

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



**RIESGOS EN INVESTIGACIONES CRIMINALES E IMPLEMENTACIÓN DE
MEDIDAS DE PROTECCIÓN NECESARIAS A LOS AGENTES ENCUBIERTOS,
ESTABLECIDOS EN EL DECRETO 21-2006 DEL CONGRESO DE LA
REPÚBLICA DE GUATEMALA – LEY CONTRA LA DELINCUENCIA
ORGANIZADA**

MARIO BARTOLOMÉ SUBUYUJ CORONADO

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2018

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

**RIESGOS EN INVESTIGACIONES CRIMINALES E IMPLEMENTACIÓN DE
MEDIDAS DE PROTECCIÓN NECESARIAS A LOS AGENTES ENCUBIERTOS,
ESTABLECIDOS EN EL DECRETO 21-2006 DEL CONGRESO DE LA
REPÚBLICA DE GUATEMALA – LEY CONTRA LA DELINCUENCIA
ORGANIZADA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARIO BARTOLOMÉ SUBUYUJ CORONADO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2018

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

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br.	Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Rony Elías López Jerez
Vocal:	Lic.	Nelson René Rivas Ruiz
Secretario:	Lic.	Marvin Omar Castillo García

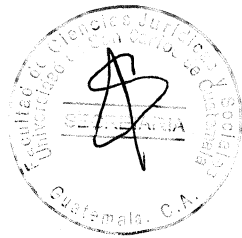
Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	José Luis de León Melgar
Vocal:	Licda.	María Elisa Sandoval Argueta
Secretaria:	Licda.	Irma Leticia Mejicanos Jol

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



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
30 de mayo de 2017.

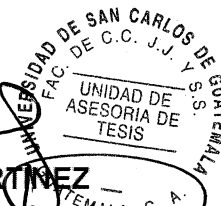
Atentamente pase al (a) Profesional, JUAN CARLOS RÍOS ARÉVALO
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
MARIO BARTOLOMÉ SUBUYUJ CORONADO, con carné 201112749,
intitulado DETERMINAR RIESGOS EN INVESTIGACIONES CRIMINALES E IMPLEMENTAR MEDIDAS DE
PROTECCIÓN NECESARIAS A LOS AGENTES ENCUBIERTOS, ESTABLECIDOS EN EL DECRETO 21-2006 DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA -LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA-.

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.


LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción

02 / 04 / 2018

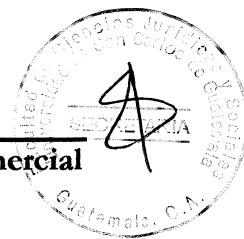

Licenciado
Asesor(a) Carlos Ríos Arévalo
(Firma y Sello) Abogado y Notario

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala



Oficinas Profesionales 6ta. Avenida 0-60, Torre Profesional I, Oficina 701 Centro Comercial
Zona 4, Guatemala C.A.
Telefono: 59165885



Guatemala, 18 de julio de 2018

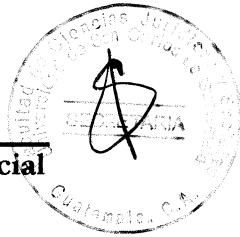
Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unida de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Licenciado Orellana Martínez:

Respetuosamente a usted informo que de acuerdo a mi nombramiento de fecha 30 de mayo de dos mil diecisiete procedí a asesorar al bachiller **MARIO BARTOLOMÉ SUBUYUJ CORONADO** la tesis intitulada: DETERMINAR RIESGOS EN INVESTIGACIONES CRIMINALES E IMPLEMENTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN NECESARIAS A LOS AGENTES ENCUBIERTOS, ESTABLECIDOS EN EL DECRETO 21-2006 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA - LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA, el cual por observación de revisor queda finalmente intitulada: **RIESGOS EN INVESTIGACIONES CRIMINALES E IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN NECESARIAS A LOS AGENTES ENCUBIERTOS, ESTABLECIDOS EN EL DECRETO 21-2006 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA – LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA**, por lo que hago de su conocimiento el siguiente dictamen:

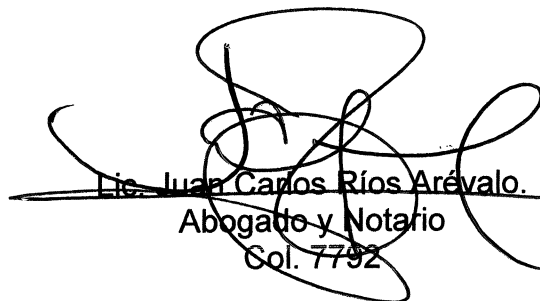
- a) El contenido científico de la tesis se puede verificar en las técnicas y métodos utilizados siendo una contribución para la sociedad y para la legislación guatemalteca; puesto que es un tema muy importante que no ha sido investigado suficientemente. En todo caso puede servir como material de consulta para futuras investigaciones.
- b) La investigación contiene suficientes referencias bibliográficas, siendo las adecuadas, resguardándose el derecho de autor y sirviendo como base para sustentar y desarrollar el tema tratado.



- c) Las técnicas utilizadas fueron la bibliográfica y el uso de la tecnología por medio del internet, además se utilizaron los métodos inductivo, deductivo y el sintético: mediante los cuales el bachiller analizó y expuso detalladamente los aspectos más relevantes, que posteriormente lo llevaron a emitir conclusión discursiva con respecto al tema investigado. La técnica bibliográfica permitió recolectar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.
- d) Los capítulos se desarrollaron comprobándose la hipótesis planteada, con lo cual se contribuye de forma científica al sistema formativo guatemalteco.
- e) El bachiller en la conclusión discursiva manifiesta que el método especial de investigación del agente encubierto carece de mecanismos de protección ya que al final de la investigación son víctimas de amenazas e inclusive represalias por parte de los grupos criminales, considerando entonces la necesidad de adicionar a la Ley contra la Delincuencia Organizada medidas de protección que garanticen su seguridad integral y la de su familia.
- f) Declaro que no soy pariente del estudiante dentro de los grados de ley.

En base a lo anterior y habiendo cumplido con los requisitos estipulados en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; emito **DICTAMEN FAVORABLE** al bachiller, para que la misma continúe el trámite correspondiente.

Atentamente,


Lic. Juan Carlos Ríos Arévalo.
Abogado y Notario
Col. 7792

Licenciado
Juan Carlos Ríos Arévalo
Abogado y Notario



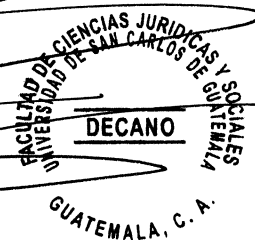
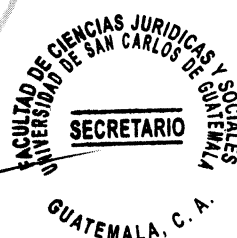
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 11 de septiembre de 2018.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MARIO BARTOLOMÉ SUBUYUJ CORONADO, titulado RIESGOS EN INVESTIGACIONES CRIMINALES E IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN NECESARIAS A LOS AGENTES ENCUBIERTOS, ESTABLECIDOS EN EL DECRETO 21-2006 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA -LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/cpchp.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser mi fortaleza en todo momento, mi seguridad, mi motivación, mi esperanza, mi fe y mi guía en la vida, a Él le debo todo lo que soy y lo que logro.

A MIS PADRES:

Por ser los motores que impulsan mi vida, y estar en cualquier momento, mi inspiración, este logro es de ellos.

A MIS HERMANOS, Y NOVIA:

Por apoyarme en los momentos en lo que los he necesitado, especialmente a Hilda, gracias por todo el apoyo.

A MIS AMIGOS:

Por todos los momentos vividos en la carrera, gracias por ser unos excelentes compañeros, estoy seguro de que serán buenos profesionales.

A MIS PROFESORES:

Lic. Juan Carlos Ríos, Lic. Gerson Quevedo, Lic. Hugo García, Lic. Alan García. Lic. Víctor Santizo, por ser un gran apoyo académico y tiempo que se tomaron en prepararme.

A MI AMADA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS:

Por ser grande entre las grandes y abrirme las puertas del saber, orgulloso de ser San carlista.

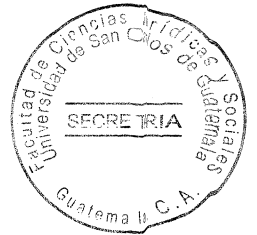


PRESENTACIÓN

El trabajo de investigación es de tipo cualitativa, teniendo como sujeto de estudio a los agentes de la Policía Nacional Civil que ejecutan el método especial de investigación del agente encubierto que utiliza el Ministerio Público, son víctimas de asesinatos, extorsiones y amenazas después de haber concluido con la investigación que ayudó a desarticular grupos criminales, estos riesgos deben ser saneados por el Estado como encargado de la seguridad nacional. Es importante mencionar que el trabajo de investigación pertenece al área del derecho penal, recalcando que el objeto de estudio radica en que esta figura jurídica del agente encubierto después de haber concluido con la investigación, carece de mecanismos de protección legal que ayudarían a fortalecer el método, así como a garantizar la seguridad de los agentes, sus familias y de la propia institución, ya que no existen condiciones óptimas para el desempeño de la infiltración y están expuestos a grupos criminales que se ven afectados por los resultados de la investigación.

El enfoque de la investigación es del año 2010 al 2016 en el departamento de Guatemala, período en el cual, el Ministerio Público ha desarticulado bandas criminales que coparon el Estado con la corrupción e impunidad, así como los casos de investigación realizados a desarticular bandas criminales que se dedican a la extorsión y asesinatos de la población. El aporte que se realiza al derecho penal en la investigación es la creación de garantías que permitan resguardar la integridad de los agentes que ejecutan tareas de investigación, antes, durante y después de realizada la labor encomendada por el Ministerio Público, así como el fortalecimiento de esta institución.

HIPÓTESIS



Debido a la inexistencia en la Ley Contra la Delincuencia Organizada de mecanismos de protección y garantías que resguarden la seguridad de los agentes encubiertos después de haber concluido con la investigación, carecen de aplicación real por parte del Estado los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala respecto a la vida, seguridad, la justicia y la paz de las personas.

Con el fin de garantizar los derechos fundamentales de las personas, específicamente de los agentes policiales que ejercen por orden de sus superiores y para colaboración del Ministerio Público la labor de investigación que tiene como objetivo desarticular grupos criminales y después de esa investigación no sufrir represalias es importante que la Ley Contra la Delincuencia Organizada contenga aspectos legales que regulen estas garantías de protección y ampliar las facultades conferidas a los agentes.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Se analizó el resultado de las investigaciones realizadas por el Ministerio Público respecto a la desarticulación de grupos criminales, estableciendo que los agentes encubiertos al concluir con su labor de investigación están expuestos a represalias de los miembros de grupos criminales que no han sido capturados y no tan solo a los propios agentes sino también a sus familias ya que son aún más vulnerables.

Se utilizó la metodología inductiva y analítica, para determinar que la causa que genera el incumplimiento del Estado de garantizar la protección de estos agentes policiales que infiltran en organizaciones criminales, se debe a que en la Ley Contra la Delincuencia Organizada no regula preceptos legales que incluyan mecanismo de protección para los agentes y sus familias después de haber concluido con la investigación.

Y en virtud de que los agentes policiales que ejercen el método de investigación de los agentes encubiertos, son personas que tienen como derecho fundamental la protección de la vida tanto de ellos como de sus familias, teniendo en cuenta que el Estado debe garantizar a los habitantes la justicia, seguridad y la paz de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, es importante adicionar a la Ley Contra la Delincuencia Organizada, garantías jurídicas para garantizar los derechos fundamentales.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El agente encubierto.....	1
1.1. Origen del agente encubierto	2
1.2. Agente provocador	3
1.3. Responsabilidad del agente provocador o encubierto	4
1.4. La responsabilidad del Estado	5
1.5. Agente provocador y tentativa	7
1.6. El agente encubierto en Estados Unidos	9
1.7. Test del agente encubierto anglosajón	14

CAPÍTULO II

2. El agente encubierto en Guatemala	17
2.1. Concepto doctrinal y legal.....	18
2.2. Fundamento y motivación	20
2.3. ¿Quiénes pueden ser agentes encubiertos?..	23
2.4. Ministerio Público, ente autorizado en la delegación del agente encubierto.....	25
2.5. Requisitos de la solicitud de la operación encubierta.....	30
2.6. Exención de responsabilidad penal.....	37
2.7. Sanción del agente encubierto.....	40
2.8. Protección y beneficios durante la investigación.....	41
2.9. Instituciones relacionadas con el agente encubierto.....	43
2.10. Análisis crítico respecto a la figura del agente encubierto.....	49



CAPÍTULO III

	Pág.
3. Derecho comparado y su influencia en Guatemala	51
3.1. Agente encubierto en la república Argentina.....	52
3.2. Agente encubierto en España.....	54
3.3. Regulación legal del agente encubierto en Chile	56
3.4. Posturas jurídicas en Guatemala.....	58

CAPÍTULO IV

4. Riesgos en investigaciones criminales e implementación de medidas de protección necesarias a los agentes encubiertos, establecidos en el Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala – Ley Contra la Delincuencia Organizada...	61
4.1. Importancia de implementar medidas de protección al concluir la investigación..	65
4.2. Cambio de identidad.....	67
4.3. Cambio temporal de residencia.....	68
4.4. Cambio de residencia temporal hacia otro país.....	69
4.5. Adiciones a la Ley Contra la Delincuencia Organizada.....	71
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	75
BIBLIOGRAFÍA.....	77

INTRODUCCIÓN

El tema de investigación se eligió al momento de observar las vicisitudes que atraviesan los agentes policiales al concluir con la investigación usando como herramienta jurídica el método especial de investigación del agente encubierto, pues son afectados en su integridad física, intelectual al ser amenazados de muertes por miembros que no fueron capturados de los grupos criminales que el Ministerio Público haya desarticulado.

El objetivo general que se alcanzó fue dar a conocer de manera más profunda el concepto del agente encubierto, su origen, sus facultades especiales y generales, su labor principal dentro de un proceso de investigación, así como la manera de aplicación en otros países, ya que esta figura es la principal herramienta de investigación para desarticular organizaciones criminales en Guatemala.

Debido a la inexistencia en la Ley Contra la Delincuencia Organizada de mecanismos de protección y garantías que resguarden la seguridad de los agentes encubiertos después de haber concluido con la investigación, carecen de aplicación real por parte del Estado los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala respecto a la vida, seguridad, la justicia y la paz de las personas, misma que fue comprobada.

En cuanto al contenido de la tesis se desarrolla en cuatro capítulos. En el primer capítulo se profundiza en el origen de la figura del agente encubierto, así como el concepto doctrinal de varios juristas y autores; en el segundo capítulo se abarca el concepto del



agente encubierto en la legislación guatemalteca, su influencia en el desarrollo del proceso penal, ejecución y facultades conferidas por la ley especial de la materia; en el tercer capítulo se describe la problemática a la hora de aplicar esta figura jurídica a los procesos de investigación que realiza el Ministerio Público, y en el cuarto capítulo, riesgos en investigaciones criminales e implementación de medidas de protección necesarias a los agentes encubiertos, establecidos en el Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala – Ley Contra la Delincuencia Organizada.

A la problemática se le determinó que la solución es adicionar a la Ley Contra la Delincuencia Organizada, que una vez concluida la función del agente encubierto sea sometido a un plan de protección especial que garantice su seguridad y la de su familia. La solución es el resultado de aplicar los métodos inductivo y analítico así como técnicas de investigación documental y bibliográfica.

Es fundamental la protección del agente encubierto después de haber concluido con la investigación ya que el porcentaje de represalias es el doble que cuando está en la investigación, una protección que debe ser íntegra y acorde a los estándares internacionales, siguiendo modelos de países que tiene mucho éxito con esta herramienta de investigación.



CAPÍTULO I

1. El agente encubierto

Encontramos varias definiciones, una de las más completas es la siguiente: “Agente encubierto es el 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, financiación”.¹

En la definición anterior se establecen dos elementos importantes, la primera es la de un funcionario público es decir que debe ser parte de Estado y la segunda es que el objetivo principal es obtener información que sirva en un proceso de investigación.

En la legislación chilena en el Artículo 25 de la Ley No. 20.000 inciso 2º. establece “el funcionario policial que oculta su identidad y se involucra o introduce en las organizaciones delictivas o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los partícipes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación.”, luego en su inciso 3º dispone que éste podrá “tener una historia ficticia” y luego en su inciso final señala que “en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan

¹ Rendo, Ángel Daniel. **Agente encubierto**. Pág.1.



podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma”.

A medida que avanza la sociedad, se han dado diferentes acepciones cuando se trata del agente encubierto, algunas legislaciones lo definen como agente investigador, otros como investigador encubierto, en otros países se les llama topes pero lo que tiene en común esos preceptos es el objetivo, involucrando a una persona en una organización criminal y dismantelarla, es un modelo que se ha ido perfeccionando, más aún en los Estados Unidos, y que sirve de base a otros países, por ejemplo Guatemala.

Sin embargo, para poder definir al agente encubierto en Guatemala es necesario conocer la historia, su origen y sus diferentes acepciones a lo largo de las épocas más importantes de las civilizaciones poderosas, la influencia y su objetivo principal, y encontrar a través de reformas el perfeccionamiento de esta figura jurídica penal y sacarle el mejor provecho posible.

1.1 Origen del agente encubierto

Dentro del tema que he desarrollado es necesario desglosar ciertos puntos importantes para determinar el origen del agente encubierto toda vez que es el elemento principal del tema y servirá de base para desarrollar el tema principal del presente trabajo de investigación.

Es el funcionario delegado para filtrarse en grupos delictivos y organizaciones criminales y desarticular los mismos a través de su investigación. En la actualidad se ha dado poco protagonismo al agente encubierto ya que no existen garantías para proteger la vida del agente después de haber concluido con la investigación criminal. En principio es necesario definir el origen del agente encubierto.

El origen del agente encubierto es discutido. Para algunos autores, esta figura se contendría en los relatos bíblicos, particularmente en el Génesis. Para otros, el origen de esta figura estaría en la antigüedad griega, en las fábulas de Esopo.

1.2 Agente provocador

Sin embargo, muchos autores coinciden en que el origen del agente encubierto está en la expresión francesa *Agent provocateur*. Esta expresión está relacionada con actividades de espionaje político surgidas en Francia bajo los Gobiernos de Luis XIV y Luis XVI, en la que determinados agentes promovían disturbios y atentados, con el objetivo de crear un estado en la 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 que eran vistos como peligrosos por 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.”²

Es importante entonces recalcar que al inicio los autores no tendrían claro el objetivo del agente encubierto, sin embargo en Francia el objetivo principal de esta figura fue provocar disturbios y maquillar atentados políticos, es decir instaban a los enemigos de gobierno a cometer faltas y a la menor oportunidad posible, echarle en cara delitos políticos y el gobierno sería visto como heroico y cumpliendo a cabalidad sus funciones.

Esta figura entonces tuvo dos fases; la primera fue el espionaje para ayuda del gobierno y la segunda como un plan de ataque, la provocación como una oportunidad de hacer crecer el prestigio del gobierno y no tomando en cuenta que el agente provocador inducía a cometer delito, el agente se sentía seguro y protegido por el gobierno, entonces daba lugar a ser libre de cometer delitos.

1.3 Responsabilidad del agente provocador o encubierto

Con respecto a la responsabilidad penal del sujeto provocado, se ha sostenido que la provocación a cometer un delito por agentes de la autoridad no suprime la responsabilidad penal del sujeto provocado que ha cometido la infracción, ya que hay una voluntad delictuosa que es cierta y además no se ha ejercido una presión tal que

² Dell' Andro, Renato. **Agente provocatore**. Pág. 864.



aniquile su libertad de decisión. Sin perjuicio de ello la provocación de los agentes puede constituir una circunstancia atenuante a favor del acusado.

La doctrina alemana ha intentado restringir la punición del provocado. Para ello, ha argumentado que la provocación a un hecho delictivo a través de agentes del Estado es contrario a los principios de un estado de derecho y también contrario a la dignidad humana, ya que el inducido al cometer el delito se transforma en un mero objeto de la acción estatal con el fin de obtener pruebas, que luego sirven para condenarlo.

También han argumentado que debería quedar impune la actuación del sujeto provocado, ya que esta actuación está siendo siempre controlada por la autoridad policial, por tanto, es escaso el peligro que surge de la conducta del provocado. Y por último, se ha señalado que la utilización del agente provocador vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que es antiético hacer que otra persona cometa delitos.

1.4 La responsabilidad del Estado

En el tiempo que surge el agente provocador o agente encubierto a través del Estado, el objetivo principal era provocar al enemigo político a cometer algún delito, hoy en día las sociedades avanzadas preguntan ¿es ético que el Estado inste a cometer un delito, con el objeto de quedar bien ante su población y seguir en el poder?, la respuesta es no, ya que la sociedad crece en ideología y civilización así como los avances científicos, determinando que la prueba obtenida de ese delito puede ser incluso hasta una



atenuante en el proceso penal ya que viene una provocación viciada, el gobierno quedaría como algo inmoral, y el poder pasaría a manos de personas menos corruptas.

En virtud de que al principio el objetivo principal del agente provocador era que el investigado cometiera delito, también se tendría que analizar la prueba conseguida por el agente y que serviría de base para iniciar un proceso que tendría como meta la sentencia del investigado.

En relación con la prueba obtenida por el agente provocador se ha dicho que la solución a ello es su prohibición en el proceso, considerándose que el uso por parte del Estado de agentes provocadores no es acorde con los principios de un estado de derecho.

Es importante mencionar que a través de la evolución de la sociedad, hoy en día se tendría como antiético e inmoral que un estado provoque a sus enemigos políticos a cometer delitos, y en base a eso iniciar con la persecución penal que de trasfondo tiene tinte políticos.

La ilegitimidad constitucional de la provocación policial hace que el hecho provocado se excluya como materia de prueba, por constituir un medio probatorio prohibido. En el caso de la Ordenanza Procesal alemana el engaño es un método interrogatorio prohibido.

Otro problema que ha planteado esta figura, es su relación con el delito imposible. Para evaluar la idoneidad de los actos, el juez debe transportarse idealmente al momento en que la conducta ha sido comenzada, teniendo en cuenta las circunstancias conocidas por el hombre normal, el control e intervención de la policía no se encuentra entre las circunstancias normales conocidas por el hombre normal, o sino, se inhibiría de la actividad criminal. Entonces cuando los actos realizados son de por sí, normalmente, capaces de producir un hecho prohibido la tentativa es idónea y punible.

1.5 Agente provocador y tentativa

“Respecto al problema de la tentativa y su vinculación con la figura del agente provocador, se puede señalar que el elemento constante en la conducta del agente es la ausencia de lesión material del bien jurídico afectado, o sea, no se llega a lesionar el bien jurídico atacado o puesto en peligro mediante una acción punible. Quien es inducido por el agente, debe llegar sólo hasta la tentativa del delito provocado, ya que el provocador empleará los medios para evitar que se consuma el ilícito. Lo que caracteriza al agente provocador es que su voluntad no está dirigida a la consumación del hecho principal, sino que está dirigida a determinar en el autor (provocado) una tentativa, es decir, el agente provocador actúa con voluntad de desvalor de la acción, mas no con voluntad de desvalor de resultado. Son elementos del agente provocador no sólo la voluntad de tentativa, sino que además que el provocado resulte convicto en sus actos durante la ejecución del delito”.³

³ Sologuren Isua, Felipe. **El agente encubierto ¿peligro o beneficios en Estados democráticos?**. Pág. 14.



Esto se fundamenta en que el agente provocador no daría entrada en su voluntad a la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción, desvalor de resultado, sino que sólo al desvalor de la acción.

La doctrina alemana y parte de la italiana, sostienen que cuando el agente provocador quiere del provocado una mera tentativa, no es responsable debido a que no desea la consumación del delito. Si no alcanza a evitar que se lleve a cabo la conducta del provocado, será punible, pero responderá a título de culpa por el delito que se haya consumado, siempre que el hecho admita forma culposa. Esto se basa en que el agente provocado lleva acabo la acción idónea hacia la consumación del delito, mientras que el agente provocador solo desea que el provocado lleve a cabo el delito tentado no en forma inocua sino que se logre calificar como tentativa punible.

Puede darse el caso de que el provocado consuma el hecho, no obstante la vigilancia del provocador, en esta situación será culpable de un delito consumado y el provocador responderá por negligencia. Si el agente provocador quiere la consumación del delito, será punible, y responderá como el provocado por haber participado en la producción del ilícito. Se ha expresado que el instigador no quiere el delito sino inducir al hecho a fin de probar la conducta del inducido, por lo que trata de evitar que se produzca el evento, faltando de esta forma el dolo propio de la instigación, por ello no es punible el agente provocador.

Si el evento tiene lugar no obstante la actividad llevada a cabo por el provocador, este deberá responder sólo a título de culpa. Pero, si en su lugar quiere la consumación del delito, aunque sólo para hacer castigar al provocado, será punible.

1.6 El agente encubierto en Estados Unidos

Esta figura jurídica también es llamada *entrapment*, un elemento central que consiste en que el provocado esté de antemano decidido a cometer un delito ya que la jurisprudencia de los Estados Unidos permite la intervención de la policía con el objeto de brindar la ocasión a cometer el delito, se va excluir la responsabilidad del provocado al haber actuado bajo la presión de los agentes policiales.

“El agente provocador o encubierto se relaciona de manera indirecta con la figura del *entrapment*, ya que esta última a diferencia del agente provocador, más que tratar de determinar la responsabilidad del inducido al cometer un ilícito, lo que trata de hacer es precisar en qué circunstancias el provocado debe quedar exento de pena, al haber actuado bajo presión de funcionarios policiales”.⁴

Las técnicas encubiertas en el ámbito anglosajón, y en particular en Inglaterra tienen un origen dificultoso, identificándose con la denominación *watchman*. Estos individuos fueron utilizados como agentes encubiertos desde 1869 por el Chief Contable de *Warwckshire*, para solucionar el problema de la vagancia, que afectaba esa zona durante esa época.

⁴ Ruiz Antón, Luis Felipe. **El agente provocador en el derecho penal**. Pág. 37



En Estados Unidos, ese tipo de técnicas era conocida desde 1791, y desde esa fecha en adelante se ha expandido, debido a cambios producidos en las leyes penales, como también el uso de agentes para hacer efectivo el cumplimiento de la ley, siendo utilizados en caso de prostitución, juegos clandestinos, narcotráfico, entre otros. También otro factor que influenció en la extensión de esta figura, fue el fenómeno de la urbanización, ya que para operar eficazmente el agente secreto debe ser desconocido por la comunidad. Ello no ocurría en una sociedad rural, como la fue la norteamericana hasta 1791.

“En Estados Unidos, el origen de los agentes encubiertos se relaciona con la Agencia *Pinkerton* que se infiltraba en las bandas en el oeste norteamericano. Con posterioridad a la guerra civil, se utilizaría por la Oficina Postal y el Departamento del Tesoro para Luchar contra robos de correos y falsificaciones. En 1930 empezarían a ser ocupados por el F.B.I.”⁵

El uso de agentes encubiertos en Estados Unidos podría chocar con algunas enmiendas constitucionales:

En el caso de la primera enmienda, que protege la libertad de expresión, aquí la infiltración de un agente encubierto debe ser restringida y el Estado debe probar que existen causas probables de que los miembros del grupo al cual se quiere infiltrar están comprometidos con determinadas conductas criminales, ya que se debe balancear la

⁵ Mario Daniel Montoya. **Informantes y técnicas de Investigación encubiertas. Análisis procesal y constitucional.** Pág. 36

necesidad de utilizar agentes estatales con el derecho a expresarse y asociarse libremente, que se vería afectado por la actividad encubierta.

La cuarta enmienda protege el derecho de privacidad y garantiza el derecho de toda persona a estar segura contra búsquedas y secuestros irrazonables, por lo tanto, esta norma constitucional prohíbe actividades de agente encubierto que trasgreden las expectativas razonables de privacidad de una persona.

Existen fallos de la Corte Suprema tales como *Hoffa v. United States* y *Lewis v. United States* que apoyan la idea de que ninguna de las prácticas encubiertas violan la cuarta Enmienda. La Corte Suprema ha aprobado el uso de agentes encubiertos señalando que: Un agente puede ser empleado para vigilar a una persona no obstante no haya causa probable ni una sospecha razonable de que ha cometido un crimen, o se encuentra comprometido en actividades criminales.

El agente puede ser amigo personal, socio con respecto al sujeto investigado y puede llevar a cabo actividades encubiertas sin ningún límite de tiempo o espacio.

La quinta Enmienda, protege el derecho al debido proceso. Con respecto a ese punto se ha sostenido que para encontrar una violación al debido proceso, los métodos empleados por el Estado deben haber sido para transgredir los estándares de una sociedad civilizada.

Se postula que se deben tomar en consideración la totalidad de los hechos disponibles para poder determinar si se ha denegado el derecho al debido proceso.

Por último, la sexta enmienda, se refiere al derecho a un asesoramiento legal, el que comprende contar con un abogado defensor durante el proceso. En este caso se puede menoscabar este derecho si se utilizara técnicas encubiertas para obtener información de la defensa.

“Se ha planteado reglas para el uso de investigadores encubiertos en Estados Unidos, como por ejemplo que el investigador encubierto no puede participar en la preparación de la defensa en un proceso, ni obtener información con respecto a ella, está prohibido a un agente encubierto infundirle al acusado desconfianza en su abogado. LA función de un agente encubierto debe finalizar antes del juicio del imputado, salvo que se deba continuar con la investigación de delitos no conectados con el enjuiciado.”⁶

En virtud de lo anteriormente señalado se puede decir que el *entrapment*, consiste en un razonamiento de defensa, que se invoca en un proceso judicial frente a un agente provocador, cuando este último indujo a una persona a cometer un crimen, el cual ordinariamente no habría cometido o no estaba dispuesto a cometer, y por tanto el acusado del crimen tiene derecho a que sea absuelto, en todo caso, no puede ser invocada cuando quien induce a la comisión de un delito, es un ciudadano que actúa privadamente y no en calidad de agente de Estado.

⁶ Montoya, Mario Daniel. **Op.Cit.** Pág. 80-90

“En Inglaterra las cortes de ese país no aceptaron esta doctrina, aun habiendo casos de inducción a cometer delitos por parte de agentes de gobierno. Mientras que en Estados Unidos la doctrina del *entrapment* tiene tímidas apariciones de manera conceptual a fines del siglo XIX, recién en el año 1915 con el caso *Woo Wai v. United States*, que trataba sobre la ilegítima importación de mujeres chinas a los Estados Unidos, un acusado que había cometido un crimen quedaría absuelto por la aplicación de la doctrina del *entrapment*, luego esta doctrina ha ido lentamente adquiriendo aceptación, en el país del norte.”⁷

Lo que caracteriza al agente provocador, como ya se había señalado, es que induce a otro a la realización de una tentativa, no a la consumación del delito, por lo tanto el delito provocado se caracteriza por la realización de una conducta provocadora, en segundo lugar la finalidad es hacer responsable penalmente al sujeto provocado, en tercer lugar se caracteriza por que el agente provocador toma todas las medidas para evitar que se produzca el daño al bien jurídico que se quiere proteger.

En conclusión la jurisprudencia norteamericana sólo considera lícita la intervención de un agente provocador, induciendo a cometer un ilícito penal y si no cumple con eso el agente provocador o encubierto incurriría en desobediencia y sería puesto a disposición judicial e iniciar un proceso en su contrataría, ya que su actuar es contrario a la legislación norteamericana.

⁷ Montoya, Mario Daniel. **Op. Cit.** Pág. 93

1.7 Test del agente encubierto anglosajón

“Las cortes norteamericanas han desarrollado determinados test de *entrapment*, que se centran en el actuar policial, o en la conducta del acusado, cuando los funcionarios policiales instigan a cometer un crimen, para determinar cuándo procede aceptar la doctrina del *entrapment*. En primer lugar, nos encontramos con el test objetivo, este test se centra en la conducta policial e investiga si el actuar policial induciría a cometer un crimen a una persona que normalmente evitaría cometerlo, cediendo a la tentación de perpetrarlo. Esta teoría se fundamenta en el rechazo de los métodos utilizados por el Estado para reunir pruebas contra el acusado.

En segundo lugar, podemos señalar el test subjetivo. Este test se centra en la conducta del acusado, señala que al provocado se le ha tendido una trampa, esto es cuando el agente policial influye en su mente inocente la disposición d cometer un crimen, la conducta del individuo provocado no depende de su libre voluntad, quien es realmente inocente y por tanto no puede ser condenado. Sin perjuicio de que si el acusado estaba predispuesto a cometer el delito la actividad provocadora es aceptada y por lo tanto se debe rechazar la invocación de la doctrina del *entrapment*.”⁸

El *entrapment*, tiene entonces como finalidad exculpar aquellos individuos que son inducidos a un camino equivocado por el impulso de otros, produce el efecto de impedir la total persecución del acusado, de absolver al acusado. Esto se diferencia del tratamiento que se le da al agente provocador en el ámbito continental, que a lo más al

⁸ Montoya, Mario Daniel. Op. Cit. Pág. 93-94



ser la actuación de éste ilegítima constitucionalmente, se excluiría como materia de prueba lo obtenido por el agente provocador en su actuación.

En cuanto al elemento de la predisposición, que es central en la aplicación del *entrapment*, se define como la inclinación del acusado a inmiscuirse en prácticas ilegales. Para analizar este concepto dice que hay que tener en cuenta diversas circunstancias, que son:

Antecedentes penales, generalmente es utilizada para rechazar la defensa del agente encubierto o provocador.

Antecedentes anteriores no penales, en relación a esto se ha resuelto por tribunales norteamericanos, que una inclinación a un acto no del todo criminal, es de poco valor probatorio para acreditar una predisposición.

Ilícitos posteriores, se puede acreditar la predisposición si el acusado ha participado en hechos similares al delito por el cual se le acusa.

Falta de rechazo, esto es, la falta de rechazo de participar en el crimen.

Reputación, también puede introducirse para probar la predisposición para cometer un crimen y con ello rechazarse la defensa del *entrapment*.

Por último, se ha intentado definir lo que sería un *entrapment* ilegal, configurándose cuando un agente del Estado con el objetivo de reunir prueba para una persecución penal, induce a una persona a comprometerse en actividades criminales mediante el uso de métodos irrazonables, o ejecutados de mala fe, que dañen sustancialmente a



individuos o a la sociedad, o que induzcan a una persona predispuesta a comprometerse en una actividad delictual.

Entonces, en el ámbito anglosajón, la actuación del agente provocador va a estar limitada por la doctrina del *entrapment*, constituyendo esta un razonamiento de defensa frente a la actividad del agente estatal.



CAPÍTULO II

2. El agente encubierto en Guatemala

En la legislación guatemalteca, la figura del agente encubierto es muy reciente y constituye una novedad para el ordenamiento jurídico, recién se comenzó a discutir su inclusión en el año 1992, después de varios intentos por incluirla en la legislación y encontrar la función principal que desempeñaría esta figura jurídica penal, se estableció en primer lugar su participación activa en el proceso penal, la desarticulación de grupos criminales, establecer métodos de infiltración a esos grupos, darle protección a esos agentes durante la investigación, son objetivos principales que en su momento se le dio a esta figura, sin embargo nunca establecieron la protección del agente después de haber concluido con la investigación y que hoy en día a través de reportes periodísticos, se concluyó que bandas criminales toman represalias en contra de los agentes encubiertos.

Posteriormente al analizar todos los elementos que encuadra la figura jurídica del agente encubierto y que Guatemala suscribió un tratado de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional que tiene como objetivo principal promover la cooperación para prevenir y combatir eficazmente la delincuencia organizada transnacional, comprometiendo al Estado de Guatemala a adoptar y establecer una regulación legal para combatir y erradicar la delincuencia organizada y establecer mecanismos de investigación, surgió entonces la figura del agente encubierto a través de la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

2.1 Concepto doctrinal y legal

En la legislación guatemalteca encontramos varias definiciones relacionadas a la figura jurídica del agente encubierto, algunos profesores en derecho penal lo llaman investigador que es parte esencial para recabar medios de prueba en un proceso penal en contra de grupos delictivos.

En la práctica lo llaman el funcionario policial que hace sus investigaciones bajo el mando del Ministerio Público, bajo otro nombre, dirección, profesión y demás circunstancias familiares y personales. Agentes de la Policía Nacional Civil lo define como el funcionario policial que, debidamente autorizado por sus superiores, oculta su identidad y se involucra o introduce en las organizaciones delictivas simulando ser parte de ellas o estar interesado en la comisión del delito que se investiga, con el propósito de identificar a los partícipes, desarticular y erradicar al grupo criminal o delincuencia organizada y recoger las pruebas que servirán de base al proceso penal.

El agente encubierto en Guatemala ve la luz en la Ley contra la Delincuencia Organizada, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, su definición legal lo encontramos en el Artículo 22 como: “Los funcionarios policiales especiales que voluntariamente, a solicitud del Ministerio Público, se les designe una función con la finalidad de obtener evidencias o información que permitan descubrir y procesar a los miembros de grupos delictivos organizados.”

Hay que recalcar un aspecto bien importante en la legislación, y es que la figura del agente encubierto tiene como objetivo investigar y establecer las conductas delictivas atribuibles a integrantes de grupos criminales, así como implementar a través del agente medidas con el fin de prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de la República de Guatemala, es decir a diferencia de otras legislaciones esta figura sirve de base probatorio en un proceso penal, y es un método especial de investigación que puede ser utilizado por el Ministerio Público, y crear con más certeza la plataforma fáctica y jurídica del ente investigador.

Unificando los criterios al respecto de la definición y conceptualización relativas a la figura del agente encubierto, la conclusión a una definición que abarque todo los aspectos es que agente encubierto es el empleado o funcionario público, perteneciente a la Policía Nacional Civil, que voluntariamente y con la debida autorización, participa en una operación encubierta con el fin de desarticular organizaciones criminales, procurando la captura de sus integrantes, materiales e intelectuales, así como la obtención de evidencias que conlleven a la sanción de su responsabilidad penal, protegiendo por parte del Estado la integridad de estos agentes durante la investigación, mas no cuando finalice el mismo, es ahí donde está el problema que hoy en día ha provocado asesinatos y represalias en contra de estos agentes y sus familias.

2.2 Fundamento y motivación

Las personas que se inclinan a esta figura jurídica como un instrumento de investigación criminal, radican su fundamentación en cuestión de política criminal, que justifica las consecuencias valiosas que su utilización implica y que han criticado quienes se oponen a su empleo, tales como el hecho de que el Estado se valga de un medio poco moral para la represión de delitos, toda vez que el agente encubierto utilizará la mentira y la traición como medio para cumplir su misión, o que se justifique la comisión de ciertos delitos por parte del agente encubierto y es más, el Estado no previene las represalias que pueden sufrir esos agentes después de haber concluido.

Cuando se adopta esta técnica generalmente tiene su cimiento y justificación en la insuficiencia de medios tradicionales de investigación, es decir los medios de investigación no son suficientes para recabar pruebas y enjuiciar a personas en los delitos que se refieren al crimen organizado y especialmente al tráfico ilícito de drogas y estupefacientes y la consecuente necesidad de hacer más eficaz la persecución penal de dichos delitos. Las drogas vienen de una estructura criminal más fuerte que el Estado, ya que las grandes ganancias de tal negocio redondo e ilícito son incalculables, ganando estas organizaciones un poder económico y criminal fuerte, y sobornando a funcionarios públicos para cumplir con su objetivo.

Y no tan solo en las drogas, hay mafias que trabajan en la propia organización del Estado, y es ahí en donde esta figura del agente encubierto puede infiltrarse y obtener su cometido.



En la Ley contra la Delincuencia Organizada, aprobada con fecha 19 de julio de 2006 por el Congreso de la República, la finalidad de las operaciones encubiertas radica en la obtención de información o evidencias que permitan procesar a las personas que forman parte de grupos delictivos, organizando su desarticulación mediante el diseño de estrategias eficaces, con estricto control administrativo del Ministerio Público y apoyo de la Policía Nacional Civil que al final prestan sus agentes para tan peligrosa tarea, y es tan novedoso en la organización fiscal que hoy en día aún no se cuentan con grandes garantías para el desempeño de esta actividad investigativa, se podría llamar como un riesgo grande exponer a los agentes policiales a delincuentes sin escrúpulos que le roban oportunidades a la población.

Al igual que en otras legislaciones, la ley estructura tres formas de investigación:

De afuera hacia adentro, a través del denominado agente encubierto, desde el mismo interior de la organización, a través del arrepentido, identificado en la ley como colaboración en la persecución penal de la delincuencia organizada y derecho penal gremial.

La entrega vigilada, a fin de descubrir las vías de tránsito, el modo de entrada y salida del país, el sistema de distribución y comercialización, la obtención de elementos probatorios, la identificación y procesamiento de los organizadores, transportadores, compradores, protectores y demás partícipes de las actividades ilegales. Los presupuestos o requisitos de procedencia para la solicitud, autorización y designación de un agente encubierto son los siguientes:



La existencia de una investigación previa. Cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de la existencia de un grupo delictivo organizado, ordenará a la autoridad policial respectiva, que realice un análisis con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes, los lugares donde y con quien realizan sus operaciones y si fuere posible, los puntos débiles de la misma.

La comprobación de un delito. En la solicitud de la operación encubierta, que debe hacerse por escrito, se debe indicar la descripción del hecho que se investiga indicando el o los posibles delitos en que se incurre.

Imposibilitar la consumación de un delito. Los agentes encubiertos que tuvieren conocimiento de la futura comisión de delitos de lesa humanidad, deberán hacerlo saber de inmediato a las autoridades respectivas a efecto de evitar la comisión de los mismos.

Individualización y detención de los autores, partícipes o encubridores. De igual manera, en la solicitud de autorización de la operación encubierta, debe indicarse cuando se conozca, el nombre, sobrenombre o cualquier otra circunstancia que permita identificar a las personas integrantes, presuntamente vinculadas a la organización criminal o las operaciones ilícitas de las mismas.

Obtención y aseguramiento de medios de prueba. Durante la operación encubierta, los fiscales deberán documentar la información que reciban verbalmente de los agentes



encubiertos. Esta podrá obtenerse mediante seguimientos, vigilancias, grabaciones de voces de las personas investigadas, la utilización de micrófonos u otros mecanismos que permitan tal finalidad, fotografías, grabaciones de imágenes, u otros métodos técnico científicos que permitan verificar la información proporcionada por los agentes encubiertos.

2.3 ¿Quiénes pueden ser agentes encubiertos?

Existen diferentes opiniones acerca de quién es la persona ideal para ser designada como agente encubierto, al respecto se ha unificado criterio en definir que debe tratarse de un agente de la Policía Nacional Civil, sin embargo existen posturas de abogados que se han planteado para establecer qué tipo de agente es el correcto para desempeñar dicha labor; exponiéndose a continuación las diferentes alternativas:

La primera postura sostiene que el agente encubierto debe ser miembro del Ejército Nacional, en consecuencia esta postura excluye a los miembros de la Policía Nacional Civil, como posibles agentes encubiertos.

La otra alternativa señala que la designación de los agentes encubiertos es una función exclusiva de los integrantes de las fuerzas policiales.

Una tercera opción se inclina por afirmar que el agente encubierto puede pertenecer a las fuerzas armadas del Ejército Nacional o a las fuerzas policiales civiles, pero también pueden ser designados los integrantes de un órgano administrativo estatal.

La Ley Contra la Delincuencia Organizada, adopta la segunda postura, al establecer en el Artículo 22 que “Son agentes encubiertos los funcionarios policiales especiales que voluntariamente acepten el cargo a solicitud del Ministerio Público”...

Con relación a los elementos anteriormente citados y el fundamento legal, y con un análisis de esta figura jurídica en diferentes actos delictivos que hoy se comenten en Guatemala se considera viable que no solamente los agentes de la Policía Nacional Civil sean los encubiertos, pudiendo ser también los agente de aduanas, de puertos, de aeropuertos puesto que tienen mayor experiencia en la relaciones de su dependencia e influir en mercaderías que entran y salen del país, haciendo una investigación a fondo y colaborando con el Ministerio Público en la investigación.

Así mismo hay que reconocer que grandes mafias se encuentran dentro de la administración pública y que mejor que un funcionario o empleado público dependiente de la institución en investigación sea un colaborador eficaz investido de la figura del agente encubierto, esto debido a que estos funcionarios poseen los conocimientos necesarios y especiales, debido a que constantemente en razón de su función, se encuentran relacionados a la actividad que se pretende investigar. En ese sentido resalta la conveniencia y necesidad que los funcionarios que intervengan como agentes encubiertos en esta área, tengan los conocimientos especiales que requiere la actividad aduanera, nociones que muy difícilmente poseen los agentes policiales en vista que se requiere de un tiempo significativo de estudio teórico y práctico respecto del funcionamiento del sistema aduanero y su legislación específica; por tal razón los funcionarios o empleados públicos del servicio aduanero guatemalteco pueden jugar un



papel importante, como agentes encubiertos, en la desarticulación de organizaciones dedicadas a la narcoactividad y por ende en las acciones emprendidas contra la defraudación y contrabando aduaneros.

2.4 Ministerio Público, ente autorizado para la delegación de agentes encubiertos

La figura del agente encubierto plantea la problemática de establecer cuál es la autoridad encargada de disponer la utilización de este tipo de método especial de investigación. Como se indicó al inicio del presente capítulo, la Ley Contra la Delincuencia Organizada, se inclina por conferir al Ministerio Público, concretamente al Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, la autorización de las operaciones encubiertas y la designación del agente encubierto, de conformidad con lo regulado en los Artículos 20, 21 y 22, que determinan:

Artículo 20. Autorización de métodos especiales de investigación. “Las operaciones encubiertas... serán autorizadas por el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público...”

Artículo 21. Operaciones encubiertas. “Se entenderá por operaciones encubiertas, aquellas que realizan agentes encubiertos con la finalidad de... con estricto control del Ministerio Público.”



Artículo 22. Agentes encubiertos. “Son agentes encubiertos los funcionarios policiales especiales que voluntariamente, a solicitud del Ministerio Público, se les designe una función con la finalidad de...”

Asimismo, como ya se indicó, quienes difieren del contemplado en las normas descritas, visto que tal como se encuentra regulado en la ley, no se asegura el control jurisdiccional sobre la actuación del agente encubierto y en general de las operaciones encubiertas, toda vez que de conformidad con el Artículo 45, 46 y 47 del Código Procesal Penal, corresponde a los jueces de primera instancia, narcoactividad y delitos contra el ambiente, el control jurisdiccional de la investigación efectuada por el Ministerio Público, quien tiene la facultad de practicar la averiguación de delitos, con intervención de los jueces de primera instancia como contralores jurisdiccionales.

En ese orden de ideas, al efectuarse un análisis objetivo de los artículos que regulan la autorización de operaciones encubiertas y designación de agentes encubiertos, en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, claramente se advierte que dicha autorización conlleva una serie de limitaciones a garantías individuales y constitucionales, que necesariamente necesitan autorización judicial; por ejemplo:

El Artículo 23 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, que regula las facultades de los agentes encubiertos, indica: “Para el objeto de la presente Ley, los agentes encubiertos estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del



imputado o lugares donde el grupo delictivo organizado lleve a cabo sus operaciones o transacciones.”

Está claro que a raíz de la autorización de la operación encubierta por parte del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, se le otorgan al agente encubierto, entre otras, la facultad para ingresar al domicilio del imputado, hecho que notoriamente es contrario a lo normado por la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 23 que refiere: Inviolabilidad de la vivienda. “La vivienda es inviolable. Nadie podrá penetrar en morada ajena sin permiso de quien la habita, salvo por orden escrita de juez competente en la que se especifique el motivo de la diligencia...”

Sin embargo, en el ejemplo anteriormente descrito se puede encuadrar esta figura constitucional de policía administrativa ya que se irrumpe una garantía individual constitucional, para evitar un mal social colectivo.

Por otro lado el Artículo 47 de la ley de mérito establece: “Cesación de entregas vigiladas y operaciones encubiertas. El Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, podrá resolver en cualquier momento la cesación de las operaciones encubiertas..., la detención de los partícipes en el hecho... poniéndolos a disposición de juez competente...”

Se evidencia de nueva cuenta una restricción a los derechos que garantiza la



Constitución Política de la República de Guatemala, en virtud que de forma expresa se autoriza al Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, confiriéndole la facultad para ordenar la detención de personas; potestad que únicamente corresponde a la autoridad judicial competente de conformidad con el Artículo 6 constitucional.

Como inferencia de lo anterior, es preciso tomar en cuenta que las leyes regulan el principio de supremacía constitucional, es decir, que cualquier norma que contradiga lo establecido en la ley constitucional es nula de pleno derecho, dicho principio se encuentra recogido en el Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al afirmar que:

“... Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.”

Sin embargo volvemos nuevamente al punto anterior, es más importante resguardar la seguridad colectiva que la individual, es el sentido de la policía administrativa.

En ese sentido, que el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, sea el competente para autorizar las operaciones encubiertas y la designación del agente encubierto, resulta además de ilegal, peligroso y arriesgado, para el resultado de la investigación en un proceso penal, en virtud que cualquier operación encubierta realizada, podría ser objeto de acciones de inconstitucionalidad por parte de personas interesadas en echar por la borda toda la investigación efectuada con la finalidad de



que no sea tomada en cuenta por un tribunal de sentencia penal y con ello procurar la impunidad de los imputados, en detrimento de la credibilidad de las instituciones que conforman el sector justicia guatemalteco.

Aunado a las incongruencias legales acotadas, debe tomarse en cuenta también que la figura del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, actualmente goza de credibilidad, toda vez que se ha apoyado en la Comisión Internacional contra la Impunidad, desarticulando bandas criminales que han afectado el patrimonio nacional; Hoy en día la institución con más credibilidad en el Estado es el Ministerio Público, debido a los actos heroicos de dismantelar grupos poderosos que en ningún gobierno pasado ha importado, con el apoyo de los medios de comunicación es más seguro iniciar una investigación que involucre las actividades delictivas y utilicen en mayor escala los medios de investigación regidos por la Ley Contra la Delincuencia Organizada, siendo el más importante y peligroso la figura del agente encubierto, de tal medida y por investigaciones periodísticas se ha determinado que los agentes no tienen las garantías suficientes de seguridad para después de haber concluido con la investigación.

Caso contrario y lo que no ocurriría con los jueces de primera instancia, quienes constitucionalmente son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República de Guatemala y a las leyes, sin que ninguna otra autoridad pueda intervenir en la administración de justicia.



Además el Ministerio Público se ha caracterizado por la deficiencia en sus investigaciones, la incapacidad y la falta de criterio en dirigir eficientemente a la Policía Nacional Civil en materia investigativa, lo que conduce a una pobre aportación de pruebas en un juicio penal y como consecuencia de ello se produce la absolución de los acusados en un debate oral y público, por tales motivos, ninguna forma garantiza adecuadamente el control que deben ejercer los fiscales, sobre la actuación de los agentes encubiertos y las operaciones investigativas que estos realicen, lo que podría repercutir en abuso de funciones de los agentes encubiertos, situación que se evitaría si un juez de primera instancia ejerciera el control jurisdiccional de las operaciones encubiertas y de los agentes encubiertos.

2.5 Requisitos de la solicitud de la operación encubierta

La solicitud de una operación encubierta debe dirigirse por escrito al Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, por parte del agente fiscal encargado del caso, por un plazo máximo de seis meses renovable cuantas veces sea necesario, sin que el plazo total de la operación exceda de un año.

Para tal efecto, el Artículo 27 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, establece que el escrito debe contener:

Descripción del hecho que se investiga indicando el o los posibles delitos en que se incurre. Antecedentes que permitan presumir que la operación encubierta facilitará la consecución de los objetivos que se persiguen en la Ley Contra la Delincuencia Organizada; la justificación del uso de la medida, fundamentando su necesidad por la



probabilidad de que mediante el sistema ordinario de investigación no se logrará la obtención de una información necesaria y determinante.

Con respecto a este punto, la ley señala que la autorización de operaciones encubiertas tendrá lugar por la probabilidad de que el sistema ordinario de investigación no logrará la obtención de la información necesaria, lo cual no significa que deba haberse agotado previamente todas las alternativas investigativas posibles antes de recurrir a esta técnica, sino que se deberá evaluar, en el caso concreto, si no se cuenta con otras técnicas investigativas que aseguren el éxito de la investigación. En este caso será decisión del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público sopesar la posibilidad de que se pueda lograr su cometido mediante aquellos medios de prueba que podríamos llamar tradicionales, y si del análisis efectuado estimare que éstos no resultarán eficaces, entonces justificar la autorización de la operación encubierta y la designación de un agente encubierto.

La ley también exige que se justifique el uso de esta medida, radicando tal fundamentación en la necesidad de la misma, al respecto se considera que dicha exigencia no implica necesariamente que se haga una exhaustiva descripción del proceso intelectual que llevó al Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público a resolver en determinado sentido; el requisito se cumple siempre que guarde relación con los antecedentes que le sirven de causa y sean congruentes con el punto que decide.



En términos generales, las actividades que el agente encubierto desarrollará para la obtención de la información y los métodos que se utilizarán para documentar la información recabada por los agentes encubiertos.

La identidad ficticia que asumirán las funciones de los agentes encubiertos que intervendrán en la operación; la identidad real será únicamente del conocimiento del fiscal encargado del caso. En plica cerrada la identidad real del agente encubierto, la que quedará al resguardo del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público sin que éste pueda conocer el contenido, salvo caso necesario al darse por terminada la operación.

A fin de asegurar el éxito de la actuación encubierta, la ley establece el riguroso secreto de la designación de un agente encubierto, sin embargo al darse por terminada la operación y en caso necesario si puede ser conocida la identidad real del agente encubierto, un ejemplo podría ser cuando resulte absolutamente imprescindible como prueba recibir la información obtenida por el agente encubierto, la cual será aportada con la declaración testimonial del agente encubierto. Ahora bien, el hecho de que la intervención del agente encubierto hubiese permitido orientar la investigación para realizar allanamientos y detenciones, no significa necesariamente, la imprescindibilidad absoluta de su declaración testimonial, máxime si se tratare de hechos de los que no fue testigo.

Otra cuestión problemática que presenta la intervención de un agente encubierto es determinar si su actuación es voluntaria u obligatoria. La Ley Contra la Delincuencia

Organizada, se inclinó por la primera alternativa, disponiendo en su Artículo 22, que “Son agentes encubiertos los funcionarios policiales especiales que voluntariamente, a solicitud del Ministerio Público, se les designe una función...” El fundamento de esta voluntariedad radica en la comprometida, difícil y peligrosa función que significa infiltrarse en una organización delictiva, en la que debe utilizar una identidad falsa, cambiar su acostumbrado ritmo de vida, separarse, en muchos casos, de su núcleo familiar e incluso, llegar a delinquir para ganarse la confianza de los integrantes de la organización, lo cual aconseja que tal actuación sea una decisión personal del agente, que valorará la decisión de cumplir con su deber y los riesgos personales que ello le implicará.

Cuando se conozca, el nombre, sobrenombre, o cualquier otra circunstancia que permita identificar a las personas o integrantes presuntamente vinculadas a la organización criminal o las operaciones ilícitas de las mismas.

Los elementos adicionales que solicite el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público.

Requisitos de la resolución de autorización de operaciones encubiertas.

El Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público deberá conocer y resolver en forma inmediata la solicitud planteada por el fiscal y de conformidad con el Artículo 28 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, al resolver debe observar los siguientes requisitos: La determinación de los agentes encubiertos que participarán en



la operación. Indicación de las actividades generales que se autoriza realizar durante la operación encubierta y los métodos que se utilizarán para documentar la información que proporcionen los agentes encubiertos. El objeto y el plazo por el cual se autoriza la operación encubierta. La obligación de informar verbalmente cada 30 días al Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público sobre el desarrollo de las actividades realizadas por los agentes encubiertos, para verificar si la medida está cumpliendo con la finalidad perseguida y con las reglas establecidas en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, para la utilización de la medida. Para el efecto el Fiscal General de la república y Jefe del Ministerio Público, convocará a una audiencia privada para que el agente fiscal a cargo del caso informe verbalmente sobre el avance de la investigación y la información recabada hasta el momento; podrá exigir en cualquier momento que se le exhiba la documentación y medios de prueba que respalden el informe, la prohibición expresa de que los agentes encubiertos provoquen la comisión de delitos para lograr una eventual detención o procesamiento de cualquier persona.

Este último requisito es de vital importancia en la práctica de las operaciones encubiertas, por su repercusión en la sentencia de un tribunal, de hecho la Ley Contra la Delincuencia Organizada, lo prohíbe también en los Artículos 21, segundo párrafo, numeral 1 y 30 inciso e). Su origen se debe a la doctrina conocida como la concepción y planteamiento de un delito por parte de un funcionario con el fin de que sea cometido por quien no lo habría hecho de no ser por el engaño o la persuasión del funcionario, exime de responsabilidad criminal a quien lo comete.

“El entrapamiento puede ser visto desde una óptica subjetiva u objetiva, puntos de vista con los cuales el Estado ha tratado de confrontar el interés público en perseguir a los criminales con el de los acusados en protegerse de conductas inconstitucionales. La defensa de entrapamiento desde el punto de vista subjetivo enfocaba el caso desde la óptica de si el acusado estaba dispuesto a cometer el crimen antes de la inducción del gobierno. Si esto ocurría entonces había una predisposición y aquél no era responsable de la conducta criminal llevada a cabo por el provocado. Es decir, se enfocaba la cuestión exclusivamente sobre la predisposición del acusado, siendo irrelevante la naturaleza de la conducta policial involucrada.

Por otro lado, quienes ponen énfasis en el llamado criterio o test objetivo, expresan que la defensa de entrapamiento debería enfocar el problema en la conducta del gobierno y sus agentes, de tal forma de comprobar que el comportamiento de éste fue ilegal e impropio. En suma, mientras que para unos la desincriminación de quien ha sido objeto de *entrapment* se debe a su ausencia de predisposición para cometer el delito, para los otros obedece a la inadmisibilidad del método empleado por la autoridad para comprobar el hecho”.⁹

Esta práctica de legislación puede tener aspectos negativo en Guatemala, debido a que no se castigaría a un agente encubierto por cometer un delito excusándose de contribuir al fortalecimiento de la investigación, eso traería como consecuencia un abuso de poder y tendría como finalidad la desestabilización de un proceso penal y por ende la poca eficacia de una herramienta de investigación.

⁹ Rendo, Ángel Daniel. *Op. Cit.* Pág. 10 y 11



Los medios de comunicación considerados el cuarto poder, sucumbirían ante estos atropellos y a través de su contacto con la población desacreditarían las investigaciones hechas por el Ministerio Público y bajaría la popularidad de un funcionario que hoy en día es el más acreditado, me refiero a la Fiscal General.

El argumento positivo de esta práctica legislativa son las limitaciones que puede tener el Estado con respecto a la utilización del agente encubierto, pues está notificado de no cometer ningún abuso de autoridad que pueda debilitar la investigación y por ende calificar de dudosa los resultados presentados por el Ministerio Público.

Dentro de la modalidades del agente encubierto se establecen dos supuestos, la primera es la actuación del agente que asume la calidad de integrante de la organización, en cualquiera de sus niveles, obviamente, cuanto más alto sea el nivel al cual el agente llega a acceder, más significativa será la información que pueda obtener y la participación criminal del agente en algún delito: Durante su actuación el agente Encubierto puede realizar conductas delictivas a fin de ganar la confianza de los integrantes de la organización o incluso, cumpliendo órdenes de los mismos, pudiendo ser esta participación de cualquier tipo, es decir, como autor o cómplice.

Los datos que vaya recopilando el agente encubierto a través de la operación encubierta deben ser puestos en conocimiento inmediato de las autoridades respectivas y autorizadas por la ley de la materia, por tal motivo no es condición y no es favorable al proceso de investigación y desarrollo del proceso penal que esta información sea brindada personalmente por el agente encubierto, lo más apropiado es que la fuerza de

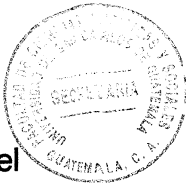


seguridad policial a la que pertenezca el agente, disponga la manera más conveniente para contactarse con el mismo, recibir los datos, que luego serán comunicados al fiscal del Ministerio Público encargado del caso; Así lo dispone el Artículo 25 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada. También el fiscal encargado del caso tiene la obligación de informar verbalmente cada 30 días al Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, sobre el desarrollo de las actividades realizadas por los agentes encubiertos, para verificar si la medida está cumpliendo con la finalidad perseguida y con las reglas establecidas; para tal efecto, el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, convocará a una audiencia privada, para que el agente fiscal a cargo del caso, informe verbalmente sobre el avance de la investigación y la información recabada hasta el momento; podrá exigir en cualquier momento que se le exhiba la documentación y medios de prueba que respalden el informe.

2.6. Exención de responsabilidad penal

Una de las consecuencias más características de la actuación del agente encubierto es la posibilidad de que éste cometa algún delito durante la misma. Se plantea entonces la cuestión de establecer si reúne las condiciones para endilgarle responsabilidad penal por su conducta ilícita, ya que por un lado se le ordena a través de una decisión judicial, infiltrarse en una organización dedicada a cometer delitos y por otra parte, corre serio riesgo de consumir o participar en alguno de estos delitos.

En estos casos se ha pensado que resulta conveniente y justo eximir de responsabilidad penal al agente encubierto, solución que ha adoptado la legislación



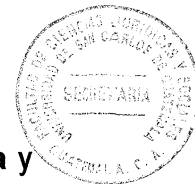
guatemalteca al igual que otras legislaciones comparadas que regulan el instituto del agente encubierto.

Se encara entonces el dilema, visto desde la perspectiva de la teoría del delito, si se trata de un elemento negativo del delito o de una eximente penal. La primera opción es considerar que se trata de una excusa absolutoria, es decir, una causa personal que excluye la aplicación de la pena, por una cuestión de política criminal, y por ende de carácter netamente individual. En este caso la conducta del agente encubierto será típica, antijurídica y culpable, pero no se aplicará pena.

La otra alternativa consiste en entender que se trata de una causa de justificación, es decir, el elemento negativo de la antijuridicidad, por lo cual en este caso la conducta será típica, pero no llegará a constituir un ilícito penal.

La Ley Contra la Delincuencia Organizada, optó por la primera postura, la cual se encuentra señalada en el Artículo 30 que indica: "Estará exento de responsabilidad penal, civil y administrativa, el agente encubierto que incurra en actividades ilícitas necesarias para el cumplimiento de su cometido siempre que reúnan las siguientes condiciones..." Del análisis de dicho texto legal, se vislumbra que la ley subordina la impunidad del agente encubierto al hecho que exista una relación directa entre el delito que se comete y su actuación encubierta; en consecuencia si el delito no tiene ninguna vinculación con dicha actuación, no se aplicará la excusa absolutoria.

Se determinó entonces las condiciones que debe reunir la actuación del agente encubierto cuando cometa algún delito, siendo las siguientes:



- Que su actuación cuente con autorización previa del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público.
- Que su actividad esté dentro de los lineamientos determinados por el Ministerio Público en el ejercicio de la dirección de la investigación.
- Que el agente encubierto informe periódicamente al fiscal encargado del caso y a sus superiores, sobre los actos y diligencias que realice y el resultado de los mismos.
- Que sus actividades no estén orientadas a ocultar, destruir o alterar evidencias de la actividad de la organización criminal, o a encubrir fallas en el operativo o en la actuación de sus superiores y otros agentes.
- Que el agente encubierto no motive, induzca o provoque la comisión delictiva de algún miembro de la organización criminal o de otras personas.
- Que las actividades no estén orientadas al lucro o beneficio personal del agente encubierto o de sus parientes dentro de los grados de ley.
- Que las actividades no consistan en los hechos punibles siguientes: delitos contra la vida, plagio o secuestro, tortura, lesiones específicas, graves o gravísimas, delitos de violación y abusos deshonestos.

Otro aspecto que no se tomó en cuenta en la Ley Contra la Delincuencia Organizada es el relativo al tema de la exención de la responsabilidad del agente encubierto y específicamente de la responsabilidad penal; siendo el caso de que durante su actuación, el agente encubierto resultare detenido por un delito que haya cometido en el marco de la misma; en vista que el juez no tiene conocimiento legal de la actividad que realiza el imputado y tampoco un procedimiento establecido para resolver su situación jurídica, en ese sentido no puede otorgársele ningún beneficio dentro del proceso penal,



por su actuación como agente encubierto, de allí que se reitera el criterio y conveniente que es justificable que la autorización de la actuación de un agente policial en operaciones encubiertas penda de un órgano jurisdiccional.

En Argentina, sí se contempla tal posibilidad y al respecto regula cuando el agente encubierto hubiese resultado imputado en un proceso, hará saber confidencialmente su carácter al juez interviniente, quien en forma reservada recabará la pertinente información a la autoridad que corresponda, una vez confirmado el carácter de agente encubierto, el juez podrá resolverlo sin develar la verdadera identidad del imputado.

2.7 Sanción del agente encubierto

La Ley Contra la Delincuencia Organizada, contempla también sanciones para los agentes encubiertos que no cumplan con las condiciones impuestas, para el efecto preceptúa el Artículo 31. “El agente encubierto que cometa delito por extralimitarse en las actividades generales a que está autorizado, será sancionado con la pena señalada para el delito cometido aumentada en una cuarta parte.”

Corresponde a los agentes fiscales ser los responsables de la dirección, desarrollo y documentación de la operación encubierta. Si detectaren desviaciones o abusos en el desarrollo de la operación por parte de los agentes encubiertos, deberán suspender inmediatamente la operación e informar al Fiscal General de la República 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.



2.8 Protección y beneficios durante la investigación

Derivado de la actividad riesgosa que representa la actuación encubierta del agente encubierto al infiltrarse en una organización criminal, resulta necesario y razonable brindarle protección legal y porque no, otorgarle beneficios por su valiosa colaboración, en aquellos casos en que su identidad sea descubierta.

La ley Argentina que regula la figura del agente encubierto, referida por Rendo, dispone que cuando peligre la seguridad de la persona que haya actuado como agente encubierto por haberse develado su verdadera identidad, tendrá derecho a optar por permanecer activo o pasar a retiro, cualquiera fuese la cantidad de años de servicio que tuviera. En este último caso se le reconocerá un haber de retiro igual al que le corresponda a quien tenga dos grados más del que él tiene.

A través de este sistema se faculta al propio agente encubierto que ha sido descubierto a decidir sobre su futuro, pudiendo optar por permanecer en la fuerza policial o pasar a retiro, con un régimen especial en cuanto a años de antigüedad y remuneración a percibir. Sin perjuicio de ello y a fin de neutralizar esa situación de peligro, también contempla la posibilidad de disponer de ciertas medidas de protección para el agente encubierto y su familia, similares a las que se brindan a los testigos e imputados.

Lamentablemente en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, no se contempla ninguna medida de protección para el agente encubierto en el caso que fuere descubierta o estuviere comprometida su identidad real, así tampoco se contemplan



beneficios por su colaboración, con lo cual no se incentiva la participación de los agentes policiales en las operaciones encubiertas o bien al carecer de beneficios, se corre el riesgo que el agente policial que actúe como agente encubierto busque su propio bienestar al margen de su actuación legalmente autorizada.

De alguna manera por la forma de aportación de la prueba de la actuación encubierta, es decir, en forma testimonial, pudiese aplicársele la protección contemplada en la Ley para la Protección de Sujetos Procesales y personas vinculadas a la administración de justicia penal, Ley de Protección a Testigos, que persigue dentro de sus fines otorgar protección judicial a las personas que contribuyan en los procesos penales, como el caso de los testigos con el propósito de garantizar la vida y seguridad respecto de él y su entorno familiar.

A través de esta ley se creó el Servicio de Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia, que funciona dentro de la estructura del Ministerio Público, a través de la cual se otorga protección a funcionarios y empleados del Organismo Judicial, fuerzas de seguridad civil y funcionarios o empleados del Ministerio Públicos, a los testigos, peritos, consultores, querellantes adhesivos, periodistas y personas sujetas a riesgos por intervenir en procesos penales.

El Sistema de Protección se encuentra integrado por el Consejo Directivo y la Oficina de Protección y comprende los siguientes beneficios:

- Protección del beneficiario con personal de seguridad
- Cambio de lugar de residencia del beneficiario.



- Protección con personal de seguridad en la residencia o lugar de trabajo.
- Cambio de identidad del beneficiario.
- Cualquier otro tipo de beneficio estimado necesario por el Consejo Directivo.

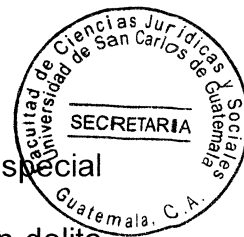
2.9 Instituciones relacionadas con el agente encubierto

A través de la evolución investigativa se han dado a conocer métodos de investigación que en su momento fueron de gran ayuda y sobre todo una innovación para la época, esto tenía como resultados pruebas objetivas que ayudaban a los tribunales a tomar decisiones y por ende aplicar justicia.

Pero a medida de que el proceso penal avanza también es necesario fortalecer esos métodos de investigación que en su momento fueron una llave para la innovación de justicia. A continuación se explicará brevemente aquellas instituciones de la investigación que son la base de lo que hoy en día establecen varias legislaciones.

a. Agente provocador

Es el antecedente histórico más importante del agente encubierto, en la actualidad se utiliza dicha expresión para referirse a los casos en que el agente induce a otro a cometer un delito o contribuye a su ejecución con actos de autoría de auxilio, lo que lleva a cabo sin intención de lesionar ni poner en peligro el bien jurídico afectado, ni lograr satisfacer ningún interés personal, sino para lograr que el provocado pueda ser sancionado por su conducta.

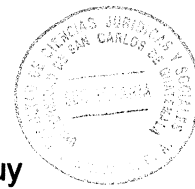


A diferencia del agente encubierto, que es utilizado como parte de una técnica especial para combatir ciertos delitos, el agente provocador es quien induce a cometer un delito para condenar al provocado. Ya se indicó anteriormente que la Ley Contra la Delincuencia Organizada, prohíbe al agente encubierto provocar la comisión de delito.

b. El informante

Se denomina así a aquella persona cuyos datos son reservados, que confidencialmente brinda material informativo acerca de ilícitos, prestando ayuda a los funcionarios policiales en la investigación del delito. Así un informante es cualquier persona, no agente de la autoridad, que suministra información sobre actividades delictivas, ya sea en forma ocasional o constante. La mayoría de los informantes proviene de los medios criminales. Son personas cuyas motivaciones y conductas de por sí generan dudas; su colaboración es interesada debido a que tratan de obtener el olvido por parte de la autoridad, de imputaciones que se le endilgan; asimismo desean castigar a competidores, enemigos, o recibir dinero en pago por sus informes, sin que les importe respetar principios legales, mintiendo impunemente acerca de sus tácticas.

Así pues el precio que hay que pagar para obtener la cooperación de los informantes puede ser ignorar el quebrantamiento de la ley que muchas veces llevan a cabo para manejar determinadas situaciones en beneficio propio. Por otra parte, los conocimientos que el informante tenga de la policía también pueden valer en el mundo criminal.



La figura del informante ha sido la predominante en Guatemala, toda vez que es muy utilizada la sección de investigaciones criminológicas de la Policía Nacional Civil y principalmente por el Departamento de Investigaciones de Narcoactividad de la misma institución, sin embargo como ya se indicó las desventajas superan las ventajas, en virtud que no se tiene control sobre ellos ni de sus verdaderas intenciones, pues en muchas ocasiones las informaciones que transmiten son erróneas y únicamente tienen como propósito desviar la atención de la fuerza policial sobre acciones ilícitas realizadas por ellos mismos en otros puntos.

c. El arrepentido

Se conoce con el nombre de derecho penal gremial a una concepción moderna mediante la cual la pena que sigue a la comisión de un delito no se aplica o simplemente se atenúa, lo que resulta ser una forma sui géneris de despenalización. La Ley Contra la Delincuencia Organizada, contempla esta institución en el título quinto estableciendo a colaboradores, capítulo primero, colaboración en la persecución penal de la delincuencia organizada, Artículo 90, que establece: derecho penal gremial. “La persona que ha participado en un hecho delictivo, sea o no integrante de un grupo delictivo organizado, que preste ayuda o colaboración eficaz para la investigación y persecución de miembros de grupo delictivo organizado, podrá recibir los beneficios otorgados en la presente ley.”

En esta concepción se enmarca la figura del arrepentido y está relacionada con los beneficios acordados para quienes colaboran con la justicia en la investigación de ciertos tipos de delitos.

Se trata efectivamente de colaboradores que a cambio de beneficios procesales brindan información que permite luchar contra el crimen organizado.

Los beneficios que contempla la Ley Contra la Delincuencia Organizada, por su colaboración eficaz son los siguientes:

El criterio de oportunidad o la suspensión condicional de la persecución penal, la no persecución penal o el sobreseimiento del ya iniciado y la rebaja de la pena en dos terceras partes a quien se encuentre cumpliendo condena, o la extinción de la misma cuando la rebaja en dos terceras partes haga efectiva el cumplimiento de la pena.

Para gozar de dichos beneficios se requieren de ciertos parámetros y condiciones que regula la misma ley.

La incorporación de esta figura en algunas legislaciones ha sido duramente criticada por juristas de renombre, debido a que el Estado estaría perdonando algunas conductas delictivas a personas por el simple hecho de colaborar a través de información que dudosamente le consta y con esto desarticular grupos criminales, de tal manera que contradice el sistema del proceso penal y le da cierta facultad tacita al Ministerio Público para desarrollar supuestos legales, creando con esto una errónea base legal para seguir fortaleciendo la figura del arrepentido.



Esta figura del arrepentido podría llamarse una muestra de hipocresía ya que el Estado obliga al agente a declarar el arrepentimiento de cometer algún delito dentro de la investigación encubierta, podría dar a entender que el Estado en cierta medida aceptara la conducta de su agente y que tener la libertad de actuar en pro de su objetivo de recabar pruebas ya que tiene por entendido que si tiene algún problema legal se le protegerá con esta figura.

Se le podría llamar una muestra de impunidad, ya que esta figura tiene como objetivo escuchar del agente su arrepentimiento, y con eso cuidar su libertad, su moral e inclusive tener más protección durante el proceso de investigación, porque en pocas palabras está autorizado para tener un abuso de poder con el único objetivo de obtener pruebas que incriminen al imputado.

Para concluir, cabe señalar que hay quienes observan en la legislación premial, que abarca a los arrepentidos, una evidente violación del principio retributivo de la pena, considerando las medidas premiales bajo un ángulo ético, evaluando la reconversión de los beneficiarios como una operación cínicamente utilitaria.

d. La entrega vigilada

La institución de la entrega vigilada es una figura que guarda estrecha relación con el agente encubierto, debido a que en la mayoría de los casos intervienen agentes encubiertos para su realización. En el medio guatemalteco suele confundirse la



institución de la entrega vigilada con operativos montados y controlados por las fuerzas policiales en la vía pública, derivado de informaciones facilitadas por colaboradores, pero la entrega vigilada es una técnica de investigación que reúne características distintas, toda vez que su esencia o propósito radica en conocer a los integrantes de las organizaciones criminales que operan en dos o más países, mientras que en los operativos policiales referidos, su propósito únicamente es lograr la captura de quienes se encuentran participando en el ilícito penal.

Este método o técnica investigativa, se encuentra incluido también en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, y lo define en su Artículo 35 como: Entregas vigiladas. “Se entenderá 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 autoridades previstas en la presente ley. Este método se utilizará con el fin de descubrir las vías de tránsito, el modo de entrada y salida del país, el sistema de distribución y comercialización, la obtención de elementos probatorios, la identificación y procesamiento de los organizadores, transportadores, compradores, protectores y demás partícipes de las actividades ilegales.”

Al igual que las operaciones encubiertas, las entregas vigiladas son autorizadas por el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, que por los motivos esgrimidos en su oportunidad, no resulta ser la mejor práctica procesal.



2.10 Análisis crítico respecto a la figura del agente encubierto

En el aspecto legal, la autorización de las operaciones encubiertas y la designación de los agentes encubiertos en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, es la cuestión más criticada, en virtud que por los motivos que ya se expusieron, es inconstitucional que recaiga en el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público la responsabilidad de estas autorizaciones, en ese sentido la opción más acertada sería que la dirección de las investigaciones llevadas a cabo mediante el uso de este método de investigación deberían estar en manos del Ministerio Público, como órgano titular de la acción penal, quedando en responsabilidad del órgano jurisdiccional, la autorización de las operaciones encubiertas y designación de agentes encubiertos, a efecto de ejercer el control de la legalidad de los procedimientos.

Este doble control del accionar del agente encubierto por parte del agente fiscal encargado del caso y del juez contralor, permitiría reducir al mínimo el peligro de violaciones de garantías constitucionales y procesales de los imputados, así como que el accionar del agente encubierto no se aparte de su función específica.

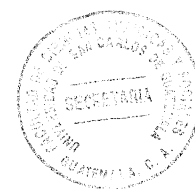
Otro aspecto que no se tomó en cuenta por el legislador en la ley de mérito, es el de que las personas que voluntariamente acepten ser designados como agentes encubiertos, cuenten con una capacitación previa y constante, debido a que se deben emplear técnicas especiales al momento de encontrarse actuando en el interior de la organización criminal, para evitar poner en riesgo la operación y principalmente la propia vida, para lo cual debe disponerse de una dependencia especial para ello, que



además se ocupe de la selección de los mismos, con un riguroso análisis de sus cualidades técnicas y personales, a los efectos de evitar improvisaciones en su tarea y reducir al mínimo el peligro de corrupción en el ejercicio de sus funciones.

La protección del agente encubierto es también un tema que no se ha considerado en la ley, dejando prácticamente desamparados a quienes actúen como tales, toda vez que debió haberse previsto la creación de una oficina especialmente encargada de la protección del agente encubierto y su familia, visto que el servicio de protección de sujetos procesales y personas vinculadas a la administración de justicia penal, regulado en la ley para la protección de sujetos procesales y personas vinculadas a la administración de justicia penal, Ley de Protección a Testigos.

A nivel internacional lo relativo a la cuestión de la impunidad del agente encubierto es una de las características que ha dado lugar a las mayores y más enjundiosas críticas en torno a esta figura.



CAPÍTULO III

3. Derecho comparado y su influencia en Guatemala

En la legislación guatemalteca se tiene la costumbre de tomar como ejemplo, leyes y normas jurídicas de otros países que han tenido éxitos en su ejecución para poder aplicarla a la sociedad guatemalteca, hablando de la figura del agente encubierto esta no es la excepción, pues es verídico afirmar el éxito que han tenido otros países a la hora de aplicar esta figura a sus distintos métodos de investigación y que cierto tiempo van perfeccionando haciéndola una institución investigativa de gran fortaleza y certeza jurídica para el proceso penal.

Por otra parte es válido mencionar que las legislaciones de otros países tienen éxitos en su sociedad, puede dependiendo de la educación que reciban así se llenaran de cultura política y se apegaran a sus normas, entonces hay que reconocer que la sociedad está siendo destruida por el flagelo de la mala educación que brinda el Estado y la desinformación que existe del gobierno hacia la población.

En síntesis la norma jurídica que tiene gran éxito en Chile, Argentina o Estados Unidos, no llena el vacío social que tiene Guatemala, pues el flagelo de la criminalidad en el país es alta, debido a los grupos de narcotráfico que tiene un gran poder para corromper políticos con facilidad al otórgale dinero, así como las pandillas que conforman las maras que atemorizan a la población con amenazas y atentados.

Es recomendable que los diputados a través de sus asesores analicen el contexto de aplicación de una ley que pretenden aprobar con los resultados de los países que han tendido éxitos con la misma, para así poder ejecutar la ley en el país teniendo resultados positivos y que no quede como una ley vaga o sin relevancia para la sociedad.

La influencia que ha tenido la figura del agente encubierto en Guatemala como método especial de investigación es buena, pues el legislador previó que el Ministerio Público podría utilizarla para las investigaciones y obtener resultados que desarticulen a grupos criminales, sin embargo no lo legisló al contexto de la sociedad, pues tuvo que establecerse un modo integral de tal forma que el agente que ejecuta esta figura este protegido, pues los grupos criminales que habitan en la sociedad son poderosos que esta figura debe aplicarse con un fortalecimiento de la ley.

3.1 Agente encubierto en la república Argentina

La forma de investigación del agente encubierto se encuentra regulada en el ordenamiento legal de la república Argentina por la Ley 24.424 Régimen Penal de Estupefacientes, que establece en el Artículo 31 Bis, que se estableció específicamente sobre un ilícito en común que son las drogas, ahora si vemos en Guatemala, se aplica en una generalidad de la delincuencia organizada.

Los presupuestos de procedencia, indicando que durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en la ley de



estupefacientes o en el Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios.

El juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta realicen actividades como: Introducirse como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos antes referidos; Participar en la realización de algunos de los hechos previstos en las leyes indicadas. Señalando además que la designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad.

Además en los subsiguientes artículos, regula lo relativo a la impunidad del agente encubierto, la voluntariedad para ser designado como agente encubierto y los beneficios que se le otorgan al momento de peligrar la seguridad de la persona que haya actuado como tal, así como las sanciones para los funcionarios que revelaren la identidad real de un agente encubierto.

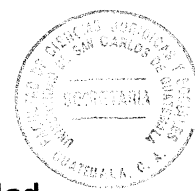
Si hacemos una comparación de esta figura argentina con la guatemalteca, nos damos cuenta que un factor importante es la voluntad, pues acá en Guatemala es una designación por parte del Ministerio Público hacia un agente de la Policía Nacional Civil y este tiene que acatar la orden, en cambio en Argentina existe la voluntad del designado si quiere ejecutar la labor encomendada o no.

3.2 Agente encubierto en España

Contraria a la legislación guatemalteca la técnica investigativa de operaciones encubiertas se encuentra normada en España, la Ley de Enjuiciamiento Criminal Artículo 282 Bis, se determina que en España se encuentra legislada en una ley distinta a la de Guatemala, dicha ley regula como presupuestos previos para la autorización de agentes encubiertos es decir que tienen que existir elementos de fuerza mayor para poder ejecutarla estos son los siguientes: Que la investigación afecte actividades propias de delincuencia organizada; que se trate de una investigación concreta; que exista una necesidad a los fines de la investigación; que la persona designada sea un funcionario de la policía judicial; que exista consentimiento del funcionario designado.

Son competentes para la autorización del agente encubierto, el juez de instrucción competente, o el Ministerio Fiscal, mediante resolución fundada. La autorización de un agente encubierto supone la apertura de un procedimiento judicial. El otorgamiento de la identidad supuesta del agente encubierto, corresponde al Ministerio del Interior, es el ente investigador en España, una vez autorizada por el juez o fiscal competente, por un plazo de seis meses, prorrogables por periodos de igual duración.

Si se analiza con detenimiento se percata que hay ciertas características que asemejan esta figura a la de Guatemala, por ejemplo la autorización para ejecutar la herramienta de investigación del agente encubierto, pues en la legislación es el Fiscal de Ministerio Público así como ciertas medidas de protección durante la investigación como el cambio de identidad.



La resolución por la que se autoriza la actuación de un agente encubierto con identidad supuesta deberá ser fundada y reservada en donde se especifique la identidad supuesta y la identidad auténtica del agente; las informaciones obtenidas por el agente encubierto se aportarán en su integridad y de forma inmediata al juez de instrucción competente, deberán adoptarse las medidas procesales y policiales necesarias para mantener reservada la identidad supuesta del agente encubierto y su propia actuación en el caso, las informaciones y actuaciones realizadas por el agente se valorarán en conciencia por el órgano judicial competente.

Se puede remarcar una diferencia y es que en la legislación argentina el agente encubierto entrega las pruebas o resultados recabados durante la investigación al juez que autorizo su procedencia, y en Guatemala el agente policial que ejecuta la figura del agente encubierto es un delegado colaborador de la Policía Nacional Civil que tiene la obligación de rendirle cuentas y entregar las pruebas al fiscal del Ministerio Público que tiene el control de la investigación.

Como posibilidades de actuación del agente encubierto se regula, adquirir objetos, efectos o instrumentos del delito, diferir o retrasar la incautación de objetos, transportar los objetos, efectos o instrumentos del delito, participar en el tráfico jurídico o social bajo tal identidad; como medidas de protección del agente encubierto se regula que la resolución judicial debe ser reservada, el mantenimiento de la identidad supuesta durante la investigación, mantenimiento de la identidad supuesta durante el proceso, exención de la responsabilidad criminal, necesidad de informe previo del juez autorizante para proceder penalmente contra el agente encubierto.



3.3 Regulación legal del agente encubierto en Chile

La figura del agente encubierto se encuentra regulada en el Artículo 34 de la ley 19366 de la República de Chile, en donde se define la institución y se autoriza para utilizar esta técnica en delitos relacionados con el narcotráfico. Según la ley referida, el agente encubierto solo necesita autorización de sus superiores para intervenir en una operación encubierta y ocultar su identidad oficial. Así también en dicha ley se contempla de modo general algunas normas para la protección de testigos, colaboradores y agentes encubiertos.

Influencia de la figura del agente encubierto internacional con el derecho penal de Guatemala tiene semejanza en cuanto que esta figura está regulada en una ley que también regula aspectos de investigación en contra del narcotráfico, aunque en Guatemala exista una ley regule los aspectos antinarcóticos el legislador opto por incluirla en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, ya que es unos de los tres métodos especiales de investigación.

La institución del agente encubierto se encuentra regulada en la legislación penal guatemalteca, en el capítulo primero del título tercero de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, aprobada con fecha 19 de julio de 2006, vigente desde el 25 de agosto de 2006.

Sin embargo el análisis del presente trabajo de investigación así como el de profesionales del derecho que ejecutan el área penal, consideran que era más



conveniente que la figura del agente encubierto fuera creada como parte de la Ley Contra la Narcoactividad, Decreto número 48-92 del Congreso de la República de Guatemala, introduciéndola como una reforma a dicha ley.

Debido a la relación que dicha institución tiene con la narcoactividad, por ser el ámbito en que su aplicación es de mayor utilidad y necesidad, por la sofisticada estructura de las organizaciones criminales que operan en este ilícito de lesa humanidad. Distinto criterio tomaron nuestros legisladores al haber instituido la figura del agente encubierto y las operaciones encubiertas en la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

Las presiones por aprobar dicha ley fueron diversas, que acrecentaron a principios del año 2006, especialmente del sector gubernamental, empresarial y organizaciones de la sociedad civil, que exigían del Organismo Legislativo, la aprobación de instrumentos legales que permitan combatir de manera frontal a las organizaciones del crimen organizado.

El proyecto de ley que posteriormente dio lugar a la aprobación de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, fue presentado por el diputado al Congreso de la República, licenciado Marco Vinicio Cerezo Arévalo, asignándosele el número de registro 3322, iniciativa que tenía por nombre “Ley Contra el Crimen Organizado, el Terrorismo y Actividades Conexas”; conociendo la propuesta el pleno del Congreso con fecha 31 de agosto de 2005. En principio la iniciativa de ley no contemplaba la creación de la figura del agente encubierto, la que fue introducida con posterioridad y que creó controversias, entre juristas nacionales y funcionarios gubernamentales, entre las que podemos

destacar las declaraciones del licenciado Alejandro Rodríguez del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales, quien relató que la figura del agente encubierto debe tener control judicial, en virtud que se está hablando de una figura que puede incitar a la realización de hechos delictivos y al no tener control judicial, cualquier policía podría hacerse pasar como agente encubierto y cometer delitos; coincidiendo el criterio sustentado en el presente trabajo en su totalidad, con el criterio del licenciado Rodríguez. Por el contrario una funcionaria del Ministerio de Gobernación, señalaba que la figura del agente encubierto debería ser regulada por el Ministerio Público e incluso planteaba la posibilidad que la responsabilidad de autorización fuera potestad del Ministerio de Gobernación, lo que hubiese significado una monstruosidad jurídica y un retroceso abismal a medidas represivas por parte del Estado, afortunadamente ya superadas. Indicaba, dicha funcionaria de manera errónea, que no se le puede proporcionar a un juez toda la información sobre un agente encubierto, que está corriendo riesgos, pues las posibilidades de filtración de la información aumentan. Que el agente encubierto debería estar bajo la responsabilidad de un alto mando en el Ministerio o la Policía.

3.4 Posturas jurídicas en Guatemala

A pesar de que la figura del agente encubierto resulta ser una institución duramente criticada porque se basa en la mentira y el engaño institucionalizado para la obtención de información y pruebas, puede afirmarse que en la medida que se utilice de una manera correcta y ética profesional, con los controles necesarios realizados por jueces, puede ser sin duda alguna, un instrumento de gran utilidad en la investigación de

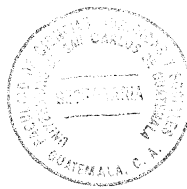


delitos, principalmente contra las actividades relacionadas con la narcoactividad y grupos de pandillas que conforman las denominadas maras.

En virtud que ante los constantes cambios que se han venido efectuando en el mundo, cada día es más difícil descubrir con certeza, a través de los medios tradicionales de investigación, quien o quienes integran una organización criminal, lo que genera una sensación de zozobra, desconfianza y frustración entre la población guatemalteca.

Sin embargo es dable señalar que se debe ser cauto en la utilización de este instrumento y tomar todas las medidas pertinentes para su eficiencia y positividad, creando en el marco y alrededor de la figura del agente encubierto, todas las condiciones que permitan que la técnica de investigación referida resulte de beneficio para el fortalecimiento del estado de derecho y no se convierta en una forma que utilice el Estado o de las fuerzas de seguridad estatales, para reprimir ilegalmente a los sectores de la población involucrados.





CAPÍTULO IV

4. Riesgos en investigaciones criminales e implementación de medidas de protección necesarias a los agentes encubiertos, establecidos en el Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala – Ley Contra la Delincuencia Organizada

El trabajo del agente encubierto es posiblemente uno de los más peligrosos y complicados al que una persona se pueda dedicar, infiltrándose en las organizaciones criminales más violentas y paranoicas, sometido a la inmensa presión de tener que extraer información sin acabar asesinado.

Sin olvidar el turbio trasfondo ético en el que se mueve constantemente, esa delgada línea entre engañar a delincuentes para que revelen sus planes más sádicos y tenderles una trampa.

Sin embargo, en la legislación guatemalteca es todo una innovación esta figura jurídica y que a medida que pasen los años se ha vuelto una herramienta clave para la investigación dirigida por el Ministerio Público a desarticular el crimen organizado, pero a esta también hay que recalcar la importancia de implementar medidas de seguridad que protejan la integridad no solo del agente encubierto sino también a su familia, ya que después de terminada la investigación, los criminales tomarán represalias.



La figura del agente encubierto es bien importante, porque a través de estas personas se puede desarticular una organización criminal que influye para que Guatemala no se desarrolle a plenitud y en armonía, sobre todo que el gobierno no cumpla con su fin supremo a consecuencia de que los mismos criminales forman parte de las instituciones del Estado, copándolas de corrupción e impunidad, e inyectando a la problemática del país.

Es importante remarcar que no todas las organizaciones criminales pueden ser relacionadas al narcotráfico, al contrario hay una diversidad de bandas que tienden a desarrollar su accionar criminal en diferentes ramas de la sociedad, como en aduanas, extorsiones relacionadas con pandillas, y dentro de la misma esfera del gobierno, es entonces un trabajo de investigación que debe ser lo más exacto posible, puesto que estos agente policiales que ejecutan la figura del agente encubierto estas vulnerables a resentir cualquier tipo de represalias de estos criminales.

Para entender la gran importancia que tiene este medio de investigación hay que determinar los alcances sociales, políticos y la gran influencia en la sociedad guatemalteca o crimen organizado, por ejemplo las personas que se dedican al narcotráfico tienen personajes políticos de gran importancia en el Congreso de la República de Guatemala, aún no es nada confirmado, pero investigaciones y reportes periodísticos concluyen que ciertos diputados pueden tener relación de afinidad o laboral con estos grupos, y debido al poder económico de estos grupos pueden influenciar en decisiones legislativas para que leyes sean emitidas a su favor y poder así garantizar su accionar delictivo.



Definir lo que se entiende por crimen organizado no es fácil debido a que es un concepto dependiente de contextos geopolíticos diferentes, que va transformándose con el cambio social, pero es posible aproximarnos al mismo refiriéndonos a los rasgos que lo distinguen entre criminalidad organizada y crimen organizado, al entender por la primera el fenómeno de dicha delincuencia en general, y por el segundo las actividades delictivas concretas realizadas por dichos grupos. Aunque se plantea que las organizaciones criminales no son obra del presente, la criminalidad organizada es considerada en general como un fenómeno relativamente nuevo, debido a su auge en los últimos años y sus nuevas formas de operar cada vez más peligrosa, sofisticada y tecnológica, que crea verdaderas empresas o redes del delito con un estricto orden y jerarquía, las cuales cuentan con grandes sumas de dinero y tienden a operar en varios departamentos e instituciones del Estado.

En la actualidad, cuando los servicios de inteligencia y la operaciones encubiertas, y demás métodos de investigación, son medios de obtención de información sobre las actividades delictivas de un grupo o de una persona, las nuevas tecnologías y métodos para la vigilancia de las personas, especialmente los mecanismos informarles, se tienen como instrumentos estratégicos de control social.

Es verídico afirmar que las nuevas tendencias tecnológicas de investigación están siendo legisladas y aplicadas en varios países, sin embargo, en Guatemala algo tan innovador como la figura del agente encubierto carece de una protección legal sólida que acapara una vulnerabilidad de los agentes policiales y sus familias, incluso varios



agentes han teniendo que renunciar a su trabajo debido a que son amenazados, motivo por el cual estos propios agentes en un futuro forman parte de estructuras criminales, pues es irónico que la delincuencia ofrezca más seguridad y garantías para él y su familia, no solo seguridad física y también económica.

Según reportes periodísticos, estos agentes se sienten traicionados por el Estado al ofrecerles miserables remuneraciones económicas, y una seguridad perfectamente vulnerable, es ahí donde trabaja la mafia, pues ellos se ponen en contacto con estos agentes y a cambio de no hacerles daño, les ofrecen grandes cantidades de dinero, y poder colabóralos a desarticular a las fuerzas de seguridad de Guatemala, es aquí donde nos damos cuenta que los roles se intercambian, pues al final el poder económico de estos grupos criminales predomina sobre el Estado, y ahora estos grupos tienen como objetivo desarticular la seguridad del Estado.

Otro elemento a tomar en cuenta es que, hay informes de investigaciones en donde se reporta que miembros de la Policía Nacional Civil forman parte de estos grupos pero siguen formando parte de la institución, es decir que son criminales camuflados de agentes, y dentro de la institución, se enteran de operaciones encubiertas, dándole aviso a las bandas criminales de estar preparados para repeler el ataque, esto da como resultado que agentes de la policía que han desempeñado su labor de manera honesta, mueran en ataques directos o en operaciones, pues sus operativos los conocen a perfección estos grupos delincuenciales.

Se puede entonces concentrar estos elementos negativos de esta figura, y decir que el agente encubierto al final del día tiene dos trabajos, uno como un agente policial al resguardo de la seguridad de la población y otro el de criminal infiltrado en el Estado.

4.1. Importancia de implementar medidas de protección al concluir la investigación

En estos tiempos en que el Estado ha sido golpeado por el despojo de los recursos estatales y el Ministerio Público tiene el protagonismo de la lucha contra la delincuencia y corrupción, debería de aprovechar los distintos medios de difusión para de alguna forma reconocer que al utilizar esta herramienta de investigación especial del agente encubierto, no garantiza su protección para después de concluida la labor recomendada, es ahí donde el ente investigador a través de la presión política debe hacerle saber a los diputados de la importancia de adicionar a los Artículos 22 y 23 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada medidas de protección que resguarden la integridad de los agentes y sus familias.

Debido a los problemas anteriormente descritos, es necesario e importante que la ley que establece esta figura llene esos vacíos legales y sea un precepto legal más completo e innovador comparándolo con figuras jurídicas que establece otros países como Estados Unidos, que los agentes disfrutaran trabajar en ese oficio riesgoso debido a todas las garantías que les brinda el Estado con respecto a su seguridad antes, durante y después de la investigación, con resultados satisfactorios y desarticulando con gran



éxitos grandes bandas criminales como narcotraficantes, y corruptos políticos sin tener que preocuparse de sufrir represalias.

El primer punto a tocar es el sueldo que reciben estos agentes, que según reportes es una remuneración que no es acorde a su labor desempeñada, y claro la desventaja total la tiene el Estado a la hora de que grupos criminales le ofrezcan diez veces su sueldo a cambio de su colaboración.

Es entonces el primer elemento a analizar y al concluir debería ser consiente ajustar el salario a la proporcionalidad del trabajo de investigación que se realiza, así como tomar en cuenta el riesgo que corren los agentes y sus familias durante y después de la etapa de investigación, esto sin duda bajaría los índices de traición por parte de los agentes y se fortalecería esta herramienta de investigación y ganaría más credibilidad en los procesos, pues hay que recalcar que el resultado de esas investigaciones tiene el grado de decisión en procesos penales, pues es de ahí de donde parte el juez para tomar decisiones jurídicas con respecto a un caso sometido a su jurisdicción.

El juez entonces no requerirá mas medios de pruebas si no le dará credibilidad a la investigación realizada, esto es un punto positivo para que se descongestione los procesos, pues se requiere de investigaciones verídicas y de gran respaldo institucional y garantizar que la decisión judicial sea más justa y apegada a derecho, pues estos resultados serían más verídicos y sin ningún tipo de vicio.

4.2 Cambio de identidad

El Artículo 22 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada que establece el cambio de identidad del agente encubierto fue acertada, ya que protege la integridad de esta figura durante la fase de investigación, sin embargo al concluir la misma se torna difícil asumir nuevamente la identidad personal del agente, ya que las bandas criminales tienen tentáculos en varios países y se filtra la información de quienes realmente son estos agentes.

Los colaboradores de estas estructuras criminales se informan de la identidad real de esos agentes y es en ese momento en donde investigan las generales de esas personas y planean vengarse por haber desarticulado esas bandas.

Analizando esta garantía legal se concluye que al legislador le faltó plasmar en la ley una garantía de protección con respecto a la identidad del agente encubierto después de haber concluido con la investigación, esto tendría un impacto en la investigación de manera positiva, ya que el agente estaría tranquilo de no sufrir represalias.

Es necesario entonces adicionar en este sentido al agente, un cambio de identidad después de haber concluido la investigación, sería bien visto por la comunidad internacional, y sería innovador para esta figura que está siendo tímidamente requerida. El cambio de identidad involucraría también a la familia del agente, pues son vulnerables a las represalias que puedan iniciar los grupos criminales, con esto el Estado estaría cumpliendo con el fin de brindar seguridad a la población, así como

perfeccionando un método de investigación especial que tendría muchos éxitos si se aplicara con esta garantía.

4.3 Cambio temporal de residencia

La innovación de justicia en Guatemala debe de contemplar ciertos aspectos para fortalecer la investigación en especial la integridad del servidor público que ejerce la figura del agente encubierto, y de acuerdo a un análisis efectuado es viable imitar elementos de otras legislaciones respecto a la figura del agente encubierto.

Este elemento a implementar sería visto como una muestra en fortalecer la investigación en Guatemala, y elevaría los índices positivos de los resultados.

El cambio temporal de residencia es un elemento de garantía que es necesario adicionar al Artículo 23 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, ya que de esta forma esta esta figura jurídica en otros países ha tenido como resultado un escaso porcentaje de represalias hacia los agentes, es por eso que los legisladores de Guatemala deberían tomar en cuenta este aspecto importante e introducirla a la ley y poder así fortalecer la investigación realizada por el Ministerio Público.

Esta garantía consiste en proteger al agente encubierto después de haber concluido la investigación y con colaboración del Estado a través del Ministerio Público proveerle al agente un espacio habitacional para él y su familia fuera de la extensión territorial en donde realizo la investigación, y poder así garantizar el resguardo de la integridad física.

El agente puede seguir trabajando normalmente, pero en el nuevo lugar en donde este asentada su residencia, haciendo trabajo de inteligencia o desde una oficina esto con el objetivo de no exponerse a la calle, este tipo de garantía ha tenido resultados satisfactorios en otros países como Estados Unidos, pues sus agentes de investigación se sienten más protegidos y dispuestos a integrar de manera traicionera grupos criminales.

Este elemento a implementar sería una innovación para la administración de justicia, pues bajarían los porcentajes de impunidad y corrupción, y la comunidad internacional vería con entusiasmo el compromiso del Estado de Guatemala de fortalecer los métodos especiales de investigación, y los resultados que de estos emanaría.

4.4 Cambio de residencia temporal hacia otro país

La idea del cambio de residencia temporal debería establecerse dentro de las facultades de los agentes que establece el Artículo 23 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, tomando en cuenta que la colaboración con países vecinos es fundamental para implementar esta medida de protección y poder así cumplir con los fines constitucionales que establecen que el Estado deberá proteger a la persona y brindarle seguridad; el gobierno de Guatemala tiene que realizar convenios o tratados internacionales para que vecinos países centroamericanos colaboren con Guatemala y viceversa, debido a que los grupos criminales no tan solo están en Guatemala si no en el Salvador. Honduras, Nicaragua, México y Estados Unidos.



Esta colaboración internacional sería un empuje hacia el fortalecimiento de la seguridad de los países, pues los agentes no solo tendrían la seguridad de cambiar de residencia de manera interna si no también podrán ir a otros países a protegerse de represalias de grupos criminales.

Se podría establecer esta garantía como un asilo político, pero enfocado en resguardar la integridad física del agente y su familia, colaborando este con las instituciones del país en donde se encuentra, y así también seguir generando ingresos y no perdería su trabajo en el Estado de Guatemala.

Al analizar las amenazas a las que son víctimas los agentes se ha establecido que el cambio de residencia temporal interna o externa dependiendo de la peligrosidad del caso es una solución que bajaría los índices de violencia en contra de estas personas y bajaría el porcentaje de represalias que sufren después de haber concluido con la investigación.

La protección a la familia del agente debería ser prioridad para el Ministerio Público estableciendo mecanismo de defensa para su resguardo, antes durante y después de la investigación, hoy en día el ente investigador goza de una gran credibilidad en sus investigaciones al haber destapado casos de corrupción e impunidad, es por eso que debería de aprovechar el respaldo de la sociedad y organismos internacionales para del algún modo adicionar las ideas planteadas a la Ley que establece los métodos especiales de investigación.



4.5 Adiciones a la Ley Contra la Delincuencia Organizada

Los métodos especiales de investigación establecidos en la Ley Contra la Delincuencia Organizada es sin duda una herramienta importante para las investigaciones que realiza el Ministerio Público en colaboración con la Policía Nacional Civil, y el resultado de estas es la mayor influencia en el proceso penal guatemalteco y en las decisiones judiciales, es por eso que el Estado de Guatemala debe de garantizar a los agentes policiales que ejecutan la labor de investigación encubierta, la seguridad de que sus vidas están protegidas y que gozan de garantías, restableciendo el orden en el proceso de investigación con resultados positivos y que ayuden a elevar la imagen de la administración de justicia en Guatemala.

La necesidad de adicionar a esta ley garantías de protección para después de la investigación es importante, pues el Estado de Guatemala tiene que establecer y aplicar seguridad para que el método especial de investigación del agente encubierto este blindado jurídicamente y que no sufra represalias de grupos criminales.

Estos mecanismos jurídicos de seguridad deben integrar garantías que protejan las facultades de los agentes, su integridad física, intelectual y social, con el objetivo de que el agente encubierto se sienta cómodo participando en la investigación de un caso que tenga por finalidad desarticular una banda criminal.

A través de estas adiciones no solo se busca protección hacia al agente encubierto sino también a su círculo familiar más cercano, pues ellos son los más vulnerables al

final de la investigación, y el Ministerio Público también gozaría de protección ya que tendrán la seguridad de que los agentes o miembros de sus familias no los traicionen, pues hay reportes periodísticos que demuestran que los fiscales también sufren de amenazas por parte de estos grupos criminales.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece que el Estado debe garantizar la vida humana desde su concepción, así como la integridad de las personas y la seguridad colectiva, atendiendo a este marco legal se ve la necesidad de proteger a los órganos del Estado, más aún al Ministerio Público pues es la institución de fiscalización y de investigación que colabora con la administración de justicia.

Un gran número de ordenamientos jurídicos consagran el derecho a la vida, porque estiman que es esencial para una sociedad, parte de ella son los agentes que desempeñan trabajos de alto riesgo y se considera al Estado como principal responsable de la seguridad social y por ende debe llenar esos vacíos legales que obstaculizan el cumplimiento de sus fines constitucionales.

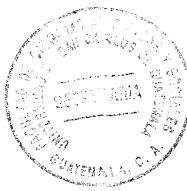
Los mecanismos de protección y medidas de seguridad personal que garanticen la eficacia labor de los agentes encubiertos, es sin duda la solución a los problemas presentados durante los últimos años en las investigaciones realizadas por el Ministerio Público después de haberlas concluido.

La gran importancia que ha tenido el ente investigador en estos últimos años es relevante para la historia de Guatemala, y la limpieza social que ha realizado en las



entidades del Estado, es por eso que debería de aprovechar el gran momento de la investigación y solicitar al Congreso de la Republica que fortalezca su institución a través de soluciones que garanticen un respaldo jurídico y social al trabajo que realizan los agentes.

La comunidad internacional y el pueblo de Guatemala apoyaría estos elementos de protección, pues es entendible que el Ministerio Público es la única entidad del Estado que hoy en día está dando resultados satisfactorios a los guatemaltecos y por ende el fortalecimiento de los métodos de investigación sería de lo más relevante para seguir desarticulando bandas criminales que operan dentro y fuera de los organismos estatales.





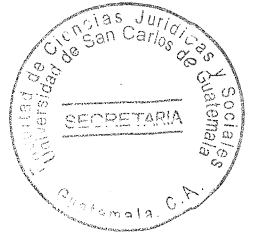
CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Es inobjetable que en Guatemala el método especial de investigación del agente encubierto carece de mecanismos de protección, ya que al final de concluida la labor conferida por el Ministerio Público los agentes policiales sufren de amenazas y sus familias son vulnerables a los ataques que son respuesta de la desarticulación de grupos criminales; en ese sentido la presente investigación pone en énfasis el estudio y evidencia de los serios problemas a que están expuestos los agentes al concluir su labor. La realidad que queda reflejada es que cada agente policial que ejecuta la labor de investigación está preocupado en su protección personal y la de su familia, pues es víctima de múltiples amenazas por parte de los miembros de los grupos criminales que no son capturados a la hora de finalizar la investigación y es consciente de que una protección integral, no solo es beneficiosa, si no necesaria para el buen desempeño de sus labores ya que tienen la ventaja de amar a su país Guatemala y eso hace que quieran desenvolverse con mayor eficiencia y cumplir con los objetivos trazados de su institución.

Por lo tanto, la solución al problema de la desprotección y vulnerabilidad de los agentes encubiertos al finalizar la investigación se puede solucionar adicionando por medio del Congreso de la República de Guatemala a los Artículos 22 y 23 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada mecanismos de protección que garanticen su seguridad integral y la de su familia, esto con el objetivo de proporcionarle a los agentes elementos jurídicos y que ellos puedan realizar su investigación con confianza.



BIBLIOGRAFÍA



CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Undécima Edición. Argentina. Editorial Heliasta 1993

DELL'ANDRO, Renato. **Agente provocatore**. Italia, Editorial del diritto 1985.

Ministerio Público, Guatemala. **Manual del fiscal**. Guatemala, publicado por el programa de Naciones Unidas para el Desarrollo 2001

MONTOYA, Mario Daniel. **Informantes y técnicas de investigación encubiertas, análisis procesal y constitucional**. Buenos aires, Argentina 2005

RENDON, Ángel Daniel. **Agente encubierto**. www.abogarte.com.ar Biblioteca Jurídica Online. Editorial Albremática, Tucumán Argentina 2002. (consultado septiembre 2017)

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. **El agente provocador en el derecho penal**. Argentina 2005

SOLOGUREN ISUA, Felipe. **El agente encubierto ¿Peligro o beneficios en Estados Democráticos?**

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente 1985

Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Decreto número 6-78 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley del Organismo Judicial. Decreto número 2-89 y sus reformas del Congreso de la República de Guatemala.

Código Penal. Decreto número 17-79 y sus reformas del Congreso de la República de Guatemala.



Código Procesal Penal. Decreto número 51-92 y sus reformas del Congreso de la República de Guatemala.

Ley Contra la Narcoactividad. Decreto número 48-92 y sus reformas de Congreso de la República de Guatemala.

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

