



Proyecto financiado por la UE



Los agentes encubiertos en las investigaciones del narcotráfico organizado y transnacional (diagnóstico sobre las regulaciones nacionales y protocolo para la actuación de agentes encubiertos extranjeros)

Guía de Buenas Prácticas para el desarrollo de Operaciones Encubiertas en Iberoamérica

Iniciativa de la Red de Fiscales Antidroga (RFAI) de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP).

Proyecto COPOLAD III. Financiado por la Unión Europea y ejecutado por la Organizzazione Internazionale Ítalo-Latino Americana (IILA).

Experto responsable: Antonio Segovia A.

Índice.

I. Antecedentes

II. Introducción

III. Guía de buenas prácticas operaciones encubiertas Iberoamérica

1. Elección del caso

- 1.1. Cuestiones generales
- 1.2. Aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad
- 1.3. “Crimen organizado” vs. “mercados ilícitos”
- 1.4. Esquema

2. Solicitud, autorización y designación del agente

- 2.1. Cuestiones generales
- 2.2. Primera etapa: iniciativa
- 2.3. Segunda etapa: coordinaciones previas
- 2.4. Tercera etapa: solicitud formal
- 2.5. Cuarta etapa: autorización
- 2.6. Quinta etapa: designación del agente
- 2.7. Esquema

3. Actuación del agente

- 3.1. Cuestiones generales
- 3.2. Criterios operativos para la actuación del agente encubierto
 - Planificación
 - Identidad ficticia
 - Infiltración
 - Detención del agente encubierto
 - Comunicación con el fiscal o juez a cargo del procedimiento
 - Obtención de evidencias
 - Víctimas
 - Término de la operación
- 3.3. Esquema

4. Responsabilidad penal del agente

- 4.1. Cuestiones generales
- 4.2. Criterios operativos
- 4.3. Esquema

5. Prueba

- 5.1. Cuestiones generales
- 5.2. Criterios operativos
- 5.3. Esquema



Proyecto financiado por la UE



6. Seguridad del agente

6.1. Cuestiones generales

6.2. Criterios orientadores

6.3. Esquema

7. Otras técnicas especiales de investigación

7.1. Cuestiones generales y criterios orientadores

7.2. Esquema

8. Cooperación internacional

8.1. Cuestiones generales

8.2. Cooperación interinstitucional. El rol de la RFAI

8.3. Requerimiento formal. Fundamento normativo

8.4. Otras herramientas de cooperación internacional

8.5. Esquema

IV. Resumen. Esquema final



Proyecto financiado por la UE

Experto responsable: Antonio Segovia A.¹

I. Antecedentes

El Proyecto COPOLAD III, a través de la IILA, se encuentran apoyando la iniciativa de la Red de Fiscales Antidroga (RFAI) de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP)², consistente en realizar un diagnóstico normativo y operativo sobre la regulación y funcionamiento de la técnica especial de investigación de las *operaciones encubiertas* en Iberoamérica³, así como concluir un protocolo de actuación que reúna lineamientos y directrices que orienten una ejecución eficaz de la misma tanto en el plano doméstico como en el internacional. Ambos productos están dirigidos fundamentalmente a fiscales y funcionarios de los Ministerios Públicos miembros de la AIAMP con competencia para la investigación y persecución penal del delito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y otros relacionados o conexos.

Para el adecuado desarrollo del proyecto y conclusión de los productos asociados al mismo, la IILA me ha designado como experto responsable, luego de haber sido seleccionado por la Unidad Técnica del Programa COPOLAD. Todos los antecedentes relativos al encargo se encuentran detallados en el contrato fechado el 30 de octubre de 2023 en Roma, Italia (número de referencia 21/1436). Los productos a entregar son los siguientes:

N°	Producto	Fecha de entrega
1	Plan de trabajo de la asistencia técnica.	Noviembre 2023
2	Diagnóstico.	Enero 2024
3	Protocolo.	Abril 2024

El presente documento contiene el tercer producto, esto es, el protocolo de actuación o guía de buenas prácticas para el desarrollo de operaciones encubiertas en Iberoamérica. Su antecedente directo es el diagnóstico normativo y operativo (en adelante, también, “diagnóstico”) realizado sobre el tema, que fuera entregado y aprobado por la RFAI y el Programa COPOLAD III en enero del 2024.

¹ Abogado, U. de Chile. MSc Criminal Justice Policy, The London School of Economics and Political Science (LSE). Profesor invitado Derecho Penal Transnacional Universidad Adolfo Ibáñez (UAI), Chile. Correo asegoviaa@gmail.com.

² Vid., <https://www.aiamp.info/index.php/redes-permanentes-aiamp/red-de-fiscales-antidroga>.

³ En concreto, los países miembros de la AIAMP: Andorra, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Mayor información en www.aiamp.info.

II. Introducción

La *guía de buenas prácticas o protocolo de actuación*⁴ contenido en este documento, pretende ofrecer a los organismos encargados de la aplicación de la ley de Iberoamérica, en particular a los fiscales⁵, una serie de lineamientos prácticos para el adecuado y eficaz uso de *operaciones encubiertas* en investigaciones relativas a delitos de narcotráfico y otros relacionados y conexos. Dichos lineamientos han sido extraídos en esencia de las conclusiones alcanzadas durante la etapa de diagnóstico, que abarcó ámbitos normativos como aquellos propiamente operativos: los primeros se encuentran representados por el análisis comparado de las leyes que regulan el uso de agentes encubiertos en los países iberoamericanos, mientras los segundos fueron identificados en una reunión organizada por el programa COPOLAD III a través de la IILA con miembros de la RFAI y este consultor.⁶

El diagnóstico calificaba a las operaciones encubiertas como una *técnica especial de investigación*, que se caracterizan porque la persona objeto de las pesquisas, el imputado o sospechoso, *no sabe* que lo están investigando.⁷ Ello supone entenderlas, por una parte, como una técnica investigativa altamente *intrusiva* desde el punto de vista de la afectación real o potencial de garantías fundamentales, lo cual ha determinado a varios Estados Iberoamericanos a autorizar su uso sólo respecto de una cierta categoría de delitos especialmente *lesivos* o que de alguna manera puedan relacionarse a la noción de *criminalidad organizada*⁸; y por otra, como un mecanismo de indagación criminal que, correctamente ejecutado, permite obtener evidencia que sería imposible recoger de otro modo.⁹ Ambos extremos han determinado la exigencia de ciertos requisitos para su realización, manifestados en los principios de legalidad, subsidiariedad, especialidad y proporcionalidad.¹⁰

A continuación, se definían las operaciones encubiertas como aquellas “(...) que consisten en la infiltración de una persona (...) para que participe en la actividad criminal general de esas organizaciones o en negocios ilícitos específicos, adoptando papeles apropiados con el propósito de descubrir e informar sobre delitos cometidos y planeados, al igual que sobre la estructura y membresía de la organización.”¹¹ Dicha conceptualización se complementaba con una serie de antecedentes históricos y

⁴ Los términos “guías” y “protocolo” se utilizarán indistintamente a lo largo del documento, ambas indicativas de los principios y buenas prácticas operativas en el diseño e implementación de operaciones encubiertas en Iberoamérica.

⁵ Es decir, aquellos funcionarios públicos cuyo cometido fundamental consiste en investigar los hechos constitutivos de delito y ejercer la acción penal, en su caso. En algunos países, cuentan además con competencia para brindar atención y protección a víctimas y testigos.

⁶ COPOLAD III/ IILA/ RFAI. Diagnóstico, 2024, pp. 5-6.

⁷ Diagnóstico, cit., pp. 7.

⁸ Sobre ello, ampliamente, Diagnóstico, cit., pp. 7.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Diagnóstico, cit. pp. 8-9.

¹¹ Diagnóstico, cit. pp. 9.



Proyecto financiado por la UE

operativos que permitían comprender a mayor cabalidad la naturaleza, características y elementos centrales de la misma.¹²

Una vez delimitada conceptualmente la noción de *operación encubierta*, el diagnóstico exploraba su regulación en el derecho internacional. El análisis se centraba en dos temáticas distintas aunque vinculadas entre sí: la existencia de normas convencionales, principios, recomendaciones u otras normas adscritas al derecho internacional que de manera directa o indirecta se refirieran a las operaciones encubiertas; y por otra la posibilidad de usar tales normas como fundamento jurídico en esquemas de cooperación internacional, es decir, para solicitar o ejecutar solicitudes de asistencia entre Estados cuyo contenido fuera precisamente el uso de agentes encubiertos con fines investigativos. Así enmarcado, el debate se concentró especialmente en la normativa de Naciones Unidas; en la regulación de la cooperación internacional en el ámbito iberoamericano; en el ámbito europeo; en recomendaciones y otras normas de *derecho blando*, con particular énfasis en las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI); y en los principios generales de derecho internacional.¹³

La siguiente etapa analítica estaba conformada por la exposición resumida de las normas que en cada uno de los países cuyos Ministerios Públicos son miembros de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), y adicionalmente de Italia¹⁴, regulaban el uso de esta técnica de pesquisa. Si bien cada legislación es diferente, fue posible clasificar las diferentes reglas jurídicas en parámetros comunes, que en términos generales se refirieran a los siguientes aspectos:

- i) Definición de la técnica investigativa.
- ii) Alcance: qué tipo o clase de delitos son susceptibles de ser investigados a través de operaciones encubiertas.
- iii) Autorización y designación: qué autoridades son competentes para solicitar el uso de esta técnica, quién es competente para autorizarlo y quién es competente para designar al agente en el caso concreto; adicionalmente, qué proceso es necesario para concretar la designación y funcionamiento del agente.
- iv) Actuación del agente: normas que regulan la forma en que el agente debe cumplir su cometido, incluyendo cuestiones operativas y la manera en que debe rendir cuenta de su trabajo a las autoridades a cargo de la investigación.

¹² Diagnóstico, cit., pp. 9-11.

¹³ Diagnóstico, cit., pp. 12-20.

¹⁴ En la medida en que participa activamente de las actividades de la RFAI a través de su Fiscalía Nacional Antimafia y Antiterrorismo.



Proyecto financiado por la UE

- v) Prueba: forma de incorporación de la prueba recogida por el agente al proceso penal, incluyendo su posible declaración bajo reserva de identidad.
- vi) Declaración en juicio: reglas especiales de declaración cuando exista peligro para su vida o integridad física, lo que podría determinar el uso de herramientas especiales de declaración que impidan la revelación de su identidad real.
- vii) Responsabilidad penal: causales de exención de responsabilidad penal por delitos cometidos por el agente durante su cometido; límites y supuestos.
- viii) Seguridad del agente: normas especiales de resguardo de la persona del agente y su círculo familiar cercano.
- ix) Secreto: reglas que permiten mantener en secreto la verdadera identidad del agente.
- x) Otras técnicas especiales de investigación: relación entre las operaciones encubiertas y otras figuras afines, como la del agente revelador. Adicionalmente, se incluyó la descripción de normas de países que contemplaban expresamente la figura del agente encubierto virtual u *online*.
- xi) Cooperación internacional: reglas que específicamente se dedicaban a la regulación de la cooperación internacional para la realización de operaciones encubiertas.¹⁵

La descripción normativa comparada fue seguida de un apartado dedicado a temas operativos. En esta sección, el diagnóstico ofrecía una serie de orientaciones prácticas para el adecuado uso de las operaciones encubiertas, abarcando los siguientes aspectos: marco legal; solicitud y autorización; designación del agente; actuación del agente; relación con otras técnicas especiales de investigación; responsabilidad penal del agente; seguridad del agente; cuestiones probatorias; y cooperación internacional.¹⁶

El grupo de temas normativos y operativos analizados en el diagnóstico conforma la base sobre la cual se construye la presente guía. En otros términos, este protocolo toma aquellos aspectos legales y prácticos analizados durante la etapa de evaluación, para desde allí extraer algunas notas orientadoras que sirvan de manera transversal a fiscales, policías y jueces de los países de Iberoamérica. En términos metodológicos, la guía se estructura en torno a las siguientes temáticas:

- i) Elección del caso.

¹⁵ Diagnóstico, cit., pp. 21-77.

¹⁶ Diagnóstico, cit. pp. 78-85.



Proyecto financiado por la UE



- ii) Solicitud, autorización y designación del agente.
- iii) Actuación del agente.
- iv) Responsabilidad penal del agente.
- v) Prueba.
- vi) Seguridad del agente.
- vii) Otras técnicas especiales de investigación.
- viii) Cooperación internacional.

Para todas ellas, la guía explicará en detalle cuáles son los criterios orientadores o buenas prácticas que pueden ser implementados, teniendo en cuenta la diversidad existente en las legislaciones domésticas iberoamericanas y los distintos aspectos operativos que es necesario considerar en cada etapa del proceso. En cada tema se incluirá además un esquema gráfico que permita aprehender visualmente los principales contenidos.



Proyecto financiado por la UE

III. Guía de buenas prácticas. Protocolo de actuación para operaciones encubiertas en Iberoamérica

1. Elección del caso

1.1. Cuestiones generales

La elección del *caso*, en el sentido de la investigación concreta en la cual se implementará la operación encubierta, se encuentra condicionada por varios factores. En primer término, y atendidas las exigencias del principio de legalidad¹⁷, los organismos encargados del cumplimiento de la ley deberán tener en cuenta las particulares condiciones legales que sus respectivos Estados imponen para la ejecución de esta diligencia. La revisión de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos realizada durante la etapa de diagnóstico, permite distinguir al menos cuatro posibles modelos:

- i) Estados que limitan la aplicación de operaciones encubiertas sólo a determinados delitos incluidos en un catálogo.¹⁸
- ii) Estados que habilitan el uso de esta técnica para la investigación de cualquier delito.¹⁹
- iii) Estados que habilitan el uso de esta técnica a una *clase* de delitos (por ejemplo, “crimen organizado”).²⁰
- iv) Estados que habilitan el uso de esta técnica para delitos incluidos en un catálogo, cualquier delito o una clase de delitos, pero exigiendo adicionalmente subsidiariedad y proporcionalidad.²¹

El marco normativo nacional constituirá entonces el punto de partida sobre el cual decidir qué tipo de delitos podrán investigarse a través de operaciones encubiertas. Luego, aun cuando el delito sea susceptible de ser pesquisado por medio de agentes encubiertos, argumentos de subsidiariedad y proporcionalidad, sea que se exijan explícitamente o no a nivel legal, deberán ser ponderados para decidir si aplicar esta técnica investigativa. Finalmente, habrá que distinguir entre aquellas leyes domésticas que demandan que el delito sea cometido a través de una “organización criminal”, en la

¹⁷ Vid. Diagnóstico, cit., pp. 8.

¹⁸ Así, por ejemplo, las legislaciones de Andorra, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, España, Guatemala, Paraguay, Portugal, Italia. Diagnóstico, cit. pp. 21-78.

¹⁹ Venezuela, República Dominicana, Perú, Nicaragua, El Salvador. Diagnóstico, cit. pp. 21-78.

²⁰ Colombia, Cuba, Ecuador, Honduras, México, Panamá, Uruguay. Diagnóstico, cit. 21-78.

²¹ Véase, por ejemplo, la regulación de Bolivia, Cuba, Ecuador, España, Honduras, Paraguay, Perú, Portugal, Venezuela. Diagnóstico, cit. pp. 21-78.



Proyecto financiado por la UE

cual debe infiltrarse el agente, de aquellas que no condicionan la diligencia a la existencia previa de una asociación con fines delictivos. Examinaremos los supuestos de elección del caso teniendo en cuenta las particularidades anotadas.

1.2. Aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad

Como fuera ampliamente discutido en el Diagnóstico²², las operaciones encubiertas pueden calificarse como *técnicas especiales de investigación*, las que debido a su alto nivel de *intrusividad*, desde la perspectiva de la afectación de garantías fundamentales de los imputados, se rigen, por regla general, por una serie de principios limitativos de uso. Entre tales principios se encuentran los de subsidiariedad y el de proporcionalidad. Según el primero, las operaciones encubiertas sólo debieran ejecutarse cuando no existen otros medios investigativos menos intrusivos para recoger la evidencia necesaria. Bajo el principio de proporcionalidad, el uso de esta técnica debe guardar cierta correspondencia con la gravedad y complejidad del caso concreto, teniendo especialmente en cuenta los fines de la investigación.²³

En este marco, cualquiera sea el modelo legislativo que regule normativamente el uso de esta diligencia, ambos principios debieran considerarse en la decisión sobre si utilizar o no esta técnica en el caso concreto, con independencia de la existencia de una ley específica que lo exija. Lo anterior, considerando las ventajas y beneficios que su invocación pueden traer al proceso penal en su conjunto, entre ellos:

- a) Revestir de mayores grados de legitimidad, en sentido amplio, a la investigación criminal. La aplicación de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad permiten otorgar garantías de una racional y justa investigación, como elementos integrantes del debido proceso legal. Ello trae como consecuencia:
 - a.1) Debilita posibles alegaciones en contra de la investigación por ser esta sesgada o realizada fuera de los marcos y principios legales.
 - a.2) Otorga mayores garantías al propio imputado, en la medida que la operación encubierta es ejecutada como una medida excepcional y que resulta apropiada para perseguir los fines del proceso penal.
 - a.3) Evita el uso desproporcionado de una técnica especialmente intrusiva, protegiendo de esta forma a imputados respecto de quienes no se justifica su uso.

²² Diagnóstico, cit. pp. 8.

²³ Ibíd.

- b) Reforzar los argumentos en torno a los cuales se solicita y autoriza el uso de esta técnica investigativa. Tanto la solicitud como la autorización para implementar operaciones encubiertas fundada en estos principios otorga una base de justificación más sólida e inexpugnable.
- c) Prevenir posibles exclusiones de prueba. La evidencia recogida durante la operación encubierta queda mejor blindada frente a posibles impugnaciones basadas en la ilegalidad de la prueba si ésta fue autorizada teniendo en cuenta razones de proporcionalidad y subsidiariedad.

La aplicación del principio de subsidiariedad podría concretizarse utilizando algunos de los siguientes criterios orientadores:

- i) Agotar todas las diligencias investigativas que supongan el uso de medios menos intrusivos, incluyendo la declaración de víctimas y testigos, informes periciales, informes policiales que no supongan operaciones encubiertas, investigación en redes sociales, internet y fuentes abiertas, investigación patrimonial y cooperación internacional, entre otras.
- ii) Identificar con precisión *qué* tipo de evidencia se quiere recoger u obtener por medio de la operación encubierta. No es necesario establecer pormenorizadamente cada una de las pruebas concretas que se pretende obtener como resultado del proceso, pudiendo identificarse algunas categorías generales (por ejemplo, identificar a otros partícipes de los delitos, comprobar la forma en que opera la cadena delictiva, individualizar y eventualmente *rescatar* a víctimas del delito, entre otras posibles).
- iii) Precisar detalladamente las razones por las cuales dicha evidencia no puede ser obtenida si no es por medio del trabajo de agentes encubiertos.
- iv) Establecer puntos de conexión lógicos entre el uso de la técnica investigativa y la complejidad o naturaleza de la investigación (por ejemplo, se trata de una red criminal que típicamente opera en la clandestinidad con la finalidad de comprar y vender drogas ilícitas, lo cual impide utilizar con éxito otros medios investigativos).



Proyecto financiado por la UE

- v) Utilizar precedentes nacionales o comparados como apoyo a la decisión: identificar casos previos de similares características en que esta técnica de investigación hubiera sido utilizada de manera eficaz.

El principio de proporcionalidad, por su parte, podría implementarse a través de alguno de los siguientes criterios:

- i) Verificar que la investigación se realiza sobre un delito respecto del cual la legislación nacional expresamente permite el uso de esta medida. Este primer paso es fundamental, ya que la mayoría de los países iberoamericanos incluyen en sus legislaciones un catálogo de delitos susceptibles de ser investigados a través de agentes encubiertos. Ello importa respetar, en algún sentido, el principio de proporcionalidad impuesto por el propio legislador.
- ii) Establecer un link de conexión lógico entre el objetivo perseguido por la investigación en su conjunto y el uso de esta técnica. Así, por ejemplo, puede que el objetivo principal consista en identificar a todos los partícipes y a las actuales y potenciales víctimas, y es en torno a dicha finalidad que la operación encubierta resulta particularmente idónea (en el caso concreto).
- iii) La complejidad de los hechos bajo pesquisa hace indispensable el uso de esta técnica, por ejemplo, por el hecho de tratarse de una organización relativamente organizada para la comisión de delitos; el número de imputados y/o víctimas involucradas; el nivel de peligrosidad exhibido por los investigados; su “poder de fuego”, traducido en la posibilidad real o potencial de acceder a armas de fuego; el tratamiento a víctimas; entre otras.

1.3. “Crimen organizado” vs. “mercados ilícitos”

Algunos países de la región exigen que las operaciones encubiertas sean realizadas para la investigación de delitos cometidos por o a través de *organizaciones* criminales, es decir, grupos de personas que se reúnen de manera más o menos estructurada con la finalidad de cometer un número indeterminado de delitos en el futuro.²⁴ Tales

²⁴ El español es el caso paradigmático: las operaciones encubiertas sólo pueden utilizarse para investigar un catálogo de delito cometidos a través de la “(...) *asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer uno o más...*” de los delitos contenidos en el listado contemplado en la ley. Diagnóstico, cit. pp. 45. Otros ordenamientos domésticos que también hacen referencia a delitos cometidos por organizaciones criminales o en relación al “crimen organizado” (como único delito que habilita el uso de esta técnica o en conjunto con un catálogo de

regulaciones responden en parte a la definición clásica de operaciones encubiertas, que las entienden como la infiltración de un agente en una organización criminal.²⁵

Sin embargo, para aquellos Estados que permiten la infiltración de agentes encubiertos sin condicionarlo a la existencia previa de una organización criminal²⁶, el uso de esta técnica podría perfectamente implementarse sea que exista o no tal asociación delictiva. En este último caso, el respeto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad podría traducirse en la necesidad de infiltrar *mercados ilícitos* determinados.²⁷

El uso de operaciones encubiertas en relación a los mercados ilícitos podría guiarse a través de alguno de los siguientes criterios:

- i) Determinar previamente cuál es el *mercado* que pretende infiltrarse: puede tratarse de la comisión de una variedad de delitos en un territorio determinado (donde actúan individuos y organizaciones por igual); o un tipo de delito en varios territorios del Estado (por ejemplo, el tráfico de drogas en una región determinada).
- ii) Identificar los objetivos de la investigación (en esencia, *desmantelar* el mercado) y cómo el uso de esta técnica resulta indispensable para su cumplimiento.
- iii) Identificar la forma en que el agente encubierto se introducirá en el *mercado* en su conjunto y qué tipo de pruebas pretende recoger.

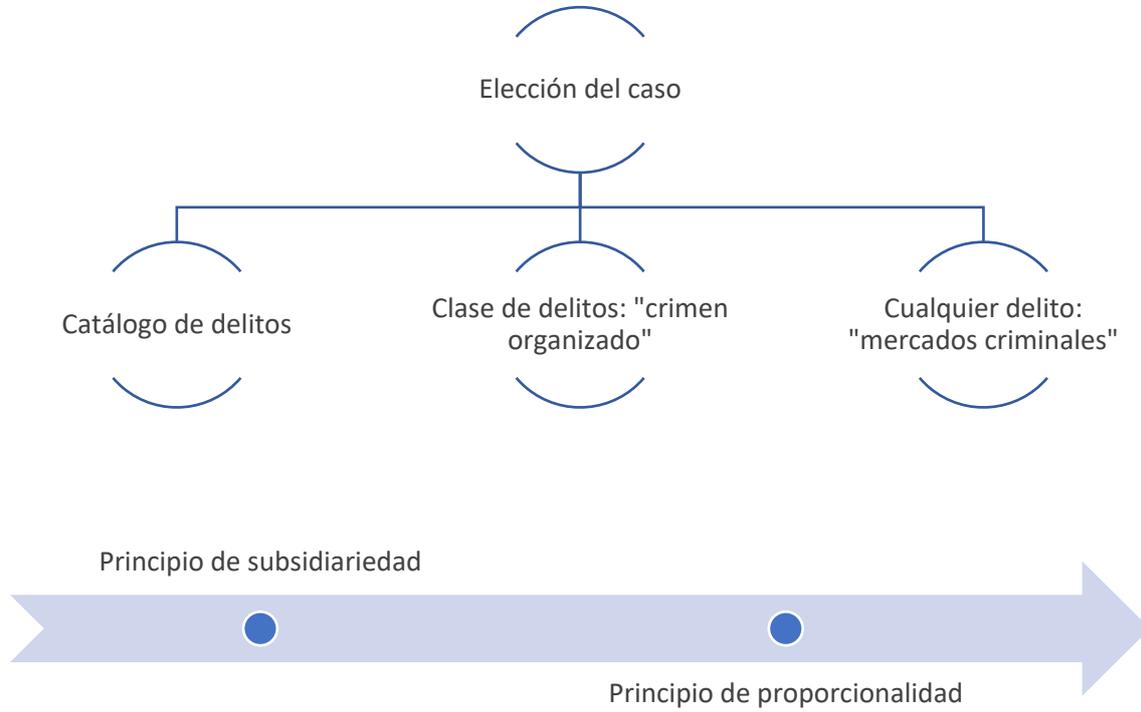
delitos), son Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Portugal, Venezuela e Italia. Diagnóstico, cit. pp. 21-78.

²⁵ Al respecto, ampliamente, Diagnóstico, cit. pp. 9-10.

²⁶ La mayoría de los países de la región habilitan a los organismos encargados de aplicación de la ley para utilizar esta técnica investigativa específicamente respecto de aquellos delitos cometidos por organizaciones criminales (delito denominado usualmente “asociación ilícita”, “pertenencia a una organización criminal”, o “crimen organizado”), y *además* en relación a otros ilícitos penales, sean o no cometidos por asociaciones delictivas.

²⁷ Con detalle, Diagnóstico, cit. pp. 9-10.

1.4. Esquema





Proyecto financiado por la UE

2. Solicitud, autorización y designación del agente

2.1. Cuestiones generales

Aunque con ciertas diferencias, todos los países cuyos Ministerios Públicos son miembros de la AIAMP, e Italia, incluyen en sus ordenamientos jurídicos normas específicas que regulan la forma y la institución competente para *solicitar* el uso de esta técnica de investigación, y aquella habilitada jurídicamente para *autorizarlo*. Adicionalmente, algunos Estados contienen marcos normativos específicos sobre la autoridad competente para *designar* al funcionario que se desempeñará como agente encubierto y los requisitos de idoneidad y competencias que éste debe poseer para poder aceptar el encargo.

En términos generales, existen varios aspectos de los cuales funcionarios encargados del cumplimiento de la ley deben hacerse cargo. En primer término, habrá que identificar qué autoridad o institución tendrá la *iniciativa* para proponer la realización de esta diligencia, la cual tendrá que ser comunicada a aquel funcionario encargado de solicitar formalmente su materialización. A continuación, deberá tenerse especial cuidado con el cumplimiento de todos los requisitos formales y sustantivos para concretar la petición ante la autoridad competente para autorizarla. Ella, a su vez, tendrá que evaluar en el caso concreto el cumplimiento o no de las exigencias legales que habilitan su uso. Luego, vendrá la etapa de designación del funcionario que actuará de forma encubierta, teniendo a la vista su idoneidad, competencias y características personales de cara a la organización o mercado ilícito concreto en el cual se infiltrará.

2.2. Primera etapa: la iniciativa

En general las leyes nacionales no determinan -por no ser necesario-, *quién* puede proponer, en etapas preliminares de la investigación, el uso de operaciones encubiertas. La experiencia iberoamericana²⁸ demuestra que esta iniciativa proviene por regla general de las policías o del fiscal a cargo de la investigación particular. Son justamente ellos quienes, en el desarrollo de su labor investigativa, detectan la necesidad de recabar evidencia a través de agentes encubiertos.

Lo más relevante en esta etapa será el conocimiento que tenga el funcionario encargado de las pesquisas sobre el *destinatario* de su propuesta: si debe, según la ley local,

²⁸ Extraídas de la discusión realizada en Valencia, España, por miembros de la RFAI, la IILA y este consultor en diciembre del año 2023. Para mayores antecedentes vid. Diagnóstico, cit. pp. 5.



Proyecto financiado por la UE

transmitirla a un fiscal, a un juez o a algún otro organismo que tenga las competencias legales para plantear una solicitud formal.

2.3. Segunda etapa: coordinaciones previas

Ya originada la idea de ejecutar una operación encubierta, e identificada la institución que debe solicitar formalmente la propuesta, se recomienda sostener una reunión de coordinación previa entre las autoridades proponentes y solicitantes (en términos generales, entre policías y fiscales), con la finalidad de discutir sobre al menos los siguientes temas:

- i) Factibilidad legal de solicitar formalmente la diligencia. Ello incluye especialmente el análisis del tipo penal subsumible en los hechos investigados, y si éste habilita o no ser investigado a través de operaciones encubiertas.
- ii) Análisis sobre la concurrencia en el caso concreto de los presupuestos que permiten tener por cumplidas las exigencias de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.²⁹
- iii) Si hubiere consenso sobre la necesidad y legalidad de la medida, adoptar algunos acuerdos preliminares:
 - a) Objetivos generales y específicos perseguidos con la operación (por ejemplo, identificar partícipes del delito y rescatar víctimas; recoger determinado tipo de evidencia, como evidencia digital, vehículos, documentos, etc.).
 - b) Qué tipo de funcionario sería idóneo, de acuerdo a los objetivos planteados, para infiltrarse en la organización o mercado criminal.
 - c) Cuándo sería conveniente que el agente comience su labor y por cuánto tiempo se debiera extender.
 - d) Qué medidas especiales de reserva y seguridad del agente debieran implementarse.
 - e) Forma de actuación del agente.
 - f) Fundamentos centrales que motivarán la solicitud formal.
- iv) Delinear un calendario de acciones futuras que permitan organizar el trabajo.

²⁹ Vid., *supra*. 1.2.



Proyecto financiado por la UE

2.4. Tercera etapa: solicitud formal

En esta tercera etapa será fundamental poner atención al menos a tres situaciones:

- i) La autoridad competente para formular la solicitud. Deberá identificarse con precisión qué organismo del Estado es aquel competente para requerir la implementación de esta diligencia. Si la operación es solicitada por una autoridad que no tiene las facultades legales, esta será irremediamente rechazada o, con posterioridad, las pruebas recogidas podrían ser anuladas o excluidas del proceso. En el ámbito iberoamericano, las legislaciones domésticas han alcanzado diferentes soluciones: en algunas son los propios policías³⁰ quienes pueden formular el requerimiento; en otras son los fiscales³¹ y en otras los jueces.³²
- ii) Requisitos formales y de fondo. Varias cuestiones merecen relevarse a este respecto:
 - a) La *forma* de realizar la solicitud. En general se exigirá un requerimiento por escrito, aunque algunas legislaciones autorizan a sus autoridades a que formulen la solicitud de manera verbal o por cualquier medio idóneo, en particular en casos urgentes.³³
 - b) La *autoridad* ante quien se presenta la solicitud o la que debe ratificar lo actuado. Esto es, aquella facultada legalmente para autorizar o no el uso de esta técnica de investigación.³⁴
 - c) Los *fundamentos* en los cuales se sustenta la petición.
 - c.1) Algunos Estados no contienen ninguna exigencia especial a este respecto³⁵. En estos casos, deberán cumplirse con todos los requisitos establecidos para la generalidad de requerimientos, contenidos

³⁰ Es el caso de Andorra; Brasil en algunos supuestos; Costa Rica; Nicaragua; Paraguay; Italia Diagnóstico, cit. pp. 21; 28; 38; 57; 61; 76, respectivamente.

³¹ Así, por ejemplo, Argentina bajo el nuevo Código Procesal Penal Federal; Bolivia; Brasil; Chile; Colombia; Costa Rica; Cuba en algunos supuestos; El Salvador; España; Guatemala; Honduras; México; Panamá; Paraguay; Perú; Portugal; República Dominicana; Uruguay; Venezuela Diagnóstico, cit. pp. 23; 26; 28; 32; 36; 38; 39; 43; 45; 48; 51; 54; 59; 61; 64; 66; 69; 71; 75, respectivamente.

³² En esta línea, Argentina bajo el sistema inquisitivo; Cuba; Ecuador; España; Diagnóstico, cit. pp. 23; 39; 41; 45, respectivamente.

³³ Véase, por ejemplo, la ley venezolana en este tema, Diagnóstico, cit. pp. 75.

³⁴ Vid., *infra*. 2.5.

³⁵ Así, por ejemplo, Andorra, Diagnóstico, cit. pp. 21.

usualmente en el Código Procesal o de Procedimiento Penal (forma de los escritos, solemnidades, justificación fáctica y normativa, etc.).

c.2) Debiera siempre incluirse una breve relación de los hechos investigados y el o los tipos penales que subsumen, a la vez que explicar cómo tales delitos son susceptibles de ser investigados a través de operaciones encubiertas.³⁶

c.3) Debieran acompañarse aquellos antecedentes que permiten colmar en el caso concreto las exigencias de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

c.4) Estándar probatorio. Algunas legislaciones exigen expresamente que los antecedentes que funden la solicitud permitan acreditar, bajo un determinado estándar probatorio (por ejemplo *presunciones fundadas*) la comisión del delito y la participación de las personas bajo investigación en él.³⁷

c.5) Satisfacer las demandas legales específicas de cada legislación. Algunos países exigen por ejemplo indicar el tipo de acciones que el agente desarrollará durante su cometido, los nombres de las personas investigadas y el lugar donde ésta la operación se llevará a cabo³⁸; acompañar antecedentes suficientes que demuestren la necesidad de la medida³⁹.

iii) Secreto. La mayoría de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos contienen normas especiales que permiten mantener bajo reserva la solicitud y su resolución y, especialmente, la identidad real del agente, como mecanismo de protección frente a posibles atentados contra su vida o integridad física en el futuro.⁴⁰ En este ámbito conviene tener presente lo siguiente:

a) Identificar y cumplir con todas las leyes que imponen medidas especiales de reserva, y la forma en que ésta debe concretarse.⁴¹

³⁶ Vid., *supra*. 1.

³⁷ Véanse en este sentido las legislaciones chilena -en relación al agente encubierto en línea- y colombiana, Diagnóstico, cit. pp. 32 y 36 respectivamente.

³⁸ Por ejemplo, la legislación brasileña, Diagnóstico, cit. pp. 28. La ley de Guatemala tiene una norma similar, Diagnóstico, cit. pp. 48.

³⁹ Es el caso de las legislaciones ecuatorianas y paraguayas, Diagnóstico, cit. pp. 41 y 61 respectivamente.

⁴⁰ Diagnóstico, cit. pp. 21-78. Sobre el secreto como mecanismo de *seguridad* de los agentes, vid. *infra*. 6. En cuanto al secreto durante el juicio respectivo y durante la rendición de pruebas, vid. *infra*. 5.

⁴¹ Véase, en este sentido, las regulaciones chilenas, ecuatoriana, guatemalteca, hondureña, mexicana, paraguayas, dominicana, entre otras. Diagnóstico, cit. pp. 33-34; 42; 49; 53; 55; 63; 70, respectivamente.



Proyecto financiado por la UE

- b) Sea que se cuente o no con normas especiales en materia de secreto:
- b.1) Una vez designado al agente que oficiará como encubierto, éste debe ser individualizado en todas las piezas del proceso bajo un código secreto especial, nunca utilizando su verdadera identidad ni indicando cualquier característica que permita individualizarlo.
 - b.2) La verdadera identidad del agente debe ser mantenida en un sobre cerrado bajo custodia. A dicha información sólo deberían acceder personas calificadas relacionadas directamente con la investigación (policía, juez y fiscal).
 - b.3) La reserva debe mantenerse de manera indefinida, incluso después del término del proceso, a menos que su revelación sea necesaria (por ejemplo, para garantizar la adecuada defensa del imputado).
 - b.4) Debiera considerarse la posibilidad de castigar como delito la revelación de antecedentes relativos a la verdadera identidad del agente encubierto.

2.5. Cuarta etapa: autorización

En la fase de autorización, dos temas son centrales:

- i) Identificar adecuadamente a la autoridad competente para autorizar el uso de esta técnica investigativa. Al igual que ocurre en la etapa de solicitud, los países han encontrado diferentes soluciones. En algunos es la propia policía la habilitada para autorizar la medida⁴²; en otros es el Ministerio Público⁴³; y en una mayoría es el juez competente aquel llamado a resolver la petición⁴⁴. Además, algunos Estados regulan situaciones especiales: por ejemplo aquella en que por motivos urgentes debe iniciarse la operación encubierta, lo que obliga a solicitar una *ratificación* posterior del tribunal.⁴⁵
- ii) Lo exija expresamente la ley local o no, la resolución debiera estar suficientemente *fundada*, lo cual conlleva la obligación de explicitar los argumentos según los cuales se da lugar a la solicitud, tanto aquellos fácticos como los propiamente normativos. Lo señalado *supra*. a propósito de la solicitud recibe plena aplicación en sede de autorización.

⁴² Por ejemplo, Nicaragua. Diagnóstico, cit. pp. 57.

⁴³ Por ejemplo, México. Diagnóstico, cit. pp. 54.

⁴⁴ Por ejemplo, Argentina. Diagnóstico, cit. pp. 23.

⁴⁵ Por ejemplo, Portugal. Diagnóstico, cit. pp. 66.



Proyecto financiado por la UE

2.6. Quinta etapa: designación del agente

Para la designación del funcionario que se desempeñará como agente encubierto en el caso concreto, debe tenerse presente las siguientes consideraciones:

- i) Tener a la vista la legislación local. Algunos países han dictado leyes que expresamente se refieren a la forma y autoridades que están facultadas para designar agentes encubiertos.⁴⁶
- ii) En relación al *funcionario* que puede desempeñarse como agente encubierto, existen diferentes aproximaciones legales en la región. Si bien la mayoría de las leyes establecen que serán policías quienes actúen como encubiertos, algunos países prevén soluciones diferentes.⁴⁷
- iii) La designación debe recaer necesariamente en un funcionario *idóneo* a la luz de la investigación concreta. No todas las personas que potencialmente pueden desempeñarse como agentes encubiertos poseen las mismas características físicas y personales que los convertirían en investigadores *idóneos* para la operación específica en la que deben desenvolverse. De esta manera, un funcionario determinado podría realizar un muy eficaz trabajo infiltrando una violenta organización dedicada al narcotráfico en grandes volúmenes, pero su perfil profesional y personal no necesariamente será el adecuado para investigar a un grupo dedicado a la trata de personas con fines de explotación laboral, en la cual deberá interactuar con víctimas especialmente vulnerables. Criterios territoriales, sociales, culturales, idiomáticos también deben ser tenidos en cuenta.⁴⁸ Algunos países de la región han incluido en sus marcos normativos referidos a las operaciones encubiertas algunas reglas específicas sobre la idoneidad de los funcionarios que realizarán actuaciones encubiertas.⁴⁹

⁴⁶ Así, por ejemplo, en Argentina la designación del agente encubierto es realizada por el Ministerio de Seguridad de la Nación, Diagnóstico, cit. pp. 23. En Honduras, la designación la realiza el juez competente a petición del Ministerio Público, Diagnóstico, cit. pp. 52.

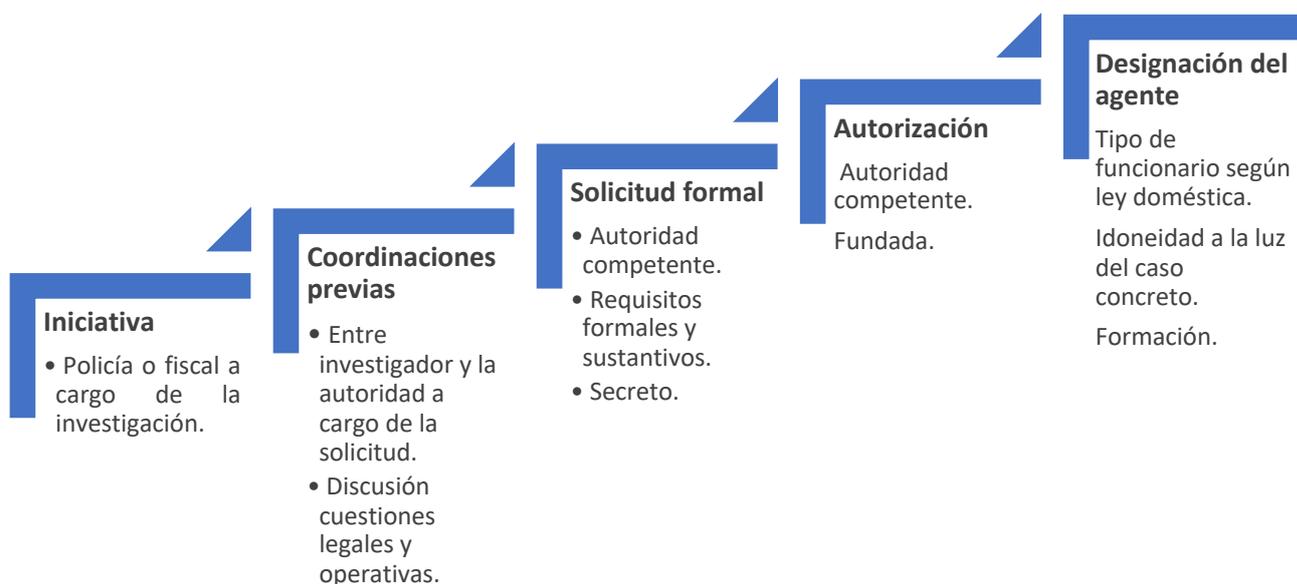
⁴⁷ En Uruguay puede ser designado como agente encubierto *cualquier* funcionario público; en República Dominicana policías, militares o agentes de inteligencia; en Portugal puede tratarse de policías o de terceros actuando bajo el control de la policía; en Panamá pueden desempeñarse como encubiertos servidores públicos nacionales o *extranjeros*; entre otras. Diagnóstico, cit. pp. 71, 69, 66, 60, respectivamente.

⁴⁸ Vid., Diagnóstico, cit. pp. 80.

⁴⁹ Véase, en este sentido, las legislaciones de Argentina, exigiendo la ausencia de antecedentes penales pretéritos de los funcionarios actuando como agentes encubiertos; de Cuba, que demanda que los

- iv) Aunque varias leyes iberoamericanas incluyen -innecesariamente- una norma expresa en este sentido, la actuación del agente debe ser *voluntaria*: nadie puede ser obligado a desempeñarse como tal, teniendo en cuentas los riesgos asociados al encargo.
- v) Es recomendable crear e implementar programas de capacitación especiales para los funcionarios actuando en operaciones encubiertas, de manera tal que tengan los conocimientos legales y operativos suficientes para llevar adelante su investigación.
- vi) Asimismo, podría evaluarse la creación de un registro de funcionarios que tengan las capacidades técnicas y operativas para desempeñarse como agentes encubiertos, cuidando de mantener un adecuado balance de características personales, de manera tal que permita elegir a la persona idónea.

2.7. Esquema



funcionarios sean “entrenados”; Honduras; Nicaragua; Perú; Diagnóstico cit. pp. 23, 39, 52, 58, 64-65, respectivamente.



Proyecto financiado por la UE

3. Actuación del agente

3.1. Cuestiones generales

Los aspectos relativos a la actuación *operativa* del agente encubierto durante la operación son centrales para el análisis global de esta técnica de investigación. Sin embargo, no todos los países regulan la forma en que su cometido debe materializarse, y aquellos que sí lo hacen ponen énfasis en temas diferentes.⁵⁰ No es posible, en consecuencia, encontrar criterios semejantes en la región. Sin perjuicio de ello, es posible identificar ciertas guías operativas que pueden ser seguidas por todos los organismos encargados de aplicación de la ley de Iberoamérica, en la medida por cierto que no exista una ley expresa que lo prohíba.

En lo sucesivo se analizarán tales guías o criterios, referidos específicamente a la forma en que el agente se infiltra en la organización o mercado, la forma en que se comunica con “el exterior”, en particular el fiscal o juez encargado del caso, y la manera en que debe recoger y presentar evidencias. Dejaremos apartados independientes a las cuestiones relativas a la posible comisión de delitos por parte del funcionario y su seguridad.

3.2. Criterios operativos para la actuación del agente encubierto

Planificación

La preparación de la operación es esencial para garantizar su éxito. Algunos países de la región incluso la exigen a nivel legal.⁵¹ En ella debieran participar al menos el oficial que trabajará como encubierto y el fiscal o juez a cargo de la investigación. Por cierto, es posible sumar a más personas, como sus respectivos jefes o unidades especializadas de apoyo, siempre teniendo en cuenta que mientras mayor sea el abanico de personas que conocen de la existencia de la operación y de la verdadera identidad del agente, más

⁵⁰ Compárese, por ejemplo, la legislación de Andorra, que no contiene reglas específicas sobre la actuación de los agentes, con la de Bolivia, que se limita a exigir al agente que mantenga informado al fiscal a cargo del procedimiento sobre las actividades realizadas y proyectadas y la información que vaya recogiendo, con las normas de Guatemala, mucho más extensas y detalladas, Diagnóstico, cit. pp. 21, 26 y 49-50 respectivamente.

⁵¹ En Guatemala, por ejemplo, la ley obliga al fiscal a ordenar a la policía que realice un análisis “(...) *sobre la estructura de la organización criminal, la agresividad de sus integrantes, los lugares donde se encuentran y sus puntos débiles. A continuación, se deberá realizar un trabajo de planificación, preparación y manejo de la operación.*”, Diagnóstico, cit. pp. 49.



Proyecto financiado por la UE

probabilidades existen de filtraciones que puedan poner en peligro la vida o integridad de éste y el éxito de la operación.

En la fase de planificación se asume que ya existieron contactos previos y reuniones de coordinación entre el agente y el fiscal o juez a cargo de la investigación⁵², y que además se realizó un diagnóstico preliminar sobre la organización o mercado a infiltrar, a efectos de elegir el perfil de agente más idóneo en el caso concreto.⁵³ Lo central ahora será preparar de modo mucho más detallado y específico los aspectos operacionales de la diligencia. Ello podría incluir la discusión de una o más de las siguientes cuestiones:

- i) La vida ficticia del agente.⁵⁴
- ii) La forma en que se concretará la infiltración. Dependiendo del tipo de organización o mercado, el abordaje del agente podría necesitar de cierta preparación previa: por ejemplo, el lenguaje que usará, la ropa que vestirá, los códigos culturales que necesita aprehender, etc. Además será necesario discutir cuestiones relativas al uso de armas (*blancas* o de fuego), si fuera necesario que conduzca un vehículo y de qué tipo y lugar en el que debe fijar su residencia ficticia, entre otras. Por último, debe precisarse con el mayor detalle posible las etapas de la infiltración: a qué persona dentro de la organización o mercado criminal contactará, qué tiempos de actuación debe tener presentes, cuáles son los planes alternativos en caso de que el original no pueda concretarse, cuestiones de seguridad, etc.
- iii) Todos los aspectos relativos a la operación analizados *infra*.

Identidad ficticia

Las operaciones encubiertas son definidas en general como la infiltración que hace el agente utilizando una identidad *supuesta, falsa o ficta*.⁵⁵ El término “identidad” no debiera entenderse como uno limitado a la creación y uso de *documentos* de identidad

⁵² Vid., *supra*. 2.3.

⁵³ Vid., *supra*. 2.6.

⁵⁴ Vid., *infra*.

⁵⁵ En este sentido, la legislación chilena define al agente encubierto como “(...) el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos...”, Diagnóstico, cit. pp. 31.



Proyecto financiado por la UE

falsos, sino a la creación de una personalidad completa que le permita intervenir en todos los aspectos del tráfico jurídico y mercantil.⁵⁶

Lo anterior implica:

- i) La creación de una serie de documentos que posibiliten al agente una vida “ordinaria” dentro de los parámetros sociales, culturales y económicos en los cuales se desenvolverá.
- ii) Al menos, entonces, debiera contar con una cédula de identidad válida y vigente (con algún tiempo de antigüedad para no despertar sospechas), pasaporte, licencia de conducir, y en general la documentación que cualquier persona en su lugar poseería (por ejemplo, certificados de vacunación contra el COVID). Adicionalmente, será relevante entregarle una cuenta bancaria y demás antecedentes financieros que le permitan depositar, transferir y girar dinero y utilizar tarjetas de crédito y débito.
- iii) También será necesario que el agente posea registros y cuentas que habitualmente son utilizadas, entre ellas, cuentas de correo electrónico y redes sociales (por ejemplo, Instagram, X, Tik Tok, etc.).⁵⁷ En este caso será indispensable “poblar” las cuentas con suficiente información, y de una adecuada antigüedad, para no despertar sospechas sobre su verdadera identidad. Asimismo, dependiendo del tipo de investigación, podría ser necesario crear cuentas en los organismos encargados de recaudar impuestos, de salud, de previsión, entre otras.⁵⁸
- iv) Será vital activar con tiempo las coordinaciones interinstitucionales necesarias para que el agente pueda acceder a las cuentas y servicios con su identidad ficticia con la suficiente antelación, de manera tal que alcance a probar su efectividad y buen funcionamiento, evitando que cualquier

⁵⁶ Véase al respecto la ley española, que establece que la identidad supuesta de los agentes los dejará habilitados para participar en el tráfico jurídico y social, Diagnóstico, cit. pp. 46.

⁵⁷ Vid., la ley italiana, reconociendo expresamente la necesidad de activar redes y sistemas informáticos, Diagnóstico, cit. pp. 77.

⁵⁸ La ley chilena dispone que se podrá autorizar la apertura de una cuenta bancaria y la obtención de documentos tales como licencia de conducir y contratación de servicios básicos a través de la identidad ficticia, Diagnóstico, cit. pp. 33.



Proyecto financiado por la UE

inconveniente a este respecto pueda develar su verdadera identidad durante la operación.⁵⁹

Infiltración

Como se resaltó *supra.*, uno de los aspectos más relevantes de la planificación consiste en la decisión de la *forma* en que el agente infiltrará a la organización o mercado. Varias alternativas son posibles, todas ellas dependiendo de las particulares características del caso concreto. Algunos criterios que podrían ser de utilidad en esta fase son los siguientes:

- i) Establecer un *vehículo* de infiltración, que sea adecuado a las condiciones culturales, sociales y económicas de la organización o mercado. Este vehículo puede ser personal, por ejemplo la presentación que hace un tercero - típicamente un informante- del agente a los imputados; social, por ejemplo encuentros casuales en instancias sociales, la compra o arriendo de una vivienda colindante con la de uno de los sujetos investigados, etc.; o comerciales, por ejemplo a través del establecimiento de un comercio en el lugar donde se realizará la operación o la asunción de identidades que ofrezcan servicios a la organización, por ejemplo venta de armas, de drogas, transporte, acopio, etc.
- ii) Diseñar planes alternativos de infiltración para utilizar como respaldo.
- iii) Implementar criterios de seguridad del agente. Ello implica que la infiltración debe ser lo más segura posible y además ejecutarse de tal forma que no exponga al agente a ser descubierto.

Detención del agente encubierto

Si el agente es detenido utilizando su identidad falsa, deberá darse cuenta de inmediato de esta situación, por cualquier medio idóneo, al juez o fiscal a cargo del procedimiento en cuyo contexto se produjo el arresto. Lo anterior, con la finalidad de que dicha autoridad pueda consultar, reservadamente, con aquella que lidera la investigación encubierta y así corrobore la información y coordine las acciones a seguir. Debe tenerse

⁵⁹ En Chile, la ley dispone que para la materialización de la vida ficticia debe intervenir la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil, proveyendo la documentación necesaria para cumplir su cometido, Diagnóstico, cit. pp. 33. Similar, véase la legislación de Nicaragua, Diagnóstico, cit. pp. 58.



Proyecto financiado por la UE

presente que varios ordenamientos jurídicos de la región contienen leyes que expresamente regulan esta situación.⁶⁰

No siempre será recomendable liberar de inmediato al agente en desmedro de otros detenidos, pues ello puede generar sospechas sobre su verdadera identidad. El curso de acción a seguir debiera ser consensuado entre las autoridades involucradas, atendidas las particularidades del caso concreto. La responsabilidad penal del agente por su participación en el hecho que motivó su detención debiera ser evaluada a la luz de las normas que gobiernan esta técnica de investigación, ya que podría estar exento de castigo.⁶¹

Comunicación con el fiscal o juez a cargo del procedimiento

La comunicación del agente con el “exterior” es indispensable para poder informar y alertar al fiscal o juez a cargo del proceso de los avances, problemas y eventos criminales futuros que planea la organización o que podrían desarrollarse en el contexto de un mercado criminal concreto. Varios elementos son merecedores de especial atención en este ámbito:

- i) En primer lugar, será indispensable identificar al *receptor* de la información que entrega el agente. Puede tratarse del propio juez o fiscal a cargo del procedimiento o incluso de un tercero que haga las veces de intermediario. En este último caso, especial cuidado habrá de tenerse para evitar que la información sea distorsionada por el tercero y llegue de manera íntegra y completa a su receptor final.⁶²
- ii) Luego, habrá que establecer un *medio* de comunicación. Según las características concretas de la operación y el tiempo “libre” de que disponga el agente, la transmisión de antecedentes puede abarcar un amplio rango de medios, desde el uso de cuentas de correos electrónicos diferentes de aquella que es parte de su identidad ficta; el uso de mensajes, cifrados o no, enviados y recibidos a través de sistemas de mensajería tradicionales o especialmente creadas al efecto; comunicación verbal en lugares, días y

⁶⁰ Véase, por ejemplo, las legislaciones hondureñas y portuguesa, Diagnóstico, cit. pp. 53 y 67 respectivamente.

⁶¹ Vid., *infra*. 4.

⁶² En Honduras, por ejemplo, el agente encubierto debe entregar la información a un *agente de contacto*, que a su vez la transmite al Ministerio Público, organismo que la debe poner en conocimiento del juez que autorizó la diligencia, Diagnóstico, cit. pp. 52.



Proyecto financiado por la UE

horas previamente acordadas, entre otras. El sistema que se adopte debe considerar también la seguridad del agente, es decir, el medio elegido no debe ser uno que ponga en riesgo su vida o integridad física o que permita develar su verdadera identidad.

- iii) En cuanto al contenido y periodicidad de la comunicación, ésta puede variar teniendo en cuenta las exigencias legales domésticas⁶³ y los objetivos específicos del proceso penal, pero en términos generales debiera abarcar:
- a) El establecimiento de una determinada franja temporal en la cual se evacúen los informes. Por cierto, ello debe considerar siempre la posibilidad y el mecanismo de informar situaciones urgentes aún fuera del plazo establecido.
 - b) Informes de avance de la investigación: diligencias realizadas, evidencia obtenida, antecedentes recopilados, etc.
 - c) Necesidad de adoptar otras medidas investigativas especiales, por ejemplo interceptación de comunicaciones, entregas vigiladas, uso de agentes encubiertos en línea, allanamientos, entre otros.
 - d) Aviso sobre futuros delitos planificados por la organización, y la evaluación sobre si es conveniente interceptarlo o no.
 - e) Identificación de víctimas y necesidad o no de realizar algún operativo de rescate.
 - f) Riesgos para la vida o integridad física del agente.⁶⁴

Obtención de evidencias

En relación a la *forma* en la cual el agente recoge evidencia, algunas cuestiones merecen relevarse:

- i) En términos generales, deberá delimitarse con precisión cuál es el ámbito de actuación *permitido* del agente bajo la ley vigente y la resolución que autoriza su trabajo como encubierto⁶⁵. Debiera incluir, en principio, la recopilación de todos los antecedentes y datos que permitan identificar partícipes, planes, delitos cometidos o por cometer, víctimas y bienes. En este sentido, la labor

⁶³ Vid., en este sentido, las legislaciones italiana, uruguaya, dominicana y panameña, entre otras, Diagnóstico, cit. pp. 77, 72, 69, 60, respectivamente.

⁶⁴ Vid., *infra*. 6.

⁶⁵ La legislación de Guatemala, por ejemplo, prohíbe al agente realizar acciones que excedan lo planificado, Diagnóstico, cit. pp. 49.



Proyecto financiado por la UE

del encubierto se traduce en la de un *espectador* que observa la realidad y luego reporta lo observado.

- ii) Luego, será probablemente necesario adoptar *otras* técnicas investigativas. Entre éstas, merecen destacarse, por la relevancia que pueden tener para el éxito de la operación, la incautación de documentos, especies y bienes en general⁶⁶; entregas controladas de objetos de ilícito comercio (drogas, armas, etc.)⁶⁷; interceptación de comunicaciones; actuación de agentes reveladores o agentes encubiertos en línea⁶⁸; utilización de medios tecnológicos como micrófonos, videograbadores, cámaras, entre otros.⁶⁹ allanamientos de moradas e inspección de lugares cerrados o abiertos; entre otras. En estos casos, será fundamental establecer con precisión si la autorización inicial para el desarrollo de la operación habilita al agente a llevar adelante estas otras diligencias o si, por el contrario, debe requerirse una autorización judicial expresa previa.⁷⁰
- iii) Finalmente, es posible que el agente informe de la comisión de delitos en el futuro. En estos casos puede resultar aconsejable, para el éxito de la operación en su conjunto, permitir su consumación. Algunos países contemplan expresamente esta posibilidad.⁷¹

⁶⁶ En Costa Rica la ley alude expresamente a los bienes, disponiendo que aquellos recibidos por el agente deben ser entregados al Ministerio Público, el que levantará acta y los entregará a su vez al Instituto Costarricense sobre Drogas, salvo casos excepcionales, Diagnóstico, cit. pp. 38. En el mismo sentido, véase la ley de Honduras, Diagnóstico, cit. pp. 58.

⁶⁷ La ley panameña habilita al agente encubierto expresamente para participar en compras controladas de drogas, Diagnóstico, cit. pp. 44.

⁶⁸ Sobre la relación entre las operaciones encubiertas y otras técnicas especiales de investigación como las entregas vigiladas o controladas, la interceptación de comunicaciones o el uso de agentes reveladores e informantes, vid. *infra*. 7.

⁶⁹ La ley de Brasil, por ejemplo, alude expresamente a la información electrónica que debe ser grabada, registrada y almacenada por el agente durante su trabajo encubierto, Diagnóstico, cit. pp. 29. En el mismo sentido, véase la legislación colombiana, guatemalteca y hondureña, Diagnóstico cit. pp. 37, 49 y 52 respectivamente.

⁷⁰ En Ecuador, por ejemplo, es necesario solicitar autorización judicial para la realización de aquellas diligencias que bajo la ley ecuatoriana lo requieran, Diagnóstico, cit. pp. 42. En el mismo sentido, la ley española, Diagnóstico, cit. pp. 46. En México se establece que la intervención o interceptación de comunicaciones por parte del agente debe contar con autorización judicial previa, Diagnóstico, cit. pp. 55. Similar, véanse las leyes paraguaya, peruana y uruguaya, Diagnóstico, cit. pp. 62, 65 y 72 respectivamente.

⁷¹ Vid., por ejemplo, la legislación italiana y la paraguaya, Diagnóstico, cit. pp. 77 y 61 respectivamente.



Proyecto financiado por la UE

Víctimas

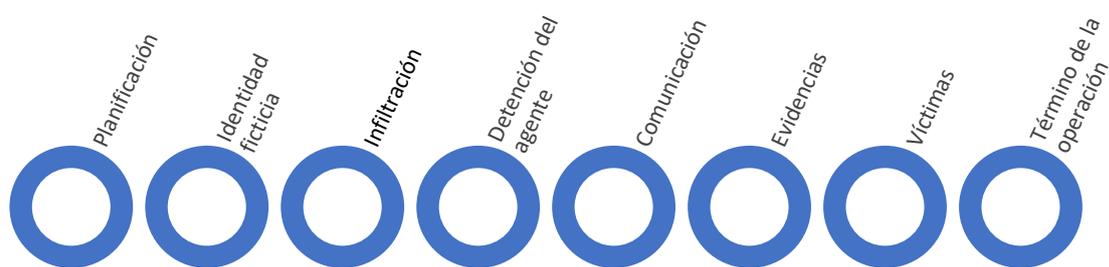
Algunas operaciones encubiertas determinarán al agente a relacionarse con víctimas de los delitos (por ejemplo, piénsese en una organización dedicada a la trata de personas con fines de explotación sexual o laboral, que a la fecha en que el agente se infiltra ha captado y explotado a varias víctimas; o las víctimas de actos violentos -homicidios, lesiones- provocados por organizaciones dedicadas a diferentes delitos).

La existencia de víctimas actuales o potenciales obligan al agente y a la autoridad a cargo del proceso a planificar detalladamente el abordaje a las mismas, tanto desde el punto de vista de la operación concreta como desde la perspectiva de su protección y asistencia, y en general debieran contarse con protocolos específicos que permitan su *rescate* cuando el agente detecte un peligro real para su vida o integridad física.

Término de la operación

Es muy importante planificar con tiempo y detalle el término de la operación encubierta. La conclusión de la diligencia puede ser solicitada por el propio agente o decretada por el fiscal o juez a cargo del proceso. En cualquier caso, habrá que poner especial atención a los temas de seguridad que podrían surgir, lo cual determina al análisis de la forma en que se realizará la *extracción* del agente de la organización o mercado criminal específico, su relocalización inmediata y luego a mediano y largo plazo y las acciones investigativas que se realizarán de forma paralela, por ejemplo la detención de imputados, allanamiento de moradas, etc.

3.3. Esquema





Proyecto financiado por la UE

4. Responsabilidad penal del agente

4.1. Cuestiones generales

La infiltración del agente en un espacio altamente criminógeno implicará la posibilidad cierta de que *deba* cometer algunos delitos, pues se trata justamente de intervenir organizaciones o mercados que se *dedican* a la comisión de delitos. Teniendo dicha realidad a la vista es que casi todas las legislaciones iberoamericanas incluyen reglas de *exención* de responsabilidad criminal para el agente que cometa delitos durante la operación encubierta. Sin embargo, la exclusión de responsabilidad penal tiene límites.

La mayoría de los países incluyen cláusulas genéricas según las cuales el agente estará exento de responsabilidad penal por la comisión de aquellos delitos que fueren *consecuencia necesaria* de su actuación, necesarios, inevitables y proporcionales⁷². Otros Estados expresamente excluyen la posibilidad de que el agente cometa un cierto tipo de delitos, por ejemplo aquellos contra la vida y delitos sexuales, entre otros⁷³. Algunos Estados establecen en sus leyes que no le está permitido al agente *provocar* o *instigar* el delito, es decir, hacer nacer una voluntad delictiva allí donde antes no existía⁷⁴. Finalmente, ciertos ordenamientos jurídicos de la región regulan cuestiones específicas relacionadas a la posible responsabilidad penal del agente.⁷⁵

4.2. Criterios operativos.

En relación a los posibles delitos que el agente deba cometer durante su trabajo encubierto, se sugiere poner atención a los siguientes temas:

- i) En primer lugar, será necesario evaluar con anticipación la probabilidad de comisión de delitos por parte del agente durante la operación, identificar qué

⁷² Utilizando uno o más de estos criterios, pueden verse las leyes de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, España, Nicaragua, Panamá, Perú, Portugal, Uruguay, Italia, Diagnóstico, cit. pp. 27, 29, 33, 37, 40, 41, 46, 58, 60, 65, 67, 72, 77 respectivamente.

⁷³ Argentina, por ejemplo, contempla una causal de exención de responsabilidad penal por aquellos delitos que fueren consecuencia necesaria de la actuación del agente y éste se hubiera visto *compelido* a cometer; pero excluye expresamente los delitos que pongan en peligro cierto la vida o la integridad psíquica o física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro. Diagnóstico, cit. pp. 24. Similar, Guatemala, Honduras, Paraguay, Diagnóstico, cit. pp. 50, 52, 62-3, respectivamente.

⁷⁴ Véase, por ejemplo, las normas de Chile, Cuba, Ecuador, España, Guatemala, Honduras, Perú, Diagnóstico, cit. pp. 33, 40, 42, 50, 52, 65

⁷⁵ Por ejemplo, en Chile el agente será responsable por el uso manifiestamente indebido de su historia ficticia; y tanto él como el fiscal que autorizó la medida podrán ser sancionados por la realización de acciones en exceso o abuso de los límites impuestos en la autorización original, Diagnóstico, cit. pp. 33.



Proyecto financiado por la UE

tipo de crímenes se cometerían, qué normas domésticas regulan el tema (respecto de qué delitos se exige de responsabilidad penal del agente), y planificar en consecuencia. Ello permitía al agente tener un cierto marco en torno al cual desenvolverse durante su trabajo como encubierto.

- ii) Los delitos *inevitables* o aquellos que el agente *se hubiera visto compelido a cometer* pueden ser identificados con mayor facilidad. En términos generales, se trata de aquellos en los cuales el agente no tenía una opción real de actuar de forma alternativa, sea porque fue derechamente obligado o determinado a cometerlo (por ejemplo si está infiltrado en capas jerárquicas inferiores de la organización y uno de sus líderes lo obliga a cometer un delito), o porque sin haber sido coaccionado, la no comisión del delito hubiera comprometido gravemente el éxito de la operación y su seguridad personal (por ejemplo, porque al no existir ningún fundamento razonable para rechazar la comisión de delitos, su negativa pudiera generar sospechas que terminen develando su verdadera identidad).

- iii) La *proporcionalidad*, por su parte, deberá evaluarse en el caso concreto. Un criterio útil para determinar cuándo el delito cometido por el agente es proporcional a su trabajo como encubierto puede buscarse en la comparación del tipo de delito cometido frente a aquellos que *normalmente* comete la organización infiltrada; o en el análisis de los bienes jurídicos tutelados por ambos tipos de crímenes. Así, por ejemplo, si la organización intervenida investigativamente se dedica a la compra y venta de drogas ilícitas, y nunca o rara vez emprende acciones contra las personas -su vida o integridad física o síquica-, podría resultar desproporcionado si el agente golpea y lesiona de gravedad a alguien durante su cometido. En el mismo sentido, si la organización es violenta, pero la lesión provocada por el agente es absolutamente *evitable* en el caso concreto, ella podría ser calificada también de desproporcionada.

- iv) Los principios orientadores de la *proporcionalidad* sin duda servirán también para determinar cuándo el delito cometido por el agente es *consecuencia necesaria* de su actuación encubierta. Se trata de aquellos ilícitos que de alguna manera se vinculan directa o indirectamente con la actividad criminal de la organización intervenida, respecto de los cuales un observador imparcial calificaría como actividad criminógena *normal* o *cotidiana* (comprar o vender drogas, lavar o blanquear utilidades, etc.).

v) En relación a la posible existencia de delitos *prohibidos* de comisión, tres cuestiones son relevantes:

v.1) Si la ley expresamente excluye del ámbito de exención a cierto tipo de delitos, se trata de una normativa que el agente debe conocer en detalle y tenerla a la vista en la planificación de la operación, para evitar situaciones que lo pudieran determinar a su comisión.

v.2) Aun cuando exista un mandato legal prohibiéndole al agente la comisión de determinados delitos, si en el caso concreto su consumación puede caber dentro de los límites de otras formas de exención de responsabilidad penal, como por ejemplo la legítima defensa o alguna forma de inexigibilidad de otra conducta, esa circunstancia también debiera eximirlo de responsabilidad criminal.⁷⁶

v.3) Si la ley no excluye *a priori* ningún delito, resulta aconsejable analizar previo al inicio de la operación qué tipo de delitos *nunca* estarían cubiertos por criterios de necesidad o proporcionalidad (si es que alguno).

vi) Sea que la ley lo señale expresamente o no, en términos generales le está vedado al agente *provocar* delitos, es decir, sugerir o instigar a otros a cometer crímenes que éstos no habían decidido por propia voluntad realizar. El agente encubierto debe reunir antecedentes y pruebas que acrediten la comisión de delitos en el pasado o que se estén planificando hacia el futuro; si no encuentra esas evidencias debe informarlo y la operación debería terminar, pero ello en ningún caso lo faculta para crear las condiciones para hacer nacer voluntades criminales en personas en las que antes no existían.

vii) Debe establecerse un mecanismo de información antes o después de cometido el delito, para que el fiscal o juez a cargo del proceso estén debidamente informados y adopten las medidas que correspondan.⁷⁷

⁷⁶ Véase en este sentido la legislación salvadoreña, que establece que si el agente encubierto cometiera algún delito, constituirá una *presunción legal* a su favor, para la configuración de una causal de justificación o antijuridicidad, “(...) el informe emitido por la Fiscalía y ratificado por el jefe de división, sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos.”, Diagnóstico, cit. pp. 44.

⁷⁷ Sobre la comunicación del agente con el juez o fiscal, vid. *supra*. 3.2.



Proyecto financiado por la UE

- viii) Asimismo, aquellas autoridades responsables de la operación en su conjunto deben implementar un sistema eficaz de alertas que les permitan detectar a tiempo si el agente se está involucrando *realmente* en la organización o mercado, aunque los delitos por él cometidos puedan parecer proporcionales y necesarios.

4.3. Esquema

Exención de responsabilidad penal del agente

Delitos inevitables.

Delitos necesarios (consecuencia necesaria).

Delitos proporcionales.

Catálogo delitos prohibidos.
Prohibición de *provocar* delitos.

5. Prueba

5.1. Cuestiones generales

El principal objetivo del agente encubierto consiste en recoger evidencias, reunir pruebas que luego puedan ser utilizadas para acreditar o descartar el acaecimiento de ciertos hechos constitutivos de delito, e identificar a sus partícipes y víctimas. La *operación encubierta*, entonces, es primero y ante todo una diligencia *investigativa*, que pretende verificar la existencia o no de ciertos hechos -que luego, a su vez, podrán tener o no relevancia jurídico-penal-. Bajo esta premisa, toda la actividad que despliegue el agente en torno a la evidencia, será fundamental en el más amplio marco de la operación encubierta en su conjunto.

La recopilación de pruebas tiene especial incidencia en tres etapas procesales: durante la infiltración del agente en la organización o mercado, etapa en la cual *recoge* evidencia o antecedentes probatorios útiles y los entrega a los fiscales o jueces a cargo del proceso; en la etapa de *admisibilidad*, durante la cual se examina la admisión o exclusión de la prueba de cara a su ponderación en sede de juzgamiento; y en la fase de juicio, en la cual la prueba se rinde ante los jueces para su valoración conforme a las formas y estándares probatorios establecidos en la legislación nacional. A su vez, los aspectos probatorios de la operación encubierta se encuentran íntimamente conectados con otros dos temas analizados en este protocolo: la actuación del agente⁷⁸ y su seguridad⁷⁹. Propondremos a continuación algunos criterios orientadores teniendo en cuenta los múltiples factores que inciden en este ámbito.

5.2. Criterios orientadores

- i) Durante la etapa de infiltración, habrá que poner atención a todo aquello relevado *supra* 3, en particular: la necesidad o no de contar con autorización judicial previa u otras formalidades procesales previo a recoger determinada evidencia; la forma de transmitir y entregar dichas pruebas al fiscal o juez a cargo de la investigación, cuidando especialmente de mantener su *integridad* de cara a su rendición en el juicio respectivo; etc.
- ii) En fase de *admisibilidad*, existen varias alternativas posibles que deberán analizarse en el caso concreto, teniendo especialmente en cuenta aspectos

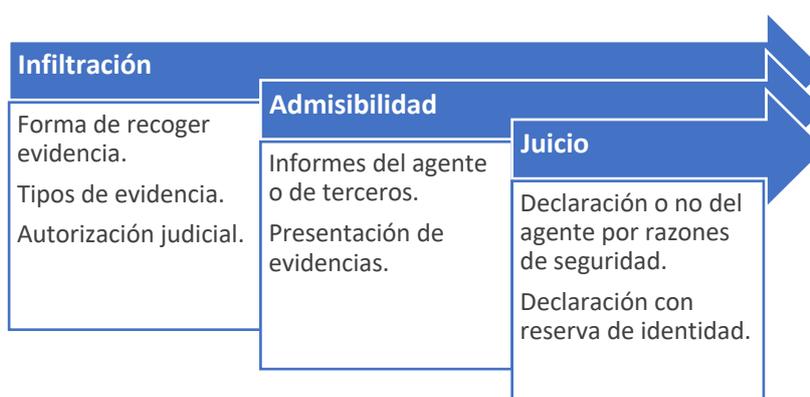
⁷⁸ Vid., *supra*. 3.

⁷⁹ Vid., *infra*. 6.

de seguridad del agente. Una opción, por ejemplo, es que el agente redacte un *informe final* de su gestión y éste sea acompañado como prueba junto a la declaración del propio agente o alguien en su nombre, y también junto a la evidencia material recogida. Otra alternativa es que el informe final sea firmado a través de un código secreto, para evitar la develación de la verdadera identidad del agente. Una tercera vía consiste en “re-hacer” todo o parte de la evidencia a través de otros medios investigativos *-ordinarios-*, que ratifiquen lo actuado por el agente, y sea dicha prueba la que se rinda en el juicio respectivo.⁸⁰

- iii) Finalmente, en sede de *juzgamiento*, la prueba deberá rendirse conforme a las reglas procesales locales. Particular importancia revestirá la decisión sobre si el agente debe o no declarar en el juicio, y en caso afirmativo si utilizará su identidad real o testificará de forma anónima. Argumentos de seguridad y relativos al derecho a la defensa pueden incidir en la adopción de una u otra alternativa⁸¹, mientras otras opciones pueden evaluarse, como la declaración anticipada del agente⁸² o la declaración en su nombre de un tercero.⁸³

5.3. Esquema



⁸⁰ En Chile, la ley dispone que el juez de garantía declarará nulas las actuaciones del agente que excedan manifiestamente el objeto de la herramienta, y las excluirá del proceso, Diagnóstico, cit. pp. 34.

⁸¹ En Argentina, por ejemplo, el agente encubierto sólo puede ser citado a declarar a juicio cuando ello resulte *imprescindible*. En estos casos, si existiere riesgo para la integridad del agente, deberán emplearse medios técnicos que impidan reconocer la voz y rostro del declarante. Los jueces, por su parte, deberán valorar esta prueba con *especial cautela*, y no podrá ser dirimente, Diagnóstico, cit. pp. 23. Similar, Bolivia y Chile, Diagnóstico cit. pp. 27 y 34 respectivamente.

⁸² Véase, por ejemplo, la legislación ecuatoriana, Diagnóstico, cit. pp. 42.

⁸³ Esta es la solución consagrada en la legislación hondureña, que permite la declaración del superior jerárquico del agente, Diagnóstico, cit. pp. 58. Similar, Venezuela, Diagnóstico cit. pp. 75.



Proyecto financiado por la UE

6. Seguridad del agente

6.1. Cuestiones generales

El trabajo de un agente actuando de forma encubierta es ciertamente peligroso. Cualquier error en la forma de conducir la operación puede resultar en la develación de su verdadera identidad y la consecuente toma de represalias por parte de las personas investigadas. Es por ello que los aspectos de seguridad del funcionario son muy importantes para evitar, prevenir o mitigar daños o atentados a su integridad o vida.

Varias legislaciones iberoamericanas contienen normas sobre seguridad de los agentes, las cuales son aplicables desde las etapas de solicitud y autorización de ejecución de esta técnica investigativa, hasta la eventual declaración en juicio del agente e incluyen en algunos casos medidas que pueden ser adoptadas también una vez concluido el proceso penal.

6.2. Criterios orientadores

- i) Secreto. Debiera siempre mantenerse bajo reserva la verdadera identidad del agente, al menos hasta que una orden judicial decrete su revelación. La aplicación de reglas de confidencialidad debieran abarcar al menos las siguientes materias:
 - a) Durante todo el proceso relacionado a la operación encubierta, la circunstancia de que está actuando un agente y su verdadera identidad debieran ser conocidas por un número reducido de personas, sólo aquel indispensable para poder ejecutar las diligencias necesarias.
 - b) Para la solicitud y autorización del uso de esta técnica, el agente se debiera individualizar a través de una clave o código secreto, nunca por su verdadera identidad.
 - c) Durante todo el proceso penal en el cual incide esta técnica investigativa, la verdadera identidad del agente debe ser mantenida en un sobre cerrado o bajo adecuadas medidas de seguridad, y al que sólo tengan acceso aquellas autoridades directamente vinculadas al desarrollo de la investigación.



Proyecto financiado por la UE

- d) La revelación de la verdadera identidad del agente debe ser autorizada por el juez o fiscal a cargo del proceso, y sólo si ello es estrictamente necesario y además no se vislumbran potenciales riesgos de atentados contra el agente. Consideraciones relativas al derecho de defensa de los imputados y la necesidad de conocer la verdadera identidad del agente para desarrollar argumentos de defensa podrían incidir en la publicación de sus datos originales.
 - e) En ciertos casos, las reglas de secreto deben extenderse también hacia los familiares y personas cercanas al agente.
 - f) Por último, podría considerarse la posibilidad de castigar como delito la infracción al deber de confidencialidad, como ya lo hacen algunos países de la región.⁸⁴
- ii) Durante la operación encubierta.
- a) Será fundamental realizar un diagnóstico de riesgos y amenazas previo al inicio de la operación, con la finalidad de identificar áreas de peligro para la seguridad del agente, y preparar lo necesario.
 - b) Tal diagnóstico debe ser actualizado periódicamente en la medida que avance la operación.
 - c) Cualquier medida de seguridad que se adopte debe considerar también la posibilidad de que no se revele la verdadera identidad del agente, lo que a su vez es una fuente directa de riesgos.
 - d) Deben establecerse protocolos de actuación para casos de emergencia, que le permitan al agente comunicar las 24 del día los 7 días de la semana sobre una situación peligrosa para su vida o integridad. Dicho mecanismo de comunicación debe ser rápido y a través de algún mecanismo que pueda siempre transportar el agente (por ejemplo, un teléfono o radio). La llamada de auxilio en casos de emergencia debe ser correspondida con una actuación oportuna y eficaz por parte de las autoridades competentes, que contemple distinto tipo de medidas, desde la

⁸⁴ Vid., *supra*. 3.

intervención en la zona de operaciones de policías u otros agentes, hasta la extracción del funcionario infiltrado.

- e) Planificación detallada de la forma de extraer al agente de la operación, sea por tratarse de una situación de emergencia o por haberse decretado el término de la operación.
 - f) Si la naturaleza y características de la investigación lo ameritan, debe considerarse ampliar las medidas de seguridad hacia la familia y personas cercanas al agente mientras trabaja de forma encubierta.
- iii) Durante el juicio y una vez terminado el proceso.
- a) Debe considerarse la posibilidad de que el agente declare sólo si es estrictamente necesario.
 - b) Si el agente declara en juicio, debe considerarse la posibilidad de que no revele su rostro ni verdadera voz, y se mantenga bajo reserva su identidad real, a menos que el tribunal ordene lo contrario.⁸⁵
 - c) Debe evaluarse la necesidad de que el agente y su grupo familiar estén sujetos a medidas de protección incluso una vez terminado el proceso. Estas pueden incluir, según la evaluación de riesgos que se realice en el caso concreto, el cambio definitivo de identidad, el traslado a otra región o a otro país, protección policial permanente, etc.
- iv) Todas las medidas de seguridad pueden ir acompañadas por acciones de asistencia, las que pueden abarcar necesidades médicas y psicológicas.

⁸⁵ Vid., *supra*. 5.2.

6.3. Esquema





Proyecto financiado por la UE

7. Otras técnicas especiales de investigación

7.1. Cuestiones generales y criterios orientadores

Como se analizó *supra*. 3, el desarrollo de operaciones encubiertas atrae en la mayoría de los casos la necesidad de aplicar *otras técnicas investigativas, ordinarias o especiales*. Dentro de las primeras puede mencionarse la obtención de documentación pública o privada que ratifique los antecedentes aportados por el agente, las declaraciones de testigos o víctimas que hubieran sido rescatadas, la inspección de lugares, la confección de peritajes, por ejemplo financieros para acreditar la realización de maniobras de lavado de dinero, allanamiento de moradas, incautación de instrumentos y especies, entre otras.

En cuanto a las técnicas especiales de investigación, pareciera en principio que podrían recibir aplicación todas ellas y especialmente el uso de agentes reveladores⁸⁶, interceptación de comunicaciones, informantes y entregadas vigiladas o controladas. Tal como fuera expuesto, hay dos cuestiones esenciales que resulta necesario analizar sobre la utilización de otras técnicas investigativas durante las operaciones encubiertas:

- i) Si la ley doméstica habilita al agente a ejecutar otras técnicas especiales de investigación durante la operación⁸⁷.
- ii) En caso contrario, *qué* requisitos deben cumplirse para poder concretar la realización de estas otras técnicas investigativas. En la mayoría de los casos se requiere una autorización judicial *específica* que habilite al agente a realizar otras diligencias.

Finalmente, debe tenerse presente que algunos ordenamientos jurídicos de la región consagran expresamente la figura del agente encubierto *en línea*.⁸⁸ Se trata del funcionario que se infiltra en una organización o mercado criminal a través de *medios informáticos* (internet, redes sociales, grupos de servicios de mensajería, intervención de sistemas informáticos utilizados por la organización, entre otros). Para los países que no cuenten con una norma expresa en este sentido, deberá evaluarse si aquellas que

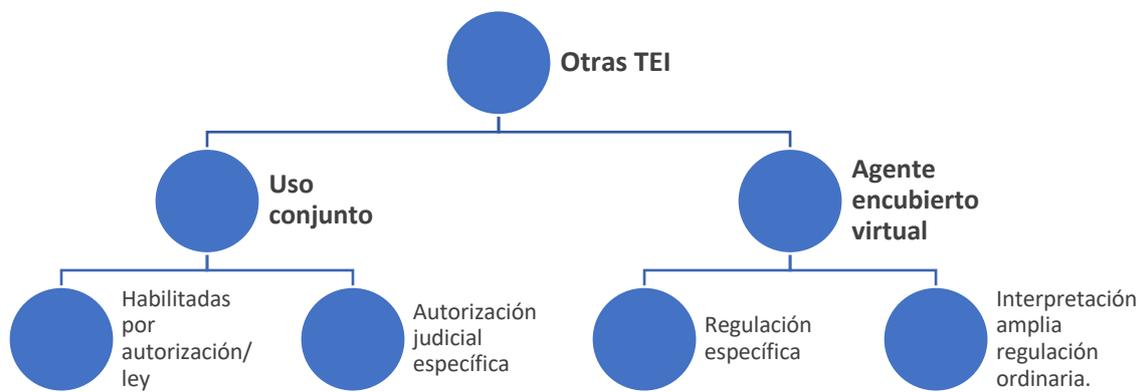
⁸⁶ Sobre la definición de agentes reveladores véase por ejemplo la regulación argentina, Diagnóstico, cit. pp. 24-25.

⁸⁷ Véanse los ejemplos *supra*. 3.

⁸⁸ Véase, en este sentido, las legislaciones de Brasil, Chile, Colombia, España y Perú, Diagnóstico, cit. pp. 30, 35, 37, 47 y 65 respectivamente.

gobiernan normativamente a los agentes encubiertos pudieran interpretarse como abarcativas también de las operaciones en línea. Por regla general, a menos que exista una regla que expresamente califique la infiltración como un acto *físico*, las normas sobre operaciones encubiertas debieran ser aplicables para aquellas que se desarrollan en línea.

7.2. Esquema





Proyecto financiado por la UE

8. Cooperación internacional

8.1. Cuestiones generales

La creciente *transnacionalidad* de las organizaciones y mercados criminales hacen indispensable la activación de todos los mecanismos y procedimientos de cooperación internacional disponibles para los Estados, a través de sus organismos encargados del cumplimiento de la ley. Estos incluyen la aplicación de estatutos normativos sobre extradiciones, asistencia mutua y traslado de personas condenadas, entre otros. En materia de asistencia mutua, esto es, aquellos procesos diseñados por los Estados para solicitar a otros auxilio en la recolección de evidencia o bienes vinculados al delito⁸⁹, es posible concebir la solicitud de una petición que consista justamente en la ejecución de una operación encubierta en el territorio del Estado requerido.

El uso de operaciones encubiertas en el plano internacional debe considerar varios factores. A nivel *normativo*, será necesario identificar qué reglas de derecho internacional serán aplicables para *fundar* jurídicamente la solicitud y luego la ejecución de la diligencia, sea que se trate de normas convencionales, *soft law* o principios generales de derecho internacional⁹⁰; y cuáles de derecho doméstico pueden utilizarse, específicas a esta técnica investigativa⁹¹ o normas genéricas que regulen la cooperación internacional en materia penal. A nivel *operativo*, el nivel de profundidad y comunicación que se logre entre las autoridades competentes para *coordinar* la diligencia, en el caso de los fiscales a través de la RFAI, constituirá uno de los factores decisivos para evaluar el éxito de la diligencia.

8.2. Cooperación interinstitucional. El rol de la RFAI

En una primera etapa será fundamental utilizar todos los canales disponibles de comunicación entre las autoridades *competentes* para investigar el delito y perseguir penalmente a sus responsables (en particular, fiscales y policías), ostenten o no la calidad de *Autoridad Central*⁹² en sus respectivos países. A nivel policial, tales

⁸⁹ Véase, en detalle, Diagnóstico, cit. pp. 12-20, en particular nota al pie N° 32.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ Ejemplos de legislaciones específicas que regulan las operaciones encubiertas como herramienta de cooperación internacional encontramos en Andorra y Portugal, Diagnóstico, cit. pp. 21 y 68 respectivamente.

⁹² Las Autoridades Centrales son aquellas instituciones u organismos nacionales a quienes se le ha encomendado la labor de representar al Estado para el envío y recepción de solicitudes de asistencia internacional. Su establecimiento responde a los mandatos de las propias convenciones internacionales, que obligan a los Estados a nombrar un punto de contacto para la tramitación *válida* de requerimientos



Proyecto financiado por la UE

intercambios pueden producirse a través de redes como INTERPOL; mientras que los Ministerios Públicos de la región pueden utilizar todas las redes de fiscales disponibles, en particular la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP).

En el ámbito de la AIAMP, será fundamental el rol que cumpla la Red de Fiscales Antidroga (RFAI), que reúne a los persecutores especializados en la investigación de delitos de narcotráfico y otros relacionados. La RFAI se ha transformado en un referente de cooperación interinstitucional en materia de narcotráfico y delitos conexos, al haber creado e implementado vías de comunicación ágiles, seguras y eficaces entre sus puntos de contacto. Al mismo tiempo, deberá ponderarse las posibilidades de intercambios promovidos a través de la Red de Cooperación Penal (REDCOOP) de la AIAMP, mediante la utilización del Acuerdo de Cooperación Interinstitucional firmado el 2008 en Ciudad de México.⁹³

La cooperación interinstitucional podría cumplir uno o más de los siguientes objetivos:

- i) Preparar una petición formal de asistencia mutua internacional, mediante la verificación de datos o antecedentes que puedan ser necesarios para complementar un requerimiento formal. Por ejemplo, puede servir para verificar si la organización o mercado que pretendo infiltrar efectivamente se encuentra operando en el extranjero, si se conoce su volumen y tipo de actividades ilícitas programadas, la existencia de bienes o efectos del delito, de evidencia digital, etc.
- ii) Discutir con las autoridades competentes del Estado requerido las limitaciones legales existentes para desarrollar una operación encubierta en dicho país: qué normas regulan el tema, qué requisitos deben cumplirse, qué condiciones satisfacerse y cómo ellas son o no compatibles con la legislación del Estado requirente.
- iii) Analizar qué *base normativa* servirá como antecedente jurídico de la petición del Estado requirente: si un tratado bilateral, una convención multilateral

internacionales (y en otro ámbito, también de extradiciones). Los países han dado respuestas diversas frente a la pregunta *dónde* ubicar institucionalmente a las Autoridades Centrales. En algunos países están radicadas en los propios Ministerios Públicos; en otros en los Ministerios de Justicia; en los Ministerios de Relaciones Exteriores; en algunos países se han nombrado varias Autoridades Centrales según el tipo de convención, etc.

⁹³ Mayor información y antecedentes en www.aiamp.info.



Proyecto financiado por la UE

(genérica o *temática*), o el principio de reciprocidad u otro principio general de derecho internacional.⁹⁴

- iv) Consensuar una agenda de acción para el corto y mediano plazo, que incluya:
 - a) Tiempos en los que el requerimiento formal se presentará a través de las respectivas Autoridades Centrales.
 - b) Tipo de información y antecedentes que se continuará compartiendo entre puntos de contacto o a través del Acuerdo de Cooperación Interinstitucional.
 - c) Definir *qué* otras diligencias se pedirá sean realizadas por el Estado requerido, pudiendo cobrar especial relevancia las de entregas controladas o vigiladas y la formación de equipos conjuntos de investigación (ECI).
 - d) En general, confirmar la creación de canales expeditos de comunicación entre las autoridades competentes de los países involucrados, que permita intercambiar de manera permanente y fluida información antecedentes investigativos y también experiencias, legislación aplicable, riesgos detectados, etc.

8.3. Requerimiento formal. Fundamento normativo

Una vez agotada la cooperación interinstitucional, y ya identificados los temas centrales a ser abordados a través de un requerimiento formal, los siguientes criterios podrían servir como orientación:

- i) Elegir un marco normativo internacional que sirva como *fundamento jurídico* de la solicitud: tratado bilateral, convención multilateral *genérica* (por ejemplo, Convención de Nassau), convención multilateral *temática* (por ejemplo, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional) o principios como el de reciprocidad.⁹⁵ El instrumento internacional que se elija debe obligar a ambos Estados e idealmente haber sido utilizada con anterioridad en casos concretos.
- ii) Definir si, de acuerdo con las legislaciones domésticas de ambos Estados, el agente encubierto será un nacional del Estado requerido actuando en dicho

⁹⁴ Vid., en detalle, Diagnóstico, cit. pp. 12-20.

⁹⁵ Ibid.



Proyecto financiado por la UE

territorio; o si se aceptará que el agente extranjero se traslade al otro país y allí actúe como encubierto.⁹⁶

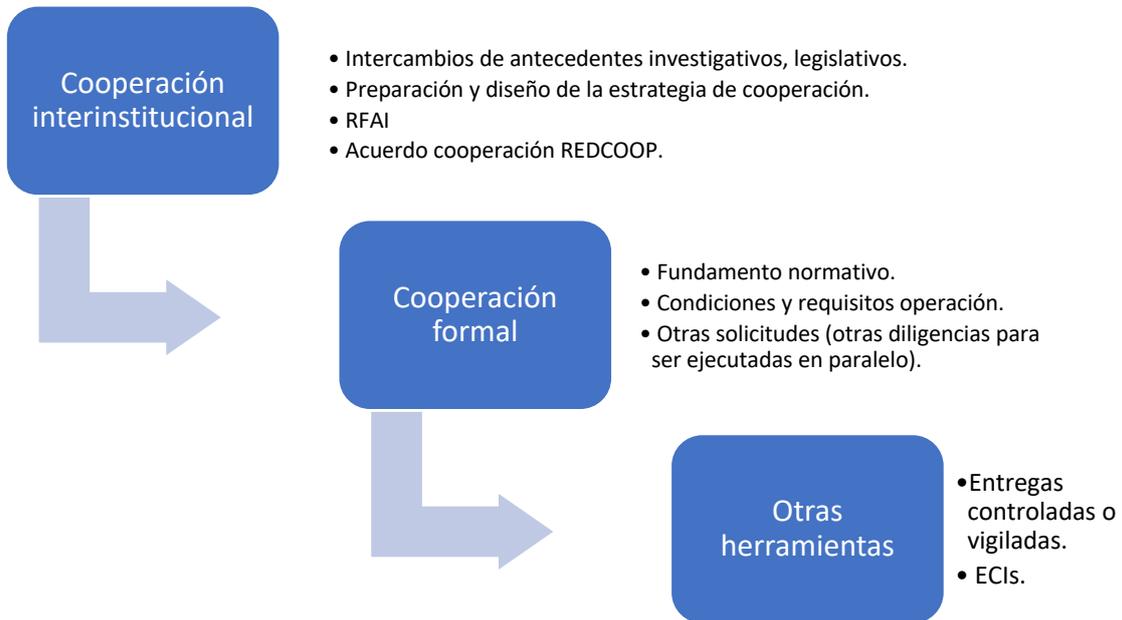
- iii) Incluir todas las condiciones y requisitos que para el Estado requirente son fundamentales, desde un punto de vista normativo -su ley se lo exige- u operativo -éxito de la operación- para la ejecución del requerimiento. Por cierto, el Estado requerido podrá aceptar o no el cumplimiento de tales condiciones, en la medida que no sean incompatibles con su propia ley doméstica.
- iv) Solicitar en el mismo documento cualquier otra diligencia que se quiera realizar en el marco de la operación encubierta, incluyendo por ejemplo la incautación de evidencia, de bienes, allanamientos, interceptación de comunicaciones, entre otros.
- v) Tanto la presentación como la posterior ejecución del requerimiento formal debiera estar en todo momento siendo apoyada por los respectivos puntos de contacto de la RFAI.

8.4. Otras herramientas de cooperación internacional

Es posible combinar el uso de operaciones encubiertas en el plano internacional con otras herramientas de investigación, en particular la formación de equipos conjuntos de investigación y las entregas controladas o vigiladas. En términos generales, lo señalado hasta aquí para las operaciones encubiertas es también aplicable al resto de los instrumentos. Cuando se realicen de forma conjunta, especial cuidado habrá de tener en analizar y planificar con el mayor detalle posible la ejecución de las diligencias, de manera tal que no sólo resulten exitosas desde el punto de vista investigativo, sino también desde la perspectiva de la seguridad de los funcionarios involucrados.

⁹⁶ En Panamá, por ejemplo, se acepta que el agente encubierto sea un funcionario extranjero; en Portugal la ley también prevé que funcionarios extranjeros se desempeñen como agentes encubiertos en territorio portugués en los mismos términos que los nacionales, Diagnóstico, cit. pp. 60 y 68 respectivamente.

8.5. Esquema



IV. Esquema final

