

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA

LEÓN

ESTUDIOS CON RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ OFICIAL POR DECRETO
PRESIDENCIAL DEL 3 DE ABRIL DE 1981



**EL AGENTE INFILTRADO COMO MEDIO DE INVESTIGACIÓN
EXTRAORDINARIO, SU PRESENCIA EN EL DERECHO MEXICANO.**

TESINA

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y AMPARO

PRESENTA:

JOSÉ MOISÉS HERRERA SALDAÑA

LEÓN, GTO.

2018

ÍNDICE

| | Página |
|---|--------|
| 1. Introducción | 1 |
| 2. Agente Encubierto | 3 |
| 2.1. Marco Conceptual, Agente Encubierto, Agente Infiltrado, Agente Provocador e Infiltración. | 3 |
| 2.2. El agente encubierto y otras figuras relevantes en la materia. | 6 |
| 2.2.1. El Informante | 7 |
| 2.2.2. Denuncia Anonima. | 8 |
| 2.2.3. El Agente Secreto | 9 |
| 2.2.4. The Undercover Agent. | 9 |
| 2.2.5. Los Pentiti Italianos. | 9 |
| 3. La Investigación Criminal mediante Agentes Infiltrados. | 11 |
| 3.1. El Procedimiento de Investigación Criminal. | 11 |
| 3.2. La Necesidad de la Participación de los Agentes Infiltrados o Encubiertos. | 13 |
| 4. Legislación Nacional e Internacional | 16 |
| 4.1. Instrumentos Internacionales Aplicables. | 16 |
| 4.1.1. Instrumentos de Salvaguarda de la Legalidad. | 16 |
| 4.1.2. Tratados y Acuerdos Internacionales que contemplan la figura del Agente Encubierto o Infiltrado. | 18 |
| 4.2. Legislación Colombiana sobre el Agente Encubierto. | 23 |
| 4.3. Legislación Española sobre el Agente Encubierto. | 26 |
| 4.4. Legislación Mexicana sobre el Agente Encubierto. | 29 |
| 5. Conclusiones. | 33 |
| 6. Bibliografía. | 38 |

EL AGENTE INFILTRADO COMO MEDIO DE INVESTIGACIÓN EXTRAORDINARIO, SU PRESENCIA EN EL DERECHO MEXICANO

1. Introducción.

El agente infiltrado o encubierto, es una figura que ha venido cobrando especial importancia en los últimos años en todo el mundo, por su utilidad en la investigación y persecución de la delincuencia organizada; obedece a nuevas realidades en las cuales los métodos tradicionales de investigación no pueden de manera plena combatir este tipo de ilícitos, y si bien la autoridad siempre actuara bajo el principio de legalidad en respeto a los derechos fundamentales, la responsabilidad de la misma es buscar estar lo más a la par de estos nuevos contextos. En este trabajo, revisaremos los antecedentes de esta figura en los marcos contemporáneos, su presencia y utilidad en los procesos de investigación, así como la estructura legal que le dan soporte tanto en México como en España y Colombia, en atención a nuestras similitudes contextuales y jurídicas; buscando a través del estudio comparado las mejoras que nuestro país puede realizar en su normatividad a efecto de brindar un mayor soporte a esta figura legal.

El tema no está exento del debate, incluso es necesario el señalar que su presencia en nuestro país es de reciente cuño, pues solo derivado de la reforma constitucional del año 2009, y la reforma de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada del mismo año, es que la figura tiene existencia legal; sin embargo, el temor político y legal de su uso, ha limitado el mismo. Argumentos como instigación al delito, impunidad para posibles delitos de funcionarios públicos, y la tradicional desconfianza social y política a las autoridades investigadoras han frenado su uso y limitado sus alcances.

Delimitar la figura, así como establecer su uso y legitimidad en los procesos de investigación, a la par de analizar los ordenamientos internacionales en la materia, sin duda abonarán en la comprensión y fortalecimiento de esta figura extraordinaria de investigación, y nos permitía un mejor combate de la delincuencia organizada, que ha venido azotando al mundo, pero con énfasis en lo que desde el año 2007 venimos enfrentando en México, más delincuentes, más preparados y mejor organizados.

2. AGENTE ENCUBIERTO

Adentrarnos en la figura del agente encubierto implica el conocer los aspectos básicos de su evolución, pues como casi todos los fenómenos que derivan del quehacer humano, surgen en la realidad como una respuesta a conductas determinadas, al darnos cuenta de la imposibilidad de investigar los delitos de la manera “tradicional”, se hacen necesarios medios extraordinarios, como el que nos ocupa, que surge de la reacción institucional, pero sin el andamiaje legal que lo sustentara; no obstante lo anterior, el agente encubierto ha sido una herramienta de inteligencia utilizada en todas las fases de la humanidad, en la guerra preponderantemente, pues sino se estudia a los “enemigos”, como podemos combatirlos efectivamente.

No obstante, la figura cobra relevancia en el Estado de Derecho que nos rige a las democracias contemporáneas; el principio de legalidad para el Estado implica hacer lo que la ley le faculta expresamente, de lo contrario se vulneran los Derechos Fundamentales de los ciudadanos, sin límites veríamos penosos episodios presentados en el mundo, pero en especial en países latinoamericanos, de ese ejercicio de poder sin límites, como son las desapariciones forzadas, la tortura, etc., como medios destinados a “proteger al estado”; analicemos entonces, su marco de referencia.

2.1. Marco Conceptual, Agente Encubierto, Agente Infiltrado, Agente Provocador e Infiltración.

De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, no existe una definición de agente infiltrado o agente encubierto, si existe una para agente provocador, el cual es definido como *“Persona que desde un grupo u organización induce a actitudes o manifestaciones violentas, para suscitar una represión o el desprestigio de una causa”*¹, lo cual nos señala un fin más sociopolítico que de combate a la delincuencia, por lo que esta definición no nos es de mucha ayuda, debiendo proceder a definir infiltración, la cual de acuerdo a la misma fuente ya citada puede

¹ Diccionario de la Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=agente+provocador>.

ser entendida como *“Penetrar subrepticamente en territorio ocupado por fuerzas enemigas a través de las posiciones de estas”*, o también como *“Introducirse en un partido, corporación, medio social, etc., con propósito de espionaje, propaganda o sabotaje”*², lo cual de la misma manera nos remite a los orígenes de la acción de infiltración; la guerra, o el conflicto sociopolítico. Ejemplo de esto es lo que se considera una de las primeras policías modernas, el Ministerio de Policía de Francia, dirigido por Joseph Fouché de 1799 a 1815, el cual planteo de manera formal y real el uso de un aparato de espionaje por parte de la policía, con fines de control sociopolítico mayoritariamente.

Ante esta dificultad, es necesario ver en el terreno de los hechos, como se ha conceptualizado estos tipos de agentes que nos ocupan, mayoritariamente se usan como sinónimos, aunque existen algunos intentos de diferenciación, como el que nos plantea la doctrina portuguesa, de acuerdo a lo expuesto por Guedes Valente, en su obra *“Teoría Geral do Direito Policial”*³, plantea la diferencia entre el Agente Encubierto y el Agente Infiltrado, para el, el agente encubierto, es un agente de la policía o un civil con acuerdo de la autoridad policial, no judicial, que ocultando su función policial, pero lo mas importante, sin ganarse la confianza de los delincuentes; frecuente lugares criminógenos, con la finalidad de detener en flagrancia los delitos, no obedece, como lo veremos mas adelante, a una investigación en proceso, es mas bien una técnica policial ordinaria.

En cuanto al agente infiltrado, en el marco que señalamos, puede ser un agente policial o civil, pero con grandes diferencias:

- A. Actúa con autorización jurisdiccional, en el marco de un proceso de investigación sobre determinados delitos.
- B. Oculta su calidad e identidad.
- C. Se gana la confianza del sospechoso o sospechosos.

Es necesario precisar que al analizar esta figura a la luz de marcos normativos

² Diccionario de la Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=infiltrar>.

³ Guedes Valente, Manuel Monteiro, *“Teoría Geral do Direito Policial”*. Tomo I, Coímbra Portugal, 2014, p. 301

como el de Argentina, Colombia, España o México, la tendencia es estandarizar el concepto, y no hacer un distingo entre agente encubierto o infiltrado, pues su objetivo común es la obtención de información delictiva mediante la técnica de infiltración, por lo que de manera ecléctica, podríamos decir que agente encubierto o infiltrado es aquel que reúne las siguientes características:

- A. Agente de la policía o civil, ambos con perfil determinado para la función.
- B. Personalidad jurídica y de actuación creada para la investigación que le ocupa.
- C. Actúa bajo la autorización y guía de un juez, o de un fiscal o ministerio publico, de acuerdo a su legislación, en el marco de una investigación determinada.
- D. Se gana la confianza de el o los sospechosos, y es parte de la organización criminal, para el conocimiento de las actividades y estructura de la organización criminal.
- E. Recaba pruebas de las conductas delictivas, para el momento de la sujeción a proceso de el o los sospechosos.
- F. Es un modo extraordinario de investigación que solo será usado cuando los métodos convencionales de investigación no consigan someter a la justicia a el o los posibles sospechosos.

Una vez determinado quien es un agente encubierto o infiltrado, nos es necesario precisar otra figura histórica en la materia, el Agente Provocador; para MUÑOZ SANCHEZ, es el sujeto que provoca a otro a la comisión de un delito, con la finalidad de que este sea castigado⁴; es decir, puede ser un agente policial o un particular, que instiga o induce con acciones o engaños a un tercero, que sin su participación, podría ser posible que no ocurriera.

Esta figura surge en la Francia del siglo XVIII, durante el estado absolutista de Luis XIV, como un método de eliminación de los enemigos políticos del monarca, cuando vez agotados los medios de investigación y detención de los que se

⁴ Muñoz Sánchez, J. La moderna problemática jurídico penal del agente provocador, pp. 38-43

oponían a el, hacia que agentes del estado o particulares alentaran a otras personas a rebelarse ante el rey, lo que ocasionaba su detención y castigo.

Esto, a la luz de la actualidad de nuestro Estado de Derecho y de amplio respeto a los derechos fundamentales, implica una grave vulneración a los mismos, pues el Estado como organización política debe garantizar la seguridad de sus gobernados y prevenir, investigar y castigar las conductas ilícitas, sin embargo, el agente provocador genera conductas delictivas que sin su actuación no se hubieran realizado, bajo el supuesto de que lo que hizo fue adelantar hechos que posiblemente se realizarían por la supuesta tendencia de los sujetos inculcados.

Una vez que hemos conceptualizado a los agentes encubiertos, infiltrados y provocadores, delimitemos la acción, la infiltración.

Las figuras expuestas son los medios de realización de una técnica de investigación extraordinaria, la infiltración; la cual como hemos comentado, en su definición de la RAE se refiera acciones militares o de índole sociopolítico, pero de una manera general, infiltrar es introducirse, entrar, ser parte de, por lo que la infiltración es la acción por la cual, un agente de seguridad o un particular, como ya lo hemos establecido, mediante un control establecido por las autoridades competentes; se adentra en el seno de una organización criminal, con la finalidad de recabar pruebas, datos e información que puedan llevar a la detención de los criminales.

2.2. El agente encubierto y otras figuras relevantes en la materia.

La figura que nos ocupa reviste como lo hemos observado, una gran relevancia en la investigación moderna de la delincuencia organizada, es por ello necesario que en este primer acercamiento, conozcamos figuras relevantes que guardan relación con la misma, y que pueden confundirse, pero señalaremos sus diferencias, y que de la misma manera que el agente encubierto, apoyan la investigación de conductas criminales.

2.2.1. El Informante

El informante es aquella persona que de manera confidencial y con la reserva de su identidad, brinda información a la autoridad para la investigación de los delitos.

De entrada podríamos decir, ¿y cual es la diferencia con el agente encubierto o infiltrado?, la misma estriba de que el informante no es una figura de autoridad, alguien diría, pero también hay terceros, civiles que pueden ser agentes encubiertos, entonces, ¿cuál es la diferencia?, pues que incluso si un civil es agente encubierto o infiltrado, lo es bajo la determinación de una autoridad jurisdiccional en un proceso de investigación de un delito o delitos determinados, el informante es alguien que intermitentemente, da información a la policía, normalmente pertenece a ambientes delictivos, o es un ciudadano que conoció de algunos hechos y colabora con la autoridad.

La naturaleza del mismo lo hace inutilizable en un proceso legal como testigo, pero su información permite el montar otras técnicas de investigación, como la infiltración misma, tras obtener datos que orientan a la autoridad sobre la dirección de su investigación.

Además, es importante señalar que un informante recibe una contraprestación por su información, la cual puede ser en efectivo, como el caso del modelo de “cooperantes” en Colombia, de la Policía Nacional, donde la información es recompensada en económico; o bien, pueden ser beneficios procesales, pues como hemos visto, normalmente son personas que están en los ambientes delictivos, y que tienen procesos pendientes.

Esto hace que la figura del informante sea cuestionable, pues no encuentra normalmente soporte institucional a su actuación, además de que vulnera el común de los ordenamientos legales.

2.2.2. Denuncia Anonima.

Quien denuncia de manera anonima es alguien que conoció de los hechos delictivos, y que ante el temor de las represalias, oculta su personalidad dándole a la autoridad el conocimiento de los sucesos, para que sea la misma la que realice las acciones jurisdiccionales.

De manera general, existe el temor fundado o infundado a que la persona que es acusada de hechos delictivos, y mas si se trata de hechos atribuibles a delincuencia organizada, cobre venganza con respecto a quien realizo la denuncia de los mismos, es por ello que se habilita esta posibilidad, por la cual la autoridad conoce de hechos que no conoceria sino contara con esta herramienta, como ejemplo de ello, en nuestro pais, Mexico, se habilito una linea de denuncia anonima, el 089, en la cual se pueden denunciar los siguientes delitos:

- A. Extorsión.
- B. Secuestro.
- C. Venta y trafico de drogas.
- D. Trafico de personas.
- E. Trafico de bienes ilegales.

Esto ha sido de utilidad, pues de acuerdo al ultimo Estudio Etiologico del Delito, realizado por la Secretaria de Seguridad Publica del Estado de Guanajuato⁵, el 66% de las personas detenidas y sentenciadas de manera ejecutoriada por el delito de posesion de drogas para su venta al menudeo, fueron como resultado del proceso iniciado por una denuncia a este numero

⁵ Secretaria de Seguridad Publica del Estado de Guanajuato, "Estudio Etiologico del Delito 2012", México, año 2012. Recuperado de Versión Impresa otorgada al postulante.

2.2.3. El Agente Secreto

Es una personas que realiza actividades de inteligencia y espionaje, con la finalidad de defender la soberania de su pais, de las amenazas externas e internas, con base en los principios de la seguridad nacional.

Muchos ven en el agente secreto la base del agente encubierto, pues adopta una personalidad creada ex profeso para ello, se infiltra y recaba información, pero la diferencia estriba en su sujecion a un proceso jurisdiccional, la cual es una gran diferencia, de manera tradicional el trabajo de inteligencia de un agente secreto raya en la franca inconstitucionalidad, pues su existencia en un ordenamiento de esas características legales le impediría la realización de sus tareas, es simple y complejamente, algo que existe, pero que no debe saber, pues se pone en riesgo la existencia misma del estado.

2.2.4. The Undercover Agent.

Podría parecer que la traducción literal aludiría al agente encubierto o infiltrado, pero la diferencia estriba en su ámbito de aplicación, el modelo de Undercover Agent utilizado por los cuerpos de seguridad anglosajones se refiere al trabajo si encubierto de actividades delictivas, pero NO sujeta a una investigación criminal determinada⁶, como si lo hace el agente encubierto o infiltrado; es una forma continuada de contar con información de los ámbitos delictivos, que será aprovechada por la autoridad al contar con casos de relevancia para la misma.

2.2.5. Los Pentiti Italianos.

Pentiti es el idioma español significa “Arrepentido”, es un integrante de una organización delictiva, que con la finalidad de obtener un beneficio procesal por sus propios delitos, colabora con la autoridad.

⁶ Núñez Paz, M.A; Guillen López, G. Entrega Vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de drogas. P. 120.

Puede parecer que es semejante a el informante, pero sus peculiares devienen de que es ineludiblemente alguien que tuvo una gran colaboración y participación en las actividades de la delincuencia organizada, y que de no acogerse a esta figura, sin duda enfrentaria un proceso muy duro ante la autoridad, ademas, Italia es un parteaguas en el combate a la delincuencia organizada, por la lucha que vivio contra la misma, contra la “mafia”, sobre todo en la decada de los 70’S, incluso emitiendo una ley en la materia en 1980.

Podria parecer que se “premia” al delincuente, al darle a este una ventaja si acepta colaborar con la autoridad, lo cual ha generado debate al respecto, pues alguien puede cometer cientos de delitos y ser beneficiado si colabora con la autoridad en diferentes procesos, sin embargo hay que señalar que esta es una situacion extraordinaria que se origina en la naturaleza de los mismos actos criminales que se persiguen, el ambiente de la delincuencia organizada es sumamente hermetico, y la necesidad de la autoridad de conocer, de desentrañar su funcionamiento y organización, lleva a medidas de la misma naturaleza, sin las cuales seria imposible llevar ante la justicia a estos delincuentes.

Los arrepentidos, son en el mas amplio sentido, una fuente mas generosa de información que el agente encubierto o infiltrado, pues este siempre sera alguien que “llega”, que se suma a las tareas delictivas, pero un arrepentido formo parte historica y fundamental de la organización, no se “adapto” a ella y sus modismos; sino que fue parte integral de la misma.

3. LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL MEDIANTE AGENTES INFILTRADOS.

Nuestro sistema penal es acusatorio, consagra el derecho fundamental de que nadie es culpable hasta que se demuestre lo contrario, y es precisamente eso, el acreditar “lo contrario”, el objetivo de todo el aparato de procuración y administración de justicia, el reunir, bajo un procedimiento determinado por las mismas leyes, las pruebas que acrediten la responsabilidad de la o las personas, en la comisión de hechos delictivos.

Como mencionamos en el párrafo anterior, la ley establece los métodos de investigación, ordinarios y extraordinarios, los ordinarios son los que el juez de investigación, fiscal o ministerio público, de acuerdo a la legislación de cada país, puede desarrollar de manera propia, como testimoniales, documentales, etc.; los extraordinarios, son aquellos para los cuales se fija un procedimiento especial, como la intervención telefónica, video vigilancia, y en el caso que nos ocupa, la participación de agentes infiltrados o encubiertos.

No es cosa menor el afirmar que, como hemos apreciado en el avance del presente trabajo, el agente encubierto o infiltrado es una figura especial que debe ser tratada con pinzas, pues pudiera derivar no solo en la improcedencia de toda la actuación jurisdiccional, con la consiguiente liberación o permisibilidad de acción de el o los criminales, sino en el peligro para los agentes y sus familias; por lo que este punto del trabajo analizaremos cual es la participación de los agentes infiltrados o encubiertos en los procesos de investigación criminal, su necesidad y relevancia.

3.1. El Procedimiento de Investigación Criminal.

En un primer acercamiento, la investigación criminal puede conceptualizarse como *“el conjunto de saberes interdisciplinarios y acciones sistemáticas, integradas para llegar al conocimiento de una verdad relacionada con el fenómeno delictivo.”*⁷

⁷ López Calvo, P. Gómez Silva, P. Investigación Criminal y Criminalística. P. 55.

El procedimiento de investigación criminal, en un amplio sentido, son las actuaciones sistemáticas derivadas de la materialización de un hecho delictivo, es decir, pasa algún acto como homicidio, tráfico de drogas, y la autoridad realiza los procesos para descubrir al culpable y castigar los hechos, este procedimiento, dependiendo de la normatividad de cada país, es sustanciado en dos etapas, una ante quien investiga, y la otra por quien juzga; en la primera etapa, dependiendo de la normatividad de cada país, el proceso es sustanciado por un fiscal, ministerio público o juez, quien se auxilia en el proceso de la policía común o de una policía especial (judicial, investigadora o procesal); la segunda, propiamente es el desahogo de las acciones resultantes de la primera, ante el juzgador, con las debidas etapas de desahogo y valoración de pruebas de las partes en el proceso.

El proceso de investigación penal es un cauce de dinámica lógica de desenvolvimiento de los hechos que conducen a la verdad, a la sentencia justa, en un marco de respeto a derechos fundamentales, es un proceso debido; en sus inicios, y mas en el sistema acusatorio; su función es evitar procesos infundados, es una forma de depurar el sistema, pues ante el cumulo de denuncias, llevar todas ante el juez provocaría mayor parálisis al de por si saturado sistema judicial, por lo que cumple, además del respeto a derechos fundamentales, con el criterio de economía administrativa, para salvar los recursos del Estado.

Es pertinente remarcar el aspecto de respeto a derechos fundamentales, pues si bien en todo el mundo se vivieron situaciones semejantes, en Latinoamérica se es especialmente sensible a este detalle, la sujeción al proceso penal por si misma es una experiencia dura, de sufrimiento, por lo que solo la deberían de vivir los que reúnan elementos que los señalen por posibles culpables, no por el solo hecho de recibir la acusación, por lo que el proceso de investigación criminal debe buscar solo llevar al proceso a quien, derivado de sus actos probados, se acredite su punibilidad en los mismos.

Parece simple y redundante, pero el garantismo que reina en los últimos años es la salvaguarda de los ciudadanos ante el posible abuso de las autoridades, el

Estado Constitucional y Democrático busca la protección de cada uno de sus miembros, rompiendo la tentación del autoritarismo basado en la “seguridad” de la represión.

Es por ello que el proceso de investigación es el camino que la ley señala para investigar y juzgar los hechos delictivos, la presencia del agente encubierto o infiltrado como método extraordinario de ese mismo proceso de investigación, tiene gran relevancia por la calidad de la información que al mismo abona, y cada vez se torna un medio mas necesario y utilizado en todo el mundo.

3.2. La Necesidad de la Participación de los Agentes Infiltrados o Encubiertos.

Es indudable la necesidad que existe de una investigación criminal adecuada, no solo en la delincuencia común, sino de sobremanera en los actos realizados por la delincuencia organizada, es este tipo sui generis de delincuencia la que presenta la mayor dificultad para su comprobación y persecución.

Para el Dr. Flavio Cardos Pereira, este tipo de delincuencia organiza un trípode que le da la fuerza que afirmamos, Violencia, Corrupción y Obstrucción de la justicia para impedir la aplicación del derecho⁸, sobre todo con respecto a los líderes de esas organizaciones delictivas, los cuales de manera general, no operan directamente en los hechos delictivos, sino que solo instrumentan la ejecución de los mismos.

Es necesario reiterar que la criminalidad convencional tiene un carácter mas de “hecho aislado”, un robo, unas lesiones o un homicidio son investigados por los cuerpos de seguridad de manera regular y presentan sus pruebas antes los fiscales o ministerios públicos, pero la delincuencia organizada requiere una estrategia de investigación de mas largo aliento.

⁸ Cardoso Pereira, Flavio. Agente Encubierto como medio extraordinario de investigación. Ed. Ibáñez, p. 251.

Para ellos, los medios de investigación extraordinarios mas utilizados de manera contemporánea son:

- A. Los Agentes Infiltrados o encubiertos.
- B. Los Testigos Colaboradores.
- C. Las Intercepciones Telefónicas.
- D. Unidades de Inteligencia Policial.

Estos medios son requeridos como hemos comentado, ante la imposibilidad de que en una acción ordinaria se detenga a los lideres de las organizaciones delictivas, pues habitualmente se detiene a los operadores, pero estos no aportan datos relevantes, por la dependencia económica que tiene de sus jefes, y sobre todo, el temor a la venganza.

Fenómenos como terrorismo, trafico de drogas y de personas, blanqueo de capitales, piratería, por mencionar algunos, requieren pues de estos nuevos modelos de investigación, sin embargo poseen dos elementos que los hacen especialmente controversiales: intromisión en la esfera de los Derechos Fundamentales de los investigados y mas poder a la policía.⁹

Ninguno de los dos puntos anteriores son temas menores en un Estado Democrático de Derecho, por ello la necesidad de un marco estricto de operación de estos medios extraordinarios de investigación, pues el Estado no puede ni debe violentar Derechos Fundamentales en aras de detener a los delincuentes, pues su legitimidad seria cuestionada; su continua revisión y evaluación no permite el control deseable de los mismos, pero si el posible que permita mantenerlos en los reductos legales adecuados.

Pero hablemos del agente encubierto o infiltrado en particular, es sin duda una de las formas mas eficaces de investigación contra la delincuencia organizada, pues permite no solo el recabar pruebas de hechos particulares solamente, sino que su principal ventaja estriba en la desarticulación de la estructura delictiva, al permitir

⁹ Cardoso Pereira, Flavio. Ob.cit. p. 254.

la detención de un mayor número de integrantes del grupo delictivo y de mayor nivel jerárquico, así como la incautación de bienes utilizados para la realización de sus actividades, además de no solo aclarar y castigar un solo delito, sino un número importante de los mismos.

Su gran utilidad deviene del conocimiento de la operación, veamos el ejemplo de un delito, tráfico de drogas, en el los delincuentes buscan vías, drogas y medios diferentes que permitan su trasiego por los diferentes territorios, la autoridad de manera regular realiza revisiones para su detección e incautación, mismas que en base a prueba y error, y a la infiltración misma que los delincuentes hacen de las autoridades, son superadas ante la inversión que estos realizan, cambiando de solo meter drogas en maletas, a llegar a ponerla en el interior de los cuerpos de las “mulas”, el trabajo de un agente encubierto permitiría conocer estas nuevas modalidades, alertando sobre objetos, rutas y personas, que sin esta información, pasarían frente a los ojos de la autoridad sin la menor sospecha.

Así, es indudable la necesidad de los agentes encubiertos o infiltrados, pues permite la observación y control directo de los autores previsibles de las conductas ilícitas, conociendo la participación de los presuntos responsables y presentando mas y mejores pruebas a las autoridades jurisdiccionales.

Esta figura será determinante en el nuevo contexto de los fenómenos delictivos, a los que el derecho penal clásico, que vincula a un sujeto con un hecho determinado y que aun es utilizado en distintas normatividades del mundo, no puede dar respuesta a conductas como las ya mencionadas y ejemplificadas en el presente trabajo; la evolución de la criminalidad obliga a esta adecuación por parte del Estado como organización política.

Un método extraordinario de investigación como el que nos ocupa, no debe implicar una invasión de los Derechos Fundamentales de los investigados, sino la utilización de métodos que permitan el objetivo fundamental de la organización política, seguridad y orden público.

4. LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL.

Una vez contextualizada la figura del agente encubierto o infiltrado, procederemos a la visualización de la normatividad en la materia, partiendo de los instrumentos internacionales que aplican, para continuar con el análisis de la normatividad de España y Colombia, y plantear la que México ha establecido en los últimos años; sin duda, derivado de la lucha histórica de España con el terrorismo y sus lazos con la delincuencia organizada, así como la de Colombia con los mismos fenómenos pero en una dimensión mucho mayor, nos brindaran una visión mas amplia y pragmática que puede ser aprovechada por nuestro país.

4.1. Instrumentos Internacionales Aplicables.

La figura que nos ocupa ha sido materia de múltiples convenios internacionales desde la creación misma de la ONU en 1945, derivadas de las garantías de debido proceso para la salvaguarda de los Derechos Fundamentales, y en especial en los últimos años, para el combate al crimen; por lo que en un primer termino abordaremos distintos instrumentos de salvaguarda de la legalidad para continuar en especifico con los de combate el crimen.

4.1.1. Instrumentos de Salvaguarda de la Legalidad.

Sin duda, de manera histórica una de las principales preocupaciones de los estados modernos es el respeto a los Derechos Fundamentales, el garantizar a los ciudadanos los mínimos indispensables que aseguren el respeto a su vida, integridad y patrimonio, recordemos que la ONU fue creada tras la guerra mas grande en cuanto a la cantidad de estados participantes, y que si bien había habido instrumentos internacionales previos, ninguno tiene la fuerza que el surgimiento de la ONU les brindo, por lo que asegurar que no existan abusos de la autoridad hacia sus ciudadanos con la justificación de combatir al crimen, es una de las prioridades hasta nuestros días, por ello, expondremos los instrumentos internacionales mas significativos en la materia, concentrándonos en su relación directa con la figura que nos ocupa dentro del debido proceso:

- A. **Declaración Universal de los Derechos Humanos**¹⁰.- Creada en 1948, asentando como principal derecho la vida, la libertad y la seguridad personal, establece el debido procedimiento jurisdiccional y prohíbe la prisión arbitraria.
- B. **Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos**¹¹.- Signado en el año de 1966, el cual en su artículo 9 establece la necesidad del debido proceso al prohibir la detención arbitraria y la inmediata puesta a disposición de las autoridades jurisdiccionales para llevar a cabo el juicio correspondiente; además, en su artículo 14, punto 2 establece la presunción de inocencia, entre otras garantías procesales para los inculpados.
- C. **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales**¹².- Creado en 1950, establece en su artículo 5to. Las causas de privación de la libertad y en su artículo 6to. el proceso equitativo bajo el cual enfrentara la acusación formulada por la autoridad jurisdiccional.
- D. **Convención Americana sobre Derechos Humanos**¹³.- Conocida como “Pacto de San José”, creado en 1969, de la misma manera que los documentos que hemos venido señalando de manera breve, este instrumento contempla las garantías de la libertad personal (art. 7), así como las del debido proceso (art. 8), ser oído y vencido en juicio, presunción de inocencia, medios y tiempos de defensa, por mencionar algunos de los mas relevantes.
- E. **Tratado de Lisboa**¹⁴.- Creado en el año 2007, es una modificación al Tratado de la Unión Europea así como al Tratado Constitutivo de la

¹⁰ <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm>

¹¹ <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1966-PactoDerechosCivilesyPoliticos.htm>

¹² http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

¹³ http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

¹⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=ES>

Comunidad Europea, en el se prioriza la justicia y seguridad como valores de la comunidad y se sigue la tendencia a la disolución de límites jurisdiccionales para combatir a la delincuencia, sobre todo a la organizada.

4.1.2. Tratados y Acuerdos Internacionales que contemplan la figura del Agente Encubierto o Infiltrado.

Sin duda, el instrumento más reconocido y de más largo aliento, es la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado, conocida más coloquialmente como la Convención de Palermo¹⁵, creada el 15 de noviembre del año 2000, en ella se establecen las reglas contemporáneas de combate global el crimen, como entregas vigiladas, combate a la corrupción, blanqueo de capitales, jurisdicción y operaciones conjuntas, pero también se establecen los medios extraordinarios de investigación, o como lo señala el instrumento de la convención, “Técnicas Especiales de Investigación”, estableciendo que las mismas serán:

“1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas.

¹⁵ <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados.

4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente”¹⁶.

Este artículo es de gran relevancia, pues reconoce la necesidad de contar con medios o técnicas extraordinarios de investigación, y si bien solo enumera o menciona cuales son, también lo es que el que de manera general, los instrumentos internacionales en términos amplios dicen el que, no el como, el cual dejan a la posibilidad de los estados signantes, además de que posibilita la realización de acciones conjuntas en base a acuerdos, todo ello es un avance significativo, pues la tendencia global derivada de dicho acuerdo ha sido buscar la homologación de estas figuras, sin duda existen países que antes de que esta convención lo contemplara ya lo realizaban, como España, Colombia o Estados Unidos de América, pero siendo reiterativos, su importancia es el marcar que estos medios extraordinarios son una megatendencia, y que la comunidad internacional debe adoptarlos para mejorar su respuesta institucional de combate a la delincuencia organizada,

No obstante este instrumento, en el año 2003 la ONU creo en el 2003 la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁷, conocida como la Convención de Mérida, México; en dicho instrumento se correlaciona el que la corrupción, con delitos como el soborno, el blanqueo de capitales, peculado, malversación de fondos, enriquecimiento ilícito, etc., es un conjunto de conductas

¹⁶ Art. 20, Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado. Palermo, Italia, año 2000.

¹⁷ http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf

que permiten o están vinculadas de manera estrecha con la delincuencia organizada, son conductas correlacionadas puesto que sin una mala actuación de la autoridad, no se puede entender el éxito y bonanza que en distintas regiones del mundo presentan las organizaciones delincuenciales, en dicho instrumento internacional, en su artículo 1ero., se establece que una de las finalidades del mismo, es el promover y fortalecer las medidas que permitan el eficaz combate de la corrupción, siendo uno de los documentos técnicos mas avanzados y prácticos existentes.

Asimismo, en su artículo 50, establece las Técnicas Especiales de Investigación, con prácticamente el mismo alcance que las establecidas en la Convención de Palermo del año 2000, contempla a las operaciones encubiertas, e insta a los Estados a que realicen las acciones pertinentes para materializar el uso de estas técnicas de investigación.

Además de estos instrumentos de la ONU, es por demás vital resaltar las aportaciones que Europa a dado al mundo, la Unión Europea, como ejemplo global de integración interestatal, ha caminado un largo trecho en hacer frente a la delincuencia organizada, eliminando una de sus principales herramientas, el uso de la jurisdicción territorial estatal en la persecución de los delitos, para ello analizaremos de manera breve algunos de sus principales instrumentos:

- A. **Convenio celebrado sobre la base del Artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea**¹⁸: este convenio establece las bases de asistencia mutua y cooperación entre los países miembros de la Unión Europea, siendo importante que el mismo trata de operaciones aduaneras, sin embargo, en su artículo 23, establece que:

“1. A petición de la autoridad requirente, la autoridad requerida podrá autorizar que operen en el territorio del Estado miembro requerido

¹⁸ [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998F0123\(01\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998F0123(01)&from=ES)

funcionarios de la administración aduanera del Estado miembro requirente o funcionarios que actúen por cuenta de dicha administración, con identidad supuesta (investigadores infiltrados). La autoridad requirente sólo presentará la solicitud en el caso de que fuera extremadamente difícil aclarar los hechos sin proceder a las medidas de investigación consideradas. Los funcionarios mencionados estarán autorizados, en el marco de su misión, a recoger información y establecer contactos con sospechosos u otras personas del entorno de los sospechosos.

2. Las investigaciones encubiertas en el Estado miembro requerido tendrán una duración limitada. La preparación y dirección de las investigaciones se realizará en estrecha cooperación entre las autoridades correspondientes del Estado miembro requerido y del Estado miembro requirente.

3. La autoridad requerida determinará, de acuerdo con su Derecho nacional, los requisitos de autorización de la investigación encubierta, así como las condiciones en las que esta se realizará. Cuando en el transcurso de una investigación encubierta se obtenga información sobre una infracción distinta de la indicada en la solicitud original, la autoridad requerida también determinará, de acuerdo con su Derecho nacional, las condiciones de utilización de esa información.

4. La autoridad requerida prestará la asistencia necesaria tanto de personal como de medios técnicos. La autoridad requerida asumirá todas las medidas de protección de los funcionarios a que se refiere el apartado 1 cuando estos operen en el Estado miembro requerido”.

Sin duda este convenio de cooperación establece de manera general principios de operación de los agentes encubiertos que después se extendieron al resto de los delitos de interés de la comunidad internacional, además es necesario puntualizar que su intención era impedir el tráfico de mercancías ilícitas, la cual sin duda es una de las áreas de amplia participación de la delincuencia organizada, y al apreciar que el combate

tradicional dificultaba las tareas, se materializo este instrumento, palabras claves son señaladas en el mismo, que hemos visto en todo el presente trabajo, identidad supuesta, recabacion de informacion, establecer contacto con sospechosos; principios basicos de la operación encubierta.

B. Convenio de conformidad con el Artículo 34 del Tratado de la Union Europea, Relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal¹⁹.-

Signado en el año 2000 en Bruselas, Belgica, establece en su titulo II las solicitudes de determinadas formas especificas de asistencia judicial, consignando en su articulo 14 lo referente a las investigaciones encubiertas, señalando que las mismas deben ser convenidas por estados miembros de la Union Europea, para la actuacion de agentes infiltrados o con identidad falsa, en base a su derecho y procedimientos locales. En su aspecto general este articulo es muy parecido al que analizamos en el punto A previamente, lo importante es que su procedimiento ya no se limita a materia aduanera, sino que expande sus alcances a todos los delitos de importancia para los estados.

C. Tratado de Lisboa²⁰.- El tratado reformador del Tratado de la Union Europea y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, signado en el año de 2007, contiene aspectos globales de la Union Europea, entre los cuales se encuentra lo referente a Seguridad y Justicia Penal, puntualizando que su finalidad es la constitución de un espacio de libertad, seguridad y justicia, un espacio comun a la Union Europea, en el cual las barreras transfronterizas que impiden en cierta forma el combate efectivo a la delincuencia organizada, dejen de ser un obstaculo.

Se establecen reglas comunes de cooperacion internacional sobre captura, analisis e intercambio de informacion, asi como la regulacion de Europol y

¹⁹ <http://www.boe.es/boe/dias/2003/10/15/pdfs/A36894-36904.pdf>

²⁰ https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat_lisboa.pdf

la actuacion de cuerpos policiales de un estado en otro con autorizacion de esta ultimo²¹.

Para finalizar este punto, es importante resaltar la figura de Europol, pues se erige en el centro de recopilacion y analisis de informacion de inteligencia contra la delincuencia organizada en europa, brindando a los estados miembros informacion de primer nivel que sus cuerpos locales, por la carga ordinaria de trabajo, pudieron haber pasado por alto.

4.2. Legislación Colombiana sobre el Agente Encubierto.

Colombia es uno de nuestros paises hermanos que, derivado del grave problema representado por la delincuencia organizada, los “carteles”, dedicados al trafico de drogas; experimento a partir de la decada de los 80`S un combate frontal al mismo, sufriendo graves consecuencias para la misma autoridad y su población, homicidios, autos bomba, derribo de un avion comercial, toma de instalaciones estrategicas, por mencionar algunos de los actos mas radicales.

Esta penosa situacion, obligo al Estado Colombiano a grandes cambios estructurales y reformas legales de gran calado que permitieran hacer frente a la delincuencia organizada, suCodigo Penal, conocido como Ley 599 del año 2000²², es una de las herramientas mas avanzadas de latinoamerica, e intrumenta la investigacion de los delitos, y el uso de los agentes encubiertos o infiltrados, en suCodigo de Procedimientos Penales, la Ley 600 del año 2000 y la Ley 906 del año 2004, vigente a la fecha, analicemos su legislacion:

- A. **Ley 600 del año 2000**²³.- En dicha ley, pese a no ser considerado entre sus medios ordinarios de investigacion, la figura del agente encubierto se encuentra contemplada en el articulo 500, que habla sobre la Cooperacion

²¹ Articulo 69 H, Tratado de Lisboa, 2007.

²² http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Colombia.pdf

²³ <http://www.cepal.org/oig/doc/colley600de2000expidecodigoprocedimientopenal.pdf>

Internacional, señalando que en el marco de la misma, el Fiscal General de la Nación puede realizar actos dirigidos, entre otros, a la actuación del agente encubierto, con lo cual restringe su uso a la celebración de este tipo de instrumentos internacionales.

B. **Ley 800 del año 2003**²⁴.- Por esta ley, Colombia “Adopta” la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000, así como el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, protocolo que deriva del primer instrumento mencionado; en esta ley, en su artículo 20 se establece las técnicas especiales de investigación, entre las cuales está el uso de las operaciones encubiertas para el combate de la delincuencia organizada, en especial de los delitos de blanqueo de dinero, corrupción y los delitos que la normatividad señale como “graves”, los cuales para dicho instrumento son los que merezcan una pena privativa mayor a 4 años.

C. **Ley 906 de 2004**²⁵.- Esta Ley en su Título II, relativo a las actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización, establece en su artículo 241 las reglas para el análisis en infiltración de la organización criminal, señalando que en el desarrollo de la investigación, el fiscal ordenará a la policía judicial la realización del análisis de la estructura criminal presente en la investigación, con la finalidad de planear, preparar y manejar una operación encubierta²⁶, sin duda, de lo que hemos analizado hasta el momento, es de lo más claro ya en el ejercicio de la acción de infiltración, el campo de actuación de los agentes encubiertos, pues los

²⁴ http://www.cajpe.org.pe/gep/images/stories/ley_800.pdf

²⁵ <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>

²⁶ **ARTÍCULO 241. ANÁLISIS E INFILTRACIÓN DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL.** Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado, en la indagación o investigación que se adelanta, pertenece o está relacionado con alguna organización criminal, ordenará a la policía judicial la realización del análisis de aquella con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma. Después, ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que agente o agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente. El ejercicio y desarrollo de las actuaciones previstas en el presente artículo se ajustará a los presupuestos y limitaciones establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia.

instrumentos internacionales marcaban la posibilidad de su uso, y aquí apreciamos ya la ejecución del mismo; de entrada, es una facultad del fiscal investigador (en Mexico, Ministerio Publico), el determinar la necesidad de la accion, y planerar, preparar y ejecutar la misma, pues es su funcion la integracion de la investigacion criminal, para lo cual se allegaran los medios necesarios, asimismo es importante destacar que para esta normatividad, no es un medio extraordinario de investigacion, pues el mismoCodigo de Procedimientos en analisis señala cuales son los que requieren una autorizacion judicial, o sea, los metodos extraordinarios para el fiscal.

Asimismo, el Artículo 242 de esta misma ley²⁷, establece la figura del agente encubierto, es decir, el ejecutor de la accion establecida en el articulo precedentes, para lo cual el fiscal podra utilizar uno o mas agentes de la policia judicial, o incluso particulares, estando en facultad de realizar las acciones pertinentes de interaccion con los delincuentes, como el trafico de las mercancías objeto del delito, participar en reuniones, realizar transacciones con el o los imputados, asimismo esta actuacion podra realizarse por un año, prorrogable solamente por un año mas.

²⁷ **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 o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados. Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física. Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo anterior. En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos. En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente.

Este es punto central de nuestra investigación, una vez que el fiscal, en base a los indicios encontrados a preparado y planeado la acción de infiltración, utiliza a policías judiciales para su ejecución, incluso puede utilizar a particulares, los cuales no requieren necesariamente de una identidad creada para la acción de infiltración, además, puede participar en todos los procesos delictivos de entrada, sin embargo, el mismo artículo, en su párrafo final establece que independientemente de si se obtienen o no resultados, su actuación está sujeta a la audiencia de control de legalidad posterior, misma que se encuentra establecida en el artículo 237 de la ley en estudio, y que es realizada ante el Juez de control de garantías; lo cual es importante pues establece un control a las actuaciones, que como ya hemos comentado, es un temor vigente entre la población, la posibilidad de abuso por parte de la autoridad de sus facultades de investigación.

4.3. Legislación Española sobre el Agente Encubierto.

España ha venido trabajando intensamente en el uso de estos medios contemporáneos de investigación, el agente encubierto viene siendo utilizado de manera ordinaria para el combate a la delincuencia organizada y al terrorismo, para ello utiliza el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales desglosaremos a continuación.

- A. **Código Penal Español**²⁸.- Actualizado en el año 2009, amplía su contenido de conductas delictivas para contemplar de manera más precisa los cometidos por delincuencia organizada, tráfico de drogas, corrupción, se establece responsabilidad para las personas jurídicas, pues eran utilizadas como medio por parte de la delincuencia organizada, sobre todo en el blanqueo de capitales provenientes de sus actividades ilícitas, además de la calificación de agravantes e hiperagravantes, como la delincuencia

²⁸ <http://abogadospenal.fullblog.com.ar/codigo-penal-espanol---texto-integro-actualizado-2-121244071996.html>

organizada y la cantidad de drogas involucradas en los hechos delictivos, por mencionar algunas de las mismas.

B. Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁹.- Creada por Real Decreto en el año 1882, pero actualizada de manera constante, establece el proceso penal en España, es pues, su código procesal, sus últimas reformas trascendentes en materia de delincuencia organizada y métodos extraordinarios de investigación, fueron realizados mediante la Ley Orgánica 5/1999, la cual perfecciona la acción investigadora relacionada con el tráfico de drogas y demás actividades graves relacionadas con la delincuencia organizada; además de puntualmente incluir la figura del “Agente Encubierto” en su artículo 282 bis.

La figura del Agente encubierto, para la legislación española es una figura delicada, pues en la realidad, su actuación raya en la provocación al delito por parte de los operativos, sin embargo, como ya ha quedado establecido, su operación permite el conocimiento de el modus operandi y estructura de las organizaciones delictivas, además de recabar pruebas sobre delitos concretos, es el arma más potente contra la delincuencia, pero también la más peligrosa, tanto para la integridad del o los elementos participantes, como para la legitimidad de las actuaciones contra la delincuencia organizada.

Para la legislación en comento, la autorización de su operación la debe realizar el Juez de Instrucción, y en casos excepcionales, el Ministerio Fiscal; la acción, misma, de acuerdo al título III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 282, es competencia de la Policía Judicial, derivada de su obligación de averiguar los delitos cometidos en su jurisdicción, pues debe realizar todas las diligencias necesarias para comprobar y descubrir los delitos.

El artículo 282 bis establece, como hemos señalado previamente, que es el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal, excepcionalmente, quienes autorizan a

²⁹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

elementos de la Policia Judicial, a actuar de manera encubierta, bajo una **identidad supuesta** y realizar las acciones que permitan la averigacion de los hechos delictivos; esa identidad es otorgada por el Ministerio del Interior³⁰, por un plazo de 6 meses, que sin embargo, puede ser prorrogada de manera indeterminada por el mismo plazo; tal vez este es uno de los elementos mas relevantes para un servidor en esta legislacion, asegurarse de que el elemento contara con el apoyo institucional para su trabajo, pues es conocido que la delincuencia organizada tambien verifica identidades de sus miembros o prospectos, y el contar con la documentacion pertinente, fortalece la “historia” del agente encubierto.

El articulo que nos ocupa establece en su punto 1, que la identidad del agente es reservada por resolucion y se conserva fuera de las actuaciones para su seguridad, asimismo, la informacion que genera se pone a disposicion de la autoridad investigadora de inmediato, para su valoracion probatoria.

En el punto 2 del mismo articulo se establece que al elemento de la policia judicial se le propone ser agente encubierto, teniendo la libertad de elegir o no el participar en este hecho, ademas, la identidad creada según lo comentado en parrafos anteriores, sera la que use el elemento para testificar en el proceso que emane de los hechos objeto de la operación encubierta y su declaracion tiene el mismo valor que una prueba testimonial.

Los delitos objeto de este medio de investigacion³¹, son los realizados por delincuencia organizada, definida por el mismo articulo 282 bis como “*asociacion de 3 o mas personas para realizar de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer....*”, delitos como los de trafico de organos, secuestro, trata de personas, prostitucion, derechos de autor, laborales, de extranjeros; trafico de material nuclear, trafico de especies de flora y fauna, o los de armas, asi como la falsificacion de moneda y terrorismo.

³⁰ En México, su equivalente seria la Secretaria de Gobernación, por las atribuciones para crear una identidad, es decir, creación de acta de nacimiento, identificaciones, por mencionar algunas generales.

³¹ Art. 282 bis. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Para terminar con este trascendental artículo, es pertinente señalar que en su punto 5 habla de las responsabilidades del agente encubierto, tema trascendental para garantizar en lo posible los derechos fundamentales de el o los acusados, así como de los terceros que pudieran ser afectados con su actuación, de entrada se le exime de responsabilidad por aquellos actos, que con el respeto a la proporcionalidad de la investigación, y no provocando la materialización de delitos, realice en el transcurso de la misma, esto no exime que en caso de que cometa delitos, deba ser juzgado, previo informe rendido por quien autorizó la operación.

4.4. Legislación Mexicana sobre el Agente Encubierto.

El soporte estructural de los agentes encubiertos es relativamente nuevo en nuestro país, se reglamentó a partir de las reformas constitucionales en materia de seguridad y justicia penal aprobadas en el año 2008 y vigentes a partir del año 2009, mediante la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República así como en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República³², establece en su artículo 8 fracción VI, que será el Procurador General de la República y aquellos a quienes delegue esta facultad, quien resolverá sobre la infiltración de agentes para investigaciones en materia de delincuencia organizada, siendo la única mención que toda la ley realiza al respecto, aunque en el mismo artículo y fracción remite a las “normas aplicables”, siendo esta, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada³³, la cual establece en su artículo 11 que para la investigación de los delitos realizados por la criminalidad organizada se podrán realizar acciones de infiltración, que deriven en el conocimiento de la estructura y operación de dichas organizaciones, investigación que además incluirá a las personas morales que sean utilizadas con la misma finalidad; esta acción será autorizada por el Titular del Ministerio Público de la Federación o el funcionario en quien este delegue dicha facultad.

³² <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOPGR.pdf>

³³ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/101.pdf>

Este artículo fue reformado en el presente año 2016, añadiéndose los párrafos 3ero., 4to. Y 5to., mismos que a continuación citamos textualmente:

“Los agentes de las fuerzas del orden público que participen en dichas investigaciones, con base en las circunstancias del caso, se les proporcionará una nueva identidad, dotándolos para tal efecto de la documentación correspondiente.

Las Autoridades responsables de proporcionar los medios necesarios para acreditar la nueva identidad, actuarán por instrucción fundada y motivada de la autoridad competente y sus acciones estarán bajo el amparo del fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal y 251, fracción IX del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Al servidor público que indebidamente incumpla con dicha disposición, se le sujetará al procedimientos de responsabilidad administrativa o penal, según corresponda.”

Continuaremos analizando la ley que nos ocupa, y en párrafos posteriores hablaremos de los Códigos Sustantivo y Adjetivo de la materia.

El artículo 11bis. Es el que establece el proceso del agente encubierto, siendo en resumen el siguiente:

1. Quien autoriza y lleva a cabo la operación es el titular de la Unidad Especializada de Investigación y Persecución de delitos Cometidos por Miembros de la Delincuencia Organizada.
2. Se guardará reserva de cualquier dato personal de el o los agentes encubiertos.
3. La identidad de el o los agentes encubiertos solo será conocida por clave numérica, la cual poseerán el Procurador General de la República, el titular

de la unidad mencionada en el punto 1, así como el Secretario de Gobernación y el elemento o elementos origen de la clave.

4. En las actuaciones de la investigación criminal, solo se citara el numero de el o los agentes, y el agente podrá intervenir en todas las etapas del proceso que se requieran, reservando siempre su identidad.
5. Los agentes no pueden ser obligados a participar en operaciones encubiertas, lo que posibilita que estos puedan oponerse si así lo consideran.
6. Cualquier actuación realizada por el agente encubierto que sea en desapego de sus instrucciones legalmente autorizadas, le representara la sanción civil, administrativa o penal que corresponda.

Por lo que respecta a nuestro nuevo Código Nacional de Procedimientos Penal, vigente a partir de junio de este año 2016, este contempla en su Capitulo III, de Técnicas de Investigación, la utilización de las operaciones encubiertas como medio de investigación, señalando lo siguiente: *“Art. 251.- Actuaciones en la investigación que no requieren autorización previa del Juez de Control. No requieren autorización del Juez de Control los siguientes actos de investigación:*

IX.- La entrega vigilada y las operaciones encubiertas, en el marco de una investigación y en los términos que establezcan los protocolos emitidos para tal efecto por el Procurador...

En los casos de la fracción IX, dichas actuaciones deberán ser autorizadas por el Procurador o por el servidor publico en quien este delegue dicha facultad.”

Por ultimo, pero no menos importante, esta lo que observamos en el párrafo 4to. del articulo 11 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en lo que toca al Código Penal Federal, relativo a la identidad que se crea para los agentes que participan en las operaciones encubiertas, pues se dice que las autoridades correspondientes crearan los medios necesarios para acreditar la nueva identidad

necesaria para los acciones de referencia, y nos remite a la fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal, señalando la misma que se excluye el delito cuando *“La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro”*.

Nuestra normatividad en la materia es de reciente creación, como comentamos de inicio, a partir de la reforma constitucional vigente a partir del año 2009 y la más reciente, en vigor este mismo año 2016, se ha buscado actualizar nuestra normatividad con cumplimiento a nuestras obligaciones derivadas de los acuerdos internacionales en la materia, procederemos a su análisis en particular en el apartado de conclusiones.

5. CONCLUSIONES.

Sin duda la figura del agente encubierto o infiltrado, es el centro de las fantasías colectivas sobre la investigación policial, las películas y series se han encargado de glorificarlo y ponerlo en el centro de las cosas que la colectividad “cree que pasa”, sin embargo, como hemos podido apreciar en el trabajo, no son una figura fácil, ni de normar, ni de operar.

La historia legal de la figura es reciente, menos de 20 años, si bien se apreciaron ordenamientos legales con mayor antigüedad en casos particulares, la tendencia es contemporánea, derivado también del conocimiento que el mundo viene cobrando de las formas de operación de la delincuencia organizada, la cual es global y cada vez aumenta más su campo de operación, a la par de los mecanismos de ocultamiento de sus acciones, no solo de manera mecánica (disfrazar los bienes, la droga, etc.), sino de manera financiera para que sus ingresos sean “lícitos”, y se dificulte su persecución.

Apreciamos la evolución de la figura, y como cada país de acuerdo a sus vivencias fue adaptando las mismas, en el caso de España inicio por el combate al terrorismo, sus derivaciones y apoyos, es decir, los actos terroristas, la organización y operación de estos grupos hasta seguir a sus fachadas legales o de financiamiento, para buscar el combate integral del fenómeno, a la par del tráfico de mercancías, pues los inicios de la infiltración fueron la persecución en aduanas de las mismas, y ha sido un mecanismo de investigación que se amplió sucesivamente ante el éxito de su aplicación.

En el caso de Colombia, país con el cual los analistas de seguridad han comparado a México ante el fenómeno de delincuencia organizada que venimos enfrentando, apreciamos el amplio uso de la figura, como uno más de sus medios de investigación ordinaria, no solo contra los traficantes de droga, sino con la insoslayable presencia de las guerrillas, que así como las “guardias blancas”, han venido derivando de la actuación de las organizaciones criminales.

En nuestro país, a partir del año 2008 se realizó una reforma penal y de seguridad de largo aliento, que estandarizó los procesos policiales y llevó al tránsito de policías reactivos a policías de investigación, además del cambio de sistema penal, a uno acusatorio y de oralidad, además de prever figuras nuevas de investigación como la que nos ocupa; aquí es donde quiero centrar mis conclusiones, la experiencia de México es nueva, y si bien en su redacción el artículo 11bis. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada respeta lo que vimos en tratados internacionales, considero que la misma puede enriquecerse de las normativas de España y Colombia, adoptando modalidades de las mismas.

De España, considero que existen dos elementos relevantes que debemos considerar para nuestra normatividad, el primero es lo relativo a la responsabilidad del agente encubierto; pues si bien es mencionada en nuestra normatividad, esta excluye la responsabilidad civil de los agentes encubiertos, además de carecer de un proceso de determinación de la responsabilidad en general, esta adecuación es vital para su actuación, pues deben existir límites claros a la misma, tanto para que el agente sepa su margen de actuación y se sienta respaldado por la institución a la que pertenece, como para que la ciudadanía sepa que el respeto a sus Derechos Fundamentales es la premisa base de la actuación de investigación el apoyo que la institución le brinda; estos dos puntos, no se encuentran en nuestra normatividad, y son grandes aportaciones que podemos utilizar.

En segundo lugar, dada la naturaleza delicada del agente encubierto, sería más pertinente tomar del modelo español, la necesidad de que su autorización sea hecha por un juez, como en el caso de la intervención de comunicaciones, para blindar y dar soporte a las actuaciones, al eliminar la discrecionalidad que nuestro modelo actual considera, en manos del Fiscal General de la República.

En cuanto a Colombia, resalto dos puntos de la misma manera, el primero la utilización de particulares como participes en la acción de infiltración, con la

salvedad de que debe legislarse mas sobre su participación y protección, pues son un medio importante al estar ya familiarizados con el argot de los presuntos criminales, conocen el entorno y son identificados “como de casa”, por otra parte, la autorizacion, planeacion, ejecucion y seguimiento de la accion de infiltración puede ser autorizada por cualquier fiscal, lo cual, en atencion a lo que referi en el caso español, podria ser extendido a cualquier juez, tal como en el caso de intercepcion de comunicaciones; considero que esto posibilitaria una mayor reaccion institucional ante el fenomeno delictivo, pues en nuestro pais es muy limitado su uso, entendiendo que es el temor a su operación y responsabilidades el origen del mismo, pero Colombia vivio peores momentos que nuestro pais, y no por ello restringieron su operación, creo que en la medida en que su uso aumente, contaremos con mayores elementos de combate a la delincuencia organizada, y se incrementara el control del mismo mecanismo, pues con mas uso, existirian tesis y jurisprudencia que perfeccionaran su marco de actuacion.

Para terminar, considero importante el que asi como en la reforma penal del año 2008 se incluyo en nuestro articulo 16 constitucional el procedimiento para la intervencion de las comunicaciones privadas, se incluya el de las operaciones encubiertas, pues no es cosa menor su utilizacion; y asi como la intervencion de las comunicaciones privadas revistio una importancia superior para su inclusion en nuestra constitución, dada su naturaleza extraordinaria y de posible confrontación con Derechos Fundamentales, las operaciones encubiertas encuadran en este mismo supuesto, pues si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nacion resolvió en el 2011 la accion de inconstitucionalidad 48/2009 promovida por la Comision Nacional de Derechos Humanos en relacion a que los usuarios simulados y operaciones encubiertas de la policia federal, no eran violatorias de Derechos Fundamentales; tambien lo es el que no se hablo de la investigación y persecución de los delitos, sino de la actuación de la Policia Federal como coadyuvante del Ministerio Publico en ese proceso, y se trato de una acción de inconstitucionalidad ante una ley en particular, no sobre una investigación de delincuencia organizada en concreto como es el campo de acción de esta figura que nos ocupa, en donde

sin duda, una operación encubierta bien puede pasar de ser una simple observación de hechos delictivos para reunir información, a una operación provocadora de delitos, lo cual daría pie a que criminales no enfrentaran las consecuencias de sus actos por un proceso violatorio de sus Derechos Fundamentales en el proceso de investigación.

Este último punto es importante resaltarlo en esta parte final de la tesis, no por ser menos importante, sino al contrario, remarcar que uno de los pilares de toda ella es no perder de vista en ningún momento, el respeto a los derechos fundamentales de los inculcados, por ello es de vital importancia lo que se ha dicho en párrafos anteriores, que con el fin de garantizar este respeto a los derechos fundamentales, además de la reforma constitucional propuesta, se modifique también el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 252, referente a los actos de investigación que requieren autorización previa del juez de control, agregando una fracción con la autorización de la operación de un agente encubierto; pues como lo señala Andrés David Ramírez Jaramillo, quien autoriza esta acción debe ser *“una autoridad imparcial dentro del proceso acusatorio, con una formación humanista y garantista de los derechos fundamentales, ejerciendo un control desde el principio y en todo el desarrollo de la operación, y no al fiscal, pues al ser éste parte en el proceso tenderá a justificar mayores injerencias y tolerar, incluso, abusos por parte del agente para garantizar el éxito de su investigación, además porque el riesgo de que el control del juez se haga sólo al finalizar la operación, podría llevar a que se perdiera todo un trabajo investigativo de largo tiempo, con el costo que esto implica para la administración de justicia”*³⁴.

La reforma constitucional siempre causa fuertes diferendos de opinión, pues la tendencia a la inclusión en la misma de cada vez más conceptos, que en la

³⁴ Ramírez Jaramillo, Andrés David. “El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación”. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Colombia. 2010. P. 120.

consideracion de muchos juristas deberia de ser materia de normatividad secundaria, es sin duda una observación valida, pero tambien la es el que como cuerpo estructural del Estado es mutable y dinamica, y que es el mecanismo por el cual la realidad juridica y politica de un pais se adecuan; por lo que su inclusion contribuiria a blindar a quienes materializan el supuesto que nos ocupa, el eslabon mas debil de la cadena y el mas importante, el agente de seguridad.

6. BIBLIOGRAFÍA.

- Cardoso Pereira, F., “Agente Encubierto como medio extraordinario de investigacion”, Ed. Ibañez. Colombia, 2013.
- Guedes Valente, Manuel Monteiro, “Teoría Geral do Direito Policial”. Tomo I, Coímbra Portugal, 2014
- Lopez Calvo, P., Gomez Silva, P., “Investigacion Criminal y Criminalistica”, Bogota, 2000.
- Muñoz Sanchez, J. “La moderna problemática juridico penal del Agente Provocador”, Valencia, 1995.
- Nuñez Paz, M.A; Guillen Lopez G., “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Analisis de los medios de investigacion en materia de drogas”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LXI, Madrid, 2008.
- Ramirez Jaramillo, Andrés David. “El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación”. Universidad de Antioquía, Facultad de Derecho y Ciencias Politicas. Colombia. 2010

Legislación:

- Código Penal Español, 2009.
- Código Nacional de Procedimientos Penales, 2016, México.
- Código Penal Federal, 2016, México
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2016, México

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales. 1950.
- Convencion Americana sobre Derechos Humanos, 1969.
- Convencion de Palermo. 2000.
- Convencion de Merida, 2003.
- Convenio celebrado sobre la base del Articulo K.3. del Tratado de la Union Europea, 1997.
- Convenio de conformidad con el Articulo 34 del Tratado de la Union Europea, Relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal, 2000.
- Declaracion Universal de los Derechos Humanos, 1948.
- Diccionario de la Real Academia Española
- Ley 600 del año 2000, Colombia.
- Ley 800 del año 2003, Colombia.
- Ley 906 de 2004, Colombia.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882, España.
- Ley Organica 5/1999, España.
- Ley Organica de la Procuraduria General de la Republica, 2009, México.
- Ley Federal contral la Delincuencia Organizada, 2009, México.
- Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Politicos, 1966.
- Tratado de Lisboa. 2007.