

Universidad San Francisco de Quito USFQ
Colegio de Jurisprudencia

**El Agente Encubierto en el Código Orgánico
Integral Penal**

Alejandro Farto Andrade

Director: Dr. Xavier Andrade

Trabajo de titulación como requisito para la obtención de título de abogado

Quito, 11 de mayo de 2017

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TRABAJO DE TITULACIÓN

El Agente Encubierto en el Código Orgánico Integral Penal

Alejandro Farto Andrade

Dr. Xavier Andrade
Director del Trabajo de Titulación

Dr. Juan Pablo Albán
Lector del Trabajo de Titulación

Dra. Gladys Proaño Reyes
Lectora del Trabajo de Titulación

Dr. Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, 11 de Mayo de 2017

INFORME DE DIRECTOR DE TRABAJO DE TITULACIÓN

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO DE TITULACIÓN

TESINA/TITULO: El Agente Encubierto en el Código Orgánico Integral Penal

ALUMNO: Alejandro Farto Andrade

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

Al entrar en vigencia el Código Orgánico Integral Penal se produjeron notables cambios en todas las áreas vinculadas al sistema de administración de justicia penal, entre ellas, la del agente encubierto, tema que atraviesa las áreas del derecho sustantivo (teoría del delito), derecho procesal penal (prueba testimonial) y claro, criminalística (área de investigación criminal). Debido a ello, se presentan múltiples problemas de aplicación de esta figura en un proceso de acción penal pública bajo las fronteras de los derechos, garantías y principios constitucionales de los procesados. A más de ser un tema vigente, porque por primera vez en la historia del país se regulariza y visibiliza al agente encubierto de manera normativa, es también uno de aquellos en lo que aparece una discusión doctrinaria abundante y crítica de su uso, aunque todos los estados de derechos la usan en graves y particulares delitos de organización. Y claro, el definir el problema a más de encontrarle una solución, es fundamental en el ámbito de la justicia penal, por las múltiples connotaciones que tiene tanto en la aplicación práctica como en el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia nacionales. Por las razones expuestas, el problema planteado por el estudiante es justamente, actual y trascendente como aporte de discusión dirigida al fortalecimiento de la doctrina ecuatoriana frente a las innovaciones del COIP. Este estudio genera discusión polémica de la academia sobre la política criminal de los estados, el rol de la policía de investigación, los problemas para los operadores y actores de justicia penal, por lo que, así planteado, posee también relevancia dentro del derecho procesal penal, constitucional y de derechos humanos.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis del problema planteada y sostenida por el investigador a lo largo de los tres capítulos de su trabajo de titulación más conclusiones y recomendaciones, se centra en plantear una crítica naturalística, la cual se concreta en señalar que el agente encubierto tal y como se encuentra regulado en el COIP, es insuficiente para proteger los derechos humanos de los ciudadanos, y que según él, esta figura permite el excesivo uso e intervención policial que finalmente degenera en el abuso del *ius puniendi* estatal, sin medida, esto es, el abuso del poder del Estado. La respuesta al problema que identifica el autor, radica en generar legislación dentro del COIP que señalen los límites de actuación del agente encubierto, incluso recomienda la elaboración de un reglamento que califique a quienes van a realizar actividades de inteligencia en esta área. La hipótesis la sustenta a través de la investigación de la experiencia práctica y normativa de otras legislaciones a y casuística internacional.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

El trabajo de titulación escrito recoge bibliografía de autores nacionales y en su mayoría internacionales (España, Chile, Argentina, Colombia), cuarenta y tres textos, encontrando obras que van en ediciones desde 1995 (L. Ferrajoli-texto español) hasta el año 2010 (R. Zafra-texto español), en derecho penal parte general, especial, criminalística y criminología (F. Rojas-Ecuador- 2008). Hay obras de derecho constitucional (O. Guerrero-Colombia-2007) y de filosofía como la obra de Michel Foucault (Vigilar y Castigar-Argentina-2006). Los materiales bibliográficos son complementados con información obtenida de una media docena de páginas web aproximadamente, generando un completo, suficiente y adecuado levantamiento de información para el desarrollo del contenido argumental adecuado y sostenido para un trabajo de titulación y conforme el tema.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

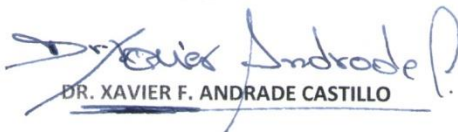
El desarrollo argumental de la tesina se verifica en tres capítulos más conclusiones y recomendaciones. El primer capítulo, desarrolla las definiciones y origen del agente encubierto (pp. 3-23). La evolución del concepto es desarrollada a través de las técnicas utilizadas en el descubrimiento de delitos de tráfico de drogas, mencionado para el efecto a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Viena del año 2004 (p. 4). En su análisis aborda, en casi todos los temas, la importancia de la identidad del agente, para lo cual se deben tomar en cuenta varios presupuestos y principios -9- conforme las recomendaciones de manuales de técnicas de investigación (pp. 7-9). Luego aborda las obligaciones de la identidad supuesta (p. 12) incluso indica el protocolo (pp. 14-16). Hace un rápido resumen del tiempo idóneo en que debe prolongarse la actividad investigativa para revisar con mayor detalle al engaño como medio de ganarse la confianza de la organización investigada (pp. 17-19). De manera simple y rápida establece cuando debe extinguirse la operación encubierta sin mayor análisis sobre ello (p. 20). Hace luego una mayor concentración información respecto de la prueba, medio de prueba y las prohibiciones de valoración bajo la visión de ocho autores, con lo que termina su capítulo inicial (p. 23). El capítulo 2 presenta la figura del agente encubierto en el Ecuador y sus requisitos (p. 24), revisando la experiencia de tres legislaciones: Francia (pp. 31-32); Colombia (pp. 34-35) y Argentina (pp. 37-39). Inicia con la revisión de los elementos que señala el Código Orgánico Integral Penal, haciendo observaciones y críticas de fondo como por ejemplo la no delimitación de la actuación del agente encubierto para la exoneración de responsabilidad penal (pp. 26-27). Lo relevante aquí es que se hace una observación de cada requerimiento con el enfoque de lo que debería ser lo correcto, bajo los principios que rigen a esta figura (p. 30). Luego aborda la normativa comparada internacional empezando por Francia (p. 31) y el caso Kruslin y Huving comparándolo con el Código Penal ecuatoriano (p. 33). Continúa con la experiencia colombiana transcribiendo una norma reglamentaria sin mayor aporte o discusión. Aborda los requisitos de procedencia en Argentina para terminar con la punibilidad, a lo que, si le hace opinión indicando que no habría punibilidad del agente que no pudiera impedir el fracaso de su misión o estaría en peligro su vida (p. 39), con lo que termina. El capítulo 3 desarrolla los problemas detectados en la aplicación del agente encubierto desde el punto de vista de los derechos fundamentales (pp. 40-50). Aquí el autor de la tesina confronta a la actividad u operación encubierta con los

derechos fundamentales (intimidad, no autoincriminación, libertad), para individualmente trabajar con su vulneración (pp. 43-48). Hace una interesante revisión de la eficiencia en la investigación versus las garantías de las personas investigadas y luego procesadas (pp. 48-49). Precisa un solo problema de orden procesal, indicando que este es el derecho a la defensa, esto también como vulneración de un derecho fundamental desde el punto de vista constitucional (p. 50). Concluye este capítulo, haciendo una brevísima lectura del delito provocado indicando que el agente encubierto induce o colabora en el delito a manera de participación (p. 51). La metodología seguida por el autor de la investigación a lo largo de sus cincuenta y un hojas, verifica sin duda una interesante revisión casuística, complementada con una comparativa normativa internacional y doctrinaria bastante amplias; curiosamente confronta las posiciones a favor y en contra del problema (operaciones infiltradas) y justifica su hipótesis de manera concreta. Este es un ensayo de aquellos que, finalmente deja clara la postura del investigador a favor de establecer límites legales y reglamentarios para determinar las actuaciones de los agentes en operaciones encubiertas, de manera que no se vulneren ni derechos ni garantías, como así concluye y recomienda (pp. 52-54), ya que tal como está reglado en el COIP, y en base a la experiencia ajena, seguramente esta ausencia normativa provocará inevitablemente desaciertos judiciales.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación.

El plan de investigación para la elaboración de la tesina fue presentado el 23 de agosto de 2016. El primer borrador con el primer capítulo fue entregado el 13 de septiembre, luego de observaciones varias de contenido, ortografía y citas se entregó junto al capítulo 2, el 25 de noviembre. El capítulo final fue entregado la segunda semana de enero de 2017, el cual fue enviado a realizar correcciones de contenido y forma. Finalmente, para la revisión completa de todo el trabajo, se presentó el 16 de marzo -trabajo final- con todas sus correcciones, esto es, cinco meses aproximadamente de investigación y desarrollo argumental. Se cumplieron todos los requerimientos de investigación de campo, bibliografía mínima y metodología para el desarrollo de trabajos de titulación según las exigencias y reglamento de la USFQ, por lo que, lo apruebo.

FIRMA DIRECTOR


DR. XAVIER F. ANDRADE CASTILLO

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: -----
Nombre: Alejandro Farto Andrade

Código del Estudiante 00103893

C. C. 1725866394

Fecha: Quito, 11 de mayo de 2017

Agradezco a:

*Mi mamá, papá, y mi hermano por siempre ser un apoyo incondicional en mi vida,
A mis abuelitos por motivarme a seguir abogacía,
Y, a la Universidad San Francisco, con quien estoy eternamente agradecido por las
experiencias y enseñanzas compartidas.*

Resumen

La impotencia estatal para combatir el crimen organizado y su alto nivel de peligrosidad ha hecho que el Estado implemente en la legislación ecuatoriana la figura del agente encubierto. Los aparatos de inteligencia estatal de hoy en día recurren a métodos especiales de investigación, lo cual pretende arrojar resultados positivos, ya que a través de estos se puede localizar y capturar a las cabecillas de bandas criminales, lo cual no se podría realizar empleando métodos convencionales. Sin embargo, existen posturas mixtas acerca del uso de Agentes Encubiertos. En el caso ecuatoriano, por primera vez en la historia, se ha creado normas para legalizar una actividad que los agentes de la policía han estado desarrollando prácticamente entre las sombras. En efecto, el artículo 483 del Código Orgánico Integral Penal, establece una exoneración penal y civil respecto al policía encubierto que en el ejercicio de sus funciones, se vea obligado a cometer un acto delictivo.

Abstract

The impotence of the public power to fight organized crime and its high level of danger has made that the State implements in the Ecuadorian legislation the undercover agent as special figure. Nowadays, the methods of the State appeals to special investigation tactics, which aims to give positive results in localizing and capturing the head leaders of the criminal organizations, which would not have been possible using conventional methods. Nevertheless, there are different positions about the undercover agent subject. In the case of Ecuador, for the first time in history, it has been created certain norms to legalize an activity that the policies agents have been practicing long ago without any type of regulation. Consequently, the article 483 of the Criminal Code establishes a criminal and civil exception for the undercover police that in the exercise of their duties, commit a criminal act.

Tabla de Contenido

Introducción	12
CAPÍTULO 1.- El Agente Encubierto y sus definiciones	14
1.1 Circunstancias en las que es permisible acceder a la figura del agente encubierto	16
1.2 Principios que anteceden las investigaciones encubiertas:	17
1.2.1 Principio de Necesidad.....	17
1.2.2 Principio de Proporcionalidad	18
1.2.3 Principio de Especialidad.....	18
1.2.4 Principio de Reserva.....	18
1.2.5 Excepcionalidad	18
1.2.6 Jurisdiccionalidad.....	19
1.2.7 Pertinencia	19
1.2.8 Legalidad	19
1.2.9 Celeridad	20
1.3 Intervención de la provocación delictiva	20
1.4 La figura del agente provocador	21
1.5 Obligaciones dentro de una identidad supuesta.....	23
1.6 Protocolo de conservar el secretismo de identidad por parte de un funcionario público:	25
1.7 Prolongación en el tiempo:	26
1.8 El engaño cómo medio para obtener confianza y tener una infiltración más convincente:	28
1.9 Extinción de la Operación Encubierta	30
1.10 El Agente Encubierto y la responsabilidad penal:	31
1.11. El agente encubierto como medio de prueba y prohibiciones de la prueba.....	32
CAPÍTULO 2.- El Agente Encubierto en Ecuador y otras legislaciones	35
2.1 El Agente Encubierto en Ecuador:.....	35
2.1.1 Operaciones Encubiertas en el Código Integral Penal (COIP):	35
2.1.2 Pautas para recurrir a las operaciones encubiertas Código Integral Penal (COIP):	38
2.1.3 Principios que rigen a la operación encubierta en nuestro país:	41

2.2 El Agente Encubierto en diferentes legislaciones:.....	42
2.2.1 Francia:.....	42
2.2.1.1 Casos Kruslin y Huvig:	43
2.2.2 Precedentes de Actividad Encubierta en Colombia:	45
2.2.2.2 Objeto y Método del Agente Encubierto:	46
2.2.3 Precedentes del Agente Encubierto en Argentina:.....	48
2.2.3.1 Requisitos de procedencia:.....	48
2.2.3.2 ¿Quiénes pueden ser agentes encubiertos?.....	48
2.2.3.3 Ámbitos de actuación:.....	49
2.2.3.4 Punibilidad del agente encubierto:	49
CAPÍTULO 3.- Problemas en la Figura del Agente Encubierto.....	51
3.1.- La actuación encubierta frente a los derechos fundamentales:	51
3.2 Eficiencia vs. Garantías:	54
3.3 Agente encubierto y los derechos vulnerados:	56
3.3.1 Intimidad:	56
3.3.2 No autoincriminación:.....	57
3.3.3 Libertad y agentes encubiertos:.....	58
3.4 El Agente Encubierto. Problemas Procesales:	60
3.4.1 Derecho a la Defensa:	60
3.5 Delito Provocado:	61
Conclusiones y Recomendaciones	63
Bibliografía.....	67

Introducción

El tema del presente trabajo es la incorporación del Agente Encubierto por primera vez en la normativa ecuatoriana, regulada en el Código Orgánico Integral Penal. Sobre este tema se ha escrito muy poco en nuestro país, puesto que si bien esta figura ha existido hace muchos años en otras legislaciones, a partir del 10 de Febrero del 2014 ha entrado en nuestro ordenamiento jurídico como una figura nueva e innovadora.

El objetivo principal de un agente encubierto es ingresar a la organización criminal y para ello deberá entrar en confianza con los miembros que la conforman, lo cual analizaremos en el primer capítulo de este trabajo.

El problema jurídico planteado es que la normativa existente en el Código Orgánico Integral Penal respecto al agente encubierto resulta insuficiente para evitar el abuso del poder del Estado, la violación a los derechos humanos y la vulneración a las garantías constitucionales de los ciudadanos.

En esta tesina se hará referencia tanto a la legislación ecuatoriana como a otras legislaciones en el segundo capítulo, con el fin de examinar si se precautelan los derechos y garantías constitucionales.

El estudio, por tanto, trata de hacer un análisis respecto del marco jurídico de aplicación de la norma mencionada, para determinar si esta se aplica directa e indiscriminadamente o por el contrario, sería necesario establecer un marco legal que especifique con claridad bajo qué circunstancias debe actuar el agente encubierto y bajo que otras no debe actuar.

Se aborda la figura del agente encubierto, desde una perspectiva crítica del mismo, en base a un análisis legal. El agente encubierto, es una figura cuya aplicación es polémica, especialmente en el ámbito del proceso penal, ya que revelan dramáticamente la tensión indisoluble que existe entre el compromiso del Estado de proteger y amparar los derechos fundamentales, y la necesidad de contar con herramientas útiles en la persecución penal.

El problema jurídico de la investigación se resume en las siguientes preguntas: ¿Por qué se ha implementado la figura del agente encubierto en el COIP?, ¿Cómo está regulada

esta figura en el nuevo Código Orgánico integral Penal?, ¿Es la regulación suficientemente técnica y completa?, ¿La disposición legal viola o no algún Derecho Constitucional?

Hay diversas posiciones o enfoques respecto a este tema los cuales serán analizadas en el tercer capítulo de esta tesina. Ahí se podrá observar que existen quienes están totalmente a favor del agente encubierto y por otra parte quienes dicen que esta figura no es la más adecuada para combatir el crimen organizado, puesto a que transgrede los derechos fundamentales inherentes al ser humano.

El presente trabajo hace un estudio de la norma legal, puesto a que ahí es donde se ha incorporado y regulado esta nueva figura. Además, estudiando la normativa podremos analizar si existe o no vacíos normativos o si esta figura esté bien regulada de tal forma que constituya una garantía total a nuestra sociedad ecuatoriana.

CAPÍTULO 1.- El Agente Encubierto y sus definiciones

Antes de mencionar cualquier vacío normativo o cualquier aporte que esta figura nos puede ofrecer, es necesario definirla e identificar cuáles son sus elementos para posteriormente hacer el análisis. Cabe resaltar que examinando al agente encubierto y sus componentes, podemos concluir si era o no necesaria incluir esta figura en nuestra legislación.

“La notable transformación del delito que se ha perpetrado a través de los años, ha ocasionado que los tradicionales métodos de detención y vigilancia policial se manifiesten cada vez más obsoletos”.¹ Por lo tanto, cada Estado de forma particular y conjunta, se ha visto sumergido en una responsabilidad muy grande para desarrollar medidas que, “como los procedimientos policiales encubiertos, prevean una efectiva querrela contra el crimen organizado y eviten a su vez que este se siga expandiendo”.² “Dentro de un Estado de Derecho, el uso de esta figura extraordinaria de investigación tiene que ser relacionado a las medidas de proporción y respeto de un sistema de garantías”.³ “Debido a esto, es que tanto su aceptación como su desarrollo deben estar acomodados a lo que la ley anima a que debe hacerse”.⁴ Los aspectos de una operación encubierta deben estar establecidos a tal punto que salvaguarde la protección a la integridad del agente encubierto y a la de la persona investigada.

El magistrado español, Francisco Soto Nieto, delimita al agente encubierto de la siguiente manera:

[...] aquel sujeto, ordinariamente integrado en la fuerza pública, que, con el destino de llegar a descubrir una conducta delictiva en marcha o desarrollo, lleva a término un despliegue de actuaciones, que, sorprendiendo al abordado infractor, saca a la luz su comportamiento criminal.⁵

¹Francisco Rojas. *Crimen Organizado en América Latina y el Caribe, "Mayor Presencia del Crimen Organizado: consecuencia de las crisis de gobernabilidad y el débil imperio de la Ley*. Santiago de Chile: FLACSO Secretaría General, 2008, pp. 97-98.

² Eduardo Riquelme. *El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo*. <http://www.politicacriminal.cl/index.php> (acceso: 07/07/2016).

³ Felipe Rodríguez. *El Agente Infiltrado en el Estado de Derecho y de (In) Seguridad*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2012, p. 257.

⁴ *Id.*, pp. 139-140.

⁵ Claudia Moscato *El Agente Encubierto En El Estado De Derecho. 1st ed. Buenos Aires: La Ley 2000, p. 3*

⁵ Juan Sánchez. *El Agente Provocador*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, p. 1.

El objetivo de esta figura legal se centra esencialmente en una investigación eficaz, capaz de declarar la forma de operar de una organización delictiva. El agente encubierto bajo ningún motivo debe confundirse con el agente provocador, ya que esta es una figura ilícita en el sistema procesal penal ecuatoriano el cual tiene un funcionamiento diferente. Por un lado, el agente provocador estimula mediante engaños a un tercero para que este mismo confeccione un acto delictivo, sin que este tenga antecedentes de haber delinquido. Por otro lado, el agente encubierto si bien utiliza como herramienta el engaño, este no lo usa para un tercero cualquiera, sino para toda una organización que venga realizando actos delictivos previos.

En ese mismo sentido, tenemos una definición más acorde sobre el agente encubierto:

[...] aquella persona que ocultando su identidad y sus propósitos verdaderos, se hace pasar por otra, infiltrándose en un determinado grupo delictivo, con el objeto de conocer a sus miembros, estructura y funcionamiento, es decir, para obtener información restringida por medio de una falsa confianza.⁶

“Esta figura proviene dentro de la policía judicial, en la cual se le suministra una serie de medidas especiales que le facilitan incorporarse a la organización para reportar sus acciones y dinámicos”⁷. El fin es detectar los delitos que se originan a su alrededor, para de esa forma reunir pruebas suficientes que puedan producir la detención de sus autores intelectuales y materiales.

Las técnicas especiales internacionales de investigación las podemos encontrar en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional o la también llamada Convención de Palermo. De hecho, el artículo 20 de este instrumento internacional dispone lo siguiente:⁸

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**

⁶ José Correa. *Tráfico de Drogas: Prueba Final y Medidas Restrictivas De Derechos Fundamentales*. Lisboa: Juruá, 2010, p. 312.

⁷ José Rifa. *El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Ley Criminal*. Buenos Aires: Poder Judicial, No 55, 1999, p. 164.

⁸ Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Oficina contra la Droga y el Delito. Viena, Nueva York, 2004, Artículo 20.

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.⁹

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.

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.

Por último, analizando este tratado y todos los demás elementos vistos se concluye que la definición más acorde a lo que realmente es un agente encubierto sería:

[...] el agente encubierto es el instrumento al servicio de una técnica de investigación, la infiltración, que, a su vez, es la acción de aquel que, para obtener una información que no es de acceso general y que es necesaria para un propósito concreto, oculta tanto su identidad real como sus intenciones y ya sea de forma directa o través de un tercero, entra en contacto con las personas aparentemente susceptibles de administrársela, estableciendo con ellas una falsa relación de confianza que, con el transcurso del tiempo le permita obtener la información deseada.¹⁰

1.1 Circunstancias en las que es permisible acceder a la figura del agente encubierto

El hecho de que exista esta figura y que este a su vez pueda ser accionada, no significa que pueda hacerse siempre, ya que exclusivamente uno puede recurrir a ella cuando existe una organización delictiva compuesta por un mínimo de personas y que de manera firme y permanente se planteen en cometer uno o más delitos. “Si bien existen un

⁹ La negrilla es de mi autoría.

¹⁰ José Correa. *Tráfico de Drogas... Óp. cit.*, p, 314.

sinfín de delitos, podemos apreciar que lo decisivo para este caso, es que estos se ejecuten a través de un grupo delictivo organizado”.¹¹

“Un agente encubierto, es a su vez alguien que goza de plena libertad para perpetrar delitos, ya que bajo su doble identidad o identidad supuesta, puede obtener y trasladar objetos ilícitos e incluso finalizar con la vida de un tercero”.¹² Esta figura está exenta de cualquier tipo de responsabilidad penal, especialmente por aquellos actos delictivos que resulten totalmente necesarios para prosperar en la investigación.

Al ser suministrado de otra identidad, se le está aprobando para ejecutar actos totalmente válidos en el ámbito de investigación, en sus relaciones sociales e incluso en el aspecto jurídico. En diversas legislaciones se aprueba la idea que al momento de testificar en un juicio, dando por finalizada su infiltración, “el agente podrá seguir manteniendo su anonimato bajo su otra identidad, siempre que lo disponga un Juez o Tribunal, mediante resolución motivada”.¹³ Habitualmente casi todas las legislaciones emplean en el agente encubierto las mismas medidas protectoras de testigos.

Si un Juez analiza los indicios y llega a tener una noción clara de que el agente encubierto está actuando sin una autorización o notificación, este puede proceder penalmente contra él. “No obstante, para prescindir de los servicios del agente encubierto, muchas legislaciones requieren de un informe explicativo sobre la autoridad que autorizó el encubrimiento de dicho agente”.¹⁴

1.2 Principios que anteceden las investigaciones encubiertas:

1.2.1 Principio de Necesidad

“Un agente encubierto será solicitado para fines investigativos y exclusivamente que guarden una relación con la gravedad del delito (actos delictivos que sean consumados

¹¹ José Rifa. *El agente encubierto o infiltrado... Óp. cit.*, p. 157.

¹² Rafael Martínez. *El Agente Encubierto*. 2nda ed. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2006, p. 10.

¹³ *Id.*, pp. 10-11.

¹⁴ Eduardo Jauchen. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Lima: Editorial Rubinzal Culzoni, 2008., p. 341.

por una criminalidad institucionalizada)”¹⁵. Entre las organizaciones criminales a las que se pretende inhabilitar, están los grupos que se dedican a comercializar ilícitamente armas, vender drogas, traficar personas, grupos terroristas, entre otros.

1.2.2 Principio de Proporcionalidad

Todo comportamiento delictivo causado por el crimen organizado llega a derivar en una investigación encubierta. No obstante, las acciones encubiertas siempre deben ser menos lesivas que la gravedad del delito o delitos que se tratan de revelar. “En otras palabras, se debe recurrir a estos agentes solo si la protección del interés público sobresale sobre la protección de cualquier tipo de interés privado”.¹⁶

1.2.3 Principio de Especialidad

“Toda prueba e información necesaria recogida dentro de una operación encubierta, tiene el único uso de evidenciar la culpabilidad de las personas que son o fueron objeto de vigilancia”¹⁷. Excepcionalmente podrá ser solicitada para exponer otros delitos.

1.2.4 Principio de Reserva

“La actuación empleada por estas técnicas especiales de encubrimiento solo podrá ser de conocimiento por aquellos funcionarios autorizados por la ley”.¹⁸

1.2.5 Excepcionalidad

Esta figura podrá ser utilizada por excepción, es decir en caso de falta o escases de medios probatorios.

¹⁵ Shirley Martínez. *La labor del agente encubierto en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 83.

¹⁶ Rafael Martínez. *El Agente Encubierto... Óp. cit.*, p. 11.

¹⁷ Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada, Bienes delictivos y Agente Encubierto. Perú, 2006. Artículo 3.

¹⁸ *Ibíd.*

1.2.6 Jurisdiccionalidad

“Bajo ningún motivo podrá llevarse a cabo esta técnica especial de investigación, sino cuenta con una autorización pertinente concedida por la Autoridad Jurisdiccional”.¹⁹

1.2.7 Pertinencia

“Para realizar una operación encubierta se considerará el costo - beneficio y la dificultad de la investigación”.²⁰ “El principio de pertinencia, implica que solo se pueden practicar aquellas pruebas que estén estrictamente relacionadas con los hechos del caso”.²¹ El operativo que haga mal uso de la prueba y transgreda los derechos y principios establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, finalizará con la eficacia de la prueba.

En todo proceso penal se emplea el principio de igualdad probatoria, sin que se pueda ocasionar ningún tipo de desequilibrio en las condiciones procesales. “El uso de la prueba, da un valor fundamental a la cadena de custodia relacionados con los elementos físicos que se hayan conseguido en la indagación y que se establecerán como prueba durante la etapa de juicio”.²²

1.2.8 Legalidad

La forma de operar a través de estas técnicas especiales de investigación, no debe ser contraria a la Constitución Política del Estado, Tratados Internacionales vigentes, leyes y otras normas.²³ Finalmente, el valor la prueba está determinado, por su legalidad. No obstante es importante tomar en cuenta cómo se consigue la prueba, si hay algún tipo de razón o no para que se la excluya, si se autorizó por parte de una autoridad competente, si es genuina o fue modificada y si fue sometida a la cadena de custodia.

¹⁹ Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. *Manual de Técnicas Especiales de Investigación (TEI) Agente Encubierto y Entrega Vigilada*, Bolivia: Gaceta Judicial, 2009.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ Oscar Guerrero. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, pp. 120-122.

²² *Ibíd.*

²³ Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. *Manual de Técnicas Especiales de Investigación (TEI) Agente Encubierto y Entrega Vigilada*, Bolivia: Gaceta Judicial, 2009.

1.2.9 Celeridad

“Dentro del ámbito del proceso penal, estos métodos encubiertos también están pensados para promover la rapidez y la eficacia. Sin embargo, por más que se busque la celeridad, estos métodos deben estar bajo las respectivas prevenciones de la ley”.²⁴

1.3 Intervención de la provocación delictiva

“El agente policial se oculta para dismantelar y denunciar una organización criminal previamente constituida, ya que en el transcurso de su investigación no puede incitar, estimular, liderar o facilitar el cometimiento de un acto ilícito”.²⁵ La única circunstancia en donde está capacitado para realizar este tipo de actos, “es en el caso de no existir otra salida posible para que no se vea comprometida la operación encubierta, pero bajo ningún motivo debe provocarlo”.²⁶

Podemos observar como en algunas legislaciones que manejan la figura del agente encubierto tienen un desarrollo más elevado que en la nuestra. Por ejemplo, en Francia, existe dentro de su normativa, desde el año 1991, un relativo reforzamiento en la lucha contra el tráfico de drogas, en donde claramente se establece una excusa de la responsabilidad criminal “para todo aquel funcionario policial que perpetúe un delito relacionado al tráfico de drogas, siempre y cuando se lo haga con un fin investigativo y cuenten con la debida autorización por la autoridad competente”.²⁷

Por otro lado, en Italia desde el año 1990 se implantó en su normativa jurídica, que no existiría ningún tipo de sanción para aquellos funcionarios que aparenten comprar cualquier “tipo de sustancia estupefaciente o psicotrópica, siempre y cuando su objetivo sea

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Ricardo Magaz. *Respuestas político-criminales a la delincuencia internacional: narcotráfico y terrorismo. El Agente Encubierto.* Instituto Universitario. Chile: 2007, pp. 8-11.

²⁶ Marta Del Pozo: *El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española.* Cali: Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana, Volumen 6, 2006, p. 35.

²⁷ Mario Montoya. *Informantes y técnicas de información Encubierta.* Buenos Aires: Editorial: Ad Hoc, 1998, pp. 189-190.

la adquisición de pruebas relacionadas con el delito de narcotráfico y llevar a cabo las operaciones anticrimen necesarias”.²⁸

Dentro de esta misma línea, tenemos a países como Alemania, en donde su Código Procesal Penal adjudica ciertos requerimientos, en los que un agente puede proceder. A ellos se les delega una identidad supuesta y todo tipo de amparo necesario en el hipotético de que llegue amenazar su integridad humana. Como limitantes tenemos que solamente se podrá aplicar esta figura en delitos relevantes, “siempre y cuando los otros medios de investigación resulten ambiguos, cuenten con la debido permiso de la autoridad y se abstengan de cometer cualquier tipo de acto delictivo”.²⁹

1.4 La figura del agente provocador

Como se ha mencionado anteriormente y resulta importante destacar, es que el agente encubierto no es un agente provocador, ya que “el agente provocador es aquel individuo que no pertenece a la Policía Judicial y cuyo entremetimiento da lugar a una provocación sin el objetivo de enjuiciar al autor de dicha acción”.³⁰ Es importante mencionar que en Ecuador esta figura no está permitida y las leyes no la acogen. El propósito en el caso del agente encubierto es manifestar las actuaciones delictivas que se han dado con anterioridad, adquiriendo evidencias plenas de la actividad criminal y sus responsables.

En los países en que existe esta figura, esta conducta está acreditada por las leyes y la jurisprudencia. Por ejemplo, España cuenta con reiteradas sentencias del “Tribunal Supremo en donde se menciona como lícitos los actos policiales engañosos y donde sus medidas no sirven para investigar un delito, sino para manifestar aquel delito que se ha cometido anteriormente”.³¹

“Al hablar de provocación del delito, entramos en un terreno muy oscuro, por ello es necesario distinguir las acciones del agente provocador de aquellos actos que sobrelleva

²⁸ *Id.*, p. 245.

²⁹ *Id.*, p. 246.

³⁰ Juan Sánchez. *El Agente Provocador... Óp. cit.*, p. 29.

³¹ *Ibíd.*

un agente encubierto.”³² Todo delito provocado podría ser discutido, “ya que al no existir culpabilidad, se podría concluir que el sujeto no hubiera actuado de cierta forma, sino hubiera sido por una provocación anterior y eficaz del agente provocador”.³³ La impunidad de este caso sería absoluta, ya que no estaría existiendo dolo criminal independiente y autónomo.

“Diferente es la conducta que sin infringir la legalidad, se encauza hacia la averiguación de delitos ya cometidos, como suele ser en el caso del narcotráfico o la trata de personas”³⁴, ya que en esas situaciones el agente encubierto no busca que el delito se consuma, sino más bien investiga su forma de operar. En otras palabras, lo que se quiere es obtener pruebas claras acerca del comportamiento de una organización criminal, en las que se mantienen sospechas razonables sobre sus actividades.

Al referirnos al agente provocador podemos destacar que las acciones del procesado no serían espontáneas ni independientes para consumir un delito, caso contrario el agente encubierto solo investiga a la persona y esta actúa ilícitamente por su propia voluntad. De esta manera, podemos afirmar que cuando se recurre a la figura del agente provocador es antes de que se consuma un delito. “El delito nacido en base a una provocación es el resultado de ciertas incitaciones ejercidas sobre individuos que, en principio, no tendrían intención de cometer un delito”.³⁵ Situación diferente a la de una operación policial lícita donde el delito se ha ido efectuando con cierta anterioridad y de forma constante. “Es decir, que la actuación del agente encubierto no estaría originando ningún delito, sino que estaría “auxiliando” para que el delito y su modus operandi se develen”.³⁶

Las pruebas que provienen de un delito provocado, son fuertemente discutidas dentro de nuestra legislación, ya que el espíritu de nuestra norma no es hacer que un individuo llegue a delinquir. Estas pruebas no serían obtenidas en concordancia con los principios, mandatos y exigencias constitucionales. Quien provoca un delito se estaría transformando en autor o cómplice de este. “Un agente provocador no puede eximirse de

³² Claudia Moscato. *El Agente Encubierto En El Estado... Óp. cit.*, p. 3

³³ Juan Sánchez. *El Agente Provocador... Óp. cit.*, pp. 30-33.

³⁴ Mario Montoya. *Informantes y Técnicas de Investigación... Óp. cit.*, 2002, p. 41

³⁵ Francesco Carrara. *Programa de Derecho Penal. Parte General*. Volumen II. 3ra Bogotá: Temis, 1979, pp. 442- 444.

³⁶ Claudia Moscato. *El Agente Encubierto en el Estado... Óp. cit.*, p. 3.

responsabilidad penal o civil, al contrario del agente encubierto que está exonerado de estas dos responsabilidades dentro de sus funciones”.³⁷

1.5 Obligaciones dentro de una identidad supuesta

“El agente encubierto es una figura utilizada como técnica legal de infiltración en organizaciones criminales, con el fin de recaudar elementos probatorios relacionados a la comisión de algún tipo de delito desarrollado con anterioridad”³⁸. A esta figura también se la conoce como agente infiltrado y desenvuelve un papel tan importante que hace suponer que se trata de un miembros más de la organización criminal, “lo que le facilita recibir información o elementos probatorios para frenar la actividad criminal e impedir que se siga desarrollando”.³⁹

“Lo esencial de esta operación es infiltrarse a través del ocultamiento de identidad para ser visto como un miembro más del grupo. Esto como punto de inicio, consigue una relación de confianza que le posibilita acceder a información más relevante”⁴⁰.

El agente encubierto deberá emplear amplios métodos de actuación y cualquier tipo de técnica posible que lo haga ser visto como un igual. “Sin embargo, al hacerlo estaría quebrantando los derechos fundamentales y constitucionales de las personas que son parte de su investigación”⁴¹. En otras palabras, el agente a través del aparato estatal estaría usando el engaño y el abuso de confianza.

El agente encubierto opera bajo una “identidad supuesta”, la cual crea responsabilidades. El uso del documento de esta identidad solo cabe en labores orientadas a la investigación. Este documento tiene fecha de vencimiento y restricciones en el uso de la misma. “Esta identidad solo será un instrumento al servicio de la operación y en muchas legislaciones solo se la usará hasta dentro de la etapa de instrucción en el proceso penal.”⁴²

³⁷ Juan Sánchez. *El Agente Provocador... Óp. cit.*, p. 35.

³⁸ *Id.*, p. 37.

³⁹ José Choclán. *La Organización Criminal. Tratamiento penal y procesal*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 61.

⁴⁰ Gascón, Fernando. *Infiltración policial y «agente encubierto*, Granada: Comares, 2001, p. 10.

⁴¹ *Id.*, p.12.

⁴² *Id.*, p. 16.

“Es evidente que a mayor grado de implicación con la organización criminal, el policía encubierto tendrá mejores posibilidades de obtener datos ventajosos de su distribución, actividades, relaciones, líderes, etc.”⁴³. A pesar de ello, el tiempo aumentará de manera muy significativa el riesgo de que el agente incurra en actos delictivos, lesione derechos fundamentales e incluso en el supuesto más extremo que este oficial decida operar para la organización, olvidando su función como investigador policial.

En el Ecuador no se establece de manera exacta todos los procedimientos para adquirir una identidad supuesta, sin embargo, en otros países se lo hace de una forma más detallada. En España cuando se trata de investigaciones orientadas a actividades propias de la delincuencia organizada, “el Juez de Instrucción conveniente o el Fiscal dando cuenta adyacente al Juez, podrán apoderar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante una resolución debidamente motivada”.⁴⁴

“La persona que autoriza dicho operativo deberá tomar cuenta la necesidad que requiere estos fines de la investigación; como la de otorgar otra identidad y abstenerse de condenar al agente de ciertos delitos que se verá obligado a cometer.”⁴⁵ La identidad supuesta en Ecuador es otorgada por el Registro Civil, no obstante, en la mayoría de legislaciones usualmente es dada por el Ministerio del Interior

“Para proceder a otorgar la identidad supuesta, debe obligatoriamente consignarse el nombre verdadero del policía y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto”.⁴⁶ La resolución será almacenada y deberá archivar fuera de las actuaciones normales de un policía. La información que vaya consiguiendo el agente encubierto deberá darse a conocer con la mayor rapidez al juez o fiscal que delegó la investigación. “Asimismo, dicha información deberá incluirse al proceso y se valorará por el órgano judicial competente”.⁴⁷

Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad ficticia, “podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso

⁴³ Marta Gómez. *Límites y Garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos*. 8va Ed. Madrid, 2004, pp. 102-104.

⁴⁴ *Id.*, p. 104.

⁴⁵ *Id.*, p. 105.

⁴⁶ *Id.*, p. 106.

⁴⁷ *Ibíd.*

que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada”.⁴⁸

1.6 Protocolo de conservar el secretismo de identidad por parte de un funcionario público:

Con el fin de obtener éxito de la operación encubierta, la identidad supuesta no podrá ser revelada por quien llegue a conocer de la misma. Este tipo de obligación incluso se alarga aun cuando el operativo se dé por terminado.

“Este compromiso no solo recae para los funcionarios públicos que tienen conocimiento de la identidad del agente, sino también para todo individuo que sin llegar a ser funcionario público de algún modo llega a saber de esto”.⁴⁹ Esto también opera para las personas que hayan solicitado sus funciones como agente encubiertos. “Cualquier tipo de amenaza en la reserva de identidad por parte de una persona, implicará por tanto sanciones penales, civiles y administrativas”.⁵⁰

Sin embargo, surgen varias preguntas importantes, “¿qué pasa con los agentes encubiertos durante la etapa de juicio?, ¿deben revelar su identidad?, ¿la identidad supuesta se mantiene?”⁵¹

Como una forma de defender los derechos fundamentales de los ciudadanos incluidos aquellos que son objeto de persecución e investigación criminal, “en varias legislaciones se ha estimado pertinente que los agente encubiertos sean parte del proceso”⁵². Con el fin de salvaguardar el respeto a las Garantías y evitar una vulneración posible a la legalidad.

Respecto a la segunda interrogante, debido a que el trabajo desarrollado por estos agentes es un tema que debe ser tratado con delicadeza, por lo que involucra su seguridad y

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ Marcelo Fainberg. *La inseguridad ciudadana. Violencia y Criminalidad*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2003, p. 20.

⁵⁰ *Id.*, p.21.

⁵¹ Felipe Rodríguez. *El Agente Infiltrado... Óp. cit.*, pp. 117-118.

⁵² Carlos Castro. *Actuaciones del Agente Encubierto en la Legislación Chilena*. Santiago de Chile, 2006, p. 47.

la de sus familiares. “El legislador penal ha consentido que estos funcionarios públicos den sus testimonios en los juicios a través de lo que se conoce como prueba anticipada, es decir, ante el Juez de Garantías y no ante un juicio oral”.⁵³

De la misma manera se ordena proteger su identidad e igualmente se dictamina un resguardo para sus familiares más cercanos. Se llega al extremo legal de mantener esta identidad hasta luego de finiquitado el procedimiento en que le tocó ser parte, con el fin de proteger su integridad.

En diversas legislaciones las infracciones a las normas sobre el secreto de identidad han sido tipificadas y concebidas como delitos, con el fin de potenciar la seguridad de los agentes. “En los casos de cambio de identidad se enuncia que la misma no podrá ser usada a futuro y quien haga mal uso de ella, es decir, en relación a situaciones ajenas a la operación, cometerá un delito.”⁵⁴

Por otro lado, se establece que respecto a los ilícitos en que pueda participar un agente y no logre justificarlos, “será punible su forma de actuar, siendo esto del todo nocivo para quien ha llegado a participar en la investigación, en su calidad de funcionario público a favor de una investigación especial”.⁵⁵ Como se deduce de los párrafos anteriores, el Estado sitúa a los policías encubiertos en situaciones límites, en las cuales el peligro de los grupos delictivos los deja expuestos a ser víctimas de ellos. “Con el fin de evitar que estos agentes se transformen en un objetivo de cualquier organización delictiva, el legislador ha autorizado, que se para estos casos se vulneren principios fundamentales de los procedimientos garantistas de persecución penal”⁵⁶.

1.7 Prolongación en el tiempo:

Una investigación bien llevada, que proyecta abatir una organización criminal desde sus cabecillas, necesariamente debe ser duradera y bajo ningún modo ocasional. La operación encubierta necesita de tiempo para que el agente alcance a posicionarse y

⁵³ *Id.*, p. 49.

⁵⁴ *Id.*, p. 50.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Marcelo Fainberg. *La inseguridad ciudadana... Óp. cit.*, p. 22.

adaptarse a la forma de vida del grupo criminal investigado, “ya que deberá constituir relaciones profundas con estos individuos, para así, descubrir un gran monto de información”.⁵⁷

Lo que resulta complejo en este tema, es fijar el tiempo en el que puede actuar un agente como encubierto, ya que su duración obedece a varios factores. “Normalmente se establece un periodo mínimo para la vigencia de la identidad supuesta, con el beneficio de que el ciclo que autoriza la ley podría prorrogarse”⁵⁸. Con lo cual se puede afirmar de manera preliminar, que la norma que opera en este aspecto intenta que el agente encubierto amplíe sus funciones cada vez que lo amerite. “Pero para hacer uso de este aplazamiento, el funcionario autorizado para otorgarla, deberá hacer un análisis examinando cada una de las condiciones presentadas”⁵⁹; en otras palabras, el funcionario público y el fiscal se comprometerán a observar si se ha develado información importante y si la vida del agente encubierto corre riesgo o no, ya que en el caso de que si lo hiciera se corresponderá a dar por descartado el encubrimiento.

Por otro lado, puede existir que la integridad del agente encubierto no estuviera expuesta a ninguna forma de peligro y que las relaciones con los investigados sean muy fructíferas. En este caso se sugeriría ampliar la actividad encubierta por un plazo más de tiempo, tomando en cuenta los grandes gastos que conlleva este tipo de operaciones.

Si la autoridad a cargo de la operación afirma que el resultado para encubrir al agente en una primera fase es beneficioso, “se podrá encomendar una prórroga de dicha operación, que a diferencia de la autorización inicial podrá consentirse por el tiempo que se estime oportuno”⁶⁰. “Además, al no constituirse en la legislación procesal ningún límite, no hay un número máximo para el otorgamiento de prórrogas”.⁶¹

“Esto significa que la medida podrá prolongarse el tiempo necesario para efectuar los objetivos del encubrimiento, pero necesariamente deberá finiquitar cuando atente contra

⁵⁷ Ricardo Magaz. *Respuestas político-criminales... Óp. cit.*, p. 192.

⁵⁸ *Id.*, p. 193.

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ Rocío Zafra. *El policía infiltrado: Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 358- 359.

⁶¹ *Id.*, pp. 359-360.

el principio de proporcionalidad”.⁶² “En este contexto, bajo este principio se exigiría al órgano judicial una resolución fundamentada sobre la necesidad de ampliar el plazo de duración de esta medida”.⁶³

1.8 El engaño cómo medio para obtener confianza y tener una infiltración más convincente:

La técnica de encubrimiento más importante usado por esta figura es el engaño. Tema que abre un gran debate, ya que el agente procede a engañar al grupo criminal, mediante el mismo uso del poder público, el cual le surte de una identidad falsa y apoya el abuso de confianza por parte del agente.

El engaño se manifiesta a lo largo del encubrimiento, y desde un inicio se “oculta a los integrantes del grupo delictivo, el estado que tienen como miembros de la fuerza pública que buscan resguardar el orden y hacer frente hacia esta misma organización”.⁶⁴ Al recurrir al engaño, se está actuando bajo una conducta punible que sanciona el mismo Estado. No obstante, este estaría abasteciendo todos los recursos para que el engaño resulte efectivo. En otras palabras, el propio Estado es quien se nutre del delito, lo apoya y lo inculpa.

Por otro lado, durante el proceso de la operación encubierta el engaño debe perdurar e incluso por las mismas exigencias de la investigación puede agrandarse. “Este a su vez resulta obligatorio en el supuesto caso en el que se necesite desarrollar detalles sobre la vida del infiltrado o que el grupo requiera que inexcusablemente conteste a sus interrogantes”.⁶⁵ El desarrollado del engaño está orientado para constituir una relación de confianza entre el agente encubierto y los miembros de la organización, formando una convivencia agradable, a la par que se estaría garantizando el éxito de la operación. Esta confianza será forzosamente traicionada cuando el agente lo utilice en un proceso penal con

⁶² Fernando Gascón. *Infiltración policial... Óp. cit.*, p. 221.

⁶³ Orlando Muñoz. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá, Editorial Legis, 2006, pp. 97-99.

⁶⁴ Andrés Ramírez. *El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la Intimidad y a la no Autoincriminación*. Antioquia: Universidad de Antioquia, 2010, pp. 80-81.

⁶⁵ Carlos Castro. *Actuaciones del Agente Encubierto... Óp. cit.*, p. 50.

fines de imputar a todos los miembros dentro del grupo delictivo, sin que en ningún momento estas personas lo sepan o sospechen.

Para que no sea punible el engaño deberá ser siempre producido por parte del poder público, pues es el propio Estado quien decreta la intervención del agente encubierto, los cuales están legitimados para producir el engaño para infiltrarse, siempre que los medios cotidianos de investigación resulten inútiles o escasos.

Es obligatoria la autorización judicial, puesto a que solo con la infiltración del agente se transgrede derechos fundamentales de los indagados, especialmente el derecho a la intimidad, “ya que la figura recae en el elemento subjetivo del engaño proveniente del Estado, que faculta el consentimiento para penetrar en la esfera privada de los individuos investigadas”.⁶⁶

De nuevo nacen algunas interrogantes, “¿es legítimo que en Democracia, el Estado de Derecho apele a una artimaña para la investigación de una acción delictiva que puede derivar en un juicio oral? y ¿es ético?”⁶⁷

“La respuesta del Estado ante este tipo de conductas resultaría lícita, siempre y cuando esté previsto en el ordenamiento jurídico, con lo cual ningún ciudadano debería presentar dudas sobre su legalidad;”⁶⁸ además esto solo sería usado para la investigación de conductas sustancialmente graves y ofensivas para la sociedad.

El ecuatoriano Felipe Rodríguez argumenta que este modo de actuar es ético. Desde el punto de vista que estamos examinando esta figura, sabemos que se la utiliza como medio secundario de investigación, “y solo se recurre a ella cuando no existe otra vía menos lesiva de ahondar en todo lo relacionado con una red criminal organizada, que daña y pretende conseguir su impunidad a cualquier precio”.⁶⁹

Siguiendo esta línea argumentativa, la ética no se perdería en ninguna circunstancia al usar estas técnicas de indagación, “puesto que existe un control jurisdiccional que prohíbe toda acción que guarde poco respeto con los derechos inalienables del ser

⁶⁶ Javier Gómez. Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación, Colex, Madrid, 2004, pp. 181-182.

⁶⁷ Felipe Rodríguez. *El Agente Infiltrado... Óp. cit.*, pp. 120-122.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.*

humano”.⁷⁰ Cualquier actuación que infrinja las garantías constitucionales, no podrá ser recurrida en un proceso penal, pudiendo incluso forjar responsabilidades disciplinarias o penales para el agente a cargo. En nuestro sistema normativo los medios no son suficientes para justificar el fin.

El engaño y el abuso de confianza no puede expandirse más allá de lo que se ha indicado previamente, ya que nunca se pretenden motivar a que el funcionario realice acciones sin previa notificación, como la elaboración de informes sin un auto judicial o la colocación de micrófonos sin aviso al órgano jurisdiccional. “Un infiltrado no dispone de una patente de corso, por lo que su actuación está sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”⁷¹. Quienes siguen esta línea de pensamiento, mencionan que esto evidencia que la utilización de esta técnica de investigación es, al menos, lícita, legal y ética.

1.9 Extinción de la Operación Encubierta

La operación encubierta puede llegar a finalizar por varias causales. Entre ellas primariamente está que el plazo establecido para dicho operativo haya finalizado alcanzando el objetivo deseado. “Por otro lado, entre los motivos para dar por finiquitado este proceso es que la operación no esté dando los resultados esperados y el juez mismo decreta que no es necesario seguir con el plazo estimado para el encubrimiento”.⁷²

En todo caso, Zafra Espinosa de los Monteros declara que cuando el Juez de instrucción decide cancelar el proceso de infiltración “sin haber obtenido elementos probatorios suficientes para generar un acceso que condene a los miembros de la organización criminal, se debe acarrear con el sobreseimiento de la causa”.⁷³

“La operación encubierta se entenderá por terminada si la investigación no genera, ni puede llegar a generar frutos significativos”.⁷⁴ Otro caso para darlo por finalizado sería en el supuesto de que desaparezcan los indicios delictivos por los que se recurrió a esta

⁷⁰ Javier García. *Los límites entre el agente encubierto y el agente provocador en la persecución de los delitos del tráfico ilícito de drogas*. Agenda Jurídica la Ley, 2014, p. 126.

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² Marta Del Pozo. *El Agente Encubierto como medio* *Óp. cit.*, p.285.

⁷³ Rocío Zafra. *El policía infiltrado...* *Óp. cit.*, p. 364.

⁷⁴ Fernando Gascón. *Infiltración policial...* *Óp. cit.*, pp. 271 y 272.

figura. Por último, necesariamente y de forma inmediata se deberá extinguir la labor del agente si este no llega a desenvolverse dentro de los límites legales establecidos, como el estar autorizado por el fiscal.

1.10 El Agente Encubierto y la responsabilidad penal:

Dentro de este análisis hemos evidenciado que la operación encubierta presenta algunas restricciones a los derechos fundamentales para los individuos investigados. Por otro lado, “desde cierta perspectiva puede restringir el principio de legalidad, ya que a través de ella se legaliza al agente encubierto para poder ser participe en actos delictivos sin que estos tengan alguna consecuencia jurídica”.⁷⁵ Sin embargo, se menciona que “un agente solo podrá delinquir si es necesario para el éxito de la operación y cuando no exceda los límites de esta, es decir, no podrá cometer infracciones por voluntad propia”.⁷⁶

“Para poder comprender la responsabilidad penal del agente encubierto, es necesario mencionar que esta figura no pretende otorgar un pase libre para cometer delitos”⁷⁷, sino que más bien pretende simular actividades delictivas de cooperación, ya que sin ellas no podría engañar a los miembros de un grupo delictivo y conseguir las pruebas necesarias para un proceso posterior.

“Lo que el Estado busca a través de este agente, es consumir ciertas acciones de inteligencia policial, como la utilización del engaño y la ocultación a través de su otra identidad”;⁷⁸ el hecho de perpetrar estas acciones, en muchos casos, de forma casi obligatoria conlleva a cometer delitos.

“Por otro lado, cierto sector de la doctrina expone que para que los actos delictivos de un agente encubierto estén exentos de responsabilidad penal y civil, deben incurrir a la par con las exigencias expuestas por la norma”.⁷⁹ La libertad para proceder con un agente encubierto está penalmente resguardada, “siempre que no transgredan opresivamente con

⁷⁵ *Id.*, pp. 273-274.

⁷⁶ Marta Del Pozo. *El Agente Encubierto como...* *Óp. cit.*, pp. 27-30.

⁷⁷ Álvaro Redondo. *El agente encubierto en la jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario, núm. 45, 2008, pp. 100-102.

⁷⁸ Rocío Zafra. *El policía infiltrado*. ... *Óp. cit.*, pp. 194-195.

⁷⁹ Marta Gómez. *Límites y Garantías procesales...* *Óp. cit.*, p. 258.

los derechos fundamentales y se opere dentro de los términos de la autorización y en la medida que resulte totalmente necesaria para obtener información”.⁸⁰

1.11. El agente encubierto como medio de prueba y prohibiciones de la prueba

“La actividad del agente encubierto entra en juego cuando se transforma en un medio de prueba”.⁸¹ Tal figura es un medio extraordinario de investigación. A través de un agente se pretende obtener una visión más clara de los actos delictivos que se derivan del crimen organizado. “Mediante su labor se buscan pruebas suficientes para acreditar en un proceso penal que tales actuaciones se están promoviendo, con el fin de que los responsables sean juzgados y condenados”.⁸²

Pues bien, el agente infiltrado en el juicio presentará múltiples pruebas. “Entre ellas está la prueba testifical, cuya finalidad es proporcionar datos que permitan avanzar en la investigación y generar otros elementos de acreditación de las circunstancias de los delitos”.⁸³

La prueba testifical presenta características especiales: “La declaración del agente encubierto durante la fase de investigación no es necesaria, debido a que el método con el que se accedió a todas las pruebas significativas se realizó a través del conocimiento del Juez”.⁸⁴ De igual forma, en la fase de juicio oral no resulta indispensable su testimonio como testigo, a no ser que sea propuesto por alguna de las partes, y que esa prueba sea permitida por el Juez. “Pues bien, una vez que el agente encubierto es presentado como prueba testifical, el agente podrá testificar de un modo personal y particular, es decir, no puede ser sustituido por la declaración de otros agentes policiales”.⁸⁵ “Solamente sería

⁸⁰ Alberto Montón. *Derecho Jurisdiccional III*. Proceso Penal, 9.ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p.101.

⁸¹ Andrés Ramírez. *El Agente Encubierto Frente...* *Óp. cit.*, 2010, p. 10.

⁸² Marta Gómez. *Límites y Garantías procesales...* *Óp. cit.*, p. 260.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ Reg Whitaker. *El fin de la privacidad: como la vigilancia total se está convirtiendo en realidad*. Barcelona: Paidós, 1999, pp. 7-8.

⁸⁵ Flavio Cardoso. *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. 2ª ed. Lisboa: Jurúa, p. 416.

posible admitiendo por extensión la imposibilidad de oír al testigo directamente por motivos de especial consistencia”.⁸⁶

Además, debemos tener presente que una de las características propias de esta figura es actuar bajo otra identidad., la cual se podrá mantener al momento de testificar en el proceso que deriva de los hechos en los que este intervino. Esto se deberá acordar mediante resolución motivada. “Las medidas de protección de testigos, previstas en la ley de cada país, son aplicables cuando un agente encubierto exponga su declaración como testigo en el procedimiento judicial”.⁸⁷

El agente encubierto mantiene el anonimato, ya que no consta su identidad real en su declaración en el juicio oral, pudiendo utilizar medios que eviten su contacto físico con los procesados. En pocas palabras puede entonces declarar desde el ocultamiento. En este sentido podemos hacer referencia a la jurisprudencia en el caso *Visser vs Países Bajos* (Sentencia de 14/4/2002). “En esta resolución se alega que ningún testigo puede mantenerse secreto. Es de caso excepcional admitir el anonimato de su testimonio, siempre que este privilegio haya sido establecido judicialmente y con razones fundamentadas”.⁸⁸

La valoración de la prueba testifical por parte del agente encubierto tiene el mismo valor que los demás medios probatorios, es decir que esta prueba no es concluyente. “Será evaluada por el órgano delegado para el enjuiciamiento, teniendo en estricta consideración que al acudir el agente al juicio oral podrá aplicarse la ley de protección de testigos y peritos”.⁸⁹

“Analistas en este tema como Eduardo Riquelme, consideran que se debería tomar a esta figura como prueba pericial e introducirlo a juicio oral como un “informe de inteligencia”.⁹⁰ El agente puede ejercer como un especialista conocedor de una determinada actuación propia de una conducta delictiva.. “Esto es un individuo que al haber visto u oído algo, tiene plena capacidad profesional para explicar un acontecimiento. Sería una figura

⁸⁶ Reg Whitaker. *El fin de la privacidad: como la vigilancia total se está convirtiendo en realidad*. Barcelona: Paidós, 1999, pp. 10.

⁸⁷ Álvaro Redondo. *El agente encubierto en la Jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, 2014, pp. 17.

⁸⁸ Eduardo Riquelme. *El agente encubierto en la ley... Óp. cit.*, pp. 1-3.

⁸⁹ *Id.*, p. 4.

⁹⁰ *Ibíd.*

muy similar al perito, pero con la distintiva de que se hallaría presente al momento de la ejecución del delito”.⁹¹

Por otro lado, el agente encubierto también está facultado para suministrar pruebas documentales, tales como facturas, cartas, mensajes, etc. En este sentido es importante mencionar el tema de las grabaciones. La doctrina ha llegado a afirmar que no se requiere de una autorización judicial si el policía encubierto graba sus propias actuaciones. “Sin embargo, Tribunales Europeo afirman que la autorización judicial será necesaria cuando la grabación no haga referencia a un diálogo privado, ya que esta grabación constituye una irrupción a la esfera privada del investigado”.⁹²

⁹¹ *Id.*, p.5.

⁹² Fernando Gascón. *Infiltración policial... Óp. cit.*, p. 255.

CAPÍTULO 2.- El Agente Encubierto en Ecuador y otras legislaciones

2.1 El Agente Encubierto en Ecuador:

El tema del agente encubierto en Ecuador es relativamente nuevo para su legislación. Mientras que en el siglo pasado muchos países ya la instauraron dentro de su marco normativo y la han ido desarrollando con el tiempo, en el país a partir de la década anterior se empezó a discutir si esta figura era necesaria o no implementarla en nuestra normativa. Sin embargo, es importante aclarar que las operaciones encubiertas por parte de la policía se han ejecutado desde hace muchos años en nuestro país, pero estas se han realizado sin ninguna regulación adecuada y han operado básicamente bajo las sombras.

Ecuador es un país que ha llegado a sufrir casos de delincuencia organizada como en la época del grupo terrorista Alfaro Vive Carajo (AVC) o recientemente, al ser un país dolarizado, ha sido el refugio de grupos delictivos como narcotraficantes. Si bien el crimen organizado aún no representa un problema de Estado en donde nos veamos amenazados todos los días por sociedades delictivas como en México, esta figura se ha concebido como la clave para evitar que los grupos delictivos actuales crezcan y constituyan una amenaza muy fuerte, capaz de desestabilizar a nuestro país.

2.1.1 Operaciones Encubiertas en el Código Integral Penal (COIP):

Desde el 10 de Agosto del año 2014, la discusión sobre el agente encubierto en nuestro país quedó concluida cuando finalmente se instauró en el Código Orgánico Integral Penal, generando como consecuencia que de una forma legal se acceda a las operaciones encubiertas como una técnica especial de investigación.

A partir de su implementación se ha generado distintas posiciones en la ciudadanía frente a esta figura. Por una parte, tenemos a quienes creen que esta figura controvertida del Derecho Procesal Penal apenas necesita una justificación porque se presenta como una herramienta imprescindible, hoy en día, para combatir la delincuencia organizada. “Se

señala por algunos como una muestra de la necesaria modernización del Derecho Procesal Penal y no se cuestiona, porque su supuesta eficacia lo hará indiscutible”.⁹³

Siguiendo esta línea de pensamiento, el agente encubierto es la solución más viable a los problemas de la delincuencia; “se cree que esta figura responde a procedimientos especiales establecidos en instrumentos internacionales”⁹⁴, y que ahora al incorporarlo en el Código Orgánico Integral Penal, se dará una especie de acusación efectiva y los informantes darán luminiscencia en un asunto para perseguir y sancionar al crimen organizado.

Muchos defienden que esto no implicaría que dicho agente posea un pase libre para infringir la ley, “ya que no se trata de que el Estado sea “cómplice” de delitos, sino que simplemente se estaría estableciendo un mecanismo más efectivo para luchar contra el crimen organizado”.⁹⁵

Por estas razones muchos han visto a la figura del agente encubierto como la clave sustancial para evitar que Ecuador se vuelva una sede criminal y un refugio para los delincuentes.

Por otro lado, encontramos una postura que habla que el agente encubierto es un verdadero atentado contra los derechos fundamentales protegidos en nuestra propia Constitución, ya que según el COIP aquel agente de policía que cometiere infracciones obligado por las circunstancias del cumplimiento de su función, quedaría libre de toda responsabilidad penal y civil. Aunque esta figura se puede justificar bajo la perspectiva de la necesidad de llegar hasta los cabecillas de los grupos delictivos, bien podría constituir una licencia para matar y delinquir, lo que generaría una espiral de violencia de imprevisibles consecuencias.

Como argumento en contra del establecimiento del agente encubierto, encontramos en que si bien esta figura que puede parecer una medida lícita para una sociedad como la ecuatoriana, que vive cotidianamente atemorizada por las acciones delictivas, si se analiza el problema más a fondo, puede no resultar un mecanismo tan eficiente para combatir la

⁹³ Omar Palermo. *La Legítima defensa: Reacción contra un enemigo o Protección frente al ciudadano*. Montevideo: Discurso Penal de la Exclusión, 2006, p. 430.

⁹⁴ Ulfried Neumann. *Derecho Penal del Enemigo*. Montevideo: Discurso Penal de la Exclusión, 2006, p. 400.

⁹⁵ *Íbid.*

delincuencia, sino más bien en un peligro para la propia sociedad por cuanto el “aparato político estatal bien podría utilizar la norma con fines no necesariamente vinculados al combate a la delincuencia ni a la garantía de los derechos de las personas, sino para perseguir sus propios fines y librarse de sus enemigos”⁹⁶. Examinando meticulosamente la situación en el Ecuador, dicho agente podría constituir un arma de doble filo, sobre todo para la realidad actual del país.

“Incurriendo a las operaciones encubiertas, “el Estado puede acceder lícitamente a todo lo que implica una organización criminal, como sus integrantes, sus métodos utilizados para delinquir, su forma de evadir la justicia, su cultura, su pensamiento e incluso sus valores”⁹⁷.

“Si se analiza el artículo 483 que regula la figura del agente encubierto, podemos notar que esta norma acepta la operación encubierta siempre y cuando sea de carácter excepcional”,⁹⁸ es decir que no podrá ser usada para cualquier tipo de investigación ni se podrá incurrir libremente a esta figura, ya que son solo para aquellas investigaciones que guarden una estricta relación con organizaciones delictivas. Fundamentalmente, se pretende llegar a quebrantar a una organización delictiva desde sus adentros, a través de la recaudación de información necesaria y relevante sobre sus miembros y su forma de operar.

Esta figura jamás podrá ser utilizada de forma discrecional por los miembros de la policía, sino que debe proyectarse con anterioridad y ser ejecutada por los integrantes del sistema de los que está a cargo la Fiscalía. Debido a que el agente maniobraría siempre desde del interior de la organización delictiva, “en ningún caso podrá excederse de las garantías que establece nuestra Constitución, porque se convertiría en un agente provocador, lo cual no es lícito en nuestro sistema legal”⁹⁹.

En el mismo artículo se menciona que “el agente encubierto estará exento de responsabilidad penal”¹⁰⁰. Este precepto no delimita claramente los términos de realización y hasta que ámbito deben extenderse para su exoneración; El artículo hace parecer que el

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ Felipe Rodríguez. *El Agente Infiltrado... Óp. cit.*, pp. 140-142.

⁹⁸ Código Orgánico Integral Penal, Artículo 484. Registro Oficial Suplemento N° 180 del 10 de febrero de 2014.

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ *Ibíd.*

agente encubierto que se encuentre dentro del tiempo establecido para su labor y tenga la debida autorización fiscal, podría delinquir sin ningún tipo de sanciones.

En este sentido, el mismo COIP parece que consiente y protege que se ejecuten actos ilícitos por parte del agente encubierto, siempre que cumplan con los dos supuestos de estar dentro de los límites de tiempo y autorización. Sin embargo, lo que la norma si pretende impedir que el agente despliegue un papel principal en la organización delictiva, transformándose en un autor intelectual de estas actividades.

La legislación ecuatoriana al igual que en muchas otras, “considera que es necesario eximir de este tipo de responsabilidad para que el agente pueda desarrollar correctamente su labor, sin embargo, existiría una limitación, la cual es que son solo para los actos vinculados a la operación y su correcto desarrollo”.¹⁰¹

2.1.2 Pautas para recurrir a las operaciones encubiertas Código Integral Penal (COIP):

“Precisamente en el artículo 484 del COIP, se establecen las pautas para recurrir a una operación encubierta. En su primer numeral menciona por quien será dirigida esta operación”.¹⁰² “Con lo que establecemos que el primer requisito es que esta operación sea dirigida por la Unidad Especializada de la Fiscalía, a petición de la Policía Judicial a quienes están incorporados dentro de nuestro sistema de investigación”¹⁰³, notificando de manera constante al Fiscal, para que este a su vez constituya el acceso a un agente encubierto, preexistiendo una investigación anterior y trabajos previos de inteligencia, cuyos informes reconozcan el posible desenvolvimiento de una actividad delictiva o de quienes sean partícipes de ella.

¹⁰¹ Jorge Blum. *El Agente Encubierto*. Derecho Ecuador. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2014/12/08/el-agente-encubierto> (acceso: 24/09/2016).

¹⁰² Código Orgánico Integral Penal. Artículo 484. Registro Oficial Suplemento N° 180 del 10 de febrero de 2014.

¹⁰³ Jorge Blum. *El Agente Encubierto... Óp. cit.*

“En el numeral segundo de la norma antes mencionada, apreciamos que se señala la autorización con la que el agente y la operación encubierta deberán contar”.¹⁰⁴ Observamos presente el principio de necesidad y el principio de pertinencia, los cuales son fundamentales ya que conceden la potestad de hacer uso de cualquier medio probatorio a fin de amparar y resguardar sus enfoques. La prueba siempre debe ser pertinente, lo que significa que debe estar obligatoriamente relacionada con lo que el objeto del proceso penal, “refiriéndose de forma directa o indirecta a los acciones o escenarios referentes a la perpetración del delito y sus consecuencias, como a la posible responsabilidad penal del indiciado o de la persona procesada”.¹⁰⁵

La información que vaya adquiriendo el agente encubierto deberá ser otorgada y puesta en conocimiento a mayor brevedad posible de quien autorizó la investigación; “y de igual manera dicha información deberá agregársela al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente”.¹⁰⁶

Por otro lado, en el mismo artículo, en su tercer numeral evaluamos que se menciona a que bajo ningún acontecimiento será legítimo que el agente encubierto suscite delitos que no sean de decisión propia de los investigados.

“Este numeral es de transcendental importancia para la operación y si se quiere eximir al agente de responsabilidad penal”;¹⁰⁷ ya que lo importante es que no podrá incitar delitos, porque lo transformaría rápidamente en autor intelectual o cómplice de estos; esto turbaría esta institución procedimental investigativa, resguardando al agente de no obstaculizar o entorpecer comunicaciones sin inicialmente contar con la autorización forzosa al juez competente. Su actuación no debe constituir una violación a los derechos garantizados por la Constitución de la República, “como el derecho a la intimidad, a la no autoincriminación, la privacidad o la propiedad privada, ni se derive en una prueba ilícita, quitándole toda eficacia jurídica al indicio que luego debe transformarse en prueba”.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 484. Registro Oficial Suplemento N° 180 del 10 de febrero de 2014.

¹⁰⁵ Jorge Blum. *El Agente Encubierto... Óp. cit.*

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ *Ibíd.*

“El cuarto numeral toma en cuenta la otra identidad conferida al agente encubierto, la cual será ocultará durante la versión que se presente en el proceso”.¹⁰⁹ La autorización para utilizar la identidad supuesta, tiene un plazo mayor que otras legislaciones que suelen ser de seis meses, otorgándole al agente un período de dos años, pudiendo prorrogarse por dos años más mediante una justificación fundamentada.

“La reserva de la identidad del agente encubierto es de vital valor para mantener su seguridad e imposibilitar que los sujetos investigados averigüen que están siendo patrullados por el propio aparato estatal y puedan obtener datos del operativo que se genera contra ellos”.¹¹⁰

Examinamos que la nueva identidad otorgada al agente es falsa, ya que esta debe adquirirse a través del Registro Civil; el documento proporcionado otorga otra identidad, que difiere de la verdadera. “Sin embargo, es forzoso implementar un reglamento que permita al agente encubierto la obtención de este nuevo documento, que lo redima de una potencial utilización dolosa de uso de documento falso”.¹¹¹

“Al encontrarnos con el quinto numeral evaluamos que de ser necesario, el agente encubierto gozará de los mismos resguardos que se dan con la protección a testigos”;¹¹² la Ley de Protección a Víctimas y Testigos opera para partícipes del proceso penal, que se halla a cargo de la Fiscalía General del Estado. “Será necesario rellenar el registro respectivo que obligatoriamente permanecerá oculto y solo podrá tener uso ante el Juzgador competente, con el cual se acreditará su labor y precautelaré su vida”.¹¹³

Esta protección brindada por el Estado al agente encubierto, será tanto para su seguridad personal como para los miembros de su familia. Sin embargo, dentro de su labor no es suficiente que estén amparados en un programa de protección a testigos, sino que también cuenten con los documentos y objetos necesarios que hagan creíble su otra identidad como transformaciones físicas, profesión, facilidad de contar con dinero,

¹⁰⁹ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 484. Registro Oficial Suplemento N° 180 del 10 de febrero de 2014.

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ Jorge Blum. *El Agente Encubierto... Óp. cit.*

indumentaria y otros instrumentos que lo acomoden como a un igual ante los sospechosos que vigila.

“El sexto numeral habla de las versiones del agente encubierto, las cuales servirán como elementos de convicción dentro de la investigación”¹¹⁴. Destacamos que la información adquirida por el agente encubierto forzosamente es parte de la investigación, la cual debe ser suministrada en forma constante y rápida, “con el fin de controlar la operación y observar si esta está dando frutos, que en la práctica pueden darse a largo plazos, pero no podrá prologarse por más del tiempo que señala la normativa penal”.¹¹⁵

2.1.3 Principios que rigen a la operación encubierta en nuestro país:

En nuestra legislación toda operación encubierta deberá estar regida por el principio de necesidad, “ya que solo son válidos aquellos operativos que estén reservados a desenvolver una investigación profunda ante una amenaza que no puede ser batallada de ningún otro modo”.¹¹⁶

De igual manera, este tipo de operaciones encubiertas están limitadas por el principio de proporcionalidad. Presentes en nuestro Código Orgánico Integral Penal, bajo el nombre de técnicas especiales de investigación, se debe saber que cualquier daño que estas puedan generar siempre deberá ser menor en comparación al beneficio que se procura alcanzar, o a la amenaza del delito que se quiere descifrar es mucho mayor.

Por último, nuestra normativa contempla un principio muy importante, el principio de interdicción de la provocación delictiva, en el cual se sostiene que el agente se encubre para develar todo acerca de una organización criminal existente, “pero jamás, bajo ningún motivo, podrá provocar el delito, ni mucho menos facilitarlos; solo podrá ejecutarlos cuando no exista otra salida y se vea comprometida la operación y o su seguridad”.¹¹⁷

¹¹⁴ Código Orgánico integral Penal Artículo. 484. Registro Oficial Suplemento N° 180 del 10 de febrero de 2014.

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ Jorge Blum. *El Agente Encubierto. ... Óp. cit.*

¹¹⁷ *Ibíd.*

2.2 El Agente Encubierto en diferentes legislaciones:

2.2.1 Francia:

Francia resulta ser un país muy importante en el desarrollo del agente encubierto, ya que este Estado básicamente reguló por primera vez esta figura. Esta legislación tiene un procedimiento de seguridad pública y técnica de investigación encubierta muy desarrolladas que se han ido puliendo con el paso del tiempo. “Es por eso que en este sistema dicho agente resulta ser ventajoso en la práctica actualmente”.¹¹⁸ La concepción que tiene Francia sobre el Agente Encubierto es muy concreta y la ley determina de forma muy clara su uso y el proceso necesario para acudir a este tipo de métodos especiales de investigación. “Dentro de su legislación lo referente al agente encubierto podemos encontrarlo en su Ley No. 91 -1284 expedida el 19 de diciembre del año 1991”.¹¹⁹

En el artículo 1 de la ley previamente indicada, vemos que se instituye todo lo que comprende y podría vislumbrar el Crimen Organizado, “con el fin de revelar a todo autor o cómplice implicado y efectuar las respectivas aprehensiones que dispone el Código Procesal Penal francés”.¹²⁰ La policía que cuente con la autorización respectiva por la autoridad, “tendrá que proceder con un informe oportuno al Fiscal a cargo de los procesos de vigilancia de aquellas sustancias consideradas como estupefacientes o psicotrópicas”.¹²¹ Debemos enfatizar en que este país ha reforzado su lucha contra el narcotráfico a través de esta ley, además de otorgar un tipo de motivación sobre la exoneración de la responsabilidad penal de aquel policía que ejecute actos destinados al narcotráfico, pero con que tengan como fin investigar y estén autorizados anticipadamente.

“Lo curioso de esta ley, es que al igual que el agente encubierto, se otorga atribuciones muy similares a los agentes aduaneros en su segundo artículo”.¹²²

¹¹⁸ Felipe Rodríguez. *El Agente Infiltrado... Óp. cit.*, pp. 199-200.

¹¹⁹ Claudia Moscato. *El Agente Encubierto En El Estado... Óp. cit.*, pp. 15- 16.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Felipe Rodríguez. *El Agente Infiltrado... Óp. cit.*, pp. 202-203.

¹²² *Id.*, pp. 204-205.

En el Código de Procedimiento Penal Francés exactamente en su artículo 706 – 32, segundo párrafo, se fundamenta esta figura. El legislador se ha visto obligado a crear una causal de justificación absoluta para este tipo de situaciones, debido a que es a través de la norma que se exime y genera el indulto para los delitos que guarden relación con el narcotráfico por parte del agente encubierto, siempre y cuando el fin sea la investigación.

Esta normativa es clara cuando mencionan que “los operativos encubiertos solo podrán ser ejecutados bajo la cautela del Procurador General del Estado o por el respectivo Juez de Instrucción Fiscal, quien necesariamente debe comunicar del caso a la fiscalía”.¹²³ Por otro lado, la norma se enfoca en regular las actuaciones encubiertas, ya que solo se lograrán apelar a ellas para estos fines: “1) Dejar en evidencia la presencia de un delito; 2) Descubrir a los autores intelectuales como materiales y sus cómplices; y 3) Efectuar las detenciones necesarias”.¹²⁴

Mario Daniel Montoya en base a la normativa francesa establece lo siguiente:

La infiltración prevé la inserción del funcionario público en el grupo criminal con el rol del traficante. Para realizar tal papel y que este resulte creíble, está claro que el agente infiltrado no solo debe detentar, adquirir, transportar la mercadería lícita, sino asimismo, está obligado a asumir la iniciativa de la coordinación o de incentivación de la actividad criminosa, sin caer en la provocación que se encuentra prohibida.¹²⁵

2.2.1.1 Casos Kruslin y Huvig:

En el caso referenciado no se hizo mención del agente encubierto, sino que más bien el argumento principal se basó en las intromisiones telefónicas y en la privacidad. Estos dos casos de Kruslin vs Francia y de Huvig vs Francia fueron llevados ante Corte Europea de Justicia, “en donde esta se declaró de una forma atípica, mencionando que es esencial que exista una norma en donde sea permitido la penetración en la privacidad de las personas”.¹²⁶ “La misma Real Academia española precisa que la privacidad es el ámbito de

¹²³ *Id.*, p. 205.

¹²⁴ Claudia Moscato. *El Agente Encubierto En El Estado... Óp. cit.*, pp. 19-20.

¹²⁵ Mario Montoya. *Informantes y técnicas... Óp. cit.*, pp. 188-189.

¹²⁶ Felipe Rodríguez. *El Agente Infiltrado... Óp. cit.*, pp. 204-205.

la vida privada que se tiene derecho a resguardar de cualquier intrusión”¹²⁷, “por ello la corte declaró que sin ningún tipo de procedimiento previo establecido por la ley, la esfera privada jamás podría ser quebrantada ya que carecería de motivación suficiente”.¹²⁸

En el caso *Kruslin*, en el que el Estado Francés fue condenado, se llegó a la conclusión que “las intrusiones telefónicas constituyen un atentado muy grave contra la privacidad y estas no podrán realizarse sin una ley que la respalde de forma específica y motivada”.¹²⁹

Este caso sirvió como precedente suficiente para que en la legislación francesa decida crear la ley 91 – 646, que acabó con un vacío normativo bastante grande en donde se dispuso que es un deber del Estado proteger el secreto en las comunicaciones y que éstas serán resguardadas por la misma ley. “Sin embargo, también se dispuso que la autoridad en circunstancias relacionadas con el interés público y en los límites fijados por ésta, puede transgredir contra con la privacidad”.¹³⁰

Mientras que en la década pasada Francia ya cubría sus vacíos normativos de una forma precisa y clara diciendo que la autoridad es quien está facultada a tener una disposición legal sobre las intromisiones telefónicas, en nuestro país con el anterior Código de Procedimiento Penal (derogado) llegó a establecerse algo similar, con el fin de transgredir la esfera de privacidad de los ciudadanos de una forma motivada, ya que en su artículo 150 “establece que el juez es el único autorizado para poner una disposición a cualquier tipo de autorización para poder intervenir en tanto en las llamadas de teléfono como en la correspondencia”.¹³¹

Por otro lado, con el antiguo Código Penal ecuatoriano el hecho de que una persona haya intercedido en un diálogo privado, violando la privacidad de una persona, era sancionado bajo lo establecido en el artículo 197 donde sanción era desde dos meses a un año.¹³² En otras palabras, el Código Penal fue pensado con el fin de salvaguardar el

¹²⁷ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Edición Tricentenario.

¹²⁸ Felipe Rodríguez. *El Agente Infiltrado...* *Óp. cit.*, p. 205.

¹²⁹ Mario Montoya. *Informantes y técnicas...* *Óp. cit.*, 1998, pp. 390-391.

¹³⁰ *Id.*, 392.

¹³¹ Código de Procedimiento Penal Ecuador (Derogado) Artículo. 150.- Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009.

¹³² Código Penal. Artículo 197. Decreto supremo No. 55, de 8 de julio de 1970.

derecho a la intimidad. Actualmente con nuestro Código Orgánico Integral Penal, “en el artículo 230 inciso primero, las penas han aumentado si una persona llegase a una intromisión ilegal por cualquier motivo con pena privativa de la libertad de tres años a cinco años”.¹³³

2.2.2 Precedentes de Actividad Encubierta en Colombia:

Dentro de la legislación colombiana, el primer acontecimiento sobre este tema tuvo su origen en la resolución 086 del 16 de junio del año 1992 por parte del Fiscal General de la Nación, “donde se implantó dentro de las unidades de la Policía Judicial el poder emplear y desarrollar labores de inteligencia, rastreo, y operaciones especiales encubiertas, acorde a la ley”.¹³⁴ El principal requisito es que desenvuelva en territorio colombiano.

Desde aquel instante se introdujo esa idea de inteligencia correspondida también con la investigación delictiva, la cual está pertinentemente autorizada en la misma Corte Constitucional en sus sentencias T-444 y T-25 de 1992, disponiéndose en la primera:

[...] siendo la reserva el aspecto más importante sobre el cual se edifica la investigación y acusación (competencia del fiscal) y el juzgamiento (competencia del juez), es necesario distinguir entre las etapas de la recopilación y evaluación de la información, la investigación previa, la actuación de la Fiscalía General de la Nación y la etapa final de juzgamiento [...].¹³⁵

“Los trabajos de inteligencia en Colombia tienen dos metas, el primero buscar y ejecutar las conductas determinadas en su normativa como sancionables y el segundo abastecer con apoyo en el compromiso de indagación a la rama judicial del poder público”.¹³⁶ Este cargo ordena de un gran cuidado ya que partir de aquí es donde está implicado el triunfo de la operación que imputará una posterior sanción penal, pues es del todo evidente que el desvanecimiento de pruebas o su deterioro por el lapso del tiempo afectan negativamente en un juicio.

¹³³ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 230. Registro Oficial Suplemento N° 180 del 10 de febrero de 2014.

¹³⁴ Pablo González. *La Policía Nacional en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA., 2007, p. 9.

¹³⁵ *Id.*, p.10.

¹³⁶ *Ibíd.*

“Razones suficientes colaboran al Estado para conservar la reserva en tal delicado deber y ostentar no solo a nivel nacional sino internacional la información que le permita proceder rápidamente frente a las conductas delictivas”.¹³⁷

A pesar de ello, el sujeto investigado no está desprotegido en este aspecto, la Constitución Colombiana le garantiza que en “el rastreo, recopilación y evaluación de información se respetará el derecho a la vida, no acontecerán muertes ni desapariciones, intimidaciones o penas crueles, inhumanas o degradantes, se venerará el principio a la igualdad”¹³⁸; en la recolección, procedimiento y movimiento se valorará el respeto a la libertad y demás garantías, como el debido proceso, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. “Pero en caso de desproporciones o extralimitación de las funciones, la Constitución establece controles y sanciones en la responsabilidad de las autoridades e inspecciona las omisiones que se proporcionaran a los particulares”.¹³⁹

Uno de los más grandiosos desafíos que se adjudica el Estado colombiano con el nuevo sistema acusatorio, sin duda, es la investigación de las grandes estructuras criminales. El autor Augusto Arciniegas, razona que es muy difícil, conseguir por medio de citas y declaraciones juradas a potenciales “testigos para que éstos se presenten en el juicio oral y declaren contra los miembros de esas organizaciones; ya que la amenaza, la intimidación, el soborno, el temor, representa serias dificultades para esos propósitos”.¹⁴⁰

2.2.2.2 Objeto y Método del Agente Encubierto:

El agente encubierto en el sistema acusatorio colombiano es visto como una “técnica que accede de afuera hacia adentro la organización criminal y que permite asegurar elementos materiales de la prueba”¹⁴¹, así como el descubrir información relevante para poder inspeccionar sus trámites criminales al conocer a sus miembros, su,

¹³⁷ *Id.*, p. 12.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Augusto Arciniegas. *Investigación y Juzgamiento en el Sistema Acusatorio*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2006, p. 190.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*

financiamiento y actividades. El tema que se ha tratado, ha generado varios cuestionamientos en esta legislación, indicando que el Estado al inmiscuirse en el grupo delictivo, se hinca en caudales inmorales, como la mentira y traición para hacer frente a este tipo de delitos. “Además el agente puede llegar a cometer delitos en el desempeño de su función, como consecuencia de las actividades delictivas de la organización o inclusive, para ganar confianza de los integrantes de ésta”.¹⁴²

Sin embargo, surgen dos preguntas muy importantes “¿El Estado, por intermedio del agente encubierto, estaría delinquiendo?, ¿Se batallaría así el delito con otro delito, poniéndose al mismo nivel que los delincuentes?”¹⁴³

Al contestar a dichas interrogantes, se debe tomar en cuenta el valor eficacia si se quiere luchar contra el crimen organizado que día a día amenaza a la población, especialmente a la colombiana. Por ello debe contarse con medio idóneos, para penetrar y conocer los adentros de una delincuencia tan oscura, estructurada y jerarquizada.

“Parece que la posición dominante en el campo internacional y en Colombia es la prevalencia de la seguridad ante el crimen organizado, lo que tampoco puede significar que esas técnicas en principio resulten contrarias a las garantías constitucionales”.¹⁴⁴

Tratadistas colombianos, sostienen que habiéndose incluido la participación del agente encubierto, como parte de la investigación que está a cargo de la Fiscalía General, es legal su intervención, siempre que exista la pertinencia, así como los motivos debidamente fundamentados y que en el desarrollo de su actividad se respeten los derechos consagrados en la Constitución de la República y las normas del debido proceso, para la obtención del elemento de convicción que se requiere para la investigación y que el juez competente controle la aplicación de dichas garantías constitucionales, ya que inclusive el agente encubierto estará facultado, previo control constante de la Fiscalía con el personal del Sistema especializado, para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o procesado y si fuere necesario hasta adelantar transacciones con él; pero para ello, el agente cuando encuentre información útil para los fines de la investigación, deberá hacerlo conocer al fiscal, para que éste disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos o evidencias hallados; pero para el cumplimiento de ello, se deberá revisar la legalidad formal y material del procedimiento por parte del

¹⁴² *Id.*, p. 192.

¹⁴³ Felipe Rodríguez. *El Agente Infiltrado... Óp. cit.*, p. 246

¹⁴⁴ *Ibíd.*

juez de garantías penales competente, dentro de los plazos señalados en la normativa procesal.¹⁴⁵

2.2.3 Precedentes del Agente Encubierto en Argentina:

“En la legislación argentina, la figura del agente encubierto se contempla en la Ley de Estupefacientes específicamente en el artículo 31. La inscripción de dicha técnica investigativa se debe a "la insuficiencia de los medios investigativos",¹⁴⁶ “en los delitos que se refieren al tráfico ilícito de estupefacientes y la constante necesidad de hacer más eficaz el sistema penal en la caza de dichos delitos.”¹⁴⁷

2.2.3.1 Requisitos de procedencia:

Para que sea oportuna la designación de un agente encubierto, es necesario que exista una indagación instruida por una autoridad judicial, ya que no están consentidas las operaciones que intentan de casualidad buscar quien forma parte de un grupo delictivo. También, para el llamamiento del agente encubierto, “se exige que esa necesario: 1) la comprobación del delito, 2) impedir la consumación de un delito, 3) la individualización de los autores, cómplices o encubridores, 4) la detención de los mismos, y 5) la obtención y aseguramiento de los medios de prueba”.¹⁴⁸

2.2.3.2 ¿Quiénes pueden ser agentes encubiertos?

Argentina señala que serán agentes encubiertos, los agentes de las fuerzas de seguridad en actividad”,¹⁴⁹ ocasionando una controversia en el sentido de que no lograrían

¹⁴⁵ Augusto Arciniegas. *Investigación y Juzgamiento en el Sistema Acusatorio*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2006, pp. 196-197.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 197-198.

¹⁴⁷ Ángel Rendo. *Agente Encubierto*. [http:// www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm](http://www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm), p. 2 (acceso: 28/09/2016).

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ El artículo 1 del Decreto Nacional 1273/92, reglamentario de la ley 24.509 sobre Seguridad interior señala que “se entiende por fuerzas de seguridad a la Prefectura Naval Argentina y a la Gendarmería Nacional y como fuerzas policiales a la Policía Federal Argentina y a las policías provinciales”, por lo tanto se excluiría a los funcionarios policiales como agentes encubiertos.

ser agentes encubiertos los funcionarios policiales como es en el caso ecuatoriano. Esto se debe a que en este régimen las fuerzas policiales son diferentes a las fuerzas de seguridad. Pero, tanto en su doctrina como en su jurisprudencia se ha reverenciado la posibilidad de que funcionarios policiales puedan proceder como agentes encubiertos.

“Esta figura también está concebida como un método especial, ya que esta debe tener lugar solo si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo”.¹⁵⁰ “Esto podría ser interpretado de que el agente encubierto es un instrumento de última ratio en la indagación penal”.¹⁵¹ Es decir, una vez que se han agotado todas las opciones posibles de hacer frente al crimen organizado y no existan otras técnicas investigativas que aseguren el éxito de la investigación, se tomará en cuenta a los agentes encubiertos.

2.2.3.3 Ámbitos de actuación:

El agente encubierto puede actuar:

- 1) “Incorporándose a una organización delictiva, para ser integrante de la organización”.¹⁵²
- 2) “Participando criminalmente en algún delito como el terrorismo, ya sea realizando actos delictivos con el objeto de ganar la confianza de los integrantes de la organización criminal, o cumpliendo órdenes de los integrantes de tal organización”.¹⁵³

2.2.3.4 Punibilidad del agente encubierto:

“No será punible el acto del agente encubierto que como consecuencia necesitase desarrollar una labor para proteger su vida o para amparar la operación, siempre que no esté envuelta la vida o la integridad física de un tercero.”.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Ángel Rendo. *Agente Encubierto... Óp. cit.*

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² Felipe Sologuren. *El agente encubierto: ¿peligro o beneficio en estados Democráticos?.* Santiago de Chile: Universidad de Chile Facultad de Derecho, 2008, pp. 74-75.

¹⁵³ *Id.*, p. 77.

¹⁵⁴ *Id.*, p. 78.

En otras palabras, para que la actuación del agente encubierto esté exenta de cualquier tipo de responsabilidad, deberá cumplir con la condición de que coexista un nexo directo entre el delito que se consuma y la actividad encubierta y con la condición que el agente no hubiese tenido otra alternativa que ejecutar el delito, es decir, que no pudiera impedir el fracaso de su misión y, fortuitamente su vida estaría en riesgo.

“Asimismo, la normativa Argentina señala los casos en que los delitos en que incurre el agente encubierto son punibles: a) los que ponen en peligro la vida o la integridad física de una persona, y b) los que imponen un grave sufrimiento físico o moral”.¹⁵⁵ En la legislación Argentina se castiga que una acción del agente encubierto que afecte a la integridad de un tercero ajeno a la investigación, caso muy contrario al Ecuador donde el agente encubierto tiene plena exoneración así sus acciones pongan en riesgo o afecten la vida de terceros.

Por último, también es necesario señalar que en este país se contemplan medidas de protección para el agente encubierto, “así como el derecho a permanecer activo o a acogerse a un régimen especial de retiro en cuanto a antigüedad y remuneraciones, en caso de que haya sido descubierto”.¹⁵⁶

¹⁵⁵ *Id.*, p. 79.

¹⁵⁶ *Id.*, pp. 79-80.

CAPÍTULO 3.- Problemas en la Figura del Agente Encubierto

El día de hoy ya nadie discute que la paz y la seguridad son dos derechos de principal jerarquía para la convivencia avanzada de una sociedad. “En la legislación ecuatoriana la propia Constitución impone al Estado el deber de garantizarlas”.¹⁵⁷ No obstante, la convivencia social puede ser compleja porque la conducta colectiva de las personas tiene diversas y contrarias expresiones que pueden llegar a vulnerar los valores que una sociedad da por correctos y dignos de preservación.

El capítulo presente tiene por objeto considerar algunos vacíos normativos que se pueden ostentar en las acciones del agente encubierto y eventualmente afectar determinados derechos fundamentales.

3.1.- La actuación encubierta frente a los derechos fundamentales:

“En el campo del derecho procesal penal, frecuentemente se exterioriza una tensión entre el interés del Estado por la averiguar la verdad y el interés de la persona que pretende resguardar sus derechos individuales”.¹⁵⁸ Ante este problema de pretensiones antepuestas todo sistema democrático tiene el desafío de armonizar, por un lado, el interés público del Estado de querer verificar un acontecimiento en su totalidad, es decir, que en el proceso se llegue más allá de una verdad formal, y, por el otro, el interés del inculpaado por defender sus derechos fundamentales.

“El agente encubierto sitúa sus raíces en el sistema inquisitivo. Esta figura tiene el objetivo final de investigar la verdad a cualquier precio, ya que posee un aumento de facultades de persecución que muchas otras figuras no disfrutan”¹⁵⁹, evitando que los procesados hagan un uso pleno de sus derechos. El agente encubierto personifica la presencia perpetua del Estado en la privacidad de una persona, al extremo de obtener

¹⁵⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 3, Numeral 8. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁵⁸ Claus Roxin. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 121.

¹⁵⁹ Andrés Ramírez. *El agente encubierto frente... Óp. cit.*, p. 73.

una vigilancia hacia las personas más de lo necesario para llegar condenarlo judicialmente.

“El uso de técnicas de investigación fijadas como excepcionales, son aquellas con las cuales se puede alcanzar a condenar con mayor rapidez y eficacia a un tipo de delincuencia que incorpora alta peligrosidad.”¹⁶⁰ Estos métodos investigativos están dotados de poder suficiente para perseguir y reprimir a través del uso de utensilios que precautelan las pruebas necesarias “para enjuiciar las conductas consumadas por organizaciones criminales, que pudieran presumir la penetración excesiva de los derechos fundamentales no sólo de las personas investigadas, sino virtualmente de terceras personas próximas a ellos”.¹⁶¹

Como se ha ido señalando a lo largo del presente trabajo, una de esas técnicas modernas de investigación estatal es la figura del agente encubierto, que generalmente es un policía, que con una identidad ficticia aparenta ser otro individuo para infiltrarse íntimamente en un grupo delictivo organizado y “efectuar tareas investigativas en busca de almacenar material probatorio en contra de los integrantes de la organización delictiva, presentándose, extraordinariamente, como testigo de la imputación”.¹⁶²

Por la particularidad de la labor de estos agentes, el simple hecho de consentir la tarea de agentes encubiertos “tiene la potencialidad de contrariar gravemente algunos derechos fundamentales, como la intimidad en todas sus variantes (resguardo domiciliario, respeto de comunicaciones privadas) y el derecho a la no autoincriminación”.¹⁶³

El autor Andrés David Ramírez Jaramillo, menciona que:

Frente a esto podríamos decir que existe una indiscutible equivocación del legislador al dejar la facultad de tomar tan delicada decisión en manos de la fiscalía y, luego, el control del desarrollo de la misma, para sólo al final intervenir el juez de control de garantías, cuando ya se hayan podido cometer por parte del agente todas las irregularidades y abusos, que afectan principalmente el derecho a la intimidad y a no auto incriminarse del investigado. El escritor también menciona que esta medida

¹⁶⁰ Javier Gómez. *Criminalidad organizada... Óp. cit.*, pp. 197-198.

¹⁶¹ Andrés Ramírez. *El agente encubierto frente... Óp. cit.*, p. 95.

¹⁶² *Id.*, pp. 95-96.

¹⁶³ Oscar Guerrero. *Fundamentos teórico... Óp. cit.*, p.390.

autoriza a un funcionario de policía judicial, e incluso a un particular, para ejercer una injerencia permanente y amplia en la vida privada del investigado, valiéndose asimismo de engaños para captar de él afirmaciones incriminatorias.¹⁶⁴

“Por cuanto al ser la fiscalía parte en el nuevo proceso penal de corte acusatorio, el control que pueda efectuar no garantiza la imparcialidad correspondida a la que inevitablemente estará viciada por su interés en una firme persecución penal”,¹⁶⁵ buscando siempre resultados provechosos en su sondeo que acarreen a enjuiciar la conducta de los involucrados, pudiendo excusar o tolerar un grado de intromisión que no se explique por el principio de necesidad o proporcionalidad. Sin duda, el uso de agentes encubiertos siempre perturbará el núcleo principal de los señalados derechos con el pretexto de que se puede neutralizar una amenaza para la sociedad.

El Estado maneja el discurso de una batalla eficaz contra la criminalidad organizada para averiguar más sobre un individuo a sus espaldas y buscar casi que una condena como fuese viable, “esquivando a través de esta figura todas las barreras para afectar los derechos fundamentales del investigado y no tener que recurrir a los métodos tradicionales de investigación propios de un Estado de Derecho respetuoso de las garantías del debido proceso”.¹⁶⁶

Las macro-causas que invoca el Estado para su lucha frente a la criminalidad organizada le respaldan para ir sometiendo hasta desechar en absoluto los derechos fundamentales de quienes se intenta castigar. Eso podría causar un trato totalitario y de dominio hacia los ciudadanos por parte del Estado. “Aunque generalmente la aceptación de medidas reguladoras a la libertad se las hace para circunstancias extremas, en la práctica la aplicación de tales medidas se van generalizando, perdiendo así los límites espaciales para los cuales fueron dispuestos”.¹⁶⁷

Uno de los argumentos con los que se da paso a esta figura del agente encubierto es la necesidad de hacer frente “con la mayor eficacia posible a un tipo de delincuencia que podría poner en jaque la seguridad estatal, no obstante, podrían irse luego aplicando

¹⁶⁴ Andrés Ramírez. *El agente encubierto frente...* Óp. cit., p. 96.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Id.*, p. 97.

¹⁶⁷ José Choclán. *La Organización Criminal. Tratamiento penal y procesal*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 80.

a casos de delincuencia común”,¹⁶⁸ utilizando un argumento idéntico y convenciendo a los ciudadanos que necesitan más protección.

La operación del agente encubierto que tiene como desenlace hallar la verdad, no puede realizarse teniendo en cuenta solo el fin, puesto a que en un Estado de Derecho, las pruebas deben conseguirse de forma lícita para tener validez. Se debe tomar en cuenta que, “toda conducta que lesione el derecho a no auto incriminarse puede a su vez afectar el derecho a la intimidad, porque, precisamente, la coacción a auto incriminarse, a menudo, trae como consecuencia una intrusión en el ámbito privado del individuo”.¹⁶⁹

3.2 Eficiencia vs. Garantías:

Lo antes insinuado hace notorio las fallas procesales de esta figura. Detrás de la ventaja para que el Estado pueda infiltrarse en la intimidad de la persona, se encuentra su intención de procesar a los investigados a como dé lugar. Con todo, es la culpa y no la inocencia lo que debe ser demostrado en el proceso penal. “Este principio fundamental procesal es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable”.¹⁷⁰

“Un sistema inquisitivo debe tener por objeto encarcelar a los culpables. Sin embargo, cualquier medio no puede resultar ser válido con tal de establecer qué fue lo que verdaderamente ocurrió y castigar al sospechoso de un delito”.¹⁷¹ Debe ser posible suponer la inocencia de quien es seguido penalmente. Lo que se presume es su inocencia más no su culpabilidad por ende se le debe reconocer su potestad de defensa. El acusado puede y debe ser amparado del poder persecutorio del Estado, inclusive siendo culpable, ya que todos tienen derecho a la defensa.

Para una justicia concebida como condena, el principio de inocencia no es más que una traba para el aparato estatal. “Las modificaciones al proceso penal se

¹⁶⁸ Andrés Ramírez. *El agente encubierto frente... Óp. cit.*, p. 97.

¹⁶⁹ Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Tortta, 1995, p. 549

¹⁷⁰ *Id.*, p. 549.

¹⁷¹ *Id.*, p. 550.

despliegan a satisfacer intereses del Estado, ante todo apoyándose de los derechos de libertad del imputado y de los otros intervinientes en el procedimiento”.¹⁷²

En la actualidad se antepone un discurso mediático que genera predilección a una justicia eficiente que a una enfocada a resguardar los derechos y garantías constitucionales. “Gran parte de las reformas penales y procesales de tiempos nacieses se han encauzado a hacer más sencilla la persecución penal, dejando en la vía, entre otros principios, aquel que establece que la sospecha no equivale a la certeza”.¹⁷³

“El pretexto de la necesidad de vulnerar derechos de los individuos para encontrar la verdad real, es extremadamente peligroso por ser esencialmente idóneo para la demagogia”.¹⁷⁴ “La disputa contra el crimen organizado no es más que un argumento resultadista que invoca la noción de garantizar la seguridad y que ha conducido a aproximar la actual lógica de las pruebas a prácticas inquisitivas”.¹⁷⁵ En la actualidad la batalla contra la criminalidad organizada ha dado lugar a que cada vez se otorguen mayores facultades a los órganos de investigación. “En este fin de siglo se advierte la existencia de un discurso que al poner el énfasis en la eficiencia y en la eficacia termina avasallando estas garantías que, obviamente, ponen obstáculos a la tan anhelada eficacia”.¹⁷⁶

“Las garantías rebaten a la acumulación desmedida de poder en manos de los órganos de investigación penal de Estado. El primer interés es (o debería ser) la seguridad y la libertad de las personas”.¹⁷⁷ Lo más peligroso para los individuos no son los delitos graves y de dificultosa investigación, sino es la acumulación de poder del Estado en el ejercicio de la persecución penal. Cuantas más escasas sean las garantías que posean los ciudadanos frente a la coerción estatal, más endeble será su posición frente al Estado y mayor será la inestabilidad entre el inculpado y la imputación.

¹⁷² Winfried Hassemer. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. Buenos Aires, 1998, p. 96.

¹⁷³ Patricia Ziffer, Patricia. *El Delito de Asociación Ilícita*. Buenos Aires, 2005, p. 17

¹⁷⁴ *Id.*, p. 19.

¹⁷⁵ Luis Bunge. *Delatores, informantes y casos análogos, Nueva Doctrina Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1999, pp. 20-22.

¹⁷⁶ *Id.*, p. 30.

¹⁷⁷ *Id.*, p. 183.

Precisamente, nos apartamos de un modelo de formación judicial acusatorio para aproximarnos a uno claramente inquisitivo.

3.3 Agente encubierto y los derechos vulnerados:

3.3.1 Intimidad:

El agente encubierto se vale de una identidad ficticia y de una autorización judicial para consumir delitos y así poder ganar la confianza de los miembros de la organización. “El objetivo final es que a partir de los fundamentos que el agente encubierto contribuya a la investigación, sea posible reunir prueba de cargo contra los integrantes de la asociación criminal y así poder perseguirlos penalmente”.¹⁷⁸ De esta forma, el Estado consigue acabar con la intimidad de la persona investigada.

El agente encubierto significa la presencia continua de la persecución estatal en la intimidad del individuo, sin que él lo sepa y mucho menos haya consentido esa intrusión. La sola existencia de un agente encubierto afecta el derecho a la intimidad de los investigados porque, ocultando su condición de policía, observa y oye lo que ocurre en conversaciones y conductas que tienen lugar en su presencia o en domicilios de personas físicas y jurídicas a los que tienen acceso.¹⁷⁹

No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha pronunciado que el uso de agentes encubiertos no quebranta las garantías fundamentales instituidas en la Convención Europea de Derechos Humanos, “puesto que el delincuente es libre de tomar sus decisiones y comportarse como anhele, aun cuando esté equivocado en la identidad de la otra parte de las negociaciones y en cuanto a la relación que tiene con la policía”.¹⁸⁰ “El derecho constitucional no patrocina al delincuente contra la vigilancia de su comportamiento ilegal por parte de un funcionario

¹⁷⁸ *Id.*, p. 184.

¹⁷⁹ Martín Delgado. *El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto en Problemas actuales de la Justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas.* Bosch, Barcelona, 2001, pp.101-103.

¹⁸⁰ *Id.*, p. 105.

de policía encubierto, acerca de quien ignora su identidad”.¹⁸¹ Sin embargo, toda persona por más culpable que sea tiene derecho a un debido proceso.

Lo que se pretende bajo estos argumentos es legitimar el uso de “trucos” por parte del Estado a los fines de lograr el encarcelamiento de individuos de quienes se sospecha están involucrados en crímenes extremadamente peligrosos para la sociedad en su conjunto. Se pretende ignorar la manifiesta violación de derechos y garantías fundamentales ocultándola tras el velo de la necesidad de proteger a la sociedad contra el crimen organizado. La autora mantiene que esto es una pretensión para simplificar la tarea del Estado en cuanto a arrestar a “los culpables” y es puesta de manifiesto claramente en la disidencia parcial del magistrado Matscher en el caso Lüdi, quien manifiesta que el uso de agentes encubiertos, aunque enteramente legítimo (dentro de ciertos límites), no es muy ‘agradable’, pero que en la lucha contra ciertos tipos de criminalidad –tales como el terrorismo y las drogas–, el uso de agentes encubiertos es usualmente el único método que hace posible identificar a los culpables y desbaratar bandas criminales. Así, cualquiera que toma parte en una organización criminal corre el riesgo de caer en la trampa. En otras palabras: quien está en una organización criminal es malo y, por ende, no goza de los mismos derechos que los demás –los buenos–, porque si los tuviera, para el Estado sería mucho más complicado arrestarlo¹⁸².

“El uso de agentes encubiertos reúne una aguda afectación del derecho a la intimidad debido a que el agente tiene un extenso acceso a información propia de la vida privada de los investigados, muchos de ellos extrañas a la propia tarea”.¹⁸³

3.3.2 No autoincriminación:

La Convención Americana de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos habla sobre el derecho a la no autoincriminación.¹⁸⁴ Con todo, al aprovechar el uso del agente encubierto en una legislación puede constituir un auténtico atentado contra el derecho a la no autoincriminación. Un policía encubierto obtiene datos del individuo procesado sin que se manejen las exigencias que enuncia la ley procesal sobre la declaración de un imputado.

“La norma establece que el acusado sólo puede ser interrogado ante un juez y debe ser informado del derecho que le asiste de contar con un abogado defensor y de

¹⁸¹ Mario Montoya. *Informantes y técnicas...* Óp. cit., p. 322.

¹⁸² Flavia Lamarre. *Agentes encubiertos y criminalidad organizada: derecho y demagogia*. Buenos Aires: Lecciones y Ensayos, nro. 88, 2010, p. 186.

¹⁸³ Martín Delgado. *El proceso penal...* Óp. cit., pp. 103-104.

¹⁸⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14.- 3: g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

consultar con él antes de expresarse.”¹⁸⁵ A su vez, se le debe insinuar de cuales son los cargos que se le inculpa y los tipos de pruebas que se manifiestan en su contra. También obligadamente se le debe comunicar que puede negarse a declarar y que su silencio no se lo interpretará en su contra.

“No obstante, con el agente encubierto se da de baja a estas formalidades tan importantes cuando un individuo divulga declaraciones auto incriminatorios frente al agente encubierto.”¹⁸⁶ El Estado refuerza el engaño para alcanzar una confesión provechosa del sospechoso.

Ante este argumento se encumbran las siguientes objeciones: por un lado, la ocupación del agente encubierto va en conjunto con atender y vigilar los hechos que se forjan en su medio y sería la propia ley la que delegaría ese tipo de procedencia; por otra parte, en que la actividad del agente encubierto no consta un marco coercitivo procedente de la privación de la libertad que torne exigible la previa indagación al sospechoso de los derechos que tiene, sino que el investigado se expresa libre y espontáneamente ante la presencia del agente.

“No obstante, estas consideraciones no son suficientes para justificar el uso de agentes encubiertos y negar la vulneración de la prohibición de autoincriminación”¹⁸⁷. Lo que vicia la confesión del o los miembros del grupo delictivo investigado, es que esta se la consiguió mediante una artimaña del propio Estado. “Desde un punto de vista jurídico, no es viable demandar que quien comete un hecho delictivo deba presumir que la persona con la que está interactuando sea un agente encubierto y que lo que exprese podrá y será ser usado en su contra en un proceso posterior”.¹⁸⁸

3.3.3 Libertad y agentes encubiertos:

¹⁸⁵ Flavia Lamarre. *Agentes encubiertos... Óp. cit.*, pp.189-190.

¹⁸⁶ Omar Palermo. *La Legítima defensa: Reacción contra un enemigo o Protección frente al ciudadano*. Montevideo: Discurso Penal de la Exclusión, 2006, p. 440.

¹⁸⁷ *Id.*, pp. 189-190.

¹⁸⁸ *Id.*, p. 190.

El utilizar agentes encubiertos abre las puertas a un Estado con un poder ilimitado y descontrolado, ya que estaríamos dejando de ser amparados por el este para convertirnos en sus víctimas. El uso de un método de investigación tan amplio y ofensivo a los derechos y garantías fundamentales nos conduce por una senda peligrosa. “Así, podría llegarse a un instante en el que cualquier individuo que convive con nosotros puede o podría ser parte de las fuerzas de seguridad que esconde su identidad con la finalidad de estar al corriente sobre nosotros y nuestras actividades”.¹⁸⁹

“El hecho de una permisible observación constante y continua apoyaría a que los individuos se sintieran vigilados todo el tiempo”.¹⁹⁰ Tal escenario estimularía en el comportamiento de un individuo a una condición en que se comporte tal como los demás sujetos esperan lo haga. Finalmente, triunfaría el objetivo deseado, el cual sería una vigilancia inquebrantable en sus efectos. “Aun cuando la otra persona no sea un agente encubierto, es decir, que no haya una vigilancia efectiva, lo esencial sería crear en la población el sentimiento de estar siendo continuamente vigilado”.¹⁹¹ “El que está sometido a un campo de visibilidad, y lo sabe, transcribe por su cuenta las coerciones del poder.”¹⁹²

“La intimidad de los individuos queda enclaustrada ante la conducta de agentes encubiertos, ya que estos agentes se insertan sobre un ambiente completo, es decir consagran la vigilancia de un gran número de entes y objetos”.¹⁹³ El agente encubierto proporciona al Estado la fatalidad de patrullar a sus ciudadanos sin que ellos lo conciban. De esa manera, logran penetrar de una forma abismal en las relaciones sociales de las personas. El utilizar dichos agentes estaría contribuyendo a disciplinar a los ciudadanos, quienes de desenvolverían como si estuvieran bajo una vigilancia

¹⁸⁹ *Id.*, p. 192.

¹⁹⁰ Flavio Cardoso. *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. 2ª ed. Lisboa: Jurúa, 2016, p. 37.

¹⁹¹ Andrés Ramírez. *El agente encubierto frente...* *Óp. cit.*, pp. 99-100.

¹⁹² Michel Foucault. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2006, p. 206.

¹⁹³ *Id.*, p. 208.

permanente y omnipresente. “Este control sobre los sujetos supondría una pérdida de su libertad y acercaría al Estado a una modalidad extremista”.¹⁹⁴

“En cuanto al poder severo, se ejerce transformándolo en invisible, ya que atribuye a las personas sometidas un principio de visibilidad obligatorio. En la disciplina, son los sometidos los que deben ser distinguidos”.¹⁹⁵ Su distintivita certifica la preponderancia del poder que se ejecuta sobre ellos. El hecho de ser avistado sin parar y ser inspeccionado constantemente, es lo que mantiene en su sometimiento al individuo rígido.

“A lo que las personas deben temer, es a un Estado sin límites, sin reconocimiento y respeto de derechos fundamentales, que recurra a intervenir en la vida de las personas asignando su elección propia de un plan de vida”,¹⁹⁶ a un Estado que señale conocer y guiar los intereses de sus ciudadanos. Un Estado así forjado interfiere en la esfera íntima de cada individuo sin dejar orilla a la libertad individual.

El agente encubierto puede entonces convertirse en un arma de terror. Al soldarse en la vida de los ciudadanos y conseguir su confianza, “podría extender sus funciones en una búsqueda y arrinconar a toda persona que se comporte ante los ojos del poder como un enemigo”.¹⁹⁷ A la par, podría manejarse esta figura como un sistema de control social. “La afirmación por parte del legislador sobre la utilización del agente encubierto agranda excesivamente la esfera de intromisión del Estado y restringe al máximo las libertades propias de quien es ente de investigación”.¹⁹⁸

3.4 El Agente Encubierto. Problemas Procesales:

3.4.1 Derecho a la Defensa:

¹⁹⁴ Fernando Bedoya. *La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano*. Medellín: Editorial Comlibros, 2008, p 103.

¹⁹⁵ *Id.*, p. 192.

¹⁹⁶ Flavia Lamarre. *Agentes Encubiertos... Óp. cit.*, p. 322., p. 170.

¹⁹⁷ Felipe Sologuren. *El agente encubierto: ¿peligro o beneficio en estados Democráticos?*. Santiago de Chile: Universidad de Chile Facultad de Derecho, 2008, p. 80.

¹⁹⁸ Lamarre, Flavia. *Agentes encubiertos... Óp. cit.*, p. 193.

Para muchos autores el hecho de existir un agente encubierto estaría transgrediendo el derecho a la defensa, el cual está consagrado en nuestra Constitución Política.¹⁹⁹

Alberto Binder se pronuncia acerca del derecho a la defensa en este tema:

El derecho a defensa comprende la defensa material, la cual es la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúa, actividades que pueden sintetizarse en la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo, la de probar los hechos que el mismo invoca, valorar la prueba producida y exponer las razones fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable; y la defensa técnica.²⁰⁰

El derecho a guardar silencio, es una manifestación viva del derecho a la defensa y asiste al enjuiciado desde los actos iniciales del proceso hasta su terminación. “Ello trae como resultado que el sistema procesal penal tenga uso de todo mecanismo coactivo, al igual que toda falsedad, engaño o promesa para obtener la declaración del imputado contra su voluntad”.²⁰¹ El simple hecho de que el agente encubierto actúe mediante engaño y se nutra del delito para poder sancionar otro, hace que el derecho a la defensa se vea comprometido.

3.5 Delito Provocado:

La concepción de que un agente encubierto sea un investigador puramente pasivo es utópica. Si dicho agente se infiltra a un grupo criminal también es para trabajar con los miembros que la conforman evitando que su labor se limite únicamente a labores de indagación. “Si bien un agente encubierto puede efectuar tareas investigativas sin confeccionar actos de colaboración o incitación a la perpetración de hechos punibles, dichos casos serían extraños”.²⁰²

¹⁹⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76, Numeral 7. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁰⁰ Alberto Blinder. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1993, p. 151.

²⁰¹ María Zapata. *La prueba ilícita*. Santiago de Chile: Editorial Lexis Nexis, 2004, p. 88.

²⁰² Sergio Polittof. *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, p. 10.

El agente encubierto normalmente se encuentra obligado a actuar como participe de uno o más hechos delictivos, a los que generalmente auxilia. Hay autores que niegan la legalidad del proceder de este agente. Al aparato estatal corresponde prevenir los delitos en vez de aprovecharlos con el fin de acabar con otros delitos. “El propósito de asegurar que el culpable sea llevado ante la justicia no puede justificar un comportamiento que ha puesto en peligro un bien jurídico protegido”.²⁰³

²⁰³ *Id.*, p. 11.

Conclusiones y Recomendaciones

Ante las limitadas potestades de indagación del Estado para luchar contra el crimen organizado y su alto nivel de peligrosidad se ha implementado en la legislación ecuatoriana la figura del agente encubierto, cuya actuación pone en juego derechos fundamentales garantizados en la Constitución.

Bajo la justificación de la lucha contra el crimen organizado y el amparo de la ley, un agente encubierto tiene la potestad de realizar una serie de acciones inadvertidas que implican directas vulneraciones de derechos vinculados principalmente a la intimidad de las personas y a la prohibición de auto incriminarse, las cuales fácilmente pueden rebasar el ámbito de un proceso penal, colocando al individuo en una franca posición de indefensión frente al Estado.

Las razones para el reconocimiento legal de la figura del agente encubierto son múltiples como son el temor y la desconfianza social que genera el crimen organizado cuyos métodos para garantizar la impunidad de los infractores son cada vez más refinados. Pero en lugar de que esta situación sea resuelta técnica, científica y hasta creativamente por parte de la autoridad, más bien se ha caído en una suerte de populismo penal cuando los políticos ofrecen combatir la criminalidad a través del endurecimiento de penas y medidas represivas que excluyen todo respeto a los derechos y garantías, discursos que generan aprobación y un transitorio estado de tranquilidad en la población, que al poco tiempo vuelve a sentir el temor inicial.

Ninguna política criminal resulta eficiente y permanente si se implementa a partir de la vulneración de los derechos humanos, expresados en la presunción de inocencia, el derecho al debido proceso, la prohibición de la tortura para obtener información y la violación del derecho a la intimidad de las personas, puesto que con el tiempo el mismo Estado pierde legitimidad por actuar al mismo nivel que el delincuente a quien combate.

La figura del agente encubierto puede volverse contra la misma sociedad en nombre de quien actúa porque todo ciudadano se va convirtiendo en un potencial sospechoso, en un sujeto vigilado y en un condenado a priori. Nadie garantiza al

ciudadano que el agente encubierto únicamente espíe y actúe sobre los sospechosos concretos. Cualquier grupo político o económico en el Poder puede hacer uso inescrupuloso de la información íntima de la gente para perseguir y chantajear sobre asuntos totalmente ajenos a un proceso penal.

El Estado y el crimen organizado cuentan con recursos excepcionales para provocar daños a terceros, por eso es riesgoso para la sociedad que este incremente sus herramientas represivas, la víctima será la sociedad en su conjunto. Las acciones del crimen organizado finalmente son crímenes, en tanto que los crímenes del Estado pueden resultar no ser tales aun cuando genere más víctimas que los propios criminales. Un Estado facultado para vulnerar derechos fundamentales no es un Estado de Paz ni de verdadero orden.

La actividad del agente encubierto debe tener como límite infranqueable el núcleo esencial de los citados derechos, haciendo que permanezca vedado acceder a aspectos de la esfera más íntima del investigado, por ejemplo, usurpando información de cartas o conversaciones personales, y debiendo obtener autorizaciones judiciales individuales cada vez que necesite entrar en la vivienda o lugar de trabajo del investigado, pues la primera orden del fiscal para autorizar su infiltración no se puede entender como una carta blanca para afectar en cualquier momento la privacidad del investigado.

Se puede afirmar también que en las operaciones encubiertas, al Estado no le importa usar a sus ciudadanos como instrumentos, con el fin de exponer la eficacia del sistema penal, procurando así dar una sensación de seguridad a la población en contra del crimen. No obstante, esta forma no nos protege del propio Estado y sus posibles abusos.

Por tanto, el artículo uno de la Constitución menciona que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, por ello es necesario generar legislación en el Código Orgánico Integral Penal para que en armonía con la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos se establezcan claramente los límites a la actuación del agente encubierto. Estas disposiciones deberán complementarse con otras de carácter reglamentario, que entre otras cosas deberán fijar la aptitud psicológica

del agente encubierto, que a su vez ponga de manifiesto su posición frente a valores como la vida, la tolerancia el imperio de la ley, reacción ante la obediencia, etc., con el fin de que el agente encubierto a la larga no se desencaje en una nueva forma de delincuencia e impunidad.

En la legislación ecuatoriana los miembros de una organización delictiva son vistos como enemigos que no deberían tener los mismos derechos que cualquier otro ciudadano, ya que de ser considerarlos así no se necesitara de agentes para que se infiltren en su esfera privada. El hecho de ser vistos como una amenaza les niega garantías cognitivas necesarias para estar incluidos en el tráfico armónico jurídico y social del Estado.

Esta figura solo puede tener legitimidad en regímenes donde funcione plenamente una real división de poderes de pesos y contrapesos y donde el ejercicio de la autoridad esté estrictamente sometido al imperio de la ley.

Tal como está redactado el artículo 483 del COIP no se establece la consecuencia de daños a terceros por parte del agente encubierto, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones como en la Argentina que en caso de daños a terceros el agente encubierto no tendrá impunidad. Este vacío existente en nuestra legislación da pie a que se cometan crímenes de Estado y estos queden en impunidad.

Otro gran vacío de nuestra legislación es que nada se dice respecto de la reparación directa de los daños causados por el agente encubierto dentro su operativo. Por lo cual recomiendo de la manera más urgente se procesa a una reforma legislativa integral que establezcan niveles de responsabilidad y reparación respecto de las acciones del agente encubierto y de las autoridades que disponen su intervención.

El Estado debe reducir al mínimo una actuación astuta y engañosa propia de la figura del agente encubierto porque en ejercicio de sus deberes constitucionales está obligado a implementar políticas públicas orientadas no a la extinción de la vida y los derechos del delincuente sino a erradicar las causas estructurales que generan la delincuencia. No se puede anhelar la duración indeterminada de la figura del agente encubierto sin aspirar antes a reducir los factores generadores de delincuencia, tomando

en cuenta que esto ha sucedido en algunos países, tal es el caso de Holanda que dentro de su territorio prácticamente se han cerrado sus cárceles.

Bibliografía

- Anarte, Enrique. *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva, 1999.
- Arciniegas, Augusto. *Investigación y Juzgamiento en el Sistema Acusatorio*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2006.
- Arteaga, Fernando. *Una aproximación a la seguridad interior de la Unión Europea. Grupo de Estudios Estratégicos*. www.gees.org.
- Bedoya, Fernando. *La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano*. Medellín: Editorial Comlibros, 2008.
- Binder, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1993.
- Blum, Jorge. *El Agente Encubierto. Derecho Ecuador*. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2014/12/08/el-agente-encubierto>
- Cardoso, Flavio. *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. 2ª ed. Lisboa: Jurúa, 2016.
- Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Penal. Parte General. Volumen II*. 3ra Bogotá: Temis, 1979.
- Castro, Carlos. *Actuaciones del Agente Encubierto en la Legislación Chilena*. Santiago de Chile, 2006.
- Choclán, José. *La Organización Criminal. Tratamiento penal y procesal*. Madrid: Dykinson, 2001.
- Correa, José. *Tráfico de Drogas Prueba Final y Medidas Restrictivas de Derechos Fundamentales*. Lisboa: Juruá, 2010.

- Delgado, Martín. *El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto en Problemas actuales de la Justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas*. Barcelona: Bosch, 2001
- Del Pozo, Marta: *El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española*. Cali: Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana, Volumen 6, 2006.
- Fainberg Marcelo. *La inseguridad ciudadana. Violencia y Criminalidad*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2003, p. 20
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2006.
- Gascón, Fernando. *Infiltración policial y «agente encubierto*, Granada: Comares, 2001.
- García, Javier. *Los límites entre el agente encubierto y el agente provocador en la persecución de los delitos del tráfico ilícito de drogas*. Lima: Agenda Jurídica la Ley, 2014.
- Gómez, Javier. *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*. Madrid: Colex, 2004.
- Gómez, Marta. *Límites y Garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos*. 8va Ed. Madrid, 2004.
- González, Pablo. *La Policía Nacional en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA., 2007.
- Guerrero, Óscar. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007.
- Hefendehl, Roland. *La criminalidad organizada como fundamento de un derecho penal de enemigo o de autor?*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia Volumen 25, 2004.

- Jauchen, Eduardo. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Lima: Editorial Rubinzal Culzoni, 2008.
- Lamarre, Flavia. *Agentes encubiertos y criminalidad organizada: derecho y demagogia*. Buenos Aires: Lecciones y Ensayos, nro. 88, 2010.
- Magaz, Ricardo. *Respuestas político-criminales a la delincuencia internacional: narcotráfico y terrorismo. El Agente Encubierto*. Chile: Instituto Universitario, 2007.
- Martínez, Rafael. *El Agente Encubierto*. 2nda ed. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2006.
- Montón, Alberto, et al. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. 9.^a edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.
- Montoya, Mario. *Informantes y técnicas de información Encubierta*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1998.
- Moscato, Claudia. *El Agente Encubierto En El Estado De Derecho*. 1st ed. Buenos Aires: La Ley, 2000.
- Neumann, Ulfired. *Derecho Penal del Enemigo*. Montevideo: Discurso Penal de la Exclusión, 2006, p. 400.
- 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*. Santiago: Gaceta Jurídica, n° 203, 1997.
- Ramírez, Andrés. *El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la Intimidad y a la no Autoincriminación*. Antioquía: Universidad de Antioquia Colección Mejores Trabajos de Grado, 2010.
- Redondo, Álvaro. *El agente encubierto en la jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario, núm. 45, 2008.
- Rendo, Ángel. *Agente Encubierto*. [http:// www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm](http://www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm),

- Rifa, José. *El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Lecrim*. Buenos Aires: Revista del Poder Judicial, núm. 55, 1999.
- Riquelme, Eduardo. *El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo*. <http://www.politicacriminal.cl/index.php>
- Rodríguez, Felipe. *El Agente Infiltrado en el Estado de Derecho y de (In) Seguridad*. Editorial Jurídica Cevallos. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2012.
- Rojas, Francisco. *Crimen Organizado en América Latina y el Caribe, "Mayor Presencia del Crimen Organizado: consecuencia de las crisis de gobernabilidad y el débil imperio de la Ley*. Santiago de Chile: FLACSO Secretaría General, 2008.
- Roxin, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.
- Palermo, Omar . *La Legítima defensa: Reacción contra un enemigo o Protección frente al ciudadano*. Montevideo: Discurso Penal de la Exclusión, 2006.
- Sánchez, Juan. *El Agente Provocador*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.
- Sologuren, Felipe. *El agente encubierto: ¿peligro o beneficio en estados Democráticos?*. Santiago de Chile: Universidad de Chile Facultad de Derecho, 2008.
- Subijana, Ignacio. *Policía judicial y derecho a la intimidad en el seno de la investigación criminal*. Barcelona: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología No. 10 Extraordinario, 1997.
- Whitaker, Reg. *El fin de la privacidad: como la vigilancia total se está convirtiendo en realidad*. Barcelona: Paidós, 1999.
- Zafra, Rocío. *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Zapata, María. *La prueba ilícita*. Santiago de Chile: Editorial Lexis Nexis, 2004.

Plexo Normativo:

Código de Procedimiento Penal Ecuador (Derogado) Artículo. 197.- Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009.

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento N° 180 del 10 de febrero de 2014.

Código Penal. Decreto supremo No. 55, de 8 de julio de 1970.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Instrumentos Internacionales:

Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Oficina contra la Droga y el Delito. Nueva York, 2004.

Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. *Manual de Técnicas Especiales de Investigación (TEI) Agente Encubierto y Entrega Vigilada*, Bolivia: Gaceta Judicial, 2009..

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1967.

Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada, Bienes delictivos y Agente Encubierto. Perú, 2006.