



UNIVERSIDAD DE SONORA
UNIDAD REGIONAL CENTRO
DIVISIÓN DE CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE DERECHO

**LA REGULACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO EN DELITOS DE
DELINCUENCIA ORGANIZADA ACTUALMENTE EN MÉXICO**

TESINA

Que presenta para obtener el título de Licenciado en Derecho:

ANTONIO ADRIÁN MARTÍNEZ IBARRA

Hermosillo, Sonora. Octubre de 2013.

Universidad de Sonora

Repositorio Institucional UNISON



"El saber de mis hijos
hará mi grandeza"



Excepto si se señala otra cosa, la licencia del ítem se describe como openAccess

Gratitud Infinita:

**A Dios, a mi madre, a mi padre, a mis hermanas,
por su amor, colaboración y enseñanzas,
igualmente, a mis amigos y compañeros,
por su apoyo.**

**A mi Universidad de Sonora,
a su Departamento de Derecho y a mis maestros:
Mtro. Gustavo Adolfo Reyes Salazar,
Lic. Jorge Enrique González López,
Lic. Miguel Chon Duarte,
Lic. Jesús Antonio Medina Ballesteros,
por la formación académica y humanística que me brindaron.**

ÍNDICE

Antonio Adrián Martínez Ibarra.

La regulación del Agente Encubierto en delitos de delincuencia organizada
actualmente en México.

PLAN DE TRABAJO	4
•	PI
anteamiento del problema	4
•	Hi
pótesis	4
•	Ob
jetivo General	4
•	Ob
jetivos Específicos	4
•	Ju
stificación.....	5
INTRODUCCIÓN	6
Capítulo I. Generalidades, antecedentes históricos y concepto de la figura del Agente Encubierto.	
I.1 Generalidades	9
I.2 Antecedentes históricos	11
I.3 Concepto	19

Capítulo II. Legislación internacional en el ámbito latinoamericano, respecto a la
regulación jurídica del Agente Encubierto, de manera que nos aporte ciertos
criterios.

II.1 Colombia	22
II.2 Argentina	25
II.3 Brasil	28
II.4 Chile	29

Capítulo III. El Agente Encubierto en México.

III.1 Marco Legal.....	
------------------------	--

Capítulo IV. Figuras que se consideran afines al Agente Encubierto en la investigación policial.

IV.1 El Agente Provocador	41
IV.2 El Informante.....	44
IV.3 El Arrepentido	46

Capítulo V. El Agente Encubierto Vs. Derechos y Garantías Constitucionales.

V.1 El Agente Encubierto y el Derecho a la Intimidad	47
--	----

CONCLUSIONES	50
---------------------------	-----------

PROPUESTAS.....	52
------------------------	-----------

FUENTES DE INFORMACIÓN	53
-------------------------------------	-----------

PLAN DE TRABAJO

Planteamiento del problema.

En México, La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, no regula en forma suficiente la presencia y participación del Agente Encubierto en delitos de delincuencia organizada.

Este tema lo escogí porque despertó interés en mi persona al tratarlo en el curso de titulación.

Hipótesis.

Éste problema de investigación, puede resolverse regulando en forma mas completa la figura del Agente Encubierto en los delitos de delincuencia organizada.

Objetivo general.

Con la presente investigación se busca aportar una reforma a los artículos que hacen mención en la legislación penal mexicana a la figura del Agente Encubierto, mejorando así su postura en la legislación federal.

Objetivos específicos.

El presente plan de trabajo consta en primer lugar (Capítulo I), de un análisis general del Agente Encubierto y su entorno, revisamos el concepto y antecedentes históricos de esta figura.

Posteriormente (Capítulo II), un recorrido a la legislación internacional en el ámbito latinoamericano, respecto a la regulación jurídica del Agente Encubierto, de manera que nos aporte ciertos criterios.

Por otra parte (Capítulo III), se presenta el marco legal del Agente Encubierto en México.

Para luego (Capítulo IV), conocer las figuras que se consideran afines al Agente Encubierto en la investigación policial.

Finalmente (Capítulo V), un repaso al Agente Encubierto frente al Derecho a la Intimidad.

Justificación.

Con la presente investigación se busca aportar una reforma a los artículos que hacen mención en la legislación penal mexicana a la figura del Agente Encubierto, mejorando así su postura en la normatividad federal.

Considero mi tema novedoso, porque la figura del Agente Encubierto es de reciente inclusión en la normatividad penal federal mexicana y es original porque éste estudio es de los pocos que tratan sobre el tema.

El presente trabajo de investigación, me da como resultado una tesina que puede servir como fuente de información y opinión sobre el Agente Encubierto en la legislación penal federal en los delitos de delincuencia organizada.

Considero que estoy haciendo una aportación a la Ciencia Jurídica porque mi trabajo de investigación, perfecciona las disposiciones en materia penal federal respecto al Agente Encubierto en delincuencia organizada.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación y tesina, pretende como su nombre lo indica, aportar una reforma a los artículos que hacen mención en la legislación penal mexicana a la figura del Agente Encubierto, mejorando así su postura en la legislación federal, para lo cual se ha estructurado en cinco capítulos, a fin de obtener un panorama mas amplio del tema a tratar.

Partiendo de esta idea, a continuación tendremos la oportunidad de desarrollar V capítulos, donde caracterizaremos los puntos más relevantes como generalidades, antecedentes históricos y concepto del Agente Encubierto (I), seguidamente a manera que nos aporte ciertos criterios, un recorrido a la legislación internacional en el ámbito latinoamericano, respecto a su regulación jurídica (II), por otra parte el marco legal de esta figura en México (III), así como conocer a aquellas figuras consideradas afines (IV), seguidamente un enfrentamiento entre el Agente Encubierto y el Derecho a la Intimidad (V), para finalmente intentar algunas conclusiones.

El crimen organizado, por su desarrollo e impacto en la sociedad, debe ser analizado con nuevos instrumentos jurídicos que permitan tener en cuenta sus diferencias cualitativas con la criminalidad convencional.

La actuación de organizaciones criminales, unido a la insuficiencia de técnicas de investigación tradicionales, han provocado la articulación de ciertos medios que permiten la prevención, represión así como la averiguación de dichas organizaciones.

Con esta determinación, el ordenamiento jurídico mexicano, ha desarrollado algunas medidas de investigación, como las contempladas en el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 180 bis, y en la Ley Orgánica de la

Procuraduría General de la República, en el artículo 8 fracción VI, consistentes en la compra, adquisición o recibo de transmisión material de narcóticos, para lograr la detención del probable responsable del comercio o suministro de narcóticos; así como la infiltración de agentes para investigaciones en materia de delincuencia organizada, con medidas que tienen como objeto, afrontar con todas las garantías posibles los problemas que plantea el crimen organizado.

El Agente Encubierto, figura de estudio en cuestión, requiere de un tratamiento muy especial, pues su función es en extremo delicada. Supone en todo caso, la puesta en riesgo de un bien jurídicamente tutelado de mayor jerarquía como es la vida. Su empleo es excepcional conforme al principio de subsidiaridad.

En el ordenamiento legal vigente, si se manejan expresiones como: “Operaciones encubiertas”, “Usuarios simulados” y “Agentes infiltrados”, es porque a cada una de ellas habría que atribuirle significado y alcances de diversa índole; sin embargo, por meras consideraciones de pragmatismo y ante la falta de definición legal o reglamentaria, habría que aceptar que éstas vendrían a ser prácticamente sinónimas.

Los artículos 11 y 11 bis de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, los mismos que no definen los procedimientos ni las atribuciones y responsabilidades que asiste a las figuras en cuestión, es el único criterio legal que tenemos para poder delimitar la naturaleza y el alcance que supone su ejecución. Es por ello, que la falta de reglamentación ocasiona que los operadores de justicia lo apliquen de modo asistemático; contándose únicamente con las orientaciones recibidas de otros países, es decir, de la “experiencia comparada”.

Éste problema, puede resolverse regulando en forma mas completa la figura del Agente Encubierto en los delitos de delincuencia organizada. Los valientes servidores públicos que se desempeñan como agentes encubiertos deben ser protegidos por el legislador, pero la función que desempeñan debe ser

transparente y limpia ante el Juez. La tarea es difícil, pero no por ello se debe ser permisivo en el actuar del Ministerio Público o de la Policía.

Se entiende que el objetivo principal que debe tener una legislación que consagre esta institución, es la transparencia con que se pueda presentar en juicio sus resultados, sin perder de vista la protección de los agentes que han participado, pero sin descuidar que el derecho a la intimidad, es una garantía para todos los ciudadanos, incluso los que delinquen.

Con la presente investigación de tipo documental, siguiendo el Método Sistemático Deductivo desde su planteamiento hasta el desarrollo, como se dijo al principio, se busca mejorar la postura en la legislación federal del Agente Encubierto, reformando los artículos que hacen mención en la legislación penal mexicana de ésta figura.

Capítulo I

Generalidades, antecedentes históricos y concepto de la figura del Agente Encubierto.

I.1 Generalidades.

El fenómeno de la criminalidad es un problema que preocupa, quizás de un modo excesivo, a la sociedad mexicana. Ciertos sucesos delictivos, que se han caracterizado por su especial brutalidad, han marcado de manera profunda a nuestra sociedad, el denominador común, la delincuencia organizada.

Por consecuencia, es una tendencia mundial tomar medidas de diversa índole a las tradicionales, a fin de investigar, reprimir y disuadir en el seno social determinadas conductas que se estiman especialmente dañinas para el conglomerado. En el caso de nuestro país, se cuenta desde el siete de noviembre de mil novecientos noventa y seis, con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, “cuyas reglas, que constituyen un subsistema jurídico de excepción, se aplican, entre otros, a ilícitos cometidos contra la salud, que históricamente han sido competencia exclusiva de la Federación. Sin embargo, a algunos años del surgimiento de dicha legislación, la realidad se deja ver: hemos sido ineficaces en el combate a la delincuencia organizada”.

Como tal escenario es injustificable, se impone en nuestros días, afrontar el combate de referencia con nuevos recursos y técnicas, pues el Estado ha sido superado. Pero la mejora de la eficacia de esos menesteres, conduce a conflictos con las garantías individuales. Una muestra de ello es la reglamentación del empleo de agentes clandestinos.¹

¹ SCHÖNE, Wolfgang, *Derechos humanos y procedimiento pena, Pautas del Procedimiento Penal Alemán*, Ed., Porrúa, México, 1998, p. 47.

Es evidente que ante un fenómeno como la delincuencia organizada no podemos utilizar para su investigación los medios tradicionales a los que estamos acostumbrados, de ahí que ante situaciones de altas dimensiones y peligrosidad, debemos acudir a medios de investigación extraordinarios o extremos, se califican así “aquellos que pueden suponer una alteración de los principios reguladores del proceso justo, pero siempre con control judicial y respeto, como límite, a la garantía de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos”.¹

Debe ser un medio de investigación previsto en la Ley, es decir, siempre con respeto a los principios de legalidad en virtud de que el ámbito de investigación en las averiguaciones previas relativas a los delitos sobre delincuencia organizada, deberá abarcar el conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación.

El Agente Encubierto, supone una evolución en la lucha contra la delincuencia organizada. Se caracteriza por su infiltración en dinámicas delictivas, o por el uso de una identidad supuesta, para la obtención de pruebas que inculpen a los sospechosos de actividades delictivas propias del crimen organizado, se integra en la estructura de una organización que tenga fines delictivos para, desde dentro de la misma, obtener pruebas suficientes que permitan la condena penal de sus integrantes y, como fin último, la desarticulación de la organización criminal. Se trata de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada.

Además, debe utilizarse únicamente cuando no podamos obtener la finalidad de investigación de la banda organizada con otro medio que sea menos restrictivo y en supuestos delictivos de naturaleza sumamente grave, tal y como se recogen en la Ley, y, por último, respeto al principio de autorización, intervención y control judicial de la medida de investigación encubierta.

¹ DE LA CRUZ OCHOA, Ramón. *Crimen organizado: Aspectos Criminológicos y Penales*, Ed. Universitaria, La Habana, Cuba, 2008, p. 42.

1.2 Antecedentes Históricos.

Estados Unidos de Norte América.

Esta figura, del Agente Encubierto, empieza a construirse en Estados Unidos de Norte América, en el año de 1902, en donde los funcionarios encargados de la seguridad pública, ejerciendo funciones de prevención del delito, colocaban en lugares estratégicos, seleccionados a partir del flujo de personas que circulaban por el lugar o por el alto índice delincencial, maletas u otros objetos, en tanto que agentes vestidos de particular le daban vigilancia al objeto que servía de señuelo, con el solo fin de controlar la tendencia a delinquir de las personas, que al ver la maleta abandonada, trataban de apoderarse de ella, momento en el cual intervenía el agente de policía, para que el sujeto desistiera de su conducta ilegal. Es de hacer notar que esta técnica policial, se practicaba para tener datos estadísticos de las zonas o sectores de mayor auge delincencial, es decir que a partir de la información obtenida, utilizando la figura del Agente Encubierto, la Policía creaba un mapa delincencial, que le servía para desempeñar un mejor servicio de seguridad a la población.

A simple vista podemos llegar a confundir al Agente Encubierto con el Agente Provocador, ya que en la técnica utilizada por la Policía, había colocada una trampa, mediante la cual se invitaba a delinquir y complementando esta estrategia encontramos a un agente que ha ocultado su identidad profesional.

Ateniéndose a estas dos características, podemos cometer el error de argumentar que el agente que actuaba en dicha práctica, ostentaba la calidad de Agente Encubierto y Agente Provocador, lo cual no es cierto, pues el oficial que realizaba la tarea en estudio, no inducía con el propósito de llevar a juicio al provocado, sino que actuaba con fines de prevenir el delito.

Luego se introduce esta práctica policial en tareas de represión, como la investigación del delito; empleándose primero en el combate al terrorismo, pero luego se torna importante en la lucha contra la narcoactividad, en donde llega a

tener su máxima expresión; pues a partir del fin de la Guerra Fría, la criminalidad organizada dedicada al tráfico internacional de estupefacientes toma fuerza, expandiéndose a los países considerados con un alto grado de consumo, entre ellos Estados Unidos de Norte América, haciendo uso de esta técnica las autoridades para contrarrestar éste flagelo.

El Undercover Agent (Agente Encubierto), es a partir de su uso en la investigación del delito, una figura utilizada en la actividad policial tanto en función preventiva como en función represiva, surgiendo en base a este nuevo empleo, la doctrina de la “Entrapment defense” que versa sobre la legalidad de la actividad desarrollada por el agente tomando en consideración que el origen de la intención delictiva se encuentra en la intervención del Agente Provocador y si existe en el provocado una predisposición para delinquir; es decir que a partir de esta doctrina se hace un estudio minucioso del caso, en el cual actúa un Agente Encubierto, para comprobar si existió coacción o violencia para que el provocado cometiera el delito y si este se encontraba predispuesto a cometerlo, valiéndose en este caso el Policía, de un engaño o trampa con el sólo objeto de poner de manifiesto la comisión del ilícito, que no se hubiera dado sin su intervención. En este caso la prueba aportada por el Agente Encubierto era sometida a la regla de exclusión. Por otro lado cuando, no obstante hay una incitación a delinquir, la decisión última de realizar la conducta delictiva queda reservada a la entera voluntad del investigado, reconoce la doctrina que en este caso no hay violación a los derechos fundamentales y por consiguiente la declaración rendida por el agente cumple con los visos de legalidad.

Estos criterios doctrinales fueron aplicados por primera vez en 1932, en el caso (Sorrells v. United States 287 US 435), el cual estaba referido a un supuesto suministro de alcohol en una época, en la cual el comercio de este producto estaba prohibido y por lo cual había persecución penal contra quien expendía esta sustancia. En el caso que nos ocupa se recurrió a utilizar a un Policía , como Agente Encubierto, que mantenía cierto vínculo de amistad con el investigado

desde la Segunda Guerra Mundial, (en la cual combatieron juntos para realizar las diligencias encomendadas el agente asignado al caso), recurrió a la amistad que había generado con el investigado durante la guerra. El instigado en un primer momento se negó a proporcionar al agente lo que éste le había solicitado, pero ante las constantes insistencias del potencial comprador, el investigado le proporciona un galón de alcohol, lo que constituye la prueba para su incriminación. El juez del caso, al momento de dictar sentencia, desestimó la prueba aportada argumentando que hubo incitación a delinquir y por lo tanto se le violentaron sus derechos fundamentales al encausado, pronunciando una sentencia absolutoria. Los siguientes casos fueron resueltos en el mismo sentido, resultando una sentencia de condena hasta en el caso Sherman v. United States (356 US 369) en el año de 1958.¹

El Agente Encubierto En Europa.

Alemania.

En Alemania con la aprobación de La Ley contra el Crimen Organizado de 15 de Julio de 1992, se regula de forma expresa en el ordenamiento jurídico, la infiltración policial como técnica de investigación penal. Dicha técnica es la utilizada por el instrumento de investigación penal conocido como Agente Encubierto; desde este punto de vista se puede observar que el Agente Encubierto tiene una doble connotación, por un lado se visualiza como instrumento de investigación y por otro lado se ve como figura dogmática penal. Por medio de esta introducción en la legislación penal alemana de la infiltración, se regula legalmente la figura del Agente Encubierto denominándole “Verdeckter Ermittler,” que literalmente significa investigador oculto. La infiltración policial y el Agente Encubierto, presenta la siguiente regulación en el derecho alemán:

¹ LÓPEZ ORTEGA, Juan José, *El agente Encubierto: infiltración policial y provocación del delito*. Revista Justicia de Paz. Año II. Vol. I. Enero /Abril 1999, p. 1

Identidad protegida: El Agente Encubierto es un elemento de la Gestapo, se le denomina a la Policía Secreta de Alemania o funcionario de Policía al cual se le proporciona una identidad aparente de forma duradera denominada “Legende” (leyenda), que le permite intervenir en el tráfico jurídico, no solo con la finalidad de infiltrarse, sino que se le autoriza para que tenga un uso irrestricto de la identidad doble, utilizando esta para contratar, fundar sociedades, aperturar cuentas bancarias, realizar tramites administrativos, etc. Con este fin se le suministra por parte de la institución encargada de llevar los registros de personas, los respectivos documentos de identidad con los cuales se le crea el nuevo perfil, sin alterar por esta operación los libros o soportes que contienen la identidad verdadera. (§110a de la StPO), Ley Procesal Alemana.

Ámbito de actuación: El Agente Encubierto tiene delimitado su campo de acción en el Proceso Penal alemán, ya que el artículo 110 del Código Procesal Penal (§110a de la StPO), enumera una serie de delitos en los cuales puede intervenir y que están referidos a delitos relativos al tráfico ilegal de estupefacientes, tráfico ilegal de armas, falsificación de especies monetarias y títulos valores y a la protección del Estado; en relación a este artículo, el agente solo puede actuar en aquellos delitos considerados graves, en especial cuando estos han sido cometidos de forma organizada o sistemática, es decir, que han sido perpetrados por organizaciones criminales. Es importante hacer notar que el término crimen organizado, genera una seria discusión en la comunidad jurídica, pues no está definido de una forma clara y unánime.

Funcionario autorizante: El §110b de la StPO, organiza de una forma muy compleja y extendida, la infiltración policial, determinando la competencia entre los órganos intervinientes: Policía, Fiscalía y Juez. Es así como la Fiscalía, por regla general, al tener la dirección de la investigación en el proceso penal alemán, autoriza al Agente Encubierto para que realice las tareas de infiltración, con el propósito de obtener la información encomendada. Las excepciones a esta regla se dan en dos casos concretos: cuando se prevé que el infiltrado pueda vulnerar

derechos fundamentales y en caso de urgencia. En el primero de los casos, es necesaria la autorización judicial, con la cual se legitima la actuación policial; en el segundo de los casos, puede la policía iniciar la tarea de infiltración, procediendo posteriormente a solicitar la autorización, pero si en el plazo de tres días no recibe la confirmación de parte de la fiscalía, debe poner fin a la medida tomada. En todo caso la autorización otorgada por la fiscalía debe ser ratificada por el Juez en el plazo de tres días.

Plazo de vigencia: En la resolución que emita el funcionario autorizante, se debe consignar el plazo durante el cual el Agente Encubierto podrá utilizar la técnica de la infiltración, aunque por razones de insuficiencia en la investigación, podrá prorrogarse, §110b StPO.

Establece esta norma, que el Agente Encubierto en la realización de su actividad de infiltración, debe sujetarse a las reglas de la investigación criminal, también de modo expreso se le permite el ingreso de domicilios privados, si cuenta con el consentimiento del titular; siempre que para obtener tal consentimiento no haya recurrido a un engaño diferente del que surge por emplear otra identidad.

Como una medida eminentemente garantista, la ley prevé la obligación de informar del ingreso a las personas que ostentan la titularidad del inmueble al que ingresó, siempre que con esta medida no se ponga en peligro la investigación, la seguridad personal del agente encubierto o de terceras personas o la posibilidad de continuar con la infiltración.

Es importante advertir que el Derecho Alemán a través de las leyes de Policía, regula la figura del Agente Encubierto con fines preventivos del delito, este hecho es necesario decirlo ya que si bien no es objeto de nuestro estudio la actividad preventiva, es uno de los pocos países que regula esta figura legal en este sentido.

España.

En este país, mediante La Ley Orgánica 5/99 del 13 de Enero, se incorpora a La Ley de Enjuiciamiento Criminal en el Art. 282 bis, que habilita legalmente la actuación del Agente Encubierto, cuando sea necesaria en la investigación de la delincuencia organizada; es así como se autoriza la emisión y utilización de una identidad supuesta a los funcionarios de la policía judicial que sean nombrados como agentes encubiertos. La autorización debe ser dada por el Juez de Instrucción Competente o por el Fiscal dando inmediatamente cuenta al Juez, mediante resolución fundamentada que debe consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso, en la cual se puede autorizar también la adquisición y transporte de objetos relacionados al delito que se investiga; esta resolución gozará de reserva, es decir, estará fuera de las actuaciones y bajo fuertes medidas de seguridad.

La identidad supuesta es otorgada por el Ministerio del Interior por un plazo prorrogable de seis meses, con la cual además de servirle en la tarea de infiltración asignada, queda facultado para utilizarla en el tráfico jurídico y social. El agente tiene el deber de informar en el menor tiempo posible, a quien autorizó la investigación sobre las diligencias realizadas; para que esta información sea agregada al proceso y valorada como prueba por el Juez; también tiene la obligación de tramitar ante el Juez competente las autorizaciones respectivas, cuando las actuaciones de investigación puedan afectar derechos fundamentales; además goza de las siguientes facultades: No puede ser obligado a actuar como Agente Encubierto, es decir que no debe ser privado de ninguno de sus derechos por negarse a actuar de infiltrado, si acepta la designación y actúa como tal, puede solicitar que se le amplíe el plazo de vigencia de la identidad supuesta, cuando testifique en el proceso o una vez haya finalizado se sienta amenazado en su integridad física.

Dinamarca.

El Derecho Procesal Penal danés también regula de forma directa la infiltración policial por medio del §§ 754a al 754e del “Retsplejelov” (Ley Procesal Danesa) para que Agentes Encubiertos actúen en el marco de la investigación penal, fijando como requisitos que se designe la tarea de infiltración en un Agente de Policía por medio de resolución judicial fundamentada o en caso de urgencia, podrá ejecutar la infiltración sin autorización previa de la policía, pero deberá someterla a la ratificación del Juez lo mas rápido posible y en todo caso antes de que transcurran 24 horas; que hayan sospechas fundadas de la comisión de un delito, que las técnicas convencionales de investigación resulten poco adecuadas para descubrirlo y que el delito tenga una pena de prisión superior a seis años; no se regula la posibilidad de adoptar una identidad supuesta, pero se reconoce el derecho a no declarar como testigo en el caso que exista peligro para el o sus familiares.

Italia.

En esta legislación se reconoce de forma indirecta. Es requisito para la validez de la infiltración y la actuación del Agente Encubierto, que actué en la investigación de los delitos relativos al tráfico de estupefacientes, en los delitos cometidos por la criminalidad mafiosa y en los delitos relativos a la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. También se reconoce la entrega vigilada y la compra controlada de aquellos objetos que se relacionan con la actividad criminal. La actividad realizada por el Agente Encubierto la encuadra la Ley como un eximente de responsabilidad.

Francia.

Está reconocida de manera indirecta a partir del año 1991 por medio de la entrada en vigencia de la ley especial de lucha contra el tráfico de estupefacientes,

utilizando causa de justificación en favor del Agente Infiltrado, quien opera utilizando otras técnicas novedosas como la entrega vigilada y la compra controlada, por lo cual tiende a confundir la figura del agente encubierto con el agente provocador; su utilización es con fines de investigar delitos relativos al tráfico de sustancias psicotrópicas.

Portugal.

Aunque hay mas medidas de regulación, en este ordenamiento, se incluye dentro del grupo de países que regulan de forma indirecta esta figura. El legislador legitima penalmente la conducta del agente investigador que en el transcurso de la infiltración realice conductas delictivas, hace alusión a los requisitos de la infiltración y dispone este instrumento para investigar delitos relativos al tráfico de sustancias estupefacientes y los relativos a la corrupción, criminalidad económica y financiera.

Finalmente nos queda repasar aquellos ordenamientos en los que la infiltración policial carece de una regulación legal, ni directa ni deducible implícitamente de otros preceptos, pero en los que a menudo ha sido la Jurisprudencia la que ha venido a sancionar la admisibilidad de esta práctica policial, cuando esta ha sido sometida a su consideración. En este grupo se encuentra Suiza, Austria, Bélgica y Países Bajos e Inglaterra y Gales.¹

¹ SELLÉS FERREIRO, Juan, *Tratamiento Procesal de la Delincuencia Organizada*, Ed. Impresos Múltiples, El Salvador, 2006, pp. 20-40.

I.3 Concepto.

Luego de haber visto los antecedentes históricos del Agente Encubierto, muy útil es que analicemos el concepto de ésta institución en el presente capítulo. Se analizarán conceptos doctrinales en el Derecho Comparado latinoamericano y español, con México.

De forma general podemos decir que Agente Encubierto, es aquel agente de la Policía que se infiltra en una organización criminal, o tiene contacto con otra persona dedicada a realizar hechos delictivos, con el fin de poner al descubierto a esas personas y someterlas a proceso penal, procurándose obtener la prueba necesaria para acreditar el comportamiento ilícito de esas personas, y a su vez tomar las precauciones necesarias para evitar que dichos sujetos alcancen el resultado que se proponían en el caso concreto.

Conceptos doctrinales argentinos.

El autor argentino Ángel Daniel Rendo, nos señala que el Agente Encubierto es “un empleado o funcionario público que voluntariamente, y por decisión de una autoridad judicial, se infiltra en una organización delictiva a fin de obtener información sobre la misma en relación a sus integrantes, funcionamiento, financiación”.¹

Por su parte, Fabricio Guariglia, expresa que el agente encubierto es “el miembro de las fuerzas policiales que, ocultando su verdadera identidad, busca infiltrarse en organizaciones delictivas con el fin de recabar información”.² Además sostiene que esta figura que se introduce en el esquema clásico del procedimiento penal es un nuevo método a utilizar por la reacción penal estatal.

¹ RENDO, Ángel Daniel, *Agente Encubierto* en <http://www.abogarte.com.ar/agenteencubier-to.htm>

² GUARIGLIA, Francisco. *El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?*

Concepto doctrinal peruano.

El Doctor David Inca Roca Coronado, dice: “Agente Encubierto: el procedimiento especial, planificado por la autoridad policial y autorizado con la reserva del caso por el Ministerio Público o el Órgano Jurisdiccional mediante el cual un agente especializado, ocultando su identidad se infiltra en una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas, con el propósito de identificar su estructura, dirigentes e integrantes, recursos, modus operandi y conexiones con asociaciones ilícitas”.¹

Concepto doctrinal español.

Según Juan José López Ortega, “Agente Encubierto es un infiltrado policial, que se introduce en la estructura de una organización criminal, con el fin de investigar sobre la comisión de un delito, la cual es admisible como prueba cuando este agente no provoca la actividad ilícita. Las operaciones de infiltración presentan tres características generales, que son la disimulación, es decir, la ocultación de su condición de agente policial y sus intenciones; el engaño a fin de obtener la confianza del sospechoso; y la interacción, que consiste en una relación directa entre el agente y el autor potencial.”²

Conceptos doctrinales chilenos.

Eduardo Riquelme Portilla, señala que 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”.³

1 ROCA CORONADO, David Inca, Abogado, a la fecha Labora en el Ministerio Público, con el cargo de Asistente en Función Fiscal. Fecha: 22/06/2007.

2 LÓPEZ ORTEGA, Juan José, Op. cit., pp. 1-17.

3 RIQUELME PORTILLA, Eduardo, *El Agente Encubierto en La Ley de Drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo*, Doctorado en Derecho penal, Universidad Pompeu Fabra, erp@uribe-etxeverria.cl

También se ha dicho que el Agente Encubierto tiene rasgos comunes que los asemejan a la discutida figura que la doctrina conoce como Agente Provocador. El penalista Sergio Polittof Lifschitz, 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”.¹

En México, Jorge Rivero Evia, Doctorando en Derecho en la Universidad Anáhuac-Mayab, sostiene que “son agentes encubiertos aquellos funcionarios policiales que actúan en la clandestinidad generalmente con otra identidad, y que desempeñan tareas de represión y prevención del crimen mediante infiltración en organizaciones criminales a fin de descubrir a la persona que la dirigen, recabando pruebas y prestando testimonio de cargo ante la justicia”.²

Si observamos las definiciones que hacen cada uno de los autores sobre la figura del Agente Encubierto, estaremos diciendo que todos coinciden en que debe ser un funcionario encargado de ejercer actividades policiales, es decir que no puede ser Agente Encubierto una persona ajena a la institución policial.

Por otra parte, la función encomendada a esta figura es penetrar la estructura de una organización criminal con el propósito de identificar a los miembros de esa estructura, sus modus operandi y poner en manifiesto las actividades que éstos realizan.

Estos colaboradores no buscan la comisión de delitos sino conocer los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve; es decir, se pretende la obtención de pruebas con relación a una actividad criminal que ya se está produciendo, pero de la que únicamente se abrigan sospechas.³

1 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*, Gaceta Jurídica, N° 203, 1997, Mayo, pp. 7, 8.

2 RIVERO EVIA, Jorge, *Los Agentes Clandestinos y el Debido Proceso*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Núm. 28, Julio 2009, p. 265.

3 Id. p. 263.

Capítulo II.

Legislación Internacional en el ámbito latinoamericano, respecto a la regulación jurídica del Agente Encubierto, de manera que nos aporte ciertos criterios.

II.1 Colombia.

La figura del Agente Encubierto en Colombia, si bien solo vino a consagrarse expresamente en la legislación interna a comienzos del siglo XXI (Fue en la Ley 600 de 2000, artículo 500, donde por primera vez se consagró esta figura) la misma fue utilizada desde mucho antes sin normatividad o sustento legal alguno, es por esto que se considera oportuno antes de hablar de su consagración legal actual, hacer un pequeño recuento de su empleo en el país.

En Colombia los trabajos como agentes encubiertos, empezaron a desarrollarse a partir de la década de los años 70, cuando empezaba en auge la famosa “bonanza marimbera”, siendo sus pioneros los miembros de la Policía Nacional en las zonas de los departamentos de la Costa Atlántica, donde tenían su área de influencia las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de marihuana. Luego en los primeros años de la década de los 80, se emplea en colaboración con la Policía Portuaria para descubrir el tráfico de cocaína. Y en la década de los 90 con la aparición de varios organismos de Policía Judicial, los Agentes Encubiertos son utilizados para la desarticulación de bandas de narcotraficantes, en desarrollo de la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicoactivas” del 20 de diciembre de 1988, aprobada en Colombia por medio de la Ley 67 de 1993, pero también las operaciones encubiertas son utilizadas para el desmantelamiento de otras instituciones ilegales que desarrollaban sus actividades en detrimento de la paz y el orden social.¹

¹ RAMÍREZ JARAMILLO, Andrés David, *El Agente Encubierto Frente a los Derechos Fundamentales a la Intimidad y a la no Autoincriminación*, Mejores Trabajos de Grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía No. 3, Medellín, Colombia, 2010, p 31.

Ahora, a partir de la Ley 600 de 2000 (anterior Código de Procedimiento penal), se consagra expresamente, en su artículo 500, la figura del Agente Encubierto, pero limitada a actividades de cooperación judicial internacional; luego, por medio de la Ley 800 de 2003, se aprobaría la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional” del 15 de noviembre de 2000, que hace referencia a las técnicas especiales de investigación, como las operaciones encubiertas. No obstante los funcionarios de Policía Judicial, continuaban desarrollando estas operaciones encubiertas en el plano nacional, fundamentándose en el contenido de los artículos que establecían las finalidades tanto de la investigación previa como de la apertura de investigación formal (artículos 322 y 331, respectivamente, de la Ley 600 de 2000), y luego en la resolución 0-0024 de enero de 2002 de la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual se expidió el Manual de Asistencia Judicial Mutua Nacional e Internacional que trata del empleo de técnicas como las del Agente Encubierto.

Actualmente, la Ley 906 de 2004 (nuevo Código de Procedimiento Penal), consagra de manera mas amplia la figura del Agente Encubierto en su artículo 242, como medio de investigación, tanto en el plano nacional como para la cooperación internacional, además en sus artículos 241, 243 y 279, reguló otros aspectos de su actuación y de los resultados que se obtengan.¹

Artículo 242. Actuación de Agentes Encubiertos. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado y 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 ésta facultad especial podrá disponerse de uno o varios funcionarios de la Policía Judicial o, incluso particulares, puedan actuar en ésta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica.

¹ Ibídem, p.p. 31, 32.

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 en donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, los 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 el 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 los 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.

En todo caso el uso de Agentes Encubiertos no podrá excederse por un período superior de un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, ésta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente.

Es importante aclarar aquí que, el Agente Encubierto puede ser empleado no solo para entrar en contacto con un delincuente perteneciente o no a un grupo criminal, sino también para infiltrar una organización criminal, realizar una entrega vigilada y llevar a cabo una vigilancia y seguimiento de personas.¹

¹ Ídem, p. 34.

II.2 Argentina.

La legislación argentina ha incluido la figura del agente encubierto a través de la ley 24.424 modificatoria de la ley 23.737. El art. 31bis de la Ley 23.737 establece lo siguiente: *Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta:*

- a) Se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero y*
- b) Participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero.*

La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad.

La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas previstas en el art. 31quinques.

Por tanto, el juez podrá designar un Agente Encubierto en causas vinculadas con el tráfico de estupefacientes cuando tenga razones para pensar que hay un delito cometido o en vías de cometerse. Debe existir un estado de sospecha serio, referido a un delito determinado. La designación del agente encubierto es procedente como último recurso. Si es posible utilizar otras medidas menos intrusivas deberá optarse por ellas. El magistrado que interviene en la

investigación deberá controlar periódicamente la actuación de los agentes encubiertos.¹

En la sentencia del 11 de diciembre de 1990, caso “Fiscal V. Fernández, Víctor H.”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que:

“El empleo de una Agente Encubierto para la averiguación de los delitos no es en sí mismo contrario a garantías constitucionales”.

Las pautas que la corte tomó en cuenta para admitir el empleo de Agentes Encubiertos son:

- a) Que el comportamiento del agente se mantenga dentro de los límites del Estado de Derecho.
- b) Que el Agente Encubierto no se involucre de tal manera que hubiese instigado o creado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente.

La Corte no considera que se haya violado la garantía de la defensa en juicio de un imputado cuando el Estado lo atrapa utilizando para ello un Agente Encubierto. Ello, siempre que el agente se mantenga dentro del Estado de Derecho, y siempre que no sea el mismo Estado, el que crea el delito en la mente del imputado. Pero si este está predispuesto a cometer el delito, de manera que los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que le otorga el acusado, entonces éste tampoco podrá invocar que ha sido víctima de una trampa ilegal. “El riesgo tomado a cargo por un individuo que voluntariamente propine a otro la comisión de un delito o que voluntariamente permite a otro tomar conocimiento de tal propuesta o de hechos que son relevantes para la prueba de un delito ya cometido, incluye el riesgo de que la oferta o los hechos puedan ser reproducidos ante los tribunales por quien, de esta forma, tomo conocimiento de ello”.²

¹ CARRIÓ, Alejandro, *Agentes encubiertos y testigos de identidad reservada: armas de doble filo, ¿confiadas a quién?*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, vol. 6, pp. 311-318.

² Ibid.

Por último, existen ciertos delitos, tales como el tráfico de estupefacientes, que se preparan y ejecutan de manera tal que solo es posible su descubrimiento cuando los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de identidad donde ellos tienen lugar.

Y el 15 de mayo de 1996, la Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala A, en la sentencia con causa No. 94.702 expresaría que si el agente desempeña el rol de provocador y ejecutor total o parcial del delito, la conducta del Estado desplegada a través de sus organismos perdería el sustento ético saliéndose de los límites a los que debía ceñirse y lo adquirido en dicha forma tiene origen ilegítimo, debiendo aplicarse la regla de exclusión probatoria.¹

¹ RAMÍREZ JARAMILLO, Andrés David, Op. cit., p. 36.

II.3 Brasil.

La posibilidad de infiltración por agentes de Policía o de Inteligencia en tareas de investigación, constituidas por órganos especializados pertinentes, solo es posible mediante autorización judicial y se mantiene en secreto hasta su término. Sin embargo, en el Derecho Penal Brasileño, para constituir una prueba procesalmente legítima, el Agente Encubierto no debe interferir en la práctica delictuosa objeto de investigación. En caso contrario, es configurada la llamada “preparación flagrante”, rechazada como prueba legítima en el Proceso Penal Brasileño. Por ello mismo, esa técnica de investigación es rechazada por una parte de la doctrina, e inclusive se prevé su supresión en el proyecto de ley 150/2006 que altera la ley contra el crimen organizado.

La “delación premiada”, prevista en el Art. 6º de la Ley 9034/95, además de presentarse en diversas otras normas del ordenamiento, es regulada también en la Ley de lucha contra el crimen organizado. En ese sentido, se prevé la reducción de la pena de uno a dos tercios para el agente que colabore espontáneamente permitiendo la identificación de los autores de crímenes cometidos por las organizaciones delictivas. La denuncia premiada no tenía valor probatorio absoluto por sí misma. Así que se logra la condición de prueba legítima sólo cuando se corrobora con otras pruebas constituidas de conformidad con el principio de contradicción.

La delación es una figura que encuentra muchos opositores sobre todo por ser un estímulo a la traición, aunque es muy útil a la hora de desvendar crímenes, demostrándose eficaz, no obstante sea necesaria cautela para que no se utilice banalmente, para el confort de las investigaciones. Es una herramienta muy importante y pragmática que viene ganando la simpatía del legislador para hacer frente a la lucha contra la criminalidad organizada.¹

¹ RANGEL MOREIRA, Lorena, *La eficacia de la legislación contra el crimen organizado. Brasil y España*, Salamanca, 2011, pp. 16,17.

II.4 Chile.

A partir de la evolución delictiva de los últimos veinte años, principalmente referida a ilícitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes y aquellos de connotación sexual, la legislación chilena incluyó en sus estatutos procesales punitivos, la posibilidad de utilizar un instrumento de máxima utilidad para las policías.

La justificación a esta institución puede o no ser compartida desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, pero lo que no es discutible, resulta ser la utilidad de la misma, pues evidentemente el lograr infiltrar las organizaciones delictuales suele ser de máxima utilidad para los agentes de investigación, en especial las policías.

Las normas legislativas que permiten infiltrar las estructuras delictivas, deben conciliar los intereses de los organismos persecutores con el respeto de los derechos de los ciudadanos, que si bien son infractores de ley, no debemos olvidar, que aún son presuntos inocentes, por lo que recae en los entes estatales, en Chile, Ministerio Público, quebrar el estado de inocencia que presume la Constitución Política del Estado.

Considerando el concepto que se extrae de la legislación positiva, podemos sostener que los Agentes Encubiertos solamente pueden desarrollar sus actividades investigativas respecto de organizaciones, asociaciones o agrupaciones delictivas, y por consiguiente nunca podrían intervenir respecto de investigaciones que tengan por objeto una sola persona, por lo que evidentemente, deberán ser dos o más los investigados, para cumplir con el mandato del legislador.¹

¹ CASTRO VARGAS, Carlos Enrique, *Actuaciones del Agente Encubierto en la Legislación Chilena*, Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Andrés Bello y de la Academia Superior de Estudios Policiales de Chile. Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Argentina, pp. 1.

El trabajo de los Agentes Encubierto debe tener a lo menos uno de los siguientes objetivos:

- a) Identificar a los miembros de una organización, asociación o agrupación delictiva;
- b) Reunir información necesaria para la investigación que se lleve a efecto, respecto de las mismas, en las cuales se inserta, involucra o introduce, ocultando su identidad oficial y,
- c) Recoger los antecedentes necesarios, entendiéndose por tales las que posteriormente van a ser constitutivas de prueba en juicio.

El desarrollo de esta institución a nivel legal, jurisprudencial y doctrinario, hace pertinente que se cumplan los siguientes requisitos, para que esta herramienta investigativa pueda ser llevada a juicio, sin que posteriormente sea excluida, a través de la eventual ilicitud de la misma.

Chile, ha consagrado un sistema de juzgamiento de fuerte raíz acusatoria, que se divide en tres grandes etapas:

- a) La primera investigativa, cuya duración puede ser de hasta dos años, en la cual se pueden realizar todo tipo de actividades que permitan reunir antecedentes o indicios que luego sostengan la acusación del Ministerio Público en contra del imputado.
- b) Una segunda etapa corresponde a la intermedia, en la cual se presenta la acusación fiscal y se realiza la audiencia más trascendente que se relaciona con el tema en desarrollo, a saber, la audiencia de preparación de juicio oral, la misma tiene por objeto que se contesten los cargos del acusador, se corrijan los vicios formales y se discutan las pruebas que se presentarán en juicio por las partes intervinientes, es decir, Ministerio Público, Defensa y Querellante. Dentro del debate de prueba se debe ofrecer la misma y se discutirá si es admisible o no, es aquí donde creemos podría producirse la gran discusión respecto de la legalidad de lo obrado por el agente encubierto, pues nuestra legislación permite excluir aquella prueba que hubiese sido obtenida con vulneración de garantías

constitucionales o que provengan de diligencias o trámites que en audiencia ante el tribunal de garantía se haya determinado por sentencia su ilegalidad.

- c) Finalmente la última etapa es el juicio oral, estimamos como lo hace nuestra jurisprudencia mayoritaria, que en el mismo ya no es factible discutir la legalidad de la prueba, pues si pasó el cedazo de la audiencia de preparación, es factible que se le presente en juicio, sin perjuicio de la facultad exclusiva y excluyente de los jueces de valorar la misma en su sentencia definitiva.

Importante será entonces conocer los presupuestos que deben cumplirse para que no se produzca la exclusión de las diligencias realizadas por el Agente Encubierto. Los requisitos, si bien podrían ser de carácter general, se han desarrollado principalmente respecto de la Ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes, antigua Ley 19.366 y hoy Ley 20.000.¹

En la sentencia del 31 de octubre de 2001 de la Corte Suprema, rol No. 801-01, se dijo que el Agente Encubierto era una institución loable y útil en la lucha contra el crimen organizado, y que no debía confundirse con la figura del agente inductor o provocador, que no estaba permitida por la Ley, entonces en la medida en que el Agente Encubierto no indujera a la comisión de un delito, no incurriría en ninguna infracción de tipo penal desde el punto de vista general. Y en la sentencia del 2 de diciembre de 2003 de la Corte de Apelaciones de Arica, se dijo que el Agente Encubierto en los hechos investigados solo podía tener una participación de colaboración para identificar a los partícipes o recoger las pruebas que sirvieran de base en el proceso, sin llegar al extremo de incitar o instigar la comisión de un ilícito, en términos tales que pasara a convertirse un verdadero delincuente.²

¹ *Ibíd*em, p. 2.

² RAMÍREZ JARAMILLO, Andrés David, *Op. cit.*, p. 35.

Variadas son las normas que en la Ley 20.000, publicada en el Diario Oficial el 15 de febrero de 2005, tienden a la protección y transparencia del actuar de los agentes encubiertos, consideración, fundamentalmente de la importancia de su labor, pero también de la peligrosidad de la misma.

La reforma procesal penal que rige en Chile, a partir del año 2000, en forma parcial en el territorio nacional y que hoy involucra todo el país, ha traído como una consecuencia lógica, el cambio de paradigmas en la represión de los delitos, hoy las policías, como entes auxiliares del Ministerio Público en la labor investigativa, y por ende todos representantes del Ius Puniendi del Estado, no está nunca por sobre el respeto de los derechos fundamentales que garantiza la Constitución Política de la República, por lo que la vida privada, integridad física y síquica, dignidad y otras, no pueden, salvo cumplimiento expreso del procedimiento legal, ser vulnerados, bajo ningún pretexto.¹

¹ CASTRO VARGAS, Carlos Enrique, Actuaciones del Agente Encubierto en la Legislación Chilena, Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Andrés Bello y de la Academia Superior de Estudios Policiales de Chile. Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Argentina, p. 2.

Capítulo III.

El Agente Encubierto en México.

III.1 Marco Legal.

En nuestro actual sistema normativo existen los comúnmente denominados agentes infiltrados, los cuales se pueden definir como “el miembro de la policía que se infiltra en una organización criminal participando del entramado organizativo bajo identidad supuesta, o bien, modificada, para tomar conocimiento de la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener indicios suficientes que conlleven a la detención de sus autores, así como, lograr la desarticulación de la organización criminal”.

La técnica de infiltración policíaca en el ámbito delictivo no es nueva, ese procedimiento se ha venido utilizando por largo tiempo aunque no estuviera previsto en la legislación, se trata de los llamados informantes. Esta actividad debe entenderse como la de infiltrados, que sin vulnerar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos y la acumulación de pruebas, lo cual se dificulta extraordinariamente en la criminalidad organizada, razón por la que se le considera como uno de los instrumentos de investigación penal clave en el combate de esta especie de delincuencia.¹

De hecho, en México han venido operando los denominados policías oficiosos o “madrinas” de la Policía, considerados como protagonistas de una aberrante práctica policial de allegarse auxiliares sin designación ni sueldo oficial, para que les ayudaran en sus pesquisas, cuya proliferación se ha debido, principalmente, a la legalización de las recompensas económicas obtenidas.²

¹ RIVERO EVIA, Jorge, Op. cit., p.263.

² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México, Ed. Porrúa, México, 1997, página 198.

Tales recompensas están contenidas en el artículo 37 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Artículo 37. *“Cuando se gire orden de aprehensión en contra de un miembro de la delincuencia organizada, la autoridad podrá ofrecer recompensa a quienes auxiliaren eficientemente para su localización y aprehensión, en los términos y condiciones que, por acuerdo específico, el Procurador General de la República determine”.*

Pero vallamos por partes, en un análisis en cuanto a la existencia formal de los agentes infiltrados en el ordenamiento nacional.

La facultad de realizar investigaciones de índole policial, se establece de manera genérica en los párrafos primero y noveno del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que al efecto se establece:

Artículo 21. *“La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las Policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.*

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva,...”

El Artículo 16 de la Constitución, establece asimismo disposiciones concernientes a las atribuciones que asisten a la autoridad ministerial en las pesquisas contra el crimen organizado, sin que en el texto mismo de la Constitución se contemple de manera expresa la existencia de los denominados “Agentes Infiltrados”, cuya regulación queda establecida en los artículos 11 y 11 bis de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y cuya fundamentación constitucional estribaría, por lo consiguiente, en la atribución genérica contemplada en los párrafos primero y noveno del Artículo 21 de la Constitución.

Artículo 16. *Párrafo décimo tercero: “Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa*

correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor...”

Artículo 11. *“En las averiguaciones previas relativas a los delitos a que se refiere esta Ley, la investigación también deberá abarcar el conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación. Para tal efecto, el Procurador General de la República podrá autorizar la infiltración de agentes.*

En estos casos se investigará no sólo a las personas físicas que pertenezcan a esta organización, sino las personas morales de las que se valgan para la realización de sus fines delictivos.”

Artículo 11 Bis. *“El Titular del órgano previsto en el artículo 8 podrá autorizar la reserva de la identidad de los agentes de la policía infiltrados, así como de los que participen en la ejecución de órdenes de aprehensión, detenciones en flagrancia y cateos relacionados con los delitos a que se refiere esta Ley, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta el tipo de investigación, imposibilitando que conste en la averiguación previa respectiva su nombre, domicilio, así como cualquier otro dato o circunstancia que pudiera servir para la identificación de los mismos.*

En tales casos, se asignará una clave numérica, que sólo será del conocimiento del Procurador General de la República, del Titular del órgano antes citado, del Secretario de Seguridad Pública y del servidor público a quien se asigne la clave. En las actuaciones de averiguación previa, en el ejercicio de la acción penal y durante el proceso penal, el Ministerio Público y la autoridad judicial citarán la clave numérica en lugar de los datos de identidad del agente. En todo caso, el Ministerio Público acreditará ante la autoridad judicial el acuerdo por el que se haya autorizado el otorgamiento de la clave numérica y que ésta corresponde al servidor público respectivo, preservando la confidencialidad de los datos de identidad del agente. En caso de que el agente de la policía cuya identidad se encuentre reservada tenga que intervenir personalmente en diligencias de desahogo de pruebas, se podrá emplear cualquier procedimiento que garantice la reserva de su identidad.”

La Ley de la Policía Federal establece por su parte en los artículos 8 fracción VII y 10 fracción XII las figuras de: “Operaciones Encubiertas” y de “Usuarios

Simulados” sin que la misma Ley o su Reglamento, especifiquen la naturaleza, alcances o atribuciones que les asistan a las mismas.

Artículo 8. *“La Policía Federal tendrá las atribuciones y obligaciones siguientes:*

VII. *Llevar a cabo operaciones encubiertas y de usuarios simulados para la prevención de delitos. El Reglamento definirá con precisión los lineamientos mínimos para el ejercicio de esta atribución;”*

Artículo 10. *“Son atribuciones del Comisionado General de la Policía Federal:*

XII. *Autorizar, previo acuerdo con el Secretario, operaciones encubiertas y de usuarios simulados para desarrollar operaciones de inteligencia para la prevención;”*

En términos de Dogmática Jurídica habría que concluir que, si el ordenamiento legal vigente utiliza expresiones diversas como: “Operaciones Encubiertas”, “Usuarios Simulados” y “Agentes Infiltrados”, es porque a cada una de ellas habría que atribuirle significado y alcances de diversa índole; sin embargo, por meras consideraciones de pragmatismo y ante la falta de definición legal o reglamentaria, habría que aceptar que éstas vendrían a ser prácticamente sinónimas.

La conclusión anteriormente asentada, tendría como base de sustentación, endeble por lo demás, el hecho de que lo dispuesto por los Artículos 11 y 11 bis de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, se constituye en el único criterio legal que tenemos para poder delimitar la naturaleza y el alcance que asiste a las prácticas comprendidas por las figuras en cuestión.

En segundo término, los límites legales a que deben sujetarse la Policía Federal en las denominadas “Operaciones Encubiertas”, así como con respecto a los “Usuarios Simuladores”, se encuentran perfectamente delineados tanto por la Constitución, como por la Ley de la Policía Federal; siendo tales límites los que a continuación se reseñan:

El Artículo 5 de la Ley de la Policía Federal, establece que debe entenderse por investigación para la prevención de los delitos: “al conjunto sistematizado de acciones y procedimientos encaminados a la planeación, obtención, procesamiento y aprovechamiento de la información, con el propósito exclusivo de evitar la comisión de delitos,” siendo ésta de la exclusiva competencia de la corporación en los términos del artículo 8 fracción IV de la Ley, en tanto que, de conformidad con los artículos 2 fracción IV, 8 fracción IX y 45 a 47 de la misma, las investigaciones de los delitos cometidos que realice, las llevará a cabo siempre bajo la conducción y mando del Ministerio Público.

Artículo 8. *“La Policía Federal tendrá las atribuciones y obligaciones siguientes:*

IV. Realizar investigación para la prevención de los delitos;”

Artículo 2. *“La Policía Federal es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Seguridad Pública, y sus objetivos serán los siguientes:*

IV. Investigar la comisión de delitos bajo la conducción y mando del Ministerio Público de la Federación, en términos de las disposiciones aplicables.”

Artículo 45. *“En sus funciones de investigación y combate a los delitos, la Policía Federal actuará bajo el mando y conducción del Ministerio Público, con el fin de que sus actuaciones se lleven a cabo en el marco de la legalidad y con las formalidades necesarias para que los resultados de tales actuaciones puedan presentarse como evidencia ante los tribunales.”*

Artículo 47. *Si se tratare de delito flagrante, la Policía Federal dictará las medidas y providencias necesarias para el debido cumplimiento de lo que en materia de preservación de indicios dispone el Código Federal de Procedimientos Penales; en todos los casos, y bajo su más estricta responsabilidad, informará de inmediato de lo acaecido al Ministerio Público, y pondrá a su disposición las personas, bienes u objetos relacionados con los hechos.*

En estos casos, la Policía Federal actuará de conformidad con los protocolos que al efecto se establezcan conforme a las disposiciones legales aplicables.”

El Artículo 22 del Reglamento de la Ley de la Policía Federal, establece las atribuciones que corresponden a la Coordinación de Operaciones Encubiertas, y en concordancia con lo previamente reseñado, la fracción II del citado

ordenamiento, distingue entre las operaciones encubiertas con fines de prevención del delito en los términos de lo dispuesto por el Artículo 5 de la Ley , y cuyo diseño y operación es de la exclusiva competencia de la Policía Federal, de las operaciones encubiertas realizadas con el propósito de combatir el delito que deberán llevarse a cabo bajo la conducción y mando del Ministerio Público.

En contrapartida, la fracción V del precitado Artículo 22 del Reglamento de la Ley de la Policía Federal, señala como atribución de la Coordinación de Operaciones Encubiertas: “Establecer esquemas de investigación preventiva a través de la infiltración de agentes para la obtención de información de estructuras criminales, formas de operar y ámbitos de actuación en términos de las normas aplicables”.

Artículo 22.- *“Corresponde a la Coordinación de Operaciones Encubiertas:*

I. Dirigir la realización de operaciones encubiertas y de usuarios simulados con el objeto de asegurar la obtención, análisis y explotación de información con el propósito de prevenir y, bajo la conducción y mando del Ministerio Público, combatir la comisión de delitos;

II. Diseñar y operar métodos para llevar a cabo operaciones encubiertas y de usuarios simulados, que tengan por objeto asegurar la obtención, análisis y explotación de información con la finalidad de prevenir y, bajo la conducción y mando del Ministerio Público, combatir la comisión de delitos;

III. Establecer estrategias de prevención, acción y de movilización de recursos, a través de operaciones encubiertas y de usuarios simulados, con el propósito de evitar la comisión de probables hechos delictivos;

IV. Estudiar, planificar y ejecutar métodos y técnicas de operaciones encubiertas y de usuarios simulados previo acuerdo del Comisionado General y del Secretario para la prevención del delito;

V. Establecer esquemas de investigación preventiva a través de la infiltración de agentes para la obtención de información de estructuras criminales, formas de operar y ámbitos de actuación en términos de las normas aplicables;

VI. Fortalecer la prevención primaria de la criminalidad, a través de acciones encubiertas y de usuarios simulados, con el fin de obtener información;

VII. Supervisar el desarrollo de los sistemas de acopio de información de inteligencia policial que permitan la prevención e identificación de bandas delictivas;

VIII. Administrar, en el ámbito de su competencia, la utilización de metodologías de recolección, clasificación y evaluación de la información de inteligencia policial que proporcionen las evidencias necesarias de la comisión de hechos delictivos y los presuntos responsables;

IX. Diseñar las estrategias de identificación y desarticulación de estructuras criminales;

- X. Dar cumplimiento a los ordenamientos judiciales y ministeriales;*
- XI. Dirigir, bajo la conducción y mando del Ministerio Público, la recopilación de pruebas para determinar la comisión de un hecho delictivo y la probable responsabilidad de los indiciados;*
- XII. Coordinar con las demás áreas de la División de Inteligencia los criterios y políticas de recopilación e intercambio de información vinculada a un hecho o elemento de investigación;*
- XIII. Orientar la investigación de las operaciones encubiertas y de usuarios simulados que implemente la Institución para el cumplimiento de sus fines;*
- XIV. Fortalecer mecanismos de cooperación y coordinación con las autoridades, dependencias y entidades de los tres órdenes de gobierno y fomentar la corresponsabilidad interinstitucional en las operaciones a su cargo;*
- XV. Dirigir y sistematizar, operaciones encubiertas o de usuarios simulados que implemente la Institución para el cumplimiento de sus fines;*
- XVI. Previo acuerdo con el titular de la División, autorizar a los Integrantes de la Institución a actuar bajo identidad supuesta, así como, en el ámbito de su competencia, adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos;*
- XVII. Supervisar acciones especializadas en manejo de fuentes de información en la sociedad;*
- XVIII. Informar de manera periódica a la División de Inteligencia los avances y resultados, así como remitir los informes y demás documentos que se generen en la materia de su competencia, y*
- XIX. Las demás que le confieran este Reglamento, otras disposiciones legales aplicables o aquéllas que le encomiende el inmediato superior de quien dependa.*

En la medida en que pueda aceptarse la existencia de investigaciones con fines preventivos y ello no se considere un contrasentido per se, infiltrar estructuras criminales difícilmente puede ser considerado como materia propia de una investigación preventiva, y, según lo expresado, debería ser, dado el caso, materia de una acción llevada a cabo bajo la dirección del Ministerio Público; sin embargo, la fracción V del Artículo 22 del Reglamento, abre la puerta a la eventual comisión de conductas tipificadas como delitos por parte de los Agentes Infiltrados que, por principio de cuentas, no se encontrarían justificadas en los términos de los Artículos 45 a 47 de la Ley de la Policía Federal; lo anterior en virtud de que la referida fracción V del Artículo 22 del Reglamento de la Ley de la Policía Federal, estaría en contravención con la fracción I del Artículo 89 de la Constitución dado que excedería a lo dispuesto por la Ley que en principio reglamenta.

Artículo 89. *“Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:*

I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.”

Pese a lo anterior, tanto los agentes encubiertos como los superiores jerárquicos que hubiesen ordenado su proceder actuando con sujeción a lo dispuesto por la multicitada fracción V del Artículo 22 del Reglamento de la Ley de la Policía Federal y en las que eventualmente hubiesen incurrido en conductas tipificadas como delitos por la ley; podrían estar sin embargo, exentos de toda responsabilidad penal, ya que, por principio de cuentas, y salvo prueba en contrario que acreditara su pleno conciencia de la inconstitucionalidad que aqueja a la fracción V del Artículo 22 del Reglamento de la Ley de la Policía Federal, operaría a su favor la excluyente de responsabilidad contemplada en el inciso A fracción VIII del Artículo 15 del Código Penal Federal que al efecto establece:

Artículo 15.- “*El delito se excluye cuando:*

VIII.- *Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;*

A) *Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal;”*

Fallas de regulación que, acaso, pudieran haber obedecido a una estrategia de Estado.¹

¹ PERALTA MERINO, Atilio Alberto, *Agentes infiltrados y operaciones encubiertas*. Abogado por la Escuela Libre De Derecho del Distrito Federal. Premio Nacional de Ensayo de la CNDH sobre los Derechos Humanos en la Constitución de 1857.

Capítulo IV.

El Agente Encubierto y figuras que se consideran afines en la investigación policial.

A pesar de la habilitación legal del Agente Encubierto en nuestro ordenamiento, tanto las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado como los órganos de represión penal, han creado otras figuras para la prevención del crimen organizado. Estas actuaciones, en muchas ocasiones pueden confundirse con la intervención de un Agente Encubierto. Entre las figuras que se consideran afines a la del Agente Encubierto, destacan: el provocador, el informante y el arrepentido. En algunas ocasiones la doctrina ha conjugado la figura del Agente Encubierto con la actuación de varios de los sujetos aludidos, toda vez que el Agente Encubierto en ocasiones sólo se infiltra en un grupo para informar exclusivamente, otras participa en alguna operación, como por ejemplo cuando participa en una entrega vigilada, y por último, también podría, excediendo su legítima designación, provocar con su actuación en la actividad delictiva a otro a cometer un delito.¹

IV.1 El Agente Provocador.

Es indispensable distinguir y nunca equiparar lo que constituye en sentido estrecho un Agente Provocador de lo que configura un Agente Encubierto, pues no en todos los casos en que interviene la policía o alguna persona infiltrada por ella para detectar una actividad ilícita, habrá provocación.

Con motivo del decreto de reforma penal del 20 de agosto de 2009², la figura del Agente Provocador, se incorporó a la Legislación Mexicana dentro del artículo 180 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

¹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, *Comentario a la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero: la entrega vigilada y el agente encubierto*, En Actualidad Jurídica Aranzadi, 1999, p. 5.

² Decreto al que se adiciona el art. 180 bis al Código Federal de Procedimientos Penales. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_ref101_20ago09.pdf

Dicho artículo dispone que “tratándose de los delitos de narcomenudeo y para fines de investigación, el titular del Ministerio Público de la Federación podrá autorizar que agentes de la policía bajo su conducción y mando compren, adquieran o reciban la transmisión material de algún narcótico para lograr la detención del probable responsable del comercio o suministro de narcóticos o de la posesión de los mismos con dichos fines y el aseguramiento correspondiente”. Asimismo, aquél podrá autorizar, caso por caso, a los titulares del Ministerio Público de las entidades federativas para que, por conducto de sus policías, empleen esas técnicas de investigación.

En sentido estricto, habrá provocación cuando una persona, siendo autorizada por la Ley para tal efecto, determina la consumación de un delito, haciendo que otra u otras personas incurran en un injusto que probablemente no se hubiera realizado.¹

Aquí estamos frente a lo que la doctrina entiende como delito provocado: “aparece, cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona generalmente, un funcionario policial, que guiado por la intención de detener a los sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente propósito delictivo alguno planeado ni decidido”.²

El Código Penal Federal, en su artículo 208, nos habla de la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio: *“Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicarán de diez a ciento ochenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad, si el delito no se ejecutare; en caso contrario se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido”*.

² DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, Op. cit., p. 78.

³ DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, *Criminalidad Organizada y Proceso penal*, Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, junio, 2006, p. 11.

La apología, en ciertos casos, puede ser considerada como un acto ilícito cuando incita a cometer acciones que son contrarias a la ley. En estos casos, se habla de apología del delito, ya que la persona lo que hace es defender y promover conductas delictivas.

Por consiguiente, la técnica de provocación sólo es admisible, bajo la condición de que es preciso que el agente actúe para poner en manifiesto que el sujeto, por ejemplo, ya se encuentra dedicado al tráfico de drogas, no para provocar infracciones por parte de un individuo que no estaba dedicado a ese tráfico.

Efectivamente, es legítima la provocación en aquellos casos en que el agente lo que hace es simplemente acelerar la consumación de un delito que de todas formas iba a ser cometido, de lo contrario, estaríamos frente a lo que la Jurisprudencia norteamericana ha denominado “Entrapment” (atrapamiento), consistente en el acto de agentes del Gobierno o funcionarios mediante el cual se induce a una persona a cometer un delito que no está dispuesta a cometer con anterioridad; es una defensa a una acusación penal que establece que en el agente o funcionario se originó la idea criminal e indujo al acusado a participar en ella.¹

¹ RIVERO EVIA, Jorge, Op. cit., pp. 266, 267.

IV.2 El Informante.

En la lucha contra la criminalidad, ya sea la delincuencia convencional o la organizada, las declaraciones de los informantes pueden resultar primordiales en la investigación.

Los Informantes pueden provenir de los ambientes delictivos, es decir, delincuentes de pequeña escala, que a cambio de ciertos favores, dicen a las autoridades todo lo que saben sobre la organización objeto de investigación, o bien, es un ciudadano cuyo único objetivo es proteger la seguridad ciudadana.

Por lo general, el Informante suele ser una persona perteneciente a los ambientes delictivos, que prestan a la policía el servicio de proporcionarle información, no siempre con fines altruistas y en defensa de la sociedad, sino a cambio de dinero o cierto trato de favor por parte de los agentes policiales.¹

La intervención de los Informantes en la investigación de la delincuencia de la delincuencia organizada, se menciona en el artículo 37 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, mismo que en su primer párrafo refiere, que en el caso de que se haya girado una orden de aprehensión en contra de un miembro de la delincuencia organizada, la autoridad podrá ofrecer recompensa a quienes auxilien eficientemente para su localización y aprehensión. Asimismo, el segundo párrafo del citado precepto, alude que en el caso de secuestro, la autoridad podrá ofrecer recompensa a quienes sin haber participado en el delito, auxilien con cualquier información que resulte cierta y eficaz para la liberación de las víctimas o la aprehensión de los presuntos responsables.

¹ GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín., *Derecho Procesal Penal*, E. Colex, Madrid, 1999, p. 409.

En ambos casos se garantizará la confidencialidad del informante. Es habitual que la identidad del Informante quede salvaguardada, de manera que sólo sea conocida por la autoridad con la que colabora. A diferencia del Agente Encubierto, al Informante no se le proporciona una identidad nueva sino que simplemente permanece oculta con el objeto de preservar su vida e integridad física.

La información obtenida mediante la colaboración del Informante, será elaborada y tratada en instancias policiales, y servirá como línea de investigación, o bien, como prueba de cargo cuando éstos testifiquen en el juicio. No obstante, lo normal será que la policía no de constancia de la información dada por los Informantes para la investigación del hecho delictivo, ocultando así su existencia.

La diferencia del Agente Encubierto y el Informante son notables, desde la condición del sujeto que desarrolla la medida, el ámbito de actuación del Informante, que no tiene por qué circunscribirse a la delincuencia organizada, hasta la actuación del Agente Encubierto en la organización. Sin perjuicio de lo anterior, el Agente Encubierto cuando se infiltra en el entramado organizativo, actúa como informante, toda vez, que su investigación va orientada a obtener información relevante sobre la organización criminal y transmitírsela al órgano encargado en cada caso concreto.

Por último, considerando la finalidad de ambas técnicas, se tiene que, si bien ambos proporcionan información acerca de la organización criminal, el Agente Encubierto persigue principalmente la obtención de pruebas suficientes que permitan la desarticulación de la organización que se está investigando, así como la captura de sus presuntos responsables, en cambio, el informante, tiene un objetivo más particular, consistente en la obtención de privilegios o algún tipo de remuneración por parte de las autoridades.

IV.3 El Arrepentido.

La intervención del Arrepentido puede dar lugar a lo que se conoce como infiltración sobrevenida, puesto que el Arrepentido puede considerarse como el instrumento que sirve como arma que permite a las autoridades a introducirse en las altas esferas del crimen organizado, a través de la información que brindan quienes muchas veces lo componen.¹

El Arrepentido, puede definirse como el individuo que perteneciendo en origen a la organización delictiva, a partir de un cierto momento (a cambio de ciertos beneficios y protección) colabora con las autoridades de persecución, suministrándoles información suficiente para condenar a los restantes miembros de la organización criminal (en especial a los que ocupan los puestos más altos en su jerarquía organizativa). No obstante, el Arrepentido que acude a los órganos de represión penal para ayudar a la captura de los delincuentes no lo hace de manera desinteresada, sino que por el contrario persigue algún tipo de beneficio consistente, normalmente, en una reducción de la pena.

Se concluye lo anterior, en relación a lo establecido en los numerales 35 y 36 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, toda vez que en los mismos se aprecian las diferentes formas en que podrán ser beneficiados aquellos miembros de la delincuencia organizada que presten ayuda eficaz a la investigación y persecución de otros miembros de la misma.

Por otro lado, hay que tener presente que en razón de que el arrepentido es una persona perteneciente a la organización criminal, su declaración puede resultar de dudosa credibilidad, dado que puede estar influida por ánimos de venganza, circunstancia que puede restar credibilidad a su testimonio.

¹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, E. Comares, Granada, 2001, p. 26.

Capítulo V.

El Agente Encubierto Vs. Derechos y Garantías Constitucionales.

V.1. El Agente Encubierto y el Derecho a la Intimidad.

Pareciera que ha entendido el legislador que la actuación de un Agente Encubierto no vulnera garantía constitucional alguna, no siendo necesario requerir autorización judicial sino cuando éste pretenda efectuar una acción de investigación que afecte una garantía constitucional. Por ello, no es extraño imaginar a un Agente Encubierto en fase exploratoria invitado a ingresar al domicilio particular de un sospechoso, piénsese que al tener encomendado conquistar la confianza, tanto del investigado como de los otros miembros del grupo en el cual se infiltre, y permanecer largo tiempo en el círculo de la vida de ellos, casi que necesariamente se empezarían a desarrollar relaciones de familiaridad, amistad o compañerismo, las cuales propician que entre las personas se eliminen las barreras, que normalmente suelen ponerse a los extraños, para permitirles la entrada a su intimidad, facilitándose de esta manera, por medio del engaño, que el Estado tenga una intrusión intensa en la privacidad de las personas investigadas sin que ellas mismas percatarse de ello.

No podría sostenerse que el Agente Encubierto está facultado para realizar cualquier actividad en el desempeño de su cargo, como ingresar y revisar domicilios, interceptar y grabar comunicaciones telefónicas, abrir correspondencia etc.; sin autorización judicial. En este sentido el Policía, se encontraría teóricamente impedido, dado que al importar dicho acto de investigación, vulneración de una garantía constitucional, requiere autorización judicial previa. Si ingresa, toda la información que obtenga no podría ser utilizada como prueba de cargo, ya que sería prueba ilícita al haberse obtenido con vulneración de derechos fundamentales, ilicitud que incluso puede contaminar otras pruebas que se deriven

de ella. Si no lo hace, el investigado podría sospechar, corriendo riesgo, al menos, la operación.¹

Pero también la excesiva prolongación de la actuación de estos agentes, podría presentarse como atentatoria de la dignidad humana, desde la perspectiva de la falsedad e instrumentalización de los innegables lazos de afecto, cariño y amistad que de forma natural los seres humanos desarrollamos con quienes están por mucho tiempo al lado nuestro en el diario vivir.

Es preocupante desde la perspectiva que, según algunos autores, el hecho mismo de la infiltración policial en una organización, vulnera derechos fundamentales, tal como la garantía constitucional de “derecho a la intimidad”, la intimidad de las personas, se encuentra tutelada por la Constitución Mexicana (párrafos primero y segundo artículo 16 constitucional), si bien no de manera expresa al no utilizar textualmente el vocablo “intimidad”, la garantía de seguridad jurídica establece que nadie puede ser molestado en su persona, familia, papeles o posesiones, cuya finalidad es el respeto a un ámbito de la vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, según interpretación jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).²

Es claro que en cualquier ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales de las personas no son absolutos, y que en ciertos casos está permitida la injerencia del Estado en los mismos; pero nunca dicha limitación puede llegar al supuesto de afectar el núcleo esencial de esos derechos fundamentales, por cuanto el fundamento del propio Estado de Derecho está en la concepción de la persona como fin de sí mismo y en el reconocimiento de su dignidad humana, lo cual no es

1 DE VEGA RUIZ, José Augusto. *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, E. Colex, Madrid, 1994, pp. 11-15.

2 Registro No. 169700, Localización: Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, Mayo de 2008, Página: 229, Tesis: 2a. LXIII/2008, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional.

concebible sin el respeto y disfrute de ese mínimo e intangible contenido de sus derechos inalienables.

En virtud de lo expuesto, se podría afirmar lo siguiente: si ya es discutible que el Estado pueda para conseguir un fin, entrometerse en nuestra esfera de intimidad, mucho más lo es el otorgar la facultad al Ministerio Público sin autorización judicial previa.

Así entonces tenemos, que para un debido equilibrio entre el interés en la investigación penal y la protección de la persona, las injerencia en los derechos fundamentales deben estar vinculadas al cumplimiento de condiciones exactamente determinadas, donde las medidas que afecten en mayor proporción esos derechos, estén reservadas a los delitos mas graves, enumerados específicamente en la Ley. Que el permiso sólo pueda ser dado a través del juez y que la autorización judicial sólo pueda ser ejecutada en un plazo razonable y determinado, trayendo como consecuencia que no puedan usarse procesalmente los medios de prueba que se hayan obtenido sin cumplir esas condiciones.¹

Nada de esto se garantiza con la regulación de la actuación del Agente Encubierto, pues el artículo 11 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, pareciera dar a entender que con la sola autorización del Procurador General de la República, para la actuación del Agente Encubierto, éste queda facultado (por ejemplo), para entrar en cualquier momento al domicilio o lugar de trabajo del investigado, utilizar todos los medios técnicos de ayuda que la Coordinación de Operaciones Encubiertas en base al artículo 22 del Reglamento de la Ley de la Policía Federal le confiera (en general todas las actividades relacionadas que permitan recaudar información), afectando así gravemente el derecho a la intimidad de las personas investigadas e incluso de personas que no tienen ni siquiera la calidad de sospechosos.

¹ RAMÍREZ JARAMILLO, Andrés David, Op. cit., p. 99.

CONCLUSIONES.

Primera. En los primeros capítulos, se deja expuesta según la investigación, la figura del Agente Encubierto, su aspecto histórico y su trascendencia, así como su reglamentación en el ordenamiento jurídico mexicano que nació con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada como un instrumento procesal para contrarrestarla.

Segunda. A medida que las leyes avanzan para atacar el delito, también avanza con ellas los modus operandi para delinquir, por ello expreso categóricamente que la figura del Agente Encubierto, debe ser objeto de una regulación legal específica, que consagre el Principio de Reserva Legal en el control de su aplicación y de acuerdo al Principio de Proporcionalidad, para que su actividad sea idónea y adecuada a la hora de su valoración en el Proceso Penal.

Tercera. Hay quienes sostienen que la información que obtengan los agentes encubiertos de la organización delictiva, difícilmente pueda ser utilizada como fuente convictiva de una sentencia condenatoria a los integrantes de una organización, pues aquella será obtenida por ellos en base a un engaño de los integrantes de la organización, ya que de otra manera, estos ningún dato le hubieran proporcionado y/o revelado a los agentes encubiertos, máxime si hubieran conocido la posibilidad de su delación, y ese engaño generador de la fuente de convicción afecta a la garantía constitucional.

Cuarta. Supongamos, en una posición ecléctica y considerando que tal postura peca de excesivo rigor jurídico, se sostiene que dentro de ciertos límites de actuación de tales agentes, su inserción puede ser conducente a la salvaguarda de cadenas delictivas de difícil aprehensión, además hay que tener en cuenta, que en última instancia, no sólo el testimonio de los agentes encubiertos debe ser la base de convicción del Juez para la toma de una determinación, sino que ésta

sólo será un medio más, a los que se sumarán los ya recabados o a recabar en el curso de la investigación.

Quinta. Ante la falta legal o reglamentaria de una definición de Agente Encubierto, se tienen que aceptar como sinónimas las expresiones: “Operaciones encubiertas”, “Usuarios simulados” y “Agentes Infiltrados” sustentadas en lo endeble que resulta su aparición en los artículos 11 y 11 bis de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada como único criterio legal para delimitar la naturaleza, alcances o atribuciones que tanto la Ley de la Policía Federal como su Reglamento deben especificar.

Sexta. Es necesaria una reforma legislativa con una precisión que evite las lagunas que existen en la regulación actual, con la finalidad de potenciar su utilización y garantizar su funcionalidad y operatividad; siempre dentro del respeto al sistema de garantías, no solo teórico sino práctico. La delincuencia organizada avanza a gran velocidad dando pasos de gigante, si queremos luchar contra ella debemos estar alerta y potenciar la utilización de figuras como el Agente Encubierto que se demuestran eficaces en la lucha contra dichas redes.

Séptima. La figura del Agente Encubierto se justifica por la necesidad de llevar a cabo investigaciones en el seno de tramas organizadas internacionales con las dificultades que ello implica, es una figura polémica, pero necesaria. En multitud de ocasiones no existirá otro modo para poder desentrañar los entresijos de las bandas organizadas con las características y enorme peligrosidad que representan.

Octava. Lo que debe quedar claro es la necesidad de que éste medio, que podemos considerar extraordinario, quede sujeto a la legalidad y al mas estricto control judicial, ya que es realmente muy agresivo y en caso de no existir un verdadero control judicial sobre su utilización, terminaría pervirtiendo el Proceso Penal no sólo contra la criminalidad organizada sino en toda su actuación.

PROPUESTAS.

Primera. Reforma a los artículos 11 y 11 bis de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada con una sola definición legal de Agente Encubierto de acuerdo a los principios de Reserva Legal y de Proporcionalidad y evitar diversas expresiones dentro del ordenamiento legal vigente como: “Operaciones Encubiertas”, “Usuarios simulados” y “Agentes Infiltrados” para su correcta valoración en el Proceso Penal e idóneo control de su aplicación.

Segunda. Reforma al Reglamento de la Ley de la Policía Federal con un artículo 22 bis, especificando la naturaleza, alcance o atribución que asista a la figura del Agente Encubierto y que se menciona en los artículos 8 fracción VII y 10 fracción XII de la Ley en mención.

FUENTES DE INFORMACIÓN

CASTRO VARGAS, Carlos Enrique, *Actuaciones del Agente Encubierto en la Legislación Chilena*, Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Andrés Bello y de la Academia Superior de Estudios Policiales de Chile. Magister en Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Argentina.

Código Federal de Procedimientos Penales.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/7.pdf>

Código Penal federal.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9.pdf>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>.

LAMARRE, Flavia, Agentes encubiertos y criminalidad organizada: derecho y demagogia, pp. 175-195

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/88/lecciones-y-ensayos-88-paginas-175-195.pdf>

Ley de la Policía Federal.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LPF.pdf>

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/101.pdf>

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOPGR.pdf>

MEJÍA, Ricardo; MELARA, José; Peraza, Roxana, El agente encubierto y el agente provocador en el proceso penal salvadoreño. Validez de sus actuaciones.

<http://www.wisis.ufg.edu.sv/www.wisis/documentos/TE/363.252-M516a/363.252-M516a.pdf>

PERALTA MERINO, Atilio Alberto, Agentes infiltrados y operaciones encubiertas.

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6O_K2lJI-UQJ:archivo.e-consulta.com/2013/index.php/2012-06-13-18-41-29/articulas/item/agentes-infiltrados-y-operaciones-encubiertas+infiltraci%C3%B3n+de+agentes+y+reglamento+de+la+policia+federal&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=mx

RAMÍREZ JARAMILLO Andrés David, El Agente Encubierto Frente a los Derechos Fundamentales a la Intimidación y a la no Autoincriminación.

http://books.google.com.mx/books?id=qQWXmofd0OEC&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22Andr%C3%A9s+David+Ram%C3%ADrez+Jaramillo%22&hl=es&sa=X&ei=HDjFUayPI8O_rQHpoHwAg&ved=0CC0Q6AEwAA#v=onepage&q&f=false

RANGEL MOREIRA, Lorena, La eficacia de la legislación contra el crimen organizado. Brasil y España.

http://buengobierno.usal.es/revista/docs/20_Albuquerque_CrimenOrganizado.pdf

Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LOPGR.pdf

Reglamento de la Ley de la Policía Federal.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LPF.pdf

RIVERO EVIA, Jorge, Los agentes clandestinos y el debido proceso.

<http://doctrina.vlex.com.mx/vid/agentes-clandestinos-debido-proceso-75456718>

SOLOGUREN INSUA, Felipe, El agente encubierto: ¿Peligro o beneficio en estados democráticos?

http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-sologuren_f/pdfAmont/de-sologuren_f.pdf

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, El agente encubierto en el ordenamiento jurídico español.

http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/rocio%20zafra%20es.pdf