

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



**LA AUTORIZACION JUDICIAL PARA LA ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO
Y SU PROCEDIMIENTO**

LUIS PEDRO ORDOÑEZ PÉREZ

GUATEMALA, MAYO DE 2016

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

**LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO
Y SU PROCEDIMIENTO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUIS PEDRO ORDÓÑEZ PÉREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo de 2016

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Dixon Díaz Mendoza
Vocal:	Licda.	Gloria Isabel Lima
Secretaria:	Licda.	Jacqueline Ziomara Archila Chávez

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	José Luis De León Melgar
Vocal:	Licda.	Ana Reina Martínez Antón
Secretario:	Lic.	Juan Ramiro Toledo Álvarez

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



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

Atentamente pase al (a) Profesional, BENITO JUAREZ CAJBON
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
LUIS PEDRO ORDÓÑEZ PÉREZ, con carné 200817697,
 intitulado LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO Y SU
PROCEDIMIENTO.

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

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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

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



Fecha de recepción 27 / 05 / 2015 f)

Asesor(a)
Benito Juarez Cajbon
 ABOGADO Y NOTARIO



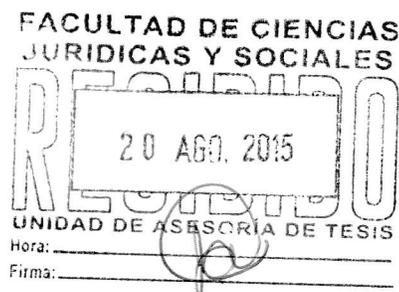


LICENCIADO: BENITO JUAREZ CAJBÓN
ABOGADO Y NOTARIO

Oficina 1ª. Calle 2-01, zona 2, Santiago Sacatepéquez, Sacatepéquez
Colegiado 4.262

Guatemala, 15 de julio de 2,015

Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Doctor Mejía Orellana:

En atención a la resolución de fecha veinticuatro de febrero de dos mil quince, emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, en la cual fui nombrado como asesor de tesis del **Br. LUIS PEDRO ORDOÑEZ PÉREZ**, sobre el tema titulado **“LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO Y SU PROCEDIMIENTO”**, el virtud de lo cual rindo a usted el siguiente dictamen:

El contenido científico y técnico de la tesis es adecuado en virtud de que la investigación elaborada estableció un análisis técnico jurídico sobre el la autorización judicial necesaria para la utilización, actuación del método especial de investigación que establece la Ley Contra la Delincuencia Organizada, como lo es el Agente Encubierto, así como su procedimiento, logrando establecer la no aplicación del Principio de Imparcialidad y el Principio de Juez Natural para la correcta aplicación del método referido.

Los métodos de investigación utilizados durante la elaboración de la tesis en mención son los siguientes: método analítico, exegético y sintético, los cuales fueron utilizados de forma adecuada durante la realización de la totalidad de la investigación. Así mismo las técnicas de investigación utilizadas son: técnica bibliográfica, documental y de campo.

En la elaboración del trabajo de tesis la redacción fue adecuada y al contenido de la investigación.



**LICENCIADO: BENITO JUAREZ CAJBÓN**
ABOGADO Y NOTARIO

Oficina 1ª. Calle 2-01, zona 2, Santiago Sacatepéquez, Sacatepéquez
Colegiado 4.262

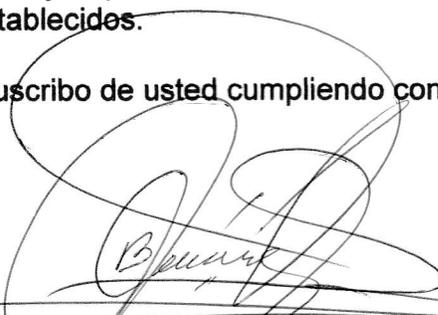
La tesis presenta una colaboración científica significativa al desarrollar aspectos propios de un método especial de investigación establecido en una Ley Penal Especial y el cual debería de cumplir con los Principios del Derecho Penal y Procesal Penal por lo que se considera que el trabajo presentado cumple con un amplio contenido técnico, científico y legal, tomando en cuenta aspectos fundamentales de cada capítulo del contenido del trabajo de tesis, la conclusión discursiva y la bibliografía consultada, la que es adecuada.

En virtud de lo anteriormente expuesto y con fundamento en lo regulado en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

En consecuencia rindo **DICTAMEN FAVORABLE** al considerar que el contenido científico y técnico de la tesis, los métodos y técnicas, la redacción, conclusión discursiva y bibliografía consultada son adecuadas por lo que considero que el trabajo de tesis realizado puede ser objeto de aprobación y expresamente **DECLARO** no ser pariente del estudiante dentro de los grados de ley establecidos.

Sin otro particular me suscribo de usted cumpliendo con el cargo encomendado.

Atentamente.


LIC. BENITO JUAREZ CAJBON
COLEGIADO 4,262



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



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

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante LUIS PEDRO ORDOÑEZ PÉREZ, titulado LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO Y SU PROCEDIMIENTO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]

[Handwritten signature]
 Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO



DEDICATORIA



**A DIOS Y A JESÚS NAZARENO
DE LA MERCED DE ANTIGUA:**

Quienes me dieron la fe, la fortaleza, la salud, la sabiduría y la esperanza para culminar esta meta.

A MIS HIJAS:

Luisa María: por ser mi fortaleza y haberme enseñado a no rendirme nunca pese a toda adversidad; por vivir en mi corazón.

Isabela María: por ser mi alegría de todos los días, llenarme de ánimo para ser mejor padre y dar lo mejor de mí.

A MI ESPOSA:

Por su apoyo, cariño, paciencia y tiempo incondicional para que pudiera llegar a este día.

A MIS PADRES:

Porque me dieron la vida y la oportunidad haciendo su mayor esfuerzo para sacarme adelante, dándome ejemplos dignos de superación y entrega.

A MIS HERMANOS:

Carlos Manuel, Dulce María, Gabriela Alejandra con amor fraternal, sin ustedes esto no sería posible.

A MIS ABUELOS:

Con respeto y admiración; gracias por sus oraciones. Ustedes son mi orgullo.

A MI TIOS:

Por su cariño, ejemplo y apoyo a lo largo de mi vida.

A MIS AMIGOS:

Alexander Morales, Claudia Solís, George Rivera, Edwin Chávez, Sindy Bal, Dayra Monterroso, Luis Pixtún, Diego Juárez, Josefina Mucía, Glen Delisser, Miguel Sánchez, Rony Solórzano, Ricardo González y Antonio Díaz, gracias por su afecto, amistad, comprensión y apoyo incondicional, sin importar el orden todos son importantes.



A LA FISCALÍA DE DISTRITO DE SACATEPÉQUEZ:

Por la oportunidad de desenvolverme como profesional, por la experiencia adquirida y a todo su personal.

A LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Alma mater que me abrió sus puertas del conocimiento y permiten que hoy sea un profesional más en busca de una Guatemala justa y equitativa.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:

Gloriosa facultad que me enseñó los caminos del derecho y a ser esclavo de las leyes si queremos ser libres.

A USTED:

Gracias por ser parte y acompañarme en este momento tan importante.

PRESENTACIÓN



La presente investigación, de tipo cualitativo por cuanto ha sido eminentemente documental, se ha realizado dentro de la rama del Derecho Penal, puesto que se ha centrado en el análisis de la figura del agente encubierto como método especial de investigación de delitos cometidos por estructuras criminales que revisten características de delincuencia organizada, previstas en la Ley contra la Delincuencia Organizada, sugiriendo la implementación de un procedimiento adecuado para que los resultados de la utilización de dicho método sean efectivos en el logro del fin probatorio dentro del proceso penal toda vez que se advierte una grave falencia al no prever para el uso de dicho método especial de investigación una Autorización Judicial y el correspondiente Control Jurisdiccional de su actuación, con lo cual se evitaría cualquier malversación de intereses en el uso del método indicado y se cumpliría con el fin último de obtener la pronta y cumplida justicia.

Se ha realizado la misma, dentro del período comprendido de enero a diciembre del año 2013, procurando coadyuvar al logro de los objetivos en la aplicación de la Ley, de tal manera que ésta sea efectiva desde un punto de vista operacional.

Se aporta una gran contribución científica para la sociedad y para la legislación guatemalteca, puesto que es un tema nuevo y por lo tanto no ha sido investigado suficientemente, sugiriéndose como ya se mencionó la regulación de la autorización judicial para el método de investigación indicado, así como puede utilizarse de material de consulta para futuras investigaciones relacionadas al tema que se desarrolla.

HIPÓTESIS



La hipótesis planteada al inicio del presente trabajo de investigación fue establecida de la siguiente manera: La autorización judicial confiere certeza jurídica a la actuación del agente encubierto y su procedimiento establecida en la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



Luego de la investigación realizada, se estableció que efectivamente la utilización del Agente Encubierto como método o técnica especial de investigación del crimen organizado, ha sido de gran importancia en diferentes países alrededor del mundo, principalmente en las últimas décadas, por la relevancia que ha tomado el tema de la criminalidad organizada sin embargo se determinó que efectivamente la legislación en materia de delincuencia organizada no previó la autorización judicial como requisito indispensable para su utilización y por lo tanto esta deficiencia produce falta de legalidad, de certeza y de seguridad jurídicas. Para su comprobación se recurrió a la metodología consistente en los métodos analítico, sintético y exegético, puesto que se dividió el tema general para determinar características intrínsecas, se enlazaron conceptos abstractos con relaciones concretas y por lo tanto, se obtuvo propiedades generales a partir de propiedades singulares y viceversa, concluyendo en un cuerpo ordenado y formado metódica y científicamente.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
---------------------------	----------

CAPÍTULO I

1. Criminalidad organizada	1
1.1 Definición	3
1.2 Fenómeno no convencional	8
1.3 Características	9
1.3.1 Cúpula de mando	10
1.3.2 Jerarquía	10
1.3.3 Especialización criminal	11
1.3.4 Finalidad permanente	11
1.3.5 Objetivos de lucro	11
1.3.6 Logística sofisticada	12
1.3.7 Niveles de disciplina y distribución de roles	12

CAPÍTULO II

2. Criminalidad organizada en Guatemala	15
2.1 Principales actividades del crimen organizado en Guatemala	17
2.2 Regulación legal contra el crimen organizado en Guatemala	21



2.2.1 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada	21
2.2.2 Ley contra la Delincuencia Organizada	23
2.2.3 Reglamento para la aplicación de los métodos especiales de Investigación	24

CAPÍTULO III

3. Métodos especiales de investigación de la criminalidad organizada .	27
3.1 Definición	27
3.2 Principios doctrinarios en su aplicación	29
3.2.1 Principio de legalidad ..	30
3.2.2 Principio de subsidiariedad	30
3.2.3 Principio de proporcionalidad	31
3.2.4 Principio de control judicial ..	31
3.3 Marco doctrinario de los métodos especiales de investigación contra la Criminalidad organizada	31
3.3.1 Seguimientos pasivos	32
3.3.2 Entregas vigiladas	33
3.3.3 Informantes	34
3.3.4 Agentes encubiertos	35
3.3.5 Vigilancia	36



3.4 Métodos especiales de investigación en la Ley Contra la Delincuencia Organizada	40
3.4.1 Operaciones encubiertas	40
3.4.2 Entregas vigiladas	43
3.4.3 Interceptaciones telefónicas y otros medios de comunicación. .	45

CAPÍTULO IV

4. El agente encubierto en la legislación guatemalteca	49
4.1 Antecedentes generales	49
4.2 Concepto doctrinal	51
4.3 Concepto legal en la Ley Contra la Delincuencia Organizada	56
4.4 Perfil del agente encubierto	58
4.5 Requisitos de la actuación del agente encubierto ..	63
4.6 Control de la actuación del agente encubierto ..	67
4.6.1 El agente encubierto y la provocación de delito	72
4.6.2 El agente encubierto y la prueba ilícita	74
4.6.3. Responsabilidad penal del agente encubierto	77
4.7 Problemas político criminales y jurídico constitucionales de la actuación del agente encubierto en la Ley contra la Delincuencia Organizada ..	82
4.8 Propuesta para la actuación legítima del agente encubierto dentro del Marco de la Ley contra la Delincuencia Organizada	85
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	89



Pág

91

BIBLIOGRAFÍA



INTRODUCCIÓN

Existe una preocupación social creciente por el incremento de la delincuencia común, y por el surgimiento de formas de delincuencia no tradicional, específicamente manifestadas en su forma de estructuras criminales bien organizadas, al estilo de empresas legalmente establecidas, aunado al surgimiento de nuevos delitos potenciados por el crecimiento social, económico, industrial y tecnológico.

En la actual configuración de la legislación en materia penal, específicamente en el tema relacionado con la criminalidad organizada, existen graves falencias que atentan contra los derechos fundamentales, lo que demerita su efectividad en la desarticulación de las estructuras altamente organizadas de la criminalidad imperante. Uno de ellos, lo constituye el hecho de que en la Ley específica es el Fiscal General y Jefe del Ministerio Público el que autoriza la utilización de operaciones encubiertas, sin existir una autorización judicial y por ende su control jurisdiccional respectivo.

Por ende, el tema objeto de investigación se considera de actualidad social debido al incremento de la actividad delictiva con características especiales de estructura organizada, lo que requiere el uso de métodos especiales para su investigación, pero al mismo tiempo se considera incoherente el hecho de que un método de tal relevancia como lo constituye la actuación del agente encubierto no cuente con la autorización judicial respectiva, lo que robustecería el resultado de la investigación, dándole legitimidad a través de la imparcialidad del mismo, el cumplimiento de principios fundamentales, y la obtención del fin último de la justicia y la paz social.

El objetivo general de la presente investigación, fue demostrar que la autorización judicial para la actuación del agente encubierto como método de investigación especial contra la delincuencia organizada se hace necesaria para lograr una efectiva investigación y el establecimiento del estado de derecho, ha quedado plenamente evidenciado y comprobado.



La hipótesis científica sustentada al inicio de este trabajo, fue comprobada, ya que se logró determinar que la autorización judicial le confiere certeza jurídica a la actuación del agente encubierto y su procedimiento establecida en la Ley contra la Delincuencia Organizada.

En esta tesis se realiza un análisis jurídico de la autorización judicial para la actuación del agente encubierto y su procedimiento, para lo cual se ha dividido en cuatro capítulos: en el primero se estudian las generalidades del crimen organizado en cuanto a su definición y características que lo convierten en un fenómeno no convencional; en el segundo se estudia el fenómeno del crimen organizado en Guatemala, en cuanto a sus antecedentes, principales actividades y regulación legal; en el tercero se hace un estudio sobre los métodos especiales de investigación de la criminalidad organizada, basada en sus principios y los métodos específicos que se encuentran regulados; en el cuarto y último capítulo se estudia la figura del agente encubierto en la legislación encubierta, y en forma muy especial, lo que se considera como un problema político criminal y jurídico constitucional en la actuación del agente encubierto, así como la propuesta concreta para su actuación legítima dentro de un verdadero Estado de Derecho, dentro del marco de la Ley contra la Delincuencia Organizada.

En cuanto a la metodología y técnicas de investigación utilizadas se recurrió a los métodos analítico, sintético y exegético, puesto que se dividió el tema general para determinar características intrínsecas, se enlazaron conceptos abstractos con relaciones concretas, y por lo tanto se obtuvo propiedades generales a partir de propiedades singulares y viceversa, hasta concluir en un cuerpo de conocimiento ordenado y formado metódica y científicamente, utilizándose para ello las técnicas especiales bibliográficas, documentales y de campo.

En conclusión, la presente investigación es propositiva y pretende, de alguna manera, coadyuvar al logro de los objetivos en la aplicación de la Ley específica, de tal manera que ésta sea efectiva desde un punto de vista operacional, pero que al mismo tiempo vele por el cumplimiento y el respeto a los derechos fundamentales.



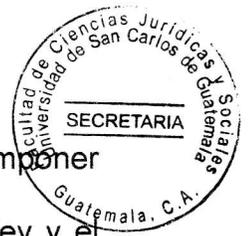
CAPÍTULO I

1. Criminalidad organizada

Desde el punto de vista de la dogmática penal, el delito es considerado como una conducta, una acción humana que la sociedad considera contraria a sus valores y por esa razón, en ejercicio del jus puniendi, el Estado en representación de tal sociedad, la reprime imponiendo una sanción que inflija un dolor o constituya una pérdida importante desde el punto de vista material o moral para el individuo que ha transgredido la norma y que debe ser castigado, y de conformidad con las modernas teorías acerca de la pena, debe tender a su readaptación y rehabilitación.

La modernización de la sociedad se ha traducido en el fenómeno de la globalización y la facilidad de comunicación entre los países a nivel internacional, ha traído no sólo crecimiento económico y social, pero también la delincuencia ha evolucionado rápidamente, adaptando sus formas a los mercados ilícitos y a las nuevas estructuras fruto de esa globalización, y en medio de una sociedad que se desarrolla vertiginosamente, los grupos organizados delincuenciales también han cambiado sus estrategias para evitar su desarticulación.

El crimen organizado ha llegado a acuerdos y tratos para dividirse las zonas geográficas, desarrollar nuevas estrategias de mercado, elaborar formas de asistencia mutua y solventar conflictos, todo ello a escala internacional.



Es así como el crimen organizado representa una potencia criminal capaz de imponer su voluntad a los Estados legítimos, socavar las Instituciones y fuerzas de la ley y el orden, trastornar el delicado equilibrio económico financiero y destruir la vida democrática.

La delincuencia organizada se ha ido convirtiendo paulatinamente en una grave amenaza para la sociedad en el mundo entero; el comportamiento delictivo ha dejado de ser patrimonio exclusivo de algunos individuos, para serlo de organizaciones que se infiltran en las diversas estructuras de la sociedad civil y de la sociedad en su conjunto. La delincuencia se está organizando día a día a través de las fronteras nacionales, aprovechando la libre circulación de mercancías, capitales, servicios y personas. Las innovaciones tecnológicas como Internet y las operaciones bancarias electrónicas han resultado ser medios extraordinariamente bien adaptados tanto para cometer delitos, como para transferir los beneficios resultantes de los mismos en actividades de apariencia lícita.

En febrero del 2010, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas observó con preocupación las graves amenazas que el tráfico de drogas y la delincuencia organizada transnacional plantean en algunos casos para la seguridad internacional en diferentes regiones del mundo, e invitó al Secretario General a que considere la posibilidad de incorporar esas amenazas como factor en las estrategias de prevención y análisis de conflictos, y en la evaluación y planificación integradas de las misiones.



Por ello, desarrollar una estrategia que luche eficazmente contra la delincuencia organizada transnacional, se ha constituido en un asunto que reviste prioridad a nivel internacional.

1.1 Definición

El derecho penal no desconoce que en la realización del delito, además de las formas tradicionales de autoría individual, también se da la codelincuencia a través de la participación criminal de instigadores, cómplices y auxiliadores, a lo que se añade la asociación ilícita para delinquir, comportamientos más peligrosos y graves que la anterior, dada su permanencia, su mejor organización, la planificación de sus actos y su cobertura económica. Sin embargo por varias décadas no se advirtió un incremento sensible de la organización criminal, sino hasta que ésta comienza a dominar el mercado de las drogas ilícitas, el blanqueo de capitales, el tráfico de armas, participación en fraudes, actos terroristas y corrupción de servidores públicos.

Las Naciones Unidas, desde el VII Congreso Mundial sobre Prevención del Delito celebrado en Milán, Italia en 1985, y luego en su IX Congreso de 1995 llevado a cabo en El Cairo, Egipto, le dio especial atención al fenómeno de la delincuencia organizada, aprobándose resoluciones que instaban a los Estados Miembros a tareas concretas, entre las que caben mencionar:

- a) Desarrollar la legislación nacional contra las organizaciones delictivas,
- b) Concretar medidas contra el blanqueo de capitales y la utilización del producto del delito,



- c) Formular medidas de transparencia a los sectores comerciales y bancarios,
- d) Elaborar técnicas de investigación y acusación uniformes y eficaces contra las organizaciones delictivas,
- e) Prestar asistencia mutua a los países facilitando personas y pruebas en los casos del delito organizado, especialmente sus vínculos con el narcotráfico, el terrorismo, el lavado de dinero y la corrupción.

Es así como se han desarrollado diversas definiciones del fenómeno del crimen organizado, pero generalmente la tendencia a definirlo se basa en algunas características que lo diferencian, entre las cuales tenemos:

- “a) Actividades realizadas por grupos estructurados.
- b) Comisión de lo que en algunas legislaciones se denominan crímenes serios o delitos graves.
- c) La utilización de los delitos serios o graves como un medio para la obtención de ganancias y/o para obtener influencia política”.¹

De la enumeración de esas características, y en cuanto se refiere a ciertos tipos delictivos como el contrabando internacional de armas, la trata de personas, el lavado de dinero, y otros de índole similar, aparece como resultado necesario la obtención de un beneficio económico de la actividad ilegal desarrollada. Estos beneficios económicos representan importantes sumas de dinero que ingresan a la actividad delictiva organizada, la cual debe reinvertirlos a fin de poder continuar con su propia actividad, u otras actividades igualmente delictivas que complementen a las primeras, y que

¹Bassiuni-Vetere. **Organized crime: A compilation of United Nations Documents 1975-1998**. Pág. 2.



permitan el incremento de unas u otras. Aparte de ello, también dichos beneficios económicos serán inyectados a actividades lícitas que permitan la integración de la organización criminal dentro de la economía de los países, y que en muchos casos le sirve de fachada a las actividades ilícitas que desarrollan.

Por ello, resulta insuficiente definir al crimen organizado, si sólo se toman en cuenta las tres anteriores características, se hace necesario además integrar el concepto con las siguientes:

- a) Continuidad de la organización.
- b) La estructura debe responder a jerarquías perfectamente delimitadas y con la consiguiente división de tareas a priori.
- c) La estructura debe responder a criterios empresariales.
- d) En cuanto a la finalidad perseguida, se debería incluir además el propósito de ejercer influencia sobre la sociedad en general, los medios de comunicación y la estructura política de los países.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, llamada Convención de Palermo, regula en su Artículo 2. a), que se entiende por “grupo delictivo organizado aquel grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.



De conformidad con la Resolución 52/85 de la Asamblea General de las Naciones Unidas por delincuencia organizada se entenderá: “Las actividades colectivas de tres o más personas unidas por vínculos jerárquicos o de relación personal, que permita a sus dirigentes obtener beneficios o controlar territorios o mercados, nacionales o extranjeros mediante la violencia, la intimidación o la corrupción, tanto intensificando la actividad delictiva como con fines de infiltrarse en la economía legítima”.

Carlos Muñoz, sin definir directamente la criminalidad organizada, se refiere a comportamientos criminales ejecutados desde una perspectiva plural en la que los sujetos se organizan para un mejor logro de los resultados que persiguen en sus actuaciones al margen de la ley, especialmente en lo que respecta a la aplicación de la ley penal. Además, reconoce que “la criminalidad organizada cuenta con el apoyo de ciertos niveles de poder político o de personas que aprovechan sus situaciones personales para facilitar el éxito de la acción desarrolladas en beneficio de tal criminalidad”.²

Estas definiciones resaltan los siguientes elementos:

- a) El carácter estructurado u organizado del grupo o asociación.
- b) La permanencia del mismo.
- c) La comisión de infracciones graves.
- d) Finalidad económica o material (directa o indirectamente).

² Muñoz, Carlos Enrique. **Ensayos penales**. Pág. 11.



El XVI Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Budapest en septiembre de 1999 se ocupó del tema “Los sistemas de justicia penal ante el desafío del crimen organizado”, en donde se llegó a definir las características del crimen organizado con los siguientes datos:

- a) La división del trabajo y la disolución de la responsabilidad individual en el seno de la organización.
- b) La intercambiabilidad de los individuos.
- c) El secreto.
- d) La mezcla de actividades legítimas e ilegítimas.
- e) La capacidad de neutralizar los esfuerzos de aplicación de la ley (por medio de la intimidación o la corrupción).
- f) La capacidad especial de transferencia de las ganancias.

El Congreso definió el crimen organizado como un tipo de delincuencia que persigue la obtención de poder y/o lucro a través de una organización fuertemente estructurada. Con estas características definitorias del crimen organizado el Derecho Penal se plantea nuevos retos al tratarse de un tipo de criminalidad compleja donde resultan notas fundamentales: la organización, el fin de obtención de poder y/o lucro, a través de medios ilícitos generalmente considerados graves.

Estas características de la criminalidad organizada constituyen sólo una enumeración, no completa y que resulta variable al momento de su aplicación a cada país en particular, debido a sus características sociales, económicas y políticas que le son propias. De ello se concluye que resulta difícil establecer un concepto criminológico de



lo que se entiende por criminalidad organizada, cuánto más uno dogmático, puesto que, como indica el maestro Zaffaroni, constituiría una “pretensión de asir en un concepto criminológico la dinámica del mercado”³.

1.2 Fenómeno no convencional

La delincuencia común se centra en conductas prohibidas que importan la comisión de delitos de corte patrimonial individual o a veces colectivo, delitos contra la libertad de la persona, delitos contra la libertad sexual, delitos de falsificación, o aquellos contra la vida y salud de las personas, entre muchos otros. La política criminal estatal tiene ya un marco de actuación y respuesta a dicho fenómeno. Sin embargo, con el desarrollo de las sociedades han evolucionado las formas delictivas y han aparecido nuevas formas de delinquir, entre ellos el tráfico ilícito de drogas a nivel transnacional, el terrorismo, el narcoterrorismo, el blanqueo de capitales, la corrupción, el tráfico de personas, el delito financiero, el delito informático, entre otras.

Muchas de estas conductas, sino todas, evolucionan en su género y avanzan de manera sorprendente frente a las formas comunes de represión; pero además, se agrupan o perfeccionan, es decir, se organizan a fin de evitar su detección, para actuar con impunidad, ampliando sus espacios o captando sectores importantes de control penal e incluso captando personajes políticos y hasta sectores públicos.

³Zaffaroni, Eugenio Raúl. **El crimen organizado: Una categorización frustrada**. Pág. 5.



En ese orden de ideas, el crimen organizado aparece como un fenómeno delictivo especial, de naturaleza no convencional. El Derecho interno resulta insuficiente para afrontarlo y las políticas que se aplican pueden resultar tardías o insuficientes. Este fenómeno no convencional del crimen organizado ha traspasado en los últimos años, las fronteras y los mares para ampliar sus horizontes y a la vez lograr impunidad o legitimar sus acciones delictivas. Zúñiga Rodríguez afirma con certeza que la asociación criminal debe ser analizada a la luz de una nueva “macrocriminalidad”, pues “actúa realizando acciones de amplio espectro, donde los sujetos activos suelen ser grandes organizaciones criminales, los bienes jurídicos plurales (de índole colectivo e individual) y las víctimas son prácticamente indeterminadas”⁴.

1.3 Características

En aplicación de los principios de racionalidad y legalidad en el derecho penal, se debe determinar las características identificativas de la criminalidad organizada, a efecto de desarrollar estrategias eficaces y utilizar los medios idóneos en la persecución o investigación de los delitos que se cometen bajo el abrigo de este tipo de delincuencia, y como efecto secundario, no considerar que todo delito podría ser crimen organizado, y como consecuencia evitar el uso innecesario de los métodos o técnicas especiales de investigación adecuados para el crimen organizado, por lo que es de suma importancia

⁴ Zúñiga Rodríguez, Laura. **Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de participación en organización criminal**. Pág. 51



establecer sus características, partiendo de los conceptos ya analizados y de opiniones de reconocidos autores penalistas.

1.3.1 Cúpula de mando

Debido a la complejidad de su conformación, el crimen organizado requiere una organización que refleje una especial estructura decisional, es decir “una cúpula de mando u órgano que desarrolle las actividades de dirección dentro de la organización criminal, la cual debe tener como característica principal el anonimato entre los demás miembros de la organización, sólo conocida por un número reducido”⁵.

1.3.2 Jerarquía

José Antonio Choclán Montalvo, indica que el crimen organizado requiere de una definida jerarquía dentro de la organización, con cierta diferencia y niveles complejos asimilados en su caso a las formas tradicionales de organización de las empresas de las cuales se toman aspectos esenciales en su constitución, como lo es “la organización funcional de acuerdo a su estructura, y la división de labores a partir de dicha estratificación, separando así las actividades criminales en diferentes niveles”⁶.

⁵ Zúñiga Rodríguez, Laura. **Op. Cit.** Pág. 54

⁶ Choclán Montalvo, José Antonio. **Criminalidad organizada: concepto, la asociación ilícita, problemas de autoría y participación.** Pág. 245.

1.3.3 Especialización criminal

Una característica importante dentro de un verdadero grupo criminal organizado, es el nivel de especialización que sus integrantes adquieren en cuanto a los hechos criminales, no son métodos improvisados, sino que adquieren “una verdadera profesionalización en los delitos, según sus destrezas, habilidades y conocimientos, que es la clave para el éxito de los hechos a ejecutar, puesto que su eficacia consiste en dejar la menor cantidad de evidencia en los hechos que se cometen”⁷.

1.3.4 Finalidad permanente

La permanencia de la organización criminal responde a lo que se llama programa criminal de la organización, ya que los delitos que se cometen sirven para alcanzar fines específicos, es decir, no se trata de delitos cometidos casualmente, sino de una verdadera profesionalización y especialización que le da estructura y permanencia a la organización criminal, y por ende su actividad criminal se prolonga indefinidamente en el tiempo.

1.3.5 Objetivos de lucro

Un aspecto esencial del crimen organizado, desde el punto de vista material, es la finalidad de lograr beneficios económicos, respondiendo así a la dinámica de fines

⁷ Zúñiga Rodríguez, Laura. **Op. Cit.** Pág. 54



lucrativos, sean estrictamente económicos o ventajas materiales. “La razón de ser de las organizaciones criminales es el afán de amplio provecho económico, y obtener importantes ganancias de los actos criminales que ejecutan, que muchas veces son reinvertidas en otras actividades criminales para obtener aún mayor rendimiento”.⁸

1.3.6 Logística sofisticada

Las organizaciones criminales que funcionan como una estructura compleja, también requieren el uso de instrumentos y tecnología de vanguardia, para garantizar la eficacia en la ejecución delictiva. Es así como los adelantos tecnológicos, los mercados globales, las nuevas formas de comunicación, son aprovechadas por el crimen organizado para generar nuevas formas de delincuencia o para intervenir en el proceso criminal con una mayor efectividad.

1.3.7 Niveles de disciplina y distribución de roles

“Un aspecto medular del crimen organizado es su carácter disciplinar, en este ámbito tiene especial relevancia el nivel de profesionalización y especialidad alcanzado por la estructura criminal. Se determina una cadena de mando que debe ser obedecida en cuanto a las directrices que emanan de la cúpula decisoria de la organización, siendo los miembros situados en niveles bajos de la estructura, fungibles, es decir que pueden ser sustituidos en un determinado momento, y así se puede diferenciar claramente una

⁸ Caparrós, Fabián J. **Criminalidad organizada en el Nuevo Código Penal. Primero problemas de aplicación.** Pág. 176



estructura del crimen organizado: la sustitución de miembros, la obediencia y la distribución de roles”.⁹

⁹ Asociación Internacional de Derecho Penal. **Carta Informativa No. 2.** Pág. 91





CAPÍTULO II

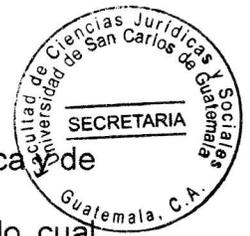
2. Criminalidad organizada en Guatemala

En cuanto a las causas que dieron origen a la criminalidad organizada en Guatemala, el Licenciado Julio Rivera Clavería indica que es necesario mencionar algunos hechos importantes en la historia reciente del país que podrían aportar alguna explicación al fenómeno criminal en estudio:

“a) La guerra civil que se libró en Guatemala durante treinta y seis años evitó que el crimen organizado pudiera articularse y expandirse en el país, por lo que con el advenimiento de una era democrática como sistema político y con el final del conflicto armado, así como con la desestructuración operativa de los grupos antagónicos que intervinieron en el conflicto, se favorece la criminalidad organizada.

b) La debilidad del Estado guatemalteco es una realidad innegable, así como la fragilidad de sus instituciones para ejercer su autoridad y el monopolio de la fuerza en todo el territorio nacional.

Aunque el crimen organizado es un fenómeno delictivo, cuando éste se infiltra dentro del Estado y lo utiliza para mantener sus negocios, se convierte en una problemática de derechos humanos. Esto se debe a la inacción del Estado para perseguir los delitos cometidos por estas estructuras que provoca denegación al derecho de justicia, e incluso, por la utilización de agentes de Estado para cometer delitos, lo que definitivamente provoca socavamiento y debilidad de las Instituciones del Estado, principalmente las comprometidas con el sector justicia.



c) Factores externos como el fenómeno de la globalización económica, tecnológica y de las comunicaciones, hicieron posible la globalización de la criminalidad, por lo cual surgen nuevos actores, nuevas amenazas y, sobre todo, se consolida y expande el crimen organizado local y se vincula al transnacional”.¹⁰

Como se ha indicado anteriormente, las distintas estructuras de organizaciones criminales, en algunos casos se relacionan entre sí para llevar a cabo algunos hechos criminales, vínculos que no necesariamente se caracterizan por su permanencia, sino que son relaciones esporádicas, y se dan muchas veces en razón de tener intereses en común o a cambio de alguna ganancia económica.

Al igual que otros países en Latinoamérica existe confrontación entre diversos grupos del crimen organizado, ya sea por nuevos territorios o por nuevos mercados, lo que trae aparejado el uso de la violencia para lograr esos objetivos. La situación en Guatemala ha derivado en luchas internas sangrientas por controlar nuevos territorios o mercados, entre organizaciones criminales locales con organizaciones criminales de otros países.

Hemos visto que la especialidad en las actividades es una característica fundamental de las organizaciones criminales, pero en nuestro país muchas veces dichas especialidades pueden mutar si las circunstancias así lo requieren, por ejemplo durante algún tiempo pueden dedicarse a los asaltos a instituciones bancarias, pero luego pueden dedicarse al robo en residencias, o a la extorsión o el secuestro.

¹⁰ Rivera Clavería, Julio. **El crimen organizado. Instituto de estudios en seguridad.** Pág. 9



Asimismo las organizaciones criminales tienen la capacidad para infiltrarse en las instituciones del Estado con el objeto de lograr la impunidad de las acciones que realizan, y garantizar sus objetivos en función de las ganancias económicas que les reportan sus actividades ilícitas.

2.1 Principales actividades del crimen organizado en Guatemala

Dentro de las actividades ilícitas realizadas por estructuras del crimen organizado en Guatemala, sobresalen las siguientes:

a) Narcoactividad: El concepto de narcoactividad engloba todo el conglomerado de actividades relacionadas con la producción, almacenamiento, tráfico, distribución a mayoristas y minoristas, incluido el lavado de activos, como consecuencia de la ejecución de las actividades ilícitas propias del tráfico de drogas.

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.

b) Tráfico ilegal de migrantes y personas: En el caso del tráfico ilegal de migrantes, éstos son víctimas de maltratos físicos, amenazas, coacciones, fraudes, engaños, violaciones, explotación sexual y hasta asesinatos en masa.



Estos delitos son sufridos por las víctimas en su tránsito hacia cualquier destino al que se dirijan. Surge del deseo de las personas de emigrar de donde están hacia otro lugar, en busca de una vida mejor, el migrante viaja en forma voluntaria, utilizando medios no regulares para el cruce de las fronteras, por lo que está expuesto a sufrir de todas esas violaciones a su integridad.

En el caso del tráfico ilegal de personas, las organizaciones criminales se aprovechan del hecho inusual de que, para ellos, las personas son mercancías vendibles, reutilizables o revendibles, el tráfico de personas es involuntario, las víctimas de este delito no deciden esta condición, son objeto de compra y venta, se les secuestra y bajo engaño se les puede contratar como camareras, bailarinas o modelos, pero se les obliga a la prostitución o a la servidumbre doméstica; niños raptados y vendidos en el extranjero para trabajar en redes de pornografía y prostitución, o como mano de obra infantil, a los que se les obliga a trabajar en condiciones de esclavitud. Esta actividad criminal organizada se desarrolla en diferentes fases: el reclutamiento, el transporte, la transferencia, la ocultación y la recepción de las víctimas, operando con redes internacionales en diferentes países, de donde adquiere su connotación de delito internacional. Estas redes del crimen organizado operan normalmente en las fronteras de los países en donde poseen hoteles, falsifican documentos y ocultan a sus víctimas.

c) Lavado de dinero u otros activos: El lavado de activos es el procesamiento financiero de los recursos adquiridos como producto de cualquier tipo de actividad ilícita, con el objetivo de ocultar su origen ilegal y transformar el dinero, ya sea en bienes o efectivo, pero con carácter de legal.

Para este tipo de operaciones se utiliza el sistema financiero, bancario y comercial del país, a través de la colocación de dinero ilícito con el objetivo de cambiar de forma para ocultar su origen o la estratificación para ocultar el rastro que relaciona los fondos a la actividad ilegal a través de una serie de complicadas operaciones financieras y, por último, la integración, es decir, cómo se incorpora este dinero ilegítimo a las actividades económicas legítimas, actividad que se da normalmente a través de inversiones comerciales, bienes raíces o artículos de lujo.

d) Tráfico de armas de fuego de tipo defensivo: Esta actividad ilícita del crimen organizado está relacionada directamente con el crimen transnacional. 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 a lo interno del territorio.

e) Secuestros: Las organizaciones criminales utilizan el secuestro de personas para agenciarse de recursos, y para el efecto se utilizan diversas modalidades, siendo la más utilizada el 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.

La otra modalidad consiste en llevar al secuestrado, en contra de su voluntad a vaciar sus cuentas bancarias, tarjetas de crédito y débito, lo que resulta ser un buen negocio



para las organizaciones criminales, ya que en un lapso corto de tiempo 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.

f) Extorsiones: La extorsión es una antigua forma de criminalidad para agenciarse de fondos y que ha sido utilizado por las mafias y el crimen organizado en el mundo entero. En Guatemala constituye uno de los más graves problemas que enfrenta la población, ya que no sólo las bandas organizadas criminales extorsionan, sino también es utilizada por las maras, que es una nueva forma de organización criminal. Estos grupos organizados actúan ejerciendo el terror a través de amenazas, actúan bajo una organización jerárquica estable, permanente, cohesionada, su ámbito de acción es gran parte del territorio nacional en donde ellos tienen delimitado su espacio de acción.

g) Sicariato: El sicariato es la prestación de un servicio, que normalmente consiste en la eliminación física de una o más personas a cambio de un pago. En el caso de las organizaciones criminales, dentro de sus estructuras manejan un número indeterminado de sicarios para cumplir sus objetivos bajo las órdenes de sus superiores.

Existen también 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 de ellas.



para las organizaciones criminales, ya que en un lapso corto de tiempo 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.

f) Extorsiones: La extorsión es una antigua forma de criminalidad para agenciarse de fondos y que ha sido utilizado por las mafias y el crimen organizado en el mundo entero. En Guatemala constituye uno de los más graves problemas que enfrenta la población, ya que no sólo las bandas organizadas criminales extorsionan, sino también es utilizada por las maras, que es una nueva forma de organización criminal. Estos grupos organizados actúan ejerciendo el terror a través de amenazas, actúan bajo una organización jerárquica estable, permanente, cohesionada, su ámbito de acción es gran parte del territorio nacional en donde ellos tienen delimitado su espacio de acción.

g) Sicariato: El sicariato es la prestación de un servicio, que normalmente consiste en la eliminación física de una o más personas a cambio de un pago. En el caso de las organizaciones criminales, dentro de sus estructuras manejan un número indeterminado de sicarios para cumplir sus objetivos bajo las órdenes de sus superiores.

Existen también 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 de ellas.



Igualmente el sicariato forma parte del proceso de iniciación de los aspirantes a pertenecer a alguna mara, cuyos integrantes prestan sus servicios como sicarios en lo local, utilizando en muchos casos menores de edad aprovechando su inimputabilidad; y en lo internacional, participando en asesinatos para los que han sido contratados en países fronterizos.

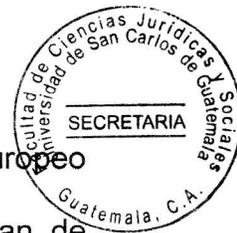
h) Robo de vehículos: Esta actividad criminal constituye una especialización dentro de la estructura de las organizaciones criminales y es, a su vez, una empresa debidamente estructurada en lo local, y con nexos con redes en lo transnacional que les permite ganar sumas millonarias de dinero, ya que los vehículos son robados a requerimiento o bajo pedido. Estas estructuras cuentan con talleres mecánicos en los cuales se desmantelan vehículos para venderlos como repuestos, siendo igualmente un negocio ilícito que reporta grandes ganancias de dinero.

El robo de vehículos es utilizado para agenciarse de un medio de transporte a ser utilizado para cometer otros hechos delictivos. Podría asegurarse que en su ámbito de acción participan organizaciones criminales locales e internacionales debidamente vinculadas, que trabajan de manera permanente.

2.2 Regulación legal contra el crimen organizado en Guatemala

2.2.1. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada

La comunidad internacional ha mostrado su preocupación por la existencia del crimen organizado y durante los años 1998 – 2000, se desarrollaron diversas reuniones de



trabajo en la ciudad italiana de Palermo, a fin de elaborar un proyecto común europeo de lucha contra la criminalidad organizada, teniendo como antecedente el Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada aprobado por la Unión Europea en 1997.

Ya en el Proyecto de la Convención de Palermo se contemplaba como objetivo combatir la criminalidad organizada en sus múltiples formas de manifestación, buscando mejorar los conocimientos y la competencia profesional en materia de lucha contra la criminalidad organizada. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional culminada en julio del año 2000 y suscrita por la mayoría de los Estados en diciembre del mismo año en la ciudad de Palermo, constituye uno de los principales instrumentos jurídicos internacionales para combatir al crimen organizado. Como se señala en el Artículo 1º.: “El propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”.

Dicho instrumento internacional, cuyo objetivo es combatir la delincuencia a nivel mundial, consta de 41 Artículos y entre sus novedades se incluyen normas de extradición y de asistencia judicial mutua, cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral, además de mencionar que ya no se podrá utilizar el secreto bancario para encubrir actividades criminales.

Guatemala firmó con fecha 12 de diciembre del año 2000, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la cual fue ratificada



el 18 de septiembre del 2003, durante el gobierno del Licenciado Alfonso Portillo Cabrera, habiendo sido aprobada por el Congreso de la República, mediante Decreto número 36-2003 y entró en vigencia como parte de la legislación nacional en materia de criminalidad organizada el 12 de septiembre del año 2,003.

2.2.2 Ley contra la Delincuencia Organizada

El Congreso de la República de Guatemala, mediante Decreto número 21-2006, aprobó la Ley Contra la Delincuencia Organizada, al adecuarla a la Convención Contra la Delincuencia Organizada y en cumplimiento a los compromisos adquiridos ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, para combatir al crimen organizado que es un flagelo que ha colocado a los habitantes de nuestro país en un estado de indefensión. Dicho Decreto fue declarado de urgencia nacional con el voto favorable de más de las dos terceras partes del número total de diputados, y entró en vigencia el 25 de agosto del año 2006. Ha sido reformada mediante varios decretos pero su estructura y contenido se ha mantenido de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas.

La Ley Contra la Delincuencia Organizada está conformada por 113 Artículos, dividida en siete títulos, refiriéndose el título I a Disposiciones Generales tales como el objeto, naturaleza y ámbito de aplicación de la ley, definiciones, delitos de la delincuencia organizada, agravantes especiales y pena accesoria.



El título II se refiere a los medios para investigar grupos delictivos organizados y delitos de grave impacto social.

El título III hace referencia a los métodos especiales de investigación entre los cuales contempla las operaciones encubiertas, entregas vigiladas, interceptaciones telefónicas y otros medios de comunicación.

El título IV norma lo relativo a medidas precautorias, disposiciones generales con respecto a tales medidas, y el procedimiento para la declaración de extinción del derecho de propiedad sobre bienes producto de actividades ilícitas cometidas por grupos delictivos organizados.

El título V hace referencia al llamado derecho premial y se refiere a los colaboradores, las medidas de protección y las penas.

Por último el título VI se refiere a los medios de impugnación, y el título VII contiene las disposiciones finales.

2.2.3 Reglamento para la aplicación de los métodos especiales de investigación

Mediante Acuerdo Gubernativo número 158-2009, el Ministerio de Gobernación emite el Reglamento para la aplicación de los métodos especiales de investigación a que se hace referencia en la Ley, desarrollando los mecanismos para que las instituciones del



sector justicia puedan ejercer sus atribuciones en forma coordinada y eficiente en la prevención, combate, desarticulación y erradicación de la delincuencia organizada.

En el Artículo 1 regula el objeto del Reglamento que es establecer la estructura orgánica y los procedimientos para la aplicación de los métodos especiales de investigación, establecidos en la Ley contra la Delincuencia organizada, Decreto número 21-2006.

El Reglamento para la aplicación de los métodos especiales de investigación contiene cuatro títulos, y el primero de ellos se refiere a las Disposiciones Generales, el segundo desarrolla la Estructura orgánica de las unidades a cargo de los métodos especiales de investigación, el título tercero establece los procedimientos para la aplicación de los métodos especiales de investigación, es a saber las operaciones encubiertas, entregas vigiladas e interceptaciones telefónicas y otros medios de comunicación, y el título cuarto contiene disposiciones finales y transitorias.

En síntesis, aunque en Guatemala se cuenta con otros instrumentos legales específicos para determinados tipos delictivos que podrían cometerse por organizaciones criminales, éste es en sí el cuerpo legal que regula lo relativo a la delincuencia organizada.



CAPÍTULO III

3. Métodos especiales de investigación de la criminalidad organizada

3.1 Definición

Al reflexionar sobre el grave y preocupante fenómeno que constituye la delincuencia organizada, se llega a la conclusión que los sistemas tradicionales de investigación de dicho flagelo, devienen ineficaces por las peculiares características de su estructura, que crean un complejo sistema a su alrededor, con la intención de permanecer en la clandestinidad, borrar sus huellas y tratar de conseguir o mantener la impunidad de sus acciones. Así, este tipo de delincuencia, es un fenómeno relativamente nuevo y presenta importantes diferencias respecto a las ya conocidas formas tradicionales de llevar a cabo los ilícitos. Por ello, la delincuencia organizada constituye un problema de extraordinarias dimensiones, que con la libre circulación de personas, bienes y servicios, resulta cada vez más peligrosa, sofisticada y tecnológica, ya que se generan auténticas redes de delincuencia organizada que manejan importantes sumas de capital, operando a su vez en diferentes Estados, es decir, existe la transformación de dichas estructuras, internacionalizando sus operaciones delictivas. Pero además, se produce lo que se denomina transnacionalización de la delincuencia, es decir, la colaboración de diversos grupos organizados de diversas nacionalidades con la finalidad de aumentar la gama de hechos delictivos, siendo cada vez más frecuente, que los diferentes grupos delictivos organizados cooperen entre sí.



Todas estas constituyen razones suficientes que crean la necesidad de utilizar medios extraordinarios para luchar contra este tipo de delincuencia, por lo que como instrumento de combate contra ese fenómeno, debe producirse un desarrollo creciente de colaboración entre los diferentes Estados y sus políticas criminales, realizándose además una sustitución de los tradicionales instrumentos de cooperación internacional, que devienen ineficaces en la nueva realidad al responder a parámetros de Derecho Internacional Clásico, por unas nuevas formas de cooperación internacional y por medios de investigación diferentes a los tradicionales, que resultan inútiles para luchar contra este peligroso y complejo fenómeno delictivo, por lo que en este panorama se encuadran los métodos o técnicas especiales de investigación contra la delincuencia organizada.

Así, con el argumento de dar la necesaria respuesta social preventiva y represiva frente a la criminalidad organizada, recientemente en los ordenamientos jurídicos internos de diferentes países se han ido incorporando técnicas de investigación que comprenden figuras como el seguimiento pasivo de personas o cosas, entregas vigiladas, informantes, agentes encubiertos, interceptación de comunicaciones, vigilancia electrónica, entre otras, que permitan a las autoridades pesquisidoras establecer y comprobar delitos cometidos con tan alto grado de sofisticación y complejidad, como los realizados por las organizaciones criminales, buscándose procesar a los más altos partícipes de las mismas.

Pueden denominarse entonces medios de investigación extraordinarios extremos o especiales, aquellos que pueden suponer una alteración de los principios reguladores



del proceso justo, pero siempre con control jurisdiccional y respeto, como límite, a las garantías de los derechos fundamentales reconocidos por la ley fundamental.

3.2 Principios doctrinarios en su aplicación

Flavio Cardoso Pereira, en su tesis doctoral, sostiene que: “el gran objetivo que hoy se impone la investigación criminal, es el logro de la eficiencia en la investigación de la verdad histórica de los hechos. Sin embargo, debe guardarse un perfecto equilibrio entre el discurso de eficiencia que tiene como herramientas el profesionalismo y la utilización de métodos y procedimientos técnicamente adecuados a cada situación particular, y el discurso de legalidad, que se opone al abuso y a la arbitrariedad, en el respeto por un conjunto de garantías fundamentales que constituyen patrimonio ético-jurídico a preservarse”¹¹.

En ese sentido, la investigación criminal debe ser considerada como la columna vertebral del proceso penal moderno, teniendo en cuenta su importancia para la búsqueda de la eficiencia penal. En ese contexto, es de suma importancia la necesidad de un aparato investigativo bien estructurado, profesionalizado y preparado para hacerle frente a la expansión de la criminalidad.

¹¹ Cardoso Pereira, Flavio. **Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos**. Pág.



Sin embargo no se debe obviar que la búsqueda de información, datos y pruebas en la investigación preliminar, no puede ser obtenida con ausencia de respeto a las bases constitucionales que son inherentes a esta fase de la persecución penal, y además, sin respetar especialmente la dignidad humana de la persona investigada.

Por ello, la doctrina predominante en cuanto al estudio de los métodos o técnicas especiales de investigación contra la delincuencia organizada, propone ciertos principios de rígida observancia, con el fin de evitar cualquier violación a derechos fundamentales de la persona, y con ello lograr un conocimiento correcto y sano de la verdad histórica de los hechos, que permita la aplicación de un justo y debido proceso.

3.2.1 Principio de legalidad

La utilización de métodos o técnicas especiales de investigación contra la criminalidad organizada debe regirse estrictamente por lo preceptuado en la ley, en ese caso debe ser un medio de investigación previsto en la ley, y debe seguir los procedimientos legales que se requieren en su aplicación, con el fin de no violentar garantías constitucionales de corte fundamental.

3.2.2 Principio de subsidiariedad

Los métodos o técnicas especiales de investigación de la delincuencia organizada deben utilizarse únicamente cuando no se pueda obtener la finalidad de investigación del grupo organizado con otro medio que sea menos restrictivo, y por la probabilidad



que el sistema ordinario de investigación no logrará la obtención de la información necesaria.

3.2.3 Principio de proporcionalidad

Únicamente pueden utilizarse técnicas o procedimientos especiales de investigación para el descubrimiento de supuestos delictivos de naturaleza sumamente grave, tal y como se encuentran establecidos en ley.

3.2.4 Principio de control judicial

La utilización de métodos o técnicas especiales de investigación contra la delincuencia organizada debe estar regida desde el comienzo por una autorización judicial, en el que además el órgano judicial contralor de garantías intervenga directamente en la verificación y control del cumplimiento de las reglas y procedimientos especiales en cada uno de los métodos.

3.3 Marco doctrinario de los métodos especiales de investigación contra la criminalidad organizada

La consagración expresa de los métodos o técnicas especiales de investigación contra el crimen organizado en los ordenamientos jurídicos modernos, no quiere decir que su aplicación sólo haya comenzado a operar recientemente, puesto que, con la excusa de que los medios de prueba tradicionales resultan insuficientes, estas técnicas se han

utilizado sin reconocimiento normativo desde hace mucho tiempo, podría decirse, en la clandestinidad, habiéndose incurrido muchas veces en diversos abusos, que les han dado cierto desprestigio y estigmatización.

Se enumeran algunos de los métodos que tienen relación con la figura del agente encubierto y el tipo de actividades que desarrolla dentro de una investigación, por creerse que es relevante para el entendimiento de la técnica que se estudia en el presente trabajo.

3.3.1 Seguimientos pasivos

Pablo Elías González Monguí indica que: “el seguimiento pasivo es un acto de investigación que consiste en una técnica de vigilancia para mantener bajo observación a personas o cosas (muebles o inmuebles), buscando dar con información o elementos de prueba relacionados con una investigación criminal”¹². Puede operar también como una labor de inteligencia preventiva que busque anticiparse a las acciones de la delincuencia, verificando si se ha dado inicio a la preparación de un delito y recopilando material que permita estructurar una eventual investigación.

Mediante el seguimiento se ejerce, por parte de funcionarios de la policía, un control visual sobre una persona o un bien, lo cual requiere de prudencia y discreción para obtener información procedente de otras fuentes, y debiendo el investigador adoptar en ocasiones, disfraces o apariencias distintas para evitar ser detectado.

¹² González Monguí, Pablo Elías. **La policía judicial en el sistema penal acusatorio**. Pág. 275.

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

3.3.2 Entregas vigiladas

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

Nuevamente Pablo Elías González Monguí establece que: “es un método empleado por las autoridades, que al descubrir mercancías, sustancias, bienes, equipos o materiales objeto de investigación penal, proceden a su control dejándolas circular o transportar de un lugar a otro, nacional o internacional, sin ninguna interferencia, pero siempre bajo la vigilancia de una red de agentes de policía especialmente entrenados para esta tarea”¹³.

¹³ González Monguí, Pablo Elías. **Op Cit.** Pág. 294.



Su propósito entonces es establecer quiénes son los responsables del delito, las redes de distribución o contactos y las rutas de transporte, con el fin de golpear los más altos niveles de las organizaciones criminales, a partir de su identificación y obtención de elementos de prueba que sirvan para una posterior condena en juicio.

Mario Daniel Montoya indica que: “cuando el transporte de la mercancía o paquete desborda las fronteras de un país, se distinguen dos tipos de entregas: la directa, donde están envueltos sólo dos Estados (el del lugar de partida y el del destino final), y la de tránsito, donde intervienen al menos tres Estados, en uno de los cuales sólo se transporta la mercancía; en ambas es necesario un esfuerzo común de cooperación internacional entre las autoridades judiciales y de policía de cada uno de los países comprometidos. También se distingue entre la entrega vigilada, donde las autoridades tienen una actitud pasiva, limitándose a seguir y documentar sin intervenir la transacción ilícita del grupo criminal, y la entrega controlada, donde las autoridades tienen una conducta activa, interviniendo en diversos movimientos de la mercancía ilícita (adquisición, transporte, detención, venta), o asumiendo el encargo de conservación o repartición”¹⁴.

3.3.3 Informantes

Informante es una persona que no pertenece a la policía, y cuyos datos son reservados, que suministra confidencialmente información a las autoridades acerca de delitos, prestando una valiosa ayuda a los funcionarios encargados de la investigación penal. El

¹⁴ Montoya, Mario Daniel. **Informante y técnicas de investigación encubiertas**. Pág. 239.

autor Gimeno Sendra los denomina “confidentes policiales”¹⁵, y muchas veces son personas que viven en torno al mundo de la delincuencia y están capacitados para dar información tan pronto tengan conocimiento de los preparativos de un ilícito, recibiendo o no un beneficio de las autoridades por su colaboración.

Estos individuos pueden aportar información de manera ocasional o constante, y los motivos que los llevan a hacerlo son diversos: unos por patriotismo, otros son delincuentes que buscan vengarse de enemigos, ciertas recompensas, inmunidad de persecución, benignidad de los cargos o de las penas, dinero, libertad de la cárcel o solución de problemas con el gobierno.

Los informantes pueden ser autorizados para tomar parte en operativos encubiertos de la policía, tendientes a infiltrarlos en una organización delictiva.

3.3.4 Agentes encubiertos

“Las operaciones con agentes encubiertos consisten en el empleo de agentes de policía, que actúan a largo plazo introduciéndose en una organización delictiva para combatir delitos especialmente peligrosos o de difícil esclarecimiento, provistos de una falsa identidad para tomar contacto con la escena delictiva y lograr, tanto información como elementos de prueba, llevando a cabo la persecución penal cuando otros métodos de investigación han fracasado o no aseguran el éxito de la misma”¹⁶.

¹⁵ Gimeno Sendra, Vicente. **Derecho Procesal Penal**. Pág. 474.

¹⁶ Montoya, Mario Daniel. **Op. Cit.** Pág. 153.



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

“En el desarrollo de la operación, el agente encubierto puede tomar parte en el tráfico jurídico bajo su falsa identidad, realizando todo tipo de actos jurídicos, participar en la comisión de algún delito propio de la organización delictiva y/o actuar como inductor o agente provocador del delito. En cuanto a la responsabilidad penal del agente por estos delitos, se señala, en principio, su impunidad debido a razones de política criminal o diversas causas de justificación”¹⁷.

3.3.5 Vigilancia

Esta técnica o método de investigación puede ser definida como la observación secreta, continua y algunas veces periódica de personas u objetos, con la finalidad de obtener información sobre la actividad de grupos o individuos.

El objetivo principal de la vigilancia es obtener información, la que se puede utilizar para muchos fines, tales como proteger a un agente encubierto, corroborar la información

¹⁷ Ibid. Pág. 159.



que obtuvo, obtener evidencias sobre la comisión de un hecho delictivo, localizar personas o conocer sus movimientos, prevenir la comisión de delitos, etc.

Para que una vigilancia tenga el éxito esperado, deben tenerse en cuenta muchos aspectos, como parte de la planificación, como por ejemplo que las características físicas y de vestuario de los agentes que participarán en la operación, así como los vehículos que en su caso se utilizarán, no sean sobresalientes o contrastantes para con el lugar o ambiente en el cual se movilizarán. Asimismo los agentes policiales que participarán en la operación de vigilancia deben tener ciertas cualidades físicas y mentales especiales, tales como capacidad de atención, determinación, buena memoria, paciencia, resistencia física, entre otras, para ejecutar la operación de una manera eficiente, y sobre todo, obtener los resultados que se requieren.

La técnica de la vigilancia puede ser desarrolla a través de diferentes procedimientos: vigilancia estacionaria, vigilancia dinámica y vigilancia electrónica.

➤ **Vigilancia estacionaria**

Se le denomina también como vigilancia estática, ya que la operación se lleva a cabo desde un solo lugar, pero no existe seguimiento o persecución. Los lugares más utilizados son los inmuebles, vehículos o la calle, utilizando siempre una fachada o disfraz, como por ejemplo, vendedor callejero, jardinero, empleado público, limpiabotas, etc.



Al lugar desde donde se vigila suele denominársele planta, centro o base, y en lo posible debe tener ciertas condiciones físicas adecuadas como buena visibilidad con respecto al objetivo, resguardo del factor climático, buena comunicación, acceso fuera del alcance del objetivo, servicio sanitario. La instalación del lugar o centro de operaciones debe hacerse con discreción, es decir, no debe utilizarse demasiados agentes en la operación, normalmente una pareja de agentes es lo más recomendable y que éstos puedan ser relevados periódicamente, por lo menos cada veinticuatro horas para evitar el descuido en la operación debido al cansancio físico.

Es de suma importancia que los agentes vigilantes lleven un control o registro cronológico de las actividades y movimientos del objetivo, debiendo tomar nota de todo lo que sucede, como por ejemplo, horas de entrada y salida del objetivo, identificación de visitantes, acompañantes y vehículos, así como en la medida de lo posible, apoyarse en el uso de tecnología, como cámaras fotográficas y de video, binoculares, micrófonos, etc.

➤ **Vigilancia dinámica**

Como su nombre lo indica, este tipo de vigilancia implica movimiento, no se lleva a cabo desde un lugar determinado o estacionario, sino que se ejecuta a través de un seguimiento. Los resultados positivos de este tipo de vigilancia van a depender de que el agente pase inadvertido por el objetivo que se vigila. En el seguimiento pueden participar uno o dos agentes, a pie o en vehículo, pero el propósito siempre será la obtención de información.

En este tipo de vigilancia, existen básicamente tres modalidades: la ejecutada por un solo agente, que por la obligación de estar permanentemente observando el objetivo, se corre el riesgo de ser detectado, aunado a lo cual no es tan efectivo, ya que en determinado momento deberá considerar u observar otro tipo de distractores como semáforos, el tránsito de personas o vehículos, señales de tránsito, etc., lo cual puede provocar que no cumpla con el objetivo de recabar información. En ese sentido, es altamente recomendable que en la ejecución de este tipo de vigilancia, participen dos o tres agentes, pues pueden relevarse perfectamente en los roles que cada uno desempeña.

➤ **Vigilancia electrónica**

Consiste en un conjunto de procedimientos en los cuales el funcionario policiaco hace uso de la tecnología para ejecutar la vigilancia, la cual puede ser visual al utilizar imágenes fijas como las fotografías y también imágenes en movimiento a través del video. Como avance novedoso puede utilizarse la vía satélite.

También puede ser auditiva utilizando micrófonos ocultos o a distancia, interceptaciones telefónicas, transmisores y receptores de señales de radio, analizadores de stress de voz, etc.

También puede darse la vigilancia digital a través del seguimiento de datos en computadoras y todo lo relacionado con procesamiento de los mismos, así como el



seguimiento a través de Posicionamiento Global Satelital (GPS por sus siglas en inglés), como ejemplo para localizar vehículos o personas.

Con el objetivo de aunar esfuerzos en contra del terrorismo y el crimen organizado, se formó la comunidad UKUSA, integrada por Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Australia, Irlanda del Norte, Gran Bretaña y Nueva Zelanda, creando la mayor red de espionaje y análisis para leer comunicaciones electrónicas.

Esta red de espionaje fue denominada Echelon y tiene la capacidad de intervenir comunicaciones por radio y satélite, comunicaciones telefónicas, faxes y correos electrónicos en todo el mundo, hasta 3,000 millones al día, además realiza el análisis automático y clasifica la información.

3.4 Métodos especiales de investigación en la Ley contra la Delincuencia

Organizada

3.4.1 Operaciones encubiertas

Este método de investigación especial se encuentra definido en el Artículo 21 de la Ley contra la Delincuencia Organizada como aquellas operaciones encubiertas que realizan agentes encubiertos con la finalidad de obtener información o evidencias que permitan procesar a las personas que forman parte de grupos delictivos organizados y su



desarticulación, mediante el diseño de estrategias eficaces con estricto control del Ministerio Público.

Los agentes encubiertos que se indican en esa definición deben ser funcionarios policiales especiales, que pueden asumir transitoriamente identidades y roles ficticios, actuar de modo secreto y omitir la realización de los procedimientos normales de su cargo ante la comisión de delitos leves, exceptuándose de esta licencia de omisión cuando tuvieren conocimiento de la futura comisión de delitos contra la vida, plagio o secuestro, tortura, lesiones específicas, graves o gravísimas, delitos de violación y abusos deshonestos, en cuyo caso deberán ponerlo de inmediato en conocimiento de las autoridades respectivas para evitar su comisión.

Los agentes encubiertos se encuentran facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del imputado o los lugares donde el grupo delictivo organizado lleve a cabo sus operaciones o transacciones, pero se prohíben actividades como la provocación de delitos y las operaciones que se hagan fuera de las acciones y planificación en la fase de investigación. Se prevé en este caso, si el agente encubierto comete delito por extralimitarse en las actividades generales a que está autorizado, que sea sancionado con la pena señalada para el delito cometido, aumentada en una cuarta parte.



Este método se aplica únicamente a solicitud del fiscal del Ministerio Público encargado del caso y bajo su responsabilidad, siendo el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público quien lo autoriza, por un tiempo máximo de seis meses, renovable cuantas veces sea necesario sin que el plazo total de la operación exceda de un año.

En la aplicación de las operaciones encubiertas también toma parte el Ministro de Gobernación como el superior jerárquico responsable de ejercer el control administrativo sobre el personal que desempeña funciones de agente encubierto, pero el control de la información e investigación es exclusivo del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público y del agente fiscal encargado del caso, siendo éste último el responsable de la dirección, desarrollo y documentación de la operación encubierta.

El Reglamento para la aplicación de este método especial de investigación también prevé que la información obtenida durante la operación encubierta sea de carácter estrictamente confidencial, y deberá mantenerse en un expediente administrativo hasta la primera declaración del imputado. También las grabaciones, fotografías, videos y cualquier otra forma en que se haya comprobado la información obtenida, deberán ser enviados al fiscal, quien deberá resguardarlas con la reserva debida hasta que se incorporen al proceso penal como evidencias.

3.4.2 Entregas vigiladas

La definición de este método especial de investigación se encuentra en el Artículo 35 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, y se entiende por entrega vigilada 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 las autoridades respectivas. La finalidad de este método es 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.

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.

El método especial de entregas vigiladas también se aplica únicamente a solicitud por escrito del fiscal del Ministerio Público encargado del caso y bajo su responsabilidad, siendo el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público el único



competente para su autorización, debiendo para el efecto dictar resolución debidamente fundamentada.

Los agentes encargados de desarrollar la entrega vigilada, deben informar permanentemente al fiscal del avance de la operación, para que éste pueda decidir las diligencias procesales pertinentes. Con ese fin, los agentes que intervengan en la misma, bajo la dirección del fiscal, deberán documentar la entrega vigilada, 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, información que deberá ser puesta a disposición del fiscal del caso en forma inmediata.

Cuando haya concluido la entrega vigilada y tenga como resultado la incautación de 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.

En cualquier momento el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, puede resolver sobre la finalización de la entrega vigilada, cuando 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, si la operación



obstaculiza o impide la comprobación de los ilícitos investigados, si la operación facilita a los partícipes eludir la acción de la justicia, si la operación se desvía de su finalidad o se descubre en sus ejecutores abusos, negligencia, imprudencia o impericia, si han cambiado o desaparecido los supuestos de hecho que hicieron necesaria la entrega vigilada y si la operación hubiere violado algún precepto constitucional.

3.4.3 Interceptaciones telefónicas y otros medios de comunicación

El Artículo 48 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, se refiere a las interceptaciones telefónicas y otros medios de comunicación al indicar que cuando sea necesario evitar, interrumpir o investigar la comisión de los delitos regulados en los Artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de esta misma Ley, 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.

Los fiscales del Ministerio Público son los únicos competentes ante el juez correspondiente, para la solicitud de autorización de la interceptación de comunicaciones, cuando la situación particular del caso lo haga conveniente. Dicha solicitud de autorización debe presentarse por escrito ante el juez de orden penal de la jurisdicción donde se haya cometido, se esté cometiendo o se esté planificando la comisión de delitos por miembros de grupos delictivos organizados, y en el caso de que se encuentre en peligro la vida o la libertad personal, los fiscales pueden presentar en



forma verbal su solicitud ante el juez competente quien deberá resolver inmediatamente.

La solicitud que se realice por el Ministerio Público para la utilización de este método, debe llevar ciertos requisitos muy puntuales que consisten en la descripción del hecho que se investiga, indicando el o los delitos en que se encuadran los mismos; números de teléfonos, frecuencias, direcciones electrónicas, o cualesquiera otros datos que sean útiles para determinar el medio electrónico o 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 hubieren realizado; justificación del uso de esta medida, fundamentando su necesidad e idoneidad; si se tuvieren, proporcionar nombres y otros datos que permitan identificar a la persona o personas que serán afectadas con la medida. El juez competente, si se llenaren los requisitos en la solicitud, deberá resolver inmediatamente, siendo responsable por la demora injustificada, además deberá fundamentar su resolución por auto fundado, conteniendo algunos requisitos especiales, entre ellos cabe mencionar el plazo por el que autoriza la interceptación que tendrá una duración máxima de treinta días, pudiendo prorrogarse de conformidad con la ley, y fecha y hora para audiencia de revisión de un informe que deberá obligatoriamente rendir el fiscal cada quince días sobre el desarrollo de la actividad de interceptación, grabación y reproducción de las comunicaciones, para establecer si esta medida cumple con la finalidad perseguida y si se cumplen con las reglas establecidas legalmente. Si el fiscal omite presentar dicho



informe, 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.

La interceptación, grabación y reproducción de las comunicaciones debe ser realizado por personal especializado de la Policía Nacional Civil, quienes deben ser periódicamente evaluados con métodos científicos para garantizar su idoneidad en el ejercicio de dichas actividades.

El Ministerio Público debe organizar las unidades de terminales de consultas donde se realicen las interceptaciones, grabaciones y reproducciones de las comunicaciones, de las cuales deberá quedar registro informático y electrónico para el efectivo control del respeto a las garantías y el apego a la legalidad de quienes intervengan en ellas.

Los jueces de primera instancia del ramo penal que hayan autorizado el uso de esta medida, deben acudir a verificar que los procedimientos se estén desarrollando de conformidad con la Ley y que no se estén realizando interceptaciones, grabaciones y reproducciones de comunicaciones no autorizadas, debiendo realizar dicho control en forma personal por lo menos una vez dentro del periodo autorizado, levantando acta de dicha visita.

El fiscal y sus investigadores deben 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, debiendo tomar en cuenta que cualquier información personal o íntima debe ser excluida del informe certificado que se aporte como prueba.

El Ministerio Público debe conservar los originales de las transcripciones así como los formatos 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. Es importante establecer que el medio de prueba en este caso, son las grabaciones o resultados directos de las interceptaciones, y las transcripciones servirán únicamente como guías para una correcta comprensión de las mismas.

El contenido de las grabaciones realizadas de conformidad con el Artículo 48 de la ley contra la Delincuencia Organizada, sólo tiene validez como medio de prueba cuando sea el resultado de una interceptación autorizada de conformidad con los procedimientos establecidos. La prueba obtenida con violación de las formalidades prescritas, o la violación al derecho a la privacidad más allá de lo establecido por la autorización judicial es ilegal, y hace incurrir en responsabilidades legales a la persona que las realice.

En el uso de este método, como en los otros ya analizados, quienes participaren deben guardar reserva sobre el contenido de la información obtenida. Al finalizar la utilización de este método especial de interceptación, el fiscal lo debe informar al juez competente a efecto de levantar el acta respectiva.



CAPÍTULO IV

4. El agente encubierto en la legislación guatemalteca

4.1 Antecedentes generales

El origen del agente encubierto es discutido. Para algunos autores, su origen se encontraría en los relatos bíblicos de la serpiente y la mujer en el huerto del Edén; para otros, el origen de esta figura se establecería en la antigüedad griega, en las fábulas de Esopo. Sin embargo, muchos autores coinciden en que el origen del agente encubierto se encuentra en la expresión francesa Agent provocateur.

Esta expresión, tiene relación con actividades de espionaje político surgidas en Francia bajo los gobiernos de Luis XIV y Luis XVI, en las que determinados agentes promovían disturbios y atentados con el fin de crear un estado social en el que se fundamentaran medidas de persecución contra los enemigos del régimen absolutista.

En esta época, los agentes de policía francesa inducían a otros a cometer delitos políticos con el objetivo de eliminar a individuos considerados como peligrosos para el Gobierno. Fue conocida la provocación con fines políticos en la época del cardenal Richelieu, y sobre todo en tiempos de Luis XIV, con la organización policial a las órdenes del Marqués de Argenson, cuya finalidad era, por una parte, la realización de acciones criminales con tintes políticos, y por la otra, la creación de un clima en el cual



se pudiera desarrollar la toma de medidas coercitivas desde el punto de vista social. La institución pasó del espionaje a la provocación.

Los espías de la policía se denominaban mouches o mouchards, y se dividían en: a) aquellos que trabajaban clandestinamente para los inspectores (observateur) y b) aquellos que operaban abiertamente, sujetos que habían estado detenidos, y que obtenían su libertad a cambio de colaboración (mouches). Las fuerzas del orden revolucionario utilizaron agentes provocadores para descubrir los complots en las prisiones, los cuales se denominaban moutons de prisons.

Según Mario Daniel Montoya, el agente provocador fue una presencia constante en la historia política de Francia, durante l'ancien Régime, en la fase revolucionaria y posrevolucionaria.

Esta figura ha aparecido además en el gobierno de la Rusia Zarista, y también existen antecedentes en España en el período de la Inquisición, así como en los Países Bajos para hacer efectiva la aplicación de la Ley de Alcoholes.

La figura del agente provocador fue olvidada por la jurisprudencia y doctrina francesa hasta la Segunda Guerra Mundial, época en la que resurgió. Luego se desarrollaría en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX.

En principio, la figura del agente provocador fue considerada como una forma de control, fundamentalmente de intereses políticos.



Para Ángel Rendo, el antecedente histórico más importante del agente encubierto es el agente provocador, que se define como el agente que induce a otro a cometer un delito, contribuye a su ejecución con actos de coautoría, pero lo hace sin intención de lesionar o poner en peligro el bien jurídico afectado, con el objeto de lograr que el provocado pueda ser sancionado por su conducta. Se diferencia de agente encubierto en que éste es utilizado como parte de una técnica especial para combatir delitos de tracto sucesivo, sin víctimas.

4.2 Concepto doctrinal

En la exposición de motivos de la Ley 5/1999, de las Reformas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español se entiende por agente encubierto el miembro de la policía judicial que se infiltra en una organización criminal participando del entramado organizativo bajo identidad supuesta, para detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores.

En este sentido, el agente encubierto, dentro del entramado organizativo, actúa bajo una identidad supuesta, la cual se otorga para toda la vigencia del proceso penal, es decir, desde la instrucción o fase de investigación hasta la terminación del juicio oral.

La identidad supuesta con la que el agente encubierto actúa se configura como una de los puntos clave en la infiltración policial puesto que, mediante la misma el infiltrado entabla una relación de confianza con las personas objeto de investigación y a la que



los investigados nunca hubieran accedido de conocer la verdadera identidad del agente. Esta relación de confianza es la que hace que el agente encubierto pueda obtener información suficiente y relevante sobre los integrantes de la organización, especialmente los que se sitúan en la cúpula, y sobre las actividades delictivas llevadas a cabo.

La utilización del agente encubierto supone una medida especial de investigación desde dos puntos de vista: por su aplicación en la investigación contra el crimen organizado y por su procedimiento que es de orden especial.

Cuando se diseña la operación encubierta se es consciente de que ciertas personas van a ser sometidas a una investigación secreta. Estas investigaciones secretas, que son propias de los sistemas penales inquisitivos, se hacen necesarias para la lucha frente a la delincuencia organizada. Es decir, el secreto del que se caracteriza la infiltración policial se constituye como otro de los pilares básicos de la misma, gracias al cual no son susceptibles de reconocimiento ni descubrimiento por parte de las personas objeto de investigación.

Es por ello por lo que se puede decir que mediante la intervención de un agente encubierto se alteran las reglas básicas del proceso penal. Sin embargo, la alteración de las pautas del proceso no se debe entender como una merma en los derechos fundamentales de las personas investigadas ya que por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se tratan de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales.



En este concepto, sólo los funcionarios de la policía judicial pueden ser reclamados para su actuación, como infiltrados, sin que en ningún caso puedan ser obligados a actuar como tales. Por tanto, no puede existir la infiltración por parte de particulares.

Eduardo Riquelme Portilla, señala que el agente encubierto es “aquel funcionario policial que actúa en la clandestinidad, generalmente con otra identidad, que desempeña tareas de represión o prevención del crimen mediante infiltración en organizaciones criminales para descubrir a las personas que las dirigen”¹⁸.

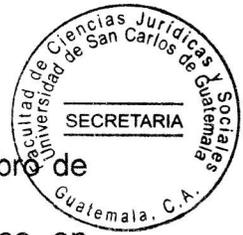
También se ha dicho que el agente encubierto tiene rasgos comunes que los asemejan a la discutida figura que la doctrina conoce como agente provocador. Polittof señala que el agente encubierto es “aquel funcionario policial que oculta su calidad de policía y se infiltra en la organización criminal por encargo, y con autorización de su servicio”¹⁹.

El autor argentino Ángel Daniel Rendo indica que el agente encubierto es “un empleado o funcionario público que voluntariamente, y por decisión de una autoridad judicial, se infiltra en una organización delictiva a fin de obtener información sobre la misma en relación a sus integrantes, funcionamiento y financiación”²⁰.

¹⁸ Riquelme Portilla, Eduardo. **El agente encubierto en la Ley de Drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo**. <http://www.politicacriminal.cl/> (Consultado: 13/05/2015).

¹⁹ Polittof, Sergio. **El agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la ley 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas**. Pág. 7.

²⁰ Rendo, Angel Daniel. **Agente encubierto**. <http://www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm> (Consultado: 13/05/2015).



Fabricio Guariglia, por su parte, expresa que el Agente Encubierto es, “el miembro de las fuerzas policiales que, ocultando su verdadera identidad, busca infiltrarse en organizaciones delictivas con el fin de recabar información”. Además sostiene que esta figura que se introduce en el sistema clásico del procedimiento penal es un nuevo método a utilizar por la reacción penal estatal²¹.

José Cafferata Nores posiciona al Agente Encubierto dentro de una concepción Bélica del Proceso Penal, la cual consiste en entender el proceso como un arma que se utiliza en la guerra contra determinadas manifestaciones delictivas que crean especial inquietud y reprobación social tales como el narcotráfico, terrorismo, asociación ilícita, entre otros, es decir, el proceso sirve para combatir a esos enemigos.

Para José Cafferata Nores, el Agente Encubierto junto con otras técnicas de investigación constituyen medios de prueba extraordinarios, que si bien se utilizan en un principio para enfrentar serios problemas a su vez extraordinarios, encierran el grave riesgo de legitimar la ilegalidad en la investigación penal. Según este autor existe en la actualidad una tendencia a que estos medios de prueba extraordinarios se ordinaricen. Señala, además, que el agente encubierto es un funcionario público que fingiendo no serlo, se infiltra por disposición judicial en una organización delictiva con el propósito de proporcionar desde adentro, información que permita el enjuiciamiento de sus integrantes, y como consecuencia, el desbaratamiento de esa asociación ilícita; el agente encubierto es aquel funcionario público que simula ser delincuente.

²¹ Guariglia, Francisco. **El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?** <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/guarig12.htm> (Consultado: 13/05/2015).



Cafferata señala que el Agente Encubierto, para que pueda utilizarse en un caso concreto, debe cumplir con ciertas condiciones. Estas condiciones son:

“a)Excepcionalidad, que se relaciona con el principio de subsidiariedad en el sentido de que la utilización del agente encubierto se reserva cuando el esclarecimiento de los hechos no es posible lograrlo por vías ordinarias; b) Taxatividad, porque sólo debe utilizarse en procesos y delitos que taxativamente se autoricen, excluyéndose la posibilidad de que se introduzcan en investigaciones que no tengan carácter penal; c) Sanciones, el establecimiento de sanciones penales especiales para el agente encubierto que proporcione datos inexactos o formule imputaciones falsas”²².

Julio Maier, al referirse a la persecución penal estatal y su relación con los derechos humanos, señala que ha habido una relativización de los mismos y de las garantías de las personas frente a la coacción estatal, que se han hecho determinadas leyes que no respetan materialmente las garantías ni los derechos humanos. Y además, con el pretexto de que comportamientos graves que necesitan una fuerte reacción estatal, quedan impunes, se crean leyes penales de emergencia para enfrentar esas situaciones, que no se demoran en introducirse en la legislación penal general.

Para Maier entonces, “el paradigma lo constituye el agente encubierto, del cual dice que es un policía actor, hábil para engañar a los que se supone, viven del engaño y la ocultación, que está autorizado para cometer hechos punibles pese a ser funcionario estatal, y para cuya conducta de investigador no rigen las reglas de autolimitación que se impone el Estado como, por ejemplo, la necesidad de conseguir autorización judicial

²² Cafferata Nores, José. **Cuestiones actuales sobre el proceso penal**. Págs. 221-231.



para el allanamiento de una morada o prohibición del engaño para conseguir la información del autor”²³.

4.3 Concepto legal en la Ley Contra la Delincuencia Organizada

El concepto de Agente Encubierto, se encuentra inmerso dentro del método especial de investigación definido como: Operaciones encubiertas en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, ubicado en el Título tercero, capítulo primero, Artículo 21, y se indica que: “se entenderá por operaciones encubiertas, aquellas que realizan agentes encubiertos con la finalidad de obtener información o evidencias que permitan procesar a las personas que forman parte de grupos delictivos organizados y su desarticulación, mediante el diseño de estrategias eficaces con estricto control del Ministerio Público”.

Continúa preceptuando el referido Artículo 21 que: “en la fase de investigación en contra de grupos delictivos organizados u organizaciones criminales que, específicamente realicen los agentes encubiertos con la debida autorización y supervisión y bajo responsabilidad del Ministerio Público, quedan prohibidas y excluidas de las operaciones encubiertas las siguientes actividades: a) La provocación de delitos; b) Las operaciones que se hagan fuera de las acciones y planificaciones en la fase de investigación. Para que tales actividades puedan ser permitidas se deberá contar, en todo caso con la debida autorización y supervisión del Ministerio Público”.

²³ Maier, Julio. **Derecho Procesal Penal II Parte General: Sujetos procesales**. Págs. 422-433.



Luego, en el Artículo 22, la Ley define la figura del Agente Encubierto, establece: "son agentes encubiertos 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 permita descubrir y procesar a los miembros de grupos delictivos organizados".

Dicho Artículo regula además: "los agentes encubiertos podrán asumir transitoriamente identidades y roles ficticios, actuar de modo secreto y omitir la realización de los procedimientos normales de su cargo ante la comisión de delitos, a excepción de los establecidos en el Artículo 25 de la presente ley, en los casos asignados a ellos, con el fin de optimizar las investigaciones y el procesamiento de integrantes de dichas organizaciones".

El Artículo 23 de la Ley añade: "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 los lugares donde el grupo delictivo organizado lleve a cabo sus operaciones o transacciones".

Preceptúa además: "si el agente encubierto encuentra en los lugares donde se lleve a cabo la operación, información útil para los fines de la operación, lo hará saber al fiscal encargado de la investigación para que éste disponga el desarrollo de una operación especial, para la recopilación de la información y los elementos materiales o evidencia física encontrados".



4.4 Perfil del agente encubierto

Aunque en la legislación nacional no se encuentra desarrollado un perfil ideal o teórico del funcionario policial que puede actuar como agente encubierto, de la definición legal anteriormente establecida se pueden obtener importantes conclusiones en este sentido, destacándose los aspectos siguientes:

a) Los agentes encubiertos únicamente pueden ser funcionarios policiales, es decir, personas que pertenezcan a la Policía Nacional Civil, que es la única autorizada para realizar investigación en el caso de la comisión de hechos delictivos.

b) Deben ser funcionarios policiales especiales, esto quiere decir, que deben pertenecer a alguna de las divisiones internas de la Policía Nacional Civil, entrenados especialmente para la investigación de delitos especiales, como en el caso de delitos contra la vida, contra extorsiones y secuestros, etc. En ese sentido, el Reglamento para la Aplicación de los Métodos Especiales de Investigación, mediante el Artículo 8, creó la División de Métodos Especiales de Investigación como la unidad orgánica de la Policía Nacional Civil que tiene a su cargo la ejecución de los métodos especiales de investigación. Se indica además que esta División dependerá orgánicamente de la Subdirección General de Investigación Criminal de la Policía Nacional Civil y estará al mando, como mínimo, de un Subcomisario. Además, la División de Métodos Especiales de Investigación se integra con las unidades orgánicas siguientes: Sección de operaciones encubiertas, Sección de entregas vigiladas, Sección de Interceptaciones Telefónicas y otros medios de Comunicación, Sección de vigilancia y seguimiento, Sección de Investigaciones Especiales y Sección de Apoyo y Logística.



En forma expresa el Reglamento indica que la Sección de Operaciones Encubiertas es la unidad orgánica encargada de desarrollar, bajo la dirección de los fiscales, el Método Especial de Investigación de Operaciones Encubiertas en la forma establecida en la Ley, debiendo contar dicha Sección con los funcionarios policiales especializados para ejecutar los procedimientos propios del Método Especial de Investigación de Operaciones Encubiertas.

c) En su actuación y designación como agente encubierto debe haber voluntariedad puesto que se trata de actuar en condiciones y circunstancias en las cuales podría existir un grave riesgo para la seguridad y la integridad física del agente, o de su núcleo familiar.

d) Debe haber una solicitud por parte del ente encargado de la persecución penal, y por lo tanto no puede la Policía Nacional Civil iniciar de oficio ninguna operación encubierta en la que utilice la figura del agente encubierto, puesto que todo lo actuado e información o evidencias obtenidas devendrían ilegales por el proceder ilegal y anómalo de este método especial de investigación de no haber requerimiento por parte del Ministerio Público.

e) Deben ser capaces de discernir adecuadamente la finalidad a la que están designados, puesto que la actuación del agente encubierto es para obtener evidencias e información para procesar a personas que formen parte de grupos delictivos organizados.

f) En ese sentido, deben tener una sólida formación policial en lo relacionado a la forma de obtener información, y que ésta sea relevante para el caso, puesto que, como lo indica la ley, su utilización se hará efectiva en el proceso legal, y por lo tanto no debe contradecir sus principios. De igual forma, debe tener un entrenamiento adecuado en



cuanto a la obtención de evidencias, de manera que no sean obtenidas en forma legal o que las mismas sean contaminadas, y por supuesto, debe conocer todo lo relacionado a la cadena de custodia respectiva.

g) Tener la capacidad de asumir transitoriamente identidades y roles ficticios, es decir ser un actor, ya que como agente encubierto, el funcionario policial debe actuar de modo secreto, llegando en algunos casos a omitir la realización de los procedimientos normales de su cargo ante la comisión de delitos, excepto en cuanto a lo establecido en el Artículo 25 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, esto con el fin de optimizar las investigaciones y el procesamiento de integrantes de dichas organizaciones.

h) En toda operación encubierta en la que participe el agente encubierto, debe haber una planificación adecuada, así como el diseño de estrategias eficaces, con estricto control del Ministerio Público, a las cuales debe apegarse en su actuación el funcionario policial actuante.

“En la práctica policial existen algunas recomendaciones en cuanto al perfil ideal que deben observarse en la selección de un agente encubierto; así se recomienda que antes de proceder a nombrar a una persona para ejercer actividades de investigación como agente encubierto, 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.



Para lo anterior, teniendo como base 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 encubierto, donde se indica qué cualidades debe tener, entre las que sobresalen:

- a) Autonomía personal para la toma de decisiones adelantándose a las situaciones, incluida la habilidad para enfrentarse a problemas y resolverlos.
- b) Eficiente, eficaz y competente.
- c) Capacidad para adaptarse al medio, para mimetizarse con él.
- d) Alta inteligencia, incluida la emocional.
- e) Equilibrado, calmado, que guarde el control.
- f) Capacidad de comunicación en todos los niveles: oral, gestual, lenguaje verbal y no verbal.
- g) Perfil de vendedor.
- h) Empatía, es decir, tener la capacidad de ponerse en el lugar del otro e interpretar las situaciones desde su punto de vista.
- i) Confianza en sí mismo con un alto grado de control interno.
- j) Dureza como equivalente a poco sentimental; no tiene que ser necesariamente alguien frío, pero sí que no se deje llevar por sus sentimientos.
- k) Flexibilidad, en el sentido de ser tolerante con los valores culturales y morales de otros.
- l) Tolerancia a la crítica y a la frustración; debe ser independiente, que no necesite la aprobación del medio.
- m) Confidencialidad y discreción.
- n) Capaz de asumir riesgos sin llegar a ser temerario.



- ñ) Preferentemente soltero y sin hijos.
- o) Resistente al dolor y con aguante físico considerable.
- p) Debe ser una persona vulgar y corriente. Sin manías.
- q) 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.
- r) Aspecto físico corriente.
- s) Culto; se necesita un nivel cultural medio-alto.

Es necesario aclarar que éstos son sólo 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, contravigilancias, 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.

En conclusión, éstos son los parámetros que deberían evaluar los encargados de participar en la escogencia del agente, buscando no sólo la credibilidad del papel que vaya a desempeñar éste dentro de la organización criminal a infiltrar, cumpliendo con



su misión en la investigación, sino para garantizar su vida, seguridad e integridad personal”²⁴.

4.5 Requisitos de la actuación del agente encubierto

Uno de los requisitos fundamentales para la utilización del método especial de investigación, y por ende de la figura del Agente Encubierto, se encuentra contenido en el Artículo 24 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, ya que del análisis de dicha norma se infiere que como requisito sine qua non, debe haber el conocimiento por parte del Ministerio Público de la existencia de un grupo delictivo organizado.

De esa cuenta, se establece que una condición necesaria para la intervención de un agente encubierto, es la existencia de una investigación en curso, por la posible realización de delitos, desde la estructura de una organización criminal; es decir, no es posible su actuación en el estadio previo a la efectiva comisión de un delito por parte de la organización a investigar, y además se requiere que existan serios indicios para concluir que dicha actividad delictiva puede seguir desarrollándose en el tiempo, lo cual constituye una de las características del crimen organizado.

Aunado a lo anterior, es requisito importante, que antes de proceder a la utilización del agente encubierto en una operación encubierta, debe realizarse previamente, por orden del Ministerio Público, un análisis con el fin de conocer la estructura organizativa del

²⁴ Del Pozo Pérez, Marta. **El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española**. Págs. 289-290.



grupo delictivo, la agresividad de sus integrantes, los lugares dónde y con quién realizan sus operaciones y, si fuere posible, los puntos débiles de la misma. Solamente realizado lo anterior, y elaborada una planificación, preparación y manejo de una operación encubierta, será posible que el agente o agentes encubiertos infiltren la organización criminal para lograr los objetivos establecidos en la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

Otro requisito sumamente importante es establecer, aparte de la sola existencia previa de un grupo organizado para delinquir, que tipo de delitos deberán ser investigados, y para el efecto, la Ley Contra la Delincuencia Organizada ha sido bastante taxativa en determinar los delitos cometidos por un grupo delictivo organizado u organización criminal, tal como se encuentra preceptuado en el Artículo 2 de la ley, y en ese caso se refiere, a grosso modo, que deben ser delitos de los contenidos en la Ley Contra la Narcoactividad, Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Ley de Migración, Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo, delitos contenidos en el Código Penal, Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros, Ley Contra la Delincuencia Organizada, Leyes de carácter financiero, Ley de Armas y Municiones. En este sentido, el carácter extraordinario de dicho método requiere que sólo sea empleado para investigar delitos extremadamente graves cometidos desde el seno de una estructura criminal, por cuanto la justificación del mismo siempre ha estado en la finalidad de una persecución eficaz de dicha clase de delincuencia para lograr desarticular sus redes operacionales.



Otro requisito a tener en cuenta es que debe contarse con la autorización del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, de acuerdo a lo que indica la Ley Contra la Delincuencia Organizada en su Artículo 26, a solicitud del Fiscal del Ministerio Público encargado del caso, y estrictamente por el tiempo que se estipula de un máximo de seis meses, aunque sea renovable dicha autorización, no debiendo sobrepasar el plazo total de un año.

Derivado de ello, es imprescindible contar por escrito con una solicitud realizada por el Fiscal encargado del caso, en el cual se justifique la necesidad de la utilización de este método en el que aparece la figura del agente encubierto, fundamentando su necesidad por la probabilidad que el sistema ordinario de investigación no logrará la obtención de la información necesaria.

Asimismo es requisito indispensable hacerle saber al agente encubierto que, en la operación encubierta en la cual tome participación, quedan prohibidas y excluidas las actividades encaminadas a la provocación de delitos, las operaciones que se hagan fuera de las acciones y planificaciones en la fase de investigación, aunque las mismas podrán ser permitidas, debiendo en todo caso contar con la autorización y supervisión del Ministerio Público. Asimismo debe hacerse saber al agente encubierto que le es prohibido provocar la comisión de delitos para lograr una eventual detención o procesamiento de cualquier persona.

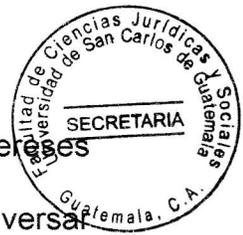
Recapitulando y concretizando el presente apartado, el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, antes de ordenar la actuación del agente encubierto, deberá



verificar la posibilidad práctica, real y operativa de llevar a cabo la infiltración, teniendo en cuenta que se cumplan los siguientes factores:

a) Existencia de motivos razonablemente fundados: es evidente que para esto no bastan las simples sospechas, sino que es necesario que la investigación preliminar esté bastante adelantada y que los elementos materiales probatorios, evidencia física e información recolectada por la Policía nacional Civil, sean lo suficientemente fiables 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 está frente a un individuo perteneciente a una banda organizada delictiva 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 investigación penal que muestren como única medida efectiva la actuación encubierta para la obtención de resultados positivos. Esto 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 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, debe evaluarse la idoneidad de la medida, es decir, que la actuación del agente encubierto 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 contraponer 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. Esto 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 desde 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.

Al cumplirse con estos requisitos, el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, 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, tal y como lo preceptúa el Artículo 28 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada que contiene los requisitos de la resolución respectiva.

4.6 Control de la actuación del agente encubierto

El Artículo 21 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada prescribe: “se entenderá por operaciones encubiertas, aquellas que realizan agentes encubiertos con la finalidad de obtener información o evidencias que permitan procesar a las personas que forman parte de grupos delictivos organizados y su desarticulación, mediante el diseño de estrategias eficaces con estricto control del Ministerio Público”.



Sigue indicando el Artículo en referencia: “en la fase de investigación en contra de grupos delictivos organizados u organizaciones criminales que, específicamente realicen los agentes encubiertos con la debida autorización y supervisión y bajo responsabilidad del Ministerio Público, quedan prohibidas y excluidas de las operaciones encubiertas algunas actividades entre las que determina la provocación de delitos y las operaciones que se hagan fuera de las acciones y planificaciones en la fase de investigación”.

Y el Artículo 33 de la misma Ley preceptúa: “los agentes fiscales serán 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 y Jefe del Ministerio Público los motivos de la misma y, si fuere procedente, deberá formular la acusación respectiva para el procesamiento del agente encubierto”.

Además, el Artículo 34 de la citada Ley indica: “el Ministro de Gobernación es el superior jerárquico responsable de ejercer el control administrativo sobre el personal que desempeña funciones de agente encubierto, quedando el control de la información e investigación con exclusividad al Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público y al agente fiscal respectivo”.

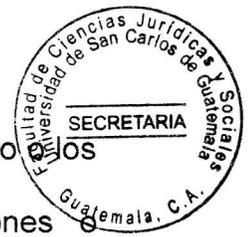
Del análisis de estos Artículos podemos concluir que desde el inicio y durante el desarrollo de la operación encubierta, el único encargado de ejercer el control sobre la



actividad del agente encubierto es el agente Fiscal encargado de la investigación, en cuanto a la participación del juez de control de garantías sólo entraría a conocer del caso hasta que el mismo llegue a su conocimiento bajo el control jurisdiccional respectivo, y de conformidad con los plazos a que se encuentra sujeto el proceso penal, según lo preceptuado en el Código Procesal Penal y en el Artículo 13 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

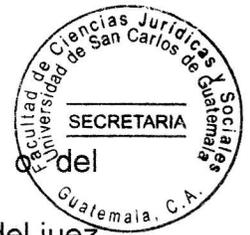
En ese orden de ideas, y bajo el control de la actuación del agente encubierto ejercida únicamente por el Fiscal encargado de la investigación, se hace un listado de las acciones que el agente encubierto queda facultado para realizar, sin emitir opinión o análisis sobre la legalidad o ilegalidad que pudiera manifestarse en cada una de ellas, según su mayor o menor incidencia en la violación de derechos fundamentales protegidos por la Norma Constitucional. Entre estas actividades se encuentran:

- Obtener evidencias o información que permitan descubrir y procesar a los miembros de grupos delictivos organizados.
- Utilizar transitoriamente identidades y roles ficticios.
- Actuar de modo secreto al integrar la estructura funcional de la organización criminal.
- Omitir la realización de los procedimientos normales de su cargo ante la comisión de delitos, excepto los establecidos en el Artículo 25 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada.
- Intervenir en el tráfico comercial.
- Asumir obligaciones.



- Ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del imputado en los lugares donde el grupo delictivo organizado lleve a cabo sus operaciones transacciones.
- Poner en conocimiento del Fiscal encargado de la investigación en caso de encontrar información útil para los fines de la operación, para que éste disponga una operación especial para la obtención de dicha información y elementos materiales o evidencia física que se encuentre.
- Utilizar métodos autorizados para documentar la información que en el desarrollo de la operación recabe el agente encubierto.
- Actuar únicamente para el logro del objetivo determinado en la investigación, y por el plazo que se autoriza.
- Informar periódicamente al Fiscal encargado del caso y a sus superiores, sobre los actos y diligencias que realice y el resultado de los mismos.
- Informar inmediatamente cuando se tenga conocimiento de la futura comisión de delitos contra la vida, plagio o secuestro, tortura, lesiones específicas, graves o gravísimas, delitos de violación y abusos deshonestos, con el fin de evitar la comisión o ejecución de los mismos.
- Con estricto control y autorización del Ministerio Público podrá provocar delitos.
- Con autorización y supervisión del Ministerio Público podrá realizar operaciones que se hagan fuera de las acciones y planificaciones en la fase de investigación.

Teniendo en cuenta lo anterior, los límites de la actuación del agente encubierto deberían ser:



- a) Siempre que necesite afectar un derecho fundamental de un tercero del investigado, deberá esperar a obtener la autorización del Ministerio Público o la del juez contralor competente, y en todo caso, con los debidos controles y posterior revisión de la medida ante el juez de control de garantías.
- b) La prohibición de provocación de delitos por parte del agente encubierto, debe entenderse con carácter obligatorio, puesto que sólo debería estar facultado expresamente para infiltrarse y descubrir una actividad criminal que continúa desarrollándose, no para inducir o provocar en otro la comisión de un delito que no estaba previsto en la ejecución del plan criminal.
- c) Se deberá evaluar en cada momento si existe o no necesidad, racionalidad y proporcionalidad de las actuaciones del agente encubierto con los fines de la investigación.
- d) La actuaciones del agente encubierto realizadas fuera de las previsiones legales y al margen de los derechos fundamentales previstos en la Constitución Política de la República, deben generar la prohibición de utilizar sus resultados para el proceso penal, independientemente de las responsabilidades disciplinarias de los funcionarios implicados, inclusive los de orden penal.

Estas consideraciones deben ser tenidas en cuenta por el Fiscal encargado del caso, y que a su vez ordena la medida, tanto como para prorrogar la misma como para darla por terminada, teniendo en cuenta los plazos establecidos en la Ley para su ejecución o prórroga. Además, para evitar que luego de realizar una operación tan riesgosa, se pueda echar a perder la información y el material probatorio que sustenta la investigación, pues de ser establecido ante un órgano jurisdiccional que se incurrió en



vulneración de derechos fundamentales para su obtención sin las debidas autorizaciones legales o judiciales, no podrían utilizarse las pruebas que derivan directa o indirectamente su conocimiento de dicha infracción.

4.6.1 El agente encubierto y la provocación de delito

La doctrina indica que: “agente provocador es el agente encubierto cuya misión consiste en incitar a un tercero a realizar un comportamiento formalmente típico, en general relacionado con el tráfico de drogas, para así obtener pruebas de cargo contra él, pero en algunas partes (como en España) la cuestión se ha enfocado al delito provocado, el cual es 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”²⁵.

La Ley Contra la Delincuencia Organizada prescribe en el Artículo 21 que: “en la fase de investigación en contra de grupos delictivos organizados u organizaciones criminales que, específicamente realicen los agentes encubiertos con la debida autorización y supervisión y bajo responsabilidad del Ministerio Público, quedan prohibidas y excluidas de las operaciones encubiertas... la provocación de delitos...”

Así, la Ley prohíbe esta actividad de incitación a cometer un hecho delictivo, con el fin posiblemente de justificar la utilización del método o técnica especial de investigación, aunque dicha normativa abre la posibilidad de que sí se pueda provocar la comisión de

²⁵ Ruiz Antón, Luis Felipe. **Qué es el delito provocado**. Pág. 159.



un delito, ya que continúa indicando el mismo Artículo: “para que tales actividades puedan ser permitidas se deberá contar, en todo caso, con la debida autorización y supervisión del Ministerio Público”.

El Artículo bajo análisis contiene entonces una prohibición expresa al agente encubierto de provocar la comisión de hechos delictivos, pero al mismo tiempo deja abierta la posibilidad de que se permita, siempre y cuando cuente con la autorización del Ministerio Público y en todo caso, bajo su supervisión.

De igual manera, cuando el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público conozca y resuelva la solicitud planteada por el Fiscal para utilizar la operación encubierta, como medio de lucha contra las estructuras del crimen organizado, debe consignar como requisito indispensable “la prohibición expresa de que los agentes encubiertos provoquen la comisión de delitos para lograr una eventual detención o procesamiento de cualquier persona”, al tenor de lo que establece el Artículo 28, literal e) de la Ley contra la Delincuencia Organizada.

Como se ha indicado anteriormente, en esta cuestión se plantea el problema de si es o no posible exigir responsabilidad penal tanto al agente como al provocado, ya que, como lo indica el maestro Zaffaroni, “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 disvalioso, y 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 de garantías para que no se produzca el 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”²⁶.

También es posible en este estadio plantearse el problema de si existe o no impunidad en el sujeto provocado, puesto que en el caso de provocarse la comisión de delitos, no existiría una libre autodeterminación, lo cual anularía la culpabilidad y el actuar doloso, tanto en cuanto que el presunto delito fue provocado, esto es, proyectado, urdido, incitado, dirigido y controlado en todo momento por unos agentes encubiertos que traman una ficticia y capciosa operación, de imposibles consecuencias, y por ende, en este caso no se podría configurar una estricta relación de causalidad, puesto que aunque existieran consecuencias traducidas en hechos delictivos, la acción u omisión no sería la normalmente idónea para producirlos, pues faltaría la libertad de conducirse o no de conformidad a derecho.

4.6.2 El agente encubierto y la prueba ilícita

Conforme el Artículo 29 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, durante la operación encubierta los Fiscales deberán documentar la información que reciban de forma verbal por los agentes encubiertos, quienes podrán obtenerla mediante seguimientos, vigilancias, grabaciones de voces de las personas investigadas, utilización de micrófonos u otros mecanismos que permitan tal finalidad, fotografías,

²⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **El agente provocador**. Págs. 47, 48.



grabaciones de imágenes u otros métodos técnico científicos que permitan verificar la información proporcionada por los agentes encubiertos.

Luego en el Artículo 31 del Reglamento para la aplicación de los métodos especiales de investigación se indica que las grabaciones, fotografías, videos y otras formas en que se haya comprobado la información aportada por el o los agentes encubiertos, deberán ser enviados al Fiscal, quien deberá resguardarlas con la reserva debida hasta que se incorporen al proceso penal como evidencias.

Entonces, en principio, el elemento material probatorio y cualquier evidencia física recogidos por un agente encubierto, en desarrollo de una operación legalmente programada, sólo puede ser utilizado como fuente de actividad investigativa, pero establecido el proceso penal como tal, sujeto al control del órgano jurisdiccional, la información recabada y elementos físicos obtenidos pueden ser incorporados al proceso con el valor de cualquier otro elemento material probatorio y evidencia física.

No obstante ello, el hecho de utilizar una medida extrema de investigación en el caso del crimen organizado, no justifica bajo ningún punto de vista que pueda utilizarse cualquier información y evidencia obtenida con vulneración de principios y derechos fundamentales reconocidos por las leyes de la República, especialmente los que atenten contra la dignidad de la persona humana.

Además de ello, cualquier información o evidencia física obtenida debe cumplir con los requisitos señalados para la valoración de la prueba señalados por la ley adjetiva penal,



es decir, en la actividad investigativa debe procurarse la averiguación de la verdad mediante medios de prueba permitidos, rigiendo en especial las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas.

En la actuación del agente encubierto debe tomarse en cuenta especialmente que un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse directa o indirectamente al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente abundantes. Asimismo, son inadmisibles los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados.

Indica la norma procesal penal que además de los medios de prueba previstos en dicha normativa, se podrán utilizar otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas reglamentadas por el Código Procesal penal o que afecten el sistema institucional.

Y en cuanto a la valoración de la prueba es necesario, por imperativo legal, que todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones del Código Procesal Penal. Los elementos de prueba así incorporados se valorarán conforme al sistema de la sana crítica razonada, no pudiendo someterse a otras limitaciones legales que no sean las expresamente previstas en el mismo cuerpo legal.



En cuanto a la probabilidad de prueba ilícita obtenida por la actuación de un agente encubierto, doctrinariamente se ha discutido que, el sólo hecho de introducir un agente encubierto en una investigación puede vulnerar seriamente derechos fundamentales, no sólo del investigado sino incluso de terceros, y por lo mismo tanto la información que recoja como los elementos materiales probatorios y evidencia física, 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 constitucionales²⁷, por lo tanto, cada vez se hace evidente la necesidad de que la utilización del método especial de operaciones encubiertas y la actuación del agente encubierto sea autorizado por un juez contralor de garantías, con el fin de evitar serias consecuencias de orden procesal, pero sobre todo para evitar la vulneración de derechos fundamentales y así poder obtener prueba lícita eficaz, que evite la impunidad de las organizaciones criminales, y lograr la efectiva desarticulación de las redes del crimen organizado.

4.6.3 Responsabilidad penal del agente encubierto

En cuanto a la responsabilidad penal del agente encubierto que, infiltrado dentro de una organización delictiva, se ve precisado a cometer un delito, algunos doctrinarios responden que “debe ser eximido de sanción penal, sea porque actuó en cumplimiento

²⁷ Urbano Martínez, José Joaquín. **Prueba ilícita y regla de exclusión. En: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del Juez penal colombiano.** Págs. 312-313.



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”²⁸.

Otros por el contrario sostienen 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”²⁹.

La figura del agente encubierto infiltrado en una organización criminal, trae aparejada la posibilidad de que en algún momento determinado pueda cometer algún hecho delictivo, como participar en los actos de planeación, preparación y ejecución de actividades ilícitas de la organización criminal, realizar transacciones ilícitas con el investigado, etc., por ello, en la doctrina y en la jurisprudencia de algunos países que utilizan más a menudo la técnica de operaciones encubiertas, han entendido que el agente encubierto, al infiltrarse dentro de una estructura criminal entra a formar parte de la misma y, por lo tanto, muchas veces tendrá que comportarse como tal, desarrollando en calidad de autor o coautor actividades delictivas propias del grupo para no generar

²⁸ Arciniegas Martínez, Guillermo Augusto. **Policía Judicial y sistema acusatorio**. Pág. 320.

²⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana**. Pág. 11.



sospechas y cumplir con su misión, ante los cuales se hace necesario establecerle algunos límites.

Por ello, en la mayoría de países que emplean este método de investigación, se ha decidido eximir de responsabilidad penal al agente por aquellos delitos a los que se vea 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.

En la Ley Contra la Delincuencia Organizada, en principio, se permite la utilización de las operaciones encubiertas y por ende la figura del agente encubierto, principalmente para la obtención de información que permita procesar a las personas que participan en organizaciones criminales, así como la desarticulación de las estructuras del crimen organizado.

No obstante ello, se prevé que en el desarrollo de la operación encubierta puede el agente encubierto incurrir, por causa de necesidad, en actividades ilícitas para el cumplimiento de su cometido, pero también la normativa respectiva prevé algunas condiciones para que el funcionario policial sea eximido de responsabilidad penal, civil y administrativa.

Para ello, según lo preceptuado en el Artículo 30 de la citada Ley, debe cumplir con las siguientes condiciones:



- a) Que su actuación cuente con autorización previa del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público.
- b) Que su actividad se encuentre enmarcada dentro de los lineamientos determinados por el Ministerio Público en el ejercicio de la dirección de la investigación.
- c) 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.
- d) 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 u otros agentes.
- e) Que el agente encubierto no motive, induzca o provoque la comisión delictiva de algún miembro de la organización criminal o de otras personas.
- f) Que las actividades no estén orientadas al lucro o beneficio personal del agente encubierto o de sus parientes dentro de los grados de ley.
- g) Que las actividades no consistan en hechos punibles de los previstos en el Artículo 25 de la Ley contra la Delincuencia Organizada.

Quando el agente encubierto, en el desarrollo de las actividades de la operación encubierta no se sujete a las indicaciones ni a las condiciones descritas, y en caso de que cometa delito al extralimitarse en las actividades generales a que esté autorizado, se prevé que sea sancionado con la pena señalada para el delito cometido aumentada en una cuarta parte.

En el ejercicio del control por parte del ente persecutor del Estado, si los Agentes Fiscales 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 y Jefe del Ministerio Público los motivos de la misma y, si fuere procedente, deberá formular la acusación respectiva para el procesamiento del agente encubierto.

Por otro lado, y por las características y principios que sustentan nuestro sistema penal acusatorio, la Ley prevé que a partir de la primera declaración del imputado, éste o su defensor pueden revisar el expediente que contiene la documentación de la información recabada durante la operación encubierta, con el objeto de constatar si en el procedimiento y en los actos realizados no se vulneraron los derechos y garantías del imputado y si se respetó el contenido de la Ley contra la Delincuencia Organizada.

En conclusión, puede decirse entonces, que la Ley citada es previsorá en cuanto a ciertos límites dentro de los cuales debe enmarcar su actuación el agente encubierto en el desarrollo de una operación encubierta, con miras a reducir el riesgo de comisión de hechos delictivos o de acciones que conlleven la vulneración de derechos fundamentales, circunstancias que podrían ser aprovechadas al saber que se cuenta con la autorización Estatal del ente persecutor, y que por ello la responsabilidad penal pudiera ser compartida con el Fiscal que controla la actividad de los agentes encubiertos.



4.7 Problemas político-criminales y jurídico-constitucionales de la actuación del agente encubierto en la Ley contra la Delincuencia Organizada

La implementación de métodos especiales de investigación contra el fenómeno de la delincuencia organizada constituye a la postre un mal necesario, puesto que el incremento de la delincuencia al amparo de una estructura organizacional, ha tenido como consecuencia el despertamiento de la defensa de la sociedad reflejada en las decisiones y acciones que han tomado instituciones de corte internacional, como se ha visto en el desarrollo del presente trabajo, resultando en la implementación de ciertos instrumentos jurídicos internacionales que han pasado a formar parte de las legislaciones internas de los países que han suscrito los mismos, así como el compromiso de cada uno de ellos para legislar en lo interno de conformidad con los acuerdos y pactos internacionales, y lograr con ello un fin loable de lucha conjunta contra la criminalidad organizada imperante.

Pero, aunque los esfuerzos en ese sentido puedan ser aplaudidos por sus buenas intenciones, se han creado nuevos problemas que aún no son susceptibles de resolución desde un punto de vista político criminal, y peor aún, se han generado otros desde el punto de vista jurídico constitucional, que han desembocado en la grave vulneración de derechos fundamentales contenidos en la norma fundamental.

Es importante recordar en este momento, que el método de operaciones encubiertas fue previsto para su aplicación dentro del marco de la actuación de grupos delictivos organizados, como una técnica de investigación extraordinaria para la persecución



penal de delitos de especial peligrosidad o de difícil esclarecimiento, que debe ser utilizada cuando los métodos tradicionales de investigación han fracasado o no aseguran el éxito para llevar a cabo el juzgamiento de dichas conductas. Por lo tanto, son actuaciones que deben estar sometidas a una especial observación y cuidado, procurando la mayor reserva de la información que se recoja, para evitar tanto el peligro para la investigación como para el agente.

Sin embargo, uno de los graves problemas que se observa día tras día, es que esa herramienta, que debería ser utilizada con exclusividad para la desarticulación de estructuras del crimen organizado, se ha utilizado sin la debida autorización ni el control establecido en la ley, en la investigación de delitos del orden común, como por ejemplo la extorsión, delito cometido no precisamente por grupos organizados sino por individuos que aparentemente actúan en forma aislada.

Los medios de comunicación han evidenciado que, para lograr la captura de extorsionistas, la Policía realiza un seguimiento, prepara un paquete que simula el pago de una extorsión y procede a la vigilancia de la entrega, pero sin la autorización ni el control del Fiscal encargado del caso, tal como lo prescribe la norma respectiva, por lo que se atenta así contra el debido proceso y el principio de legalidad.

Por otro lado, se señala la posibilidad de que la operación con agentes encubiertos restrinja ostensiblemente los derechos fundamentales de la persona investigada, como el derecho a la inviolabilidad de la vivienda, la intimidad y el derecho a no autoincriminarse, pues con la operación encubierta el Estado se vale de un engaño



para penetrar en la vida privada de un individuo, y más si no se cuenta con la autorización judicial respectiva, tal y como se encuentra preceptuada en la Constitución Política de la República de Guatemala, teniendo esto como consecuencia que los documentos o informaciones obtenidas con violación de los derechos fundamentales, no pueden producir fe, ni pueden ser valorados como prueba en juicio.

Se señalan también graves cuestionamientos a la utilización de la figura del agente encubierto, por cuanto que en un Estado de Derecho, deben imperar tanto las reglas mínimas que confirman una sociedad como la ética, y esto hace que el Estado no pueda ser partícipe en delitos bajo ningún concepto. Además, debido al riesgo de impunidad en caso de que el agente encubierto participe en la comisión de delitos para la conclusión de su labor, los derechos y bienes jurídicos de cualquier habitante de la República, se subordinarían al éxito de la investigación.

Esta situación puede causar un grave impacto en el Estado de Derecho en cuanto a la vulneración de derechos fundamentales, al tener como agravante el hecho de que la idiosincrasia de nuestro país ha hecho que muchas veces la labor policial se vea empañada con el manto de la corrupción, la falta de capacitación de los agentes policiales, la inexistencia de valores a nivel general y en los agentes encubiertos que pudieran hacerse cargo de las operaciones especiales, pero sobre todo, porque muchas veces las redes del crimen organizado han infestado las instituciones encargadas de la persecución e investigación penal y policial.



Como conclusión de este apartado, se llega al establecimiento de la cruda realidad de la deficiencia en la actividad legisladora en cuanto a la autorización que debe respaldar la actuación del agente encubierto dentro de una operación encubierta, puesto que únicamente se deja su autorización y control a merced del Ministerio Público, y en este caso, tratándose de una medida que restringe fuertemente los derechos fundamentales de la persona investigada, no se estableció como requisito la autorización previa de un Juez Contralor de Garantías, es decir, es el Fiscal quien puede ordenar la actuación de un agente encubierto sin contar para nada con la intervención de un juez.

Esta situación es criticable porque, debido al interés del ente persecutor en el proceso penal como parte acusadora, estará inclinado a llevar adelante sus decisiones, tolerando mayores injerencias en los derechos fundamentales de las personas e, inclusive, obviando las garantías mínimas del sindicado para gozar de un proceso transparente y justo, distinto a lo que ocurriría si el control fuera ejercido desde el principio por un juez imparcial con una formación garantista, y que por ello recibe el nombre de Juez de Control de Garantías.

4.8 Propuesta para la actuación legítima del agente encubierto dentro del marco de la Ley contra la Delincuencia Organizada

Para que la investigación y la presentación de un caso ante los tribunales de justicia sea efectiva, y para que no se concluya con una sentencia de carácter absolutorio por la ilegalidades en la actuación del agente encubierto, se propone la reforma de la Ley contra la Delincuencia Organizada, en el sentido de que se requiera la autorización de



un órgano jurisdiccional para la utilización del método de operaciones encubiertas y a la vez, se implemente un mecanismo ágil por parte del Ministerio Público para su requerimiento, siempre y cuando se realice dentro del marco de la investigación de la criminalidad organizada.

Esta propuesta se realiza con el fin de reducir en la medida de lo posible, los problemas que han surgido en la implementación de métodos especiales de investigación, principalmente de orden constitucional, por el riesgo que se prevé de la vulneración de derechos fundamentales, y por el interés parcial que reviste las actividades del ente encargado de la persecución penal.

Además de ello, como parte de los límites de la actuación del agente encubierto, debe tomarse en cuenta que, siempre que se necesite afectar un derecho fundamental de un tercero o del investigado, deberá obtenerse la respectiva autorización del órgano jurisdiccional competente, y en todo caso, con los debidos controles y revisión de la medida ante el juez de control de garantías.

Aunado a ello, es recomendable revisar periódicamente y evaluar si existe o no necesidad, racionalidad y proporcionalidad de las actuaciones del agente encubierto, que lleven al cumplimiento de los fines de la investigación, procesamiento y desarticulación de las estructuras del crimen organizado.

Con esta propuesta se considera que los fines u objetivos previstos en la Ley contra la Delincuencia Organizada, pueden ser alcanzados de manera efectiva, con el agregado



de la seguridad de no haber vulnerado derechos fundamentales reconocidos por la norma constitucional del Estado.

Además de ello, el órgano encargado de la persecución penal tendrá la plena certeza de que la investigación llevada a cabo para la desarticulación de las estructuras del crimen organizado, con la utilización del método especial de operaciones encubiertas, ha cumplido con los principios fundamentales de legalidad, subsidiariedad, proporcionalidad y de control judicial, y como consecuencia ineludible, obtendrá la satisfacción de una sentencia condenatoria que dará seguridad y certeza jurídica, no sólo al trabajo del Ministerio Público, sino en aras de la justicia y la paz social.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El crimen organizado aparece en la sociedad como un fenómeno delictivo especial, de naturaleza no convencional, por lo que el derecho interno resulta insuficiente para afrontarlo y las políticas que se aplican pueden resultar insuficientes o tardías, lo que lógicamente trae como consecuencia una total impunidad de los ilícitos cometidos por organizaciones criminales cada vez más sofisticadas, un crecimiento descomunal del poder de las estructuras ilícitas organizadas, y lo más grave, una total inseguridad a todo nivel debido a la debilidad en el sistema tanto de investigación como de procesamiento de las personas vinculadas a dichas organizaciones.

Con el advenimiento de la era democrática en Guatemala, después de 36 años de conflicto armado interno, se ha favorecido un clima propicio para la articulación y expansión de la criminalidad organizada, aunado a la debilidad del Estado guatemalteco como realidad innegable y la fragilidad de sus instituciones para ejercer su autoridad y el monopolio de la fuerza en todo el territorio nacional.

El método especial de operaciones encubiertas constituye una medida especial de investigación desde dos perspectivas: por su aplicación contra el crimen organizado y por su procedimiento que es de orden especial. Dentro de dicho procedimiento, la figura del agente encubierto se configura como uno de los puntos clave en la infiltración policial, para establecer una relación de confianza y así obtener información suficiente y relevante para la desarticulación de las estructuras del crimen organizado.





BIBLIOGRAFÍA

ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. **Policía judicial y sistema acusatorio.** Bogotá, Colombia. Ediciones Nueva Jurídica, 2007.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL. **Carta informativa No. 2.** 1999.

BASSIUNI-VETERE. **Organized crime: A compilation of United Nations Documents 1975-1998.** Nueva York, 1998.

CAFFERATA NORES, José. **Cuestiones actuales sobre el proceso penal.** Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2000.

CAPARROS, Fabián J. **Criminalidad organizada en el Nuevo Código Penal. Primeros problemas de aplicación.** España, Universidad de Salamanca, 1997.

CARDOSO PEREIRA, Flavio. **Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos.** Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, España. 2012.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. **Criminalidad Organizada: concepto, la asociación ilícita, problemas de autoría y participación.** Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2001.

DEL POZO PÉREZ, Marta. **El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española.** En: Criterio Jurídico, volumen 6, Santiago de Cali, Colombia, 2006.

GIMENO SENDRA, Vicente. **Derecho Procesal Penal.** Madrid, España, Editorial Colex, 2005.

GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías. **La Policía Judicial en el sistema penal acusatorio.** Editorial Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, Colombia, 2007.



MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal II, parte general: sujetos procesales.** Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina. 2003.

MONTOYA, Mario Daniel. **Informante y técnicas de investigación encubiertas.** Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1998.

MUÑOZ, Carlos Enrique. **Ensayos penales.** Panamá, 2001.

POLITTOF, Sergio. **El agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la Ley 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.** En Gaceta Jurídica, No. 203, 1997.

RIQUELME PORTILLA, Eduardo. **El agente encubierto en la Ley de Drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo.** En Revista Electrónica Política Criminal No. 2, A2, 2006. <http://www.politicacriminal.cl/> (Consultado: 13/05/2015 19:35 horas)

RENDO, Ángel Daniel. **Agente encubierto.** <http://www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm> (Consultado: 13/05/2015 20:03 horas)

RIVERA CLAVERÍA, Julio. **El crimen organizado.** Instituto de Estudios en Seguridad, Guatemala, 2011.

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. **Qué es el delito provocado.** En Revista de Derecho Penal. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia, No. 10, 2006.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. **Prueba ilícita y regla de exclusión.** En: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del Juez Penal colombiano. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá Colombia, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El crimen organizado: una categoría frustrada.** Ed. Leyer, Colección Breviarios de Derecho, Bogotá, Colombia, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El agente provocador.** En: Revista de Derecho Penal. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia, No. 10., 2009.



ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Impunidad del agente encubierto y del delator; una tendencia legislativa latinoamericana.** En: Revista de Derecho Penal. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia, No. 6, 1998.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de participación en organización criminal.** Ed. Cóllex, Madrid, España, 2002.

Legislación

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

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José, Costa Rica. 1969.

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

Reglamento para la Aplicación de los Métodos Especiales de Investigación. Acuerdo Gubernativo No. 158-2009 del Ministerio de Gobernación.

Reformas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español. Ley 5/1999.