

**LAS OPERACIONES ENCUBIERTAS COMO TÉCNICA EXTRAORDINARIA DE
INVESTIGACIÓN CRIMINAL**

***UNDERCOVER OPERATIONS AS AN EXTRAORDINARY CRIMINAL
INVESTIGATION TECHNIQUE***



Héctor Ivar Hidalgo Flores¹

¹ Estudiante de la Maestría en Juicio Oral y Proceso Penal Acusatorio en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).

ivarhidalgo@gmail.com

Sumario: I. Introducción; II. Delincuencia organizada: un problema pendiente; III. El agente encubierto como vehículo extraordinario de investigación criminal; IV. Conclusiones; V. Fuentes de consulta.

Resumen: En la actualidad, la delincuencia organizada representa uno de los mayores retos para los Estados. Debido a ello, las autoridades han creado técnicas extraordinarias de investigación criminal para combatirla. Entre éstas se encuentran las operaciones encubiertas. En este sentido, el presente artículo abordará la temática de las operaciones encubiertas en el marco de la delincuencia organizada. Asimismo, se emprenderá un examen de la figura del agente encubierto como principal protagonista de dichas operaciones. Finalmente, se concluirá que éstas deben aplicarse únicamente a investigaciones que se encuentren relacionadas con la delincuencia organizada, y bajo un estricto control judicial.

Abstract: At present, organized crime is one of the greatest challenges for States. Thus, the authorities have created extraordinary techniques of criminal investigation to combat it. Among these are undercover operations. This paper will address the issue of undercover operations in the context of organized crime. In addition, a review of the undercover agent as the main protagonist of such operations will be undertaken. Finally, it will be concluded that these should apply only to investigations that are related to organized crime, and under strict judicial control.

Palabras clave: operaciones encubiertas, delincuencia organizada, agente encubierto, derechos fundamentales, control judicial.

Keywords: undercover operations, organized crime, undercover agent, fundamental rights, judicial control.

I. Introducción

El derecho procesal penal es el instrumento que permite la concreción del derecho penal sustantivo.² Debido a ello, ambas ramas jurídicas se encuentran íntimamente relacionadas y en permanente comunicación. Lo anterior facilita la consecución de uno de los objetivos de todo Estado: encontrar el equilibrio entre el poder punitivo y los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, es sabido que en la persecución del delito se encuentran en tensión el *ius puniendi* estatal —con la encomienda, entre otras cosas, de esclarecer los hechos— y los derechos mínimos de los individuos. Esta colisión de fuerzas se zanja, en la mayoría de las ocasiones, con procesos penales respetuosos de la dignidad de las personas.³ Así, el proceso funge como la vía institucional para combatir incluso las formas de criminalidad más dañinas.

Ahora bien, los Estados se encuentran muy preocupados por un problema que ha puesto en riesgo la paz social: la delincuencia organizada (DO). Ésta ha mutado al grado de convertirse en un fenómeno que actúa de manera muy sofisticada y con una gran profesionalización. Así, este tipo de delincuencia

² ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío Zafra, *El policía infiltrado: los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 21. En este sentido, el proceso penal es “un instrumento esencial de la jurisdicción (del *ius dicere*) que, además, en este ámbito específico ofrece la relevante singularidad de constituir elemento imprescindible para la efectiva realización del Derecho Penal. En otros términos, el proceso penal es el único instrumento a través del cual puede aplicarse el Derecho penal”. ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 31.

³ Al respecto, se señala que el concepto de “dignidad humana” podría encontrar sus orígenes en el pensamiento filosófico clásico. Sin embargo, hay que tener en cuenta que su preeminencia en el debate jurídico actual se debe a su incorporación en los tratados internacionales de derechos humanos. En efecto, es un tema pacífico considerar a la dignidad humana como fuente de estos derechos. Véase PELE, Antonio, *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Madrid, Dykinson, 2010.

asociativa se presenta como una evolución de la criminalidad ordinaria.⁴ En este sentido, la DO representa uno de los mayores problemas para las sociedades modernas.⁵ Por ello, las autoridades se encuentran en la búsqueda de mecanismos legales que les permitan combatir frontalmente estos brotes criminales. Sin embargo, esto no es sencillo, ya que dichos mecanismos tienen como dique los derechos fundamentales, toda vez que sería imposible pensar que los órganos encargados de la persecución del delito se encuentren facultados para actuar de manera ilimitada.

Debido a ello, las legislaciones han creado técnicas de investigación *sui generis* para luchar contra la DO. Entre éstas se encuentran las operaciones encubiertas (OE), mismas que utilizan la figura del agente encubierto, “quién actuando bajo identidad supuesta, tiene por finalidad infiltrarse en organizaciones criminales y hacer aflorar conductas delictivas que de otro modo, resultarían imposibles de perseguir”.⁶ En este contexto, la eclosión legislativa del agente encubierto se encontraría justificada “por la necesidad de llevar a cabo investigaciones en el seno de tramas organizadas internacionales con las dificultades que ello implica”.⁷

⁴ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío Zafra, *op. cit.*, pp. 22-23.

⁵ Véanse VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Pamplona, Aranzadi, 2013; LÓPEZ-MUÑOZ, Julián, *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Madrid, Dykinson, 2015; GONZÁLEZ RUS, Juan José (dir.), *La criminalidad organizada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

⁶ EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes, “El agente encubierto”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, p. 251, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/download/16277/14024>, consultada el 5 de noviembre de 2017.

⁷ POZO PÉREZ, Marta del, “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española”, *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, vol. 6, 2006, p. 267, disponible en <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/260/1023>, consultada el 5 de noviembre de 2017.

Bajo esta tónica, en México, la normativa legal que precisa las técnicas de investigación aplicables al proceso penal es el Código Nacional de Procedimientos Penales. Éste tiene como objeto “establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño...”.⁸

El artículo 251 del Código consagra un catálogo de actuaciones en la investigación que no requieren autorización previa del juez de control. Dentro de éstas destacan las OE (si bien supeditadas a la anuencia del procurador). En este sentido, el único candado real para que esta técnica de investigación sea utilizada por los órganos de persecución del delito es la autorización previa de un ente que se ubica en el ámbito del poder ejecutivo. Asimismo, es importante señalar que el Código es de observancia general en todo el país, por los delitos en donde sean competentes los órganos jurisdiccionales federales y locales; es decir, el Código es la legislación única en materia procedimental penal a que alude el artículo 73, fracción XXI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En virtud de lo anterior, las técnicas de investigación insertas en el Código tendrían aplicación a todas las investigaciones criminales, no sólo a las consideradas como DO; en concreto, las operaciones con agentes encubiertos podrían ser usadas para combatir tanto este último tipo de criminalidad, como a la delincuencia ordinaria.

Además, las OE, teniendo al agente encubierto como su principal protagonista, también podrían ser utilizadas sin la autorización previa del órgano de control. Todo lo anterior se considera poco acertado. Esto en virtud de que el agente encubierto se erige como un vehículo extraordinario de investigación, toda vez que entraña una profunda modificación a los principios constitucionales y una

⁸ Código Nacional de Procedimientos Penales, *Diario Oficial de la Federación*, última reforma 17 de junio de 2016, artículo 2o.

afectación clara a los derechos fundamentales; de ahí que su autorización se debe encontrar supeditada a severos requisitos legales.⁹

En este sentido, el presente artículo abordará la temática de las OE en el marco de la DO. Asimismo, se emprenderá un análisis de la figura del agente encubierto como principal protagonista de dichas operaciones. Finalmente, se concluirá que éstas deben aplicarse únicamente a investigaciones que se encuentren relacionadas con la DO, y bajo un estricto control judicial.

II. Delincuencia organizada: un problema pendiente

La DO constituye una forma de criminalidad que se distingue por sus efectos perniciosos sobre los Estados, provocando una gran sensación de inseguridad y desestabilización. Recientemente estos efectos se han recrudecido, sobre todo por la expansión geográfica de dichas asociaciones delictivas, que actúan, incluso, a nivel internacional. Asimismo, ha contribuido a este empeoramiento la falta de reacción inmediata por parte de los Estados para combatir frontalmente estos grupos criminales.¹⁰

Al respecto, el inicio de la DO podemos encontrarlo hace cientos de años, en lugares como Italia, China o Japón. En estas naciones, los grupos criminales se manifestaron en asociaciones como la mafia siciliana, las triadas chinas o las yakuza japonesas. Estos brotes delictivos surgieron como consecuencia de la descomposición de los poderes públicos.¹¹ En este sentido, los grupos criminales aparecieron como una fuerza paralela a los Estados, arrogándose parcelas de poder.

Por otro lado, si bien se tiene la idea de que estas organizaciones criminales pueden actuar en amplias regiones, la internacionalización de dichos grupos no

⁹ EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes, *op. cit.*, p. 255.

¹⁰ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío Zafra, *op. cit.*, pp. 33-34.

¹¹ *Idem.*

debe considerarse como una característica propia de los mismos, ya que sólo es un ingrediente que recrudece los efectos delictivos sobre los Estados. Por ejemplo, la mafia siciliana, en sus comienzos, desplegaba sus actos delictivos en Sicilia, y no fue hasta 1920, año en que se expidió la “ley seca” en Estados Unidos, que ensanchó sus actividades para hacerse del contrabando de alcohol fuera de Italia. Este ejemplo sería uno de los primeros en la actuación internacional de la DO.¹²

En efecto, ésta no es de muy reciente nacimiento: estos modelos estructurados, continuos, con el único propósito de lucrar, ya funcionaban con anterioridad a los procesos de globalización. Así, el intercambio internacional de la economía ha propiciado la dilatación de este tipo de delincuencia, sobrepasando el ámbito puramente nacional. Esta evolución criminal provocó que las herramientas típicas de investigación se tornaran obsoletas y estériles para combatir esta especial forma delictiva.¹³

En este contexto, y debido a su importancia, la DO ha sido un tópico abordado profusamente por la doctrina, misma que ha puesto de relieve los problemas para desmembrar estos grupos criminales. Ciertamente, las dificultades aumentan por las actuaciones internacionales de este tipo de asociaciones, así como por las nuevas tecnologías que emplean.¹⁴

Efectivamente, este fenómeno de criminalidad se encuentra en plena evolución, y corre paralelo a la sociedad postindustrial. Además, las asociaciones delictivas se erigen como un gran peligro no sólo para la seguridad e integridad de las personas, sino que también constituyen una seria amenaza para el Estado de derecho. Ciertamente, la DO es un arquetipo de criminalidad que tiene marcadas diferencias con relación a los tipos de delincuencia tradicional.¹⁵

¹² *Ibidem*, p. 36.

¹³ EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes, *op. cit.*, p. 252.

¹⁴ *Ibidem*, p. 253.

¹⁵ POZO PÉREZ, Marta del, *op. cit.*, p. 268.

En este contexto, las asociaciones delictivas actúan empleando enormes recursos, y echan mano de las nuevas tecnologías.¹⁶ Además, han mostrado ser capaces de extenderse a nivel internacional.¹⁷ Esta situación torna muy difícil establecer una “zona de equilibrio” entre el poder punitivo y los derechos fundamentales de las personas, sobre todo teniendo en cuenta las dificultades que implica la creación de nuevas herramientas legales que permitan el combate frontal a este tipo de delincuencia.

En efecto, el surgimiento de la criminalidad asociativa entraña un gran riesgo que erosiona la “zona de equilibrio” del proceso penal. Así, existe un contexto difícil, toda vez que se aprecia una tendencia que favorece el endurecimiento de las formas para luchar contra la DO. Por ello, se advierte una marcada inclinación por el poder punitivo, con el respectivo debilitamiento de los derechos fundamentales de las personas sospechosas de haber cometido hechos ilícitos.¹⁸

Desde esta perspectiva se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la cual tiene como objetivo impulsar la cooperación para prevenir y combatir las asociaciones criminales en un contexto internacional. Así, la Convención se convierte en el documento de referencia que establece estándares mínimos en la lucha contra la DO.¹⁹

¹⁶ Al respecto, se ha acuñado el término “ciberdelincuencia” para referirse a los delitos cometidos por medios telemáticos. Véase ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*, Madrid, Colex, 2014.

¹⁷ Para un estudio sobre los delitos considerados como transnacionales véase PÉREZ CEPEDA, Ana, *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

¹⁸ GUZMÁN FLUJA, Vicente C., “El agente encubierto y las garantías del proceso penal”, *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, p. 7, disponible en <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/6vicente-guzman-es.pdf>, consultada el 5 de noviembre de 2017.

¹⁹ Para un análisis sobre los instrumentos internacionales creados para combatir la DO véase MORÁN BLANCO, Sagrario *et al.*, *Instrumentos internacionales en la lucha contra la*

Este tratado precisa que por grupo delictivo organizado se entenderá un grupo estructurado de “tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material...”.²⁰ Como se ve, la anterior definición establece el piso mínimo para la elaboración del concepto de DO.

Por otro lado, al abordar el tema de las técnicas especiales de investigación, la Convención señala lo siguiente:

... [s]iempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.²¹

Por su parte, la Constitución mexicana establece que “[p]or delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”.²² Asimismo, los artículos 11 y 11 Bis de la Ley Federal contra la

delincuencia organizada, Madrid, Dykinson, 2011.

²⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, artículo 2o., inciso a).

²¹ *Ibidem*, artículo 20, numeral 1.

²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, última reforma 15 de septiembre de 2017, artículo 16, párrafo 9.

Delincuencia Organizada señalan lo siguiente:

Artículo 11. La investigación de los delitos a que se refiere esta Ley podrá abarcar el conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación e identidad de los integrantes del grupo delictivo.

Para tal efecto, el Titular del Ministerio Público de la Federación o el servidor público en quien éste delegue la facultad, podrá autorizar en términos de lo que establezca el marco normativo aplicable, las operaciones encubiertas dirigidas a alcanzar los objetivos señalados en el párrafo anterior.

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

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

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

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

Artículo 11 Bis. El Titular de la Unidad Especializada prevista en el artículo 8o. podrá autorizar la reserva de la identidad de los agentes de las fuerzas del orden público que participen en las operaciones encubiertas, así como de los que participen en la ejecución de órdenes de aprehensión, detenciones

en flagrancia y caso urgente, cateos relacionados con los delitos a que se refiere esta Ley, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta el tipo de investigación, imposibilitando que conste en la investigación respectiva su nombre, domicilio, así como cualquier otro dato o circunstancia que pudiera servir para la identificación de los mismos.

En tales casos, se asignará una clave numérica, que sólo será del conocimiento del Procurador General de la República, del Titular de la Unidad Especializada antes citada, del Secretario de Gobernación y del servidor público a quien se asigne la clave.

En las etapas del procedimiento penal, el agente del Ministerio Público de la Federación y la autoridad judicial citarán la clave numérica en lugar de los datos de identidad del agente. En todo caso, el agente del Ministerio Público de la Federación acreditará ante la autoridad judicial el acuerdo por el que se haya autorizado el otorgamiento de la clave numérica y que ésta corresponde al servidor público respectivo, preservando la confidencialidad de los datos de identidad del agente. En caso de que el servidor público, cuya identidad se encuentre reservada, tenga que intervenir personalmente en diligencias de desahogo de pruebas, se podrá emplear cualquier procedimiento que garantice la reserva de su identidad de manera integral.

Ninguna persona podrá ser obligada a actuar en operaciones encubiertas.

Si el auto de vinculación a proceso no se dicta por el delito de delincuencia organizada, la reserva de identidad podrá subsistir a petición de la Representación Social de la Federación, con base en un análisis de riesgo y amenaza que realice la autoridad judicial, en donde se establecerá la pertinencia o no de la protección y, en su caso, las medidas que se aplicarán al caso concreto para salvaguardar el derecho de defensa.

En caso de la interposición del recurso de apelación contra el auto de no vinculación a proceso, subsistirá la reserva de identidad hasta en tanto no haya sido resuelto en definitiva.

Toda actuación que implique desapego a las instrucciones o actividades

legalmente autorizadas será sancionada en términos de la legislación civil, administrativa o penal, según corresponda.²³

Ahora bien, las OE, tal como se ha precisado con anterioridad, se encuentran insertas en el marco de la DO. Así se desprende tanto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, como de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Sin embargo, el Código Nacional de Procedimientos Penales abre la puerta para que esta técnica especial de investigación se utilice no sólo en el combate a la criminalidad organizada, sino también en la lucha contra la delincuencia ordinaria.

En efecto, el artículo 251 del Código establece que las OE no requieren autorización previa del juez de control, y limita su procedencia únicamente a la aprobación por parte del procurador o del órgano en quien éste delegue dicha facultad. Asimismo, se señala que el citado artículo se encuentra localizado en el capítulo relativo a las técnicas de investigación, sin establecerse en éste alguna razón para creer que las OE sólo aplican en el ámbito de la DO; de ahí que dicha técnica de investigación puede ser usada de manera indiscriminada.

Ahora bien, no parece haber controversia sobre el punto relativo a ubicar a las OE en el marco de la DO. Todo lo contrario, parece que es un tema pacífico el considerar que esta técnica de investigación cobra vigencia únicamente cuando se habla de criminalidad asociativa. Solamente por citar un ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, en el artículo 282 bis, establece que únicamente en caso de que se trate de investigaciones propias de la DO, el juez de instrucción o el ministerio fiscal dando cuenta inmediata al juez, podrán autorizar a funcionarios de la policía judicial a actuar bajo identidad supuesta. El artículo señala, en la parte conducente, lo siguiente:

²³ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, *Diario Oficial de la Federación*, última reforma 7 de abril de 2017, artículos 11 y 11 Bis.

... [a] los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.²⁴

²⁴ Ley de Enjuiciamiento Criminal, *Boletín Oficial del Estado*, última reforma 6 de octubre de 2015, artículo 282 bis, numeral 1, párrafo 1. Asimismo, esta Ley establece los supuestos en que se podrá utilizar la mencionada técnica de investigación, al señalar, en el propio artículo 282 bis, numeral 4, lo siguiente: “4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal. b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal. c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal. d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal. e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal. f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal. g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal. h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal. i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal. j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal. k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal. l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o

Por otro lado, si bien la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada regula de manera sucinta a las OE, esto no es obstáculo para considerar que éstas tengan aplicación en el combate a la delincuencia ordinaria. Además, aunque el Código establezca que las OE se supeditarán a los términos que señalen los protocolos emitidos por el procurador, ello no significa que exista una norma clara que acote dichas operaciones a la DO.

En este sentido, como se ha señalado, la utilización del agente encubierto implica una gran modificación a los principios constitucionales y una afectación evidente a los derechos fundamentales. Efectivamente, esta técnica de investigación es más agresiva que las ordinarias, toda vez que descansa en una simulación en contra de la persona indiciada, y muchas veces logra tocar sus derechos fundamentales;²⁵ de ahí que dicha técnica debe tener un carácter subsidiario. Por ello, sólo debe ser usada en asuntos relacionados con la DO, ya que resulta difícil justificar su utilización en el combate a la criminalidad ordinaria.

III. El agente encubierto como vehículo extraordinario de investigación criminal

El agente encubierto es un medio extraordinario de investigación de los delitos cometidos en el marco de la DO, que se traduce en integrar o incorporar a ésta a un funcionario policial, a quien se le otorga una identidad supuesta para que pueda recabar información sobre los hechos materia de investigación, así como cualquier otro dato que permita conocer la estructura, los miembros, la forma de

débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal. m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal. n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal. o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando". *Ibidem*, artículo 282 bis, numeral 4.

²⁵ GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *op. cit.*, p. 8.

financiación y, en general, el funcionamiento de la organización criminal, en aras de proceder a su desmantelamiento, o a conseguir que deje de operar.²⁶

Efectivamente, el agente encubierto es utilizado como el instrumento para infiltrarse en estructuras delictivas y obtener elementos de prueba contra personas vinculadas a la comisión de delitos relacionados con la DO. Por ello, también se le denomina “agente infiltrado”, ya que desempeña un papel que hace suponer que se trata de uno de los miembros de la organización, lo que lo faculta para inhibir la comisión de algún delito o sancionarlo una vez cometido. Así, la parte medular de su actuación radica en el ocultamiento de su identidad y objetivos, con lo que logra establecer relaciones de confianza que le permiten la obtención de elementos de prueba.²⁷

Bajo esta tónica, la utilización del agente encubierto se presenta como una técnica de investigación de carácter subsidiario o residual, ya que implica el empleo de un instrumento que sólo encuentra justificación cuando otros métodos de investigación no resultan idóneos para el éxito en la persecución del delito. Esto se refleja en el empleo extraordinario de la simulación por parte del agente, toda vez que sin este ingrediente sería imposible incorporarse al entramado de la organización delictiva y obtener insumos probatorios. Asimismo, resulta importante enfatizar que el ingreso del agente estatal en la estructura criminal producirá que éste establezca relaciones con sus miembros, lo cual permite concluir que, muy probablemente, podrá conocer las relaciones sociales que sostienen, así como los lugares que visitan, incluido su propio domicilio. En virtud de esto, existirá la

²⁶ *Ibidem*, p. 17.

²⁷ EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes, *op. cit.*, p. 256. Con relación a la denominación “agente infiltrado” véase CARDOSO PEREIRA, Flávio, *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*, Lisboa, Juruá, 2016. Incluso se le ha llegado a llamar “agente clandestino”. Véase RIVERO EVIA, Jorge, “Los agentes clandestinos y el debido proceso”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm 28, 2009, disponible en http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/28/Los_agentes_clandestinos.pdf, consultada el 5 de noviembre de 2017.

posibilidad de que ocurran injerencias arbitrarias en la vida de las personas. Es decir, afectaciones a derechos fundamentales como la privacidad, o la inviolabilidad domiciliaria o de las comunicaciones.

Ahora bien, es patente que ante un problema como la DO no se puede echar mano de las técnicas de investigación que se utilizan de manera ordinaria. Por ello, frente a un fenómeno como el referido, se debe apelar a métodos de investigación extraordinarios o extremos, los cuales pueden entrañar una alteración de los principios de todo proceso justo. En consecuencia, dichos métodos deben someterse a un control judicial en aras de tutelar los derechos fundamentales de las personas.²⁸

En efecto, las OE se erigen como un instrumento extraordinario de investigación, ya que éste entraña la utilización del engaño para la persecución de ciertos hechos delictivos y de su autor o autores. Así, el agente encubierto, como eje de las OE, comporta la utilización de una herramienta que sólo encuentra justificación en casos en que el Estado no puede combatir las organizaciones criminales por otros medios.

En este sentido, la utilización del agente encubierto se muestra como una herramienta cuya utilización es sumamente peligrosa, y que, ciertamente, puede resultar poco compatible con los derechos mínimos de las personas.²⁹ En efecto, las OE pueden alterar los principios que han guiado de manera ordinaria a las investigaciones criminales.

Ahora bien, es cierto que para lograr el desmantelamiento de una organización criminal se presentan grandes dificultades. Éstas se recrudecen por la globalización, por la estructura de las agrupaciones delictivas, por las nuevas tecnologías utilizadas y por la clandestinidad en que actúan. En este sentido, es claro que aparece la necesidad de crear nuevos métodos de investigación que permitan luchar contra este tipo de delincuencia. Entre estos se encuentran las OE,

²⁸ POZO PÉREZ, Marta del, *op. cit.*, p. 280.

²⁹ GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *op. cit.*, p. 18.

mismas que deben encontrarse supeditadas a los principios del derecho penal y procesal penal, entre los que se encuentra el control judicial, y tener en cuenta los derechos fundamentales de las personas. Así, la utilización del agente encubierto tiene límites que no se pueden franquear. Bajo esta tónica, las actuaciones que éste desarrolle fuera de esos límites afectarán directamente a las pruebas obtenidas, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir el agente de policía.³⁰

Por otro lado, hay que poner énfasis en que el combate a la DO entraña un gran reto que ha obligado a los Estados a crear nuevos instrumentos de investigación que resulten más eficaces que los tradicionales. Sin embargo, la lucha contra las organizaciones criminales no puede soslayar los derechos fundamentales, ni cuando se crean las nuevas herramientas jurídicas ni cuando se aplican.³¹

Esto quiere decir que si bien las autoridades se encuentran compelidas a articular todo un entramado jurídico que permita el frontal ataque a la DO, creando instrumentos como las OE, no pueden desconocer los derechos mínimos de las personas, ya que, de ser así, el Estado estaría provocando más daño con su actuación que con su pasividad.

En este orden de ideas, el Estado no puede actuar de la forma en que lo hacen las personas indiciadas; en otras palabras, no puede realizar actos fuera de la ley para conseguir el éxito de la investigación, por más dañinas que sean las manifestaciones criminales que combate. Así, debe encontrar la “zona de equilibrio” de la que ya se ha hablado.³²

Ahora bien, el artículo 252 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que con excepción de los actos de investigación previstos en el artículo

³⁰ EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes, *op. cit.*, p. 286.

³¹ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío Zafra, *op. cit.*, p. 157.

³² *Ibidem*, p. 158.

251 (dentro de los cuales se encuentran las OE),³³ requieren de autorización previa del juez de control todos los métodos de investigación que impliquen afectación a derechos fundamentales. Es decir, este precepto somete a un control judicial *ex ante* a todos los actos de investigación que entrañen afectación a estos derechos. Sin embargo, tal como se ha señalado, la utilización del agente encubierto en las OE puede implicar afectación a los derechos fundamentales; de ahí que estas operaciones deberían someterse a la autorización del órgano de control.

En este sentido, hay que recordar que uno de los ejes de la reforma constitucional en materia penal de 2008 fue el incorporar la figura del juez de control, mismo que resolvería, entre otras cosas, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos.³⁴ Así se desprende del proceso de reforma, al señalarse lo

³³ Al respecto, el Código señala: “Artículo 251. Actuaciones en la investigación que no requieren autorización previa del Juez de control No requieren autorización del Juez de control los siguientes actos de investigación: I. La inspección del lugar del hecho o del hallazgo; II. La inspección de lugar distinto al de los hechos o del hallazgo; III. La inspección de personas; IV. La revisión corporal; V. La inspección de vehículos; VI. El levantamiento e identificación de cadáver; VII. La aportación de comunicaciones entre particulares; VIII. El reconocimiento de personas; IX. La entrega vigilada y las operaciones encubiertas, en el marco de una investigación y en los términos que establezcan los protocolos emitidos para tal efecto por el Procurador; X. La entrevista de testigos; XI. Recompensas, en términos de los acuerdos que para tal efecto emite el Procurador, y XII. Las demás en las que expresamente no se prevea control judicial. En los casos de la fracción IX, dichas actuaciones deberán ser autorizadas por el Procurador o por el servidor público en quien éste delegue dicha facultad. Para los efectos de la fracción X de este artículo, cuando un testigo se niegue a ser entrevistado, será citado por el Ministerio Público o en su caso por el Juez de control en los términos que prevé el presente Código”. Código Nacional de Procedimientos Penales, *cit.*, artículo 251.

³⁴ Al respecto, se señala que una de las razones que justificaron la creación del juez de control fue “[p]oner límites a las acciones de los órganos investigadores y de procuración de justicia, a fin de que sus acciones se sujeten a las normas legales (con especial apego a los principios constitucionales del debido proceso y a las garantías del acusado y de la víctima)...”.

siguiente:

Una propuesta de impacto transversal, por estar vinculada a varias modificaciones del artículo 16 de la ley fundamental es el de establecer jueces federales y locales, denominados de control, que se aboquen fundamentalmente a resolver los pedimentos ministeriales de medidas cautelares, providencias precautorias, técnicas de investigación para resolverlos de forma inmediata, para minimizar los riesgos de la demora en la ejecución de la diligencia.

Conscientes de la realidad compleja que vive nuestro país y particularmente de la rapidez con que varían las circunstancias propicias para la realización de una diligencia de las antes mencionadas, coincide con la preocupación de apoyar el Estado de Derecho y de manera sobresaliente el combate a la delincuencia de alto impacto, por lo que sin perjuicio de la responsabilidad del ministerio público y ahora, con motivo del presente dictamen, que tendrían las policías en la investigación de los delitos, se estima necesario establecer la existencia de jueces de control que se aboquen a resolver las medidas provisionales y demás diligencias que requieran control judicial, en forma acelerada y ágil, sin que ello implique dejar de fundar y motivar concretamente sus resoluciones, que podrán ser comunicadas por cualquier medio fehaciente y contengan los datos requeridos.³⁵

MARTÍNEZ CISNEROS, Germán, “El juez de control en México, un modelo para armar”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 27, 2009, p. 181, disponible en <http://www.ijf.cjf.gob.mx/Penal/biblioteca/9juez-spa/El-juez-de-control-Un-modelo-para-armar.pdf>, consultada el 5 de noviembre de 2017.

³⁵ Dictamen de primera lectura de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, con Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria*, 11 de diciembre de 2007, p. 27.

Bajo esta tónica, el órgano de control se erigió como el guardián de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal. En efecto, así se desprende del contenido del artículo 16 constitucional cuando señala que dicho órgano, al resolver las técnicas de investigación de la autoridad que requieran control judicial, garantizará los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos; de ahí que, aunque el Código precise que la utilización de las OE no requiere control judicial, el mandato contenido en la Constitución es categórico al precisar que los jueces de control deben garantizar los derechos de las personas indiciadas y de las víctimas. Además, el propio Código, en el artículo 252, establece que cualquier acto de investigación que afecte derechos fundamentales deberá someterse al escrutinio de la autoridad judicial. Por ello, ante cualquier antinomia, deberá preferirse la norma que tutele de mejor manera los derechos fundamentales.

Relacionado con lo anterior, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española precisa, en el artículo 282 bis, que cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la DO, “el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta...”.³⁶ Éste es un modelo que establece un control judicial sobre las OE que puede darse *ex ante* o *ex post*.

Este método no es ajeno al Código, ya que, en tratándose de la localización geográfica en tiempo real y solicitud de entrega de datos conservados, el procurador, o el órgano en quien éste delegue dicha facultad, podrá solicitar al juez de control que requiera a los concesionarios de telecomunicaciones determinada información; es decir, es un control judicial previo de dicha técnica de investigación. Además, el Código también precisa que cuando esté en riesgo la integridad física o la vida de una persona o se encuentre en peligro el objeto del

³⁶ Ley de Enjuiciamiento Criminal, *cit.*, artículo 282 bis, numeral 1, párrafo 1.

delito, “así como en hechos relacionados con la privación ilegal de la libertad, secuestro, extorsión o delincuencia organizada, el Procurador [...] ordenará directamente la localización geográfica en tiempo real o la entrega de los datos conservados a los concesionarios de telecomunicaciones...”;³⁷ asimismo, señala que “[a] partir de que se haya cumplimentado el requerimiento, el Ministerio Público deberá informar al Juez de control competente por cualquier medio que garantice su autenticidad, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, a efecto de que ratifique parcial o totalmente de manera inmediata la subsistencia de la medida, sin perjuicio de que el Ministerio Público continúe con su actuación”,³⁸ de ahí que esta técnica de investigación, que afecta derechos fundamentales, debe someterse a un control judicial, ya sea previo o posterior.

Como se puede apreciar, la figura del juez de control se constituye como el medio que permite la tutela de los derechos de los intervinientes en el proceso penal. En este sentido, la reforma constitucional en materia penal de 2008 pretendió implantar un modelo de proceso penal garantista en el que se respetaran los derechos de las personas indiciadas y de las víctimas. Para arribar a este objetivo, se creó, entre otras figuras, la del órgano de control, mismo que se encargaría, precisamente, de tutelar derechos fundamentales; de ahí que dicha institución quedaría vacía si no se le permitiera intervenir en las actuaciones que pueden afectar dichos derechos.

En suma, es claro que el Estado debe contar con las herramientas necesarias para combatir los fenómenos criminales. Dentro de éstas se encuentran las OE, mismas que, en ciertos casos, son el único medio para lograr el éxito de la investigación. En este sentido, se señala que los Estados no pueden mantener paraísos legales que permitan que estos grupos criminales actúen a sus anchas.³⁹ En efecto, ante un problema tan grave como la DO, se deben crear

³⁷ Código Nacional de Procedimientos Penales, *cit.*, artículo 303, párrafo 6.

³⁸ *Idem.*

³⁹ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío Zafra, *op. cit.*, p. 25.

técnicas de investigación extraordinarias, tales como las OE. Sin embargo, si éstas afectan derechos fundamentales, tienen que ser sometidas a un control judicial previo o, en su defecto, posterior.

IV. Conclusiones

En la persecución del delito se encuentran en tensión el *ius puniendi* estatal y los derechos fundamentales de los individuos. Esta colisión de fuerzas se resuelve con procesos penales respetuosos de la dignidad de las personas. En este sentido, el proceso se erige como la vía institucional para combatir incluso las formas de criminalidad más violentas.

En la actualidad, la DO es un problema que ha puesto en riesgo la paz social. En este sentido, la criminalidad asociada se erige como uno de los mayores retos para las sociedades modernas. Ante esta situación, las autoridades necesitan nuevos mecanismos legales que les permitan combatir frontalmente este tipo de delincuencia. Sin embargo, dichos mecanismos deben tener como límite infranqueable los derechos fundamentales.

Las OE constituyen un nuevo instrumento para hacer frente a esta criminalidad organizada. Al respecto, parece no haber controversia sobre el punto relativo a ubicar a éstas en el marco de la delincuencia asociativa. Todo lo contrario, hay consenso para estimar que esta técnica de investigación cobra vigencia únicamente cuando se habla de delincuencia asociada.

En suma, la utilización del agente encubierto implica serias modificaciones a las bases constitucionales y una vulneración a los derechos fundamentales. Por ello, esta técnica sólo debe ser usada en casos relacionados con la DO, ya que resulta muy difícil justificar su utilización en el combate a la criminalidad ordinaria.

Por otro lado, el agente encubierto constituye un medio excepcional de investigación. Es decir, un mecanismo que sólo encuentra justificación cuando otros no resultan eficaces. En este sentido, esta técnica es utilizada como el instrumento para infiltrarse en organizaciones delictivas y obtener la mayor

cantidad de elementos de prueba contra sus miembros, en aras de ofrecerlos en la secuela procesal. La parte toral de este mecanismo descansa en la existencia de un actuar subrepticio, toda vez que el agente encubierto usa una identidad alterada, argucia que le permitirá incorporarse a la organización criminal sin levantar sospechas.

Asimismo, resulta importante poner de relieve que el ingreso del agente público en la estructura criminal producirá que éste establezca relaciones con sus miembros, lo cual le permitirá conocer las relaciones sociales que llevan, así como los lugares a los que acuden. En virtud de esto, existirá la gran posibilidad de que ocurran injerencias arbitrarias en la vida de las personas. Es decir, afectaciones a derechos fundamentales como la privacidad, o la inviolabilidad domiciliaria o de las comunicaciones.

En este sentido, uno de los pilares de la reforma constitucional en materia penal de 2008 fue el incorporar la figura del juez de control, mismo que resolvería las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Así, el órgano de control se erigió como el guardián de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal; de ahí que los actos en éste que afecten dichos derechos deben pasar por un tamiz judicial.

Finalmente, se señala que ante un problema tan grave como la DO, se deben crear técnicas de investigación extraordinarias, tales como las OE. Sin embargo, si éstas entrañan una afectación a los derechos fundamentales, deben ser sometidas a un control judicial *ex ante* o, en su defecto, *ex post*.