nunca podría ser realizado en forma aislada: el juez debería iniciar la instrucción a partir de dicha solicitud, según las prescripciones contenidas en los enumerados Artículos (a pie de cita), con iguales presupuestos de actuación procesal.

Una última cuestión a dejar sentada sobre la temática, es la variedad de delitos previstos en la Ley 23.737, y en la ausencia de todo tipo de diferenciación por parte del legislador argentino en este ámbito. Consecuencia de ello es que, por ejemplo, la mera tenencia de estupefacientes con fines de consumo personal, punible según el Artículo 14, párrafo 2°, permite, en principio, la utilización de agentes encubiertos.

La cláusula de subsidiariedad prevista debería jugar algún papel como límite, ya que seguramente será difícil de sostener en casos de este tipo que “las finalidades de la investigación” no puedan ser logradas de otro modo. Ello, sin embargo, resulta insuficiente como sistema de control. La *proporcionalidad* entre la magnitud de la

---

<sup>202</sup> Artículo 183, el que establece, dentro de las funciones de la policía y fuerzas de seguridad el “impedir que los hechos cometidos aquí, el comienzo de ejecución, y con ello la tentativa, ya sea acabada o inacabada sean llevados a consecuencias ulteriores resultado, consumación.

<sup>203</sup> Maier, J. **Derecho procesal penal argentino**. Pág. 280.

<sup>204</sup> **Artículos 195, 188 y 186 del Código Procesal Penal de la Nación.**



injerencia estatal y la gravedad del delito a investigar debe, por consiguiente, ser uno de los principios rectores en la aplicación de las norma en comentario.

Por añadidura, la Corte Suprema de la Nación nunca ha reconocido al principio de proporcionalidad como límite a la persecución penal. Sí lo ha hecho en sentido contrario, la gravedad del delito a investigar permite al Estado sobrepasar los límites formales que el derecho procesal penal, el cual reglamenta las garantías individuales, le impone.<sup>205</sup> Ello está en concordancia con lo que regula el Artículo 28 de la Constitución de la Nación Argentina, en el sentido que los “principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Es muy importante –de cara a las restantes legislaciones del área-, que la legislación argentina, prevé que la decisión respecto a la intervención del agente encubierto corresponde al juez de instrucción que entienda en el caso, como se obtiene de su Artículo 31 bis.<sup>206</sup>

El Ministerio Público no participa, en principio, en el proceso. La cuestión es, un poco más compleja: el Código de Procedimiento Penal, permite al juez de instrucción delegar en el ministerio público la investigación preliminar. No podrá el Fiscal de instrucción involucrar en la investigación que practique, agentes encubiertos, en aquellos casos que así advierta su necesidad, pues el mismo está carente de competencia para ello.

El juez conserva el imperio sobre aquellas decisiones que afecten derechos esenciales del imputado, así como sobre la realización de los actos irreproducibles y definitivos, y sobre todo acto no comprendido en la lista de delegables, como es el caso, que según dicho cuerpo legal debe ser practicado por el juez, Artículo 213. Dado el indudable carácter de injerencia estatal en la esfera privada del afectado que representa la intervención del agente encubierto, la aplicación extensiva de las facultades reservadas al juez de instrucción resulta la solución más convincente

---

<sup>205</sup> Maier. **Op. Cit.** Pág. 284.

<sup>206</sup> **Art. 31 bis. del Código Procesal Penal de la Nación.**



En cuanto a las actividades permitidas al agente encubierto, la norma se limita a señalar que los integrantes de las fuerzas de seguridad se encuentran facultados para introducirse “en organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el Art. 866 del Código Aduanero”, y para participar “en la realización de alguno de los hechos” descritos en ambas leyes -Artículo 31 bis, inciso a y b-. Fuera de ello, no existe ningún tipo de regulación acerca de las acciones que el agente puede llevar a cabo; aquí también se plantea, e incluso con mayor violencia, el problema en torno a la protección constitucional del domicilio, Artículo 18 de la Constitución.

La ausencia de toda referencia a la posibilidad que el agente ingrese en domicilios privados obedece, en opinión del investigador, a que el legislador creyó implícita la facultad en el texto de la norma. Ello, sin embargo, no resulta tolerable desde la perspectiva del programa de garantías individuales previsto en Carta Magna, ni en su recepción, razonable, aunque incompleta en la legislación procesal penal nacional. (No se puede olvidar el cumplimiento de mandato constitucional, en cuanto se ha introducido en el proceso penal argentino el juicio por jurado y el legislador, de la norma comentada, ha omitido cumplir con el expreso mandato constitucional, tal y como fuera reafirmado por la reciente reforma parcial del texto constitucional (CN, 24, 75 inc. 12 y 118).

Si bien el texto constitucional protege al domicilio privado con menor énfasis que a otros derechos frente a las intervenciones del Estado,<sup>207</sup> al limitarse a señalar su inviolabilidad y delegar en la reglamentación legislativa los presupuestos y modalidad de su allanamiento, lo cierto es que aun este caso no escapa al principio general de que la reglamentación de un derecho constitucional no puede reducirlo en su esencia.

Si se considera o estima que el Estado se encuentra ilimitado para ingresar en la vivienda de particulares ya firmado, por juez competente, resolución de contenido excesivamente general -no dirigida necesariamente contra imputado determinado-, y ni siquiera precisando el domicilio a ingresar, autorizando la intervención amplia de un

---

<sup>207</sup> Maier, J. **Op. Cit.** Pág. 450



agente encubierto, echaría por tierra las garantías que se proclaman a favor de la conservación de aquellos derechos fundamentales que rodean la intervención de dicho agente.

Aquí, por otra parte, el eventual “consentimiento” del afectado tampoco juega papel alguno, ni siquiera en relación a la infracción al Código Penal, Artículo 151 -violación de domicilio realizado por funcionario público-, para la ley procesal, Artículo 225 y siguientes, el consentimiento solo interviene frente a un allanamiento regular, es decir, ordenado por resolución fundada de un juez, la que debe ser notificada a la persona que habite en la morada a registrar. Además, solo una interpretación benigna a favor de la capacidad de intervención del Estado en la esfera íntima de los ciudadanos podría sostener que un texto normativo que nada dice en cuanto al derecho constitucional en análisis, debe ser entendido como regulación complementaria de la garantía.

Bien entendido, como en derecho presupone, el ataque al círculo de derechos constitucionalmente garantizados requiere, como primer presupuesto, para su admisibilidad, norma específica que lo establezca y reglamente. De ahí que, el régimen previsto en el Código Procesal Penal de la nación para el allanamiento domiciliario abarca también la actividad de los agentes encubierto, dada su propia formulación genérica; lo que obligadamente ha de conducir,<sup>208</sup> de ocurrir su no observancia, a la no admisión ni valoración, en el procedimiento penal para el que se requiere esa información irregularmente obtenida.

Las conversaciones, semejantes a interrogatorio, o con fines de recabar información de cargo, que realice el agente encubierto con la persona bajo sospecha surge también aquí, como consecuencia inevitable del imperio del principio “*nemo tenetur (...)*”, que consagra el Artículo 18 de la Constitución Nacional, es decir “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, y reforzado ahora con la incorporación al texto constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José

---

<sup>208</sup> Guariglia, F. “**Las prohibiciones probatorias, en El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico**”. Pág. 15.



de Costa Rica, 8, 2°, g- y del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, Artículos 14, 3°, g, por la reforma parcial de la Constitución de 1994. La garantía ha sido correctamente regulada por el procedimiento penal, Artículo 294 del Código: el imputado es libre de abstenerse de declarar, y debe ser informado sobre este derecho, y ningún método que menoscabe su voluntad puede ser utilizado contra él.

Todo método de interrogatorio al imputado, “encubierto” o no, resulta inadmisibles contemplado desde el estigma constitucional: “sólo la declaración del imputado, obtenida por un procedimiento respetuoso de estas reglas, puede ser valorada ampliamente por los jueces para fundar sus juicios o decisiones sobre la reconstrucción del comportamiento atribuido, objeto del proceso, si, a la vez, respeta las demás reglas de garantía que la rigen -asistencia técnica, declaración judicial, conocimiento previo de la imputación-”. (sic.)

De lo anterior, se deduce que la información obtenida por el agente encubierto mediante interrogatorios informales, no puede ser valorada en procedimiento penal, menos recurriendo a la arcaica vía de permitir la declaración como simple testigo del interrogador, prohibición que abarca tanto a la eventual prueba inmediatamente obtenida a partir de dichos del imputado –su declaración propiamente dicha-, como a la mediata los indicios o pruebas obtenidas mediante esta declaración, arrancada con violación de principios y garantías.

La solución que el legislador argentino ha encontrado es menos cautelosa que las de su homólogo alemán, respecto a las consecuencias de sus decisiones, para la eventual comisión de delitos por parte del agente encubierto. El Artículo 31 consagra una *excusa absolutoria* amplísima, mediante la cual dicho agente puede sacrificar durante su actuación, si se ve “compelido a incurrir en un delito”, bienes jurídicos, con la única limitación que el delito en sí “no implique poner en peligro *cierto* la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un *grave* sufrimiento físico o moral”.



Teniendo en consideración los valores en pugna, no ha escapado de la crítica de algún sector de la doctrina,<sup>209</sup> el hecho que el Estado se valga de “medios inmorales” en la represión de delitos, ya que el agente encubierto utiliza el engaño y la traición como medios para cumplir su función, lo que, por cierto, atenta contra un verdadero estado de Derecho. A su vez, este propio agente, con el objetivo de ganarse la confianza de los integrantes puede llegar a cometer delitos –ya autor, ya partícipe-, de la propia actividad criminal en la que se infiltró, por lo que, siguiendo esta línea de pensamiento de los detractores, es el propio Estado quien delinque, a través de uno de los suyos. De esta forma, se combate el delito con más delito, colocándose agentes del Estado al mismo nivel y altura de los propios delincuentes.

Para otros autores, se trata de dar preponderancia al valor eficacia, en el único sentido que si se quiere luchar eficazmente contra ese tipo de actividad criminal, debe constarse con medios idóneo, entendiendo ellos que este lo es, para penetrar y conocer las interioridades de esas organizaciones desde su mismo adentro. La manera más eficaz para ello, sería, según afirman, infiltrándola por este medio.

A través de la Ley 25.6323, publicada el 30 de agosto de 2002, la Argentina aprobó la Convención Internacional Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, junto con el Protocolo Complementario destinado a Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, y Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire. En dicha convención se estipula qué es lo que se entenderá por grupo delictivo organizado.

Así, la citada Convención 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 de cada Estado.

Un antecedente jurisprudencial de la Corte Suprema de la Nación,<sup>210</sup> marca el antecedente a la regulación legal de esta figura, al señalar, que “el empleo de un agente

---

<sup>209</sup> Gomez Graciela, E. **Op. Cit.** Pág. 244.

<sup>210</sup> **Fallos 313:1305. la Corte Suprema de Justicia de la Nación se refiriera por primera vez al**



encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales”, considerando que ello ocurre en tanto ese agente se mantenga dentro de los límites del estado de Derecho.

La jurisprudencia <sup>211</sup> se ha pronunciado sobre el agente encubierto y la constitucionalidad de su actuación, en el sentido que el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos, no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales. La interpretación de la normativa incorporada a la ley 23.737 por la Ley 24.424 no permite que se confunda, la reserva de identidad del agente encubierto (Artículo 31 bis) y las medidas de protección para ellos establecidas (Artículo 31 quinquies y 33 bis) con el ocultamiento liso y llano de las actuaciones en las que ellos intervinieron y que negar todo acceso a las partes a ellas implicaría un menoscabo al derecho de defensa en juicio, pues llevaría a que se ignoren pruebas, datos o argumentos que podrían ser útiles para sus intereses o bien se erigirían en un inadmisibles obstáculo al debido control de lo actuado en el proceso.

Por su parte, la Ley 11.683, en el Artículo 35 inc. g), faculta a la Administración Federal de Ingresos Públicos a:

“(…) autorizar, mediante orden de juez administrativo, a sus funcionarios a que actúen en el ejercicio de sus facultades, como compradores de bienes o locatarios de obras o servicios y constaten el cumplimiento, por parte de los vendedores o locadores, de la obligación de emitir y entregar facturas y comprobantes equivalentes con los que documenten las respectivas operaciones, en los términos y con las formalidades que exige la Administración Federal de Ingresos Públicos. La orden del juez administrativo deberá estar fundada en los antecedentes fiscales que respecto de los vendedores y locadores obren en la citada Administración Federal de Ingresos Públicos”.<sup>212</sup>

---

**empleo de agentes encubiertos, aun antes de que la figura fuera incorporada a la Ley 23.737.**

<sup>211</sup> Soler, Sebastián, *Tratado de Derecho Penal Argentino*”. Pág. 329.

<sup>212</sup> Gómez Colomer, Juan Luis. *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del tribunal constitucional y del tribunal supremo españoles*, Pág. 15-21.



### **-El colaborador eficaz y la entrega vigilada:**

En la legislación Argentina la Ley N°23.737, luego de su modificación dispuesta por la Ley 24.424 Sobre Tenencia y Tráfico de Estupeficientes, establece también una regulación en cuanto al marco de actuación sobre el cual recae la posible utilización del colaborador de la justicia y la entrega vigilada de sustancias de procedencia ilegal. Se otorga esta categoría a la persona que se le imputa un delito y que brinda a la autoridad judicial información significativa sobre la identidad de los autores, coautores, partícipes o encubridores, para beneficiarse en la reducción o la exclusión de la pena.

El último apartado del Artículo 29 bis, nos expone la intención del legislador argentino por proteger a los funcionarios que de forma oportuna, se separen de todo acuerdo y provee a las autoridades de información necesaria para abortar las operaciones ilícitas. El posterior apartado ter del propio Artículo 29, expone taxativamente cuáles serán los beneficios que podrán ser ofrecidos a los arrepentidos, existiendo siempre una correcta proporcionalidad entre la utilidad de la información entregada y la contraprestación que para con ellos tendrá la justicia.

Una vez realizado el análisis de la figura, sería importante resaltar que la existencia del arrepentido posee disímiles ventajas y desventajas, provocando esto último un riesgo de eximir y premiar en ocasiones al máximo responsable de una organización criminal con el fin de eliminarla conjunto con los agentes que con ella interactúan.

Este debe ser uno de los motivos por los que estas fórmulas en la legislación deben tener una vigencia limitada, respondiendo a determinadas etapas. Pero no podemos negar que exista una constante incapacidad e ineficiencia en la lucha contra la criminalidad por parte del Estado, facilitándose la aplicación y creación de nuevas figuras que pudieran crear un cierto grado de impunidad.



### **-La interceptación de las comunicaciones:**

La intervención de las comunicaciones en Argentina, se encuentran reguladas en el Artículo 236 del Código Procesal Penal de la Nación, conforme al cual el juez, podrá ordenar, mediante auto fundado la intervención de comunicaciones telefónicas.

El legislador, al requerir que esta medida sea interpuesta por “auto fundado”, interesa el respeto de los derechos constitucionales relativos a la privacidad frente a todo acto que pueda cercenar la última ejerciendo cualquier sujeto integrante de algún poder del Estado una arbitraria intromisión. De esta manera, el órgano jurisdiccional ejerce su total control en lo que a esta medida se refiere.

Para llevar adelante ese extremo, se deben dar las condiciones de modo, tiempo y lugar que por sí demuestren la necesidad de la adopción de la medida a los fines investigativos de la comisión u omisión de un potencial delito.

Al respecto, la Sala II de la Cámara de Casación Penal de la Corte Suprema de la Nación, en la causa N° 894/1997 expuso que: “(...) los motivos y razones que dan sustento al auto fundado, podrán surgir: a) del propio decisorio, si el magistrado desarrolla en el mismo decreto la argumentación sobre el cual reposa la medida; b) de otra pieza procesal a la cual el auto se remita en forma inequívoca, y de la cual surjan con claridad los fundamentos que lo avalan y c) de las incontrovertibles constancias arimadas al proceso con anterioridad al dictado del auto, siempre que de las mismas surja de forma indubitable la necesidad de proceder, o en otras palabras que esta sea una consecuencia lógica de pruebas colectadas con antelación, en lo que constituya un ejercicio racional y mesurado de poder que no afecten disposiciones de rango constitucional que protegen el ámbito privado”.



#### 4.5.4. Jurisprudencia española del hallazgo causal y el descubrimiento inevitable

El reconocimiento en el sistema procesal penal español de la doctrina norteamericana de “los frutos del árbol envenenado”,<sup>213</sup> aunque en la sentencia no se recoge con esa denominación, pero implica lo mismo. Por Auto del Tribunal Constitucional (TC) 155/1999 de fecha 14 de junio, el que se refirió por vez primera de manera expresa a esa terminología estadounidense tan plástica en el seno del Tribunal Constitucional, ya más de dos años antes el Tribunal Supremo español (TS) en su sentencia 814/1992, de 7 de abril (RA 2864), había traído esa terminología extranjera a la práctica judicial, que ha sido luego seguida sin alteraciones por dicho alto Tribunal, a veces refiriéndose a ella como doctrina de “efecto dominó”; pero que comenzó a verse como prueba prohibida, no admitida en el proceso penal, por sus posibles efectos anticonstitucionales de cara a las garantía de los ciudadanos.

Tal situación, y después de un concienzudo estudio de la situación fáctica que se venía presentando y las consecuencias que en el ámbito de la criminalidad tomaban cada día mayor fortaleza, es que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo español no tardaron mucho en buscar solución que balanceara una y otra situación.

La interpretación extensiva (la prueba prohibida comprende también los frutos del árbol envenenado), se mantuvo incólume muy poco tiempo, hasta 1995, como reconoce y apunta la doctrina española<sup>214</sup> año inmediatamente posterior al recogimiento de la teoría de la eficacia refleja, como se acaba de mencionar, lo que indica que la jurisprudencia española, no tardó mucho tiempo en darse cuenta que en la práctica la adopción de la doctrina refleja dejaba en realidad en libertad a grandes criminales autores de delitos horrendos, y empezó a buscar la manera de que ello no sucediera, sin discutir lo esencial de la doctrina del Tribunal Constitucional español sentada en 1984 sobre la prueba prohibida, solo centrándose en negar las consecuencias de la eficacia refleja, por tanto buscando la manera que no todas las pruebas derivadas o

<sup>213</sup> Velasco Núñez, E. **Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España)**. Pág. 427 a 446

<sup>214</sup> Muñoz Conde, Francisco. **Estudios sobre Justicia Penal**. Pág. 381 y 382.



existentes en el proceso, además de la verdaderamente ilícita, fuesen fruto del árbol envenenado.

Así lo hizo, estableciendo tres criterios restrictivos, uno sentado por el propio Tribunal Constitucional, la llamada excepción de prueba jurídicamente independiente -que no será traída a colación- y los otros dos por el Tribunal Supremo español, la excepción del descubrimiento inevitable y del hallazgo casual. Tampoco en ello ambos altos tribunales españoles aportaron nada nuevo, como se verá, pues el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América ya se les había adelantado. En tal caso, se hará énfasis en dos de ellos, tal y como se anunció *supra* texto.

El descubrimiento inevitable es un perfeccionamiento de la teoría de la prueba independiente, configurándose también como una excepción a la regla de la eficacia refleja de la prueba ilícita (debe recordarse, doctrina de los frutos del árbol envenenado),<sup>215</sup> y sin duda alguna el inevitable *discovery* proviene del caso *Nix v. Williams* de la jurisprudencia norteamericana, de 1984.

Su fundamento reside, pues, en que es posible llegar válidamente a una conclusión probatoria, obtenida de manera lícita (mediante prueba testifical), de que un hecho ha existido, aunque se haya conocido ese mismo hecho por la prueba ilícita (intervención telefónica), o por la prueba derivada (declaración de coimputado), que también es ilícita (indirectamente), siempre que la prueba válida sea independiente, es decir, sin conexión causal con la prueba ilícita directa o derivada. Que por la prueba lícita se llegue inevitablemente al conocimiento del hecho delictivo elimina la eficacia refleja de la prueba prohibida, pues permite, según el Tribunal Supremo español, la condena del acusado.<sup>216</sup>

---

<sup>215</sup> Gómez Colomer. **Op. Cit.** Pág. 15-21

<sup>216</sup> Doctrina seguida por la S TS 123/2002, de 6 de febrero (RA 2236); S TS 836/2002, de 10 de mayo (RA 7157); S TS 885/2002, de 21 de mayo (RA 7411); y S TS 227/2006, de 8 de marzo (RA 2278); entre otras.



Pero esta excepción también es criticable -dice la doctrina española-,<sup>217</sup> porque la presunción de inocencia solamente puede desvirtuarse mediante pruebas lícitas, además, como ocurre con la excepción de prueba independiente, no se sabe siempre si el descubrimiento ha sido inevitable o no. Su mayor inconsistencia reside en que en función del caso el descubrimiento inevitable, puede basarse en meras hipótesis, suposiciones o conjeturas, no en hechos claramente probados.

Aunque no puede negarse, desde un posicionamiento crítico, que el criterio de inevitabilidad contiene una alta dosis de indefinición que hace que dicha excepción se presente en términos excesivamente porosos y ambiguos con los inevitables riesgos intrínsecos que ello conlleva para el derecho a la presunción de inocencia que prevé el Art. 24.2 de la Constitución española.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo español en su sentencia de 4 de julio de 1997 ha reconocido dicha excepción, aunque limitando su aplicación a los supuestos de actuaciones policiales de buena fe, como se presenta a continuación:

Ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón. Fundamento Jurídico 4 y dice: Sin embargo, en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del «descubrimiento inevitable». En efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de agentes de la Policía Autónoma vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína “al por mayor”. Es decir que, “inevitablemente” y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada,

---

<sup>217</sup> Miranda Estrampes, Manuel. **La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones**. Pág. 59.



como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada.

En consecuencia la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la intervención telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada y deben por tanto ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues —con independencia de ellos— las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención, la limitación del «descubrimiento inevitable» debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de «buena fe», para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a «acelerar» por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente.

Apunta Velazco Núñez<sup>218</sup> que, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, resulta difícilmente admisible dicha excepción, pues la misma se basa en simples conjeturas o hipótesis, esto es, en lo que pudo haber pasado pero que no pasó en la realidad. La presunción de inocencia solo puede ser desvirtuada sobre la base de datos que resulten plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita, y la excepción del “descubrimiento inevitable” autoriza la utilización y aprovechamiento probatorio de elementos probatorios obtenidos con violación de derechos fundamentales sobre la base de que pudieron obtenerse de forma lícita, pero que en la realidad se alcanzaron vulnerando derechos fundamentales.

La otra excepción proviene también del Tribunal Supremo español, que en su sentencia 1313/2000, de 21 de julio (RA 6772),<sup>219</sup> ha determinado que el hallazgo casual de una prueba es lícito y enerva la presunción de inocencia, aunque la prueba originaria sea

---

<sup>218</sup> Velazco Núñez, E. **Op. Cit.** Pág 431.

<sup>219</sup> Gómez Colomer, Juan Luis, **Op. Cit.** Pág. 163.



ilícita. No es que se trate por vez primera aquí los efectos jurídicos del hallazgo casual sino que es en esta sentencia en donde lo relaciona directamente con la teoría de la prueba prohibida. Y, lo ha hecho en un caso de delito contra la salud pública (tráfico de drogas), en que se conoce la prueba independiente de manera totalmente fortuita mediante una interceptación telefónica efectuada en otra causa.

También, por Auto del Tribunal Supremo español de 12 de junio de 2003 (RA 164051), ha precisado que: “En efecto, en esta sede, nos encontramos ante la problemática de los ‘hallazgos casuales’ y su relación con la licitud en la obtención de las pruebas, situación que ya fue resuelta de manera independiente por la Sala de instancia mediante Auto de 5 de diciembre de 2001”.

Lo cierto es que el que aparezcan en una diligencia de entrada y registro efectos o instrumentos que se refieren a conductas delictivas distintas de las investigadas, no supone que queden desamparados los derechos de los afectados, pues la decisión judicial cubre la intromisión en la esfera privada que entraña un domicilio.

El problema de los hallazgos casuales, como a menudo sucede, consiste en que suelen hallarse objetos o efectos delictivos no directamente interesados por la investigación criminal. Como casos paradigmáticos suelen citarse, armas, facturas o dinero falso. En dicha situación, la jurisprudencia ofrece distintas soluciones. Así, la Sentencia de 4 de octubre de 1996 admite la validez de la diligencia cuando, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito, se encontraran efectos o instrumentos de otro que pudiera entenderse como delito flagrante.

“La teoría de la flagrancia ha sido una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales, y también la de la regla de la conexidad de los Artículos 17.5 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente adición”. (Sentencia del Tribunal Supremo español de 4 de marzo de 2003).<sup>220</sup> Como se observa de otros precedentes, aquellas

---

<sup>220</sup> Díaz Cabiale, J.A.; Martín Morales, R. **La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida**. Pág. 35-43.



pruebas casualmente descubiertas en una investigación judicial no carecen de valor cuando han sido halladas por medio de diligencias procesales legalmente admisibles para la investigación del delito de que se trate (Sentencia del Tribunal Supremo español de 18 de febrero de 2002).

La prueba hallada casualmente queda sometida al principio de contradicción en el juicio oral para que pueda ser considerada lícita y valorada judicialmente, de manera que los agentes de policía que la encontraron deben comparecer en el mismo como testigos.<sup>221</sup> Desde entonces esta doctrina se mantiene invariable por el Sentencia del Tribunal Supremo español.<sup>222</sup> Se constituye, por tanto en otra excepción relevante a la teoría de la eficacia refleja de la prueba prohibida. En realidad si se es dogmáticamente serio, y el propio Sentencia del Tribunal Supremo español lo intuye como acaba de citarse, se contempla una variedad de la teoría del descubrimiento inevitable, en donde el hallazgo casual elimina la conexión de antijuridicidad y por tanto convierte a la prueba descubierta casualmente, es decir, de alguna manera inevitablemente, en prueba de cargo válida para condenar.

---

<sup>221</sup> Fernández Entralgo, J. **Las reglas del juego. Prohibido de hacer trampas; la prueba ilegítimamente obtenida.** Pág. 170

<sup>222</sup> **Ibid.**



## CAPÍTULO V

### 5. Regulación legal de los métodos especiales de investigación en Guatemala

#### 5.1. El agente encubierto

Esta controvertida figura, categorizado como un método especial de investigación criminal, en delitos ejecutados por el crimen organizado, ha sido regulada en Guatemala, en la ley contra la delincuencia organizada, Decreto número 21-2006, de 19 de julio de 1996, del Congreso de la República de Guatemala, donde se define al agente encubierto en su Artículo 22 como: “Los funcionarios policiales especiales que voluntariamente, a solicitud del Ministerio Público, se les designe una función con la finalidad de obtener evidencias o información que permitan descubrir y procesar a los miembros de grupos delictivos organizados.”

Conforme la letra de la referida Ley Contra la Delincuencia Organizada, la finalidad de las operaciones encubiertas que autoriza, radica en la obtención de información o evidencias que permitan procesar a las personas que forman parte de grupos delictivos, organizando su desarticulación mediante el diseño de estrategias eficaces, con estricto control administrativo del Ministerio Público.

Los presupuestos o requisitos de procedencia para la solicitud, autorización y designación de un agente encubierto son los siguientes:

- La existencia de una investigación previa. Cuando el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de un grupo delictivo organizado, ordenará a la autoridad policial respectiva, que realice un análisis con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes, los lugares donde y con quien realizan sus operaciones y si fuere posible, los puntos débiles de la misma.
- La comprobación de un delito. En la solicitud de la operación encubierta, que debe hacerse por escrito, se debe indicar la descripción del hecho que se investiga indicando el o los posibles delitos en que se incurre.



- Imposibilitar la consumación de un delito. Los agentes encubiertos que tuvieron conocimiento de la futura comisión de delitos de lesa humanidad, deberán ponerlos en conocimiento inmediato de las autoridades respectivas a efecto de evitar la comisión de los mismos.
- Individualización y detención de los autores, partícipes o encubridores. De igual manera, en la solicitud de autorización de la operación encubierta, debe indicarse cuando se conozca, el nombre, sobrenombre o cualquier otra circunstancia que permita identificar a las personas integrantes, presuntamente vinculadas a la organización criminal o las operaciones ilícitas de las mismas.
- Obtención y aseguramiento de medios de prueba. Durante la operación encubierta, los fiscales deberán documentar la información que reciban verbalmente de los agentes encubiertos. Esta podrá 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 que permitan verificar la información proporcionada por los agentes encubiertos.

Respecto a las personas que pueden actuar como agentes encubiertos, la referida ley deja claro conforme a la letra del Artículo 22 que: “son agentes encubiertos los funcionarios policiales especiales que voluntariamente acepten el cargo a solicitud del Ministerio Público (...)”.

Los agentes encubiertos en Guatemala podrán asumir transitoriamente identidades y roles artificiales, actuar de modo secreto y omitir la realización de los procedimientos normales de su cargo ante la comisión de delitos, para optimizar las investigaciones y el procesamiento de los integrantes de las organizaciones.

De acuerdo con el Reglamento Para la Aplicación del Método Especial de Operaciones Encubiertas, Acuerdo Gubernativo No. 189-2007, le corresponde a la Policía Nacional Civil formar e integrar por funcionarios policiales las unidades de operaciones



encubiertas; correspondiéndole al Fiscal General de la República, de conformidad con el Artículo 27 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada su autorización.

La figura del agente encubierto, plantea la problemática de establecer cuál es la autoridad encargada de disponer la utilización de este tipo de método especial de investigación. La ley contra la delincuencia organizada en Guatemala confiere al Ministerio Público, concretamente al fiscal general de la República y jefe del Ministerio Público, la autorización de las operaciones encubiertas y la designación del agente encubierto, de conformidad con lo regulado en los Artículos 20, 21 y 22, que determinan:

“Artículo 20: Autorización de métodos especiales de investigación. Las operaciones encubiertas (...) serán autorizadas por el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público (...).”

“Artículo 21: Operaciones encubiertas. Se entenderá por operaciones encubiertas, aquellas que realizan agentes encubiertos con la finalidad de (...) con estricto control del Ministerio Público.”

“Artículo 22. Agentes encubiertos. Son agentes encubiertos los funcionarios policiales especiales que voluntariamente, a solicitud del Ministerio Público, se les designe una función con la finalidad de (...)”.

La referida Ley hace mutis, sobre el control jurisdiccional sobre la actuación del agente encubierto y en general de las operaciones encubiertas, toda vez que de conformidad con los Artículos 45, 46 y 47 del Código Procesal Penal, corresponde a los jueces de primera instancia, narcoactividad y delitos contra el ambiente, el control jurisdiccional de la investigación efectuada por el Ministerio Público, quien tiene la facultad de practicar la averiguación de delitos, con intervención de los jueces de primera instancia como contralores jurisdiccionales.

En ese orden de ideas, al efectuarse un análisis objetivo de los artículos que regulan la autorización de operaciones encubiertas y designación de agentes encubiertos, en la



Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, claramente se advierte que dicha autorización conlleva una serie de limitaciones a garantías individuales y constitucionales, que necesariamente necesitan autorización judicial, por ejemplo:

El Artículo 23 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, que regula las facultades de los agentes encubiertos, indica: “Para el objeto de la presente Ley, los agentes encubiertos estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del imputado o lugares donde el grupo delictivo organizado lleve a cabo sus operaciones o transacciones.”

Está claro que a raíz de la autorización de la operación encubierta por parte del Fiscal General de la República, se le otorgan al agente encubierto, entre otras, la facultad para ingresar al domicilio del imputado, hecho que notoriamente es contrario a lo normado por la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 23 que refiere: inviolabilidad de la vivienda. “La vivienda es inviolable. Nadie podrá penetrar en morada ajena sin permiso de quien la habita, salvo por orden escrita de juez competente en la que se especifique el motivo de la diligencia (...)”.

Por otro lado, el Artículo 47 de la Ley de Mérito establece: “Cesación de entregas vigiladas y operaciones encubiertas. El Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, podrá resolver en cualquier momento la cesación de las operaciones encubiertas (...), la detención de los partícipes en el hecho (...) poniéndolos a disposición de juez competente (...)”.

Se evidencia de nueva cuenta, una restricción a los derechos que garantiza la Constitución Política de la República de Guatemala, en virtud que de forma expresa se autoriza al Jefe del Ministerio Público, confiriéndole la facultad para ordenar la detención de personas; potestad que únicamente corresponde a la autoridad judicial competente de conformidad con el artículo seis constitucional.



Como inferencia de lo anterior, es preciso tomar en cuenta que nuestras leyes regulan el principio de supremacía constitucional, es decir, que cualquier norma que contradiga lo establecido en la ley constitucional es nula de pleno derecho, dicho principio se encuentra recogido en el Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al afirmar que: "(...) Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza."

Que el Fiscal General de la República, sea competente para autorizar las operaciones encubiertas y la designación del agente encubierto, contrario a la constitución y resulta peligroso para el resultado de la investigación, en virtud que cualquier operación encubierta realizada, podría ser objeto de acciones que limitan los derechos fundamentales reconocidos y echar por la borda toda la investigación efectuada con el resultado de que no sea tomada en cuenta por un tribunal de sentencia penal y con ello procurar la impunidad de los imputados, en detrimento de la credibilidad de las instituciones que conforman el sector justicia guatemalteco.

Por otro lado, de conformidad con la letra de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, el juez de primera instancia no tiene ningún control sobre los casos en los que puede autorizarse o no una operación encubierta, es más ni siquiera puede enterarse que en un determinado caso se realizó una operación encubierta y que sus resultados fueron negativos por haber sido permitida sin existir realmente motivos que justificaran su autorización.

El Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, dado su condición de parte procesal, difícilmente rechazará una solicitud de autorización de operación encubierta que le formule un fiscal en un caso determinado, aunque no se cuente con suficiente fundamento, en virtud que no existe independencia entre quien formula la petición y quien la resuelve, en tal sentido se encuentra parcializado y se compromete su objetividad, pues obvio resulta que se compromete con el proceso investigativo.



### **5.1.1. Requisitos de la solicitud de la operación encubierta**

La solicitud de una operación encubierta debe dirigirse por escrito al Fiscal General de la República, por parte del agente fiscal encargado del caso, por un plazo máximo de seis meses renovable cuantas veces sea necesario, sin que el plazo total de la operación exceda de un año.

Para tal efecto, el Artículo 27 de la Ley, establece que el escrito debe contener:

- Descripción del hecho que se investiga indicando el o los posibles delitos en que se incurre.
- Antecedentes que permitan presumir que la operación encubierta facilitará la consecución de los objetivos que se persiguen en la ley contra la delincuencia organizada; la justificación del uso de la medida, fundamentando su necesidad por la probabilidad de que mediante el sistema ordinario de investigación no se logrará la obtención de una información necesaria y determinante.

Con respecto de este punto, la Ley señala que la autorización de operaciones encubiertas tendrá lugar por la probabilidad de que el sistema ordinario de investigación no logrará la obtención de la información necesaria, lo cual no significa que deba haberse agotado previamente todas las alternativas investigativas posibles antes de recurrir a esta técnica, sino que se deberá evaluar, en el caso concreto, si no se cuenta con otras técnicas investigativas que aseguren el éxito de la investigación.

En este caso, será decisión del Fiscal General de la República sopesar la posibilidad de que se pueda lograr su cometido mediante aquellos medios de prueba que podrían llamarse tradicionales, y si del análisis efectuado estimare que estos no resultarán eficaces, entonces justificar la autorización de la operación encubierta y la designación de un agente encubierto.

La Ley también exige que se justifique el uso de esta medida, radicando tal fundamentación en la necesidad de la misma, al respecto se considera que dicha exigencia no implica necesariamente que se haga una exhaustiva descripción del



proceso intelectual que llevó al Fiscal General de la República a resolver en determinado sentido; el requisito se cumple siempre que guarde relación con los antecedentes que le sirven de causa y sean congruentes con el punto que decide.

- En términos generales, las actividades que el agente encubierto desarrollará para la obtención de la información y los métodos que se utilizarán para documentar la información recabada por los agentes encubiertos.
- La identidad ficticia que asumirán las funciones de los agentes encubiertos que intervendrán en la operación; la identidad real será únicamente del conocimiento del fiscal encargado del caso.
- La identidad real del agente encubierto quedará en plica cerrada al resguardo del Fiscal General de la República, sin que éste pueda conocer el contenido, salvo caso necesario al darse por terminada la operación.

A fin de asegurar el éxito de la actuación encubierta, la Ley establece el riguroso secreto de la designación de un agente encubierto, sin embargo al darse por terminada la operación y en caso necesario si puede ser conocida la identidad real del agente encubierto, un ejemplo podría ser cuando resulte absolutamente imprescindible como prueba recibir la información obtenida por el agente encubierto, la cual será aportada con la declaración testimonial del agente encubierto.

En similar línea de pensamiento, el hecho de que la intervención del agente encubierto hubiese permitido orientar la investigación para realizar allanamientos y detenciones, no significa necesariamente, que su declaración testimonial resulte imprescindible, máxime si se tratare de hechos de los que no fue testigo.

Otra cuestión problemática que presenta la intervención de un agente encubierto es determinar si su actuación es voluntaria u obligatoria. La Ley se inclinó por la primera alternativa, disponiendo en su Artículo 22 que: “Son agentes encubiertos los funcionarios policiales especiales que voluntariamente, a solicitud del Ministerio Público, se les designe una función (...)”.



El fundamento de esta voluntariedad radica en la comprometida, difícil y peligrosa función que significa infiltrarse en una organización delictiva, en la que debe utilizar una identidad falsa, cambiar su acostumbrado ritmo de vida, separarse, en muchos casos, de su núcleo familiar e incluso, llegar a delinquir para ganarse la confianza de los integrantes de la organización, lo cual aconseja que tal actuación sea una decisión personal del agente, que valorará la decisión de cumplir con su deber y los riesgos personales que ello le implicará.

- Cuando se conozca, el nombre, sobrenombre, o cualquier otra circunstancia que permita identificar a las personas o integrantes presuntamente vinculadas a la organización criminal o las operaciones ilícitas de las mismas.
- Los elementos adicionales que solicite el fiscal general de la República.

#### **5.1.2. Requisitos de la resolución de autorización de operaciones encubiertas**

La autorización de actuación del agente encubierto debe, debe contar por resolución, que dada su importancia, para la legalidad de sus acciones cuenta con determinados requisitos.

En este sentido, el fiscal general de la República deberá conocer y resolver en forma inmediata la solicitud planteada por el fiscal y de conformidad con el Artículo 28 de la Ley y al resolver debe observar los siguientes requisitos:

- La determinación de los agentes encubiertos que participarán en la operación.
- Indicación de las actividades generales que se autoriza realizar durante la operación encubierta y los métodos que se utilizarán para documentar la información que proporcionen los agentes encubiertos.
- El objeto y el plazo por el cual se autoriza la operación encubierta.



- La obligación de informar verbalmente cada 30 días al Fiscal General de la República sobre el desarrollo de las actividades realizadas por los agentes encubiertos, para verificar si la medida está cumpliendo con la finalidad perseguida y con las reglas establecidas en la ley contra la delincuencia organizada, para la utilización de la medida.

Para el efecto, el fiscal general de la República, convocará a una audiencia privada, para que el agente fiscal a cargo del caso informe de manera verbal sobre el avance de la investigación y la información recabada hasta el momento; así mismo, podrá exigir en cualquier momento que se le exhiba la documentación y medios de prueba que respalden el informe.

- La prohibición expresa de que los agentes encubiertos provoquen la comisión de delitos para lograr una eventual detención o procesamiento de cualquier persona.

Este último requisito es de vital importancia en la práctica de las operaciones encubiertas, de hecho, la Ley Contra la Delincuencia Organizada, lo prohíbe también en los Artículos 21, segundo párrafo, numeral uno, y 30 inciso e).

Los datos que vaya recopilando el agente encubierto a través de la operación encubierta, deben ser puestos en conocimiento inmediato de las autoridades respectivas, por tal motivo no es condición que esta información sea brindada personalmente por el agente encubierto, lo más apropiado es que la fuerza de seguridad policial a la que pertenezca el agente, disponga la manera más conveniente para contactarse con el mismo, recibir los datos, que luego serán comunicados al fiscal del Ministerio Público encargado del caso; así lo dispone el Artículo 25 de la Ley.

También el fiscal encargado del caso tiene la obligación de informar verbalmente cada 30 días al Fiscal General de la República, sobre el desarrollo de las actividades realizadas por los agentes encubiertos, para verificar si la medida está cumpliendo con la finalidad perseguida y con las reglas establecidas; para tal efecto, el fiscal general de la República, convocará a una audiencia privada, para que el agente fiscal a cargo del caso, informe verbalmente sobre el avance de la investigación y la información



recabada hasta el momento; podrá exigir en cualquier momento que se le exhiba la documentación y medios de prueba que respalden el informe.

### **5.1.3. Exención de responsabilidad penal del agente encubierto**

Una de las consecuencias más características de la actuación del agente encubierto es la posibilidad de que este cometa algún delito durante la misma y por ello, se plantea la cuestión de establecer si reúne las condiciones para exigirle responsabilidad penal por su conducta ilícita, ya que por un lado se le ordena a través de una decisión judicial, infiltrarse en una organización dedicada a cometer delitos y por otra parte, corre serio riesgo de consumir o participar en alguno de estos delitos.

En tales casos, se ha pensado que resulta conveniente y justo eximir de responsabilidad penal al agente encubierto, solución que ha adoptado nuestra legislación al igual que otras legislaciones comparadas que regulan el instituto del agente encubierto.

Ante esta situación, se plantea la disyuntiva, vista desde la perspectiva de la teoría del delito, si se trata de un elemento negativo del delito, de una eximente de responsabilidad penal o una excusa legal absolutoria. La primera opción, es considerar que se trata de una excusa legal absolutoria, es decir, una causa personal que excluye la aplicación de la pena, por una cuestión de política criminal, y por ende de carácter netamente individual; de estimarlo así, la conducta del agente encubierto será típica, antijurídica y culpable, pero no se aplicará pena.

La otra alternativa, consiste en entender que se trata de una causa de justificación, es decir, el elemento negativo de la antijuricidad, por lo cual en este caso la conducta será típica, pero no llegará a constituir un ilícito penal.

La Ley Contra la Delincuencia Organizada, optó por la primera postura, la cual se encuentra señalada en el Artículo 30 que indica: “Estará exento de responsabilidad penal, civil y administrativa, el agente encubierto que incurra en actividades ilícitas



necesarias para el cumplimiento de su cometido siempre que reúnan las siguientes condiciones (...).”

Del análisis de dicho texto legal, se advierte que la ley subordina la impunidad del agente encubierto al hecho que exista una relación directa entre el delito que se comete y su actuación encubierta; en consecuencia si el delito no tiene ninguna vinculación con dicha actuación, no se aplicará la excusa absolutoria.

La Ley determina asimismo las condiciones que debe reunir la actuación del agente encubierto cuando cometa algún delito, siendo las siguientes:

- Que su actuación cuente con autorización previa del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público.
- Que su actividad esté dentro de los lineamientos determinados por el Ministerio Público en el ejercicio de la dirección de la investigación.
- Que el agente encubierto informe periódicamente al fiscal encargado del caso y a sus superiores, sobre los actos y diligencias que realice y el resultado de los mismos.
- Que sus actividades no estén orientadas a ocultar, destruir o alterar evidencias de la actividad de la organización criminal, o a encubrir fallas en el operativo o en la actuación de sus superiores y otros agentes.
- Que el agente encubierto no motive, induzca o provoque la comisión delictiva de algún miembro de la organización criminal o de otras personas.
- Que las actividades no estén orientadas al lucro o beneficio personal del agente encubierto o de sus parientes dentro de los grados de ley.
- Que las actividades no consistan en los hechos punibles siguientes: delitos contra la vida, plagio o secuestro, tortura, lesiones específicas, graves o gravísimas, delitos de violación y abusos deshonestos.



Otro aspecto que no se tomó en cuenta en la Ley contra la Delincuencia Organizada respecto a este método de investigación, es el relativo al tema de la exención de la responsabilidad del agente encubierto y específicamente de la responsabilidad penal; siendo el caso de que durante su actuación, el agente encubierto resultare detenido por un delito que haya cometido en el marco de la misma, en vista que el juez no tiene conocimiento legal de la actividad que realiza el imputado.

No se previó igualmente, un procedimiento para resolver la situación jurídica del agente encubierto, en ese sentido no puede otorgársele ningún beneficio dentro del proceso penal, por su actuación como agente encubierto, de allí que sea necesario reiterar el criterio que es justificable que la autorización de la actuación de un agente policial en operaciones encubiertas sea facultad de un órgano jurisdiccional.

La Ley Contra la Delincuencia Organizada en Guatemala, contempla también sanciones para los agentes encubiertos que no cumplan con las condiciones impuestas, para el efecto preceptúa el Artículo 31: “El agente encubierto que cometa delito por extralimitarse en las actividades generales a que está autorizado, será sancionado con la pena señalada para el delito cometido aumentada en una cuarta parte.”

Corresponde a los agentes fiscales ser los responsables de la dirección, desarrollo y documentación de la operación encubierta. Si detectaren desviaciones o abusos en el desarrollo de la operación por parte de los agentes encubiertos, deberán suspender inmediatamente la operación e informar al Fiscal General de la República los motivos de la misma y si fuere procedente, deberá formular la acusación respectiva para el procesamiento del agente encubierto.

Derivado de la actividad arriesgada que representa la actuación encubierta del agente encubierto al infiltrarse en una organización criminal, resulta necesario y razonable brindarle protección legal y por qué no, otorgarle beneficios por su valiosa colaboración, en aquellos casos en que su identidad sea descubierta.

A través de este sistema, se faculta al propio agente encubierto que ha sido descubierto a decidir sobre su futuro, pudiendo optar por permanecer en la fuerza policial o pasar a



retiro, con un régimen especial en cuanto a años de antigüedad y remuneración percibir. Sin perjuicio de ello, y a fin de neutralizar esa situación de peligro, también contempla la posibilidad de disponer de ciertas medidas de protección para el agente encubierto y su familia, similares a las que se brindan a los testigos e imputados.

La Ley contra la Delincuencia Organizada en Guatemala, no contempla ninguna medida de protección para el agente encubierto en el caso que fuere descubierta o estuviere comprometida su identidad real, así tampoco se contemplan beneficios por su colaboración, con lo cual no se incentiva la participación de los agentes policiales en las operaciones encubiertas o bien al carecer de beneficios, se corre el riesgo que el agente policial que actúe como agente encubierto busque su propio bienestar al margen de su actuación legalmente autorizada.

La actividad del agente encubierto regulada en Guatemala, se torna realmente lesiva de derechos fundamentales del investigado como la intimidad y la no autoincriminación, por cuanto al hacerse pasar el miembro de la Policía Nacional Civil, por una persona ordinaria y tener como principal propósito ganarse la confianza del investigado, para el éxito de la investigación, tendría muchas posibilidades de acceder a datos e informaciones que hacen parte no sólo de la vida privada y familiar del investigado, sino de sus aspectos más íntimos vedados a cualquier injerencia estatal.

En cuanto al derecho a la no autoincriminación, por las finalidades propias de su actividad y por el riesgo que se correría de ser descubierto, el agente, ante una declaración auto incriminatoria que le hiciera el investigado, es obvio que no le daría a conocer todas las advertencias de su derecho a guardar silencio y a contar con un abogado.

Por esto, se plantea que la actividad del agente encubierto tenga como límite infranqueable el núcleo esencial de los citados derechos, quedándole prohibido acceder a aspectos de la esfera más íntima del investigado, por ejemplo, usurpando información de cartas o notas personales.



Frente al derecho a la no autoincriminación, se plantea que de por sí la omisión de advertencias al investigado constituyen una forma de afectación demasiado grave del mismo; en este sentido se puede distinguir entre las conversaciones que el agente encubierto entable con el investigado, aquéllas en las que obtenga información autoincriminatoria como consecuencia de las preguntas que el mismo agente le formule al investigado con tal propósito, que constituyen las afectaciones más intensas, y las declaraciones espontáneas autoincriminantes que el investigado le cuente al agente, sin que este previamente lo haya interrogado, que son las menos intensas.

No obstante, en ninguno de los dos casos se puede hablar de la existencia de una voluntad libre, consciente y previamente informada para ser considerada una renuncia válida del citado derecho, pues es casi seguro que de no ser por el engaño del que se vale el agente ocultando su identidad y función, el investigado no le hubiera ofrecido información perjudicial a su persona.

Las actuaciones del agente encubierto fuera de estos límites, de las previsiones legales y al margen de la Constitución, deben generar la prohibición de utilizar sus resultados para el proceso penal, tanto de la prueba directamente obtenida con esa vulneración como de las pruebas derivadas, independientemente de las responsabilidades disciplinarias de los funcionarios implicados y, de ser el caso, penales.

Los postulados de una concepción garantista del derecho penal, han enseñado a erigir la defensa de los derechos fundamentales de las personas como barrera infranqueable de formulas jurídicas que pretenden sustituir el fundamento del Estado de Derecho cimentado en la dignidad humana, por macro-causas que implican una regresión a sistemas de enjuiciamientos ya superados basados en relaciones autoritarias de dominación.



## 5.2. La entrega vigilada

Conforme a la regulación legal de la Ley Contra el Crimen Organizado en Guatemala, la entrega vigilada, constituye el método de investigación que permite el transporte y tránsito de remesas ilícitas o sospechosas, así como de drogas o estupefacientes y otras sustancias, materiales u objetos prohibidos o de ilícito comercio, que ingresen, circulen o salgan del país, bajo la estricta vigilancia o seguimiento de autoridades que prevé a propia Ley; sin que ofrezca de su definición, la posibilidad de que sean objeto de entrega vigilada aquellas personas que trafican con seres humanos.

Este método, conforme al espíritu de la Ley que lo regula, tiene un propósito bien determinado, al autorizar su uso con el fin de descubrir las vías de tránsito, el modo de entrada y salida del país, el sistema de distribución y comercialización, la obtención de elementos probatorios, la identificación y procesamiento de los organizadores, transportadores, compradores, protectores y demás partícipes de las actividades ilegales.

Durante el desarrollo de operaciones encubiertas, el fiscal general de la República, a requerimiento y bajo la responsabilidad del agente fiscal encargado del caso, podrá autorizar que uno o más agentes encubiertos pongan a circular dentro de un grupo delictivo organizado, drogas o estupefacientes, así como otras sustancias, materiales u objetos prohibidos o de ilícito comercio, a efecto de descubrir el funcionamiento y operación de dichas organizaciones y obtener la demás información que se persigue mediante la utilización de las entregas vigiladas.

Las entregas vigiladas deberán ser realizadas por un equipo especial formado por personal de la Policía Nacional Civil, bajo la supervisión y dirección estricta del Ministerio Público, y serán periódicamente evaluados con métodos científicos para garantizar su idoneidad en el ejercicio de dichas actividades.

De igual manera, este método de investigación escapa al control judicial, manteniéndose en manos de la institución que por Ley le corresponde ejercitar la acción penal, previa realización de la investigación y si bien es cierto que este resulta el



método de menor incidencia en los derechos fundamentales de los investigados requiere como toda acción que pueda lacerar derechos fundamentales, de un riguroso control jurisdiccional.

### **5.2.1. Requisitos para la realización de la entrega vigilada**

A los efectos de interesar la realización de entregas vigiladas, los agentes fiscales encargados del caso deberán solicitar por escrito y bajo su responsabilidad, ante el fiscal general de la República, la autorización de la entrega vigilada, quien deberá resolver inmediatamente.

La solicitud de entrega vigilada deberá contener los siguientes requisitos:

- Descripción del hecho que se investiga indicando el o los delitos en que se encuadran los mismos.
- Los antecedentes que permitan presumir que la entrega vigilada facilitará la consecución de los objetivos que se persiguen por la presente Ley.
- La justificación del uso de esta medida fundamentando su necesidad por la probabilidad que el sistema ordinario de investigación no logrará la obtención de la información necesaria.
- En términos generales, los métodos se desarrollarán para documentar la información de la entrega vigilada, de conformidad con el Artículo 29 de la Ley.
- Cuando proceda, el detalle de las sustancias, bienes u objetos de ilícito comercio que se pondrán a circulación, indicando con precisión las cantidades de los mismos, y la justificación de los resultados que se pretenden alcanzar.

Cuando esto no sea posible porque dichas sustancias, bienes u objetos no serán puestos en circulación por agentes encubiertos, deberá indicarse en términos generales



la clase de sustancias o bienes que se dejarán circular para el alcance de los fines de entrega vigilada.

### **5.2.2. Sobre la solicitud de la entrega vigilada**

De conformidad con la regulación legal de la entrega vigilada, en la ley contra la criminalidad organizada, el fiscal general de la República es el competente para la autorización de entregas vigiladas, el que deberá dictar resolución debidamente fundamentada, determinando los siguientes puntos:

- Descripción del hecho que se investiga.
- La justificación del uso de esta medida fundamentando su necesidad por la probabilidad que el sistema ordinario de investigación no logrará la obtención de la información necesaria.
- En términos generales, los métodos que se autorizan para documentar la información de la entrega vigilada, de conformidad con el Artículo 29 de la presente Ley.
- Si las sustancias o bienes serán puestos en circulación por agentes encubiertos, deberá indicarse el detalle de las sustancias, bienes u objetos de ilícito comercio que se pondrán a circulación, indicando con precisión las cantidades y características de los mismos, y la justificación de los resultados que se pretenden alcanzar.
- Cuando las sustancias o bienes no sean puestos en circulación por agentes encubiertos, deberá indicarse en términos generales la clase de sustancias o bienes que se dejarán circular para el alcance de los fines de la entrega vigilada.

Si de lo manifestado por el fiscal encargado del caso en su solicitud, el fiscal general de la República considera que no es viable la autorización de la entrega vigilada por deficiencias en la solicitud, deberá comunicar inmediatamente al fiscal las fallas o deficiencias de que adolezca la misma a efecto de que estas puedan ser subsanadas de forma inmediata o en un plazo no mayor de veinticuatro horas. De no lograrse



subsanan tales deficiencias, el fiscal general de la República dictará la resolución correspondiente con la debida fundamentación.

Autorizada la entrega vigilada, el fiscal responsable del caso deberá coordinar con el jefe de la unidad especial, la designación de los agentes que desarrollarán la entrega vigilada, quienes serán responsables de informar permanentemente al fiscal del avance de la operación, para que éste pueda decidir las diligencias procesales pertinentes cuando lo estime necesario.

### **5.2.3. De la documentación de la operación y la cadena de custodia**

Durante la operación de entrega vigilada, los agentes que intervengan en la misma, bajo la dirección del fiscal, deberán documentarla mediante grabaciones de voces, utilización de micrófonos, fotografías, grabaciones de imágenes, u otros métodos técnico-científicos que permitan garantizar el debido control de la operación. La información documentada deberá ser puesta a disposición del fiscal encargado del caso inmediatamente.

El fiscal general de la República, deberá ser informado por el fiscal encargado del caso sobre los resultados de dicha operación, en especial, sobre la existencia y paradero de las sustancias, bienes u objetos ilícitos, que se dejaron circular, dentro de los tres días de haber concluido la entrega vigilada.

Respecto a la autorización de entregas vigiladas de sustancias, bienes u objetos de ilícito comercio provenientes de otros países, las autoridades del país requirente o el país de destino final de las mismas, deberán suministrar al Ministerio Público la información necesaria para que el fiscal designado pueda fundamentar solicitud para efectos de la autorización respectiva.

Cuando haya concluido la entrega vigilada y se hayan incautado sustancias, bienes u objetos de ilícito comercio, los agentes encargados de la operación, bajo la dirección del



fiscal responsable del caso, deberán asegurar la cadena de custodia para garantizar que las evidencias obtenidas llenen los requisitos para ser incorporadas en el proceso.

El fiscal general de la República, podrá resolver en cualquier momento el cese de las operaciones encubiertas o del procedimiento de entrega vigilada, la detención de los partícipes en el hecho ilícito y la incautación de las sustancias y de los instrumentos del delito, poniéndolos a disposición del juez competente, si a su criterio:

- La operación pone en serio peligro la vida o la integridad física de algún agente encubierto u otras personas ajenas a los actos ilícitos de la organización criminal.
- La operación obstaculiza o impide la comprobación de los ilícitos investigados.
- La operación facilita a los partícipes eludir la acción de la justicia.
- La operación se desvía de finalidad o evidencia en sus ejecutores, abusos, negligencia, imprudencia o impericia.
- Han cambiado o desaparecido los presupuestos de hecho que sustenten la conveniencia de seguir aplicando la modalidad de las operaciones encubiertas o de las de entregas vigiladas.
- La operación haya violado un precepto constitucional.

### **5.3. La interceptación de las comunicaciones**

La técnica de investigación criminal de interceptación de las comunicaciones que legaliza Guatemala en el Decreto 21 de 2006, sancionado por el Congreso de la República como Ley Contra la Delincuencia Organizada, se ajusta en lo fundamental a las exigencias doctrinales mayormente aceptadas en cuanto a su ejecución sobre la base del respeto de los derechos fundamentales de los implicados y, sobre todo, deja claramente especificado en la su normativa, presupuestos de actuación judicial y fiscal para que dicha operación encubierta pueda ser valorada como elemento probatorio por



el fiscal en el ejercicio de la acción penal, y por los jueces, como prueba en el acto del juicio oral, todo con una finalidad bien determinada, enfrentar una lucha efectiva contra la delincuencia organizada

En el Artículo 48 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, se hace referencia a los requisitos de excepcionalidad, necesidad y control judicial de la interceptación de las comunicaciones, al reconocerse que cuando sea necesario evitar, interrumpir o investigar la comisión de los delitos reconocidos en la propia Ley como aquellos que pueden ejecutar la delincuencia organizada, podrá interceptarse, grabarse y reproducirse, con autorización judicial, comunicaciones orales, escritas, telefónicas, radiotelefónicas, informáticas y similares que utilicen el espectro electromagnético, así como cualesquiera de otra naturaleza que en el futuro existan.

Para ello, conforme a lo preceptuado en el Artículo 49, los fiscales del Ministerio Público, al ser los responsables de la investigación, son los únicos competentes ante el juez correspondiente, para la solicitud de autorización de la interceptación de las comunicaciones mencionadas en el artículo anterior, cuando la situación lo haga conveniente. Y cuando el órgano policial tenga conocimiento de la comisión o planificación de la comisión de delitos por grupos delictivos organizados, deberán acudir inmediatamente al Ministerio Público proporcionando toda la información necesaria para fundamentar la solicitud de la interceptación de dichas comunicaciones.

Las solicitudes de autorización para la interceptación de las comunicaciones reguladas en la presente Ley, deberán presentarse por escrito ante el juez competente con los siguientes requisitos:<sup>223</sup>

- Descripción del hecho que se investiga, indicando el o los delitos en que se encuadran los mismos.
- Números de teléfonos, frecuencias, direcciones electrónicas, según corresponda, cualesquiera otros datos que sean útiles para determinar el medio electrónico o

---

<sup>223</sup> Artículo 50 del Decreto 51-92. Código Procesal Penal.



informático que se pretende interceptar para la escucha, grabación o reproducción de la comunicación respectiva.

- Descripción de las diligencias y medios de investigación que hasta el momento se hayan realizado.
- Justificación del uso de esta medida, fundamentando su necesidad e idoneidad.
- Si se tuvieren, nombres y otros datos que permitan identificar a la persona o persone que serán afectadas con la medida.
- En los delitos en que esté en peligro la vida o la libertad personal, el Ministerio Público podrá presentar verbalmente la solicitud al juez competente quien resolverá en forma inmediata.

A los efectos de evitar excesos, como límites a la utilización de esta operación encubierta en el Artículo 51, se precisa de manera taxativa qué debe entenderse como necesidad, y a tales efectos a de comprenderse como tal cuando los medios de investigación realizados demuestren que en los delitos cometidos por miembros de grupos delictivos organizados se estén utilizando los medios de comunicación establecidos en la presente Ley.

Asimismo, se entenderá que existe idoneidad del uso de la interceptación de las comunicaciones cuando atendiendo a la naturaleza del delito, se puede determinar que la interceptación de las comunicaciones, es eficaz para obtener elementos de investigación que permitan evitar, interrumpir o esclarecer la comisión de los delitos ejecutados por miembros de grupos delictivos organizados.

La competencia para otorgar la autorización, se prevé en el Artículo 52 de la referida Ley, la que concede dicha responsabilidad a los Jueces de Primera Instancia del Ramo Penal, correspondiente a la circunscripción territorial donde se haya cometido, se esté cometiendo o se esté planificando la comisión de delitos por miembros de grupos delictivos organizados; y cuando la comisión del delito se haya realizado, o se esté planificando cometer en distintos lugares, cualquiera de los Jueces de Primera Instancia



del Ramo Penal, de dichos lugares deberá conocer de las solicitudes de interceptación de estas comunicaciones.

También se precisa que cuando por razón de horario o cualquier otro motivo no fuere posible que los Jueces de Primera Instancia del Ramo Penal conozcan de forma inmediata la solicitud de interceptación, podrá presentarse la misma ante el Juez de Paz correspondiente conforme los criterios antes expuestos.

En este caso, el Juez de Paz deberá resolver de forma inmediata y enviar las actuaciones a la primera hora hábil del día siguiente al Juez de Primera Instancia jurisdiccional competente para que, en un término máximo de tres días, ratifique, modifique o revoque la decisión adoptada por el Juez de Paz.

El juez competente deberá resolver inmediatamente las solicitudes de interceptaciones realizadas, siendo responsable por la demora injustificada en la resolución de las mismas, lo que hará mediante auto, en el cual, además de los requisitos formales de un auto judicial, deberá contener los siguientes:<sup>224</sup>

- Justificación del uso de esta medida indicando los motivos por los que autoriza o deniega la solicitud de interceptación.
- Definición del hecho que se investiga o se pretende evitar o interrumpir, indicando el o los delitos en que se encuadran los mismos.
- Números de teléfonos, frecuencias, direcciones electrónicas, según corresponda, o cualesquiera otros datos que sean útiles para determinar el medio electrónico o informático que se autoriza interceptar.
- Plazo por el que autoriza la interceptación. La autorización tendrá una duración máxima de treinta días, la cual podrá prorrogarse.

---

<sup>224</sup> Artículo 52 del Decreto 51-92. Código Procesal Penal.



- Nombres y otros datos que permitan identificar a la persona o personas que serán afectadas con la medida, en el caso que estos hayan sido proporcionados por el órgano requirente.
- La fecha y hora para la audiencia de revisión del informe de la interceptación realizada.

También, se prevé que el fiscal encargado del caso será el responsable de cesar inmediatamente la interceptación<sup>225</sup> cuando:

- La operación pone en serio peligro la vida o la integridad física de personas que llevan a cabo la operación e incluso de aquellas ajenas a los actos ilícitos de la organización criminal.
- La operación obstaculiza o impide la comprobación de los ilícitos investigados.
- La operación facilita a los partícipes eludir la acción de la justicia.
- La operación se desvía de finalidad o evidencia en sus ejecutores, abusos, negligencia, imprudencia o impericia.
- Han cambiado o desaparecido los presupuestos de hecho que sustenten la conveniencia de seguir aplicando la modalidad de la operación encubierta.
- La operación haya violado un precepto constitucional.

Si de lo manifestado por el fiscal en su solicitud, el juez competente considera que no es viable la autorización de la interceptación de las comunicaciones previstas en esta Ley, por deficiencias en la solicitud, deberá comunicar inmediatamente al fiscal las fallas o deficiencias de que adolezca la misma a efecto que estas puedan ser subsanadas de forma inmediata o en un plazo no mayor de veinticuatro horas. De no lograrse subsanar tales deficiencias, el juez dictará la resolución correspondiente con la debida fundamentación.

---

<sup>225</sup> Artículo 53 del Decreto 51-92. Código Procesal Penal.



La interceptación, grabación y reproducción de las comunicaciones será realizada por personal especializado de la Policía Nacional Civil, quienes serán periódicamente evaluados con métodos científicos para garantizar su idoneidad en el ejercicio de dichas actividades. Para tal efecto, el ministro de Gobernación deberá conformar un equipo especial de técnicos, que serán destinados exclusivamente para la realización de dichas funciones.

El Ministerio Público deberá organizar las unidades de terminales de consultas donde se realizarán las interceptaciones, grabaciones y reproducciones de las comunicaciones, las cuales deberán ser estrictamente reglamentadas a efecto que, de toda actividad realizada en dichas unidades, quede registro informático y electrónico para el efectivo control del respeto a las garantías y el apego a la legalidad de quienes intervengan en ellas,<sup>226</sup> o lo que es igual respetar la cadena custodia de la evidencia.

Para el efecto, todas las empresas prestadoras de servicios de comunicación telefónica, informática u otras de naturaleza electrónica, deberán colaborar con el Ministerio Público con el equipo necesario para el desarrollo de las interceptaciones de las comunicaciones brindadas por sus servicios.

A los efectos del control periódico de esta medida tan invasiva en los derechos de intimidad de los investigados, los Jueces de Primera Instancia del Ramo Penal que hayan autorizado las interceptaciones de las comunicaciones, deberán acudir a verificar que los procedimientos se estén desarrollando y que no se estén desarrollando interceptaciones, grabaciones o reproducciones de comunicaciones no autorizadas, dicho control deberá realizarlo personalmente por lo menos una vez dentro del período autorizado, levantando acta de dicha visita.<sup>227</sup>

La autorización de la medida de interceptación expirará una vez se cumpla el plazo autorizado por el juez, salvo que se solicite la prórroga por el fiscal responsable de la investigación. En este caso, deberá justificarse la necesidad e idoneidad de continuar con dicha actividad de conformidad con los criterios establecidos en la propia Ley en el

---

<sup>226</sup> Artículo 56 del Decreto 51-92. Código Procesal Penal.

<sup>227</sup> Artículo 57 del Decreto 51-92. Código Procesal Penal.



Artículo 51. Podrá asimismo terminarse la medida cuando se logre el objetivo para el cual ha sido expedida la autorización de interceptación.

En el mismo momento en que se autorice la medida de interceptación, el juez competente deberá establecer la obligación del fiscal a informar cada quince días sobre el desarrollo de la actividad de interceptación, grabación y reproducción de las comunicaciones, para verificar si la medida está cumpliendo con la finalidad perseguida y si se está cumpliendo con las reglas establecidas en la Ley para la utilización de la medida.

La omisión por el fiscal de la presentación de este informe verbal o escrito, o si sus explicaciones no fueren satisfactorias para el juez, podrán ser motivo suficiente para revocar la autorización y ordenar la suspensión de la interceptación.

El Ministerio Público solicitará la prórroga del período de la interceptación de las comunicaciones por lo menos con dos días de anticipación a la fecha en que fenezca el periodo anterior. El juez resolverá inmediatamente con base en el informe que se le hubiere presentado.

Cuando se hubiere denegado la prórroga, el fiscal encargado del caso deberá concluir la interceptación autorizada, debiendo levantar acta y rendir informe complementario al juez competente.

El fiscal y sus investigadores deberán levantar acta detallada de la transcripción de las comunicaciones útiles y relevantes para la comprobación o aportación de evidencias del hecho punible que se investiga, tomando en cuenta que cualquier otra información personal o íntima, será excluida del informe certificado que se aporte como prueba del crimen o delito.

El Ministerio Público conservará los originales de las transcripciones, así como el o los *cassettes* sin editar que contienen las voces grabadas, hasta que se solicite la recepción de la primera declaración de la persona sindicada, momento en el que deberá poner a disposición del juez competente las actuaciones que obren en su poder.



Una vez terminada la audiencia de la primera declaración, las actuaciones originales volverán a poder del Ministerio Público para completar la etapa preparatoria del proceso penal. Las comunicaciones, informaciones, mensajes, datos o sonidos transmitidos en un idioma que no sea el español, serán traducidas a este idioma por un intérprete autorizado por el juez contralor. En todos los casos, las traducciones se ejecutarán previo juramento de realizar versiones fieles, conforme a lo dicho por el investigado.

El medio de prueba será las grabaciones o resultados directos de las interceptaciones, y las transcripciones servirán únicamente como guías para una correcta comprensión de las mismas. En caso de contradicción, prevalecerá lo primero sobre las transcripciones.

El resultado final de las grabaciones deberá tener como único objetivo la sustanciación del procedimiento que impulse el fiscal en contra de la persona a quien va dirigida la interceptación de su comunicación. Para garantizar el derecho de defensa, las grabaciones podrán ser revisadas por la persona que ha sido objeto o blanco de ellas, a partir de la primera declaración de dicha persona en los tribunales penales correspondientes.

El contenido de las grabaciones realizadas de conformidad con el Artículo 48 de la Ley, solo tendrá validez como medio de prueba cuando sea el resultado de una interceptación autorizada de conformidad con el procedimiento establecido en la presente Ley. La prueba obtenida con violación de estas formalidades o la violación al derecho a la privacidad más allá de lo establecido por la autorización judicial es ilegal, sin perjuicio de las responsabilidades legales en que incurra la persona que la realiza.

La Ley estudiada también contempla lo relacionado con el hallazgo inesperado o causal de trascendencia ilícita en el curso de la interceptación, y en este sentido se prevé que cuando a consecuencia de una medida de interceptación autorizada conforme la presente Ley, resultare información de hechos delictivos del investigado o de un tercero no previstos en la autorización judicial, el fiscal deberá ponerlo en conocimiento inmediato del juez contralor, a efecto de solicitar una nueva autorización con respecto a los nuevos hechos descubiertos. (Artículo 63)



En cuanto a la secretividad de la operación encubierta, se precisa que los Jueces de Primera Instancia del Ramo Penal, llevarán un libro de registro de todas las solicitudes presentadas a su consideración, indicando la fecha y hora en que fueron recibidas, el número de la solicitud y el nombre del representante del Ministerio Público que la presenta. Únicamente al fiscal encargado del caso se le entregará copia de la solicitud y de la decisión judicial. A ninguna entidad o persona se le debe suministrar información relacionada con las actuaciones de interceptaciones reguladas en dicha Ley. (Artículo 64)

Asimismo, se prevé que los registros y actas en los cuales consten las interceptaciones de las comunicaciones, hayan dado o no resultados, deberán ser destruidos bajo supervisión judicial, un año después de finalizada la persecución penal o la sentencia impuesta haya sido ejecutoriada en el caso que existan personas condenadas; lo que no incluye el expediente del proceso penal que haya fenecido.

Cuando hubiere concluido toda interceptación de comunicaciones, el fiscal encargado del caso informará al juez competente sobre su desarrollo y sus resultados, debiendo levantar el acta respectiva para efectos de dicho informe (Artículo 67).

El fiscal encargado del caso levantará acta circunstanciada de toda interceptación realizada que contendrá las fechas de inicio y término de la misma; un inventario detallado de los documentos, objetos, cintas de audio y cualquier otro medio utilizado de conformidad con la Ley, que contengan los sonidos captados durante la misma; la identificación de quienes hayan participado en las diligencias, así como los demás datos que considere relevantes para la investigación. (Artículo 68).

De manera muy precisa, y dada la transparencia que ofrece a la actuación investigativa encubierta, se prevé en el Artículo 69, el estricto respeto de la cadena de custodia de las interceptaciones, cuando se deja claramente determinado que los documentos, objetos, cintas y cualquier otro registro obtenido en las interceptaciones, se numerarán en original y en duplicado de forma progresiva y contendrán los datos necesarios para su identificación. Se guardarán en sobre sellado para conservar la cadena de custodia



de la prueba y el fiscal encargado del caso será responsable de su seguridad, cuidado e integridad, debiendo dejar constancia de todo acto que realiza.

De igual manera se precisa que las voces provenientes de una comunicación interceptada contra el imputado podrán ser cotejadas por los medios idóneos para ser incorporados en el proceso penal como evidencias o medios de prueba. (Artículo 71).

### 5.3.1. La interceptación de las comunicaciones como prueba lícita

En cuanto a la actividad probatoria en el proceso penal ordinario de Guatemala, además de la libertad de las partes para probar los hechos que aleguen a través de cualquiera de los medios de prueba que autoriza el Código Procesal, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en el mismo, no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuesto de ella,<sup>228</sup> lo que quiere decir, que no solo se impide ser valorados como parte de la prueba que fundamenta la sentencia, sino que a su vez resulta ilegal desarrollar proceso investigativo sobre esa base.<sup>229</sup>

Doctrinalmente,<sup>230</sup> existen dos posiciones que señalan la nulidad de la prueba ilícita, independientemente del momento procesal en que se produce la irregularidad:

La primera, es defendida por los autores que circunscriben en la prueba ilícita exclusivamente a los casos en que resultan vulnerados los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

La segunda, sin considerar el rango del derecho vulnerado, señala la existencia de la nulidad por el desconocimiento o indebida observación de las normas reguladoras de la

<sup>228</sup> **Artículo 281 del Código Procesal de Guatemala.**

<sup>229</sup> Ávila Ortiz, Félix A. **Los nuevos roles del Juez y del Ministerio Público en el Código Procesal Penal.** Pág. 8. Armenta Deu, T. **La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal.** Pág. 23. Almagro Nosete, J. **Teoría General de la Prueba en el Proceso Penal.** Pág. 4. Ambos, K. y Woischnik J. **Las reformas procesales penales en América Latina,** Pág. 34.

<sup>230</sup> López Barja de Quiroga. **Op. Cit.** Pág. 56. Devis Echandía. **Op. Cit.** Pág. 545. Gonzalez Montes, J. L. **La prueba obtenida ilícitamente con violación de derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites.** Pág. 31. Armenta Deu, T. **Op. Cit.** Pág. 200.



obtención y práctica de la prueba, entendiendo como infracción de las normas procesales implica al desconocimiento del proceso con todas las garantías y a igualdad de las partes, por tanto, en todos estos casos, la valoración de la prueba estaría constitucionalmente prohibida, desde esta perspectiva es nula toda resolución judicial que admita una prueba ilícita obtenida mediante la violación de derechos fundamentales.

Tal es el caso de que en la práctica judicial se presenten situaciones excepcionales como la prueba incorporada al proceso de forma irregular o a través de la vulneración de un derecho no fundamental, como el documento incorporado al juicio previo hurto del mismo.

A este respecto, la conocida doctrina de los frutos del árbol envenenado, se refiere a la prueba ilícita directa, como la obtenida mediante la vulneración de derechos fundamentales y la prueba ilícita indirecta, como todo elemento probatorio que se derive de esa vulneración.

Concluyendo, puede indicarse que al resolver la nulidad de las pruebas, se considera adicionalmente si fueron obtenidas mediante la violación directa o indirecta de los derechos y garantías individuales.

Conforme al Artículo 48 de la Ley contra la criminalidad organizada, el derecho al debido proceso con todas las garantías, reconocido en el Artículo 12 de la Constitución Política de Guatemala, supone únicamente la nulidad de aquellas actuaciones que tengan su origen en una medida ilegítima o irregular; es decir, que falte algunos de los principios procesales, o se cumplan en forma defectuosa, de manera que constituyan vicios del procedimiento tanto los actos como las pruebas que tengan su origen en las medidas.

En este sentido, hay que tener por infracciones de alcance constitucional la ausencia de fundamento para su autorización, la conculcación del principio de proporcionalidad que ha de regir la decisión del juez, los defectos trascendentales en la resolución judicial, o las graves incorrecciones en la ejecución de lo acordado que supongan una



extralimitación en el quebranto de los derechos del afectado o de terceros, tales como prórrogas temporales o extensiones a otros teléfonos no autorizados expresamente en definitiva, cualquier actuación de los investigadores que incumpla lo dispuesto por el Instructor en lo relativo a los límites constitucionalmente protegidos.

Las diligencias de interceptaciones de algún medio de comunicación de tipo personal realizadas sin las garantías que la legitiman devienen nulas de pleno derecho y, en consecuencia, no podrán ser utilizadas como elemento probatorio.

En la Ley se diferencian tres momentos de desarrollo de las medidas especiales: La decisión judicial de autorizar las interceptaciones de las comunicaciones, la ejecución policial de dicha autorización con la supervisión del fiscal a cargo de la investigación, y la incorporación a las actuaciones de su resultado.

El juicio de experiencia que determina el grado de conexión entre la prueba originaria y la derivada, en relación a determinar la pertinencia o impertinencia de esta última, corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, al proceso solo se introducirán las grabaciones de aquellas conversaciones o parte de ellas, que, a solicitud del Fiscal, se estimen útiles para el descubrimiento de la verdad, sin embargo, la Ley señala que el contenido íntegro de las interceptaciones se pone a la disposición del Juez o Tribunal, quien en último término será quien decida.

La prueba ilícita no es ni más ni menos que una actividad procesal defectuosa. El reclamo de subsanación de una actividad procesal defectuosa, exige a la parte agraviada describir el defecto, individualizar el acto viciado u omitido y proponer la solución que corresponda. Ahora bien, si por las circunstancias hubiere sido imposible advertir en el momento el defecto, la parte deberá reclamar inmediatamente después de conocerlo.<sup>231</sup>

---

<sup>231</sup> Armenta Deu, T. **Op. Cit.** Pág. 28. Almagro Nosete, J. **Op. Cit.** Pág. 10. Ambos, K. y Woischnik J. **Op. Cit.** Pág. 34.



Debe recordarse que de acuerdo a la ley, en estos casos, no será necesaria la protección previa y los defectos podrán ser advertidos aún de oficio. El acto es nulo, y por ende ineficaz de conformidad con la ley del Organismo Judicial.<sup>232</sup>

Resulta criterio extendido de la doctrina que la obtención de la prueba, en cualquier tipo de procesos, para ser válida y permitir al Juez su valoración, debe lograrse por vías legalmente establecidas. En este sentido, Picó I. Junio<sup>233</sup> aporta como alusión del problema, el de la cinta magnetofónica en la que aparece recogida una determinada conversación interceptada por uno de los intervinientes, o un tercero bajo la autorización y supervisión judicial. En este último caso, se exige la existencia de una motivada resolución judicial que ponderando los intereses del conflicto, esto es, bajo la estricta observancia del principio de proporción.

En consecuencia, la ausencia de autorización judicial, motivación razonable o justa necesidad en ella, determinan irremediablemente, la licitud de la prueba obtenida.

Sin embargo, el investigador es del criterio y de conformidad con la conocida doctrina del fruto del árbol envenenado, por la cual la prueba obtenida violando garantías constitucionales, a pesar de la certidumbre que ofrezca, no puede ser válida ni tenida por legítima, por cuanto está viciada desde su nacimiento.<sup>234</sup>

El origen de esta teoría es anglosajona, y en Estados Unidos se aplica, por primera vez, en el caso “*Silverthorne Lumber Co. Vs United State*” (251 US 385-1920) cuando la corte federal decidió que el Estado no podía intimidar a una persona a que entregara cierta documentación, cuya existencia había sido descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal.

Luego, en la causa “*Nardote Vs United State*” (308 US 338-1939) dicho tribunal utiliza la expresión “fruto del árbol envenenado”, al resolver que no solo debía excluirse como

---

<sup>232</sup> Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial.

<sup>233</sup> Picó I Junio, J. *El derecho a la prueba en el derecho procesal civil*. Pág. 356.

<sup>234</sup> Silva Melero, V, *Op. Cit.* Pág. 10; Ruiz Vadillo, E. *La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de producirse algunas determinadas irregularidades procesales*. Pág. 1249.



prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas en orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones.

Con todo, el punto de partida puede variar conforme el ordenamiento jurídico que se analice, porque el modelo anglosajón parte de “exclusiones de prueba” por apropiación viciada; mientras que los sistemas de tradición romana aplican el régimen de “nulidades procesales”; en cambio, los que asientan su legislación en la doctrina germana, remiten a las potestades del juez para determinar en cada caso concreto cuándo una prueba es ilícita.<sup>235</sup>

En consecuencia, para abarcar la cuestión desde una teoría general, es mejor comprender las diversidades en la medida que cada sector puede interpretar los hechos con miradas diferentes. Para el *common law* la prueba “no existe”; para el *civil law* es nula, y para el sistema germánico es un tema de utilidad y aprovechamiento.<sup>236</sup>

Vale decir, la lectura es distinta, como lo son también los parámetros. Cada uno de ellos contrae cuestiones de valoración independiente donde comienzan otras diferencias como la distinción entre “prueba ilícita” y “prueba ilegal”; la posibilidad de redimir el vicio cuando el imputado presta acuerdo explícito; la apreciación de la conducta del encartado, etc.

Al respecto, resulta oportuno señalar la posición de la jurisprudencia española, relacionado con este particular:

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo español, han reiterado en muchas de sus sentencias<sup>237</sup> que “No constituyen una vulneración del secreto de las comunicaciones las irregularidades cometidas en el control judicial a posteriori del

---

<sup>235</sup> Parra Quijano, J. **Manual de derecho probatorio**. Págs. 22 a 41. Pico I Junio, J. **Op. Cit.** Pág. 839 a 872.

<sup>236</sup> Parra Quijano, J. **Op. Cit.** Pág. 30. Silva Melero, V. **Op. Cit.** Pág. 15. Ruiz Vadillo, E. **Op. Cit.** Pág. 1249.

<sup>237</sup> **Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional español 121/1998, 151/1998, 49/1999, 202/2001; y Sentencia del Tribunal Supremo español de 17 de diciembre de 2002.**



resultado de las intervenciones telefónicas practicadas”, sin perjuicio de su relevancia y efectos probatorios.

A pesar de tal afirmación conviene hacer una breve referencia a la cuestión, dada la abundante jurisprudencia al respecto y la estrecha vinculación entre la interceptación de las comunicaciones y su utilización como prueba, pues como repetidamente ha declarado el Tribunal Constitucional “al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia”.<sup>238</sup>

La interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, debido a la colisión que entraña con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes. La lesión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas tiene, pues, el efecto añadido de suponer la prohibición, derivada de la Constitución, de admitir como prueba en el juicio oral y de dar eficacia probatoria al contenido de las conversaciones intervenidas, ni por la audición de las cintas grabadas con las escuchas, ni por su transcripción, ni mediante la declaración testifical de los agentes que participaron en su práctica.<sup>239</sup>

En consecuencia, las pruebas obtenidas sin autorización judicial o, en su caso, con autorización no suficientemente motivada no deberán valorarse. Conviene, no obstante, indicar que se admite la posibilidad de incorporar pruebas practicadas en el extranjero, cuando se parta de la existencia de garantías suficientes -como se presume de los Estados miembros de la Unión Europea-, aunque no se correspondan con las existentes en nuestro país y como, en particular, permite el Artículo 73 del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990.<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> *Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional español 138/2001, de 17 de julio, y otras en ella citadas.*

<sup>239</sup> *Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional español 50/2000, de 28 de febrero y 49/1999, de 5 de abril.*

<sup>240</sup> *Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo español de 25 de septiembre y 18 de noviembre, ambas de 2002, y 10 de enero de 2003.*



Pero no se trata únicamente de invalidar las pruebas obtenidas con vulneración del derecho recogido en el Artículo 18.3 de la Constitución española, sino que, determinados supuestos, habrán de invalidarse también otras pruebas si se hubieran logrado a partir de las primeras consideradas viciadas -de acuerdo con la teoría de los frutos del árbol envenenado-; de ahí la importancia de realizar la intervención de las comunicaciones con todas las garantías exigibles.

El Tribunal Constitucional ha establecido un criterio básico para determinar cuándo las pruebas derivadas de otras constitucionalmente ilegítimas podían ser valoradas o no, que también ha sido seguido por la jurisprudencia ordinaria. Este criterio estribaba en determinar, si, además de estar conectadas desde una perspectiva natural, entre unas y otras pruebas existía una denominada “conexión de antijuricidad”. De manera que es posible que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existiera relación natural o si, en segundo lugar, no se diera la conexión de antijuricidad.<sup>241</sup>

“Para tratar de determinar si esa conexión de antijuricidad existe o no hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige.

Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente, sobre

---

<sup>241</sup>Cfr. **Sentencias del Tribunal Constitucional español 166/1999, FJ 4º; 171/1999, FJ 4º, 11/1981, 49/1999.**



ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”.<sup>242</sup>

En principio, corresponde a los jueces y Tribunales ordinarios la determinación de la pertinencia o impertinencia de las pruebas cuestionadas, en tanto que el control por parte del Tribunal Constitucional ha de ceñirse a la comprobación de la razonabilidad del mismo.<sup>243</sup>

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de febrero de 2003, posiblemente supondrá un nuevo impulso a las garantías del derecho al secreto de las comunicaciones en aquellos países donde aparece regulado como mecanismo de lucha contra la delincuencia organizada.

En un plano general, el derecho al secreto de las comunicaciones está llamado, sin duda, a tener un gran desarrollo, por una parte, por el auge de todo tipo de comunicaciones, inimaginable unos años atrás; por otra, los delitos a gran escala o el terrorismo suponen un nuevo reto en el terreno del control de las comunicaciones. Como ha manifestado el Tribunal constitucional “en una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no sólo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo”. No obstante, los riesgos proceden también de ese mismo auge, como lo indica el anuncio, en el mes de julio de 2005 tras los atentados de Londres, de una regulación en el marco de la Unión Europea para facilitar el control de las comunicaciones ante las amenazas del terrorismo.<sup>244</sup>

Como se hizo referencia *up supra*, la Ley contra la delincuencia organizada en Guatemala, determina claramente como presupuesto de validez como prueba de la interceptación telefónica, en el Artículo 69, el estricto respeto de la cadena de custodia de las interceptaciones, ya que los documentos, objetos, cintas y cualquier otro registro

---

<sup>242</sup> Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional español 81/1998 y 49/1999.

<sup>243</sup> Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional español 119/1989, de 3 de julio, 139/1999, de 22 de julio.

<sup>244</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional español 132/2002, de 20 de mayo.



obtenido en las interceptaciones, deben ser numerados en original y en duplicado en forma progresiva y contendrán los datos necesarios para su identificación. Se guardarán en sobre sellado para conservar la cadena de custodia de la prueba y el fiscal encargado del caso será responsable de su seguridad, cuidado e integridad, debiendo dejar constancia de todo acto que realiza.

### 5.3.2. Valor probatorio de la interceptación de las comunicaciones

Otra cuestión que resulta necesario dilucidar en la investigación que se presenta viene referido al valor probatorio que se le puede otorgar a la interceptación de de las comunicaciones, ya que por su fugacidad e inminencia ha de obtenerse en los momentos iniciales del proceso y en tanto ello no puede reservarse para el acto del juicio oral.

En este sentido el debate se concentra en si puede o no concedérsele la condición de acto de prueba anticipada o solo puede ser estimado un indicio o acto de investigación, que debe reproducirse en el acto del juicio oral a través del medio de prueba documental.

A estos efectos, se considera oportuno resaltar, que el tema prueba anticipada, está íntimamente ligado con el concepto que de prueba se tenga; y que el concepto de prueba puede y debe construirse desde la teoría general; se ha dicho que prueba es la actividad y/o instrumento tendente a posibilitar la reconstrucción fáctica de la historia parcial introducida en el proceso a fin de convencer al juez de su verdad o falsedad, existencia o inexistencia.<sup>245</sup>

Así, entre otros, Serra Domínguez define la prueba como: actividad consistente en una comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos encaminada a formar la convicción del juez.<sup>246</sup> Mientras que para Miranda Estrampes: la

---

<sup>245</sup> Gómez Orbaneja y Herce Quemada, **Derecho Procesal Civil**. Pág. 287.

<sup>246</sup> Serra Domínguez, M. **Comentarios al Código civil y Compilaciones forales**. Pág. 12.



prueba procesal es la verificación o comprobación que realiza el juez mediante la comparación de afirmaciones.<sup>247</sup>

El significado a fijar de lo que se considera la prueba, no solo puede verse determinado por lo que constituye su fin o su objeto, es decir, provocar la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de determinados hechos y ser la actividad consistente en la aportación de hechos, máximas o criterios valorativos.

Dentro de lo que es y constituye la prueba, desde su general e imprescindible entendimiento, debe comprenderse además el cómo, el cuándo, el quién y el para qué.<sup>248</sup> El cómo incluye la plena observancia de las garantías y principios procesales de contradicción, defensa, publicidad, etc.

El cuándo impone en estrecho vínculo con el cómo, la sujeción de su práctica a los momentos procesales precisos para que el juzgador, con respeto del principio de inmediación, pueda fijar los hechos en su resolución definitiva; de lo cual constituyen excepción la prueba anticipada y la denominada preconstituida,<sup>249</sup> con plena intervención de las partes a quienes se les debe dar la oportunidad de contradecir, y de este modo debe reproducirse en juicio oral y público,<sup>250</sup> etc.

Desde una perspectiva del principio acusatorio *el quién debe probar* resulta determinante, ya que es a las partes a quienes incumbe la carga de introducir en el proceso a través de los medios probatorios las fuentes de pruebas que consideren aptas a fin de llegar a probar sus afirmaciones, lo que de variadas maneras se ve en nuestro proceso penal; pero de cualquier modo el Código Procesal Penal en Guatemala, impone al Ministerio Público, la actividad acusatoria de cargo, para destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado.

---

<sup>247</sup> Miranda Estrampes. **La mínima actividad probatoria en el proceso penal.** Pág. 31.

<sup>248</sup> Pedraz Penalva, E. **El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas.** Pág. 277.

<sup>249</sup> Asencio Mellado, J. M. **Prueba prohibida y prueba preconstituida.** Pág. 55. Hernández Gil, F. **La prueba preconstituida.** Pág. 75.

<sup>250</sup> Pedraz Penalva, **Notas sobre publicidad y proceso.** Pág. 203.



No obstante a lo alegado, es recomendable tener presente que cuando se precisa que la prueba, es aconsejable modular la expresión, pues en sentido estricto compete al juez dirigir y desarrollar la actividad probatoria, es decir, comparar las afirmaciones de hecho introducidas en el proceso, sobre las que han incidido los medios de prueba propuestos y practicados y la realidad de aquellas,<sup>251</sup> y las partes, son las que han de introducir las fuentes de prueba a través de los medios previstos en la Ley procesal.

A la acusación en todo caso, y eventualmente a la defensa, incumbe aportar el material probatorio con el que el órgano jurisdiccional que debe resolver probará. Tiene pleno significado esta matización ya que al hablar de los sistemas de prueba legal o libre, no puede rechazarse que el sujeto receptor de los criterios normativos que delimitan su convicción o la falta total o parcial de los mismos, es el juez.<sup>252</sup> En esta línea de pensamiento, alcanza pleno significado la reconceptualización de la prueba libre que, desde el abandono total del viejo sistema inquisitivo, comporta la observancia por el juez de motivar también fácticamente su razonamiento y su jurídica articulación.

El juicio valorativo llevado a cabo por el juzgador, busca el convencimiento de que las afirmaciones parciales, tanto de la acusación como de la defensa, coinciden con el resultado obtenido de la práctica de los medios de prueba. En esencia son distintas la prueba y la actividad permisiva o facilitadora de la misma, por un lado, de la actividad, y por otro, de la *averiguación* que se lleva a cabo durante la fase de investigación de los hechos aducidos.

El esclarecimiento de lo que se dice acontecido, así como la búsqueda, aseguramiento y conservación de las fuentes de prueba son actuaciones ineludibles para poder abrir el juicio y, así, en él, vía medios de prueba, y según normativamente se contempla, tenga lugar la formal introducción en el proceso de aquellas fuentes aportando el material,

---

<sup>251</sup> Carnelutti, F, **La prueba civil**. Pág 40, Miranda Estrampes, M. **Op. Cit.** Pág. 33.

<sup>252</sup> Hernández Gil, F. **Op. Cit.** Pág. 75. Pedraz Penalva, E. **El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas**. Págs. 277 a 313.



cuya suficiencia para tener o no por desvirtuada la presunción de inocencia ha de ser valorada judicialmente.

Solo corresponde al juzgador la tarea de apreciar, con las máximas de experiencia que posea, o que le haya aportado el perito, la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes al compararlas con las que resultan de los medios de prueba practicados.

No puede considerarse que sean los hechos solo la afirmación parcial de los que se dicen producidos, cómo se produjeron y quién o quiénes intervinieron. Los hechos, en sí históricos, no son susceptibles de reiteración y, a lo sumo, solo de reconstrucción o de reproducción virtual.

El conocimiento exacto e íntegro de lo acaecido no está ni siquiera en el autor del hecho. Su visión, subjetiva, requeriría su complemento con la de la víctima y hasta con la de un tercero que fuere capaz con objetividad de captar al menos *in situ*, la multiplicidad de circunstancias concurrentes.

La versión del acusado, o de la víctima, además de exigida y de evidente parcialidad, puede verse comprometida con el desgaste que supone el tiempo transcurrido; lapso en el que generalmente se tiende a elaborar y/o fabular los acontecimientos. Ni los hechos son por sí mismos susceptibles de ser trasplantados al proceso, con lo que el objeto de prueba se circunscribe a la afirmación de los mismos, ni las valoraciones de expertos pueden ser vía de un real y exacto conocimiento de lo sucedido, dado a lo cual el juzgador puede contentarse con dar por probado en su sentencia los afirmados hechos punibles.

La tarea jurisdiccional, individualizadora del caso al que aplicar la consecuencia jurídica prevista por la norma, no puede ser asumida por órgano distinto al sentenciador, por las partes, ni por terceros, peritos. Forma parte indivisible del pronunciamiento jurisdiccional, solo declinable en mayor o menor medida en el supuesto de la prueba legal.



El juez ha de sentenciar, no cabe el *non liquet*, perteneciéndole así la tarea de ponderar los elementos fácticos afirmados y los datos probatorios introducidos, con ayuda de las máximas de experiencia, a fin de tener o no por probada la acusación.

El objetivo o el fin de la actividad probatoria es, para Asencio Mellado,<sup>253</sup> la convicción del juez acerca de la exactitud de una afirmación de hecho, convicción que no ha de girar en torno a la veracidad o falsedad del hecho base de la afirmación, ni tener como apoyo el dato de la existencia o no de tales hechos, antes al contrario la convicción lo es respecto de la exactitud de la afirmación fáctica.

Miranda Estrampes,<sup>254</sup> considera que la prueba procesal no es pues un proceso de demostración de la existencia o inexistencia de un hecho; la prueba procesal aspira únicamente a persuadir al juez de las afirmaciones deducidas por las partes. Conforme a estas premisas, la actividad probatoria debe tener como meta alcanzar el convencimiento del juzgador sobre la coincidencia de las afirmaciones parciales introducidas en el proceso y el resultado de la práctica de los medios probatorios.

No es admisible demandar una convicción judicial acerca de la verdad o falsedad de la afirmación fáctica. La convicción se alcanza tanto si se llega a la certeza, no absoluta, como a la probabilidad; o lo que es igual, cuando el juez logra disipar todas aquellas dudas socialmente relevantes desde su evaluación comparativa con las referencias obtenidos de la práctica probatoria.<sup>255</sup>

El juez es quien ha de formar su convicción y por ende el sujeto sobre el que recae la misión de tener por probadas o no las aseveraciones aducidas procesalmente; ni aún tratándose de medios científicos, como algunos peritajes, es posible pensar que pueda ser sustituido directa o indirectamente el juez por el experto, vinculándole su informe, ni

---

<sup>253</sup> Asencio Mellado, J. M. **Prueba prohibida y prueba preconstituida**, p.15. Varela Castro, L. **Investigación y preparación del juicio oral**. Pág. 165.

<sup>254</sup> Miranda Estrampes. **Op. Cit.** Pág. 34.

<sup>255</sup> Asencio Mellado. **Op. Cit.** Pág. 49. Varela Castro, L. **Op. Cit.** Pág. 167.



tampoco que el destinatario de la actividad probatoria pueda ser otro que el órgano sentenciador.

Únicamente puede formar y razonar su convicción el juez, respecto a las afirmaciones y medios de prueba, si han sido propuestos y practicados ante él en juicio oral; siendo necesario que los resultados de la práctica sean medios de prueba de cargo y suficientes para, a juicio del sentenciador, con uso de máximas de experiencia, tener por enervada la presunción de inocencia, debiendo explicitar su razonamiento.<sup>256</sup>

Establecido como presupuesto que la prueba, entre otras exigencias, es una actividad del juzgador consistente en el juicio comparativo que hace entre las afirmaciones fácticas parciales y los datos extraídos en el juicio oral de acuerdo con las exigencias de inmediación, oralidad, contradicción, igualdad, publicidad, en la realidad procesal, resulta oportuno hacer referencia a determinadas diligencias probatorias llevadas a cabo con anterioridad y fuera de la presencia del decidor, se trata de la denominada prueba anticipada.

Gómez Orbaneja señala que, en el proceso civil, el aseguramiento de la prueba representa una derogación del régimen probatorio por lo que se refiere al tiempo "(...) la llamada (...) probatio ad perpetuam memoriam es un acto de prueba - acomodado en todo a la regulación del medio de que se trate- que se hace fuera de ese período: bien antes de ser recibido el pleito a prueba, en la fase alegatoria, bien incluso con anterioridad al comienzo del proceso por la demanda (...)"<sup>257</sup>

Refiriéndose al proceso penal, el mismo autor indica: "Verdadera prueba es la que tiene lugar en el juicio oral, pero cuando algún medio de prueba, por cualquier causa, no

---

<sup>256</sup> Pedraz Penalva, E. **Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración**. Pág. 223 y ss.

<sup>257</sup> Gómez Orbaneja. **Derecho procesal civil**. Pág. 324.



puede realizarse en dicho acto, permite la ley que se adelante en la fase de instrucción con intervención de las partes.”<sup>258</sup>

De lo analizado, se puede resumir que en el derecho procesal penal se utiliza la expresión prueba como actividad de la acusación y defensa y no como tarea exclusiva del órgano jurisdiccional que tiene la tarea de resolver, pues el acusador y eventualmente los acusados aportan al proceso las fuentes de prueba a través de los medios probatorios y suministran al juez los datos con los que ha de confrontar sus afirmaciones.

Aguilera De Paz, considera la petición de prueba anticipada también si pudiere motivar la suspensión del acto del juicio, pues aún “(...) censurada por comentaristas de la ley que examinamos, y entre ellos por el Sr. Reus, el cual la considera como innecesaria y contraria a la claridad y sencillez con que conviene establecer las disposiciones legales; (...) (estima) esa adición como una consecuencia lógica del propósito en que se inspiró el legislador para facilitar la celebración del juicio oral, permitiendo la práctica antes de dicho acto de todas aquellas diligencias que pudieran impedirlo o estorbarlo en su día”.<sup>259</sup>

Para Varela Castro, la prueba anticipada y la preconstituida solo constituirán verdaderos actos de prueba cuando en su ejecución se haya garantizado la observancia de los principios de contradicción e inmediación de un órgano judicial, de un lado, y pueda preverse su imposibilidad de reproducción en el juicio oral, de otro.<sup>260</sup>

Miranda Estrampes, no estima bastante la mera constatación de que la práctica de un medio probatorio pudiere originar la suspensión del acto del juicio para dar entrada a la prueba anticipada; a su juicio el órgano jurisdiccional sentenciador debería, en primer lugar, señalar el inicio de las sesiones de la vista oral en una fecha en que la causa de la suspensión hubiere desaparecido, y únicamente acordar su práctica anticipada en

---

<sup>258</sup> **Ibid.** Pág. 215.

<sup>259</sup> Aguilera de Paz, E. **Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.** Pág. 108.

<sup>260</sup> Varela Castro. **Op. Cit.** Pág. 165.



aquellos casos en que se prevea la permanencia de la causa de suspensión durante largo de tiempo.<sup>261</sup>

La anticipación de la práctica probatoria, supone excepción a la realizada al acto de la vista y debe contraerse a la estrictamente necesaria, por lo que no debe ser acogida en tal concepto la que se limite a provocar la paralización de la vista, pues el reconocimiento judicial constituye un supuesto prácticamente automático de anticipada introducción de los medios de prueba.

Otro extremo de interés, es el de la aparente preclusión de la solicitud de temprana entrada de los medios de prueba, únicamente aceptable, si es interesada en los escritos de calificaciones.

Otra problemática a considerar lo constituye si es bastante para acordar la anticipación de la prueba solo la probabilidad actual o sobrevenida de que no pueda llevarse a cabo en las sesiones del juicio oral, siendo indiferente que bien se haya concretado dicho peligro a través de su solicitud en los escritos de calificación provisional o bien, después de estos, en cualquier otro momento anterior al juicio oral *stricto sensu*.

Atendiendo al fin del proceso de búsqueda de la verdad, o al menos lograr convicción acerca de los afirmados hechos punible, no debe restringirse el derecho a la prueba, por lo que deben admitirse los medios probatorios cuya pertinencia y utilidad o relevancia fuere dudosa, cuya práctica debe efectuarse en condiciones de igualdad, contradicción, oralidad, publicidad, intermediación.

Para la requerida valoración de su pertinencia y necesidad o relevancia, será menester razonar esa necesidad o relevancia y el sentido de dichas diligencias, no siendo aceptable limitarse a indicar que de ellas se pretendían obtener datos de suma importancia. Por tanto, la entrada previa a las sesiones del juicio de cualquier fuente de prueba a través del medio correspondiente, ha de ser pertinente y relevante su adelantamiento, lo cual ha de razonarse en la solicitud anticipatoria.

---

<sup>261</sup> Miranda Estrampes. **Op. Cit.** Pág. 334.



A la vista de los medios de prueba solicitados el Tribunal estará en disposición de decidir, si fuere la testifical la única propuesta, en buena lógica no sería de recibo con el menor riesgo de que pudiera perderse; concurriendo varios testimonios u otros medios de prueba, la ponderación se centrará en la afirmada relevancia de su previa introducción procesal.

Pero es posible que en el momento de evacuar el escrito de defensa no hubiere surgido la necesidad de anticipar la práctica de medio de prueba alguno, habiéndose limitado el letrado a adherirse a la petición probatoria de la acusación. Si con posterioridad surge o llega a conocimiento de la defensa la imperiosa urgencia y necesidad de una práctica anticipada, no es rechazable sobre la base de su no explícita petición probatoria, como se ha visto antes para la suspensión, ni tampoco en el hecho de no haberla solicitado en el escrito provisional de calificaciones, como ya se ha indicado.

La defensa habrá de precisar la pertinencia, utilidad y necesidad anticipatoria del medio de prueba y, más concretamente, respecto de la persona concreta cuya declaración se pretende. Tratándose pues del testimonio exigir la identidad del testigo parece evidente pues son las circunstancias específicas que en él concurren: grave enfermedad o residencia en el extranjero, las que habilitan su excepcional deposición, que además habrán de ser valoradas por el Tribunal sopesando, desde su mayor o menor relevancia, el riesgo de perderla.

También se ha planteado, a quien corresponde acordar la admisión de la *prueba anticipada* y algunos como Portero, Reig, Marchena y Majada<sup>262</sup> confunden práctica probatoria anticipada con diligencias de instrucción o investigación.

La práctica anticipada probatoria equivale a la realizada regularmente, solo que se lleva a cabo antes de la vista por la razón prescrita (probabilidad actual o sobrevenida de que no pueda llevarse a cabo en las sesiones del juicio oral, deducida ya en los escritos de calificaciones provisionales o en cualquier momento anterior al acto del juicio) y dirigida

---

<sup>262</sup> Portero y Marchena. **Comentarios a la reforma procesal penal de la LO 7/1988, 1989**. Pág. 78, Majada Planelles, A, **Práctica procesal penal (Procedimiento Abreviado)**. Pág. 1.477.



a que el órgano que decide pueda formar su convicción, algo que es y tiene que ser ajeno al instructor, pues es principio reconocido en nuestro ordenamiento procesal penal que quien instruye no pueda fallar.

Con la anticipación probatoria, se busca no solo evitar la pérdida de elementos que pudieren ser determinantes para formar la convicción judicial y no fuere factible su ulterior introducción en el momento procesal previsto,<sup>263</sup> sino y a diferencia del proceso civil,<sup>264</sup> según denuncian Prieto-Castro y Gutiérrez De Cabiedes, su rasgo principal es que "(...) durante la instrucción sumarial se realizan diversas diligencias que, por pertenecer a esa fase inquisitiva, sabemos que son de simple investigación y no de prueba en sentido estricto, de manera que para conferirles este carácter es necesario que se practiquen conforme a las reglas del proceso plenario ulterior en el que hayan de producir efecto".<sup>265</sup>

La validez de la prueba anticipada viene condicionada por el mantenimiento de su causa justificativa, que una vez desaparecida crearía la necesidad de su reiteración para poder ser utilizable a fin de formar la convicción judicial y, eventualmente, tener por desvirtuada la presunción de inocencia.

La aparente claridad de estas aseveraciones, se ve oscurecida como se ha tenido ocasión de ver en los extremos anteriores examinados, destacando: la confusión conceptual que comporta hablar de prueba anticipada, excepcionando el significado constitucional y legal ordinario de lo que es la prueba, y el cómo y cuándo han de ser considerados como elementos a ponderar los introducidos a través de los medios probatorios; su no nítida singularización respecto de las hipótesis de auxilio judicial; la dificultad ínsita en su equívoca denominación que se ve reforzada con su probable equivalencia a prueba preconstituida y, asimismo, por su amorfa acogida bajo rúbricas como la anfibológica "aseguramiento de la prueba" -de origen civil-.

---

<sup>263</sup> Gómez Orbaneja. **Derecho Procesal Civil**. Pág. 324.

<sup>264</sup> Prieto-Castro y Gutiérrez de Cabiedes, **Derecho procesal penal**. Pág. 236.

<sup>265</sup> **Ibid.** Págs. 236-237.



Se dice anfibológica, por cuanto en sede procesal penal, un sector de la bibliografía suele reservar o ampliar la rúbrica “aseguramiento” para acoger a determinadas diligencias, en sí distintas de los medios de pruebas normativamente previstos; como la de entrada y registro, intervención de las comunicaciones, etc., y aún a las medidas cautelares reales y personales.<sup>266</sup>

De lo expuesto, no resulta difícil admitir que la interceptación de las comunicaciones dada la forma en que se lleva a cabo en la primera etapa del proceso penal y su real imposibilidad de concretarse en el acto del juicio oral, la que cuenta además de una aprobación judicial previa, y un estricto control de también judicial, pueda ser considerada como una prueba anticipada.

Sin embargo, estimamos que dada su condición de operación encubierta, impide un adecuado ejercicio del derecho de defensa en condiciones de igualdad, desde su inicio, teniendo el imputado y su defensor acceso a la interceptación en un momento posterior, una vez que ha sido interceptada, razón por la cual, debe ser estimado únicamente como un simple acto de investigación o indicio que debe ser introducido al proceso, como ya se mencionó *up supra* a través de los medios de prueba permitidos, y resistir el cuestionamiento propio del debate penal, para que pueda formar parte del material probatorio que permite decidir el conflicto penal.

#### **5.4. La colaboración eficaz**

##### **5.4.1. Regulación normativa en el Código Penal**

De un profundo análisis de la legislación guatemalteca, respecto a la figura del colaborador eficaz se advierte la evolución que esta institución premial, ha sufrido en el devenir histórico. Así, en el Código Penal, vigente y sancionado por medio del Decreto 17-73, en su Título IV, De las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, específicamente en el Artículo 26, numeral cuarto, y conforme a los criterios dogmáticos mayormente aceptados en ese momento, establece se deja taxativamente expresado el

---

<sup>266</sup> **ibid.**



arrepentimiento eficaz, como una circunstancia atenuante: siempre que el delincuente hubiese procurado, con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

La regulación contenida en el mencionado Artículo 26 del Código Penal de Guatemala, se corresponde con el arrepentimiento clásico o sustantivo, sin embargo, de la clara letra del Artículo 65, en el que se precisa sobre la fijación de la pena, no prevé un término de reducción de la misma que permita imponer la sanción por debajo del marco penal mínimo previsto para el delito en cuestión, sino que solo constituye un elemento a tener en cuenta por el juzgador al momento de ponderar la medida de la sanción a imponer.

Que la imposibilidad de reducción de pena que legaliza el referido Artículo 65 del Código Penal, no puede ser estimada como una verdadera circunstancia que modifica la responsabilidad penal, y por ello, resulta cuestionable se pueda incluir como una verdadera fórmula premial, lo que puede justificarse de algún modo en que el Código Penal vigente, como se ha expresado, data del año 1973, sin que hasta la fecha haya sufrido modificación alguna y su sistemática se pueda catalogar como vetusta y alejada de los criterios dogmáticos de mayor aceptación en el sistema de derecho penal latinoamericano.

Sin embargo, y contrario a la inamovilidad del Código Penal, Guatemala incorporó a la vanguardia en el proceso de reformas que tuvieron lugar a partir de la última década del pasado siglo en Latinoamérica, y con la aprobación del Decreto 51 de 1992, sancionó un nuevo Código Procesal Penal de una clara orientación acusatoria, sosteniendo entre sus principales avances, el reconocimiento del principio de oportunidad como complemento del de legalidad.

Así, en el Código Procesal Penal vigente, en el Artículo 25 establece claramente que el Ministerio Público cuando considere que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados, previo consentimiento del agraviado y autorización judicial, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal y aplicar el criterio de oportunidad y en el inciso sexto del propio artículo precisa que el criterio de oportunidad



se aplicará por los jueces de primera instancia obligadamente a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz contra los autores de los delitos siguientes: contra la salud, defraudación, contrabando, delitos contra la hacienda pública, la economía nacional, la seguridad del Estado, contra la Constitución, contra el orden público, contra la tranquilidad social, cohecho, peculado y negociaciones ilícitas, así como en los casos de plagio o secuestro.

Durante el trámite del proceso, aquellas personas no podrán ser sometidas a persecución penal respecto de los hechos de que presten declaración, siempre que su dicho contribuya eficazmente a delimitar la responsabilidad penal de los autores de los mencionados delitos bajo estricta responsabilidad del Ministerio Público, lo que se establecerá en la efectiva investigación del fiscal. En este caso, el juez de primera instancia está obligado a autorizarlo, aplicándose de oficio en esta oportunidad el sobreseimiento correspondiente.

Que de la lectura del Artículo antes citado, se advierte la presencia en el ordenamiento penal Guatemalteco de la colaboración eficaz, desde una perspectiva procesal, como expresión de derecho penal premial, al eximir de persecución penal a las personas que en concepto de cómplices tengan una demostrada participación en los delitos antes descritos, con la condicionante que su dicho determine la responsabilidad en los hechos en cuestión de sus principales autores.

#### **5.4.2. De su regulación normativa en Ley contra la Delincuencia Organizada**

Como se expresó en el primer capítulo de esta tesis, Guatemala es uno de los países de Latinoamérica que dada su situación geográfica y débil institucionalidad, presenta un fuerte impacto en términos de actividades de la criminalidad organizada, lo que ha generado una real inseguridad ciudadana, razón por la cual, en el año 2006 el Congreso de la República de Guatemala, aprobó la Ley contra la Delincuencia Organizada, a través del Decreto 21-2006, en la cual legaliza los conocidos métodos de



investigación criminal como el agente encubierto, la entrega vigilada, la interceptación de las comunicaciones.

La Ley contra la Delincuencia Organizada, también retoma la figura del colaborador eficaz, ya reconocida en el Código Procesal Penal, pero esta vez en función de luchar enconadamente contra el crimen organizado, y descubrir todas las particularidades de la organización criminal, con la clara finalidad de llegar a desarticular el seno de la misma, lo que como se conoce, dado su complejo entramado organizacional no resulta cuestión de fácil enfrentamiento y disolución.

En la Ley contra la Delincuencia Organizada, específicamente en el título quinto, capítulo primero, hace alusión a la colaboración en la persecución penal de la criminalidad organizada y en su Artículo 90, reconoce la institución del derecho penal premial y lo define como: la persona que ha participado en un hecho delictivo, sea o no integrante de un grupo delictivo organizado, que preste ayuda o colaboración eficaz para la investigación y persecución de miembros de grupo delictivo organizado, podrá recibir los beneficios otorgados en la presente Ley.

En el Artículo 91, se precisa que ha de entenderse taxativamente como colaboración eficaz, al estimarla la información que proporcione el colaborador que permita cualquiera de los resultados siguientes:

- a) Evitar la continuidad y consumación de delitos o disminuir su magnitud.
- b) Conocer las circunstancias en que se planificó y ejecutó el delito, o las circunstancias en las que se viene planificando o ejecutando.
- c) Identificar a los autores o partícipes de un delito cometido o por cometerse; o a los jefes, cabecillas o directores de la organización criminal.
- d) Identificar a los integrantes de una organización criminal y su funcionamiento, que permita desarticularla, menguarla o detener a uno o varios de sus miembros.



- e) Averiguar el paradero o destino de los instrumentos, bienes, efectos y ganancias del delito, así como indicar las fuentes de financiamiento y apoyo de las organizaciones criminales.
- f) La entrega de los instrumentos, efectos, ganancias o bienes producto de la actividad ilícita a las autoridades competentes.

El Artículo 92, determina los beneficios a los que se pueden acceder por el acto de colaborar de forma eficaz, con las excepciones de que se trate de los delitos a los que se refiere el Artículo 25 de la presente Ley, y de que el colaborador sea jefe, cabecilla o dirigente de organizaciones criminales, a los que les está vedado otorgar los beneficios.

#### **5.4.3. Beneficios al colaborador eficaz**

Entre los beneficios por colaboración eficaz se precisan:

- Aplicar el criterio de oportunidad o la suspensión condicional de la persecución penal regulados en el Código Procesal Penal, a quienes de conformidad con el Código Penal son autores; así como al autor del delito de encubrimiento.
- No ejercer la persecución penal o el sobreseimiento del ya iniciado a los que de conformidad con el Código Penal son cómplices.
- Conceder la rebaja de la pena en dos terceras partes a quien se encuentre cumpliendo condena, o la extinción de la misma cuando la rebaja en dos terceras partes haga efectiva el cumplimiento de la pena.

Para los cómplices de los delitos contra la vida, plagio o secuestro, tortura, lesiones específicas, graves o gravísimas, delitos de violación y abusos deshonestos, la mencionada normativa legal, da la posibilidad, conforme a lo estipulado en el Artículo 93, de otorgar los beneficios de no ejercicio de la persecución penal en su contra o el



sobreseimiento del ya iniciado y conceder la rebaja de la pena en dos terceras partes de la que se encuentre cumpliendo condena, o la extinción de la misma cuando la rebaja en dos terceras partes haga efectiva el cumplimiento de la pena.

Entre los parámetros para otorgar beneficios la ley obliga, conforme a la clara letra de su Artículo 94, a tener en consideración el grado de eficacia o importancia de la colaboración, en concordancia con la entidad y el grado de responsabilidad en el delito; y como requisito complementario, el colaborador debe entregar todos los bienes, ganancias y productos que hubiese obtenido como consecuencia de su actividad ilícita en la organización criminal.

La concesión de beneficio viene taxativamente condicionado en el Artículo 95, a que el colaborador no cometa delito doloso, por un tiempo no menor del doble de la pena máxima que establece la ley por el delito que se le sindicó o hubiera cometido, por habersele otorgado tal beneficio; al que si reincidiera se le revocará.

En cuanto a la forma de concretar el beneficio, de conformidad con la letra del Artículo 96, los fiscales podrán solicitar al juez competente la celebración de acuerdos para otorgar los beneficios descritos anteriormente, con las personas investigadas, procesadas o condenadas, observando las reglas establecidas en los comentados Artículos 91 y 92 de la presente Ley.

Con esta finalidad, los fiscales durante la investigación o en cualquier etapa del proceso, podrán celebrar reuniones con los colaboradores, cuando no exista algún impedimento u orden de detención contra ellos.

Como consecuencia de las entrevistas que lleve a cabo, el fiscal dispondrá los actos de investigación necesarios para corroborar la información proporcionada, pudiendo ordenar a la Policía Nacional Civil que realice las pesquisas previas y rinda un informe al fiscal que la ordenó, para lo cual, mientras se corrobore la información que ha sido proporcionada, el fiscal deberá tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad personal del colaborador.



Culminados los actos de investigación que corroboren la información proporcionada al Fiscal, en caso que considere procedente, solicita al juez competente, la concesión de beneficio que estime oportuno dentro de los previstos en la referida Ley, el cual deberá contener lo siguiente:

- El beneficio otorgado.
- La información proporcionada por el colaborador y las averiguaciones o pesquisas que hayan corroborado dicha información.
- En caso de ser necesario, las medidas personales para garantizar la seguridad del colaborador.
- El compromiso de la persona de seguir colaborando durante el desarrollo del proceso penal; en el entendido que ello no implica una disminución a su derecho de no declarar contra sí mismo.
- Las obligaciones a las que queda sujeta la persona beneficiada.

Si no corroborarse la información proporcionada, el fiscal negará el beneficio y el acuerdo a la persona interesada, sin perjuicio de continuar con la investigación respectiva.

Si de la información suministrada por el colaborador eficaz se establecen indicios razonables de participación delictiva de las personas señaladas por el colaborador, el fiscal deberá iniciar la persecución penal en contra de las mismas.

El acuerdo que contenga el beneficio, deberá ser aprobado por el juez contralor respectivo. Al resolver el acuerdo presentado, el juez podrá hacer las modificaciones pertinentes para adecuar el beneficio a las obligaciones a imponer, de acuerdo a la naturaleza y modalidad del hecho punible y en caso que la resolución fuere denegada, el fiscal podrá apelarla conforme el procedimiento que establece el Código Procesal Penal.



Cuando se concedan los beneficios previstos que autoriza la Ley objeto de estudio, tienen que imponer al beneficiado una o varias de las siguientes obligaciones:

- Presentarse periódicamente ante las autoridades competentes.
- Reparar los daños ocasionados por los ilícitos cometidos de acuerdo a su capacidad económica.
- No acudir a determinados lugares o visitar determinadas personas.
- Prohibición de portar armas de fuego, salvo que el fiscal lo considere necesario por su propia seguridad.
- En caso de ser necesario adoptar alguna identidad distinta que permita una mejor colaboración.
- Devolver los bienes producto de la actividad ilícita.
- No salir de determinada circunscripción territorial sin previa autorización judicial.

#### **5.5. Validación empírica del delito de trata de personas en Guatemala y la utilización de los métodos especiales de investigación en su utilización en la persecución penal por el Ministerio Público**

A los efectos de validar de forma empírica sobre el fenómeno delictivo de la Trata de Personas en Guatemala, y la utilización de los métodos especiales de investigación criminal en su investigación por parte del Ministerio Público, el día 5 de Octubre de 2015, a las diez horas, se entrevistó al Fiscal de Sección encargado para abordar el tema de trata de personas, licenciado Alexander Esaú Colop Flores, fiscal de Sección de Fiscalía de Sección Contra la Trata de Personas.

Como antecedentes, se puede constatar que la Unidad contra la Trata de Personas del Ministerio Público, adscrita a la Fiscalía contra el crimen organizado, se crea en el año



2007, al determinarse la necesidad de dotar de mayor capacidad a la institución para combatir la trata de personas y en el año 2012 a dicha unidad se le da la categoría de Fiscalía de Sección contra la trata de Personas, Fiscalía independiente con funciones propias.

La Fiscalía está dividida en tres unidades

- Adopciones y venta de personas
- Contra la explotación sexual
- Contra la explotación laboral

Integración:

8 Agentes Fiscales

17 Auxiliares Fiscales

Apoyo de Psicólogos y Trabajadores Sociales

Instituciones con las que se coordinan las acciones investigativas:

- Policía Nacional Civil.
- Procuraduría General de la Nación.
- Instituto Nacional de Ciencias Forenses.
- Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia.
- Ministerio de Relaciones Exteriores.

Hasta el mes de octubre de 2015, la fiscalía ha investigado un aproximado de 600 expedientes relacionados a la trata de personas, en su mayoría, vinculados a la prostitución.

Respecto a la aplicación de los métodos especiales de investigación criminal, reconocidos en la Ley contra la Delincuencia Organizada en Guatemala, para investigar



esta actividad delictiva, según datos aportados por el entrevistado, la Fiscalía solo utilizó dichos métodos en la investigación de 12 denuncias y todos se correspondieron con la utilización de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, sin que se haya hecho uso del agente encubierto, por no contar con personal calificado para ello, el que conforme a la doctrina, como se ha dejado establecido en la investigación, debe formar parte del cuerpo policial del país y no se ha utilizado la colaboración eficaz a pesar de ser un método que ha ofrecido resultados probatorios en la persecución de otros delitos vinculados al crimen organizado.

Tampoco se ha utilizado, la entrega vigilada, ya que de la definición que ofrece la Convención contra la delincuencia organizada transnacional y la Ley contra el Crimen Organizado en Guatemala, pueden ser objeto de entrega vigilada, solo remesas, bienes, sustancias o cosas de procedencia ilícita, no personas, sin embargo, se estima que en una operación bien diseñada de enfrentamiento a la trata de personas, donde se penetre a la organización con un agente encubierto, podrían ser objeto de entrega vigiladas las personas víctimas de este delito.

Los datos de expedientes y personas vinculadas, por tratarse de delitos contra la indemnidad sexual donde existen víctimas menores de edad no se solicitó.

Según el Fiscal de sección entrevistado, las principales causas que originan la trata de personas en Guatemala son de naturaleza social, entre las que se identifican las siguientes:

- Pobreza.
- Violencia intrafamiliar.
- Poca escolaridad.
- Baja autoestima.



Los departamentos donde se registran más casos del delito de trata de personas son Guatemala, Escuintla, Huehuetenango, San Marcos, Jutiapa, Zacapa, Chiquimula. Son departamentos donde se advierte una gran concentración de personas y una gran pobreza social y la falta de servicios públicos capaces de ofrecer respuesta a las necesidades elementales de una buena parte de esa población, que se encuentra en condiciones de marginalidad y no tienen otra opción que intentar emigrar a otros países, en lo fundamental a los Estados Unidos de Norteamérica, en busca del sueño americano y de una vida digna, lo cual no les garantiza el Gobierno de Guatemala, por no mantener como política de Estado la implementación de políticas sociales incluyentes, con las que se garantice trabajo, educación, vivienda, seguridad social, y acceso a los bienes de uso y consumo, de manera que se logre un desarrollo armónico de la sociedad.



## CONCLUSIONES

1. El crimen organizado se presenta en la actualidad, como un fenómeno extremadamente complejo que perfecciona y muta su forma de actuación delictiva, en la medida que recibe los embates de su enfrentamiento en la necesaria lucha contra este flagelo, el que ha pasado de ser internacional y especializado a transcontinental y diversificado, el que cada día se robustece; siendo capaz de socavar las bases económicas, sociales y hasta políticas de los Estados.
2. Entre los factores que favorecen el fortalecimiento y diversificación de la actividad delictiva organizada, se pueden mencionar: el proceso de globalización de la actividad económica, o lo que es igual la mundialización de la economía, con el consiguiente debilitamiento de las fronteras nacionales; otro factor de importancia lo es el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información que permiten realizar millonarias transacciones financieras, incluidas las ilegales, desde cualquier lugar del planeta en tiempo real; como tercer factor se identifica en Centroamérica la débil institucionalidad de los gobiernos de turno, que se muestran como campo fértil para la realización de actividades ilegales con grandes posibilidades de éxito.
3. Otro factor no menos importante, que favorece el fortalecimiento del crimen organizado y relacionado con el tema objeto de estudio, lo constituye la inmigración la cual aumentó enormemente incluida la de los inmigrantes ilegales, así como el tráfico de personas que los criminales trasladan de un país a otro, hecho ilegal que se ha convertido en forma manifiesta en un crimen transnacional y una clara expresión de esclavitud del siglo XXI.
4. La trata de personas es un fenómeno global, de trascendencia política, económica y social; y no obstante los esfuerzos que en los ámbitos nacional, regional e internacional se han llevado a cabo, sigue en aumento, entre otras razones, por ser una actividad muy lucrativa que desarrolla la criminalidad organizada, la que por la complejidad con que se lleva a cabo ha adquirido una dimensión transcontinental, e



integra un número significativo de actividades ilegales, donde el objeto que negocia resultan los seres humanos, fundamentalmente mujeres, niños, niñas y adolescentes de ambos sexos, que son vendidos como mercancía para la realización de actividades domésticas, en la industria del sexo, para el tráfico de órganos, para procesos de adopción, y también como mano de obra barata en trabajos forzosos.

5. La trata de personas como fenómeno delictivo de múltiples causas, encuentra explicación no solo en el lucro que reporta para quienes participan de manera inescrupulosa como ejecutores directos, sino, y fundamentalmente, en la brecha que se agudiza cada día entre ricos y pobres, y en los claros procesos de desigualdad social que viven hoy los países del Tercer Mundo, el que se ha convertido en el emisor número uno de personas objetos de trata, las que en sentido general, resultan embaucadas con promesas de trabajo y oportunidades de estudio, ante la imposibilidad real de asumirlos en su lugar de origen, por lo que dicho negocio tiene también como sustrato proceso migratorios ilegales.
6. Por su carácter transnacional, la trata de personas se regula como un delito a perseguir por los Estados, en el Protocolo de la Convención para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, los que complementan la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, (Convención de Palermo) que entró en vigencia a partir del 29 de Septiembre del 2003; y, el Protocolo a partir del 25 de diciembre de 2003, el que ha sido firmado por 117 países, de lo cual Guatemala es signataria.
7. A pesar de que Centroamérica, constituye una de las principales áreas emisoras de trata de personas en Latinoamérica, la cooperación en la lucha contra la trata de personas se muestra insuficiente, ya que es un fenómeno que tiende a



invisibilizarse con facilidad y los esfuerzos regionales, se centran en lo esencial de la lucha contra el tráfico de drogas y de armas.

8. No obstante a que el tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica de 1995, proclama un modelo basado en el respeto de los derechos humanos, en la creación de condiciones para el desarrollo personal, familiar y social, erradicar la violencia, la corrupción, la impunidad, etc. No desarrolla estrategias concretas en la lucha contra la trata de personas, lo que obedece en lo fundamental a que resulta una problemática que cuenta con un velo de normalidad, y no se identifica como una problemática latente de primer orden en la agenda política de los gobiernos, a pesar de que este negocio ilegal laceran libertad y la dignidad humana, como derechos fundamentales de toda persona.
9. En la trata de personas se capta, transporta, traslada y recibe a diversas personas, recurriendo si es necesario al empleo de la fuerza y amenaza u otras formas de coacción, así como también al engaño y al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad para la obtención del consentimiento de una persona para que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Es un delito estrechamente vinculado con otros, tales como: el secuestro, desapariciones, falsificación de documentos públicos y privados, violencia física, psicológica y sexual, corrupción, tráfico y abuso de drogas, aspectos a los cuales son más vulnerables las mujeres, niños, niñas y adolescentes de ambos sexos.
10. La trata de personas, que como tipo regula el Artículo 194 del Código Penal, vigente en Guatemala, se limita a tipificar únicamente la trata de mujeres, desconociendo la realidad existente y la diversidad de formas de ejecución en que se desarrolla esta ilegal actividad en la actualidad, y aunque la Ley contra la Delincuencia Organizada, lo define como un delito del crimen organizado, su persecución penal no resulte efectiva; primero por la falta de una sistema coherente en materia penal y segundo,



por la inexistencia de voluntad política a nivel de gobierno, lo que provoca sea vista esta acción ilícita como algo normal en la vida social del país.

11. La trata de personas en Guatemala, es un fenómeno pluricausal, que va desde la pobreza, la falta de oportunidades de un sector mayoritario de la población, hasta la ausencia de una estrategia de políticas preventivas a nivel gubernamental, siendo los sectores más vulnerables las mujeres, niñas, niños y adolescentes de ambos sexos.
12. Los métodos especiales de investigación criminal, surgen dada la incapacidad demostrada de los métodos tradicionales de investigación que aporta la criminalística de enfrentar de manera eficaz la investigación y persecución penal de las conductas ilegales vinculadas a la criminalidad organizada, entre ellas la trata de personas.
13. Los métodos especiales de investigación criminal, tienen como principal cometido penetrar el seno de la organización delictiva de manera clandestina, con el objetivo primordial de develar sus actividades y detectar a sus principales dirigentes y colaboradores, para lograr desarticularlas y en última instancia, sancionar los delitos cometidos, por lo que su actuación en el proceso penal presenta una finalidad preventiva, como criterio de política criminal.
14. Los métodos especiales de investigación criminal legalizados en la lucha contra la criminalidad organizada, se concretan en la actuación del agente encubierto, la entrega vigilada, la colaboración eficaz y la intervención de las comunicaciones y dada su fuerte intromisión en derechos personalísimos de los investigados, como el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y a la no autoincriminación, exigen de una clara, estricta y precisa regulación procesal, a fin de evitar excesos y actuaciones ilegales, contrarias al debido proceso penal.



15. Dada la restricción que para los derechos fundamentales de los investigados, representa la utilización de métodos especiales de investigación en un proceso penal, deben contar con un estricto control jurisdiccional, autoridad imparcial dentro del proceso acusatorio, como una vía posible de dotarlos de transparencia y respetar otros principios históricamente conquistados en el proceso penal, como el principio de igualdad.
16. Los métodos especiales de investigación criminal han sido legalizados en la República de Guatemala, en la ley contra la delincuencia organizada, aprobada por el Decreto 21 de 2006; regulación procesal que no satisface las exigencias del debido proceso penal, en tanto solo concede el control jurisdiccional en el caso de las interceptaciones telefónicas y otras comunicaciones, reservando el control y seguimiento del agente encubierto y la entrega vigilada al Ministerio Público, los que han devenido inutilizables, haciéndose uso únicamente de la interceptación de las comunicaciones telefónicas.
17. Conceder el control de los métodos especiales de investigación criminal del agente encubierto y la entrega vigilada al Ministerio Público, compromete la nitidez de la actuación investigativa y vulnera considerablemente la igualdad procesal, pues al ser la parte en el proceso comprometida con la investigación y la más interesada en lograr su éxito, puede tender a justificar y tolerar excesos en la realización de las operaciones, todas en detrimento de los derechos constitucionales reconocidos a los investigados.
18. En materia probatoria, es criterio extendido en la doctrina que para que los métodos especiales de investigación criminal puedan ser estimados como prueba lícita, no puede ser obtenida desconociendo derechos fundamentales de los imputados, lo que demanda que la misma sea realizada de conformidad con la regulación normativa existente. En cuanto a su valoración como prueba lícita, no pueden ser



estimadas prueba anticipada o preconstituida, toda vez que la condición de operaciones encubiertas lo impide, ya que ni el imputado ni su defensa pueden ejercer su adecuado control de la realización de estas acciones investigativas; y, por ello, solo debes ser considerados un elemento probatorio más entre el material de cargo presentado.

19. El estudio realizado, demostró que en la República de Guatemala, en la investigación del delito de trata de personas, se ha utilizado únicamente como técnica especial de investigación criminal, la interceptación de las comunicaciones, lo que se debe a la efectividad demostrada de este método en la investigación de todo delito vinculado al crimen organizado; sin embargo, se ha desaprovechado la utilización de otras técnicas efectivas como la colaboración eficaz y el agente encubierto, por no contar respecto a este último con experiencia suficiente en su empleo y por la falta de personal capacitado para desarrollar esta compleja actividad. En cuanto a la entrega vigilada, la Ley ofrece únicamente la posibilidad de custodiar remesas, bienes, objetos o cosas de procedencia ilícita, sin que exista precedente alguno en el ámbito investigativo en cuanto a su utilización respecto a personas.



## RECOMENDACIONES

1. Los métodos de investigación penal, que regula la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, constituyan herramientas legales que pueden aportar elementos de convicción importantes dentro de los procesos penales instruidos por el delito de trata de personas en el departamento de Guatemala.
2. La interceptación de comunicaciones y, en particular la intervención de números telefónicos, como método de investigación ha sido utilizado por el Ministerio Público, en procesos penales donde los sindicados son bandas dedicadas al crimen organizado en la comisión de diversos delitos, dichas intervenciones, pueden ser utilizadas también en contra de procesados que operan de forma individual.
3. El Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Sección Contra la Trata de Personas, debería solicitar a los órganos jurisdiccionales la intervención de comunicaciones y principalmente de líneas telefónicas, con el objeto de adentrarse totalmente en el *modus operandi* de los sujetos activos del delito de trata de personas en el departamento de Guatemala.
4. La Fiscal General de la República, como encargada del ejercicio de la persecución penal en Guatemala, debe girar las circulares internas, donde se aleccione a los fiscales encargados de investigaciones instruidas por delito de trata de personas, la utilización de los tres métodos de investigación que contempla la Ley contra la Delincuencia Organizada.
5. Diseñar a nivel institucional del gobierno, una redefinición de las políticas preventivas y un plan de acción concreto en la lucha contra la trata de personas, como expresión de política criminal de estado, que obedezca a un sistema de



protección integral que incluya la información, capacitación y educación dirigida a los ciudadanos, organismos y organizaciones, medidas de prevención que incluyan el desarrollo económico local, la cooperación internacional, reformas legislativas y el incremento de investigaciones criminológicas.

6. El Estado de Guatemala, puede incorporar mecanismos participativos para el seguimiento, monitoreo y eficacia de políticas públicas del marco legal nacional en contra del delito de trata de personas, para la debida reformulación de programas de ayuda a las víctimas del delito en mención que tanto afecta a la sociedad guatemalteca.
7. En el Código Penal de Guatemala, se puede prever un tipo penal de trata de personas, donde se incluyan como posibles víctimas no solo a mujeres, sino a niños, niñas, adolescentes y a toda aquella persona que sea objeto de explotación de diversa índole, tal como la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la misma, la servidumbre y la extracción de órganos.
8. El ponente, considera que sí deben ponerse en práctica los tres métodos especiales de investigación penal contenidos en la Ley contra la Delincuencia Organizada; sin embargo, del análisis realizado, se debe tener especial cuidado en las garantías constitucionales y garantías contenidas en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, relacionados con la dignidad y privacidad, para que al momento de ser instruida investigación con la utilización de los métodos ya referidos, ningún derecho sea vulnerado.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, J. **Teoría General de la Prueba en el Proceso Penal. Biblioteca Virtual de Derecho Judicial.** Madrid, España: Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial de España, Red Iberoamericana de Información Judicial, 2004.
- ANARTE BORRALLA, Enrique y FERRÉ OLIVE, Juan Carlos. **Conjeturas sobre la criminalidad organizada**, En: **Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos.** Huelva, España: Universidad de Huelva, 1999.
- Amnistía Internacional (AI). **El Estado de los Derechos Humanos en el mundo 2012.** Edición y traducción al español: Editorial Amnistía Internacional (EDAI) Valderribas, 1328007 Madrid España, 2013. Disponible en: [http://files.amnesty.org/air13/AmnestyInternational\\_AnnualReport2013\\_complete\\_es.pdf](http://files.amnesty.org/air13/AmnestyInternational_AnnualReport2013_complete_es.pdf). Fecha de consulta: 13 de Septiembre de 2013.
- Anteproyecto de Ley para Reformar el Código Penal. “Delitos Contra las Mujeres. Una Nueva Visión.”** 3ra. Edición. **Proyecto “Reducción de la Violencia en Contra de la Mujer”.** Guatemala: Magna Terra Editores, S.A.2002.
- AMORÓS, Celia. **Hacia una crítica de la razón patriarcal.** Serie Pensamiento crítico/pensamiento utópico, 15. 2ª. Edición. Barcelona, España: Anthropos Editorial del Hombre. 1991.
- ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. **Policía judicial y sistema acusatorio.** Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 3ª edición, 2007.
- ARMENTA DEU, T. **El Proceso Penal: Nuevas Tendencias, Nuevos Problemas.** En: **Revista Ciencias Penales, Número 13.** Disponible en: <http://cienciaspenales.org/temático.htm>. Fecha consulta 14 de marzo del 2005.
- ARMENTA DEU, T. **La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal.** En: **Revista del Poder Judicial, número 58,** Madrid, España: Consejo General del Poder Judicial, 2000.
- ARTOLA, Juan. **Tráfico de Personas: Cruce de fronteras, documentos de identidad y principales rutas.** Organización Internacional para las Migraciones (OIM), junio 2007.



- ÁVILA ORTIZ, Félix A. **Los nuevos roles del Juez y del Ministerio Público en el Código Procesal Penal**. Tegucigalpa, Honduras: Impreso en LITOCOM, S. R. L. de CV., 2001.
- BAUCELLS LLADÓS, J. “**El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual**”, **Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI**, Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2006.
- BARCELONA LLOP, J. **Escuchas Telefónicas y acción de policía de seguridad**. En: **Revista de Administración Pública**, número 113, enero- abril, 1987.
- BARREDA, Carlos. **Guatemala: Crecimiento económico, pobreza y distribución**. 2008. Disponible en: <http://www.albedrio.org>. Fecha de consulta: 21 de Agosto de 2012.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. **El colaborador con la Justicia. Determinaciones previas. Problemática relativa a los medios de investigación en el marco de la criminalidad organizada**. Disponible en: <http://vlex.com/vid/246253> Fecha de consulta: 12 de mayo de 2014.
- BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. **La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano**. Medellín, Colombia: Comlibros y Cía Ltda., 2008.
- BERZOSA, Alfonso; MARTÍNEZ, Carlos. **Los efectos de la globalización y propuestas alternativas**. En: **Cuadernos de Derecho Judicial**. No. V. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/> Fecha de consulta: 22 de septiembre de 2013.
- BINDER, A. **Introducción al derecho procesal penal**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad Hoc, 1993.
- Boletín Informativo del Sitio Web de la ONU en Español**. Disponible en: <http://edition.presstv.ir/detail/109015.html>. Fecha de consulta: 3 de Agosto de 2012.
- BORDA, Guillermo A. **Tratado de Derecho Civil, Parte general, Tomo I**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1999.



- BRAUM, S. **La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario**. Granada, España: Editorial Comares, 2000.
- CAFFERATA, J. I. **Cuestiones actuales sobre el proceso penal**. Buenos Aires, Argentina: Ediciones del Puerto.1998.
- CAFFERATA NORES, José I. **La prueba en el proceso penal**. 2da. edición. Buenos Aires, Argentina: Desalma, 1994.
- CAFFERATA NORES, José I. **Medidas de coerción en el proceso penal**. Editorial Lerner, 1983.
- CALCETAS-SANTOS, Ofelia. **Informe sobre la misión en Guatemala. Informe del Relator Especial sobre venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil**. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.. E/CN.4/2000/73/Add.2. 2000.
- CARNELUTTI, F. **La prueba civil**. 2da. Edición. Buenos Aires, Argentina: 1982.
- CARRIÓ, A. **Justicia Criminal**. Buenos Aires, Argentina. Editorial Manuel Lerner, 1986.
- CARDENAL MONTRAVET, A. S. y CARDENAL ALEMANY, F. **El delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo (art. 312.2 in fine CP). Especial referencia a su aplicación jurisprudencial**. En: **Revista del Poder Judicial**, número 66, 2002.
- CASTAN TOBEÑAS, J. **Derecho civil español común y foral, Tomo I, Volumen II**. Edición. IV, Madrid, España: Editorial Reus, 1988.
- CHÁVEZ CARAPIA, Julia del Carmen. **Perspectiva de Género**. Serie Género y trabajo social, No. 1. México, 2004.
- CIFUENTES, Santos. **Elementos de Derecho Civil, Parte General**. 4ta. edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1999.
- COBO, Rosa. **Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau. Feminismos**. Ediciones cátedra, Universitat de València, instituto de la mujer. Madrid, España: Gráficas, Rógar, S.A. 1995.
- Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional**. 2000. Disponible en: [http:// www.odccp.org](http://www.odccp.org). Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2014.



**Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas aprobada en Viena.**1988. Disponible en: [http:// www.odccp.org](http://www.odccp.org)  
Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2014.

**Coalición: Mujer Vamos Adelante. Centro de Investigación, Capacitación y Apoyo a la Mujer (CICAM) y Consejo de Mujeres Mayas de Desarrollo Integral (CMM) Propuesta de ley para modificar el Código Penal. Proyecto: “Reducción de la Violencia en Contra de la Mujer”.** Guatemala: Litografía Nawal Wuj, 2000.

CORREA DE CARVALHO, J. **Intervención de las Comunicaciones en España.** Madrid, España: Editorial Civitas, 2007.

CORTÉS, R. **La etapa preparatoria en el nuevo proceso penal.** Investigaciones Jurídicas. 1998.

CRUZ CASTRO, F. **La Defensa Penal y la Independencia Judicial en el Estado de Derecho.** San José, Costa Rica: Departamento de Capacitación Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Unidad Modular VI, 1989.

**Cumbre Mundial Contra el Racismo. Resolución sobre Migración y discriminación.** Durbán, Sudáfrica. Disponible en: [www.un.org/spanish/CMCR/gender/htm](http://www.un.org/spanish/CMCR/gender/htm) Fecha de consulta: 3 de Agosto de 2012.

D'ALBORA, Francisco. **Código Procesal Penal de la Nación, Comentado, Anotado.** Editorial: Abeledo Perrot, 1999.

DANDAN, Alejandra. **Diario el País. “En el fondo, él desea saber quién es”.** 21 de septiembre de 2010. Fecha de consulta. 21 de Agosto de 2012. (3 de Agosto de 2012).

DARAY, Hernán. **Daño Psicológico.** Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de palma SRL. 2000.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A. **El derecho penal como herramienta de la política migratoria.** Granada, España: Editorial Comares, 2009.



Defensor del Pueblo. **La trata de seres humanos en España: VÍCTIMAS INVISIBLES Informes, Estudios y Documentos.** Madrid, España: 2012.

Departamento de Estado del Gobierno de los Estados Unidos. **Informe de la trata de personas.** Junio de 2012. Disponible en: <http://www.acf.hhs.gov/trafficking>  
Fecha de consulta: 3 de Agosto de 2012.

**Derechos Humanos en la Frontera Sur.** (2010): Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA). Disponible en: <http://www.harresiak.org/sozialhitz/ponenciassozialhitz2010/1.1.Carlos-Arce.pdf>  
Fecha de consulta: 3 de Agosto de 2012.

DE RUGGIERO, Roberto. **Instituciones de Derecho Civil.** Madrid, España: Editorial REUS, 1929.

DE LEÓN VILLALBA, F. J. **Tráfico de personas e inmigración ilegal.** Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2003.

DELGADO ROSALES, F. **Inseguridad Ciudadana en Venezuela (1983-1986). Una perspectiva crítica del control social.** Maracaibo, Venezuela: Editorial de la Universidad del Zulia, 1988.

DEL CERRO, Esteban. **El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada.** En: **Estudios Jurídicos.** Ministerio Fiscal 2004, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia. 2000.

DEL POZO PÉREZ, Marta. **El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española. Criterio Jurídico.** Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana. Santiago de Cali, Volumen 6, 2006.

DENCKER, FRIEDRICH. **Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung.** Frankfurt a.M., 1985.

DÍAZ GARCÍA CONLLEDO, M. (Dir.). **Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal,** 2007.

DIENE, Doudou. **Informe al 61º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social, Tema 6 del Programa Provisional.** Distr. General. Documento E/CN.4/2005/18Add.2/Future, del 18 de enero de 2005, Organización de Naciones Unidas. 2005.



**Documentos Metodológicos para el enfrentamiento al Tráfico de Personas.** 2009  
Documento Digital.

DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, M. I. **Escuchas telefónicas: planteamiento práctico desde la perspectiva jurisprudencial.** En: *Revista General de Derecho*, número 616-617 (enero - febrero). 1996.

DUGARD, John. **Salvando la distancia entre los derechos humanos y el derecho humanitario: la sanción de los infractores en Revista Internacional de la Cruz Roja No. 147.** Ginebra, Suiza: Sin Editorial. 1998.

ECPAT Guatemala y ECPAT Internacional. **El marco legal e institucional para la protección de la niñez y adolescencia ante la explotación sexual comercial en Guatemala: Análisis de situación y propuestas para su fortalecimiento.** 2004.

EDWARDS, Carlos E. **El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Ah Hoc, 1996.

EDWARDS, Carlos E. **Régimen penal y procesal penal aduanero.** Editorial Astrea, 1995.

ENGELS, Frederick. **Origen de la familia, la propiedad privada y el estado.** Reimpresión de la 4ª. Edición de 1891. Guatemala: Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala.

FACIO MONTEJO, Alda. **Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal).** 3ra. Edición. San José, Costa Rica: ILANUD, Impresión: GOSSESTRA INTL., S.A. 2003.

FAJARDO SERNA, Luis Álvaro. **Interceptación de comunicaciones en el sistema acusatorio.** En: *Apuntes en torno al sistema penal acusatorio colombiano. Defensoría del Pueblo, Medellín.* Proyecto Cofinanciado por USAID-Instituto Ideas, S. F.

FERNÁNDEZ, J. **El delito provocado y el agente encubierto Actualidad Penal,** Madrid, España: Fascículo 44, 2002.

**Folleto informativo de ECPAT Internacional Bangkok.** Disponible en: <http://www.interpol.int>. Fecha de consulta: 21 de agosto de 2012.



Foro Social Mundial, Porto Alegre. **Retos feministas en un mundo globalizado. Ponencias presentadas en el Seminario: Feminismos globales, diversos y plurales, organizado por ALAI y NOVIB.** Porto Alegre, Brasil: Artes Gráficas SILVA. 2003.

Gabriel Xiquín, Calixta. **La cosmovisión maya y las mujeres: aportes desde el punto de vista de una ajq'ij (guía espiritual)** KAQCHIKEL. Colección Ensayo, Serie Luís Cardoza y Aragón No. 42. Ministerio de Cultura y Deportes/Editorial Cultura. Guatemala. 2003.

GASCÓN, F. **Infiltración policial y agente encubierto.** Granada, España: Editorial Comares, 2001.

**Género y feminismo, Desarrollo humano y democracia.** En: **Cuadernos Inacabados** No. 25. España: Grafistaff. 2008.

GIMENO SENDRA, V. **Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del TC y TS.** En: **AAVV Derecho Procesal en Vísperas del siglo XXI.** Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1997.

GONZÁLEZ, D. **Proceso penal y seguridad ciudadana.** En: **Sistemas Penales y Derechos Humanos.** Editora C. Sánchez, 1997.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.** Madrid, España: 1990.

GONZÁLEZ MONTES, J. L. **La prueba obtenida ilícitamente con violación de derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites.** En: **Revista de Derecho Procesal,** 1990.

GÓMEZ ORBANEJA y HERCE-QUEMADA. **Derecho Procesal Civil, I,** 8va. Edición. Madrid, España: 1976.

GÓMEZ DE LIAÑO, F. **La prueba en el proceso penal.** Oviedo, España: 1991.

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.** En: **Cuadernos de derecho judicial. Número 2.** Madrid, España: Consejo General del Poder Judicial, 2001.



GUARIGLIA, Elena. **El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?** En: **Revista Ciencias Penales**, año 11, número 1996.

GUARIGLIA, Elena y RESUMIL, O. **Peligro en la respuesta, peligro en el silencio: ¿derecho a no declarar contra sí mismo o a permanecer callado?** En: **Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico**, volumen 58, enero – febrero 1998, entre otros.

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. **Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal.** Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2007.

HAIRABEDIAN, Maximiliano. **Tráfico de personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad Hoc, 2009.

HASSEMER, W. **Crítica al derecho penal de hoy.** Bogotá, Colombia: Universidad Externado, 1997.

HASSEMER, W. **Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y Razones.** En: **Revista Ciencias Penales**, 1997, año 12, número 14.

HEFENDEHL, Roland. **¿La criminalidad organizada como fundamento de un derecho penal de enemigo o de autor?** En: **Derecho Penal y Criminología.** Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Volumen 25, número 75. enero- junio, 2004.

HERNÁNDEZ GIL, F. **“La prueba preconstituida”.** En: **La prueba en el proceso penal.** Madrid, España: Centro de Estudios Judiciales, 1993.

HERMOSA OROSCO, Plinio Hugo. **Nueva Jurisprudencia 2006-2008 Nuevo Código Procesal Penal.** Lima, Perú: Editorial Reforma SAC. 2009.

IBÁÑEZ, P. **Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal.** En: **Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, año 8, Número 11, julio de 1996.

**Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos 2008, 2009.** Oficina Pro Democracia, Derechos Humanos y Trabajo. Guatemala. 2010.



Instituto Nacional de Estadística. (2013): “**Cifras de población a 1 de enero de 2013. Estadística de Migraciones 2012**”. España. Disponible [http://estaticos.elmundo.es/documentos/2013/06/25/nota\\_INE.pdf](http://estaticos.elmundo.es/documentos/2013/06/25/nota_INE.pdf) Fecha de consulta: 21 de Agosto de 2012.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (iidh) y comisión de la unión europea. **Instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos**. Talleres Mundo Gráfico. San José de Costa Rica. 2012.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. **La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones** Madrid, España: REDC 20, 1987.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. **Los cautiverios de las mujeres: madres posas, monjas, putas, presas y locas**. México, D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México. Primera reimpresión de la Tercera Edición. Imprenta de Juan Pablos, S. A. 2006.

LEÓN, Leysser L. **Derecho a la intimidad y responsabilidad civil**. Perú: Editorial Sociedades Bíblicas, 2007.

LETE DEL RIO, J. M. **Derechos de la personalidad**. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1986.

LLAMBIAS, J. J. **Tratado de Derecho Civil. Parte General, Tomo I**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Perrot, 1995.

LÓPEZ, Barja de Q. **Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida**. Madrid, España: Editorial Akal, 1989.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ. **Las intervenciones telefónicas en el proceso penal**. Madrid, España: Editorial Colex 2010.

LÓPEZ, T. **Las intervenciones telefónicas en el proceso penal**. Madrid, España: Colex, 1991.

LUZÓN PEÑA, D. M. **Protección penal de la intimidad y derecho a la información**. En: **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, 1988.

MAIER, Julio. **Función normativa de la nulidad**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, 1980.



- MAIER, J. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires, Argentina: Haimmurabi, 1989.
- MARTÍN MORALES, R. **El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones**. Madrid, España: Editorial Civitas, 1995.
- MAJADA PLANELLES, A. **Práctica procesal penal (Procedimiento Abreviado), Tomo III**. Barcelona, España: 1993.
- MAQUEDA ABREU, M. L. **Una nueva forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas**. En: **Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate**. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2002.
- Migración Internacional en las Américas. Segundo Informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas (SICREMI 2012)**. Disponible en: [http://www.migraciones.gov.ar/pdf\\_varios/estadisticas/G48952\\_WB\\_SICREMI\\_2012\\_SPANISH\\_REPORT\\_LR.pdf](http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/G48952_WB_SICREMI_2012_SPANISH_REPORT_LR.pdf) Fecha de consulta: 21 de Agosto de 2012.
- MIRANDA ESTRAMPES. **La mínima actividad probatoria en el proceso penal**. Barcelona, España, 1997.
- MONTOYA, M. **Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal Penal**. Segunda edición. Buenos Aires, España: Editorial AD-HOC, 2001.
- MONTÓN GARCÍA, M. L. **Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos**. En: **Revista Jurídica la Ley, número 4826**, 1999.
- MONTERO AROCA, J. **La prueba en el proceso civil**. Madrid, España: 1996.
- MONGE PRADO, José Bernardo. **Las entregas controladas en la lucha contra el crimen organizado. Entregas (Remesas) Vigiladas. Herramienta Eficaz en la Lucha contra el Crimen Organizado**. Lima, Perú: Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito, Agosto 2005.
- MORENO CATENA. **Derecho Procesal Penal**. Segunda edición. Valencia, España. 2005.
- MUÑOZ CONDE, F. **De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi, 2005.



MUÑOZ SÁNCHEZ. **El agente provocador**. Valencia, España: Editorial Tirant Blanch, 1995.

MUÑOZ POPE, C. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Panamá, 1997.

NOVOA MONREAL, E. **Derecho a la vida privada y libertad de información**. México: Edición siglo XXI, 1979.

**Observatorio de Género y Equidad de Guatemala**. Disponible en: <http://www.observatoriogeneroyliderazgo.cl/>. Fecha de consulta: 21 de Agosto de 2012.

Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). **Informe Mundial sobre la trata de personas 2012. Resumen Ejecutivo**. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/humantrafficking/Executive\\_summary\\_spanish.pdf](http://www.unodc.org/documents/humantrafficking/Executive_summary_spanish.pdf). Fecha de consulta: 23 de Noviembre de 2013.

Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. **Iniciativa global contra la trata de personas**. Disponible en: <http://www.unglif.com> Fecha de consulta: 23 de Noviembre de 2013.

OIT/IPEC. **El trabajo infantil que desempeñan los niños y niñas indígenas: El caso de Guatemala**, 2006.

Organización de las Naciones Unidas. **Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas**. Disponible en: <http://www.un.org/spanish> Fecha de consulta: 23 de Noviembre de 2013.

Organización de las Naciones Unidas. **Tráfico de personas, contrabando migratorio y derechos humanos: trucos o tratos**. Fecha de consulta: [http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final/documents2/conventionismug\\_eng.pdf](http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final/documents2/conventionismug_eng.pdf) Fecha de consulta: 23 de Noviembre de 2013.

Organización Mundial de las Migraciones. **Informe sobre Rutas y dinámicas migratorias entre los países de América Latina y el Caribe, y entre América Latina y la Unión Europea**. 2012. Disponible en: [http://www.ba.unibo.it/NR/rdonlyres/922B6554-A053-486F-81A8-FD20BD9DBD0B/257877/Rutas\\_MigratoriasCAP\\_1.pdf](http://www.ba.unibo.it/NR/rdonlyres/922B6554-A053-486F-81A8-FD20BD9DBD0B/257877/Rutas_MigratoriasCAP_1.pdf) Fecha de consulta: 21 de Agosto de 2012.



- ORGAZ, A. **Personas individuales**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, 1946.
- PARRA QUIJANO, J. **Manual de derecho probatorio**. 14va. Edición. Bogota, Colombia. Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004.
- PASCUA, Francisco Javier. **Escuchas telefónicas, grabaciones de audio subrepticias y filmaciones**. Cuarta reimpresión. Mendoza, Argentina: 2003.
- PAZ RUBIO, José María. **La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales**. Editorial Colex, 1999.
- PEDRAZ PENALVA, E. **El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas**. En: **Revista del Poder Judicial**, 1990, número 17, y en: **Constitución, Jurisdicción y Proceso**, Madrid, España: 1990.
- PEDRAZ PENALVA, E. **Notas sobre publicidad y proceso, en Constitución, Jurisdicción y proceso**. Madrid, España: 1990.
- PEDRAZ PENALVA, E. **Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración**. En: **Revista General de Derecho**, 1993, julio-agosto.
- PÉREZ ALONSO, E. **Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)**, México. 2008,
- PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, Ana Ma. **Una cuestión incomprendida, El maltrato a la mujer**. En: **Cuadernos Inacabados No. 21**. España: Grafistaff. 1995.
- PICO I JUNIO, J. **El derecho a la prueba en el derecho procesal civil**. Barcelona, España: J. M. Bosch, 1996.
- PICO I JUNIO, J. **La prueba ilícita y su control judicial en el proceso Civil**. En: **Libro de Ponencias al XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal**. Bogotá, Colombia: Edición de la Universidad Libre, 2005.
- POMARES CINTAS, E. **Las incongruencias del Derecho penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España (art. 313.1 CP)**. En: **Revista General de Derecho Penal**. Número 5, 2006.



POMARES CINTAS, E. **La inmigración laboral del extranjero en el Derecho penal**. En: **Cuadernos de Política Criminal**. Número 86, 2005.

PORTILLA CONTRERAS, G. **El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista**. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2007.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). 2013. **Informe Sobre Desarrollo Humano 2013. El ascenso del Sur: Progreso humano en un mundo diverso**. Disponible en: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2013GlobalHDR/Spanish/HDR2013%20Report%20Spanish.pdf> Fecha de consulta: 21 de Agosto de 2012.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. **Informe de Desarrollo Humano para América Central 2009-2010 CEPAL, Anuario Estadístico 2009**. Disponible en: <http://www.eclac.org>. Fecha de consulta: 21 de Agosto de 2012.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. **Superando barreras: Movilidad y desarrollo humanos**: Disponible en: <http://www.eclac.org>. Fecha de consulta: 21 de Agosto de 2012.

**Protocolo complementario a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, para prevenir el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire**. Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy>. Fecha de consulta: 21 de Agosto de 2012.

**Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar el Tráfico de Personas, especialmente Mujeres y Niños**. 2000. Disponible en: <http://www.odccp.org>. Fecha de consulta: 21 de agosto de 2012.

QUINTERO OSPINA, T. **Las pruebas en materia penal**. Bogotá, Colombia: Editorial Jurídica Wilches, 1991.

RAMÍREZ JARAMILLO, Andrés David. **El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación**. Universidad de Antioquia, Facultad de derecho. Colección mejores trabajos de grados, número 3. ISBN 958-714-340-9. 2010.

RAMONET, I. **Esclavos en Europa**. En: **Le Monde diplomatique**. Número 189, julio 2011.



REBOLLO DELGADO, L. **El derecho fundamental a la intimidad**. Madrid, España: Editorial Dykinson, 2005.

RIQUELME PORTILLA, Eduardo. **El agente encubierto en la ley de drogas: la lucha contra la droga en la sociedad del riesgo**. En: **Política criminal (en línea)**. **Revista electrónica de la Universidad de Talca**, Centro de Estudios en derecho Penal. S.L. Año 2, número 2 (2006). Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl>. Fecha de consulta: 13 de agosto de 2013.

RIVES SEVA, A. P. **Intervención de las comunicaciones en el proceso penal**. Barcelona, España: Editorial Bosch, 2010.

RIVERA, J. C. **Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Tomo II**. Tercera Edición Actualizada. Buenos Aires, Argentina: Editorial Adeledo Perrot, 2004.

RIVERA CLAVERÍA, Julio. **El crimen organizado**. Instituto de estudios en seguridad. Guatemala, enero 2011.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. **Las intervenciones telefónicas. La prueba en el proceso penal**. En: **Cuadernos de Derecho Judicial**, CGPJ, 1992.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. **El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad**. Madrid, España: Editorial McGraw Hill, 1998.

RODRIGUEZ, Claudia; INTERIANO, Saúl. **Línea de base sobre la situación de la protección de la niñez y adolescencia departamento de Totonicapán**. UNICEF-CIPRODENI. 2009.

ROGEL VIDE, E. C. **Bienes de la personalidad, Derechos Fundamentales y Libertades Públicas**, Bolonia, 1985.

ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Traducción: Carmen Gómez Rivero y M<sup>a</sup> del Carmen García Cantizano. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2000.

ROXIN, C. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto, 2000.

RUBÍN, Gayle. **El tráfico de mujeres: notas sobre la “economía política” del sexo**. En compilación: **El género: la construcción cultural de la diferencia sexual**. Compilación e introducción a cargo de: Marta Lamas. Colección Las Ciencias Sociales, Estudios de Género. Primera reimpresión. México: Universidad



Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, Programa Universitario de Estudios de Género. México. 1997.

- RUIZ VADILLO, E. **La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de producirse algunas determinadas irregularidades procesales.** En: **AAVV, La prueba en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial.** Madrid, España: 1992.
- RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. **Qué es el delito provocado.** En: **Revista de Derecho Penal.** Número 10. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer. Diciembre 1998–enero 1999.
- SALTZMAN JANET. **Equidad y género. Una teoría integrada de estabilidad y cambio. Feminismos.** Madrid, España: Ediciones cátedra, Universitat de València, instituto de la mujer. Gráficas, Rógar, S. A. 1992.
- SALGADO, J. **La utilización como medio de prueba de la intervención de las comunicaciones telefónicas, postales, telegráficas, informáticas y de las nuevas tecnologías de la comunicación.** Conferencia CICAD, Antigua-Guatemala, Mayo. 2001.
- SAU SÁNCHEZ, Victoria. **Reflexiones feministas para principios de siglo.** En: **Cuadernos Inacabados.** Número 34. España: Grafistaff, 2000.
- SHAW, James. **Derecho Internacional Sobre el Uso de Operaciones Encubiertas y Vigilancia Electrónica en la Lucha Contra la Delincuencia Transnacional organizada.** En: **Uso de Agentes Encubiertos y Vigilancia Electrónica en la Lucha Contra el Crimen Organizado y la Corrupción.** Lima, Perú: Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito-OPCION. 2005.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. **Comentarios al Código civil y Compilaciones forales.** Dir. M. Albaladejo. Segunda edición. T. XVI, vol. 2.º, Madrid, 1991.
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. **Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada en el sistema penal: el caso colombiano.** En: **Revista de Derecho Penal. Fundación de Cultura Universitaria.** Número 17. Montevideo, Uruguay. Abril 2008.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. **Informe al 59º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y social, Tema 15 del Programa**



**Provisional.** Distrito General. Documento E/CN.4/2003/90/Add.2, del 10 febrero de 2003, Organización de Naciones Unidas. 2003.

SUPERAR FRONTERAS. (2011): “**Crisis Económica, Inmigración y miedo**”. Servicio Jesuita de Migrantes (SJM). España- Abril. Disponible en: [www.alboan.org/docs/articulos/Superarfronteras.pdf](http://www.alboan.org/docs/articulos/Superarfronteras.pdf) Fecha de consulta: 23 de Noviembre de 2013.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. **Sistema penal y criminalidad internacional**. En: Nieto Martín (Coord.), **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam**. Volumen I, Cuenca, 2001.

THILLET DE SOLÓRZANO, Braulia. **Mujeres y percepciones políticas. Colección Estudios de Género No. 3**. Guatemala: FLACSO-Magna Terra Editores, S. A., 2003.

**Trata de personas hacia Europa con fines de explotación sexual** UNODC – Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/publications/TiP\\_Europe\\_ES\\_LORES.pdf](http://www.unodc.org/documents/publications/TiP_Europe_ES_LORES.pdf) Fecha de consulta: 13 de agosto de 2013.

VARELA CASTRO, L. **Investigación y preparación del juicio oral**. En: **La reforma del proceso penal**, con otros autores. Madrid, España: 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El agente provocador**. En: **Revista de Derecho Penal**. Número 10. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer. Diciembre 1998 – enero 1999.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Palabra de los Muertos: Conferencias de la Criminología Cautelar**. Buenos Aires, Argentina: Editar, 2011.

ZAMORANO, A. A. **Las pruebas obtenidas mediante las grabaciones sonoras y de imagen y las intervenciones telefónicas: su valor probatorio**. Conferencia pronunciada en el III Congreso Colombo – panameño de Derecho Procesal, Panamá, Agosto 2006.



ZOCO ZABALA, C. **Intercepción de las comunicaciones electrónicas. Concordancias y discordancias de SITEL con el artículo 18.3 CE.** *Indice de Coordinación*. Revista para el análisis del derecho. Barcelona, España: 2010.

### **Legislación:**

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

**Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73.** 1993.

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

**Convención sobre los Derechos del Niño 1989.** Derechos Humanos, Textos Internacionales. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Asdi, San José, Costa Rica, 2010.

**Decreto número 21 de 1996. Ley contra la Criminalidad Organizada.** Congreso de la República de Guatemala,

**Decreto 23 de 2009; Reforma Ley contra la Criminalidad Organizada, Congreso de la República de Guatemala.** 2009.

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

**Decreto número 02-89. 1989. Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala.**

**Ley Modelo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes.** Elaborada por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en respuesta a una petición dirigida a la Asamblea General para que promoviese y facilitara las iniciativas de los Estados Miembros dirigidas a hacerse parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Naciones Unidas. Treaty Series, vols. 2225, 2237 y 2326, núm. 39574. Naciones Unidas Nueva York, 2012. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Model\\_Law\\_SOM\\_S\\_ebook\\_V1052718.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Model_Law_SOM_S_ebook_V1052718.pdf) Fecha de consulta: 23 de Noviembre de 2013.

**Ley Modelo contra la Trata de Personas.** Elaborada por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en respuesta a una petición dirigida a la Asamblea General para que promoviese y facilitara las iniciativas de los



Estados Miembros dirigidas a hacerse parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Naciones Unidas. Treaty Series, vols. 2225, núm. 39574. Naciones Unidas Nueva York, 2012. Fecha de consulta: <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP-Model-Law-Spanish.pdf> Fecha de consulta: 23 de Noviembre de 2013.