

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

**LA IMPORTANCIA DE LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO
EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA, COMO INSTRUMENTO PARA
COMBATIR EL FLAGELO DE LA NARCOACTIVIDAD**

LEONEL ARTURO FOLGAR AGUILAR

GUATEMALA, FEBRERO DE 2007

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

**LA IMPORTANCIA DE LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO
EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA, COMO INSTRUMENTO PARA
COMBATIR EL FLAGELO DE LA NARCOACTIVIDAD**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LEONEL ARTURO FOLGAR AGUILAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero 2007.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente:	Lic. César Landelino Franco López
Vocal:	Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández
Secretario:	Lic. Nery Augusto Franco Estrada

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt
Vocal:	Licda. Patricia Eugenia Cervantes de Gordillo
Secretario:	Lic. Marco Tulio Melini Minera

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la Tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Lic. Bayron Gustavo Navarro Caal
Abogado y Notario
Colegiado No. 6165
14 calle "A", 10-22, zona 1. Tel. 52007200



Guatemala, 08 de septiembre de 2006.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Atentamente me dirijo a Usted para manifestarle que, en cumplimiento de la providencia de fecha veintisiete de abril de dos mil seis, he asesorado el trabajo de tesis denominado **"IMPORTANCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA, DE LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO COMO INSTRUMENTO PARA COMBATIR EL FLAGELO DE LA NARCOACTIVIDAD"**, propuesto por el Bachiller **Leonel Arturo Folgar Aguilar**.

En las reuniones celebradas, respetando el criterio del sustentante, sugerí realizar modificaciones de fondo y de forma con el objeto de mejorar la investigación, así como la modificación del título del trabajo de tesis, razón por la cual con la anuencia del Bachiller Folgar, el nuevo título del trabajo de tesis será **"LA IMPORTANCIA DE LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA, COMO INSTRUMENTO PARA COMBATIR EL FLAGELO DE LA NARCOACTIVIDAD"**

En el trabajo de mérito, el Bachiller Folgar Aguilar, ha realizado un detenido y objetivo análisis sobre la novedosa técnica investigativa del Agente Encubierto, fundamentado en la bibliografía adecuada, la legislación nacional atinente y la experiencia laboral obtenida en la materia, planteando interesantes conclusiones y recomendaciones, tendentes a contribuir en la mejor aplicación de la institución referida.

En virtud de lo anterior, estimo que el tema propuesto, reúne los requisitos normativos y en consecuencia es procedente emitir dictamen favorable al desarrollo del mismo, recomendando sea aceptado para su discusión en el examen público correspondiente.

Aprovecho la oportunidad para suscribirme de usted, como su atento servidor,

A handwritten signature in black ink, appearing to be "Bayron Gustavo Navarro Caal".

Lic. Bayron Gustavo Navarro Caal
Abogado y Notario
Colegiado No. 6165
Asesor.





UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, diecinueve de septiembre de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) JORGE ARTURO PAREDES FERNÁNDEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **LEONEL ARTURO FOLGAR AGUILAR**, Intitulado: "LA IMPORTANCIA DE LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA, COMO INSTRUMENTO PARA COMBATIR EL FLAGELO DE LA MARCOACTIVIDAD"

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh



Lic. Jorge Arturo Paredes Fernández
Abogado y Notario
Colegiado No. 3727
2ª. Avenida 14-33, zona 1, Guatemala. Tel. 22536761

Guatemala, 29 de septiembre de 2006.



Licenciado
Marco Tulio Castillo Luján
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Con muestras de mi alta consideración y estima, me complace informarle que he dado cumplimiento a la providencia de fecha diecinueve de septiembre del año en curso, emanada de esa jefatura, comunicándole que he revisado el trabajo de tesis elaborado por el estudiante **Leonel Arturo Folgar Aguilar**, intitulado **“LA IMPORTANCIA DE LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA, COMO INSTRUMENTO PARA COMBATIR EL FLAGELO DE LA NARCOACTIVIDAD”**

Luego de su estudio y de reuniones de trabajo, sugerí realizar modificaciones de fondo y de forma con el objeto de mejorar la investigación, con absoluto respeto del criterio del estudiante.

En cumplimiento del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, hago constar que el trabajo realizado por el Bachiller Folgar Aguilar, en aplicación del método analítico contiene una profunda reflexión respecto del método investigativo del Agente Encubierto como figura novedosa en la legislación penal guatemalteca, específicamente en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, para lo cual utilizó la bibliografía atinente al tema, la legislación nacional vigente y la experiencia laboral, compartiendo sus conclusiones y recomendaciones, especialmente la relativa a que sea un juez competente quien autorice las operaciones encubiertas, con el objeto de garantizar el control de la legalidad del procedimiento.

En conclusión, considero que el trabajo realizado por el estudiante **Leonel Arturo Folgar Aguilar**, reúne los requisitos normativos exigidos por nuestra facultad y en consecuencia apruebo el desarrollo de dicho trabajo de investigación, sugiriendo que el mismo sea aceptado y se ordene su impresión, y oportunamente sea discutido en el Examen Público correspondiente.

Atentamente,

Lic. Jorge Arturo Paredes Fernández
Revisor

Lic. Jorge Arturo Paredes Fernández
ABOGADO Y NOTARIO
GUATEMALA, C.A.



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES.** Guatemala, seis de febrero del año dos mil siete-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante **LEONEL ARTURO FOLGAR AGUILAR**, Intitulado "LA IMPORTANCIA DE LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA, COMO INSTRUMENTO PARA COMBATIR EL FLAGELO DE LA NARCOACTIVIDAD" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



DEDICATORIA:

A DIOS. El principio de la sabiduría, es el temor a Jehová. Proverbios 1:7. Pues Jehová da la sabiduría; la ciencia y el conocimiento brotan de sus labios. Proverbios 2:6.

A MI PADRE: Licenciado Alberto Antonio Folgar Mejía, un ejemplo en mi vida, por su bondad, sencillez, nobleza y sus sabios consejos.

A MI MADRE: Tránsito del Consuelo Aguilar Méndez, por su incondicional amor filial y su apoyo para seguir adelante.

A MI ESPOSA: Glendy Ondina Álvarez Muñoz, por su inmenso amor, apoyo, comprensión, sacrificio, confianza y paciencia, fiel compañía en los buenos momentos y en los momentos difíciles.

A MI HIJO: Alessandro Diego Leonel Folgar Álvarez, por llenar mi vida de ternura, siendo la motivación principal de mi superación.

A MIS HERMANOS: Patricia Maribel y Alberto Aníbal, por su apoyo y cariño fraternal.

A MI FAMILIA EN GENERAL:

Especialmente a Rosalba Aguilar, Gilberto Aguilar y Leticia Aguilar, con afecto especial, como muestra de agradecimiento por la confianza puesta en mí y el apoyo que siempre encontré en ellos.

A MIS AMIGOS: Por los gratos e inolvidables momentos vividos.

A PUERTO BARRIOS: Tierra de Dios, paraíso tropical del caribe guatemalteco.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

A LA GLORIOSA, AUTÓNOMA Y TRICENTENARIA, UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El proceso penal.....	1
1.1. Aspectos generales.....	1
1.2. Sistemas procesales penales.....	3
1.2.1. El sistema inquisitorio o inquisitivo.....	3
1.2.2. El sistema acusatorio.....	5
1.2.3. El sistema mixto.....	6
1.3. Principios y garantías del proceso penal guatemalteco.....	7

CAPÍTULO II

2. La seguridad ciudadana y política criminal del Estado.....	11
2.1. Aspectos generales.....	11
2.2. Definición de seguridad ciudadana.....	12
2.3. Como se percibe la seguridad ciudadana.....	13
2.4. Derecho a la seguridad ciudadana.....	14
2.5. Política criminal del Estado.....	16

CAPÍTULO III

3. La ley contra la narcoactividad.....	21
3.1. Antecedentes históricos.....	21
3.2. Análisis jurídico de la ley contra la narcoactividad.....	23
3.3. Delitos de mayor trascendencia contenidos en la ley contra la narcoactividad.....	28
3.3.1. Tránsito internacional.....	28
3.3.2. Siembra y cultivo.....	28
3.3.3. Fabricación o transformación.....	29
3.3.4. Comercio, tráfico y almacenamiento ilícito.....	29
3.3.5. Posesión para el consumo.....	30
3.3.6. Promoción y fomento.....	30
3.3.7. Facilitación de medios.....	31
3.3.8. Transacciones e inversiones ilícitas.....	31
3.3.9. Procuración de impunidad o evasión.....	32
3.3.10. Promoción o estímulo a la drogadicción.....	33

CAPÍTULO IV

4.	La actividad probatoria, métodos de investigación y procedimientos operativos de incautación de drogas utilizados en Guatemala.....	35
4.1.	La prueba en el proceso penal guatemalteco.....	35
4.2.	Objeto de la prueba.....	36
4.3.	Admisibilidad y pertinencia de la prueba.....	37
4.4.	Valoración de los medios de prueba.....	39
4.5.	Carga de la prueba.....	42
4.6.	Grado de la prueba.....	43
4.6.1.	Grado de prueba requerido para condenar.....	44
4.6.2.	Grado de prueba para el sindicado.....	44
4.6.3.	Grado de prueba requerido para decisiones distintas de la condena.....	45
4.7.	Clasificación de los medios de prueba.....	45
4.8.	La libertad probatoria.....	47
4.9.	Métodos de investigación y procedimientos operativos de incautación de drogas utilizados en Guatemala.....	48
4.9.1.	Métodos de investigación.....	48
4.9.2.	Procedimientos operativos de incautación de drogas.....	49

CAPÍTULO V

5.	El agente encubierto y su regulación en la ley contra la delincuencia organizada, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala.....	51
5.1.	Definición y fundamentación.....	51
5.1.1.	Fundamentación.....	52
5.2.	Casos de procedencia.....	53
5.3.	Determinación de las personas que pueden actuar como agentes encubiertos.....	54
5.4.	Autoridad encargada de disponer la autorización de las operaciones encubiertas y la designación del agente encubierto.....	56
5.4.1.	Requisitos de la solicitud de la operación encubierta.....	59
5.4.2.	Requisitos de la resolución de autorización de operaciones encubiertas.....	62
5.5.	Modalidades de la actuación del agente encubierto.....	64
5.6.	Exención de responsabilidad penal del agente encubierto.....	65
5.6.1.	Sanción del agente encubierto.....	67
5.7.	Medidas de protección y beneficios para el agente encubierto.....	68

5.8.	Instituciones relacionadas con el agente encubierto.....	70
5.8.1.	Agente provocador.....	70
5.8.2.	El informante.....	71
5.8.3.	El arrepentido.....	71
5.8.4.	La entrega vigilada.....	73
5.9.	Críticas respecto de la figura del agente encubierto.....	74
5.10.	Regulación de la figura del agente encubierto en la legislación comparada.....	76
5.10.1.	En la República Argentina.....	76
5.10.2.	En España.....	77
5.10.3.	Regulación legal del agente encubierto en Chile.....	78
5.11.	Regulación de la figura del agente encubierto en la legislación penal guatemalteca y su importancia como instrumento para combatir el flagelo de la narcoactividad.....	79
	CONCLUSIONES.....	83
	RECOMENDACIONES.....	85
	BIBLIOGRAFÍA.....	87

INTRODUCCIÓN

En la última década en Guatemala las organizaciones dedicadas a la Narcoactividad han proliferado en creciente expansión, siendo el Estado incapaz de detener su actividad empleando los medios tradicionales de investigación, de tal manera que resulta verdaderamente imposible determinar quienes son las personas que coordinan y encabezan las organizaciones del tráfico ilícito de drogas y estupefacientes, consecuentemente también el Ministerio Público como ente estatal encargado de la investigación se ve imposibilitado para demostrar fehacientemente la verdadera actividad de los responsables directos e indirectos de tales organizaciones.

Nuestro país, se encontraba a la zaga en lo relativo a leyes modernas que tiendan a penetrar el fondo de las organizaciones dedicadas a la Narcoactividad, pues algunos Estados, preocupados por las nefastas consecuencias que trae consigo la Narcoactividad, han tomado medidas preventivas para contrarrestar dicha actividad, legislando a favor del combate de las organizaciones dedicadas a estos ilícitos, endureciendo penas e introduciendo técnicas modernas de investigación que permitan auscultar el núcleo de sus estructuras a fin de descubrir efectivamente a las personas responsables procurando su encarcelamiento y objetiva penalización.

En ese sentido, como parte de éstas técnicas modernas de investigación en el recién promulgado Decreto 21-2006 del Congreso de la República, Ley contra la delincuencia organizada, se ha optado por la implementación de la institución del Agente Encubierto, denominándose así al empleado o funcionario público, generalmente perteneciente a las fuerzas de seguridad del Estado cuya finalidad principal consiste en filtrarse en las organizaciones delictivas, con el propósito de recabar información y obtener pruebas sobre sus integrantes, funcionamiento y financiamiento, a efecto de enjuiciar y castigar a quienes resulten involucradas en los ilícitos de las organizaciones criminales, convirtiéndose dicha figura en un instrumento eficaz para combatir la Narcoactividad.

La institución del Agente Encubierto resulta novedosa para nuestro ordenamiento jurídico penal, pues ninguna ley penal sustantiva o adjetiva, regulaba tal figura. La ausencia de la figura del Agente Encubierto en la legislación penal guatemalteca, obviamente significaba que el Estado, en

la lucha contra el Narcotráfico se encontrara en desventaja respecto de las sofisticadas organizaciones que se dedican a ésta lesiva actividad, representando la figura del Agente Encubierto la principal técnica de investigación con la cual se persigue obtener resultados positivos en el combate al narcotráfico.

Al inicio del presente trabajo de investigación aún no se contaba en Guatemala, con la normativa que diera vida legal a la institución del Agente Encubierto, sin embargo, afortunadamente dicha figura fue incluida dentro de la Ley contra la delincuencia organizada, aprobada por el Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, con fecha 19 de julio de 2006 y vigente desde el 25 de agosto del presente año. La presente investigación pretende establecer los motivos por los cuales es importante en nuestra ley penal guatemalteca la institución del Agente Encubierto, como un instrumento que coadyuve a la lucha contra el narcotráfico y determinar asimismo, que la figura del Agente Encubierto, a pesar de algunos aspectos criticados, resulta beneficiosa para la sociedad y que su utilización de manera correcta, va a permitir minimizar y ojalá erradicar la comisión de ilícitos relacionados con dicha materia.

En el capítulo primero de la presente investigación, se principia haciendo una descripción general del proceso penal, los sistemas procesales penales existentes, la indicación del sistema que acoge nuestro ordenamiento adjetivo y los principales derechos, principios y garantías que son protegidos por la ley. En el capítulo segundo, se proporciona una descripción del tema de seguridad ciudadana como un derecho de la población que debe ser garantizado por el Estado, asimismo se señala cuales son los aspectos que se deben tomar en cuenta para la formulación de una política criminal estatal eficiente. El tercer capítulo hace referencia a la ley contra la Narcoactividad, haciendo un análisis jurídico de la misma y de los delitos de mayor impacto social. A continuación el capítulo cuarto describe la actividad probatoria del proceso penal, su clasificación y como operaria la figura del Agente Encubierto en éste aspecto. Por último, en el quinto capítulo contiene el tema principal, describiendo de manera minuciosa la institución del Agente Encubierto y su regulación en la Ley contra la delincuencia organizada Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala.

Se concluye finalmente, con la confirmación de la hipótesis planteada al inicio de la presente investigación, demostrando que la existencia de organizaciones embarcadas en diferentes quehaceres delictivos extremadamente nocivos para la sociedad como el caso del tráfico de sustancias estupefacientes y drogas, justifica como medio razonablemente aceptable para combatirlas, la adopción de diversas medidas de política criminal, entre las que destacan primordialmente, las técnicas de investigación encubiertas, habiéndose alcanzado sin duda los objetivos propuestos, haciendo uso para la culminación del estudio, del análisis del diverso material bibliográfico recopilado, y en gran medida la experiencia laboral.

CAPÍTULO I

1. El proceso penal

1.1. Aspectos generales

Previo a entrar al estudio del tema, es preciso definir algunos lineamientos generales en cuanto al proceso penal. La intervención de un órgano jurisdiccional se desarrolla mediante un proceso, establecido por un orden constitucional. Este lo determina como medio para lograr la sanción penal o Ius Puniendi del Estado.

El proceso penal, entonces, se define como un conjunto de normas que regulan procedimientos y pasos concatenados, lógicos y fundamentados en la ley, para hacer posible la aplicación del ordenamiento penal sustantivo.

Así también se conceptualiza como un conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, defensores, imputados, etc.) con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una pena y en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidad de la sanción.

El proceso penal es en general, una secuencia de actos desenvueltos en forma progresiva, con el objeto de resolver un conflicto, mediante una decisión imperativa de la autoridad respectiva. Para que haya proceso debe darse una secuencia unitaria de actos con una finalidad, es decir, con carácter marcadamente teleológico. La mera secuencia de actos no constituirá un proceso, sino solamente un procedimiento.

Osorio indica: “El Proceso en un sentido amplio equivale a juicio, causa o pleito; y en un sentido mas restringido, el expediente, autos o legajo en que se registran los actos de un juicio, cualquiera sea su naturaleza.”¹

¹ Osorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** pág. 615.

Dentro del campo penal, se tiene primeramente un derecho penal sustantivo o material, que determina que acciones u omisiones son punibles, considerados como delitos o faltas y determinan las penas que a cada uno corresponden. Pero estas penas preestablecidas no podrían accionarse en un caso concreto, prescindiendo de una actividad estatal que está específicamente encaminada a averiguar la comisión del delito, individualización del delincuente, así como su culpabilidad y consiguiente aplicación de la pena.

Esta actividad estatal que se menciona, es el proceso penal, sin el cual, el ordenamiento penal sustantivo “ius puniendi”, sería totalmente ineficaz, y sin ninguna posibilidad de realización.

En ese orden de ideas, debe entenderse que la finalidad inmediata del proceso penal, es la averiguación determinación y valoración de hechos delictivos, el establecimiento, en sentencia de la participación del imputado y la determinación de su responsabilidad y la pena que le corresponde así como la ejecución de la misma; fines que se encuentran regulados en el Artículo 5 del Código Procesal Penal.

En forma mediata el proceso penal busca la actuación de la ley para lograr el fin supremo del bien común, justicia, seguridad jurídica y paz social; siendo el Proceso Penal moderno, un mecanismo de redefinición de conflictos individuales o sociales causados por hechos delictivos, los que faculta implementar en ciertos casos, salidas diferentes a la de la pena para restaurar la tutela de los bienes jurídicos y mantener la convivencia, circunstancia que de ninguna manera afecta el hecho de que el proceso penal es el medio exclusivo para determinar la comisión de delitos y faltas e imponer penas.

1.2. Sistemas procesales penales.

Los sistemas procesales han sido formas de enjuiciamiento penal que a lo largo de la historia se han venido desarrollando en distintas eras de la humanidad, conforme a teorías y métodos que se ajustan cada vez más a una política criminal moderna, congruente con la realidad jurídico-social de determinado país.

El Proceso Penal se caracteriza por fundamentarse en un sistema penal, en el transcurso del tiempo y épocas del derecho procesal penal, como las otras ramas del derecho, ha evolucionado conforme las ideologías de quienes ostentan el poder, estableciéndose tres sistemas procesales penales, de características particulares definidas para cada uno de ellos.

De tal suerte los tratadistas del derecho procesal penal, los dividen de la siguiente manera:

- El Sistema Inquisitorio o Inquisitivo.
- El Sistema Acusatorio.
- El Sistema Mixto.

1.2.1. El sistema inquisitorio o inquisitivo.

Como antecedente histórico de este sistema, podemos indicar que surgió en el derecho romano por el poder absorbente del emperador y el decaimiento del senado, originándose en el derecho canónico que es considerado su creador, consistiendo dicho sistema en concentrar todo el poder en el emperador, que hacía las veces de juez, ejerciendo las funciones de acusación, de defensa y decisión; en conclusión el que juzga lo hace todo.

El sistema inquisitivo fue aplicado principalmente en gobiernos autoritarios, aunque en nuestros tiempos aún puede observarse la vigencia de dicho sistema procesal penal en gobiernos democráticos, y en el caso particular de nuestro país, predominó dicho sistema hasta el año 1,994,

fecha en la cobró vigencia el nuevo Código Procesal Penal, que revolucionó el proceso penal guatemalteco.

En este sistema procesal, la persona sindicada de haber cometido un delito, es tomada dentro del proceso penal como objeto y no como sujeto de la relación procesal; encontrándose en contraposición al sistema acusatorio. En conclusión puede definirse como aquel sistema procesal en el cual se concentra la actividad investigativa, acusatoria y decisoria en una sola persona denominada juez, predominando la escritura y la secretividad.

Dentro de las características principales de este sistema encontramos las siguientes:

- Es iniciado de oficio.
- Es escrito y secreto.
- No se observa el principio de contradicción.
- La valoración de la prueba se rige por el sistema de la prueba legal o tasada.
- La confesión del imputado es fundamental, por lo que para obtenerla se aplican métodos contrarios a la conservación de los derechos humanos, tales como la tortura, y el tormento.
- La prisión preventiva y la incomunicación del imputado es una regla sin excepción.
- Los jueces son inamovibles y no pueden ser recusados.
- Se concentra en el juez las funciones de investigar, acusar y decidir.
- El sindicado es tomado como objeto y no como sujeto.

1.2.2. El sistema acusatorio.

En este sistema, la característica fundamental del enjuiciamiento reside en la división de los poderes que se ejercen en el proceso, por un lado el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación ejerciendo el derecho de defenderse y finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir.

Este sistema tiene aplicación en regímenes democráticos, por los principios en los que está inspirado como son: Publicidad, oralidad, concentración y contradicción. Las funciones que se realizan durante el proceso son tres: La función del acusador, la función de la defensa y la función de la decisión.

Las principales características de éste sistema se pueden resumir así:

- Es de única instancia.
- La jurisdicción es ejercida por una asamblea o tribunal popular.
- El procedimiento penal, es iniciado a instancia de parte.
- En el procedimiento penal, se plasman los principios de oralidad, publicidad, concentración y contradicción.
- En este sistema hay igualdad jurídico-procesal de las partes, mientras el juzgador aparece como un árbitro del combate o litigio, es decir carece de iniciativa propia en la investigación.
- Las pruebas son aportadas libremente por las partes, y en su valoración impera el régimen de la íntima convicción.
- El acusado goza generalmente de libertad, su prisión preventiva es una excepción.

- Las funciones de investigar, defender y decidir, están asignadas a órganos distintos con independencia.
- La sentencia que se dicta no admite recursos o son muy raros.

1.2.3. El sistema mixto.

Este sistema, inicia con el desaparecimiento del sistema inquisitivo en el siglo XIX. Su denominación deviene a raíz de que toma elementos del proceso penal acusatorio y también del inquisitivo o inquisitorio, pero en cuya filosofía general predominan los principios del acusatorio. Este sistema fue introducido por la revolución francesa, aplicándose por primera vez en Francia, cuando la asamblea constituyente planteó las bases de una forma nueva que divide el proceso en dos fases. La primera, que tiene por objeto la instrucción o investigación, realizado en secreto por el juez; y la segunda, versa sobre el juicio oral, en donde todas las actuaciones se llevan a cabo públicamente, ante el tribunal, con la contradicción de la acusación y la defensa y con el control de la publicidad.

Este sistema procesal tiene las siguientes características:

- El proceso penal se divide en dos fases, la instrucción o investigación y el juicio.
- La fase de instrucción o investigación se caracteriza por ser escrito y secreto, propios del sistema inquisitivo o inquisitorio.
- En la fase del juicio, impera el principio de oralidad, publicidad, contradicción y de inmediación procesal, propias del sistema acusatorio.
- La prueba es valorada conforme el sistema de la sana crítica.

1.3. Principios y garantías del proceso penal guatemalteco.

Es usual que en nuestro medio jurídico, se use indistintamente los conceptos de derechos, principios y garantías. Sin embargo unos se diferencian de otros, por cuanto que, procesalmente hablando, los derechos son normas de carácter subjetivo que dan facultades para exigir su aplicación; los principios se definen como los lineamientos o directrices que inspiran y orientan al legislador para la elaboración de las normas o derechos, también sirven al juez para integrar el derecho como fuente supletoria en ausencia de la ley; mientras que las garantías son concebidas como los principios recogidos en la ley, cuya función es proteger que los derechos establecidos a favor de todo ciudadano sean respetados dentro de toda relación procesal.

Los derechos fundamentales son atributos de todo ser humano que le son propios y debe ejercerlos en cualquier lugar, sin distinción de raza, sexo, religión, origen, medios o cualquier otra circunstancia. El poder público reconoce su existencia al consagrarlos constitucional y legalmente, convirtiéndose en garantías. Las garantías para desarrollarse necesariamente deben contar con un marco legal, de tal suerte entonces que estas se encuentran desarrolladas en la doctrina, en la Constitución Política de la República, en el Código Procesal Penal y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (pacto de San José de Costa Rica).

Las garantías representan la seguridad que otorga el Estado a las personas para gozar de sus derechos y que éstos no sean conculcados durante el ejercicio del poder estatal, ya sea limitándolos, tergiversándolos o rebasándolos.

Las garantías constitucionales en materia penal, consisten en la observancia de las formas sustanciales del proceso referentes a la detención, investigación, prueba, defensa, juicio y sentencia.

En la legislación penal guatemalteca, específicamente en el Código Procesal Penal encontramos en el capítulo I, del título I, los siguientes principios básicos y garantías procesales, que contienen los principales derechos de las personas:

- Principio de legalidad: (Artículo 17 de la Constitución Política de la República).

Que contiene las siguientes garantías procesales:

- Garantía penal. – No hay pena sin ley – (Nullum poena sine lege).
- Garantía criminal. – No hay proceso sin ley – (Nullum proceso sine lege).

- Principio del debido proceso: (Artículo 12 de la Constitución Política de la República).

Que contiene las siguientes garantías procesales:

- Garantía de imperatividad.
- Garantía de juicio previo.
- Garantía de fines del proceso.
- Garantía de posterioridad del proceso.

- Principio de juez natural: (Artículo 12 de la Constitución Política de la República).

Que contiene las siguientes garantías procesales:

- Garantía de independencia e imparcialidad.
- Garantía de exclusividad jurisdiccional.
- Garantía de juez preestablecido.
- Garantía de obediencia.
- Garantía de censuras, coacciones y recomendaciones.
- Garantía de prevalencia del criterio jurisdiccional.

- Garantía de fundamentación.

- Principio acusatorio:

Que contiene las siguientes garantías procesales:

- Garantía de independencia del Ministerio Público.
- Garantía de prohibición de dar instrucciones al Ministerio Público.

- Principio de características del proceso:

Que contiene las siguientes garantías procesales:

- Garantía de obligatoriedad, gratuidad y publicidad.

- Principio de indisponibilidad.

- Principio de inocencia: (Artículo 14 de la Constitución Política de la República).

Que contiene las siguientes garantías procesales:

- Garantía de tratamiento como inocente.
- Garantía de interpretación restrictiva.
- Garantía de excepcionalidad de las medidas de coerción.
- Garantía favor rei.

- Principio de limitaciones a la investigación: (Artículos 16 y 46 de la Constitución Política de la República).

Que contiene las siguientes garantías procesales:

- Garantía de declaración libre.
- Garantía de respeto a los derechos humanos.
- Garantía de única persecución.
- Garantía de cosa juzgada.
- Garantía de continuidad.

- Principio de defensa: (Artículo 12 de la Constitución Política de la República).

Que contiene las siguientes garantías procesales:

- Garantía de defensa.

- Principio de igualdad: (Artículos 4, 27 y 29 de la Constitución Política de la República).

Que contiene las siguientes garantías procesales:

- Garantía de igualdad en el proceso.
- Garantía de lugares de asilo.
- Garantía de vía diplomática.

CAPÍTULO II

2. La seguridad ciudadana y política criminal del Estado.

2.1. Aspectos generales.

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece que es deber del Estado, garantizar a los habitantes entre otros valores importantes, la seguridad, adoptando las medidas que sean convenientes según lo demanden las necesidades y condiciones del momento que pueden ser no solo individuales sino también sociales.

En ese orden de ideas, en los últimos años el Estado de Guatemala, ha sido incapaz de frenar la violencia imperante en el país, siendo un motivo de preocupación dentro de la población, toda vez que día con día son habituales las noticias de robos, homicidios, asesinatos, y otros delitos de impacto social, ocasionados a hombres, mujeres, ancianos y lo más preocupante, niños, sin que las autoridades encargadas de castigar a los delincuentes, cumplan su función; diluyéndose entre la población la seguridad jurídica que consiste en la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un Estado de Derecho, hacia el ordenamiento jurídico, es decir, hacia el conjunto de leyes que garantizan su seguridad, ocasionando desesperación por la falta de acción del Estado en proveer la seguridad ciudadana imperando la impunidad que se ha institucionalizado, optando los agraviados por tomar justicia por propia cuenta, como es el caso de los linchamientos.

Es necesario también conceptualizar que la criminalidad es un fenómeno socio-político que surge y prevalece dentro de cualquier comunidad organizada, independientemente de su estructura socio-económica, política o del grado de desarrollo alcanzado. Debiéndose diferenciar entre la criminalidad común y el crimen organizado; en el primer caso su origen se debe a factores como pobreza, falta de educación, desempleo, etcétera, que predisponen a algunos que los sufren a delinquir, sin embargo en el segundo de los casos, su origen, mas bien se debe a la ambición económica y de poder que puede alcanzarse a través de estructurar una organización dedicada a perturbar el funcionamiento y desarrollo normal de la sociedad.

Dentro de este tipo de delincuencia organizada se encuentran las organizaciones dedicadas a la Narcoactividad, principal objeto de la presente investigación, que operan en nuestro país con altos índices de impunidad, sin que el Estado de Guatemala, sea capaz de detener su actividad, debido a que las sumas de dinero que dichas organizaciones obtienen por el tráfico ilegal de drogas, les permite montar una infraestructura con técnicas sofisticadas para burlar los controles de seguridad de las fronteras de los países, aunado a la compra de voluntades de personas que les facilitan el ejercicio de su deplorable actividad. De tal manera que resulta verdaderamente imposible determinar quienes son las personas que coordinan y encabezan las organizaciones del tráfico ilícito de drogas y estupefacientes, representando una verdadera amenaza a la seguridad ciudadana, en virtud que con tal de conseguir su avieso delinquen indiscriminadamente, siendo sus delitos los que mas grave impacto causan dentro de la sociedad por el modo de ejecutarse.

Partiendo de esos enunciados, el Estado debe encaminar su función a la prevención del delito, adoptando e implementando una autentica política gubernamental de seguridad ciudadana, que incluya mecanismos modernos y eficaces de investigación, que contribuyan a alcanzar la realización del bien común, como fin supremo del Estado.

2.2. Definición de seguridad ciudadana.

Osorio, define la seguridad ciudadana como “la garantía que el poder público ofrece a la ciudadanía en general y a cuantos residen en el territorio de su jurisdicción, de no ser ofendidos impunemente y de ser amparados en sus reclamaciones legales”.²

El término seguridad significa exención de peligro, daño o riesgo, solidez, certeza plena, firme convicción, confianza, garantía; que se aplican en conjunto como garantías hacia la población, con el propósito de lograr una convivencia digna y cordial entre los habitantes, para que puedan desempeñar sus labores cotidianas con tranquilidad, enmarcados dentro de un régimen de legalidad, basado en el respeto a los derechos humanos fundamentales, garantizados en la Constitución Política de la República de Guatemala.

² **Ibid.** pág. 695.

Podemos concluir entonces, que la seguridad ciudadana es el derecho que tienen todos los habitantes para poder demandar del Estado la garantía de la protección de su integridad física y moral, tanto de su persona, sus bienes, y sus derechos, frente a cualquier lesión o peligro de lesión causado por la conducta delictiva o irresponsable de cualquier otra persona, institución, empleado o funcionario; incluyendo una efectiva política criminal del Estado que reduzca los índices de violencia y criminalidad, previniendo la comisión de hechos delictivos a través de la implementación de mecanismos modernos y eficaces de investigación.

2.3. Cómo se percibe la seguridad ciudadana.

La seguridad ciudadana es percibida como un sentimiento, una sensación que domina el ánimo de un individuo para poder desenvolverse libremente sin temor a ser víctima de la violencia o la criminalidad imperante. No existe mayor satisfacción personal que la de ser libre en todos los actos realizados, sin preocuparse que la vida y la seguridad están comprometidos en cada paso logrado.

En términos generales esta sensación de seguridad no existe entre la población guatemalteca, toda vez que ningún ciudadano está libre de ser objeto de un hecho criminal, al caminar por una calle, en cualquier ciudad del país, abordar un bus del transporte urbano o extraurbano, conducir un vehículo o descansar en un centro turístico, inclusive en su propia vivienda, debido al incremento de la criminalidad y la violencia, sin que exista realmente una voluntad política del Estado para garantizar el derecho a la seguridad ciudadana de los habitantes, generando tensión, angustia, miedo, incertidumbre, desesperación e intranquilidad que no permite el normal desarrollo de las actividades particulares, provocando que virtudes como el entendimiento, la tolerancia, la fraternidad y el altruismo, cedan ante a la intimidación, hostilidad, descomposición moral, y desconfianza en la administración de justicia, situación que conlleva a la reacción social, quienes procuran aplacar su sed de justicia aplicando métodos erróneos y violentos, apartados del contexto legal y algunas veces inhumanos, como el caso de los linchamientos.

La percepción actual de la seguridad ciudadana, es un sentimiento de frustración e impotencia, debido a que el grado de inseguridad que percibe y padece la población provoca incertidumbre e intranquilidad social, ante la opresión a la que ha sido sometida por las organizaciones delincuenciales y la impunidad con la que éstas operan en la comisión de actos delictivos, bien sea por negligencia o bien por compadrazgo con las instituciones encargadas de la persecución penal de delitos y principalmente por la falta de una política criminal congruente con la realidad social, que incluya métodos eficaces de prevención del delito.

En cuanto a la población que reside en los lugares donde operan los grupos organizados dedicados a la narcoactividad, perciben la seguridad ciudadana como una utopía, ante la indiferencia o incapacidad del Estado para desarticular dichas bandas, optando mejor por encubrir o involucrarse de alguna manera en éstas actividades ilícitas, por temor de ser víctimas al evidenciar su inconformidad con dichas acciones.

2.4. Derecho a la seguridad ciudadana.

El derecho a la seguridad ciudadana, como ya se indicó, es un derecho inherente a la persona humana, que el Estado tiene la obligación de garantizar para el bienestar general de la población, formulando políticas criminales gubernamentales eficaces a través de la implementación de técnicas y métodos de investigación modernos, que contribuyan a la prevención del delito y la disminución de la violencia y la delincuencia común y organizada.

En ese sentido el derecho de seguridad ciudadana se encuentra contemplado en diferentes instrumentos jurídicos, haciendo referencia de los siguientes:

- La Constitución Política de la República de Guatemala.

Preámbulo: al referirse al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz.

Artículo 1°.- Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.

Artículo 2°.- Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

Artículo 3°.- Derecho a la vida. El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.

- El Código procesal penal.

Primer considerando. Que es necesario consolidar el estado de derecho y profundizar el proceso democrático de Guatemala y que para ello debe garantizarse la pronta y efectiva justicia penal, con lo cual, además, se asegura la paz, la tranquilidad y la seguridad ciudadanas, así como el respeto de los derechos humanos.

- La ley de la dirección general de inteligencia civil.

Primer considerando. Que es deber del Estado garantizar a los habitantes de la República de Guatemala, la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, y que la nueva concepción de seguridad ciudadana se centra en la persona humana, su protección y la de sus bienes, como uno de los objetivos primarios del sistema democrático y republicano de la República de Guatemala.

Entre otras leyes que fundamentan también la obligación del Estado de Guatemala de garantizar la seguridad ciudadana.

2.5. Política criminal del Estado.

La política es una actividad compleja, que se manifiesta de muchas y diversas maneras, a veces utiliza la fuerza, cuando esa fuerza o violencia se desarrolla desde el Estado, se le suele llamar “coerción estatal”; cuando esa coerción alcanza un cierto nivel de intensidad o se canaliza a través de ciertas formas culturales hablamos entonces de “coerción penal”.

Binder Barriza, considera que “La Política Criminal es el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal. Y forma parte del conjunto de la actividad política de una sociedad.

En principio, tal política, es un conjunto de decisiones. Y las decisiones son actos de voluntad de determinados sujetos sociales, relativas al uso de los instrumentos de coerción penal. Estas decisiones tienen un contenido eminentemente valorativo aunque a veces este hecho se enmascare bajo formas “técnicas”, aparentemente neutrales”.³

Es conveniente distinguir en la política criminal, la diferencia de planos o niveles en que ésta se presenta, por tal motivo resulta útil encuadrarla siempre en algunos de los siguientes:

- La política criminal como fenómeno social
- Los modelos de política criminal
- El conjunto de conocimientos o técnicas que utiliza la política criminal
- Las diferentes escuelas o doctrinas de política criminal

³ Binder Barzizza, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. pág. 40.

La política criminal es, pues, un conjunto de decisiones (técnico-valorativas) relativas a determinados instrumentos. Sus instrumentos son muchos, pero sin duda son los principales las normas penales y las normas procesales.

Sin embargo, la política criminal incluye también decisiones referidas a las reglas que permiten la correcta utilización de esos instrumentos. Aquí nuevamente, las reglas pueden ser técnicas o reglas de conveniencia. La producción de reglas técnicas para el manejo de esos instrumentos es una de las funciones de la ciencia jurídica o dogmática jurídica y la política criminal hace uso de ellos. Las reglas de conveniencia conforman estrategias: éstas implican la planificación del uso adecuado de los instrumentos para alcanzar de un modo económico, ciertos objetivos o metas prefijadas. Las decisiones relativas a las estrategias y a los objetos que las motivan, son también parte de la política criminal.

Este conjunto de decisiones, relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos, se refieren siempre a la coerción penal; ella es fuerza ejercida institucionalmente. El Estado ejerce esta fuerza en diversos ámbitos, pero a veces alcanza un determinado grado de intensidad o bien se canaliza a través de formas que, si bien no tienen una gran intensidad, se asocian culturalmente al núcleo de mayor intensidad de la coerción estatal. En este caso hablamos de coerción penal. La política criminal, el derecho penal, el derecho procesal penal y otras instituciones, giran alrededor de la coerción penal.

De lo expuesto no debe concluirse que la política criminal es algo estático y simple. Al contrario, se caracteriza por ser un fenómeno esencialmente dinámico y múltiple. Puesto que la política criminal es principalmente política, no puede ser sino dinámica; y lo es en un doble sentido: históricamente, las decisiones que conforman la política criminal son variables y podemos identificar diferentes etapas históricas en su desarrollo. Por otra parte, tiene también un dinamismo en el presente donde se genera lo que podríamos llamar la dialéctica de la formulación-configuración.

Como la política criminal no es un fenómeno simple ni único, cada decisión desencadena un proceso social. A ese proceso social que se desencadena a partir de esa formulación inicial,

Binder le llama “formulación de la política criminal; y el proceso que se desencadena a partir de esa formulación inicial, le llama configuración de la política criminal, porque sus características distintivas se definen a través de este proceso y no sólo en la formulación inicial”.⁴

Este dinamismo de la política criminal demuestra que también ella es un fenómeno complejo, la diversidad de los sujetos que intervienen en la producción de la política criminal hace que, en realidad, no sea del todo correcto hablar de una sola política criminal.

Una consideración estática de la política criminal suele sustentar una visión simplista, que da por supuesto que el producto de esa política es el Estado. Pero, como vimos, ni tal política puede ser comprendida fuera de su dinamismo, ni el Estado es una institución simple. Por el contrario, en él se refleja la situación de las luchas políticas que se suscitan en el marco de la sociedad y que se manifiestan en pactos y hegemonías, en acuerdos o condiciones de mayor poder. En realidad, el Estado y la sociedad conforman un solo ámbito estructural de lucha política.

La política criminal refleja ese fenómeno y no tiene, en consecuencia, un carácter unitario, sino que refleja las luchas, acuerdos y hegemonías propias de la política general. Por lo tanto, en un sentido propio, no existe un sujeto productor único, ni una única dirección en su contenido. Sin embargo, debe quedar claro que siempre existe algún sujeto hegemónico y siempre es posible detectar una dirección preponderante, tal como ocurre con la política general.

Si queremos considerar la política criminal en un sentido unitario, estaremos aludiendo con ello al resultado final de esa puja política, sólo podremos hablar entonces de un sujeto productor unitario si por Estado entendemos a la totalidad de la estructura política y social de un país.

Con relación al tema de la presente investigación, el narcotráfico es un grave problema social, económico, jurídico, policial, religioso y político que exige generosa e inteligente atención del Estado para garantizar la seguridad ciudadana.

⁴ **Ibid;** pág. 44.

Para lograr una política criminal eficaz dirigida a combatir a las organizaciones dedicadas a la narcoactividad, debe estudiarse previamente los diversos factores que inciden en su comportamiento, como su personalidad, sus condiciones, perturbaciones sociales, sus experiencias delictivas, el medio donde se desenvuelven y la implementación de mecanismos de investigación modernos como la figura de agentes encubiertos para ejercer los controles eficaces para disminuir su propagación.

Entre los factores etiológicos que se han de tener en cuenta en la elaboración de la política criminal, se encuentra la carencia o debilidad de valores espirituales que han caracterizado a la población guatemalteca, los que en nuestros tiempos no se observan con menos frecuencia entre la juventud principalmente, deteriorándose los principios morales que tradicionalmente nos han limitado a realizar actos delictivos.

Tradicionalmente, desde el siglo XIX, se ha reconocido la necesidad de penalizar el tráfico de drogas; al respecto Cobo del Rosal, citado por Beristain, concluye a favor de la necesaria incriminación del narcotráfico señalando que “Un Estado que pretenda seriamente, hacer posible la libertad de la persona, debe, de forma necesaria, poner los medios para que esto así suceda, y someter, en consecuencia, a su control, los productos cuyo uso no intervenido, en efecto la contradicen... En nombre pues, de la libertad, se castiga el tráfico de determinadas sustancias, selectivamente concretadas.”⁵

En la problemática del narcotráfico, se deben distinguir tres campos diferentes:

- El de los drogadictos.
- El de los traficantes.
- El de los drogadictos – traficantes.

⁵ Beristain, S.J. Antonio. **La droga, aspectos penales y criminológicos.** pág. 13

La política criminal en materia de la narcoactividad, debe encaminar su diseño a ocuparse de éstos grupos, tan diversos pero tan unidos entre si, en virtud que no debe limitarse únicamente a penalizar a aquellas personas que consumen drogas y que de alguna manera son víctimas también del narcotráfico, sino que debe también crearse los mecanismos para procurar su recuperación, asimismo debe atacarse el problema de una forma integral incluyendo en su totalidad a los grupos antes indicados.

Como podemos apreciar, el proceso de configuración de la política criminal en un Estado es sumamente complejo e intervienen en él diferentes sujetos que, a su vez, actúan en distintas direcciones. En ese sentido, un modelo de política criminal debe aspirar a convertirse en una alternativa efectiva de defensa de la dignidad humana y la justicia desde el poder, debiéndose construir como un deber ser del poder.

Algunas de las decisiones fundamentales que deben considerarse en el diseño de un modelo de política criminal son:

- La preservación de la dignidad humana.
- La transformación de la sociedad.
- La preservación de la verdadera igualdad y la justicia social.
- La constitución de un verdadero instrumento social de prevención del delito a través de la implementación de técnicas modernas y eficaces de investigación, aunado a una correcta, pronta y cumplida administración de justicia.

CAPÍTULO III

3. La ley contra la narcoactividad.

3.1. Antecedentes históricos.

Históricamente se conoce que el uso de drogas y estupefacientes es muy antiguo, siendo común en algunas culturas prehispanicas el consumo de ciertas hierbas y plantas alucinógenas. En los siglos XVIII y XIX, el consumo de las drogas existentes en esa época se incrementó de manera importante, principalmente entre miembros de la clase alta de la sociedad que buscaban satisfacer sus deseos de placer; sin embargo la Narcoactividad realmente cobró relevancia y preocupación mundial en el siglo XX, cuando los avances químicos y tecnológicos, permitieron que el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes se convirtiera en un negocio bastante rentable elaborando drogas más fuertes, más adictivas y por ende más nociva a la salud de los consumidores.

De allí que surge la necesidad de los Estados en controlar y combatir el y tráfico ilícito de drogas, reuniéndose en Ginebra, Suiza, el 26 de junio de 1936, lugar en donde fue suscrita la convención para la represión del tráfico ilícito de drogas nocivas, adhiriéndose a ella Guatemala, el cinco de agosto de 1937, aprobada por el Decreto Legislativo número 2278 de fecha 29 de marzo de 1938 y ratificada el dos de junio de 1938, ésta convención tiene como objetivo reforzar las medidas destinadas a reprimir las infracciones a las disposiciones de la convención internacional del opio y la convención para limitar la fabricación y así poder reglamentar la distribución de estupefacientes; así como combatir por los medios más eficaces, el tráfico ilícito de drogas. Esta convención obliga a cada uno de los países signatarios a comprometerse con la aprobación de las disposiciones legislativas necesarias para castigar severamente con prisión u otras sanciones penales a las personas que cometan ilícitos relacionados con el narcotráfico.

Asimismo el Estado de Guatemala ha ratificado otros tratados y convenios internacionales relativos a la Narcoactividad como los siguientes:

- Convención única sobre estupefacientes, suscrita en Nueva York, el 30 de marzo de 1961, aprobada por Decreto número 1585 del Congreso de la República de Guatemala de fecha 27 de marzo de 1963 y ratificada con fecha 11 de octubre de 1967.
- Convención única sobre estupefacientes enmendada por el protocolo de 1972, suscrita el 25 de marzo de 1972, aprobada por el Decreto número 76-75 del Congreso de la República de Guatemala de fecha 23 de octubre de 1975 y ratificada con fecha cuatro de noviembre de 1975.
- Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas 1988, suscrita el 20 de diciembre de 1988, aprobada por el Decreto número 69-90 del Congreso de la República de Guatemala, ratificada con fecha 27 de diciembre de 1990.
- Convenio sobre sustancias psicotrópicas 1971, suscrito el 21 de febrero de 1971, aprobada por los Decretos números 90-97, 98-97, 99-97 y 100-97 del Congreso de la República de Guatemala.
- Convenio constitutivo de la comisión centroamericana para la erradicación de producción, tráfico, consumo y uso ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, suscrito con fecha 29 de octubre de 1993.
- Ratificación del gobierno de Guatemala del acuerdo entre los gobiernos de Guatemala y Venezuela sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de fecha 29 de agosto de 1991.
- Ratificación del gobierno de Guatemala del convenio para combatir el uso indebido y la producción y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas entre Guatemala y Perú, de fecha cinco de diciembre de 1994.

- Convenio sobre prevención del uso indebido y represión del tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas entre los gobiernos de Guatemala y Argentina, suscrito con fecha tres de junio de 1992.
- Convenio entre Guatemala y Ecuador sobre la cooperación para combatir el narcotráfico y la farmacodependencia, suscrito con fecha dos de agosto de 1990 y ratificado con fecha 18 de agosto de 1992.
- Acuerdo entre la Guatemala y los Estados Unidos Mexicanos sobre cooperación para combatir el narcotráfico y la farmacodependencia, suscrito con fecha 18 de agosto de 1989, aprobado por el Decreto número 237-91 del Congreso de la República de Guatemala, ratificado con fecha 30 de abril de 1991.

Derivado de los compromisos vinculantes adquiridos en los tratados y convenciones relacionadas surge la necesidad de crear una ley interna que regule esta materia, aprobando con fecha 23 de septiembre de 1992, el Decreto número 48-92 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene la “LEY CONTRA LA NARCOACTIVIDAD”.

3.2. Análisis jurídico de la ley contra la narcoactividad.

Con anterioridad a la década de los noventa no existía en Guatemala una ley específica que regulara los delitos derivados del narcotráfico, lo cual había intensificado la acción delictiva de las organizaciones dedicadas a dicha actividad, quienes desde mucho antes han venido utilizando el territorio nacional por su ubicación geográfica, como un puente del tránsito ilícito de estupefacientes, desde sudamérica, principalmente Colombia, hacia el mercado mas demandante de drogas que lo constituye los Estados Unidos de América; lo que a su vez también en los últimos años provocó que nuestro país dejara de ser utilizado únicamente como puente, sino además convirtiéndose en un país con altos índices de consumo de drogas.

En tal virtud, el Estado de Guatemala tomando como fundamento que la Constitución Política de la República de Guatemala garantiza la vida, la integridad y el desarrollo de la persona humana,

considerando también que la salud de los habitantes es un bien público que debe tutelarse y en cumplimiento de los compromisos adquiridos en los tratados y convenios internacionales suscritos, declaró de interés social las acciones contra la drogadicción, aprobando el Decreto número 48-92 del Congreso de la República de Guatemala, con fecha 23 de septiembre de 1992, que contiene la “Ley contra la narcoactividad”, estamento legal con el cual se pretende enfrentar de manera general y profunda el delito de narcotráfico que tanto daño causa en la sociedad guatemalteca.

La ley contra la narcoactividad, contiene tres considerandos que son de importancia resaltar, toda vez que en ellos se plasman los antecedentes y motivos que conllevaron a la creación de la ley.

En el primero se hace relación al deber estatal contemplado en la Constitución Política de la República de Guatemala de garantizar la vida, la integridad y el desarrollo de la persona humana; considera la salud de los habitantes como un bien público y declara de interés social las acciones contra la drogadicción.

En el segundo de los considerandos se hace mención que el Estado de Guatemala ha aceptado, suscrito y ratificado diversos tratados internacionales que lo comprometen a luchar contra el narcotráfico y toda aquella actividad relacionada con la producción, fabricación, uso, tenencia, tráfico y comercialización de los estupefacientes, psicotrópicos y drogas.

Por último se menciona que nuestro país ha sido víctima de la acción delictiva del narcotráfico en general, sin que hasta esa fecha existiera una legislación adecuada que enfrente de manera general y profunda este problema que causa daño no solo a los ciudadanos sino al propio régimen de derecho y la institucionalidad del país.

Con relación al contenido de la ley, la misma se encuentra regulada en 80 artículos, divididos en XII capítulos; en el primer capítulo se establece la protección a la salud, declarando de interés público la adopción de medidas necesarias para combatir el narcotráfico; se define algunos términos e instituciones contempladas en la ley; en el capítulo II se regula lo relativo a la participación de personas individuales y jurídicas en el delito; en el capítulo III se señalan la

clasificación de penas principales y accesorias aplicadas según el delito cometido; la conversión de la multa, la conmutación de las penas privativas de libertad, la suspensión condicional de la pena y su revocación, el comiso que se encuentra regulado en el Artículo 18, el cual sufrió una reforma en su último párrafo, según Decreto número 62-98 del Congreso de la República de Guatemala; y por último hace mención de un tema realmente importante, siendo este la destrucción judicial de drogas, contenido en el Artículo 19 de la ley, que fue reformado por el Artículo 2 del Decreto número 32-99 del Congreso de la República de Guatemala, en el cual se establece el procedimiento y el plazo señalado para la destrucción de las drogas incautadas o decomisadas; y que por la importancia cobrada en los últimos años en virtud de los sucesos acaecidos en la bodega de drogas del Servicio de Análisis e Información Antinarcóticos (SAIA) de la Policía Nacional Civil, de la cual se sustrajeron cientos de kilogramos de droga que se encontraban pendientes de destrucción judicial; se describe a continuación:

Decreto número 32-99. Artículo 2.- Se reforma el Artículo 19 de la Ley contra la Narcoactividad Decreto Número 48-92 del Congreso de la República, el cual queda así:

“Artículo 19.- Destrucción judicial de drogas. Cuando se efectúen incautaciones o decomisos de drogas u otras sustancias prohibidas, se procederá a realizar el análisis científico que determine cantidad, peso, pureza y otras características de la misma. En un plazo no mayor de 20 días el Juez de Primera Instancia competente ordenará su análisis y destrucción.

En caso de plantaciones de drogas, el Ministerio Público puede autorizar su destrucción en el mismo lugar –in situ–, cuidando de documentar el hallazgo, características, cantidad y toda la información que sirva para la comprobación del delito y de la destrucción. Asimismo, conservará una cantidad razonable, en calidad de muestra, para probar la existencia del delito. Con la muestra se procederá de la forma prevista en el presente Artículo. En casos excepcionales en los que el Ministerio Público por impedimento justificado no pueda estar presente, la Policía Nacional Civil podrá destruir las plantaciones de drogas, documentando el hallazgo, la diligencia, así como las características, cantidad e información que sea importante para la investigación, lo cual hará del conocimiento inmediato del Ministerio Público.

Desde su incautación y antes de su destrucción, las drogas o sustancias deberán permanecer en el almacén correspondiente de la Policía Nacional Civil quien será responsable de su traslado, guarda y custodia, donde se llevará un registro pormenorizado de las existencias, manejo y entregas de las drogas y sustancias, así como de las personas relacionadas con dichos actos.

Para los efectos de la destrucción, el juez contralor, mediante su comparecencia comprobará en la diligencia respectiva, las características de la droga o sustancia incautadas e inmediatamente después ordenará su destrucción. En este acto, podrán estar presentes las partes y obligatoriamente un representante del Ministerio Público, una persona delegada por la Comisión Contra las Adicciones y el Tráfico Ilícito de Drogas –CCATID-, para lo cual serán debidamente citados, en cuya presencia se procederá en el lugar, día y hora previamente señalados. La citación de las partes se asegurará con la debida anticipación, bajo la responsabilidad del juez competente. La incomparecencia injustificada de las partes debidamente citadas no será motivo de suspensión o anulación de la diligencia.

El juez conservará una muestra de la droga o sustancia cuya destrucción se haya ordenado bajo la custodia y protección de la Policía Nacional Civil, para la comprobación de la existencia del delito y, con la misma finalidad, otra muestra de iguales características, así como las marcas o indicadores de procedencia de las sustancias serán conservadas por el Ministerio Público.

Las muestras, marcas e indicadores de procedencia se mantendrán en custodia, bajo la responsabilidad de dichas autoridades y en condiciones de máxima seguridad, los que se remitirán al Tribunal de Sentencia, quien ordenará su destrucción al quedar ejecutoriada la sentencia definitiva, previo análisis de Laboratorio de Toxicología.

La ejecución y verificación de destrucción de la droga o sustancia se realizará el mismo día bajo la responsabilidad del Ministerio Público, en cuyo acto podrán estar presentes y obligatoriamente las personas delegadas por la Comisión, el Departamento de Operaciones Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil y una persona delegada por el juez que ordenó dicha destrucción. El acta respectiva será firmada por todos los comparecientes y una copia será remitida al juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes”.

En el capítulo IV, se establecen las circunstancias especiales de la aplicación de penas, refiriéndose a los cómplices y agravantes especiales. El capítulo V, regula lo relativo a las medidas de seguridad; los presupuestos, duración, aunque con exactitud no indica el tiempo de duración, si se establece que deben ser revisadas cada año, y las clases de medidas de seguridad que pueden imponerse, que debe complementarse e integrarse con las medidas de seguridad contempladas en el Código Procesal Penal, en los delitos que fueren aplicables. El capítulo VI, hace referencia de las responsabilidades civiles, resaltando el Artículo 31, en el cual se instituye que el Ministerio Público en representación de la sociedad, deberá ejercer la acción civil conjuntamente con la acción penal y ambas se deducirán conforme las normas del proceso penal.

En el capítulo VII, se señalan los delitos y sus penas, los cuales serán objeto de un análisis más específico en el presente capítulo. El procedimiento aplicable para el enjuiciamiento de los delitos que establece la Ley contra la Narcoactividad es el señalado en el Código Procesal Penal, Decreto 51-92 de conformidad con lo normado en el capítulo VIII; en éste capítulo también se sistematiza en el Artículo 59 la protección de testigos, que de alguna manera deja abierta la puerta para la utilización de agentes encubiertos en virtud que con el fin de proteger a los testigos en peligro, como en el caso de agentes encubiertos policiales, podrán ser eximidos de la obligación de indicar su domicilio y en circunstancias especiales de indicar sus datos personales, siempre que sea absolutamente necesario, asimismo se les permite también cambiar de identidad, que al hacer un análisis comparativo con la protección que debe darse a un agente encubierto, prácticamente se refieren a los mismos preceptos y disposiciones; por lo que únicamente hacía falta la creación en sí de la figura del agente encubierto.

Los restantes capítulos de la Ley contra la Narcoactividad, van relacionados a la asistencia jurídica internacional, la extradición, la creación de la Comisión contra las Adicciones y el Tráfico Ilícito de Drogas y las disposiciones finales.

3.3. Delitos de mayor trascendencia contenidos en la ley contra la narcoactividad.

3.3.1. Tránsito internacional.

Regula el Artículo 35 de la ley contra la narcoactividad: “Quien sin estar autorizado, participe en cualquier forma en el tránsito internacional de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como de precursores y sustancias esenciales destinadas a la fabricación o disolución de las referidas drogas, será sancionado con prisión de doce a veinte años y multa de cincuenta mil quetzales a un millón de quetzales.”

Generalmente este delito es cometido por personas que transportan droga, hacia Guatemala procedente de otros países, sobre todo de Colombia y Panamá, con destino a Estados Unidos de América y Europa, utilizando para este propósito su equipaje en algunos casos y en otros casos adhiriéndola a las prendas de vestir de su cuerpo, llegando al extremo últimamente de transportar la droga dentro del organismo a través de la ingestión de cápsulas que contienen algún tipo de droga que conlleva asimismo un grave riesgo para la persona, toda vez que de explotar o romper una de éstas cápsulas en el interior del organismo antes de ser expulsadas, causaría la muerte inmediata por sobredosis. Estas personas cuando son detectadas, se les trasladan a un hospital para la asistencia correspondiente en el proceso de expulsión de la droga y posteriormente se les inicia el correspondiente proceso penal por el delito de Tránsito Internacional.

3.3.2. Siembra y cultivo.

El Artículo 36 de la ley contra la narcoactividad establece: “El que sin estar autorizado legalmente siembre, cultive o coseche semilla, florecencias, plantas o parte de las mismas, de las cuales naturalmente o por cualquier medio, se pueda obtener drogas que produzcan dependencia física psíquica, serán sancionados con prisión de cinco a veinte años de prisión y multa de Q. 10,000.00 a Q. 100,000.00.”

Con respecto a éste delito, en Guatemala, algunas personas se dedican a la siembra y cultivo de drogas dependiendo la región y clima, siendo frecuente en los departamentos de Petén, Izabal, Alta Verapaz, Jutiapa y Jalapa, el cultivo de marihuana y en los departamentos de San Marcos, Sololá, Totonicapán y Huehuetenango, el cultivo de amapola.

3.3.3. Fabricación o transformación.

El Artículo 37 de la ley contra la narcoactividad señala: “El que sin autorización legal, elabore, fabricare, transformare, extrajere u obtuviere drogas, será sancionado con prisión de ocho a veinte años y multa de Q. 50,000.00 a Q. 100,000.00.”

3.3.4. Comercio tráfico y almacenamiento ilícito.

Normado en el Artículo 38 de la ley contra la narcoactividad: “El que sin autorización legal adquiera, enajene a cualquier título, importe, exporte, almacene, transporte, distribuya, suministre, venda, expendo o realice cualquier otra actividad de tráfico de semillas, hojas, plantas, florescencias o sustancias o productos clasificados como drogas, estupefacientes, psicotrópicos o precursores, será sancionado con prisión de doce a veinte años y multa de Q. 50,000.00 a Q. 1,000,000.00, igual pena se aplicará a quien proporcione los medios, facilite o permita el aterrizaje de naves aéreas utilizadas para el tráfico ilícito.”

Este delito es uno de los más comunes y de mayor impacto en nuestro medio, toda vez que se aplica este tipo penal a aquellas personas que se dedican a la venta y distribución de medianas y grandes cantidades de drogas, tomándose en cuenta también la intencionalidad de quien comete el delito, en virtud que en algunos casos a pesar de poseer menores cantidades de drogas, si su destino es la venta y no el consumo inmediato por la persona, se debe tipificar dicha acción como delito de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito y no como posesión para el consumo como veremos más adelante.

3.3.5. Posesión para el consumo.

El Artículo 39 de la ley contra la narcoactividad indica: “Quien para su propio consumo adquiera o posea cualquiera de las drogas a que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de cuatro meses a dos años y multa de Q. 200.00 a Q. 10,000.00. Se entiende que es para su propio consumo, cuando la droga incautada no exceda de la cantidad razonable para el consumo inmediato, siempre que de las demás circunstancias del hecho, surja la convicción de que la droga es para uso personal.”

Estadísticamente es el delito más común de los delitos contenidos en la ley contra la narcoactividad, debido al creciente consumo de drogas en la sociedad guatemalteca, principalmente la juventud y también en muchos casos, se ha comprobado que los agentes de la Policía Nacional Civil, han utilizado la práctica ilegal de plantar cantidades mínimas de drogas a personas que detienen, principalmente en zonas marginales, con el objeto de justificar de alguna manera su aprehensión. En el caso de éste delito, la ley no determina que cantidad debe ser considerada para que surja la convicción de que la droga es para uso personal, quedando a criterio del juez, la determinación y tipificación del delito de posesión para el consumo; considerando a nuestro criterio que debiera reformarse la ley a efecto de regular las cantidades que deben servir como parámetros para tipificar el delito de posesión para el consumo y así evitar la discrecionalidad o arbitrariedades de los jueces.

3.3.6. Promoción y fomento.

El Artículo 40 de la ley contra la narcoactividad dispone: “El que en alguna forma promueva el cultivo, el tráfico ilícito, de semillas, hojas, florecencias, plantas o drogas, o la fabricación, extracción, procesamiento o elaboración de éstas, o fomente su uso indebido, será sancionado con prisión de seis a diez años y multa de Q. 10,000.00 a Q. 100,000.00.”

3.3.7. Facilitación de medios.

Señala el Artículo 41 de la ley contra la narcoactividad: “El que poseyere, fabricare, transportare o distribuyere equipo, materiales o sustancias, a sabiendas de que van a ser utilizadas en cualquiera de las actividades a que se refiere los artículos anteriores, será sancionado con prisión de cinco a diez años y multa de Q. 10,000.00 a Q. 100,000.00.”

En la práctica se ha localizado y tipificado éste delito en aquellos casos en que vehículos son detectados con compartimientos secretos conocidos como “caletas”, bien sea en los tanques de gasolina, dentro de las portezuelas, un doble fondo en el piso, etc.

3.3.8. Transacciones e inversiones ilícitas.

El Artículo 45 de la ley contra la narcoactividad establece: “El que por sí o por interpósita persona, natural o jurídica, realizare con otras personas o establecimientos comerciales, bancarios, financieros, o de cualquier otra naturaleza, transacciones mercantiles con dinero o productos provenientes de las actividades ilícitas previstas en esta ley, independientemente del lugar del territorio nacional o extranjero donde se haya cometido el delito o donde hayan producido dichos recursos financieros, será sancionado con prisión de seis a veinte años y multa de Q. 50,000.00 a Q. 5,000,000.00. Con la misma pena será sancionado: a) La interpósita persona, el propietario, el administrador o representante legal o encargado del establecimiento que autorizare, permitiere o realizare dichas transacciones, conociendo la procedencia ilícita del dinero o producto. b) Quien participe en actos o contratos reales o simulados, de adquisición, posesión, transferencia y administración de bienes o valores tendientes a ocultar, encubrir, simular o diluir los recursos financieros obtenidos como resultado de las actividades ilícitas a que se refiere esta ley. c) El que sin ser de las personas mencionadas en el inciso anterior y conociendo la procedencia ilícita del dinero o producto, autorizare, permitiere o realizare las transacciones a que se refiere este artículo, aprovechándose de su función, empleo o cargo, será sancionado con prisión de cinco a diez años y de Q. 10,000.00 a Q. 1,000,000.00 de multa. No incurrirán en esta figura delictiva las personas jurídicas o individuales que reportaran al

Ministerio Público, las transacciones mayores a cincuenta mil quetzales que realizaren. Dichos reportes sólo podrán utilizarse para los efectos de esta ley.”

En la práctica, este tipo de delitos es muy difícil de probar, sin embargo este delito se ha visto complementado con la aprobación de la ley contra el lavado de dinero u otros activos, Decreto número 67-2001, del Congreso de la República de Guatemala.

3.3.9. Procuración de impunidad o evasión.

El Artículo 48 de la ley contra la narcoactividad regula: “Quien siendo funcionario o empleado público encargado de investigar, juzgar o custodiar a personas vinculadas con los delitos tipificados en esta ley, contribuya en cualquier forma a la impunidad o evasión de tales personas, oculte, altere, sustraiga o haga desaparecer las pruebas, los rastros o los instrumentos del delito, o que asegure el provecho o producto de ese hecho, será sancionado con prisión de seis a quince años e inhabilitación definitiva para el ejercicio de funciones públicas, y multa de Q. 50,000.00 a Q. 1,000,000.00. Si los hechos mencionados se cometieron en forma culposa por el funcionario o empleado público, la pena será de dos a seis años con definitiva inhabilitación de funciones.”

De éste delito hay varios ejemplos, entre los que podemos mencionar el caso de la desaparición de decenas de kilogramos de la droga cocaína de las bodegas del desaparecido Departamento de Operaciones Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil, por lo que fueron procesados la mayoría de elementos encargados de la custodia y control de dichas bodegas; así también el caso de la desaparición de las oficinas de la Fiscalía contra la Narcoactividad del Ministerio Público, de miles de dólares incautados como evidencia, hecho por el cual se ordenó la aprehensión de un empleado de dicha fiscalía, responsable de custodiar la evidencia referida y quien a la fecha se encuentra prófugo de la justicia.

3.3.10. Promoción o estímulo a la drogadicción.

Estatuye el Artículo 49 de la ley contra la narcoactividad: “Quien estimule, promueva o induzca por cualquier medio el consumo no autorizado de drogas, sustancias estupefacientes, psicotrópicas e inhalables, será sancionado con prisión de dos a cinco años y multa de Q. 5,000.00 a Q. 100,000.00.”

Esta figura delictiva ha sido utilizada últimamente por los jueces de instancia penal, para sancionar en la vía del procedimiento abreviado a aquellas personas que han sido detenidas en posesión de una cantidad considerable de droga, sin llenarse los presupuestos para la tipificación del delito de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito y tampoco del delito de posesión para el consumo; criterio que a nuestro parecer es erróneo, toda vez que el Artículo 14 del Código procesal penal, demanda la interpretación restrictiva de la ley y en ese sentido debe aplicarse el delito que exactamente corresponda.

Como corolario del presente capítulo, podemos concluir que la ley contra la narcoactividad, establece penas severas para castigar a las personas que se dediquen a la Narcoactividad, motivo por el cual es necesario también contar con los instrumentos indispensables para procurar una averiguación eficaz, tal es el caso de la figura del agente encubierto que coadyuvaría a apuntalar los expedientes relacionados con la narcoactividad.

CAPÍTULO IV

4. La actividad probatoria, métodos de investigación y procedimientos operativos de incautación de drogas utilizados en Guatemala.

4.1. La prueba en el proceso penal guatemalteco.

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

Prueba se define como un “conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas.”⁶

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

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

⁶ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 625.

aportemos al proceso van encaminadas a convencer al juez de que lo que afirmamos es cierto, que nos asiste el derecho.

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

4.2. Objeto de la prueba.

El objeto de la prueba consiste en demostrar los hechos esenciales que permitan concluir con certeza sobre un punto litigioso en el proceso. Esta finalidad es la que orienta la función de los sujetos procesales y exige de ellos un análisis riguroso, no sólo sobre la legalidad de la prueba, sino también de su pertinencia y utilidad para la solución del conflicto. Pierre Tessier mencionado por Rosales, señala que el litigante está “llamado a interpretar desde un punto de vista jurídico una vasta gama de hechos y a presentarlos de una manera comprensible y desarrolla, a través de la prueba, una tesis maestra en función de una norma jurídica.”⁷

En el ofrecimiento de la prueba, las partes indican al tribunal los medios que se proponen incorporar en el debate y lo que, con cada medio, pretenden demostrar; sin embargo, la aceptación de esa prueba queda sujeta a la valoración que haga el juzgador quien es el único que puede determinar su admisibilidad, en base a la legalidad, pertinencia y utilidad. En otras palabras, para ser admitida, toda prueba debe haber sido obtenida de la manera que permite la ley y referirse, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y ser eficaz para la solución del caso.

Es en virtud del objeto de la prueba que el tribunal de sentencia valorará únicamente los medios que llenen esos requisitos legales y que no podrá dar por acreditados hechos o circunstancias que no hayan sido mencionados en la acusación o el auto de apertura del juicio.

⁷ Rosales Barrientos, Moisés Efraín. **El juicio oral en Guatemala**. págs. 123 y 124.

Otro aspecto de relevancia ligado al objeto de la prueba es que el Artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, obliga al tribunal a fundamentar sus decisiones, lo que significa, expresar en ellas los motivos de hecho y de derecho en que se basan, indicando asimismo el valor asignado a cada medio de prueba. Los motivos de hecho son aquellas explicaciones del tribunal con respecto a la demostración o no de los hechos que se encuadran en la norma jurídica o que tipifica la infracción, la participación y la responsabilidad del sindicado. La norma jurídica o proposición de derecho, es la que determina el objeto de la prueba, lo que debe y puede ser probado.

4.3. Admisibilidad y pertinencia de la prueba:

En términos generales, cuando hablamos de la admisibilidad de la prueba nos referimos al control que el juez ejerce en la incorporación de los medios de prueba en un proceso. Es prueba admisible aquella que es idónea, es decir, la prueba que tiene la idoneidad de llegar a probar el hecho controvertido. La admisibilidad de la prueba se presenta en el momento en que se aporta el medio probatorio en el proceso, de manera que el juez debe hacer un examen del medio de prueba que no es otra cosa que su admisibilidad. La prueba que es idónea es admisible, y por ende la prueba que no es idónea es inadmisibile.

Los Artículos 181 y 183 del Código Procesal Penal regulan las características que debe tener la prueba para ser admisible:

- **Objetiva:** La prueba no debe ser fruto del conocimiento privado del juez ni del fiscal, sino debe provenir al proceso desde el mundo externo, siendo de esta manera controlada por las partes. Por ejemplo, si el juez conoce de un hecho relevante relacionado con el proceso a través de un amigo, no podrá valorarlo si no es debidamente introducido al proceso. El Código en su Artículo 181 limita la incorporación de la prueba de oficio a las oportunidades y bajo las condiciones previstas por la ley.
- **Legal:** La prueba debe ser obtenida a través de medios permitidos e incorporada de conformidad a lo dispuesto en la ley.

- Útil: La prueba útil será aquella que sea idónea para brindar conocimiento acerca de lo que se pretende probar, como antes quedo relacionado.
- Pertinente: El dato probatorio deberá guardar relación, directa o indirecta, con el objeto de la averiguación. La prueba podrá versar sobre la existencia del hecho, la participación del imputado, la existencia de agravantes o atenuantes, el daño causado, etc.
- No abundante: Una prueba será abundante cuando su objeto haya quedado suficientemente comprobado a través de otros medios de prueba.

Para evitar confusiones cuando hablamos de prueba, tenemos que distinguir:

- Órgano de prueba: Es aquella persona que actúa como elemento intermediario entre el objeto de prueba y el juez. Por ejemplo, en una declaración testimonial, el órgano de prueba es el testigo.
- Medio de prueba: Es el procedimiento a través del cual se obtiene la prueba y es ingresada al proceso. Por ejemplo la declaración testimonial o un registro.
- Objeto de la prueba: Se refiere a lo que puede ser probado, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba. Dentro los objetos de prueba se incluye tanto los hechos o circunstancias, como las evidencias materiales. Por ejemplo, un hecho (objeto) puede ser probado a través de un testimonio (medio) o una pericia balística (medio) puede realizarse sobre una pistola (objeto).

La pertinencia de la prueba se da en sentencia. Cuando el juez emite su fallo, debe estudiar detenida y objetivamente los medios de prueba, para establecer si estos son oportunos, de suerte que cuando son aptos, el juez los puede analizar al dictar sentencia, pero si considera que no son atinentes, así lo razonará en la resolución respectiva.

De manera pues que la admisibilidad se da en una etapa anterior a la pertinencia y ésta en una etapa posterior a la admisibilidad, y solo puede analizar la pertinencia o impertinencia de un medio de prueba cuando ha sido admitida, porque de no ser así no surte ninguna eficacia procesal.

4.4. Valoración de los medios de prueba.

No tendría ningún objeto que se aportaran medios de prueba si el juez no tuviera a su alcance los instrumentos o medios para valorar lo que esos medios de prueba significan dentro del proceso, es decir, que efectos, que eficacia producen dentro del proceso.

La valoración dice Cafferata Nores, “es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos. Tiende a determinar cual es su real utilidad a los fines de la reconstrucción del acontecimiento histórico cuya afirmación dio origen al proceso.”⁸

“La importancia que tiene la valoración para las partes es que la convicción de los jueces se deriva no solo de su apreciación personal sino también de la confrontación de las tesis que le son presentadas y de la manera en cada una de éstas le son expuestas.”⁹

La valoración de los medios de prueba se hace en sentencia y existen tres distintos sistemas para valorarla, siendo los siguientes:

- Sistema de prueba legal o tasada: En este sistema el juez no tiene ningún campo de acción, de antemano la ley le ha dado el valor probatorio, la eficacia procesal al medio de prueba.

⁸ Cafferata Nores, José. **La prueba en el proceso penal.** pág. 53.

⁹ Rosales Barrientos, **Ob. Cit;** pág. 148.

Es un sistema que destruye prácticamente al juez porque le crea una frustración, ya que él, como hombre, puede estar convencido de una cosa distinta de lo que la ley en forma anticipada le dio otra eficacia; el juez no puede actuar como elemento humano con voluntad y con inteligencia. En materia penal, en este sistema la ley procesal explica bajo que condiciones el juez debe condenar y bajo cuales debe absolver, independientemente de su criterio propio.

- Sistema de libre convicción o íntima convicción: En este sistema sucede todo lo contrario, el juez tiene absoluta libertad de fallar, tomando sus decisiones sin tener que basarse en reglas abstractas y generales de valoración probatoria; este sistema es propio de los procesos con jurados.

- Sistema de la sana crítica razonada: Este sistema viene a ser un método intermedio entre los anteriores y es el de mayor interés y beneficio; el juez debe convencerse sobre la confirmación o no de la tesis planteada, pero en base a un análisis racional y lógico. Por ello es obligatorio que el juez motive todas sus decisiones, demostrando el nexo entre sus conclusiones y los elementos de prueba en los que se basa. La motivación requiere que el juez describa el elemento probatorio y realice su valoración crítica; la motivación es un requisito esencial de la sana crítica, en virtud que de lo contrario la resolución del juez sería incontrolable y podría ser arbitraria.

Por imperativo del Artículo 385 del Código Procesal Penal, el tribunal de sentencia debe apreciar la prueba según las reglas de la sana crítica razonada y resolver por mayoría de votos.

Con relación a las reglas de la sana crítica, el autor Herrarte expone: “Las reglas de la sana crítica, cuyo nombre proviene, según expresa Couture de la ley española de enjuiciamiento de 1855, son (...) reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia. Es decir que el juez debe tomar en

cuenta no sólo los principios de la lógica, sino también los de la experiencia, determinados por razones de tiempo y de lugar.”¹⁰

Como conclusión puede establecerse que las reglas del sistema de la sana crítica razonada son tres: La lógica, la experiencia y la recta razón. De acuerdo a la observación practicada y experiencia acumulada en el ámbito de los tribunales de sentencia penal se ha podido observar que dichos tribunales incluyen la psicología como parte de las reglas de la sana crítica razonada, en ese orden de ideas cabe preguntarse si la psicología forma parte de la sana crítica razonada; al respecto Rosales indica: “Algunos autores y tribunales mencionan erróneamente a la psicología como parte de las reglas de la sana crítica razonada, confundiéndola con la valoración que los jueces hacen, a partir de sus observaciones directas, sobre la credibilidad de un testigo mientras este declara. Por ejemplo, Arango Escobar dice que el juez para valorar la declaración testimonial empleará los principios de la psicología para penetrar psicológicamente el testimonio de un ciudadano honesto por sobre el de quien lleva vida desordenada, apreciará en el debate las reacciones y emociones del testigo, sus turbulencias y seguridad.

Esta afirmación contiene varios elementos erróneos. Veamos: En primer lugar, el juez no puede emplear los principios de la psicología en el testimonio, habida cuenta que ésta es una ciencia autónoma y que, para aplicar los principios que la integran, requiere una formación y conocimientos especiales, los que evidentemente no poseen los miembros del tribunal.”¹¹

¹⁰ Herrarte, Alberto. **Derecho procesal penal**. págs. 160 y 161.

¹¹ Rosales Barrientos, **Ob. Cit**; pág. 150.

En ese sentido se considera que la psicología no debe incluirse entre las reglas de la sana crítica razonada, debiéndose normar en este sentido y aclarar que debe entenderse por reglas de la sana crítica razonada.

4.5. Carga de la prueba:

La carga de la prueba es la obligación legal o el interés que tienen las partes de probar determinados hechos o actos jurídicos favorables a sus pretensiones, o susceptibles de convencer al tribunal de que sus tesis son las mejor fundamentadas.

En el proceso civil rige, como norma general, el principio de carga de la prueba, por el que la persona que afirma un hecho debe probarlo. Sin embargo, esta regla no es válida para el proceso penal, por dos razones principales.

En primer lugar hay que indicar que el imputado goza del derecho a la presunción de inocencia, y es la parte acusadora quien debe desvirtuar la presunción, demostrando eficazmente con el objeto de lograr una sentencia condenatoria.

En segundo lugar el Ministerio Público como ente acusador, está obligado a extender la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las de descargo, de conformidad con los Artículos 108 y 290 del Código Procesal Penal. El Ministerio Público no actúa como querellante y no tiene un interés directo en la condena sino en lograr el esclarecimiento de los hechos, por lo tanto si la defensa alega alguna circunstancia favorable, el fiscal deberá investigarla.

Por todo ello, podemos afirmar que la carga de la prueba en el proceso penal no recae en quien alegue un hecho, sino en las partes acusadoras.

Sin embargo a pesar de la obligación que tiene el Estado de probar los elementos esenciales de la acusación, existen situaciones en las que el acusado debe necesariamente probar algunos hechos o actos que demuestren sus tesis, tales como la existencia de una causa de exención de la

responsabilidad penal. En otros casos, es la ley quien traslada al acusado la carga de la prueba, ya sea por que la norma presume la existencia de un elemento del delito o porque ella impone implícitamente la prueba de un elemento. Dentro de estas situaciones cabe mencionar entre otras las siguientes:

- En el delito de Calumnia, la ley prevé que el sindicado quedará exento de toda responsabilidad penal probando la veracidad de lo imputado.
- En el Artículo 185 del Código Penal, se establece que todo rapto se presume ejecutado con propósitos sexuales, mientras no se pruebe lo contrario o lo revelaren, de modo evidente, las circunstancias del hecho.
- En la materia de estudio del presente trabajo, los delitos de tráfico ilegal de fármacos, drogas o estupefacientes, tránsito internacional, siembra y cultivo, fabricación o transformación, comercio, tráfico y almacenamiento ilícito; el imputado puede probar que contaba con autorización legal o de autoridad competente que lo exime de responsabilidad penal. Evidentemente, la presunción de inocencia no llega hasta el punto de exigir del Ministerio Público la prueba de que el acusado no contaba con dicha autorización, toda vez que bastaría con demostrar que se trata de una droga prohibida o de uso restringido, así como el acto ilegal del sindicado.

4.6. Grado de la prueba:

Otro elemento importante en materia de prueba es el grado de certeza que se requiere para tener por demostrado un hecho. Para el juez, la certeza representa el grado de convencimiento, seguro y evidente, sobre la existencia o inexistencia de un hecho o acto jurídico, que le permite decidir el conflicto en un sentido u otro.

Para explicar el grado de prueba en materia penal debe responderse a aspectos tales como el grado de certeza necesario, saber si en todas las etapas procesales se requiere el mismo grado y, finalmente, si al Ministerio Público y al sindicado corresponden el mismo grado.

4.6.1. Grado de prueba requerido para condenar.

Anteriormente se indicó que para cumplir con su obligación de convencer al tribunal sobre la culpabilidad del procesado, el Ministerio Público debe probar suficientemente todos los hechos esenciales de la acusación. Si al clausurar el debate y a pesar de la prueba producida, subsiste una duda razonable sobre la existencia del delito, la participación o responsabilidad del procesado, el juzgador puede concluir que la acusación no fue demostrada al punto de superar la presunción de inocencia. Para condenar el juez debe estar convencido que la culpabilidad del acusado es la única deducción lógica a la que conducen los hechos probados; ya que un tribunal no podría en ningún caso dictar sentencia condenatoria concluyendo, por ejemplo, que lo más probable es que el acusado sea culpable; para condenar, debe concluir que está plenamente convencido de la culpabilidad del acusado, en la medida que, según la valoración de la prueba incorporada, no le queda ninguna duda razonable sobre la existencia del hecho, la participación y responsabilidad del sindicado.

4.6.2. Grado de prueba para el sindicado.

En virtud de la presunción de inocencia, cuando la carga de probar un hecho esencial recaer sobre el sindicado, su obligación no es la misma que para el Ministerio Público; el sindicado podrá satisfacer esa obligación demostrando los hechos según la balanza de probabilidades y no según un grado que supere la duda razonable. Es suficiente que la prueba presentada por el acusado sea creíble y sea susceptible de crear una duda razonable en la conciencia del juez.

Las cuestiones litigiosas, como la existencia de una causa de inimputabilidad, justificación o inculpabilidad tampoco necesitan ser probadas más allá de la duda razonable. Para ser absuelto de los hechos imputados en la acusación, es suficiente que el procesado demuestre la existencia de una duda razonable sobre cualquiera de los elementos esenciales de la misma.

4.6.3. Grado de prueba requerido para decisiones distintas de la condena.

Durante el proceso se tomará una serie de decisiones que van desde una orden de aprehensión hasta el fallo final, pasando por decisiones incidentales, etc. En cada una de ellas es necesario que el juez haga la valoración de alguno o varios elementos de la prueba incorporada. La valoración se hará conforme al sistema de la sana crítica razonada; pero, las cuestiones a resolver deberán separarse según el grado de prueba requerido, entre aquellas que exigen un grado que supere la duda razonable y las que solo requiere la balanza de probabilidades.

Para decidir asuntos distintos a la condena, la prueba debe convencer razonablemente al juez, que la existencia de un hecho es más probable que su inexistencia; ese grado de certeza se conoce como “la balanza de probabilidades” o la “preponderancia de la prueba”, que consiste en la obligación del juez de constatar si existen elementos de prueba suficientes para que un hecho se considere probable.

En el Código Procesal Penal, el legislador utiliza frases que ayudan a identificar los asuntos que requieren ese grado de prueba, tales como: información suficiente, motivos suficientes o racionales, presunción razonable, grave sospecha, fundamento serio, etc. Como ejemplos cabe mencionar: la prisión preventiva, la autorización judicial de allanamiento, inspección y registro.

4.7. Clasificación de los medios de prueba:

En nuestro Código Procesal Penal, encontramos clasificados los medios de prueba en el capítulo V, entre los que se mencionan los siguientes:

- Prueba testimonial.

Que consiste en la declaración de una persona física, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pudo conocer, por percepción de sus sentidos, sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual del hecho.

- El careo.

Es la confrontación inmediata entre personas que han prestado declaraciones contradictorias sobre un hecho relevante en el proceso.

- Prueba pericial.

La pericia es el medio probatorio a través del cual un perito, nombrado por el fiscal, el juez o tribunal, emite un dictamen fundado en ciencia, técnica o arte, útil para la obtención o descubrimiento de un objeto de prueba.

- Perito.

Es un experto en ciencia, técnica o arte ajenos a la competencia del juez, que ha sido designado por el fiscal, juez o tribunal, con el objeto que practique la prueba de la pericia.

- La prueba escrita: Documentos, informes y actas.

- Documento.

Es el objeto material en el cual se ha asentado, mediante signos convencionales una expresión de contenido intelectual.

- Informe.

Es la comunicación que se realiza al tribunal o Ministerio Público sobre datos que consten en algún registro llevado conforme a la ley.

- Actas.

Son los escritos en los cuales se documentan diferentes actos procesales, para de esta manera poder ser introducidos al proceso como prueba leída y para hacer constar que el acto se realizó con las formalidades requeridas por la ley.

- El reconocimiento.

Es un acto mediante el cual se comprueba en el proceso la identidad de una persona o una cosa.

- Inspección y registro.

La inspección es un medio probatorio mediante el cual, el funcionario que la practica percibe directamente con sus sentidos, materialidades que pueden ser útiles por sí mismas para la averiguación de los hechos objeto del proceso. El término registro se utiliza en la ley adjetiva penal para referirse a la inspección que se realiza en un lugar cerrado que requiere autorización judicial y es la búsqueda de evidencias o rastros del delito.

- Reconstrucción de hechos.

La reconstrucción del hecho, es la reproducción artificial e imitativa del hecho objeto del proceso, con el fin de comprobar si se efectuó o se pudo materialmente efectuar de un modo determinado.

4.8. La libertad probatoria.

En materia penal, todo hecho, circunstancia o elemento, contenido en el objeto del procedimiento y, por tanto, importante para la decisión final, puede ser probado por cualquier medio de prueba de conformidad con el Artículo 182 del Código Procesal Penal; rigiendo en especial, las limitaciones de ley relativas al estado civil de las personas, el cual únicamente puede probarse con las certificaciones de las partidas del registro civil.

Sin embargo, este principio de libertad de prueba como ya se indicó no es absoluto, rigiendo también las siguientes limitaciones:

- En cuanto al objeto se debe distinguir:
 - Limitación genérica: Hechos que por expresa limitación legal, no pueden ser objeto de prueba.
 - Limitación específica: En cada caso concreto no podrán ser objeto de prueba hechos o circunstancias que no estén relacionados con la hipótesis que originó el proceso, de modo directo o indirecto.

- En cuanto a los medios:
 - No serán admitidos medios de prueba que vulneren garantías procesales o constitucionales.
 - El estado civil de las personas solo podrá probarse a través de las certificaciones de las partidas del registro civil.

4.9. Métodos de investigación y procedimientos operativos de incautación de drogas utilizados en Guatemala.

4.9.1. Métodos de investigación.

Entre los métodos utilizados para la obtención de informaciones a efecto de detectar e interceptar drogas por parte de la Policía Nacional Civil, pueden mencionarse los siguientes:

- Informaciones confidenciales.

Actividad que se realiza vía telefónica o personalmente, que de alguna manera tienen relación con la figura del informante y el arrepentido, las que serán abordadas con más amplitud en el siguiente capítulo.

- Binomio canino.

Incluye un agente policial antinarcoóticos y un canino debidamente adiestrado, quien es el que detecta drogas, dentro de equipajes de pasajeros, en el interior de vehículos de transporte de mercancías, en contenedores o furgones, etc. Realizándose ésta actividad dentro del territorio aduanero del Estado, de puertos y aeropuertos, en coordinación con el servicio aduanero.

- Inteligencia.

Consiste principalmente en las investigaciones y vigilancias, realizadas en lugares estratégicos y de donde se tiene conocimiento que existe probabilidad de encontrarse droga; dichas investigaciones y vigilancias son documentadas y presentadas al Ministerio Público a efecto se considere la formulación de peticiones ante un órgano jurisdiccional como por ejemplo: autorización de allanamientos, etc.

4.9.2. Procedimientos operativos de incautación de drogas.

Entre los operativos de incautación de drogas comúnmente realizados en Guatemala, se encuentran los siguientes:

- Diligencias de allanamiento, inspección y registro.

Constituye el mayor porcentaje de los operativos, se encuentra regulado en los Artículos 187 al 193 del Código Procesal Penal; generalmente consiste en solicitudes realizadas al juez respectivo,

por el Ministerio Público a través de la fiscalía de sección de narcoactividad del Ministerio Público, previo informe de investigación preliminar policial.

- Revisiones rutinarias.

Este procedimiento consiste en puestos para registro de vehículos, personas y mercancías, que se conducen en las diferentes fronteras, puertos, aeropuertos y rutas permanentes utilizando un sistema selectivo por factores de riesgo para la revisión.

- Operativos específicos.

Son los que se realizan principalmente en lugares en los cuales previamente se ha recibido información confiable que existe probabilidad de actividades ilícitas del narcotráfico.

Derivado de los incipientes métodos de investigación y procedimientos operativos utilizados en la actualidad por la Policía Nacional Civil y el Ministerio Público, es evidente que no se cuenta con los instrumentos idóneos para combatir frontalmente y con eficiencia la narcoactividad, es por ello que la existencia de figuras establecidas como la del agente encubierto en la legislación penal guatemalteca, resulta de trascendental importancia y beneficio, por ser una técnica de investigación moderna, que utilizará el Estado de Guatemala como parte de su política criminal para el combate de las organizaciones delictivas que se dedican a la narcoactividad, persiguiendo la finalidad que se pueda penetrar dentro de dichas estructuras a efecto de procurar su desarticulación, procesamiento y condena de los capos responsables, debido a la imposibilidad de combatirlos con eficacia, a través de los medios “tradicionales” de investigación relacionados.

CAPÍTULO V

5. El agente encubierto y su regulación en la ley contra la delincuencia organizada, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala.

5.1. Definición y fundamentación.

Para Rendo, “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, etcétera.”¹²

En la ley contra la delincuencia organizada, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, que analizaremos con detalle, se define en su Artículo 22 como: “Los funcionarios policiales especiales que voluntariamente, a solicitud del Ministerio Público, se les designe una función con la finalidad de obtener evidencias o información que permitan descubrir y procesar a los miembros de grupos delictivos organizados.”

La ley del crimen organizado alemana lo define como “El funcionario policial que hace sus investigaciones bajo una entidad modificada, bajo otro nombre, dirección, profesión y demás circunstancias familiares y personales.”

La ley chilena, establece que “se entiende por agente encubierto 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 o recoger las pruebas que servirán de base al proceso penal”.

¹² Rendo, Ángel Daniel. **Agente encubierto**. pág. 1.

Resumiendo los diversos criterios respecto de la definición y conceptualización relativas a la figura del agente encubierto, puede concluirse que agente encubierto es el empleado o funcionario público, con valores especiales, perteneciente o no a las fuerzas policiales de seguridad del Estado, 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.

5.1.1. Fundamentación.

Para quienes propician esta técnica investigativa, su fundamento radica en una cuestión de política criminal, analizada en el capítulo II del presente trabajo investigativo, que justifica las consecuencias disvaliosas 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.

Generalmente la adopción de esta técnica investigativa tiene su cimiento y justificación en la insuficiencia de medios tradicionales de investigación, 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.

En la referida ley contra la delincuencia organizada, aprobada de urgencia nacional, 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. Difiriendo de criterio en cuanto a ésta última parte, por las razones que se argumentarán más adelante.

Al igual que en otras legislaciones, verbigracia la ley Argentina, nuestra ley estructura tres formas de investigación, de relevancia significativa; a saber:

- De afuera hacia adentro, a través del denominado “agente encubierto”.
- Desde el mismo interior de la organización, a través del “arrepentido”, identificado en nuestra ley como “colaboración en la persecución penal de la delincuencia organizada” y “Derecho penal premial”.
- 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.

5.2. Casos de procedencia.

Los presupuestos o requisitos de procedencia para la solicitud, autorización y designación de un agente encubierto son los siguientes:

- La existencia de una investigación previa. Cuando el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de un grupo delictivo organizado, ordenará a la autoridad policial respectiva, que realice un análisis con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes, los lugares donde y con quien realizan sus operaciones y si fuere posible, los puntos débiles de la misma.
- La comprobación de un delito. En la solicitud de la operación encubierta, que debe hacerse por escrito, se debe indicar la descripción del hecho que se investiga indicando el o los posibles delitos en que se incurre.

- Imposibilitación de la consumación de un delito. Los agentes encubiertos que tuvieren conocimiento de la futura comisión de delitos de lesa humanidad, deberán ponerlos en conocimiento inmediato de las autoridades respectivas a efecto de evitar la comisión de los mismos.
- Individualización y detención de los autores, partícipes o encubridores. De igual manera, en la solicitud de autorización de la operación encubierta, debe indicarse cuando se conozca, el nombre, sobrenombre o cualquier otra circunstancia que permita identificar a las personas integrantes, presuntamente vinculadas a la organización criminal o las operaciones ilícitas de las mismas.
- Obtención y aseguramiento de medios de prueba. Durante la operación encubierta, los fiscales deberán documentar la información que reciban verbalmente de los agentes encubiertos. Esta podrá obtenerse mediante seguimientos, vigilancias, grabaciones de voces de las personas investigadas, la utilización de micrófonos u otros mecanismos que permitan tal finalidad, fotografías, grabaciones de imágenes, u otros métodos técnico científicos que permitan verificar la información proporcionada por los agentes encubiertos.

5.3. Determinación de las personas que pueden actuar como agentes encubiertos.

Existen diferentes opiniones acerca de que tipo de persona puede actuar o ser designada como agente encubierto, al respecto se ha unificado criterio en definir que debe tratarse de un agente estatal, sin embargo existen tres posturas que se han planteado para establecer que tipo de agente estatal es el idóneo para desempeñar dicha labor; exponiéndose a continuación las diferentes alternativas:

- La primera postura sostiene que el agente encubierto debe pertenecer únicamente a las fuerzas armadas del Ejército Nacional, en consecuencia esta postura excluye a los miembros de las fuerzas policiales civiles, 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, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, 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 las anteriores alternativas y la citada disposición legal, se considera como criterio de la presente investigación, que no debe restringirse la intervención únicamente a agentes policiales en las operaciones encubiertas, pudiendo extenderse la designación a los empleados o funcionarios públicos de un órgano administrativo, específicamente quienes se desempeñan en el servicio aduanero guatemalteco, toda vez que dichos funcionarios y empleados poseen los conocimientos especiales en materia aduanera, debido a que constantemente en razón de su función, se encuentran relacionados en actividades atinentes con el intercambio internacional de mercancías en virtud que corresponde a la Intendencia de Aduanas de la Superintendencia de Administración Tributaria, el control aduanero del flujo de mercancías, máxime si se toma en cuenta que las organizaciones dedicadas a la narcoactividad, utilizan las exportaciones e importaciones de mercancías como el medio más efectivo para traficar grandes cantidades de drogas ocultas o simuladas en los productos que comercian a través del tránsito comercial internacional.

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.

5.4. Autoridad encargada de disponer la autorización de las operaciones encubiertas y la designación del agente encubierto.

La figura del agente encubierto plantea la problemática de establecer cual 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, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, 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, nuestro criterio difiere 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, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, claramente se advierte que dicha autorización conlleva una serie de limitaciones a garantías individuales y constitucionales, que necesariamente necesitan autorización judicial; por ejemplo: El Artículo 23 de la ley contra la delincuencia organizada, que regula las facultades de los agentes encubiertos, indica: “Para el objeto de la presente Ley, los agentes encubiertos estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del imputado o lugares donde el grupo delictivo organizado lleve a cabo sus operaciones o transacciones.” Está claro que a raíz de la autorización de la operación encubierta por parte del Fiscal General de la República 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...” 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 seis constitucional.

Como inferencia de lo anterior, es preciso tomar en cuenta que nuestras leyes regulan el principio de supremacía constitucional, es decir, que cualquier norma que contradiga lo establecido en la ley constitucional es nula de pleno derecho, dicho principio se encuentra recogido en el Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al afirmar que: “... Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan,

restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.” 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 no goza de ninguna credibilidad, toda vez que se ha politizado la designación de dicho funcionario gubernamental, quien debido al compadrazgo y dependencia existente, termina por alinearse a las conveniencias del gobierno de turno, como ha sucedido en este último periodo del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, que se ha dedicado gran parte de recursos en perseguir políticamente a funcionarios de gobiernos anteriores; de tal suerte que concederle a dicho funcionario la potestad de autorizar operaciones encubiertas y designar agentes encubiertos, puede ser utilizada de forma distinta, subjetiva y arbitraria, riñiendo con los fines para los que fue creada; siendo distinto el caso 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 y a las leyes, sin que ninguna otra autoridad pueda intervenir en la administración de justicia.

Por otro lado, por la forma como se encuentra redactada la ley contra la delincuencia organizada, el juez de primera instancia prácticamente no tiene ningún control sobre los casos en los que puede autorizarse o no una operación encubierta, es más ni siquiera puede enterarse que en un determinado caso se realizó una operación encubierta y que sus resultados fueron negativos por haber sido permitida sin existir realmente motivos que justificaran su autorización; es decir que difícilmente el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público rechazará una solicitud de autorización de operación encubierta que le formule un fiscal en un caso

determinado, aunque no se cuente con suficiente fundamento, en virtud que no existe independencia entre quien formula la petición y quien la resuelve en tal sentido se encuentra parcializado y se compromete su objetividad al momento de resolver.

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 se 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.

5.4.1. Requisitos de la solicitud de la operación encubierta.

La solicitud de una operación encubierta debe dirigirse por escrito al Fiscal General de la República 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, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República, 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.

5.4.2. 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, Decreto 21-2006 del Congreso de la República, 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.

Éste 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 uno y 30 inciso e). Su origen se debe a la doctrina conocida como “entrapment o entrampamiento”, que se puede exponer del siguiente modo: “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.”

Para Rendo, “El entrampamiento 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 entrampamiento 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 entrampamiento 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”.¹³

¹³ Rendo, **Ob. Cit**; págs. 10 y 11.

5.5. Modalidades de la actuación del agente encubierto.

La actuación encubierta presenta dos supuestos diferentes:

- La incorporación del agente a una organización delictiva: En esta primera forma de actuación el agente 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.
- 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, por tal motivo no es condición que esta información sea brindada personalmente por el agente encubierto, lo más apropiado es que la fuerza de seguridad policial a la que pertenezca el agente, disponga la manera más conveniente para contactarse con el mismo, recibir los datos, que luego serán comunicados al fiscal del Ministerio Público encargado del caso; Así lo dispone el Artículo 25 de la ley 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.

5.6. Exención de responsabilidad penal del agente encubierto.

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 éstos delitos.

En estos casos se ha pensado que resulta conveniente y justo eximir de responsabilidad penal al agente encubierto, solución que ha adoptado nuestra legislación al igual que otras legislaciones comparadas que regulan el instituto del agente encubierto.

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

La ley determina asimismo las condiciones que debe reunir la actuación del agente encubierto cuando cometa algún delito, siendo las siguientes:

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

Otro aspecto que no se tomó en cuenta en la ley contra la delincuencia organizada 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 otras legislaciones comparadas como la 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”.¹⁴

5.6.1. Sanción del agente encubierto.

La ley contra la delincuencia organizada, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, contempla también sanciones para los agentes encubiertos que no cumplan con las condiciones impuestas, para el efecto preceptúa el Artículo 31. “El agente encubierto que cometa delito por extralimitarse en las actividades generales a que está autorizado, será sancionado con la pena señalada para el delito cometido aumentada en una cuarta parte.”

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

¹⁴ **Ibid.** pág. 6.

de la misma y si fuere procedente, deberá formular la acusación respectiva para el procesamiento del agente encubierto.

5.7. Medidas de protección y beneficios para el agente encubierto:

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 descubierta 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.¹⁵

Lamentablemente en la ley contra la delincuencia organizada, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, 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. Es imprescindible que se tome

¹⁵ **Ibid.** pág. 7.

en cuenta esta omisión en los reglamentos que de la ley contra la delincuencia organizada emita el Organismo Ejecutivo, para garantizar la seguridad del agente encubierto y su familia y se estimule su colaboración a efecto de que se cumplan los fines de la institución.

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, Decreto número 70-96 del Congreso de la República de Guatemala, 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, incluyendo gastos de vivienda, transporte y subsistencia.
- Protección con personal de seguridad en la residencia o lugar de trabajo del beneficiario.
- Cambio de identidad del beneficiario.
- Cualquier otro tipo de beneficio estimado necesario por el Consejo Directivo.

Para gozar de estos beneficios, se debe presentar una solicitud escrita por el fiscal encargado del caso a la Oficina de Protección, la que analiza el expediente y si lo estima necesario otorga los beneficios señalados, tomando en cuenta además, los aspectos a que se refiere el Artículo 11 de dicha ley, previendo la ley que dichos beneficios puedan extenderse cuando sea necesario, al cónyuge o conviviente, padres, hijos, hermanos y cualquier otra persona ligada al beneficiario y que esté expuesta a riesgo por las mismas causas.

A pesar de existir el programa descrito, en la realidad no funciona como una institución eficiente, toda vez que el presupuesto que le ha asignado el Ministerio Público es limitado, debido a las propias carencias de dicha institución, en ese sentido de acoger en ese programa a los agentes policiales que participen como agentes encubiertos, tendría que incrementarse los recursos económicos asignados a dicho programa, pues caso contrario se estaría dejando en estado de indefensión a dichas personas respecto de la infraestructura y cuantiosos recursos con que cuentan las organizaciones criminales.

5.8. Instituciones relacionadas con el agente encubierto.

5.8.1. 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 delitos.

5.8.2. 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.

Esta figura ha sido la predominante en nuestro medio, 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.

5.8.3. El arrepentido.

Se conoce con el nombre de “Derecho penal premial” 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, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, contempla esta institución en el título quinto “Colaboradores”, capítulo primero “Colaboración en la persecución penal de la delincuencia organizada”, Artículo 90, que establece: “Derecho penal premial. 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.
- 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, Ángel Daniel Rendo, refiriéndose a una norma similar en la legislación argentina menciona las siguientes críticas que se esgrimieron: “El Doctor Arslanián expresó que se trataba de un modelo errático debido a que era asistemático con el régimen de ejercicio de la acción

penal dentro del proceso, dando cabida al principio de oportunidad en la esfera del Ministerio Público, ya que quedaba facultado en ciertos y determinados supuestos legales, a decidir en que casos no iba a perseguir o solicitar pena con respecto de quien colaborara o hiciera un aporte con algún grado de utilidad. También afirmó que la norma resultaba inconstitucional pues afectaba la garantía del debido proceso y el principio de igualdad.” “El Doctor Terragni, expresó que el arrepentimiento se basaba en una declinación moral por parte del Estado, ya que aceptaba una transacción con una persona que en principio sería un delincuente involucrado en un hecho ilícito.” “Por su parte el Doctor Gordo, citando a Carrara expresó que repugna que la ley determine con anticipación que cuando confiese en perjuicio propio o de sus cómplices tendrá un atenuante de pena, porque esa norma parece una transacción con el delito, ofende el sentido moral de algunos y hace que haya un incentivo para la delincuencia.” Y por último “El Doctor Maier señala que consistía en una compra de impunidad que realizaba una persona que no estaba arrepentida de nada sino que negociaba desde una situación de inferioridad y lo curioso era que obtenía más ventajas cuando era más inmoral. Cuanto más comprometido estaba con el delito, cuando más injusta era su conducta, cuanto mayor era el contenido de su proceder, más datos tenía para ofrecer; en consecuencia tenía más perspectivas de obtener impunidad.”¹⁶

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.

5.8.4. 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 nuestro 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

¹⁶ **Ibid.** págs. 17 y 18.

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, Decreto número 21-2006, del Congreso de la República de Guatemala, que lo define en el 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.

5.9. Críticas respecto de 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, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala; 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, Decreto número 70-96 del Congreso de la República de Guatemala, es infuncional.

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.

Rendo, menciona algunas de ellas: “El Doctor Maier se manifestó en contra del agente encubierto, argumentando que por primera vez en la legislación se daba la posibilidad de que se mandara a una persona, autorizándola a cometer delitos y con una amplitud que prácticamente no

era conocida en el derecho, lo que transformaba a quien lo autorizara en autor mediato de los delitos que se cometan”.

“El Doctor Sancinetti, por su parte, expresó que en el nombre de una eficacia pagada con la ilegitimidad de los procedimientos, el propio Estado se vestía de delincuente y se lanzaba a participar en el delito, introduciendo de esta forma criminales autorizados a delinquir por resolución fundada de un funcionario como autor mediato. A través del agente encubierto el Estado se asociaba con el delito, perdonándose a sí mismo, pero penando a sus socios. Al referirse al aspecto ético, se preguntó como podía reconocerse a sí misma la sociedad como ente moral, si al decir que combatía el delito, se transformaba en delincuente.”¹⁷

5.10. Regulación de la figura del agente encubierto en la legislación comparada.

5.10.1. 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, modificatoria de la ley 23.737 Régimen penal de estupefacientes, que establece en el Artículo 31 Bis. 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.

¹⁷ **Ibid.** págs. 12 y 13.

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.

5.10.2. En España.

La técnica investigativa de operaciones encubiertas se encuentra normada en España, en el Artículo 282 Bis, de la ley de enjuiciamiento criminal, ley orgánica 5-1999 de fecha 13 de enero de 1999. Dicha ley regula como presupuestos previos para la autorización de agentes encubiertos 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, una vez autorizada por el juez o fiscal competente, por un plazo de seis meses, prorrogables por periodos de igual duración.

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.

Como marco de actuación del agente encubierto, dicha ley regula que deberá actuar bajo identidad supuesta en todo lo relacionado con la investigación concreta y participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. Como límites a la actuación del agente encubierto se regula la provocación al delito, actos de investigación que afecten derechos fundamentales, actos de los que se derive responsabilidad penal, salvo los supuestos tasados en esa ley.

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.

5.10.3. 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 Chilena, 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.

5.11. Regulación de la figura del agente encubierto en la legislación penal guatemalteca y su importancia como instrumento para combatir el flagelo de la narcoactividad.

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.

Particularmente, se considera en el presente trabajo de investigación, 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.

Tales declaraciones generaron más dudas y desconfianza, en vista que podría interpretarse que existen intereses ocultos que pretenden que la figura del agente encubierto sea únicamente monopolio de quienes ostentan el control de la seguridad estatal y de esa manera solapar o encubrir actividades reñidas con la ley. Y de alguna manera la ley recogió este criterio, toda vez que se descartó que fuera el juez contralor quien autorizara su utilización, confiriéndole dicha facultad, como ya se expuso, al Ministerio Público como ente encargado de la investigación.

Fue así como después de cabildeos legislativos, consensos, discusiones, y reformas, el Congreso de la República de Guatemala, aprobó con fecha 30 de marzo de 2006, el Decreto número 01-2006, que contenía la “Ley para combatir el crimen organizado y la delincuencia común”, que entre otras regulaciones incluía la creación de la innovadora figura del agente encubierto. Sin embargo por un error intencional o deliberado, dicha ley contemplaba en el último párrafo del Artículo tres que quien cometiera cualquiera de los delitos que la misma ley considera de alto impacto, será sancionado con la mitad de la pena máxima señalada para el delito de que se trate, es decir que en lugar de endurecer las penas para los delitos cometidos por organizaciones del crimen organizado, éstas se reducirían a la mitad; lo que provocó las inmediatas reacciones de desaprobación por parte de funcionarios de gobierno, del Colegio de Abogados y Notarios,

Asociaciones de Juristas, y de las Organizaciones Sociales, quienes urgieron y exigieron al Congreso de la República enmendar el craso error cometido.

En una decisión histórica y sin precedentes en la República de Guatemala, el Congreso de la República, envió al Organismo Ejecutivo la ley aprobada, solicitándole al Presidente de la República que la misma fuera vetada y devuelta al Organismo Legislativo para corregir los errores incurridos y que lejos de castigar, beneficiaban a las organizaciones criminales. Veto que hizo efectivo el Presidente de la República mediante Acuerdo Gubernativo número 203-2006.

El Congreso de la República de Guatemala, aprobó con fecha 19 de julio de 2006, después de las reformas pertinentes, el Decreto número 21-2006 que contiene la “Ley contra la delincuencia organizada”, que de igual forma crea la utilización de la técnica investigativa del agente encubierto y las operaciones encubiertas.

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, en virtud que ante los constantes cambios que se han venido efectuando en nuestro 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.

CONCLUSIONES

1. El flagelo de la Narcoactividad representa una amenaza para la sociedad guatemalteca, principalmente la juventud, en vista que nuestro país ha sido utilizado como puente del tráfico de drogas, principalmente hacia Estados Unidos por su estratégica ubicación geográfica, convirtiéndose además, desafortunadamente en un país consumidor.
2. El combate a las organizaciones criminales dedicadas a la Narcoactividad, es una tarea difícil de realizar, derivado de la sofisticada organización estructural de que están provistas las mismas.
3. Se justifica la creación de la figura del agente encubierto no obstante las diversas críticas que se le formulan, debido a la inocuidad e ineficacia de los métodos tradicionales de investigación para combatir el narcotráfico y sus organizaciones.
4. La figura del agente encubierto, creada en la Ley contra la delincuencia organizada, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República, implica la aplicación de una técnica moderna de investigación mas eficiente, que permitirá que pueda infiltrarse en una organización delictiva con el objetivo de obtener información sobre la misma, en relación a sus integrantes, métodos de funcionamiento, financiación, etcétera.
5. El hecho que la autorización de las operaciones encubiertas sea atribución del Ministerio Público, podría dar lugar a la formulación de impugnaciones por parte de quienes tengan interés de que se anule dicho procedimiento, debido a que la intervención del agente encubierto supone la restricción de algunos derechos, principios y garantías protegidas por la Constitución Política de la República de Guatemala, y que únicamente un juez competente está en la facultad de limitar; lo que eventualmente provocaría la debilitación y desgaste de la Institución del agente encubierto e incertidumbre respecto de su legalidad.

6. Sin duda alguna la técnica investigativa del agente encubierto, será un instrumento estatal eficaz, en las operaciones dirigidas a combatir la narcoactividad, vislumbrándose una positiva solución a este flagelo, siempre que se extremen las medidas de control respectivas, equilibrando la balanza entre el combate eficaz de este tipo de organizaciones y la plena vigencia del respeto de los derechos, principios y garantías individuales, consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala.

RECOMENDACIONES

1. Es imprescindible que el Estado reforme la Ley contra la delincuencia organizada, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República, en el sentido que la autorización de las operaciones encubiertas, sea facultad exclusiva del juez de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente, a efecto de que sea quien controle la legalidad de los procedimientos y el Ministerio Público ejerza funciones como ente encargado de la persecución penal, limitándose a dirigir la investigación llevada a cabo mediante el uso de ésta técnica.
2. Que el Ministerio de Gobernación implemente una oficina especial para capacitación de agentes encubiertos que podría funcionar adscrita a la Academia de la Policía Nacional Civil, siendo la encargada de la selección de aquellos funcionarios policiales destinados a actuar como agentes encubiertos, previo riguroso análisis de sus cualidades técnicas y personales, con el propósito de reducir al mínimo el riesgo de corrupción; así como la capacitación permanente de los mismos a efecto de evitar improvisaciones en el ejercicio de sus funciones.
3. Que el Estado fortalezca el Servicio de protección de sujetos procesales y personas vinculadas a la administración de justicia penal o en su caso sea creada una oficina especial, con suficientes recursos económicos y logísticos, a efecto de hacerla funcional, y se encargue de la protección efectiva del agente encubierto y su familia, con absoluta celeridad, una vez que su identidad sea revelada por cualquier causa, otorgándosele además una remuneración adicional, por los resultados obtenidos derivados de su trabajo y la opción de decidir su permanencia en la institución policial o darse de baja con un régimen especial de retiro voluntario.
4. Se regule en la Ley contra la delincuencia organizada, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, o en su reglamento, el procedimiento a seguir, para aplicar la exención de responsabilidad penal, establecida en la ley, cuando un agente encubierto sea detenido por imputársele cualquiera de los delitos que la ley lo autoriza a

cometer en el ejercicio de sus funciones y la forma de resolver su situación jurídica, sin quedar en evidencia su identidad real.

5. Se contemple en la Ley contra la delincuencia organizada, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, la participación y colaboración de funcionarios o empleados del Servicio Aduanero guatemalteco, como agentes encubiertos, toda vez que dichas personas ejercen el control de las mercancías que ingresan al territorio aduanero nacional y poseen conocimientos específicos sobre el despacho de mercancías en las aduanas de Guatemala, lo que permitiría detectar con mayor facilidad el ingreso de drogas en los cargamentos de mercancías que se importan al país.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBEÑO OVANDO, Gladis Yolanda. **Derecho procesal penal**. Guatemala, Editorial Llerena; 1996.
- BARRIENTOS PELLECCER, César. **Derecho procesal penal guatemalteco**. Guatemala, Editorial Magna Tierra; 1997.
- BERISTAIN, S.J. Antonio. **La droga, aspectos penales y criminológicos**. Bogota, Colombia Editorial Temis, S.A.;, 1986.
- BINDER BARZIZZA, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. Buenos Aires, Argentina, (s.e), 1993.
- CAFFERATA NORES, José. **La prueba en el proceso penal**. Buenos Aires, Argentina, Editorial de Palma; 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal penal**. México, Editorial Rodríguez; 1998.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal**. Buenos Aires, Argentina, Editorial de Palma; 1951.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho procesal penal**. (s.l.i.), Casa Editora S.A., 1991.
- EDWARD, Carlos Enrique. **El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada**. Argentina, (s.e.), 1995.
- HART, Tomy. **Operaciones encubiertas**. Estados Unidos, (s.e.), 2002.
- HERRARTE, Alberto. **Derecho procesal penal**. Guatemala, Centro Editorial Vile, 3^a. reimpresión, 1993.
- MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires, Argentina, Editorial del Puerto; 1996.
- Ministerio Público, Guatemala. **Manual del fiscal**. Guatemala, (s.e.), Publicado por el programa de Naciones Unidas para el Desarrollo; 2001.
- OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina, Editorial Heliasta, S.R.I.; 1981.
- RENDO, Ángel Daniel. **Agente encubierto**. Argentina, (s.e), 2002.
- ROSALES BARRIENTOS, Moisés Efraín. **El juicio oral en Guatemala, técnicas para el debate**. Guatemala, Editorial Impresos GM.; 2,000.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1,986.

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

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73 y sus reformas.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 40-94 y sus reformas.

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

Ley contra la Delincuencia Organizada. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 21-2006.

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

Ley para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 70-96.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José de Costa Rica), Decreto número 6-78 del Congreso de la República.

Convención de las Naciones Unidas, contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. 1,988.