



UNIVERSIDAD DE CUENCA

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
CARRERA DE DERECHO**

**LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL SISTEMA PENAL
ECUATORIANO**

Monografía previa a la obtención del título de
Abogado de los Tribunales de Justicia de la
República y Licenciado en Ciencias Políticas y
Sociales

Autor:

Paúl Mauricio Yáñez Hidalgo

C.I: 010447615-5

Director:

Doctor Diego Xavier Martínez Izquierdo

C.I: 030156337-5

Cuenca-Ecuador

Enero 2017



RESUMEN

La figura del agente encubierto ha ido evolucionando a través del tiempo, tomando distintos matices y desarrollando su institucionalización en base a principios jurídicos, los cuales sustentan su aplicación en el ordenamiento jurídico de cada Estado.

Ahora, con el Código Orgánico Integral Penal, dentro de las técnicas especiales de investigación se incorpora la figura del agente encubierto, permitiendo así combatir el crimen organizado cuando es inaccesible por medio de una investigación que garantiza un debido proceso. Además de la aplicación del debido proceso, se debe ejercer un control de legalidad por parte de la autoridad competente y se debe asegurar la no vulneración de derechos fundamentales que podrían verse afectados.

Finalmente se señala algunos aspectos trascendentales que ocurren en la aplicación práctica de esta figura.

Palabras clave: Agente Encubierto, Medio, Investigación, Crimen Organizado.

ABSTRACT

The figure of the undercover agent has been evolving through time, taking different nuances and developing its institutionalization based on law principles, which sustain its application in the legal system of each state.

Now, with the Código Orgánico Integral Penal, among the special investigation techniques the figure of the undercover agent has been incorporated, allowing the fight against organized crime when it is inaccessible through an investigation that guarantees the Due Process of law. Besides of the application of the Due Process, a legality control must be applied by the competent authority, and the non-violation of fundamental rights must be guaranteed.

Finally, some transcendental aspects about the practical application of this figure are indicated.

Keywords: Covert Agent, Medium, Investigation, Organized Crime.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	10
CAPITULO I: EL AGENTE ENCUBIERTO COMO MEDIO DE INVESTIGACIÓN	13
1.1 – Antecedentes del Agente Encubierto “El Agente provocador”	13
1.2 El origen del Agente Encubierto.....	15
1.3 - Diferencia entre el agente encubierto y el agente provocador:	16
1.4 - Jurisprudencia al respecto.....	17
1.5 - El Agente Encubierto: Concepto.....	18
1.6 - Conceptos Doctrinales.	22
1.7 - Organización Criminal.	23
1.8 - Conceptos doctrinales.	25
1.9 - Principales características del agente encubierto.....	28
1.10 - Distinción entre otras figuras similares al agente encubierto.....	30
1.11 - La identidad ficticia.	32
1.12 La infiltración y la voluntad del agente encubierto.	33
1.13 - El sujeto activo en la operación.	34
1.14 - El agente encubierto un medio extraordinario y excepcional de investigación....	35
1.15 - Principios básicos que rigen la actuación del agente encubierto.....	35
CAPITULO II: ANÁLISIS DE EL AGENTE ENCUBIETO SEGÚN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.....	43
2.1 Concepto.....	43
2.2. Reglas para la procedencia del agente encubierto.....	47
2.3 Las entregas vigiladas y su procedimiento.....	51
2.4. El principio de reserva judicial, protección de la operación y remisión de elementos probatorios.....	56
2.5. La cooperación eficaz, su trámite, de la concesión de beneficios y de las medidas cautelares y de protección.	59
2.6. El informante.	65
2.7. Las investigaciones conjuntas y la asistencia judicial recíproca.....	67
2.8. El agente encubierto procesado.....	72
2.9. La responsabilidad penal, civil e institucional.	74



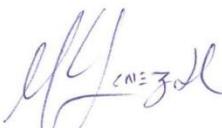
CAPITULO III: EL AGENTE ENCUBIERTO EN LA PRÁCTICA Y SU RELACIÓN CON LA VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES	78
3.1. Generalidades.....	78
3.2. El derecho fundamental a la intimidad.	79
3.3. El derecho fundamental a la no autoincriminación.....	81
3.4 Aplicación de la figura del agente encubierto y su problemática con respecto al derecho a la intimidad y a la no autoincriminación	83
CONCLUSIONES.....	88



Universidad de Cuenca
Cláusula de Propiedad intelectual

Paúl Mauricio Yáñez Hidalgo, autor de la monografía, **“LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO”**, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, enero de 2017.



Paúl Mauricio Yáñez Hidalgo.

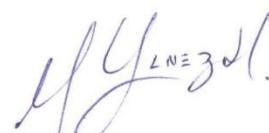
0104476155.



Universidad de Cuenca
Cláusula de Derechos de Autor

Paúl Mauricio Yáñez Hidalgo, autor de la monografía, **“LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO”**, reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de, Abogado de los Tribunales de Justicia del Ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicara afección de mis derechos morales o patrimoniales como autor.

Cuenca, enero de 2017.



Paúl Mauricio Yáñez Hidalgo.

0104476155.



DEDICATORIA

La presente monografía la dedico de manera especial a mis queridos padres Ligia Eulalia Hidalgo Calle y Willam Rene Yáñez Ordoñez, por su comprensión, paciencia, amor y apoyo incondicional en cada etapa de mi vida.



AGRADECIMIENTO

Mi profundo agradecimiento a todas las personas quienes aportaron en la realización de este trabajo de investigación.

Quiero expresar de manera especial mi agradecimiento:

Al Doctor Diego Xavier Martínez Izquierdo, por su entrega, colaboración y guía a lo largo del presente trabajo de investigación.

Al personal Docente de la Escuela de Derecho, Facultad de Jurisprudencia, de la Universidad de Cuenca, por todos los conocimientos y enseñanzas impartidas.

A toda mi familia por el apoyo brindado y su ejemplo en mi desarrollo como ser humano.

INTRODUCCIÓN.

Cuando hablamos de la figura del Agente Encubierto, es necesario establecer que dentro de una sociedad el crimen organizado presenta peculiares características, las mismas que han evidenciado una vertiginosa evolución y desarrollo a la delincuencia. Esto ha permitido a los delincuentes permanecer en la clandestinidad y de ésta forma burlar el sistema tradicional de Justicia Penal. Esta situación se debe en gran parte a la ineficacia de los medios ordinarios de investigación criminal, y por esta razón es necesario resaltar la importancia en el análisis de la figura del Infiltrado como un medio extraordinario de investigación tanto pre procesal como procesal, en miras a reforzar la lucha contra el crimen organizado bajo la dirección de la unidad especializada de la Fiscalía.

El crimen organizado, llamado también “una gran empresa” por su compleja estructura y sofisticación, es una figura relativamente nueva que se encuentra en constante desarrollo en nuestra sociedad. Difiere en gran medida a las formas comunes de delinquir, lo cual alerta a la sociedad y al sistema penal. Dentro de esta modalidad criminal, los delincuentes han creído necesaria la infiltración de un Agente Encubierto para ingresar en un ambiente cerrado. Ahora, al hablar del ingreso en un ambiente cerrado, debemos hilar fino, pues por un lado se encuentran los derechos fundamentales de las personas sujetas a una investigación y por otro la eficiencia del estado que se verifica por medio de la investigación que realiza el agente encubierto en el marco de un proceso penal garantista, es decir, nos referimos al *“ius puniendi”*.

Hoy en día es común leer en los encabezados de diarios o escuchar en las noticias nacionales, el protagonismo del crimen organizado en casos como narcotráfico, tenencia de drogas, lavado de dinero, etcétera. Esto ha obligado a que el legislador establezca estrategias para combatir esta modalidad delictiva y así evitar un mal nocivo que atenta contra la seguridad Estatal. Una operación encubierta puede ser considerada como un medio idóneo de prevención de delitos, o también como un medio que combate organizaciones criminales complejamente estructuradas que poseen poder económico e incluso conexiones internacionales.

Detrás del Agente Encubierto, siendo éste el protagonista de la operación antes mencionada, hay una compleja organización, en la que se debe cumplir ciertos requisitos, esto con fidelidad al principio de reserva y al proceso penal garantista. La unidad especializada de Fiscalía y el personal del Sistema especializado integral de investigación de medicina legal y ciencias forenses deben solicitar previamente al Fiscal la autorización de una operación encubierta aportando antecedentes necesarios que lo justifiquen. El Fiscal que autorice una operación debe fundamentar la misma, y una vez que se obtiene la autorización del fiscal, se designa un agente denominado Infiltrado que pertenece a los miembros de la policía nacional o de las fuerzas armadas. Es importante destacar que el infiltrado debe asemejarse a un hombre común, a un vendedor, a un drogadicto o a un banquero, con un rol que abarque las características propias de cada personaje en sus relaciones personales, en sus propiedades o automóviles, en su vocabulario, su estilo de vida, e incluso en su forma de vestir; para que de esta manera se facilite el contacto con la organización criminal y así adquirir su confianza para facilitar la operación. El Agente Encubierto es una persona debidamente entrenada para convertirse en un investigador que debe alejarse de su verdadera identidad y de su vida personal o familiar por el tiempo que sea necesario para ejecutar su operación eficazmente.

La actuación del Agente Encubierto tiene límites y restricciones pues se encuentran en todo momento bajo el control del Fiscal y no tienen autorizado el uso de sus atribuciones para delinquir. La espontaneidad con la que debe obrar el Agente Encubierto y la precisión en la ejecución de sus operaciones hacen que asumir este rol se convierta en un reto que debe llevarse a cabo con suma responsabilidad y discreción.

Una vez realizada una breve referencia a la figura del Agente Encubierto en nuestro sistema penal, es necesario delimitar el alcance de los capítulos que componen la presente investigación. El primer capítulo de esta investigación apunta a destacar aspectos generales sobre el Agente Encubierto, su origen, conceptos, las principales características, la identidad ficticia, la distinción entre otras figuras y las



características que le otorgan el carácter extraordinario a esta figura, todo esto con el fin de escudriñar las particularidades que rodean a la figura.

En el segundo capítulo se analizará la normativa vigente en el Sistema Penal Ecuatoriano, señalando de esta manera las reglas de procedencia, el informante, el principio de reserva y la responsabilidad del infiltrado.

Con relación al tercer capítulo, este será desarrollado desde el punto de vista de la praxis en cuanto a las diferentes organizaciones criminales. Se determinará los requisitos de idoneidad para ser agente encubierto, las personas e instituciones que autorizan una operación encubierta y demás aspectos procesales que se producen cuando se autoriza una operación encubierta en la práctica. También dentro de este capítulo analizaremos la lucha que existe entre el accionar estatal frente a las organizaciones criminales.

CAPITULO I: EL AGENTE ENCUBIERTO COMO MEDIO DE INVESTIGACIÓN

1.1 – Antecedentes del Agente Encubierto “El Agente provocador”

La figura del agente provocador se remonta a la época del Absolutismo Francés, periodo en el cual intervenía un delator con la finalidad de revelar información de enemigos políticos y entregarla a las autoridades de turno a cambio de privilegios.

El origen del agente encubierto es disputado. Para algunos autores, alusiones a esta figura se encontrarán en los relatos bíblicos, particularmente en el libro del Génesis en su capítulo III, versículos del 1 al 7. Para otros, el origen de esta figura estaría en la antigua Grecia, específicamente en las fábulas de Esopo (Esopo, III, fábula V, Aesopus et petulans). Por otra parte, muchos autores coinciden en que el origen del agente encubierto se remonta al origen de la expresión francesa “Agent provocateur”. Esta expresión hacía referencia a actividades de espionaje político surgidas en Francia bajo los Gobiernos de Luis XIV y Luis XVI, en la que determinados “agentes” promovían disturbios y atentados con el objetivo de crear un estado en el que se fundamentaran medidas de persecución contra los enemigos del régimen absolutista. En esta época, los agentes de la policía francesa inducían a otros a cometer delitos políticos con el objetivo de eliminar a individuos que eran vistos como peligrosos por el Gobierno. Un caso conocido fue la provocación con fines políticos en la época del Cardenal Richelieu, y sobre todo en tiempos de Luis XIV, con la organización policial a las órdenes del marqués de Argenson, cuya finalidad era, por una parte, la realización de acciones criminales con tintes políticos y por otra la creación de un clima en el cual se pudiera desarrollar la toma de medidas coercitivas desde el punto de vista social. La institución pasó entonces del espionaje a la provocación.¹

¹ DELL' ANDRO, Renato: “Agente Provocatore”.Enciclopedia del Diritto, p 864. Citado por SOLOGUREN INSUA, Felipe, El Agente Encubierto: *Peligro o beneficios en estados democráticos*, Santiago de Chile, 2008, p.9.

Los espiones de la policía se denominaban mouches o mouchards, se dividían en: i) aquellos que trabajaban clandestinamente para los inspectores (*observateur*) y ii) aquellos que operaban abiertamente, sujetos que habían estado detenidos, y que obtenían su libertad a cambio de colaboración (mouches). Las fuerzas del orden revolucionario, utilizaron agentes provocadores para descubrir los complotos en las prisiones, los cuales se denominaban moutons de prisons".²

Según Mario Daniel Montoya: El agente provocador tuvo una presencia constante en la historia política de Francia, durante l'ancien Régime, en la fase revolucionaria y posrevolucionaria.³

Esta figura ha aparecido además en los períodos de la Rusia Zarista, y también existen antecedentes en España en el período de la Inquisición, así como en los países Bajos para hacer efectiva la aplicación de la Ley de Alcoholes.⁴

La figura del agente provocador fue olvidada por la jurisprudencia y doctrina francesa hasta la Segunda Guerra mundial, época en la que resurgió. Luego se desarrollaría en Alemania en la segunda mitad del Siglo XIX al decir de Mario Montoya. En principio, la figura del agente provocador fue ocupada como una forma de control, fundamentalmente de intereses políticos.⁵

Para Ángel Rendo, el antecedente histórico más importante del agente encubierto es el agente provocador, que se define como el agente que induce a otro a cometer un delito, contribuye a su ejecución con actos de coautoría, pero lo hace sin

² SOLOGUREN INSUA, Felipe, *El Agente Encubierto: Peligro o beneficios en estados democráticos*, Santiago de Chile, 2008, p.9.

³ MONTOYA, Mario Daniel. *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis procesal y constitucional*. Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, p. 36. Citado por SOLOGUREN INSUA, Felipe, *El Agente Encubierto: Peligro o beneficios en estados democráticos*, Santiago de Chile, 2008, p.9.

⁴ CATALAN, Marco; VARGAS, Alejandro. *El agente encubierto en la ley 19.366.Seminario Ley de Drogas*. Memoria de título. Universidad de Chile, Chile, 2000, p.3. Citado por SOLOGUREN INSUA, Felipe, *El Agente Encubierto: Peligro o beneficios en estados democráticos*, Santiago de Chile, 2008, p.9.

⁵ CATALAN, Marco; VARGAS, Alejandro. ob. cit., p.3. Citado por SOLOGUREN INSUA, Felipe, *El Agente Encubierto: Peligro o beneficios en estados democráticos*, Santiago de Chile, 2008, p.9.

intención de lesionar o poner en peligro el bien jurídico afectado, con el objeto de lograr que el provocado pueda ser sancionado por su conducta.⁶

El agente provocador es una institución trascendental como antecedente del origen del agente encubierto. El trabajo del agente provocador ha cambiado del ámbito socio político al derecho procesal penal como una técnica para combatir el crimen, pero sin una debida regulación legal, por lo que la doctrina se encarga de promoverla para que las autoridades la regulen.

1.2 El origen del Agente Encubierto.

La figura del Agente Encubierto en Estados Unidos de Norte América se remonta al año de 1902, en donde funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, encargados de la seguridad pública, colocaban objetos como señuelos en lugares de alto índice delictual, los cuales eran vigilados por agentes disfrazados de civiles, con la finalidad de establecer la tendencia de las personas a delinquir. Una vez que una persona tomaba un objeto para apropiarse de él, intervenían agentes de la policía para hacer que esa persona desista de su conducta. Así, la figura del Agente Encubierto era utilizada para obtener datos estadísticos sobre las zonas con mayor índice delictual.

En la técnica antes mencionada se puede confundir al agente encubierto con un agente provocador; por ende se debe aclarar que en este caso, es decir en el caso del Agente Encubierto, el agente de policía ocultaba su identidad y además no incitaba a las personas a delinquir, sino más bien su finalidad era la prevención, diferente a la tarea del agente provocador.

Luego el agente encubierto juega un papel importante en la lucha contra el crimen organizado, en tareas de investigación y represión contra el terrorismo y el narcotráfico, en una época posterior a la Guerra Fría donde toma fuerza el tráfico de estupefacientes en países de alto consumo.

⁶ RENDO, Angel Daniel. “Agente encubierto” en <http://www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm>. Citado por Citado por SOLOGUREN INSUA, Felipe, *El Agente Encubierto: Peligro o beneficios en estados democráticos*, Santiago de Chile, 2008, p.9.

Surge entonces la doctrina de la “*Entrapment defense*”, la cual parte del estudio de un caso en el que un agente encubierto actúa para determinar si existió coacción para que el provocado cometiera un delito, valiéndose de una trampa por parte de la policía y así comprobar si existe una predisposición del provocado a delinquir, es decir, la doctrina versa sobre la legalidad de la técnica desarrollada por el agente, tomando en cuenta que la intención delictiva del provocado se encuentra en la intervención del agente provocador. Esta doctrina pretende establecer en este caso concreto que no existe violación de derechos fundamentales y que la declaración del agente cumple con los visos de legalidad. Vale aclarar que, si por una parte existe una provocación a delinquir, por otra parte la decisión de cometer una conducta delictiva bajo la estricta voluntad del investigado juega un papel importante, puesto que no toda persona al verse provocada a cometer un delito, efectivamente lo comete.

Sobre la codificación de la figura existen varios antecedentes. En Alemania, con fecha 15 de julio de 1992, se aprueba la ley contra el crimen organizado dentro del ordenamiento jurídico, en la que se utiliza como técnica de investigación a un policía infiltrado denominado en Alemania como “*Verdeckter Ermittler*” es decir a un agente encubierto o agente oculto.

En España la Ley Orgánica 5/99 de 13 de Enero se incorpora a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En su artículo 182 bis establece la actuación del agente encubierto en la lucha del crimen organizado, otorgando una identidad ficticia a miembro de la policía judicial. En esta legislación, la autorización es otorgada por el Juez o mediante solicitud fundamentada por parte del Fiscal, estableciendo tanto la identidad real y la nueva identidad del infiltrado.

La figura del agente encubierto es entonces incorporada en otras legislaciones dentro de su ordenamiento jurídico, debido a su importancia en la lucha contra el crimen organizado principalmente el narcotráfico y el terrorismo.

1.3 - Diferencia entre el agente encubierto y el agente provocador:

En la antigüedad no existía una diferencia clara entre el agente encubierto y el agente provocador, pero la diferencia resulta ser sencilla. Primero, podemos decir

que el agente encubierto mantiene una identidad ficticia para obtener la confianza del investigado y así obtener indicios, evidencia o elemento de convicción necesarios para prevenir el cometimiento de un delito o para combatir el crimen organizado mediante un debido proceso garantista. En cambio, el agente provocador se puede apreciar de dos formas 1) el que realiza espionaje en razón de un orden socio político. 2) el que incita a una persona a cometer un delito para someter al actor a la justicia pero dejando en discusión la voluntad del provocado, estas dos formas obedecen a su evolución en la historia.

Para la doctrina existen elementos de semejanza entre el agente encubierto y el agente provocador y estos son el elemento personal y las técnicas especiales de investigación específicamente la infiltración.

1.4 - Jurisprudencia al respecto.

Felipe Sologuren Insua, toma en consideración dos criterios jurisprudenciales, el primero pertenece a la Corte Suprema, rol Nº 801-2001, 31 de octubre de 2001, el mismo establece que: para delimitar aún más el concepto de agente encubierto los tribunales se han pronunciado al respecto y lo han diferenciado del agente provocador, señalando que ambas figuras no deben confundirse. Para ello citan el Informe de la Comisión Especial de la Droga emitido para el proyecto de ley 19.366 (antigua ley de Drogas), que señala que el agente encubierto en la medida que no induzca a la comisión de un delito no incurre en ninguna infracción de tipo penal.⁷

El segundo pertenece a la Corte Suprema, rol Nº 1496-2003, 5 de junio de 2003, en el que se establece lo siguiente: un ejemplo de la diferenciación que hace nuestro máximo tribunal entre agente encubierto y agente provocador, es en la sentencia de fecha 5 de junio del año 2003, en la que se sostiene “el accionar del carabinero como agente encubierto resultó legítima, pues no provocó ni indujo la

⁷ Corte Suprema, rol Nº 801-2001, 31 de octubre de 2001. Citado por SOLOGUREN INSUA, Felipe, *El Agente Encubierto: Peligro o beneficios en estados democráticos*, Santiago de Chile, 2008, p.34.

comisión del delito, sino que solo demostró interés (en la compra de drogas), lo que la ley considera lícito.⁸

1.5 - El Agente Encubierto: Concepto.

A mi criterio puedo establecer el siguiente concepto: el Agente Encubierto es aquel sujeto, miembro de la policía nacional o de las fuerzas armadas que se infiltra en una organización criminal, utilizando una identidad ficticia, con el objeto de investigar personas inmersas en organizaciones criminales y de esta forma conocer la preparación de delitos o su comisión, procurando conseguir los elementos de convicción necesarios que acrediten un comportamiento ilícito y así someter a estas personas a un proceso penal.

La justificación sobre la inclusión de la figura del agente encubierto se encuentra en la falta de eficiencia de los medios tradicionales de investigación, lo cual hace necesaria su aplicación ya que mediante un infiltrado “especialista en el engaño” es posible ingresar en organismos delictuales que se mantienen en la clandestinidad, con el objeto de realizar una investigación que permita descubrir sus actividades.

Según la Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americanana en su tomo III, la palabra Agente proviene del latín *agens*, del verbo *agere* que significa obrar. Su etimología indica el concepto general del vocablo: todo ente activo, diligente u oficioso, con capacidad de obrar y con facultades o poderes para producir efectos jurídicos.

En el lenguaje jurídico se conocen dos acepciones principales. La primera, en el sentido lato previamente enunciado, que generalmente se aplica al concepto de autor; designando de ese modo a la persona que realiza hechos o actos en el campo del Derecho y es responsable o, simplemente, ejecutor de los mismos. En el lenguaje del Derecho Penal se aplica la siguiente acepción: “la pena que corresponde al agente...” (art. 44, Cód. penal).

⁸ Corte Suprema, rol N° 1496-2003, 5 de junio de 2003. Citado por SOLOGUREN INSUA, Felipe, *El Agente Encubierto: Peligro o beneficios en estados democráticos*, Santiago de Chile, 2008, p.34.

En un sentido más restringido se señala a: la persona que obra en representación de otra ejecutando actos en su nombre, con la correspondiente autorización.⁹

Sobre la palabra Encubierto la Enciclopedia Jurídica Omeba en su tomo I, se remite a la palabra encubrir, a la cual la define como: "Ocultar una cosa o no manifestarla" o "Impedir que se vea, que se sepa ó se trasluzca algo que no conviene que trascienda" u "Ocultar su calidad o dignidad, haciéndose pasar por una persona más humilde y de condición inferior".¹⁰

El Diccionario de la Real Academia Española define el acto de infiltrarse como "penetrar subrepticiamente en territorio ocupado por fuerzas enemigas a través de las posiciones de éstas" o "introducirse en un partido, corporación, medio social, etc., con propósito de espionaje, propaganda o sabotaje"¹¹

Las definiciones contenidas en diccionarios abarcan generalidades y no establecen un concepto claro o certero sobre la figura del agente encubierto, para lo cual se debe adoptar conceptos doctrinales o remitirse a la ley, aun que vale aclarar que en algunas legislaciones la ley contempla la figura pero no la define como es el caso de nuestro Código Orgánico Integral Penal.

Al referirnos al caso de secuestro simple y hurto calificado agravado (constante en el proceso No. 28888, específicamente en la sentencia del 13 de febrero del 2008 de la Corte Suprema de Justicia Colombiana en su sala de Casación Penal) caso en el que la figura del agente encubierto fue considerada por la Corte Suprema como un informante.

La sentencia de casación de la Corte Suprema de Colombia señala como antecedentes del hecho lo siguiente:

"Jorge Andrés Salazar Castaño y Eliécer Nieto Giraldo fueron condenadas por el delito de hurto simple y robo calificado, el testimonio del infiltrado José Montoya fue crucial para fundamentar la sentencia condenatoria. Sin embargo, los sentenciados interpusieron recurso de casación aduciendo que el testimonio de Montoya devino

⁹ Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana Tomo III, Editorial Espasa, Barcelona, 1924, p. 61.

¹⁰ Enciclopedia Jurídica: Omeba, 1979, México D.F. p. 1236.

¹¹ Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la lengua española, Madrid, 2001.

como consecuencia de su participación en técnicas de investigación –infiltración de organización criminal, actuación de agentes encubiertos y entrega vigilada– sin cumplir las formalidades legales para su aducción, por lo que debió aplicarse el artículo que dispone que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho y deberá excluirse de la actuación procesal.

El aludido testigo tuvo conocimiento de los hechos como consecuencia de su actuación como informante y agente encubierto supervisado por miembros de la SIJIN de la Policía Nacional. Destaca que aquél manifestó en el interrogatorio que unos hombres le ofrecieron un camión hurtado porque creían que él trabajaba con un “patrón”, que fue a dar una vuelta como de cuatro o cinco cuadras para probar su estado y que acordó que la entrega se la hicieran al día siguiente, a las nueve de la mañana, porque aquellos le manifestaron que tenían afán. Que cuando le entregaban el vehículo frente al establecimiento “Galileo” esperaba con un paquete que supone era el dinero con el cual lo pagaría, momento en el cual los miembros de la policía judicial iniciaron el procedimiento que culminó con la captura de los acusados

En consecuencia, afirma que Montoya Franco, además de ser informante de la SIJIN, fue un infiltrado utilizado en la “flagrancia buscada o inducida”.

Si el testimonio de Montoya Franco no es admisible por su ilegalidad, el proceso no tendría la cantidad y calidad probatoria para demostrar la coautoría impropia de los acusados en los delitos de secuestro y hurto calificado agravado y se hubiese llegado a la conclusión de que la conducta de aquellos se adecúa en el delito de receptación calificada “sin percatar un estudio sobre el dolo como elemento subjetivo esencial en el delito que vulnera el bien jurídico de la administración de justicia”.¹²

En conclusión, la figura del agente encubierto se consideró como nula, pues la SIJIN no actuó con la autorización del Director Seccional de Fiscalías, y además

¹² Corte Suprema de Justicia Colombiana. Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de febrero de 2008, proceso No. 28888. Disponible en: [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/juris_28888_\(13-02-08\).doc](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/juris_28888_(13-02-08).doc)

debió posteriormente someterse al control de legalidad por parte del Juez; sino que actuó como una infiltración de facto.

Teniendo entonces solo un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual no admitió una demanda de casación penal de la defensa y consideró, entre otras cosas, que un informante que declaró en juicio contra el acusado nunca había actuado como agente encubierto en la etapa de investigación. El colombiano Andrés Ramírez Jaramillo, citando la sentencia de la Corte Suprema, señala frente a esta figura lo siguiente: *“En nuestro medio, los agentes encubiertos son funcionarios de la policía judicial o particulares especialmente seleccionados que actúan dentro del marco legal vigente y a largo plazo con la misión específica de combatir delitos peligrosos o de difícil esclarecimiento, quienes manteniendo en secreto su identidad, entran en contacto con la escena delictiva en orden a obtener información para neutralizar acciones delictivas y llevar a cabo la persecución penal cuando otras técnicas de investigación han sido frustradas o no aseguran el éxito perseguido.*

*Se observa entonces que en Colombia todavía no existe una jurisprudencia reiterada sobre la figura del agente encubierto...”*¹³

Nuestro sistema penal abarca la figura del agente encubierto en el Código Orgánico Integral Penal a partir del artículo 483, el cual se refiere a las Técnicas Especiales de Investigación, figura que en la práctica no es muy conocida pero que en la actualidad se está introduciendo dentro de las técnicas utilizadas por grupos especiales de la Policía para enfrentar el desarrollo y evolución que presenta el crimen organizado en nuestro país, específicamente en el narcotráfico, la trata de órganos y de personas. Al parecer nuestra seguridad se encontraría en crisis, debido a que cada día es común escuchar que personas desaparecen bajo el rumor del tráfico de órganos o para fines de explotación sexual, sin dejar de lado el tráfico y micro tráfico de estupefacientes latente en nuestro país. En el segundo capítulo

¹³ Corte Suprema de Justicia Colombiana. Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de febrero de 2008, proceso No. 28888. Citado por RAMIREZ JARAMILLO, Andres David, *El Agente Encubierto frente a los Derechos Fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación*, Antioquia, Universidad de Antioquia, 2010, p. 34.

ampliaremos el tema con el fin de establecer si la figura del agente encubierto es utilizada y de qué forma podría ayudar en la lucha contra el crimen organizado.

1.6 - Conceptos Doctrinales.

La doctrina establece que por regla general la figura del agente encubierto es una técnica de investigación extraordinaria, para la persecución de delitos de alta peligrosidad cometidos por organizaciones delictivas, cuando las técnicas comunes de investigación no son efectivas frente a un ambiente cerrado.

Para Fernando Yávar Núñez al referirse al agente encubierto manifiesta: “Se puede decir que el agente encubierto es un servidor público policial o de las fuerzas armadas que hace una investigación dentro de una organización criminal, muchas veces, bajo una identidad modificada, a fin de tomar conocimiento de la comisión de delitos, su preparación e informar sobre dichas circunstancias para así proceder a su descubrimiento, en algunos casos también a participar de la actividad ilícita.”¹⁴

Para Eduardo Riquelme Portilla, el agente encubierto es: “aquel funcionario policial que actúa en la clandestinidad, generalmente con otra identidad que desempeñan tareas de represión o prevención del crimen mediante infiltración en organizaciones criminales para descubrir a las personas que las dirigen”.¹⁵

Sergio Polittof señala que el agente encubierto es: “aquel funcionario policial que oculta su calidad de policía y se infiltra en la organización criminal por encargo, y con autorización de su servicio”.¹⁶

Para Angel Daniel Rendo el agente encubierto es: “un empleado o funcionario público que voluntariamente, y por decisión de una autoridad judicial, se infiltra en

¹⁴ YÁVAR, Fernando. *Orientaciones Prácticas al Procedimiento del Código Orgánico Integral Penal*. Guayaquil, edit. Producciones Jurídicas FERYANÚ, 2015. P. 575.

¹⁵ MUÑOZ SANCHEZ, Juan. *El agente provocador*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, p. 41. Citado por RIQUELME, Eduardo. *“El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo”*, Barcelona, 2006, p. 8.

¹⁶ POLITTOF, Sergio “el agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la ley 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas” en Gaceta Jurídica, Nº 203, año 1997, pag. 7-8.

una organización delictiva a fin de obtener información sobre la misma en relación a sus integrantes, funcionamiento, financiación, etcétera".¹⁷

Cafferata Nores define a la figura del agente encubierto como un funcionario público que fingiendo no serlo (simulando ser delincuente) se infiltra, por disposición judicial, en una organización delictiva (por ejemplo, de narcotraficantes), con el propósito de proporcionar “desde adentro” información que permita el enjuiciamiento de sus integrantes y, como consecuencia, el desbaratamiento de esa asociación ilícita”¹⁸.

Es importante resaltar que varios autores coinciden al dar una definición sobre el agente encubierto, estableciendo que es un funcionario público o policial que se infiltra en una organización delictual clandestina, con el objeto de recaudar información y pruebas que permitan el enjuiciamiento de los miembros pertenecientes a dicha organización.

1.7 - Organización Criminal.

Antecedentes.

Problemas sociales como el desempleo, el difícil acceso a la educación o la pobreza entre otros, son factores que impulsan conductas delictivas, que con el paso del tiempo van evolucionando en sofisticadas organizaciones criminales que permanecen en la clandestinidad. Estas organizaciones pueden llegar a utilizar técnicas de inteligencia para burlar el sistema judicial, ya que cuentan con recursos económicos casi ilimitados y su alcance en algunos casos trasciende fronteras nacionales.

Alfonso Zambrano Pasquel manifiesta que: “si bien podría decirse que sus orígenes se remontan al bandolerismo o las asociaciones ilícitas del siglo XIX, en realidad la práctica del crimen organizado como fenómeno asociado a los tráficos ilícitos, marca su inicio en la década de 1920 de Estados Unidos, en la que se prohibió la

¹⁷ RENDO, Angel Daniel, Revista Prudentia Juris No 53, Argentina.

¹⁸CAFFERATA NORES, J. I., *“Crisis de eficacia de la investigación penal, causas, peligros, soluciones (Derecho de la víctima a una investigación eficiente), Ejercicio concreto del poder penal. Límites, abusos, desafíos*, J. I. CafferataNorescoord., Córdoba, 2006, p. 233.

venta de alcohol y tabaco (mediante la conocida Ley Seca), circunstancia que a su vez dio paso al auge del contrabando clandestino e ilícito de estas mercancías y a la consecuente evasión fiscal en dicho país norteamericano. Este se constituye como un período fértil para el nacimiento del “gansterismo” y como su mayor personaje, surge la figura de “Al Capone”, uno de los principales líderes de las bandas mafiosas que emergieron en la ciudad de Chicago para esa época y que se dedicaron a las mencionadas actividades ilícitas”.¹⁹

El Alemán Hans Joachim Schneider señala: Sobre la definición de la criminalidad organizada se ha discutido mucho. Los especialistas no podían constatar unas características y una estructura orgánica homogénea, debido a que esta forma de criminalidad adapta sus múltiples actividades con mucha flexibilidad al cambio de la estructura socioeconómica y reacciona a las medidas de control adoptadas por la sociedad escapándose de ellas ágilmente. No obstante, para las instancias de persecución penal y para las ciencias criminológicas es necesario disponer de una definición, pues hay que saber qué se está buscando, a qué y cómo hay que reaccionar y qué se quiere investigar. Las medidas represivas utilizadas por la política criminal y los tribunales en las pesquisas y en la lucha de la criminalidad tradicional fracasan totalmente en el caso de la criminalidad organizada”.²⁰

La lucha contra el crimen organizado es antigua, pero debido a gobiernos de turno o transitorios que no tienen interés directo en solucionar el problema, sino más bien en acallar la presión social que se da en el país; provoca muchas veces que la delincuencia opere sin la menor preocupación en el sistema judicial o policial, que en algunos casos es controlado por estas mismas esferas criminales.

¹⁹ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. La delincuencia organizada trasnacional. La autoría mediata del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin. El derecho penal del enemigo. Ponencia presentada en la conferencia del II Congreso Mundial de Derecho Penal, Guayaquil-Ecuador, del 24 al 27 de noviembre del 2009, 30p. Recuperado el 15 de junio del 2010. En http://www.alfonso zambrano.com/doctrina_penal/index.htm.

²⁰ SCHNEIDER, Hans Joachim. *Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada*. Revista de Derecho Penal y Criminología, Madrid, N° 3, 1993, pp. 723-745.

1.8 - Conceptos doctrinales.

Varios autores definen al crimen organizado de diferentes maneras, siendo difícil encontrar un criterio específico y certero. Los autores que se mencionan a continuación se han manifestado sobre las organizaciones criminales de la siguiente manera:

Raúl Cervini, manifieta que: "La industria del crimen se va adaptando a la estructura de necesidades de la misma sociedad que, a su vez está determinada por su historia y la estructura económica, social y legal. Por ello independientemente de ciertas configuraciones organizativas transnacionales, el delito organizado tendrá una apariencia y realidad diferentes en cada sociedad".²¹

Luis Lamas Puccio, define a la delincuencia organizada así: "el concepto de delincuencia organizada o crimen organizado se refiere a las actividades delictivas de una naturaleza compleja, que son llevadas a cabo por varias organizaciones a gran escala, de manera más o menos estricta, bajo determinados parámetros conductuales, cuya finalidad es establecer, mantener y explotar mercados de bienes y servicios ilegales con fines de lucro y enriquecimiento indebido a costas de la sociedad...". "...A menudo implican la realización de una variedad de delitos, en especial en agravio de las personas, como pueden ser la amenaza, el secuestro, la extorsión, la intimidación y actos de violencia física. Un aspecto paralelo es la corrupción de toda clase de funcionarios mediante el soborno."²²

Zaffaroni establece en la introducción de su trabajo llamado "El crimen organizado una categorización frustrada" lo siguiente: "El crimen organizado constituye una denominación que se aplica a un número incierto de fenómenos delictivos por diversos especialistas. Por los medios masivos de comunicación, por los autores de ficción, políticos, así como los operadores de las agencias de del

²¹ CERVINI, Raúl. *Nuevos aportes al análisis del delito organizado como fenómeno global. Aspectos criminológicos y jurídicos*, en *Crimen Organizado*, São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais Ltda., 1997, p. 238.

²² LAMAS PUCCIO, Luis. *Manifestaciones del crimen organizado*. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, Volumen XI, N° 39, septiembre-diciembre, 1989, p. 158-159.

sistema penal (policías, jueces, administradores penitenciarios) cada uno con objetivos propios.

Se requiere una distinción para el entendimiento del fenómeno con el nombre de crimen organizado, esto es, la explicación de la categorización y la explicación de fenómenos que se aspira a categorizar.

La diversidad es fallida, dispersa y necesita de un análisis particularizado, prescindiendo de una falsa categorización que no alcanza para comprender de manera científica el fenómeno”.²³

A mi criterio puedo establecer que una organización criminal consiste en: un grupo de personas que constituyen una empresa ilícita, la cual goza de poder económico, estructura material, intelectual, internacional y administrativa; y que persiguen un fin común bajo sus propias reglas.

James R. Richards, en su obra “Transnational Criminal Organizations, Cybercrime, and Money Laundering” establece que: “La Dirección de Inteligencia Criminal de la Real Policía Montada de Canadá identificó catorce características de los grupos de crimen organizado, estas son:

- Corrupción y uso de influencias ilícitas, explotación de debilidades y chantaje de figuras públicas prominentes.
- Disciplina y obediencia a través del miedo y la violencia.
- Infiltración, esfuerzos constantes para ganar espacio en instituciones legítimas, con el objetivo de protegerse ante posibles detenciones.
- Aislamiento, protección de los líderes de la organización, separándolos de los soldados, célula por célula y función por función.
- Monopolio, control sobre ciertas actividades criminales dentro de un área geográfica, no tolerancia para la competencia.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El Crimen Organizado una Categorización Frustrada*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Buenos Aires, 1995, p. 1.

- Motivación, lográndola fundamentalmente por medio de la acumulación de riquezas.
- Subversión de las instituciones de la sociedad y de los valores morales y legales.
- Historia, lo que permite enriquecer su práctica criminal.
- Violencia, usada para fortalecer la organización.
- Sofisticación, uso de sistema de comunicaciones avanzadas, control financiero y operaciones.
- Continuidad, la corporación y la organización sobrevive a los individuos que la crearon.
- Diversidad en las actividades ilícitas, proteger a la organización de su dependencia de una sola actividad.
- Obligación de seguridad y protección de persona a persona y de la persona a la organización en ocasiones a través de complejos ritos de iniciación.
- Movilidad más allá de los límites nacionales y jurisdiccionales”.²⁴

La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional en su artículo segundo, literal a), establece que: Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;”²⁵

²⁴ RICHARDS. R James. Transnational Criminal Organizations, Cybercrime , and Money Laundering. CRC PressLLC.USA.1999. En

[https://murdercube.com/files/Spy%20Craft/Law%20and%20Law%20Enforcement/Transnational%20Criminal%20Organizations,%20Cybercrime%20&%20Money%20Laundering%20\(Law%20Enforcement%20Handbook\).pdf](https://murdercube.com/files/Spy%20Craft/Law%20and%20Law%20Enforcement/Transnational%20Criminal%20Organizations,%20Cybercrime%20&%20Money%20Laundering%20(Law%20Enforcement%20Handbook).pdf).

²⁵ La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional establece en su artículo 2, inciso a, Existe una edición del año 2000 de la Unión de Juristas de Cuba. En <https://www.unodc.org/pdf/cl/TOCebook-s.pdf>.

1.9 - Principales características del agente encubierto.

El agente encubierto debe gozar de características particulares que hagan de él un actor nato, ya que para que el agente encubierto logre la confianza de una organización criminal, es necesario que el infiltrado se despoje de sus hábitos personales y profesionales que pueden delatarlo, y actúe como un delincuente que desea formar parte de su organización.

Existen ocasiones en las que el infiltrado es un civil sin ningún entrenamiento, esto simplifica la operación, pues una persona común y corriente no presenta el vocabulario o el estilo propio de un policía o militar, el cual es difícil de despojarse. También en ocasiones es factible utilizar miembros nuevos de la policía, esto porque aún no han adquirido las características propias de un policía, las mismas que resultan ser perjudiciales para el infiltrado ya que revelarían su identidad.

Podemos hablar sobre la figura del agente encubierto como un instrumento esencial en la lucha contra la delincuencia organizada; claro está, siempre que se obre bajo el principio de legalidad y de proporcionalidad, sobre todo de conformidad al ámbito constitucional.

El fenómeno del crimen organizado se encuentra latente, no se detiene, estas organizaciones se especializan en delitos graves como la trata de personas, el lavado de dinero, el narcotráfico, terrorismo, la corrupción, etcétera.

Martínez Pérez manifiesta como uno de los objetivos del agente encubierto lo siguiente: "tendrá que perseguir el fin mediato centrado en el conocimiento interno de la organización, procurando así llegar a su desarticulación total".²⁶

Marta del Poza Pérez señala: "Es cierto que en España se conocen pocos datos acerca del perfil que debe tener un futuro agente infiltrado, pero debido a mi privilegiada posición he podido acceder a documentación que desarrolla un teórico

²⁶ MARTÍNEZ PÉREZ, R., *Policía Judicial y Constitución*, Navarra, 2001, p. 398.

perfil del agente, obtenido de la experiencia del FBI Estadounidense y del Reino Unido; estas son las cualidades que se indican que debe poseer:

1. – Autonomía personal para la toma de decisiones adelantándose a las situaciones, incluida la habilidad para enfrentarse a problemas y resolverlos.
2. – Eficiente, eficaz y competente.
3. – Capacidad para adaptarse al medio; para mimetizarse con él.
4. – Alta inteligencia, incluida la emocional.
5. – Equilibrado, calmado, que guarde el control.
6. – Capacidad de comunicación a todos los niveles: oral, gestual, lenguaje verbal y no verbal.
7. – Perfil de vendedor.
8. – Empatía, es decir, tener la capacidad de ponerse en el lugar del otro e interpretar las situaciones desde su punto de vista.
9. – Confianza en sí mismo con un alto grado de control interno.
10. –Dureza como equivalente a poco sentimental; no tiene que ser necesariamente alguien “frío”, pero sí que no se deje llevar por sus sentimientos.
11. –Flexibilidad, en el sentido de ser tolerante con los valores culturales y morales de otros.
12. –Tolerancia a la crítica y a la frustración; debe ser independiente, que no necesite la aprobación del medio.
13. –Confidencialidad y discreción.
14. –Capaz de asumir riesgos sin llegar a ser temerario.
15. –Preferentemente soltero y sin hijos.
16. –Resistente al dolor y con aguante físico considerable.

17. –Debe ser una persona vulgar y corriente. Sin manías.
18. –Edad: el rango ideal es entre 25 y 45 años, puesto que si es demasiado joven se corre el riesgo de que cometa errores por la necesidad de reafirmarse y demostrar su valía; por el contrario, si es demasiado mayor se temen en exceso las pérdidas y el cambio es mucho más difícil de asumir, así como el adaptarse a él.
19. –Aspecto físico corriente.
20. –Culto. Se necesita un nivel cultural medio–alto.

Por supuesto, todos estos rasgos son los que de manera deseable o preferible debería tener un agente encubierto con la finalidad de garantizar tanto el éxito de su investigación, como de su propia seguridad e integridad física; pero en ningún caso, variables como edad, rasgos físicos o sexo pueden invalidar a priori a una persona para ejercer como infiltrado...²⁷.

No está por demás aclarar que un agente encubierto debe ser un perfecto actor, capaz de protagonizar roles extremos en circunstancias reales, con la imposibilidad de quebrantarse, pues si lo hiciera, sería su fin.

1.10 - Distinción entre otras figuras similares al agente encubierto.

Es común en la práctica que la figura del agente encubierto sea confundida con facilidad con otras figuras como son: el informante, el arrepentido, el denunciante anónimo, el agente secreto y los undercover agents, pues presentan similares características, pero que no se confunden con las técnicas utilizadas por el infiltrado. En cuanto a la figura del agente provocador anteriormente ya se efectuó una referencia, por lo que a continuación se describirá las demás figuras en forma breve:

El informante: o también llamado confidente, es una persona que brinda información que puede llegar a ser primordial para el esclarecimiento de delitos y

²⁷ DEL POZO PÉREZ, Marta, *El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española*, 2011, p. 289-290, En <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/260/1023>.

lo hace de manera confidencial conjuntamente con la policía, con quienes debe existir un trato de por medio.

Esta figura se utiliza en la lucha contra la criminalidad, es decir contra el delincuente común o contra la delincuencia organizada. El informante puede ser cualquier persona e incluso personas inmersas en un ambiente delictual.

El arrepentido: al hablar del arrepentido se hace referencia a un imputado. Es una persona que realiza una conducta al margen de ley, es decir que comete un delito, el cual se le imputa y este brinda información significativa a la autoridad competente en busca de atenuar o eximir la pena que recaería sobre él.

El arrepentido es una persona perteneciente a un grupo delictual, que acude ante el Juez a fin de obtener los beneficios que la ley le otorga.

El denunciante anónimo: es una persona que conoce la comisión de uno o varios delitos y los pone en conocimiento de la autoridad competente con la finalidad de otorgar un elemento probatorio y cuya identidad permanece oculta en un proceso penal.

Originalmente el denunciante anónimo no es un medio de lucha contra el crimen organizado de manera específica, sino contra la criminalidad en general.

El agente secreto: o también llamado agente de inteligencia, en definitiva es un espía, miembro de los servicios de inteligencia de un Estado, su misión es buscar por medio de la infiltración información útil para intereses estatales, en este caso, sin la existencia de un proceso penal.

Las técnicas utilizadas por un agente secreto son distintas a las policiales. El agente de inteligencia busca proteger la soberanía estatal, evitando que información secreta o confidencial sea revelada.

Los “undercover agents”: es un modelo policial angloamericano el cual se refiere a un miembro de la policía que realiza tareas de investigación en organizaciones delictuales. La diferencia entre el agente encubierto y el “undercover agent” obedece a un criterio de género y especie, pues el agente encubierto se infiltra en

una organización concreta como el narcotráfico; en cambio, el “*undercover agent*” se infiltra en organizaciones delictivas sin que la investigación esté vinculada a una actividad en particular.

La diferencia principal radica en que la figura del agente encubierto presenta técnicas de investigación particulares, distintas a otras figuras.

1.11 - La identidad ficticia.

La identidad ficticia también recibe el nombre de identidad falsa, supuesta o “*Legende*”. Esta falsa identidad tiene que obtener un soporte real en documentos tales como licencias de conducir, pasaportes, cédulas, etcétera; para que el agente encubierto pueda infiltrarse en una organización criminal como una persona cualquiera, es decir, como un delincuente, un mendigo o un empresario, dependiendo la organización en la que pretende ingresar y el personaje adecuado con el cual pueda infiltrarse, representando entonces un personaje “alejado” de un ámbito judicial o policial.

Sin la utilización de la técnica de la identidad ficticia sería imposible obtener la confianza de grupos delictuales y mucho menos obtener una operación exitosa. Es por esta razón que las demás técnicas tradicionales de persecución contra el crimen organizado no surten efectos, siendo así que la figura del agente encubierto propicia la infiltración en ambientes delictuales cerrados.

Cuando hablamos de la utilización de la identidad ficticia nos referimos específicamente a un “engaño”, que se justifica por el ambiente cerrado, el peligro y la sofisticación que desarrollan las organizaciones delictuales hoy en día. Entonces podemos establecer que la identidad falsa es una técnica útil, adecuada e idónea cuando se requiere una infiltración, pues otorga credibilidad al agente encubierto y complica el hecho de que organizaciones delictuales puedan descubrir su verdadera identidad.

El engaño utilizado como técnica de infiltración, es la técnica más adecuada e importante para la desarticulación de organizaciones delictuales, pues no hay otra forma de penetrar en dichas organizaciones; y si una legislación contempla esta

figura respetando derechos constitucionales y fundamentales, su aplicación resulta ser perfecta al cumplir con su objetivo sin la vulneración de derechos.

Debemos dejar claro que ninguna operación encubierta tendría éxito, sin la identidad falsa del agente encubierto, pues sin ella no hay forma alguna de investigar a una organización criminal, de la misma forma debemos establecer que sin la aplicación del principio de reserva, trascendental en la lucha contra el crimen organizado, toda operación encubierta sería un fracaso.

Cuando se utiliza una identidad ficticia en una operación encubierta se pone en tela de duda la afección de derechos fundamentales como son el derecho a la intimidad y a la no autoincriminación, pues el agente encubierto convive con las personas inmersas en organizaciones criminales, es decir, conoce sus nombres, su familia y los actos que realizan día con día. Entonces, para establecer si existe o no violación de derechos fundamentales, debemos aplicar la ponderación, entre el principio de proporcionalidad, de legalidad y los derechos fundamentales que podrían verse afectados o restringidos.

Podemos decir que la técnica de infiltración oculta un doble engaño, el primero al obrar por medio de una identidad falsa y el segundo hace referencia a las intenciones que realmente tiene un agente encubierto en la búsqueda de información en un proceso penal. El engaño utilizado tiene un límite que es la identidad ficticia, cualquier otra actividad fuera de la identidad ficticia la sobrepasaría.

En conclusión, debemos entender a la identidad ficticia como una técnica específica de infiltración que permite ingresar en un ambiente cerrado, mediante el engaño y documentos que acreditan una identidad real, pero distinta a un agente encubierto que busca obtener pruebas trascendentales en un proceso penal.

1.12 La infiltración y la voluntad del agente encubierto.

La figura del agente encubierto está íntimamente ligada al carácter irrenunciable de la voluntariedad del infiltrado, por lo cual ningún agente por más que goce de experiencia, destreza y entrenamiento puede ser obligado por un policía de mayor

jerarquía o por un Juez. Esta voluntad libre se justifica por el arduo y peligroso trabajo al infiltrarse en una organización criminal, pues el agente arriesga su vida al hacerse pasar por un delincuente.

En caso de que un infiltrado acepte su cargo en una operación encubierta, lo debe hacer formalmente, expresando su consentimiento y voluntad. Además debe tomar en cuenta los riesgos que acarrean dicha aceptación, pues la infiltración puede extenderse durante mucho tiempo afectando sus relaciones personales, por ejemplo, hasta que el agente alcance la confianza de la organización delictual, o también puede ser que en una investigación prolongada el agente encubierto se contamine intelectualmente de la conducta y de las ideas de los criminales, acarreando responsabilidades civiles, penales y administrativas.

1.13 - El sujeto activo en la operación.

Siendo el agente encubierto la figura principal en una operación encubierta cuya actividad está dirigida a combatir el crimen organizado o a la prevención del delito, sin que su actividad se asemeje a la actividad de un agente provocador, entonces su conducta es totalmente lícita siempre que se actúe de acuerdo al principio de legalidad y de proporcionalidad. La conducta del agente encubierto, siempre debe enmarcarse en el respeto de los derechos constitucionales básicos y fundamentales, que en ocasiones se ve alterada por actos arbitrarios que provoca responsabilidad que debe ser imputada a los infiltrados que crucen su límite de actuación.

Como se señaló anteriormente, un agente encubierto debe ser un verdadero actor, una persona con entrenamientos específicos, esto debido al papel que juega dentro de una operación encubierta, en la cual, su vida se puede encontrar en riesgo al cometer tan solo un pequeño error. Es conveniente aclarar que un infiltrado debería ser estrictamente un miembro de la policía o un militar, es decir, un especialista en técnicas de infiltración y que tenga entrenamiento para actuar en el caso de ser descubierto.

La determinación del sujeto activo de la operación dependerá de cada legislación, es decir, la determinación si el agente encubierto puede ser un miembro de la

policía judicial, un miembro de las fuerzas armadas o un particular como técnica de infiltración, o si el agente encubierto es sujeto de responsabilidad ya sea civil, penal o disciplinaria cuando su conducta es arbitraria. La responsabilidad del agente encubierto y la pregunta de quién puede ser agente encubierto la desarrollaré con más detalle en los siguientes capítulos.

1.14 - El agente encubierto un medio extraordinario y excepcional de investigación.

La figura del agente encubierto debe ser utilizada en casos especiales de gran repercusión social, es decir que causen gran amenazas gravemente al orden social y estatal, como es el caso del tráfico de estupefacientes que hoy en día afecta incluso a niños de cualquier esfera social. Como hemos manifestado el agente encubierto debe ser un verdadero actor y es por esto que, las técnicas utilizadas son diferentes a las tradicionales o comunes para el descubrimiento de delitos.

Hablamos de un medio “extraordinario y excepcional” porque la utilización de la figura del agente encubierto en la práctica conlleva a una afección de principios constitucionales y derechos fundamentales, es decir que su utilización queda sometida al cumplimiento estricto de un proceso penal garantista vigente en un Estado de Derechos.

En síntesis, cuando se utilice a un agente encubierto se debe hacer con observancia de principios constitucionales básicos, derechos fundamentales y sobre todo el principio de necesidad para que de esta forma la aplicación de esta figura sea idónea.

1.15 - Principios básicos que rigen la actuación del agente encubierto.

El inciso primer del artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta: “*El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano,...*”²⁸ Al establecer que vivimos en un estado de derechos y justicia nos referimos a que el Estado efectivamente garantiza nuestros derechos y

²⁸ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, Montecristi, 2008.

libertades, es decir, otorga seguridad jurídica a los ciudadanos mediante un ordenamiento jurídico que garantiza la tutela judicial efectiva.

A continuación voy a establecer aquellos principios básicos que rigen la actuación del agente encubierto:

Principio de legalidad: el principio de legalidad es trascendental en la aplicación de la figura del agente encubierto, pues existe una estrecha relación entre Derecho y Poder. Debemos entender al principio de legalidad como aquel en el cual todos los miembros de un Estado e incluso el propio Estado, debe adecuar su actuar o su conducta al carácter general de la ley, es decir, que su actuar se justifique en el ordenamiento jurídico vigente

Cuando hablamos de legalidad debemos analizar de forma clara la diferencia entre mera legalidad y la estricta legalidad: Entonces nos referimos a mera legalidad cuando se discute legitimación formal, es decir, la existencia y vigencia de cualquier norma en el ordenamiento jurídico y nos referimos a estricta legalidad cuando se discute la legitimación sustancial, es decir, la validez de una norma frente a derechos fundamentales.

Al hablar de un ordenamiento jurídico vigente que contempla la figura del agente encubierto, no se encuentra ningún problema al analizar su mera legalidad, pero en cuanto a la legitimación sustancial es discutida, pues, en el tema que nos atiene se vulneran derechos fundamentales.

Nuestro Código Orgánico Integral Penal contempla la figura del agente encubierto por lo cual podemos decir que cumple con la condición de mera legalidad, pero al hablar de estricta legalidad es cuando se pone en duda su aplicación. Al respecto podemos decir que el actuar del agente encubierto en la práctica, su conducta y sus actos, están dirigidos a respetar derechos fundamentales, lo cual es difícil dentro de una organización criminal y frente a las técnicas de infiltración utilizadas, como es el caso del engaño.

El derecho a la defensa: cabe resaltar la importancia del derecho a la defensa, pues al tratarse de un método extraordinario, en el cual, por una parte el agente

encubierto opera en la clandestinidad en busca de elementos de convicción que sirvan al Juez como prueba, mientras que, por la otra parte encontramos a los presuntos criminales quienes pueden mantener su conducta, ya sea esta común o delictual, sin saber que existe una investigación en su contra.

El agente encubierto tiene la obligación de investigar organizaciones criminales con la finalidad de encontrar pruebas que permitan su desarticulación, pero las técnicas utilizadas presentan gran desproporcionalidad frente a la o las personas investigadas, pues cuando el infiltrado utiliza el engaño para penetrar un ambiente cerrado invade su intimidad o realiza preguntas que pueden ser consideradas como un interrogatorio prohibido, es decir, mientras el agente encubierto recolecta información que sirva como prueba dentro de un proceso penal, el derecho a la defensa del investigado se ve vulnerado.

El derecho a la defensa está consagrado tanto en la Constitución de la República en el artículo 76, numeral 7, en el que establece las garantías del derecho a la defensa, así como en el artículo 327 del Código Orgánico de la Función Judicial referente a la defensa con la que deben contar las personas en todo proceso judicial, aun cuando se hallen en incapacidad económica de contratar los servicios de un abogado.

En el derecho a la defensa consagrado en la Constitución, se evidencian dos aspectos: uno técnico, que hace referencia al derecho a ser asistido por un abogado como lo establece nuestra Constitución de la República en su artículo 76, numeral 7, literal g, al manifestar: “*en procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.*”²⁹ Y por otra parte, un aspecto material, que hace referencia al derecho de intervenir válidamente en un proceso penal, para poder desvirtuar la acusación.

²⁹Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, ibídem.

Principio de especialidad: el principio de especialidad nos dice que cada órgano debe actuar dentro de sus propias competencias, es decir que se aplica la especie dentro del género.

El principio de especialidad es claro al establecer que la autorización para una operación encubierta debe obedecer a un criterio de especie, es decir, que la investigación debe estar dirigida hacia una infiltración en el crimen organizado, más no a la criminalidad organizada que responde a un criterio de género. Siendo así, si en una investigación en la que el infiltrado busca información sobre el tráfico de estupefacientes y encuentra información distinta sobre el tráfico de órganos o nuevos imputados, debe informar a la fiscalía para que se dé inicio a una nueva investigación formal y específica.

Principio de retribución penal: según Jorge Machicado el principio de la retribución consiste en “*la imposición de un mal (la pena) para compensar otro mal sufrido (el delito). El delito es un mal, sino se castiga con otro mal sería una injusticia, la pena es una justa consecuencia.*”³⁰.

La relación de este principio con la figura del agente encubierto obedece a un carácter preventivo, es decir, que durante la investigación, cuando el infiltrado encuentra elementos validos de convicción, se pueden ordenar medidas preventivas incluso prisión preventiva como medios coactivos durante la investigación penal, de esta manera habría una anticipación de la pena, pues la consecuencia del delito debería ser la pena.

Principio de proporcionalidad: nuestra Constitución de la República en su artículo 76 establece lo siguiente “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas” y en su numeral 6 nos manifiesta “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”

³⁰ MACHICADO, Jorge, *¿Qué es la teoría penal de la Retribución?*, 2011, En <https://jorgemachicado.blogspot.com/2011/02/tpr.html>.

Cuando tratamos la figura del agente encubierto, siempre nos encontramos frente a un medio de investigación de carácter extraordinario, esto quiere decir que su utilización implica un riesgo de vulneración sobre derechos fundamentales, por lo cual, la injerencia del poder punitivo del Estado debe enmarcarse en el respeto a un debido proceso y a los derechos fundamentales de las personas investigadas. Por lo anterior expuesto, esta figura siempre debe aplicarse cuando se trate de organizaciones criminales que amenacen gravemente al orden social. De esta manera se confirma el carácter clandestino y el obrar al margen de la ley como presupuestos necesarios para que el agente encubierto justifique su actuar y opere de manera eficaz.

Principio de subsidiariedad: recordemos que en páginas anteriores mencionamos que la figura del agente encubierto es un medio extraordinario y excepcional que se debe aplicar cuando los medios tradicionales de investigación no sean eficaces y solo en organizaciones delictuales que permanecen en ambientes cerrados; es decir, una vez que se han agotado los métodos tradicionales de investigación, que resultan ser menos invasivos hacia los derechos y garantías constitucionales, solo en ese momento se debe aplicar la figura del agente encubierto.

Al principio de subsidiariedad también se lo denomina principio de excepcionalidad, esto porque, en la medida de que cuando un medio de investigación no cumpla con su finalidad, este debe ser reemplazado por otro medio que sea eficaz, útil y que otorgue resultados al cumplir con su finalidad.

Principio de control jurisdiccional: este principio hace referencia al control que ejerce la autoridad competente en la aplicación de una operación encubierta, es decir, el control jurisdiccional en la autorización, el avance de la investigación, la obtención de pruebas, el control judicial durante el proceso penal, con el objeto de hacer un seguimiento de la operación y de esta forma saber si el infiltrado está cumpliendo con sus deberes, si ha recolectado información sobre los imputados o si él ha vulnerado derechos fundamentales, etcétera.

Como hemos mencionado en páginas anteriores el infiltrado puede afectar derechos fundamentales de los investigados en el trámite de la operación encubierta, ya sea dentro del marco de la investigación en busca de pruebas o como también cuando el infiltrado realiza actos arbitrarios, por lo que, en la aplicación de esta figura se hace indispensable el control jurisdiccional.

La conducta del agente encubierto está sujeta al control jurisdiccional y al control de su jerárquico superior, pues si comete actos arbitrarios o no cumple con su obligación, la autoridad competente puede ordenar la cancelación de la operación encubierta y en algunos casos, en los que el agente encubierto sobrepase sus límites y realice conductas delictuales, puede ser sujeto de responsabilidad civil, penal o administrativa.

Al hablar de control jurisdiccional no referimos a la intervención judicial que no puede faltar, para otorgar un debido proceso que garantice la tutela judicial efectiva y que otorgue valor probatorio a la información obtenida por parte del agente encubierto.

Principio de necesidad: El principio de necesidad tiene como finalidad establecer que la figura del agente encubierto sea de última ratio, teniendo en cuenta que en la práctica de una operación encubierta, el infiltrado puede afectar derechos fundamentales de los investigados, siendo así su carácter extraordinario y excepcional.

El principio de necesidad de pena es el resultado próximo a la culpabilidad, entonces la pena deberá ser proporcional al grado culpabilidad y cumplir con el carácter de prevención general y especial.

Prevención general cuando el legislador determina la pena aplicable a un delito y prevención especial cuando el Juez establece una pena en sentencia a una persona por haber cometido un delito.

Principio de Lesividad: Zaffaroni al hablar del principio de lesividad nos manifiesta lo siguiente: "*Implica que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva*

cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo".³¹

Con respecto al principio de lesividad, podemos manifestar que, para que exista un delito debe existir un bien jurídico lesionado, mientras que lo que no ha causado ningún daño a nadie no puede ser sancionado por la ley penal.

Este principio relacionado con la figura del agente encubierto nos dice que el agente encubierto se encuentra en la obligación de conseguir evidencias, elementos de convicción, pruebas, etcétera; que demuestren al Juez la existencia de un bien jurídico lesionado. De esta manera si existe un bien jurídico lesionado, existe un delito, y como consecuencia del delito encontramos la imposición de la pena.

Principio acusatorio: este principio se caracteriza por la diferencia de la función de enjuiciamiento y la función de acusación, es decir, refleja la imparcialidad en un proceso penal garantista y nos hace notar como la unidad especializada de Fiscalía emprende la lucha contra el crimen organizado de manera extraordinaria y excepcional.

Principio de la carga de la prueba: es Fiscalía a quien le corresponde la carga de la prueba a través del agente encubierto con ayuda del jefe de la operación encubierta, pues a Fiscalía le corresponde impulsar la acusación. Entonces al Juez le corresponde valorar las pruebas para obtener convicción, mientras que al imputado le corresponde ejercer su derecho a la defensa, aunque, si el agente encubierto ha logrado recolectar información válida que le otorgue convicción al Juez, su culpabilidad y la sanción serían inmediatas.

Con respecto a las pruebas obtenidas, puede darse el caso de que el agente encubierto vulnere el derecho a permanecer en silencio consagrado en la Constitución de la República en su artículo 77, numeral 4, al hacer una declaración informal o también vulnerar el artículo 76, numeral 7, literal e, en el que se establece que: "*Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la*

³¹ ZAFFARONI, Eugenio R.; *Derecho Penal Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2^º Ed., 2005, p. 128.

presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.”³², pues el imputado no tiene idea de que se trata de una intervención. Por ejemplo, el agente encubierto puede vulnerar el derecho a la intimidad, cuando un miembro de la organización delictiva le invita a su casa pensando que se trata de un amigo, mas no de una persona con una identidad ficticia; y siendo inevitable hacerlo, al ingresar en su casa vulnera su derecho fundamental a la intimidad, pues el agente encubierto necesita autorización judicial previa.

Estos principios aseguran que la investigación y el proceder de un agente encubierto, se efectúe dentro de un proceso penal justo en el cual se puede observar un control judicial que garantiza los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Es necesario resaltar que el respeto a estos principios garantiza que la aplicación de la figura del agente encubierto como medio de investigación en un proceso penal sea idónea y que permita la prevención de delitos o la desarticulación de organizaciones criminales que son un mal nocivo en nuestra sociedad.

³² Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, ibídem.

CAPITULO II: ANÁLISIS DE EL AGENTE ENCUBIETO SEGÚN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

2.1 Concepto.

Con la expedición del Código Orgánico Integral Penal desde el 10 de agosto del 2014, nuestro sistema penal permite las operaciones encubiertas como un medio excepcional de investigación y lucha contra el crimen organizado. El Código Orgánico Integral Penal contempla la figura del agente encubierto en su artículo 483 bajo el título de Operaciones Encubiertas, en el cual podemos observar que no establece un concepto al respecto, sino más bien, nos manifiesta los casos en que procede una operación encubierta.

El artículo 483 del Código Orgánico Integral Penal al referirse a las operaciones encubiertas dice;

“En el curso de las investigaciones de manera excepcional, bajo la dirección de la unidad especializada de la Fiscalía, se podrá planificar y ejecutar con el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, una operación encubierta y autorizar a sus agentes para involucrarse o introducirse en organizaciones o agrupaciones delictuales ocultando su identidad oficial, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir y recoger información, elementos de convicción y evidencia útil para los fines de la investigación.

El agente encubierto estará exento de responsabilidad penal o civil por aquellos delitos en que deba incurrir o que no haya podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma, caso contrario será sancionado de conformidad con las normas jurídicas pertinentes”.³³

De la norma transcrita se desprende que en el curso de una investigación, ya sea en su etapa pre procesal o procesal, cuando la unidad especializada de la Fiscalía

³³ Asamblea Nacional Legislativa, Código Orgánico Integral Penal, 10 de Agosto del 2014, Montecristi, Ecuador.

encuentre elementos suficientes que le permitan determinar que se trata de una organización criminal; planificará y ejecutará conjuntamente con el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, de manera excepcional una operación encubierta.

Se procederá a solicitar la incorporación de un agente encubierto por parte del Fiscal; o también dicha solicitud puede provenir por parte de los miembros de la policía que se encuentren en una investigación en curso. Aquel que solicite dicha intervención tendrá que expresar formalmente su voluntad. De aceptar el cargo como infiltrado, al agente se le otorgará una identidad ficticia para involucrarse o introducirse en organizaciones delictuales con los siguientes objetivos:

- Identificar a los participantes.
- Reunir y recoger información, elementos de convicción y evidencia útil para los fines de la investigación.

Por su parte en el curso de la investigación, el agente encubierto estará exento de responsabilidad civil y penal en aquellos delitos que deba incurrir o que no haya podido impedir, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación, es decir, mientras el agente encubierto cumpla con su obligación de informar, mantenga oculta su identidad ficticia para cumplir con el objetivo de la investigación y lo haga dentro de los límites de la investigación; éste queda exento de responsabilidad, caso contrario será sancionado por los delitos cometidos.

Después de haber planificado la operación encubierta y una vez que se cuente con un agente encubierto que cumpla con idoneidad y voluntad para realizar la investigación, La Fiscalía emitirá una resolución en la que conste a detalle la operación encubierta, estableciendo puntos como el Jefe del operativo, la identidad real y ficticia del agente encubierto, las reglas establecidas en el artículo 484 del Código Orgánico Integral Penal y demás reglas que amerite la operación.

Con respecto al Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, podemos resaltar que quién lo dirige y organiza es la Fiscalía para la prestación de servicios especializados de apoyo técnico y científico a la

administración de justicia. El Sistema cuanta con el apoyo del organismo especializado de la Policía Nacional y personal civil de investigación.

En este punto es necesario hacer una referencia a la legislación penal colombiana referente al tema, en miras a verificar la importancia e identificar las características propias de esta figura propuestas por el ordenamiento jurídico colombiano.

El Código de Procedimiento Penal Colombiano se refiere a las operaciones encubiertas en su artículo 241 bajo el título de Análisis e infiltración de organización criminal, en el que establece:

*“Cuando el Fiscal tuviese motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado, en la indagación o investigación que se adelanta, pertenece o está relacionado con alguna organización criminal, ordenará a la policía judicial la realización del análisis de aquella con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma. Después, ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que el agente o agentes encubiertos la infiltrén con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta, de conformidad a lo establecido en el siguiente artículo”.*³⁴

Como podemos observar el artículo 241 del Código de Procedimiento Penal Colombiano establece que cuando el Fiscal obtenga indicios suficientes que le lleven a determinar que el investigado pertenece a una organización criminal, ordenará a la policía judicial de manera fundamentada la investigación de la organización criminal manteniendo una conducta pasiva y con posterioridad planificará y preparará una operación encubierta, con el fin de encontrar información útil mediante el o los infiltrados, que le permita identificar a los integrantes y la desarticulación de dicha organización.

³⁴ Congreso de la República de Colombia, Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004, Bogotá, Colombia.

En cuanto en el artículo 242 el Código Procedimiento Penal Colombiano, sobre la actuación de los agentes encubiertos establece que:

“Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.

Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física.

Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo 239.

En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación

encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos...³⁵

Del precedente artículo se desprende que si el Fiscal encuentra elementos suficientes que le permitan determinar que el o los investigados continúan realizando conductas criminales, deberá solicitar al Director Nacional o Seccional de Fiscalías la autorización para ordenar la implementación de agentes encubiertos en la investigación. En el mencionado artículo podemos observar que el agente encubierto puede ser un miembro de la policía judicial o un particular, todo esto depende de las condiciones de la investigación y el uso de la técnica, como también encontramos que el agente encubierto está autorizado para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, etcétera; pero en el caso de encontrar indicios que lleven a información útil, será necesaria autorización judicial como en el caso de allanamiento o registro.

En el transcurso de la operación encubierta también se podrá solicitar como técnica de investigación la vigilancia y seguimiento de personas como lo establece el artículo 239 del Código de Procedimiento Penal Colombiano. En el artículo 242 también podemos observar que el Juez Competente se encuentra en la obligación de realizar un control de legalidad dentro de las treinta y seis horas siguientes a la terminación de la operación

2.2. Reglas para la procedencia del agente encubierto.

El artículo 484 del Código Orgánico Integral Penal establece 8 reglas que deberán ser observadas en una operación encubierta.

1. De acuerdo al primer numeral será la unidad especializada de la Fiscalía quien dirija la operación encubierta, mientras que el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses será quien solicitará la operación al Fiscal. La solicitud deberá contener los antecedentes de la investigación, los cuales justificarán la necesidad de la operación.

³⁵ Código de Procedimiento Penal Colombiano, ibídem

2. El segundo numeral establece que el Fiscal deberá fundamentar su autorización de acuerdo al principio de necesidad, además, de manera obligatoria se deberá imponer limitaciones de tiempo, esto es al periodo de duración de la operación encubierta o límites para conseguir información o evidencias, como también controles para el respeto de los derechos de las personas procesadas o investigadas, esto es el control jurisdiccional por parte de la autoridad competente, el cual es un tema discutido, pues en ocasiones el agente encubierto debe cometer actos ilegales para ganarse la confianza de los miembros de una organización delictual.
3. El tercer numeral establece una prohibición al agente encubierto, por la cual él no podrá impulsar delitos que no sean de iniciativa de los investigados, es decir, si el agente encubierto investiga a miembros de una organización dedicada al terrorismo, él no podrá realizar actos como la venta de estupefacientes, o delitos sexuales pues el agente encubierto será directamente responsable de aquellos delitos cometidos al margen de la investigación.
4. El cuarto numeral nos dice que la identidad ficticia entregada al agente encubierto debe guardar absoluta reserva. La misma no puede extenderse por un periodo superior a dos años y que solo por excepción acreditando la debida justificación, puede prorrogarse por dos años más. Durante este periodo el agente encubierto debe mantener la comunicación con el Jefe de la Operación y al mismo tiempo entregar la información y evidencia que obtenga en el desarrollo de la investigación.

En contraste con la legislación ecuatoriana, el artículo 242 el Código Procedimiento Penal Colombiano en su inciso quinto establece el periodo de actuación del agente, en el que señala: *“en todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un periodo superior a un año, prorrogable por un año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente”*. Por ende, es evidente que el periodo de actuación del agente encubierto en la legislación ecuatoriana se duplica en proporción a lo dispuesto en la

legislación colombiana; ante lo cual podemos señalar que en la práctica los períodos dispuestos por ambas legislaciones son excesivos, a lo cual me referiré brevemente en el tercer capítulo.

5. El quinto numeral establece que el agente encubierto tendrá las mismas protecciones de los testigos, protección que la regula el Reglamento del Sistema de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y otros Participantes en el Proceso Penal (SPAVT) y que está garantizada en la Constitución de la República en su artículo 198 en el cual señala: *“La Fiscalía General del Estado dirigirá el sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal,…”*³⁶ cabe resaltar que para que una persona ingrese en este programa deben existir amenazas o riesgos a su integridad física, psicológica, sexual o social y la voluntad del protegido. Cabe señalar que Bolivia cuenta con un manual que de manera concreta rige la conducta y directrices que enmarcan esta figura. Este manual se denomina “Manual de Técnicas Especiales de Investigación, Agente Encubierto y Entrega Vigilada”, al cual nos referiremos en miras a exemplificar y mejor entender la figura del agente encubierto.

Con respecto a las medidas de protección con las que cuenta el agente encubierto, el manual empleado en Bolivia señala lo siguiente: “Las medidas adecuadas para el ejercicio y seguridad del Agente Encubierto son:

- Grupo de apoyo permanente encargado de su seguridad física.
- Apoyo Psicológico durante y después de la misión de manera periódica, de acuerdo a la pertinencia y las posibilidades de cada Institución.
- Prioridad de la inclusión en el programa de protección a testigos, si fuere necesario.
- Protección permanente a su familia.

³⁶ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, ibídem.

- La identidad del Agente Encubierto, se conservará en estricta confidencia y por el tiempo que sea necesario.
 - En caso necesario y cuando sea imprescindible para resguardar la integridad del Agente Encubierto, podrá cambiar su identidad".³⁷
6. En el sexto numeral debemos aclarar que las versiones no sirven como prueba y así lo establece el artículo 454 del Código Orgánico Integral Penal en su numeral 6 inciso tercero al manifestar:
- "Los partes informativos, noticias del delito, versiones de los testigos, informes periciales y cualquier otra declaración previa, se podrán utilizar en el juicio con la única finalidad de recordar y destacar contradicciones, siempre bajo la prevención de que no sustituyan al testimonio. En ningún caso serán admitidos como prueba."*³⁸
- El agente encubierto debe aportar elementos de convicción que se acrediten como prueba dentro de un proceso penal, caso contrario la operación encubierta sería un mecanismo inútil.
7. El numeral séptimo señala el marco de actuación del agente encubierto y el respeto a los derechos de los investigados, pues de ser necesario el allanamiento, registro, la interceptación de las comunicaciones, etcétera; se requiere obligatoriamente autorización judicial, claro está manteniendo la absoluta reserva para evitar la fuga de información. La autorización judicial la podrá otorgar el Juez Competente previa petición fundamentada que la realice el Fiscal mediante llamada telefónica, mensajes, mail u otros medios informáticos sin que en ese momento se requiera una solicitud formal. Esta petición será reducida posteriormente a escrito y deberá ser incorporada en la investigación o en el respectivo expediente procesal.
8. El numeral octavo nos dice que todas las actuaciones del agente encubierto deben contar con autorización judicial para garantizar la protección de derechos fundamentales y la eficacia de la operación encubierta, en la que

³⁷ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Manual de Técnicas Especiales de Investigación, Agente Encubierto y Entrega Vigilada de Bolivia, p. 15-16. En https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/diciembre/Manual_Tecnicas_Especiales_de_Investigacion_Bolivia.pdf.

³⁸ Asamblea Nacional Legislativa, Código Orgánico Integral Penal, ibídem.

el agente encubierto pueda aportar pruebas que no puedan ser consideradas como ilícitas o que carezcan de eficacia probatoria, con lo cual pueden ser impugnadas por los sujetos procesales y así lograr su exclusión de la actuación procesal.

2.3 Las entregas vigiladas y su procedimiento.

La entrega vigilada es una técnica de investigación que se caracteriza por su carácter de estricta reserva y consiste en obtener información sobre la procedencia, traslado y entrega de mercancía ilícita, por ejemplo, en el tráfico de drogas o de flora y fauna; con la finalidad de identificar a mediano o largo plazo a los autores miembros de organizaciones criminales, así como también se reflejar sus alias. En situaciones de flagrancia los miembros de la operación encubierta deben actuar inmediatamente.

El artículo 485 del Código Orgánico Integral Penal al referirse a las entregas vigiladas o controladas establece lo siguiente:

“Con el propósito de identificar e individualizar a las personas que participen en la ejecución de actividades ilícitas, conocer sus planes, evitar el uso ilícito o prevenir y comprobar delitos, la o el fiscal de la unidad especializada de la Fiscalía podrá autorizar y permitir que las remesas o envíos ilícitos o sospechosos tanto de los instrumentos que sirvan o puedan servir para la comisión de delitos, los efectos y productos de actividades ilícitas y las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización; o los instrumentos, objetos, especies o sustancias por las que se hayan sustituido total o parcialmente, salgan o entren del territorio nacional y dentro del territorio se trasladen, guarden, intercepten o circulen bajo la vigilancia o el control de la autoridad competente.”³⁹

Nuestro código al referirse a entregas vigiladas o controladas, hace una distinción, pues la primera se caracteriza por una conducta pasiva de parte de todos los miembros del operativo, en la que se limitan al control y documentación sin intervenir en la transacción ilícita de la organización delictual; mientras que la

³⁹ Asamblea Nacional Legislativa, Código Orgánico Integral Penal, Ibídem.

segunda se caracteriza por una conducta activa en la que intervienen en la venta, adquisición, transporte o detención de la mercancía.

Existen dos tipos de entregas: La entrega directa, cuando intervienen dos Estados, el primero es el lugar de partida y el segundo el destino final. Por otra parte, la entrega de tránsito en la que intervienen como mínimo tres Estados, el de partida, el de destino y el de tránsito.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional define en su artículo 2, literal i), por “entrega vigilada” se entenderá;

*“la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos”*⁴⁰.

GONZÁLEZ MONGUÍ al hablar sobre las entregas vigiladas manifiesta que *“Es un método empleado por las autoridades, que al descubrir mercancías, sustancias, bienes, equipos o materiales objeto de investigación penal, proceden a su control dejándolas circular o transportar de un lugar a otro, nacional o internacional, sin ninguna interferencia, pero siempre bajo la vigilancia de una red de agentes de policía especialmente entrenados para esta tarea.”*⁴¹.

El Manual de Técnicas Especiales de Investigación, Agente Encubierto y Entrega Vigilada de Bolivia que se mencionó anteriormente, define a la entrega vigilada de la siguiente manera: *“Es la técnica que consiste en permitir que remesas ilícitas o de sustancias controladas relacionadas al crimen organizado, entren, circulen o salgan del Territorio Nacional, sin interferencia de la autoridad competente y bajo su vigilancia, con el fin de identificar a los partícipes, reunir información y elementos*

⁴⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En

http://www.cinu.mx/minisitio/Trafico_migrantes/Conv_Delincuencia_Org.pdf

⁴¹ GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías. *La policía judicial en el sistema penal acusatorio*. 2007. Citado por RAMIREZ JARAMILLO, Andres David, *El Agente Encubierto frente a los Derechos Fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación*, Antioquia, Universidad de Antioquia, 2010, p. 24.

de convicción necesarios para la investigación y, en su caso, prestar auxilio a autoridades extranjeras para estos mismos fines.”⁴²

Uno de los propósitos de la entrega vigilada es el control de la mercadería ilícita, pues así podemos llegar a saber quién es el remitente, el que transporta la mercancía y el destinatario, como también las redes de distribución o rutas de transporte.

También podemos encontrar en el Manual de Técnicas Especiales de Investigación, Agente Encubierto y Entrega Vigilada de Bolivia, el objeto material de las entregas vigiladas o controladas en el cual establece los siguientes puntos:

- Sustancias controladas.
- Hidrocarburos.
- Documentación referida a la trata de personas, pornografía infantil y tráfico de migrantes.
- Moneda nacional y/o extranjera, títulos valores y otros bienes objeto de legitimación de ganancias ilícitas.
- Armas, municiones y explosivos con fines delictivos.
- Objetos relacionados con delitos informáticos.
- Objetos relacionados con la propiedad intelectual.
- Órganos humanos.
- Bienes del Estado y riqueza nacional (de valor arqueológico, científico, religioso, histórico, económico y artístico nacional).
- Recursos naturales (flora y fauna silvestre).
- Objetos religiosos y culturales.
- Bienes patrimoniales y culturales de pueblos indígenas y comunidades campesinas (tejidos, esculturas, cerámicas, estatuillas, cuadros, etc.).
- Sustancias nocivas o prohibidas, establecidas en la Ley del Medio Ambiente.⁴³

⁴² Manual de Técnicas Especiales de Investigación, Agente Encubierto y Entrega Vigilada de Bolivia, ibídem, p. 17.

⁴³ Manual de Técnicas Especiales de Investigación, Agente Encubierto y Entrega Vigilada de Bolivia, ibídem, p. 17.

En cuanto al procedimiento para la entrega vigilada el artículo 486 del Código Orgánico Integral Penal establece lo siguiente:

“En el curso de investigaciones de actividades de delincuencia organizada y en tanto existan antecedentes o elementos de que se están preparando o ejecutando actividades constitutivas de delitos, la o el fiscal de la unidad especializada de la Fiscalía, podrá planificar y disponer la ejecución de entregas vigiladas o controladas.

Se utilizará esta técnica de investigación cuando se estime de manera fundamentada que facilita la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero.

Si en el desarrollo de la entrega vigilada o controlada, ocurren riesgos para la vida o integridad de las o los servidores, agentes encubiertos o informantes que intervienen en la operación o para la recolección de antecedentes importantes o para el aseguramiento de los partícipes, la o el fiscal podrá disponer en cualquier momento la suspensión de esta técnica y si es procedente se aprehenderá a los partícipes y retendrá las sustancias y demás instrumentos relativos a la infracción.

Sin perjuicio de lo anterior, en los casos de peligro antes indicados, las y los servidores encargados de la entrega vigilada o controlada están facultados para aplicar las normas sobre detención en flagrancia. Subsiste el delito que se investiga mediante una entrega vigilada o controlada, aun cuando se sustituya las especies o sustancias o han participado servidores públicos, agentes encubiertos o informantes.”

El artículo 486 nos manifiesta que dentro de una investigación en la que se encuentren elementos que demuestren la planificación o el cometimiento de delitos, el Fiscal de la unidad especializada podrá disponer de manera fundamentada que se realicen entregas vigiladas o controladas con el fin de individualizar otros partícipes en el país o en el extranjero. Si durante el transcurso de la entrega vigilada o controlada ocurren riesgos para la vida o la integridad de las personas inmersas en la investigación, el Fiscal podrá ordenar la suspensión de la entrega y de haber “flagrancia”, proceder a la aprehensión de los partícipes y a la retención

de las sustancias o elementos relativos a la infracción. El delito que se investiga por medio de esta técnica subsiste aun cuando se sustituya las especies o sustancias relativas a la infracción y aun cuando exista la participación de algún miembro de la investigación.

Es importante acotar que, al igual que en Ecuador, la legislación colombiana señala al Fiscal como la autoridad competente al momento de autorizar una entrega vigilada. Al respecto, el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal Colombiano señala lo siguiente:

*“Cuando el Fiscal encuentre elementos suficientes debidamente fundamentados, que llevan a creer que el investigado interviene en el cometimiento de delitos como el trasporte de armas, explosivos, falsificación de moneda etcétera, o cuando el agente encubierto le informe al Fiscal sobre el cometimiento de una actividad criminal continua, con estos antecedentes el Fiscal podrá solicitar la autorización para realizar una entrega vigilada al Director Nacional o Seccional de Fiscalías”.*⁴⁴

El mismo artículo establece que *“se entiende como entrega vigilada el dejar que la mercancía se transporte en el territorio nacional o salga de él, bajo la vigilancia de una red de agentes de policía judicial especialmente entrenados y adiestrados.”*⁴⁵

El artículo 243 en su inciso segundo establece que está prohibido para el agente encubierto instigar en el investigado para que cometa cualquier delito, el infiltrado debe limitarse a seguir el curso de la investigación en la entrega vigilada.

La legislación Colombiana establece de forma expresa que una vez que termine esta técnica, dentro de las siguientes 36 horas deberá someterse a revisión por parte del Juez de control de garantías a fin de establecer su legalidad formal o material.

Sobre el procedimiento en las entregas vigiladas el Manual de Técnicas Especiales de Investigación, Agente Encubierto y Entrega Vigilada de Bolivia, establece lo siguiente:

⁴⁴ Código de Procedimiento Penal Colombiano, ibídem.

⁴⁵ Código de Procedimiento Penal Colombiano, ibídem.

“Para la efectivización de la entrega vigilada se seguirá los siguientes pasos:

- Establecer la necesidad de realizar una entrega vigilada.
- Evaluación de la pertinencia de la aplicación de la técnica, entre el Fiscal y el Policía asignados al caso.
- Selección de los miembros policiales que intervendrán en la misión.
- Requerimiento fiscal.
- Autorización judicial.
- Cumplimiento de la misión.
- Presentación de informes por parte de quienes realizaron la entrega vigilada, que se harán conocer al Ministerio Público y este a su vez al Órgano Jurisdiccional, cuando corresponda.⁴⁶

El objeto material, el procedimiento y la responsabilidad establecida en el Manual de Técnicas Especiales de Investigación, Agente Encubierto y Entrega Vigilada de Bolivia, es similar a la aplicación práctica de las entregas vigiladas en el sistema penal ecuatoriano.

En cuanto a la responsabilidad podemos establecer que tanto el agente encubierto o los miembros de la operación que realizan la entrega serán responsables civil, penal y administrativamente por todos los actos que realicen en ejercicio de sus funciones. Asimismo, los funcionarios que intervienen en la autorización y gestión de la entrega vigilada serán responsables del manejo de la información confidencial y de la ejecución de la técnica.

2.4. El principio de reserva judicial, protección de la operación y remisión de elementos probatorios.

Principio de Reserva Judicial.

En cuanto al principio de reserva judicial el artículo 490 del Código Orgánico Integral Penal establece que; “*La o el juzgador competente, por pedido de la o el fiscal y*

⁴⁶ Manual de Técnicas Especiales de Investigación, Agente Encubierto y Entrega Vigilada de Bolivia, ibídem, p. 18.

tomando en consideración los derechos de los participantes en el desarrollo de la investigación, podrá disponer que las técnicas de investigación se mantengan en reserva durante los plazos determinados en este Código".⁴⁷

Siempre que hablamos de organizaciones criminales debemos tomar en cuenta el peligro que estas representan para toda la sociedad, pues sus miembros ya sea que se dediquen al tráfico de estupefacientes, de personas, de órganos o al lavado de dinero, etcétera; operan siempre en la clandestinidad, con la finalidad de burlar el sistema judicial, manteniéndose al margen de la ley y consecuentemente lucrar por medio de actividades ilícitas. Por estas obvias razones cualquier contacto con la ley, como por ejemplo con la policía, significaría un enfrentamiento armado en el que comúnmente fallecen tanto miembros policiales como criminales.

El principio de reserva judicial cobra importancia en este punto, pues el sistema judicial está obligado a garantizar los derechos de los servidores públicos, infiltrados o informantes que participan en operaciones encubiertas, como también está obligado a garantizar los derechos de los investigados. El principio de reserva judicial permite que tanto la técnica de operación encubierta, la de entrega vigilado o controlada, como el allanamiento sean eficaces, pues impide la fuga de información y el fracaso de la operación.

El artículo 490 establece que el Fiscal debe solicitar al Juez que la investigación se realice con reserva judicial, siendo esto la más recomendable y aclarando que el Fiscal de manera fundamentada debe exponer al Juez la necesidad de reserva que amerita la investigación por la peligrosidad de la misma y el Juez una vez que analice los derechos de quienes intervienen en la investigación podrá disponer que la técnica guarde la debida reserva como medio trascendental de la investigación.

Protección de la Operación.

El artículo 487 del Código Orgánico Integral Penal establece tres puntos en cuanto a la protección de la operación:

⁴⁷ Asamblea Nacional Legislativa, Código Orgánico Integral Pena, ibídem.

1. *Las actuaciones en las operaciones encubiertas, técnicas de entregas deben ser planificadas y ejecutadas con observancia al principio de reserva para garantizar la efectividad de la investigación.*
2. *El Fiscal debe adoptar todas la medidas necesarias para garantizar la seguridad de los funcionarios, agentes encubiertos, informantes y en general todas las personas autorizadas que participan en la investigación, como también para garantizar la vigilancia a los instrumentos, especies y sustancias que se investigan en la entrega.*
3. *En el plano internacional nuestra legislación se sujeta a lo dispuesto en los instrumentos internacionales vigentes.⁴⁸*

La protección de la operación va dirigida a garantizar la misma, manteniendo la reserva del caso con el fin de impedir la fuga de información y el fracaso de la operación o de la entrega, protegiendo así mismo a todas las personas que participan en la investigación; pues como hemos dicho anteriormente, su vida se encuentra en riesgo por la peligrosidad que representan las organizaciones criminales. También es importante que el agente encubierto mantenga su identidad oculta porque en el momento en que un miembro de la organización conozca que existe un infiltrado, este puede ser asesinado o sometido a torturas con el fin de que revele información útil para su organización, y de esta forma burlar el sistema judicial y seguir delinquiendo en la clandestinidad.

Debemos aclarar que todo lo relacionado con el desarrollo de la operación encubierta, como por ejemplo informes o evidencias recolectadas por el agente encubierto, no constará en actuaciones judiciales dentro de los plazos establecidos en nuestro Código Orgánico Integral Penal.

Remisión de Elementos Probatorios.

En cuanto a la remisión de elementos probatorios el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 488 establece que:

⁴⁸ Asamblea Nacional Legislativa, Código Orgánico Integral Penal, ibídem.

“sin perjuicio del desarrollo de investigaciones conjuntas y de la asistencia judicial recíproca, la o el fiscal solicitará directamente a las autoridades policiales y judiciales extranjeras, la remisión de los elementos probatorios necesarios para acreditar el hecho constitutivo de la infracción y la presunta responsabilidad penal de las personas investigadas en el país, de conformidad con los instrumentos internacionales vigentes, así como otorgar a dichas autoridades extranjeras tales antecedentes, si lo solicitan”.⁴⁹

Cuando hablamos sobre el principio de reciprocidad, nos referimos exactamente a la cooperación jurídica entre Estados, es decir que cada estado con el fin de hacer efectivo su poder punitivo y triunfar en la administración de justicia se compromete a auxiliarse mutuamente, no como una obligación legal, sino más bien como un asunto de cortesía internacional.

El artículo 488 está íntimamente vinculado con el Derecho Penal Internacional y más concretamente con el principio de reciprocidad entre Estados; por estas razones, de existir una etapa pre procesal o procesal penal en nuestro país y siendo necesarias pruebas que permitan establecer un nexo causal que se encuentren en otro Estado, y que estas permita verificar la existencia del hecho constitutivo y la responsabilidad penal de los investigados, el Fiscal podrá solicitar que dichas pruebas sean remitidas a nuestro país para que sean integradas en el proceso y así poder determinar la respectiva sanción penal. De la misma forma, en caso de que otro Estado requiera pruebas que ostente nuestro Estado para acreditar un hecho constitutivo de infracción y la responsabilidad penal, puede solicitar su remisión en base a la reciprocidad entre estados.

2.5. La cooperación eficaz, su trámite, de la concesión de beneficios y de las medidas cautelares y de protección.

La cooperación eficaz.

Cuando hablamos de cooperación lo primero que debemos entender es que esta figura es una herramienta legal de política criminal para la prevención de delitos y

⁴⁹ Asamblea Nacional Legislativa, Código Orgánico Integral Penal, ibídem.

su respectiva sanción, la cual busca un “acuerdo” que por una parte beneficia al infractor cuando este brinda información útil como por ejemplo cuando revela la identidad de miembros de organizaciones criminales, lugares de entrega de sustancias ilegales, planificación de delitos etcétera a cambio de la atenuación de la pena; y por otro lado beneficia a la administración de justicia pues de esta forma se revela información importante que permite impedir el cometimiento de ilícitos y la desarticulación de estas organizaciones.

El Código Orgánico Integral Penal se refiere a la cooperación eficaz dentro de las técnicas especiales de investigación; es decir, esta figura se puede aplicar en cualquier miembro de organizaciones criminales que se dedican por ejemplo al lavado de dinero, tráfico de drogas, tráfico de órganos, etcétera. Esta figura también la podemos encontrar en la legislación Chilena en su Ley 20.000, conocida como Ley de Drogas, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, la cual en su artículo 22 sobre la cooperación eficaz manifiesta en su inciso tercero lo siguiente:

“Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso primero...”, en cuanto al inciso primero de este artículo establece; “Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley...”⁵⁰

En contraste con el artículo 491 del Código Orgánico Integral Penal podemos observar que: *“Se entenderá por cooperación eficaz el acuerdo de suministro de datos, instrumentos, efectos, bienes o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados o permitan la identificación de sus responsables o sirvan para prevenir,*

⁵⁰ Congreso Nacional de Chile, Ley num. 20.000 que sustituye la ley nº 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicolíticas, 2005.

*neutralizar o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad.”.*⁵¹

En conclusión, podemos establecer que la finalidad que persigue la cooperación eficaz es prevenir o impedir la consumación de delitos por medio de información entregada por un miembro de la organización criminal, a cambio de la atenuación en su responsabilidad penal.

Trámite de la cooperación eficaz.

El artículo 492 del Código Orgánico Integral Penal establece el trámite de la cooperación eficaz manifestando que:

*“La o el fiscal deberá expresar en su acusación si la cooperación prestada por el procesado ha sido eficaz a los fines señalados en el artículo anterior. La reducción de la pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes generales que concurran de acuerdo con las reglas generales. La pena no podrá exceder los términos del acuerdo.”.*⁵²

Dentro de la etapa pre procesal y procesal, el Fiscal puede llegar a un acuerdo con el cooperador, siempre que él brinde información útil a la administración de justicia. Esta información se sujeta a la calificación del Fiscal como servidor público de control de eficacia, es decir que el Fiscal verifica si la información brindada por el cooperador cumple con la finalidad que persigue esta figura como el suministro de datos, instrumentos, efectos, bienes o informaciones precisas, verídicas y comprobables etcétera. Una vez calificada la cooperación y siendo esta eficaz, el Fiscal de manera reservada solicitará al Juez la reducción de la pena en su acusación. Esta solicitud deberá ser respetada por el Juez y en caso de no serlo, se podría apelar la sentencia ante una de las Salas de la Corte Provincial.

En este punto es importante indagar el ordenamiento jurídico chileno, el cual denota ciertas particularidades sobre la forma en que se califica la relevancia de la

⁵¹ Asamblea Nacional Legislativa, Código Orgánico Integral Penal, ibídem.

⁵² Asamblea Nacional Legislativa, Código Orgánico Integral Penal, ibídem.

cooperación eficaz. Al respecto, en el artículo 22, inciso cuarto, de la ley 20.000 se establece:

*“El Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero. Si con ocasión de la investigación de otro hecho constitutivo de delito, el fiscal correspondiente necesita tomar conocimiento de los antecedentes proporcionados por el cooperador eficaz, deberá solicitarlos fundamentada mente. El Fiscal requirente, para los efectos de efectuar la diligencia, deberá realizarla en presencia del Fiscal ante quien se prestó la cooperación, debiendo este último previamente calificar su conveniencia. El superior jerárquico común dirimirá cualquier dificultad que surja con ocasión de dicha petición y de su cumplimiento. La reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurren; de su compensación, de acuerdo con las reglas generales.”*⁵³

Si analizamos el artículo 492 del Código Orgánico Integral Penal y el artículo 22 de la ley 20.000 de Chile, podemos observar que la cooperación eficaz tiene como finalidad obtener información de parte del imputado que ayude a identificar a miembros de organizaciones delictuales, prevenir o impedir la consumación de delitos, a cambio de que el fiscal solicite al Juez competente la atenuación de la pena. En cuanto al trámite de cooperación en ambos casos es el fiscal quien realiza el acuerdo con el imputado, califica la eficacia y solicita al Juez la atenuación de la sanción penal.

Concesión de beneficios de la cooperación eficaz.

La concesión de beneficios en la cooperación eficaz la encontramos en el artículo 493 en la que establece:

“La o el fiscal propondrá a la o al juzgador una pena no menor del veinte por ciento del mínimo de la fijada para la infracción en que se halle involucrado el cooperador.

⁵³ Congreso Nacional de Chile, Ley 20000 Chilena, ibídем.

*En casos de alta relevancia social y cuando el testimonio permita procesar a los integrantes de la cúpula de la organización delictiva, la o el fiscal solicitará a la o al juzgador, una pena no menor al diez por ciento del mínimo de la pena fijada para la infracción contra la persona procesada que colaboró eficazmente. La concesión de este beneficio estará condicionada al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el acuerdo de cooperación según la naturaleza y modalidades del hecho punible perpetrado, las circunstancias en que se lo comete y la magnitud de la cooperación proporcionada así como de acuerdo con las condiciones personales del beneficiado.*⁵⁴

Los beneficios se refieren a la solicitud de pena mínima que realiza el Fiscal en su acusación de manera confidencial al Juez a favor del agente encubierto cuando se determinen indicios de responsabilidad en los actos ilícitos realizados por él conjuntamente con la organización criminal. Este beneficio también se puede aplicar a favor de miembros principales y secundarios de la organización criminal.

En el primer caso el Fiscal puede “proponer”, aclarando que lo adecuado sería, “exigir” al Juez que la pena sea no menor al 20% del mínimo de la fijada en el tipo penal. Esto se aplica sobre miembros secundarios de la organización criminal y sobre el agente encubierto cuando se establezcan indicios de responsabilidad en él.

En el segundo caso el Fiscal podrá proponer al Juez una pena no menor al 10% de la pena mínima fijada en el tipo penal. Este caso solo aplica para miembros principales, es decir, para los jefes quienes lideran organizaciones criminales. Cabe resaltar que el Fiscal solicitará estos beneficios al Juez solo cuando la cooperación ha sido calificada como eficaz.

Estos beneficios se encuentran establecidos en nuestro Código Orgánico Integral Penal, por lo que el Juez está en la obligación de aceptar y respetar la solicitud del Fiscal, caso contrario se puede apelar la sentencia o resolución ante una de las Salas de la Corte Provincial o a su vez poner en conocimiento al Consejo de la

⁵⁴ Asamblea Nacional Legislativa, Código Orgánico Integral Penal, ibídem.

Judicatura de este particular, para de esta manera llamar la atención al Juez por hacer caso omiso de un acuerdo establecido y permitido por la ley.

Medidas cautelares y de protección en la cooperación eficaz.

El artículo 494 del Código Orgánico Integral Penal establece que:

“Si es necesario, la o el fiscal solicitará a la o al juzgador el establecimiento de medidas cautelares y de protección, adecuadas para garantizar el éxito de las investigaciones y precautelar la integridad de la persona procesada que colabora de manera eficaz, la víctima, su familia, testigos y demás participantes, en cualquier etapa del proceso. Todas las actuaciones relacionadas con la cooperación eficaz deberán ser guardadas bajo secreto y mantenidas fuera de actuaciones judiciales. Las autoridades competentes, de acuerdo con el caso, una vez finalizado el proceso, podrán adoptar según el grado de riesgo o peligro, las medidas de protección necesarias para el cumplimiento de la pena del cooperador y podrán extenderse siempre que se mantengan circunstancias de peligro personal y familiar.”⁵⁵

Al respecto de las medidas cautelares y de protección debemos señalar que deben ser aplicadas con absoluta reserva. De esta manera, las resoluciones o providencias emitidas por el Juez deben ser confidenciales, pues de lo contrario sería fácil saber por parte de organizaciones criminales que poseen gran poder económico averiguar que uno de sus integrantes bajo la figura de “agente encubierto” tiene a su favor o a favor de su familia medidas de protección, lo cual lo delataría poniendo en peligro a él y a su familia.

En los casos que el Fiscal crea necesario para asegurar la investigación, puede solicitar al Juez que se concedan medidas cautelares tanto reales como son la prohibición de enajenar, la retención o el secuestro; como personales como son la aprehensión, la detención o la prisión preventiva. O de ser el caso puede solicitar que se concedan medidas de protección cuando la vida o la integridad del agente encubierto o de su familia se encuentre en riesgo, estas medidas de protección se

⁵⁵ Asamblea Nacional Legislativa, Código Orgánico Integral Penal, ibídem.

pueden solicitar en el transcurso de la investigación o después de ella, incluso dentro del establecimiento carcelario para el agente encubierto, pues todo dependerá del peligro y de la exposición que corre el agente encubierto. Dentro de estas medidas de protección establecidas en el artículo 558 del Código Orgánico Integral Penal tenemos la prohibición a la persona procesada de acercarse a la víctima, testigos y a determinadas personas, en cualquier lugar donde se encuentren, la prohibición a la persona procesada de realizar actos de persecución o de intimidación a la víctima o a miembros del núcleo familiar por sí mismo o a través de terceros o la extensión de una boleta de auxilio a favor de la víctima o de miembros del núcleo familiar en el caso de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar⁵⁶; aunque cabe resaltar que casi todas estas medidas de protección están orientadas hacia casos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar.

2.6. El informante.

Según el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 495 se considera informante;

“...a toda persona que provee a la o al fiscal o al personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, antecedentes acerca de la preparación o comisión de una infracción o de quienes han participado en ella. Sobre la base de la información aportada, se podrán disponer medidas investigativas y procesales encaminadas a confirmarla, pero no tendrán valor probatorio alguno, ni podrán ser consideradas por sí misma fundamento suficiente para la detención de personas.”⁵⁷

Según Vicente Gimeno Sendra “*Informante es una persona que no pertenece a la policía, y cuyos datos son reservados, que suministra confidencialmente información a las autoridades acerca de delitos, prestando una valiosa ayuda a los funcionarios encargados de la investigación penal..*”⁵⁸.

⁵⁶ Asamblea Nacional Legislativa, Código Orgánico Integral Penal, ibídem.

⁵⁷ Asamblea Nacional Legislativa, Código Orgánico Integral Penal, ibídem.

⁵⁸ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Madrid, Editorial Colex, 2005, p. 474.

Como ya mencionamos en el primer capítulo en la distinción entre otras figuras similares al agente encubierto, podemos decir que el informante es también conocido como confidente o soplón, el cual brinda información sobre la planificación o comisión de delitos, así como también revela la verdadera identidad de los jefes o miembros importantes de las organizaciones criminales. Claro está que el soplón intercambia información con miembros de la policía a cambio de beneficios como por ejemplo el no ser molestado por delitos menores o si es un miembro carcelario solicita protección policial o una celda mejor.

El informante puede ser cualquier persona, pero comúnmente es un miembro de una organización criminal, un delincuente astuto que busca obtener beneficios a cambio de soplar información; pero para que esta información sirva o le interese al Fiscal debe ser documentada o aportar indicios suficientes para iniciar una investigación que posteriormente lleve a encarcelar a los jefes de una organización criminal.

Flávio Cardoso Pereira manifiesta que: *“El informante normalmente tiene cierta proximidad con los cuadros de la policía, prestando su colaboración con relación a la obtención de datos que puedan auxiliar en una posible investigación y posterior persecución. En ocasiones, las informaciones prestadas por los informantes o confidentes son las únicas aportadas inicialmente a las autoridades policiales para empezar una investigación criminal.”*⁵⁹

En el primer capítulo establecimos la distinción del agente encubierto entre otras figuras, de la misma forma debemos aclarar que la figura del informante se distingue de otras dos que son los confidentes y los colaboradores. A continuación, vamos a explicar brevemente que se entiende por confidente y colaborador:

Los Confidentes son personas identificadas como tales, que proporcionan información específica en forma periódica y directa a la policía, es decir no existe la intervención del Fiscal ni mucho menos del Juez. Los colaboradores son personas particulares que pueden ser entrenadas y que facilitan de manera

⁵⁹ CARDOSO PEREIRA, Flavio, *Agente Encubierto y Proceso Penal Garantista: Límites y Desafíos*, Salamanca, 2012, p. 257. En http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121134/1/DDAFP_CardosoFlavio_Tesis.pdf.

voluntaria o involuntaria, de forma abierta o como infiltrados, información a la policía y se subordinan a su control.

2.7. Las investigaciones conjuntas y la asistencia judicial recíproca.

La República del Ecuador al igual que otros Estados se sujetan a Instrumentos Internacionales en materia Penal con el fin de luchar contra el crimen organizado; pues, este mal nocivo se asemeja a una tela de araña que afecta y enreda a varios Estados. Como un claro ejemplo tenemos al narcotráfico en el que un país produce la cocaína, otros países que sirven como ruta de tránsito para su distribución y otros en los que se da su venta y comercialización. Toda esta problemática lleva a los Estados a buscar cooperación mutua con el fin de aportar información, evidencias, bases de datos, grupos de apoyo en operaciones especiales, extradición, etcétera; basados en una contribución internacional reciproca que lucha contra el crimen organizado.

La Fiscalía General del Estado por medio de su Instructivo de Cooperación Penal Internacional establece “*... la evolución de la cooperación judicial penal cada vez ha ido presentando formas más perfeccionadas, intensas y directas de aplicación. Se ha ido ampliando progresivamente el ámbito de la asistencia, se han suprimido las excepciones y las posibles causas de denegación, se ha desarrollado el contenido, se han introducido nuevas formas técnicas de colaboración y se ha facilitado la relación entre los órganos requirentes y requeridos, eliminando primero los escalones diplomáticos y luego los gubernamentales con el fin de llegar a la comunicación directa entre autoridades judiciales.*

El Ecuador ha suscrito diversos instrumentos internacionales para combatir las distintas modalidades delictivas; de acuerdo a sus propósitos y al amparo de ellos, es necesario impulsar su aplicación práctica en los procesos de armonización de las legislaciones nacionales y dar facilidad y cumplimiento a los compromisos adquiridos en los convenios internacionales firmados y ratificados.”⁶⁰

⁶⁰ Fiscalía General del Estado, Instructivo de Cooperación Penal Internacional, Quito, 2013, p.11 En http://www.fiscalia.gob.ec/files/LOTAIP%20AC/2A_Instructivo_Fiscalia_version_publicada.pdf.

Nuestra Constitución de la República en su artículo 11, numeral 3), establece que; “*Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.*”⁶¹, de la misma forma el Instructivo de Cooperación Penal Internacional establece que; “*...La cooperación no es jurídicamente obligatoria, ya que los tratados dejan una considerable discrecionalidad a las partes para aceptar o rechazar las solicitudes de ayuda internacional; sin embargo, la cooperación judicial internacional modelo es la que requiere de la concurrencia de tres elementos: una pluralidad de sujetos cooperantes, una actividad y unos fines determinados, por lo que puede ser definida como el conjunto de actos de naturaleza jurisdiccional, diplomática o administrativa, que involucra a dos o más Estados...*”⁶².

Con respecto a la obligatoriedad de cumplimiento, el Instructivo de Cooperación Penal Internacional cita el artículo 424 de la Constitución de la República que establece en su texto:

“*La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; caso contrario carecerá de eficacia jurídica.*

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

Así mismo, de conformidad con lo que dispone el Art. 282 (4) del Código Orgánico de la Función Judicial establece la obligatoriedad de los Agentes Fiscales para atender las comisiones y/o delegaciones que les fueren encomendadas por el o la Fiscal General en materia de cooperación judicial.

⁶¹ Constitución de la República del Ecuador, ibídem.

⁶² Instructivo de Cooperación Penal Internacional, ibídem, p. 12.

Además, es importante resaltar que en el ámbito de asistencia y cooperación penal internacional prevalece sobre todo el Principio de Reciprocidad, utilizado y protegido por los Estados como mecanismo de colaboración...”⁶³.

De igual forma, el Instructivo de Cooperación Penal Internacional establece una detallada enumeración sobre cuáles son los instrumentos internacionales de cooperación jurídica penal a los que se sujeta el Ecuador de la siguiente manera:

- **INSTRUMENTOS BILATERALES.**

En materia de cooperación judicial penal, contamos con los siguientes convenios:

- a. **TRATADO DE COOPERACIÓN EN MATERIA PENAL CON SUIZA**

Publicado en el Registro Oficial No.- 140, de 3 de marzo de 1999;

- b. **CONVENIO SOBRE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL ENTRE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY**

Publicado en el Registro Oficial No.- 371, de 18 de julio del 2001;

- c. **CONVENIO SOBRE ASISTENCIA JURÍDICA ENTRE ECUADOR Y LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

Publicado en el Registro Oficial No.- 29, de 1 de junio de 2005;

- **INSTRUMENTOS MULTILATERALES.**

Dentro de los instrumentos multilaterales más importantes sobre cooperación penal internacional ratificados por el Ecuador contamos con:

- a. **CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL, NASSAU 1992**

Publicada en el Registro Oficial No.- 147, de 14 de agosto del 2003;

⁶³ Fiscalía General del Estado, Instructivo de Cooperación Penal Internacional, ibídem, p. 22.

- b. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL, PALERMO 2000

Publicada en el Registro Oficial No.- 197, de 24 de octubre de 2003;

- c. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS, VIENA 1988

Publicada en el Registro Oficial No.- 396, de 15 de marzo de 1990;

- d. CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Publicada en el Registro Oficial No.- 83, de 10 de junio de 1997;

- e. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN, MERIDA 2003

Publicada en el Registro Oficial No.- 166, de 15 de diciembre de 2005.

- MEMORÁNDUMS DE ENTENDIMIENTO.

- a. MEMORÁNDUM DE ENTENDIMIENTO EN MATERIA DE COOPERACIÓN ENTRE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE COLOMBIA

Suscrito el 11 de mayo de 2012.

- b. CONVENIO INTERINSTITUCIONAL DE ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL ENTRE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHINA (TAIWÁN)

Suscrito el 1 de junio de 2011.

- c. MEMORÁNDUM DE ENTENDIMIENTO EN MATERIA DE COOPERACIÓN ENTRE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO DE LA REPÚBLICA DEL



ECUADOR Y LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO DEL REINO DE ESPAÑA

Suscrito en junio de 2011.

- d. MEMORÁNDUM DE ENTENDIMIENTO EN MATERIA DE COOPERACIÓN ENTRE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y EL MINISTERIO PÚBLICO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Suscrito el 22 de enero de 2010.

- e. MEMORÁNDUM DE ENTENDIMIENTO EN MATERIA DE COOPERACIÓN ENTRE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Suscrito el 19 de octubre de 2012.

- f. ACUERDO SOBRE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y EXPERIENCIAS PARA EL COMBATE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL, EL NARCOTRÁFICO Y DELITOS CONEXOS ENTRE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Suscrita del 19 de octubre de 2012.⁶⁴

A todo lo prescrito se refiere nuestro Código Orgánico Integral Penal en su artículo 496 cuando manifiesta: *“La República del Ecuador en sujeción de las normas de asistencia penal internacional, podrá desarrollar investigaciones conjuntas con uno o más países u órganos mixtos de investigación para combatir la delincuencia organizada transnacional.”*⁶⁵, como también en su artículo 497 sobre la asistencia judicial recíproca al manifestar que:

⁶⁴ Fiscalía General del Estado, Instructivo de Cooperación Penal Internacional, ibídem, p. 19-22.

⁶⁵ Asamblea Nacional Legislativa, Código Orgánico Integral Penal, ibídem.

“Las o los fiscales podrán solicitar asistencia directa a sus similares u órganos policiales extranjeros para la práctica de diligencias procesales, pericias e investigación de los delitos previstos en este Código. Esta asistencia se refiere entre otros hechos, a la detención y remisión de procesados y acusados, recepción de testimonios, exhibición de documentos inclusive bancarios, inspecciones del lugar, envío de elementos probatorios, identificación y análisis de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización e incautación y comiso de bienes. Asimismo, la o el fiscal podrá efectuar actuaciones en el extranjero dirigidas a recoger antecedentes acerca de hechos constitutivos de alguna infracción, a través de la asistencia penal internacional. Las diligencias señaladas serán incorporadas al proceso, presentadas y valoradas en la etapa del juicio.”⁶⁶

2.8. El agente encubierto procesado.

Por regla general, como lo establece el artículo 483 del Código Orgánico Integral Penal en su inciso segundo: *“El agente encubierto estará exento de responsabilidad penal o civil por aquellos delitos en que deba incurrir o que no haya podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma...”*⁶⁷, pero como lo establece el artículo 484 del mismo código en su numeral tercero: *“En ningún caso será permitido al agente encubierto, impulsar delitos que no sean de iniciativa previa de los investigados.”*⁶⁸

De esta forma podemos colegir que las actuaciones del agente encubierto deben limitarse única y exclusivamente a reglas predeterminadas y a lo establecido en las pautas que constan en la autorización de la operación encubierta emitidas por el Fiscal; caso contrario será responsable de todo acto contrario a sus parámetros de actuación. Para exemplificar de mejor manera:

1. En primer lugar supongamos el caso de una operación encubierta que nace con el propósito de investigar una organización criminal que opera en la ciudad de Cuenca y se dedica al lavado de dinero.

⁶⁶ Asamblea Nacional Legislativa, Código Orgánico Integral Penal, ibídem.

⁶⁷ Asamblea Nacional Legislativa, Código Orgánico Integral Penal, ibídem.

⁶⁸ Asamblea Nacional Legislativa, Código Orgánico Integral Penal, ibídem.

2. El agente encubierto debe mantener su comunicación con el jefe de la operación siempre de manera reservada, brindando información sobre el avance de la investigación.
3. Aunque la comunicación debe ser periódica, el Fiscal no puede mantener un control continuo de toda la actividad que realiza el agente encubierto y esto se da por el mismo carácter de reserva.
4. En estos lapsos de tiempo en los que no existe comunicación entre el infiltrado y el Fiscal, se pueden dar dos conductas: la primera, es que el agente se mantenga dentro de sus límites de actuación, lo cual no produce ningún efecto en cuanto a su responsabilidad; y la segunda, que el agente encubierto se “contamine” y se dedique a delinquir aprovechando su identidad ficticia.
5. Una vez que el agente encubierto está contaminado, es decir que se está dedicando por ejemplo al tráfico de estupefacientes, éste se aleja considerablemente del objetivo de la operación encubierta que nació con el fin de investigar el lavado de dinero, y si llegase a ser aprehendido en la ciudad de Guayaquil por ilícitos relacionados con el tráfico de estupefacientes será procesado de manera ordinaria. O por otra parte, una vez finalizada la infiltración tendrá que verificarse la responsabilidad de los actos cometidos por el agente encubierto en el transcurso de la investigación.

En todo caso como lo establece el artículo 489 del Código Orgánico Integral Penal: *“Cuando la o el agente encubierto resulte involucrado en un proceso derivado de su actuación en la investigación, la o el jefe de la unidad especializada de la Fiscalía comunicará confidencialmente su carácter a la o al juzgador competente, remitiendo en forma reservada toda la información pertinente.”*⁶⁹, es decir que cuando el Fiscal descubra que el agente encubierto se encuentre involucrado en ilícitos contrarios a la investigación, comunicará de manera reservada este particular al Juez Competente para que una vez analizado los antecedentes del caso proceda a interponerle la correspondiente sanción.

⁶⁹ Asamblea Nacional Legislativa. Código Orgánico Integral Penal, ibídem.

2.9. La responsabilidad penal, civil e institucional.

- La responsabilidad penal.

Dentro del tema de responsabilidad hay que tomar en cuenta aspectos a los que se somete el agente encubierto, entre ellos uno muy importante es la peligrosidad de la organización criminal; por la cual no resulta difícil imaginar que en cierto momento el infiltrado se encuentre compelido a cometer un ilícito, bien sea para ganarse la confianza de los miembros de la organización o como una forma de resguardar su vida. Hay que resaltar que el agente encubierto dentro de la investigación se encontrará obligado a cometer actos ilícitos e ilegales, pero estos siempre tienen que guardar la debida proporcionalidad con el fin que persigue la investigación.

Otro punto muy importante es que la actuación del agente encubierto tiene como límite el respeto a los derechos fundamentales de las personas investigadas, es decir que está obligado a respetar la vida, honra, bienes, intimidad, etcétera. Estos derechos no son comerciables, a no ser que para garantizar el éxito de la investigación se pueda contar con el consentimiento del titular del derecho, como por el ejemplo el arrepentido.

En operaciones encubiertas que giran en torno al narcotráfico, el infiltrado se encuentra propenso a consumir drogas y por lo tanto puede llegar a generar dependencia o en ocasiones cometer omisiones de sus deberes específicos en cuanto a impedir la comisión de delitos o en ayudar a víctimas que se encuentren en peligro.

Como podemos observar, la actuación de agente encubierto se sujeta a muchos riesgos y límites. Además debemos resaltar que él no está autorizado para delinquir, sino más bien debemos tener claro que mientras el infiltrado actúe dentro de sus parámetros de proporcionalidad en la investigación, guarde el debido respeto a los derechos fundamentales e informe periódicamente sobre el avance de la investigación, cumpliendo siempre a cabalidad las ordenes de sus jerárquicos superiores; no será sujeto de responsabilidad. Pero en caso contrario, de incumplir

los parámetros señalados y dependiendo el acto cometido, será sancionado en sede penal, civil o institucionalmente.

Ahora bien, la responsabilidad penal a la que se sujeta el agente encubierto va a depender del tipo penal en el que encaja su conducta; por ejemplo, si el infiltrado está autorizado para investigar una organización criminal dedicada al tráfico de órganos, pero el agente aprovechándose de su identidad ficticia se dedica a comercializar drogas (lo cual es un delito totalmente independiente del tráfico de órganos) en este caso el Fiscal responsable de manera confidencial informará al Juez Competente para que el agente encubierto sea procesado y juzgado.

- La responsabilidad civil.

Dentro de una operación encubierta el infiltrado también puede cometer actos que acarreen responsabilidad civil, es decir, que el agente encubierto puede celebrar actos y contratos civiles y mercantiles manteniendo su identidad ficticia dentro y fuera de la investigación. Asimismo, debemos señalar que como todo acto y contrato genera obligaciones, también genera responsabilidad que en algunos casos conmina al pago de una indemnización, y en otros casos la nulidad del acto o contrato.

Debemos establecer que en unos casos será responsabilidad directa del agente encubierto, como en la hipótesis plenamente posible en la que el agente aprovechándose de su identidad ficticia pide un préstamo en el banco del cual se pretende beneficiar dolosamente, es decir, que no tiene la menor intención de devolver el dinero; entonces en este caso tenemos que el representante legal del banco puede dirigir su acción en contra del agente encubierto o contra el Estado por haberle generado un perjuicio, pero de igual forma el Estado haría efectivo su derecho de repetición en contra del infiltrado.

Otra hipótesis sería cuando el agente encubierto para conseguir la confianza de los miembros de una organización criminal se vea envuelto en la obligación de contraer matrimonio con la hija de un narcotraficante; en este caso, una vez finalizada la operación encubierta se podría solicitar al Juez Competente la nulidad o inexistencia del matrimonio.

- La responsabilidad institucional.

Al hablar de responsabilidad institucional nos referimos a que el agente encubierto en el desarrollo de la investigación puede realizar actos contrarios o lo ordenado por sus jerárquicos superiores. Al respecto, el artículo 9 del Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional establece que: *“Falta disciplinaria es toda acción u omisión imputable, tipificada y sancionada en este Reglamento, que no esté calificada como delito, cometida por un miembro de la Policía Nacional en servicio activo, en situación transitoria a disposición; incluyendo a los empleados civiles.”*⁷⁰, en cuanto al artículo 31 del mismo Reglamento establece que; *“Las faltas se reprimirán con las siguientes sanciones:*

- 1) *Destitución o baja;*
- 2) *Arresto;*
- 3) *Repremisión;*
- 4) *Recargo del servicio, y,*
- 5) *Fagina.”*⁷¹

Al respecto podemos formularnos la siguiente hipótesis en la que el agente encubierto se infiltra en una organización criminal y en el desarrollo de la investigación se autoriza una entrega vigilada de alta peligrosidad. En esta operación se ordena la participación directa e inmediata del agente encubierto con el propósito de evitar el envío de 10 toneladas de cocaína al extranjero y la aprehensión de altos mandos de la organización, pero el agente no acude a la entrega vigilada como un acto de rebeldía. Entonces, tenemos que la omisión por parte del infiltrado ocasiona graves perjuicios a la investigación y de la misma forma acarrea responsabilidad disciplinaria que puede ser sancionada con la destitución o arresto del agente encubierto.

⁷⁰ Ministerio de Gobierno y Policía, Acuerdo Ministerial 1070: Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional, 1998, Quito, En http://www.policiaecuador.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/07/REGLAMENTO_DE_DISCIPLINA_DE_LA_POLICIA_NACIONAL.pdf.

⁷¹ Acuerdo Ministerial 1070: Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional, ibídem.



Al respecto debemos aclarar a manera de comentario que cada responsabilidad (ya sea esta penal, civil o disciplinaria) es distinta y autónoma una de otra, ya que cada una presenta sus propias características y particularidades.

CAPITULO III: EL AGENTE ENCUBIERTO EN LA PRÁCTICA Y SU RELACIÓN CON LA VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. Generalidades.

Debemos tener en cuenta que al agente encubierto le resultaría casi imposible en la práctica respetar los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación; pues, si bien es cierto que la infiltración al ser una técnica especial de investigación que se sujeta al cumplimiento de reglas y al control por parte del Juez Competente, no es menos cierto que el infiltrado estando inmerso en un ambiente criminal, en el cual cualquier error que cometa le podría costar su vida, le sea fácil erigir su conducta con apego al respeto a derechos garantizados en nuestra Constitución.

Este capítulo se centra en dos derechos específicos que se encuentran íntimamente ligados a esta figura, los cuales están consagrados en Constitución de la República, el primero lo encontramos en el artículo 66 numeral 20, que establece: “*se reconoce y garantiza a las personas*” “*El derecho a la intimidad personal y familiar.*”⁷² El segundo consta en el artículo 77, numeral 7, literal c que expresa el derecho a la no autoincriminación, ya que en la práctica resulta común que el agente encubierto acceda a la intimidad de los investigados y mantenga conversaciones con los mismos utilizando una identidad ficticia.

Es importante recordar que toda persona goza de los siguientes derechos establecidos en la Constitución, los mismos se encuentran íntimamente relacionados con la figura del agente encubierto y nos referiremos a ellos conforme al desarrollo del presente capítulo:

1. El artículo 76 de la Constitución de la República establece; “*En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*”, resaltando su literal e, el cual establece que; “*Nadie podrá ser*

⁷² Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, ibídem.

interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.”.

2. El artículo 77 de la Constitución de la Republica establece que; “*En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:*” y el numeral 7, literal b señala el derecho a; “*Acogerse al silencio.*”.
3. El artículo 66 de la Constitución de la Republica establece que; “*Se reconoce y garantizará a las personas:*”, y en su numeral 22 señala; “*El derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley.*”.⁷³

Estos derechos giran en torno a la figura del agente encubierto, pues al utilizar una identidad ficticia los miembros de la organización criminal no tienen idea alguna de que están siendo investigados y aceptan al infiltrado como un miembro de su organización invitándolo a su domicilio con el objetivo de conversar o planificar con él sobre actos o conductas delictivas. De esta forma el infiltrado obtiene pruebas, lo cual puede provocar una violación a los derechos fundamentales de los investigados.

3.2. El derecho fundamental a la intimidad.

El surgimiento del derecho a la intimidad se da con el nacimiento de la Burguesía, pues se busca autonomía e individualidad, lo cual lleva al inicio de la relación entre la intimidad y la propiedad, ya que por medio de la propiedad se podía acceder a la intimidad. Después, a finales del siglo XIX en la generalización de la clase burguesa se extiende de forma general a todas las personas, pero solo a mediados del siglo XX la intimidad se expresa como un derecho en textos normativos.

⁷³ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, ibídem.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos dice que la intimidad es; “*Zona espiritual íntima, y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia.*”⁷⁴

Garizábal Madrid Malo señala: “*intimidad es una palabra que se origina en el latín intimus que significa interior o interno, y que es utilizada, en principio, para referirse al ámbito más profundo, inherente y reservado de la personalidad del ser humano, pero, por extensión, también al ámbito de la vida familiar y asociativa que tenga la misma particularidad de interioridad y reserva.*”⁷⁵.

Carlos Molina Arrubla sostiene; “*...el núcleo esencial del derecho fundamental a la intimidad podría definirse como el «espacio intangible, inmune a intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o ver lo que no se desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto...»*⁷⁶.

Entre los principios procesales del Código Orgánico Integral Penal en su artículo 5 el cual establece en su numeral 10 el derecho a la intimidad señalando que: “*toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar. No podrán hacerse registros, allanamientos, incautaciones en su domicilio, residencia o lugar de trabajo, sino en virtud de orden de la o el juzgador competente, con arreglo a las formalidades y motivos previamente definidos, salvo los casos de excepción previstos en este Código.*”⁷⁷

El sentido de protección del derecho a la intimidad con relación a la figura del agente encubierto es amplio, pues no solo se refiere a la inviolabilidad de domicilio, sino que también corresponde a bases de datos computarizadas, sistemas de vigilancia y en general cualquier medio con el cual se pueda obtener información. Podemos establecer que el derecho a la intimidad es el derecho del cual gozan todas las personas a mantener algo secreto fuera del conocimiento de los demás, ya sea de

⁷⁴ Diccionario de la lengua Española, ibídem.

⁷⁵ MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. *Derechos fundamentales*. Santafé de Bogotá. 3R Editores Ltda., 1997. p. 199.

⁷⁶ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *El secreto en el derecho penal colombiano*. Santa Fe de Bogotá, Editorial Leyer, 1997. P. 200.

⁷⁷ Asamblea Nacional Legislativa, Código Orgánico Integral Penal, ibídem.

forma individual, familiar o social; es decir que la intimidad se relaciona con la vida privada de cada persona y para acceder a ella es requisito esencial el consentimiento de su titular, o en ciertos casos en concreto se requiere razones legítimas para obviar la mencionada autorización.

La intimidad también posee un carácter subjetivo, es decir que se encuentra vinculada a la vida del hombre de manera individual o dentro de su familia y puede ser en cuanto al domicilio, al hogar o al espacio físico que debe ser respetado por las demás personas, e incluso por el Estado.

También podemos definir a la intimidad de diferentes formas, una de ellas es de acuerdo a su funcionalidad, es decir, para proteger a una persona de cualquier medio de intromisión en su ambiente de soledad, de la divulgación de aspectos personales relativos a su vida privada y de la utilización de su nombre o imagen con fines de lucro. Y desde un punto más trascendental, podemos definirla de acuerdo a su funcionalidad y de esta forma la intimidad se relaciona con el derecho a la inviolabilidad de la vida, el derecho a una vida digna, el derecho a la integridad personal y otros derechos de libertad reconocidos en nuestra constitución.

3.3. El derecho fundamental a la no autoincriminación.

El derecho a la no autoincriminación no fue reconocido desde siempre, incluso en determinadas épocas una persona podía declarar en contra de sí mismo, todo esto con el fundamento de que quien era imputado tenía la obligación de aportar a la investigación con la verdad de los hechos. Cabe mencionar que en la época de la edad media en las “Ordalías” o Juicios de Dios se utilizaba los castigos y tortura para probar la inocencia de los acusados, entonces la prueba por excelencia era la confesión; sin embargo, cabe señalar que en ocasiones el inocente debido a la tortura insoportable se declaraba culpable con la única finalidad de terminar con el dolor. Luego, en el absolutismo monárquico y con la influencia de la iglesia, se institucionaliza en la Ley de Partidas este medio de prueba tan despreciable y solo con el triunfo del Iluminismo en los años de la Revolución Francesa el acusado vuelve a ser sujeto de derechos y es considerado inocente hasta que en juicio y mediante sentencia se declare su culpabilidad o inocencia. En esta época también

se instituye el hecho que ninguna persona pueda acusarse a sí mismo basados en el principio principio nemo tenetur ipsum accusare.

Nuestra Constitución contempla el derecho a la no autoincriminación en su artículo 77, numeral 7, literal c de forma inequívoca y en su más amplia expresión al establecer que “*Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.*”, este derecho consiste en que *ninguna persona pueda ser obligada a declarar en contra de sí misma, como tampoco a declararse culpable.*

*Dentro de los principios procesales del Código Orgánico Integral Penal en su artículo 5 el cual establece en su numeral 8 la; “Prohibición de autoincriminación: ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.”*⁷⁸

Jacobo López Barja de Quiroga señala que; “*Este derecho fundamental incluye tanto la libertad de la persona imputada penalmente de abstenerse de declarar, generalmente llamado derecho a guardar silencio, como la libertad de no incriminarse en caso de declarar, sin que en ningún caso pueda ser sujeto de coacción o presiones físicas y psíquicas para renunciar a este derecho, ni que se pueda extraer perjuicio alguno por el ejercicio del mismo.*”⁷⁹.

Entonces, cuando a una persona se le atribuye participación en un delito y es considerado imputado dentro de un proceso penal puede abstener a declarar para así evitar auto incriminarse y su decisión no puede ser utilizada en su perjuicio, como tampoco se puede vulnerar su decisión por ningún acto de coacción física o moral; o por otra parte puede también confesar su culpabilidad, cuestión muy distinta a la autoincriminación. Debemos entender que la parte acusadora no puede influir ni tampoco incitar al acusado para que declare ya que la declaración debe

⁷⁸ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, ibídem.

⁷⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de derecho procesal penal*. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi S.A., 2004. P. 524.

ser prueba de la defensa y ser utilizada solo cuando lo considere oportuno dentro de un proceso penal garantista.

3.4 Aplicación de la figura del agente encubierto y su problemática con respecto al derecho a la intimidad y a la no autoincriminación

- El agente encubierto en la práctica.

La figura del Agente Encubierto tiene una aplicación muy distinta en la práctica a diferencia de la teoría y la ley, esto debido a las particularidades del ordenamiento jurídico de cada Estado, el principio de reserva judicial, así como también al caso en concreto en el que se aplica esta figura.

Primero, en cuanto al ordenamiento jurídico de cada estado, nos referimos a la norma jurídica sustentada para que este medio de investigación sea lícito y válido dentro de un debido proceso. Ahora, si bien es cierto que con la expedición del Código Orgánico Integral Penal entra en vigencia la figura del agente encubierto, no es menos cierto que antes del 10 de agosto del 2014 esta figura se sustentaba en el Código de Procedimiento Penal en su artículo 216 pero como una de las atribuciones de la Fiscalía, más no como operaciones encubiertas y en el numeral 8 establecía lo siguiente: *“Disponer que la Policía Judicial recoja, custodie y preserve los objetos, documentos e instrumentos que puedan servir para asegurar las pruebas del delito y la identidad de sus autores; y cuide que tales señales no se alteren, borren u oculten. De ser posible y necesario, realizará u ordenará que se realice el levantamiento de un croquis del lugar donde se cometió el delito y que se obtengan fotografías, grabaciones u otras pericias criminalísticas”*⁸⁰. Podemos observar que Fiscalía por medio de esta atribución legal podía disponer que se obtengan grabaciones o fotografías para una investigación y en su numeral 10, inciso primero ibídem se establecían tanto operaciones encubiertas, como entregas vigiladas, informantes y la figura del agente encubierto al señalar que se permite: *“Practicar todas las demás investigaciones que juzgare necesarias para el*

⁸⁰ Congreso Nacional de la República del Ecuador, Código de Procedimiento Penal, Quito, 2001.

*esclarecimiento del hecho delictivo y para la fundamentación de la acusación*⁸¹. De esta forma, el Código de Procedimiento Penal permitía de forma general y abierta que se realicen investigaciones de forma reservada en contra del crimen organizado.

Segundo, en cuanto al principio de reserva judicial, podemos decir que el proceso que se sigue en contra de una organización criminal en todas sus etapas es reservado, pues no es sino hasta después de que se ejecutoríe la sentencia que se puede revelar la verdadera investigación, es decir, la forma en la que se introdujo la información aportada por el agente encubierto o informantes a un proceso penal, así como también fotografías, grabaciones, casos de cooperación eficaz, etcétera; que permiten determinar la materialidad de la infracción penal y la responsabilidad de el o los imputados. De esta forma el Juez se rige a las normas del debido proceso y le permite emitir una sentencia claramente motivada.

Tercero, en cuanto al caso en concreto, nos referimos a que existen diferentes organizaciones criminales como las que se dedican a la extorsión por dinero o el caso del narcotráfico, siendo así necesaria la aplicación de una operación encubierta en la que intervenga un agente encubierto, un informante o una entrega vigilada. Las circunstancias de la operación dependerán de la técnica y las características propias que representa cada organización criminal. Por ejemplo, en nuestro país desde la entrada en vigencia de la figura del agente encubierto hasta la fecha no existen casos resueltos con la colaboración de un infiltrado, sino más bien con la figura del informante que es muy utilizada por los grupos especializados de la policía y Fiscales, aclarando que comúnmente la figura del informante es confundida con la del agente encubierto, pero la diferencia es clara pues el agente encubierto debe ser un miembro de la policía (por ejemplo de Grupo Especiales de Operaciones “GOE” o Grupo Especial Móvil Antinarcóticos “GEMA”) y el informante debe ser un miembro de la organización criminal (es decir un delincuente con antecedentes penales que brinda información a un policía a cambio de beneficios incluso económicos). También debemos aclarar que el plazo establecido en el artículo 484 del Código Orgánico Integral Penal en su numeral 4 establece 2 años

⁸¹ Asamblea Nacional Legislativa, Código de Procedimiento Penal, ibídem.

prorrogables por 2 años más para llevar a cabo una actuación encubierta con una identidad ficticia, pero en la práctica este plazo resulta ser excesivo pues en ningún caso una operación encubierta puede demorar más de 5 meses; esto debido a que después del transcurso de 5 meses la operación corre el riesgo de ser descubierta por los miembros de la organización criminal. Por ejemplo, en una organización criminal ingresa un agente encubierto y al cabo de un mes el infiltrado informa que cierto día se va a cometer un delito; en este caso tanto el Jefe de la operación como el agente encubierto tienen la obligación de impedirlo y por medio de las fuerzas especiales de la policía impiden que se cometa el delito pero la organización criminal todavía tiene una deuda pendiente, entonces van a planear otra vez el delito y en este caso ya no se puede impedir el mismo pues de hacerlo resultaría obvio el hecho de que alguien está frustrando su cometido, lo cual pondría en riesgo la operación y la vida del agente encubierto o del informante.

- El derecho a la intimidad y a la no autoincriminación.

Una vez analizado los derechos a la intimidad y a la no autoincriminación podemos aclarar que la teoría plantea varias hipótesis sobre la vulneración de estos derechos que en la práctica no representan afección alguna en las personas investigadas; pues el infiltrado al acceder a la “intimidad” del investigado, siendo que se encuentre en su domicilio o durante una conversación telefónica, tiene una sola finalidad la cual es recolectar información sobre el cometimiento o la planeación de hechos ilícitos, más no la de revelar información íntima de su vida privada. Debemos tener en cuenta que la información obtenida por el agente encubierto se mantiene en secreto mediante el principio de reserva y es introducida en un proceso penal el cual brinda todas las garantías de un debido proceso. Toda esta información es analizada y en ningún caso el Juez Competente admitirá información que no tenga relación con el fondo de la investigación, de esta forma ni el agente encubierto, peor aún el Juez vulneran la intimidad de la persona investigada. Ahora, debemos tener en cuenta que el derecho a la no autoincriminación se basa en el principio de que la carga de la prueba le corresponde al acusador, pues es inadmisible que se le pueda obligar al imputado a contribuir en su propia condena, de esta forma surge

la duda sobre si la información obtenida por el agente encubierto afecta el derecho de los investigados el cual está consagrado en la Constitución de la República en su artículo 77 numeral 7 literal c) que establece que nadie podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo y en el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 5, numeral 8 encontramos claramente la prohibición de autoincriminación. Ante esto, debemos aclarar que la información obtenida por el agente encubierto en la investigación no es considerada ni introducida como una declaración en contra de sí mismo dentro del proceso penal, sino más bien el infiltrado aporta con información comprobable y estrictamente relacionada al cometimiento de delitos o sobre la planeación de delitos los cuales deben ser impedidos por medio de tácticas de inteligencia; además, esta información obtenida se maneja de forma aislada y pasa por el control del Jefe de la Operación y luego por la Fiscalía, de esta forma no existe autoincriminación pues la información obtenida no ingresa al proceso y se mantiene en secreto por el principio de reserva.

Como un ejemplo de la importancia de las operaciones encubiertas y de su influencia en la lucha contra el crimen organizado, tenemos un caso que se produjo en nuestro país de una organización dedicada al sicariato, en el cual un policía tenía un informante que cumpliendo con su función informó que la organización ya tenía listas las motos y las armas, y que en cierta hora de tal día afuera de una tienda, mientras las presuntas víctimas veían un partido de futbol, se les iba a dar muerte. Entonces, la policía de operaciones especiales planificó una táctica de inteligencia que permita impedir que ni las víctimas ni los miembros de la organización criminal se dieran cuenta que exista un operación encubierta ni mucho menos un informante, en este caso el cómo impedir la muerte de estas personas nos hace pensar sobre la dificultad del caso, pero la respuesta resultó ser simple pues enviaron un patrullero a la tienda del cual se bajaron policías y les informaron que los vecinos habían llamado y realizado varias denuncias por escándalo en la vía pública, posterior a ello les pidieron que desalojen el lugar. De esta forma, por medio de “denuncias aisladas” se impidió un gran crimen teniendo claro que si toda esta información se manejara sin reserva varias personas hubieran perdido la vida. Debemos tener en cuenta que no existe vulneración de derechos constitucionales en la aplicación de operaciones encubiertas ya que toda la investigación gira en

torno a impedir un delito, o en otros casos brindan información sobre una cadena de delitos que causa graves daños a la sociedad pues en nuestro país las principales organizaciones criminales se dedican al tráfico, micro tráfico de drogas, extorsión por dinero, sicariato, delitos contra la propiedad como robos a entidades bancarias, casas, vehículos o el abigeato, como un ejemplo claro de organización criminal en nuestra ciudad de Cuenca tenemos a la autodenominada organización “Morocho Quigua”; pero en ningún caso durante la investigación, el trámite del proceso ni posterior a ello no se divulga información personal, sino más bien la vulneración de derechos a las personas investigadas en su mayoría surge cuando existe abuso de autoridad, chantaje o extorsión por parte de quienes realizan la investigación

Mario Madrid Malo nos dice que: *“tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que el derecho a la intimidad no es absoluto, y por lo tanto la inviolabilidad de la vida privada no es algo incondicional, pues ante ciertos supuestos, el ámbito personal y familiar constituido por las circunstancias íntimas debe ceder por exigencias del bien común.”*⁸², De esta forma, debemos entender que existe un estricta proporcionalidad entre el bien jurídico tutelado y el interés común, es decir que, ante el riesgo de vulneración de derechos constitucionales en una operación encubierta, prevalece un interés superior, que se basa en la finalidad estatal de desarticular una organizaciones criminales y así salvaguardar el derecho de las demás personas obteniendo un bien común.

La aplicación de una operación encubierta desde un principio no va encaminada a vulnerar derechos; sino más bien el Estado, en la persecución de organizaciones criminales, puede limitar pero no vulnerar el derecho a la intimidad y a la no autoincriminación para evitar la impunidad de estas organizaciones, pues existen intereses jurídicos de mayor jerarquía y en caso de no existir los requisitos de necesidad y proporcionalidad, que en sentido estricto son analizados para justificar la operación, el Fiscal debe abstenerse de emitir la autorización.

⁸² MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Obra citada ibidem, p. 203.

CONCLUSIONES

Al finalizar la presente investigación podemos concluir estableciendo que:

La figura del agente encubierto se origina mucho tiempo atrás en la historia y durante su evolución va tomando diferentes matices que la perfeccionan y la distinguen de otras técnicas de investigación, principalmente del agente provocador que por su influencia o provocación en la comisión de delitos se torna ilegitima y vulnera derechos al no materializarse el delito y juzgarse solo la intención.

Debemos tener en cuenta que esta figura es el único medio de investigación que permite ingresar y realizar un control sobre actos ilícitos como en el caso de tráfico de estupefacientes o extorsión por dinero, ya que las organizaciones criminales en la actualidad realizan labores de inteligencia lo que les permite actuar con ventaja, ingenio y celeridad a la hora de delinquir.

De lo analizado podemos colegir que el perfil del agente encubierto y su actuar excepcional y extraordinario se convierte en un medio idóneo, pues el agente encubierto actúa en base al principio de reserva judicial y a la identidad ficticia lo que garantizan una verdadera investigación a la hora de infiltrarse en el núcleo de una organización criminal.

El Código Orgánico Integral Penal introduce la figura del agente encubierto dentro de las técnicas especiales de investigación, lo cual brinda grandes beneficios en la lucha contra el crimen organizado y su desarticulación, pues este medio se aplica solo de *ultima ratio* en casos que causan gran repercusión social o como por ejemplo, cuando no existe un informante o cuando en una entrega vigilada no se logra recolectar información relevante que conduzca a identificar a los miembros principales de una organización criminal, es decir que no debe existir ningún otro medio de investigación que permita obtener información válida para que la figura del agente encubierto pueda ser aplicada. De esta forma podemos resaltar la importancia del agente encubierto pues solo se aplica en casos extremos en donde una organización criminal afecta gravemente al orden social.

Cuando el agente encubierto expresa su voluntad, su actuar se subordina a reglas estrictas y a las disposiciones constantes en la autorización de la operación

encubierta, a más de eso debe sujetarse al control de legalidad por parte de la autoridad competente, lo cual a más de garantizar una investigación eficaz brinda protección, asistencia y seguimiento al agente encubierto y a toda la operación, con la única finalidad de obtener elementos de convicción sobre las actividades ilícitas que realiza la organización investigada. Siempre debemos tener en cuenta que si el agente encubierto incumple sus obligaciones o se involucra en el cometimiento de delitos durante la investigación pierde su calidad como tal y es responsable por su conducta ilícita.

La Constitución de la República y el Código Orgánico Integral Penal garantizan el derecho a la intimidad y a la no autoincriminación, por lo tanto cuando se lleva a cabo una operación encubierta el policía infiltrado, el Jefe de la operación, Fiscalía y el Juez competente realizan su labor de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento jurídico, de esta manera se garantiza un debido proceso y seguridad jurídica, además debemos recordar el control de legalidad que realiza el Juez sobre la operación encubierta. Entonces debemos tener claro que en toda la operación encubierta se protege al agente encubierto y se garantiza el derecho de los investigados, de manera que no se puede hablar de vulneración a derechos fundamentales.

Una operación encubierta no vulnera los derechos de los investigados ni mucho menos los restringe, puesto que ésta figura cuenta con un carácter excepcional y extraordinario, además el fin que se persigue es impedir que una organización criminal siga causando un grave daño a la sociedad y sin olvidar que el derecho a la intimidad no se vulnera puesto que el infiltrado solo recoge información relacionada con la comisión de delitos o su planificación más no con respecto a la intimidad de los investigados ni mucho menos la hace pública y con respecto a la no autoincriminación el agente encubierto busca información válida y trascendental la misma que es analizada por el Jefe de la operación y Fiscalía para después ser sometida al control de legalidad por parte del Juez Competente.

BIBLIOGRAFÍA:

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Constitución de la República del Ecuador*, Montecristi, 2008.

ASAMBLEA NACIONAL LEGISLATIVA, *Código Orgánico Integral Penal*, Montecristi, Ecuador, 10 de Agosto del 2014.

CAFFERATA NORES, J. I., *Crisis de eficacia de la investigación penal, causas, p eligros, soluciones (Derecho de la víctima a una investigación eficiente), Ejercicio concreto del poder penal. Límites, abusos, desafíos*. Córdoba, 2006.

CARDOSO PEREIRA, Flavio, *Agente Encubierto y Proceso Penal Garantista: Límites y Desafíos*, Salamanca, 2012. En http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121134/1/DDAFP_CardosoFlavio_Tesis.pdf

CATALAN, Marco; VARGAS, Alejandro. *El agente encubierto en la ley 19.366. Seminario Ley de Drogas*. Memoria de título. Universidad de Chile, Chile, 2000. Citado por SOLOGUREN INSUA, Felipe, *El Agente Encubierto: Peligro o beneficios en estados democráticos*, Santiago de Chile, 2008.

CERVINI, Raúl. *Nuevos aportes al análisis del delito organizado como fenómeno global. Aspectos criminológicos y jurídicos*, en Crimen Organizado, Sao Pablo, Editora Revista Dos Tribunais Ltda., 1997.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Código de Procedimiento Penal Colombiano*, Ley 906 de 2004, Bogotá, Colombia.

CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Ley num. 20.000 que sustituye la ley nº 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, Santiago de Chile, 2005.

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, *Código de Procedimiento Penal*, Quito, 2001.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA. Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de febrero de 2008, proceso No. 28888. Disponible en:

[http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/juris_28888_\(13-02-08\).doc](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/juris_28888_(13-02-08).doc)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA. Sala de Casación Penal, *Sentencia del 13 de febrero de 2008, proceso No. 28888*. Citado por RAMÍREZ JARAMILLO, Andrés David, *El Agente Encubierto frente a los Derechos Fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación*, Antioquia, Universidad de Antioquia, 2010.

CORTE SUPREMA, rol N° 1496-2003, 5 de junio de 2003. Citado por SOLOGUREN INSUA, Felipe, *El Agente Encubierto: Peligro o beneficios en estados democráticos*, Santiago de Chile, 2008.

DEL POZO PÉREZ, Marta, *El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española*, 2011., En <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/260/1023>

DELL' ANDRO, Renato: "Agente Provocatore". Enciclopedia del Diritto. Citado por SOLOGUREN INSUA, Felipe, *El Agente Encubierto: Peligro o beneficios en estados democráticos*, Santiago de Chile, 2008.

Enciclopedia Jurídica: OMEBA, 1979, México D.F.

Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana Tomo III, Editorial Espasa, Barcelona, 1924.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instructivo de Cooperación Penal Internacional*, Quito, 2013. En http://www.fiscalia.gob.ec/files/LOTAIP%20AC/2A_Instructivo_Fiscal_a_version_publicada.pdf

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Madrid, Editorial Colex, 2005.

GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías. *La policía judicial en el sistema penal acusatorio*. 2007. Citado por RAMÍREZ JARAMILLO, Andres David, *El*

- Agente Encubierto frente a los Derechos Fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación, Antioquia, Universidad de Antioquia, 2010.
- LAMAS PUCCIO, Luis. *Manifestaciones del crimen organizado*. Revista de Derecho Penal y Criminología, Bogotá, Volumen XI, N° 39, septiembre-diciembre, 1989.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de derecho procesal penal*. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi S.A., 2004.
- MACHICADO, Jorge, *¿Qué es la teoría penal de la Retribución?*, 2011. En <https://jorgemachicado.blogspot.com/2011/02/tpr.html>
- MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. *Derechos fundamentales*. Santafé de Bogotá. 3R Editores Ltda., 1997.
- MARTÍNEZ PÉREZ, R., *Policía Judicial y Constitución*, Navarra, 2001.
- MINISTERIO DE GOBIERNO Y POLICÍA, *Acuerdo Ministerial 1070: Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional*, 1998, Quito, En http://www.policiaecuador.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/07/REGLAMENTO_DE_DISCIPLINA_DE_LA_POLICIA_NACIONAL.pdf
- MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *El secreto en el derecho penal colombiano*. Santa Fe de Bogotá, Editorial Leyer, 1997.
- MONTOYA, Mario Daniel. *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis procesal y constitucional*. Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1998. Citado por SOLOGUREN INSUA, Felipe, *El Agente Encubierto: Peligro o beneficios en estados democráticos*, Santiago de Chile, 2008.
- MUÑOZ SANCHEZ, Juan. *El agente provocador*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995. Citado por RIQUELME, Eduardo. *“El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo”*, Barcelona, 2006.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. En http://www.cinu.mx/minisitio/Trafico_migrantes/Conv_Delincuencia_Org.pdf

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO,
Manual de Técnicas Especiales de Investigación, Agente Encuberto y Entrega Vigilada de Bolivia, .En
https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/diciembre/Manual_Tecnicas_Especiales_de_Investigacion_Bolivia.pdf

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Existe una edición del año 2000 de la Unión de Juristas de Cuba. En
<https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>

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

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 2001.

RENDÓ, Angel Daniel. “Agente encuberto” en
<http://www.abogarte.com.ar/agenteencuberto.htm>. Citado por SOLOGUREN INSUA, Felipe, *El Agente Encuberto: Peligro o beneficios en estados democráticos*, Santiago de Chile, 2008.

RICHARDS. R James. *Transnational Criminal Organizations, Cybercrime , and Money Laundering*. CRC PressLLC.USA.1999. En
[https://murdercube.com/files/Spy%20Craft/Law%20and%20Law%20Enforcement/Transnational%20Criminal%20Organizations,%20Cybercrime%20&%20Money%20Laundering%20\(Law%20Enforcement%20Handbook\).pdf](https://murdercube.com/files/Spy%20Craft/Law%20and%20Law%20Enforcement/Transnational%20Criminal%20Organizations,%20Cybercrime%20&%20Money%20Laundering%20(Law%20Enforcement%20Handbook).pdf)

SCHNEIDER, Hans Joachim. *Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada*. Revista de Derecho Penal y Criminología, Madrid, Nº 3, 1993.

SOLOGUREN INSUA, Felipe, *El Agente Encuberto: Peligro o beneficios en estados democráticos*, Santiago de Chile, 2008.

YÁVAR, Fernando. *Orientaciones Prácticas al Procedimiento del Código Orgánico Integral Penal*. Guayaquil, edit. Producciones Jurídicas FERYANÚ, 2015.



ZAFFARONI, Eugenio R. *Derecho Penal Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2º Ed., 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl .*El Crimen Organizado una Categorización Frustrada*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Buenos Aires, 1995.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. La delincuencia organizada trasnacional. La autoría mediata del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin. El derecho penal del enemigo. Ponencia presentada en la conferencia del II Congreso Mundial de Derecho Penal, Guayaquil-Ecuador, del 24 al 27 de noviembre del 2009, 30p. Recuperado el 15 de junio del 2010. En http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/index.htm.