

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**Exención de responsabilidad penal del agente encubierto por su acción
provocadora en los delitos de tracto sucesivo (tráfico ilícito de drogas)**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE

ABOGADO

AUTOR

Eliana Noelia Asencio Martinez

ASESOR

Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Caceres

<https://orcid.org/0000-0001-7594-2092>

Chiclayo, 2022

**Exención de responsabilidad penal del agente encubierto por su
acción provocadora en los delitos de tracto sucesivo (tráfico
ilícito de drogas)**

PRESENTADA POR:

Eliana Noelia Asencio Martinez

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADO POR:

Eliu Arismendiz Amaya

PRESIDENTE

Fatima del Carmen Perez Burga

SECRETARIO

Gladys Yolanda Patricia Ramos

Soto Caceres

VOCAL

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| RESUMEN..... | 6 |
| ABSTRACT | 7 |
| INTRODUCCIÓN..... | 8 |
| CAPÍTULO 1 | 10 |
| CONSIDERACIONES GENERALES QUE EXPLICAN LA ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO DENTRO DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL | 10 |
| 1.1. El agente encubierto como técnica especial de investigación para combatir el crimen organizado..... | 10 |
| 1.2. Breve referencia sobre la regulación del agente encubierto en otros ordenamientos | 14 |
| 1.2.1. Alemania..... | 15 |
| 1.2.2. Italia | 15 |
| 1.2.3. España | 16 |
| 1.2.4. Colombia..... | 17 |
| 1.2.5. Perú | 18 |
| 1.3. ¿Quién es el agente encubierto? | 19 |
| 1.3.1. Características esenciales | 22 |
| a. El uso del engaño. | 22 |
| b. La voluntariedad del agente encubierto. | 24 |
| 1.3.2. Distinción con otras figuras afines..... | 25 |
| a. El confidente | 25 |
| b. El agente secreto | 26 |
| d. El arrepentido | 28 |
| e. El agente provocador | 28 |
| 1.4. Principios básicos que inspiran a actuación del agente encubierto | 30 |
| 1.4.1. Principio de Legalidad | 30 |
| 1.4.2. Principio de Subsidiariedad | 31 |
| 1.4.3. Principio de Proporcionalidad..... | 32 |
| 1.4.4. Principio de Control jurisdiccional..... | 33 |

| | |
|--|----|
| 1.5. Procedimiento legal para la actuación del Agente Encubierto | 34 |
| 1.6. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano..... | 36 |
| a. Caso Penélope Rodríguez..... | 36 |
| CAPÍTULO 2 | 37 |
| LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL AGENTE ENCUBIERTO POR SUS ACTUACIONES DENTRO DEL CRIMEN ORGANIZADO | 37 |
| 2.1. La responsabilidad penal del Agente Encubierto | 37 |
| 2.2. Institutos sustantivos para la exención de responsabilidad penal | 40 |
| 2.2.1. Naturaleza de la exención de responsabilidad penal | 40 |
| a. Causas de Justificación | 41 |
| i) Estado de necesidad justificante | 42 |
| ii) Obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo | 43 |
| b. Causas de exculpación | 45 |
| i) Estado de necesidad exculpante..... | 45 |
| 2.3. La Criminalidad Organizada en el Perú | 46 |
| 2.3.1. Hacia un concepto de Criminalidad Organizada | 47 |
| 2.3.2. Los delitos de organización y la criminalidad organizada..... | 49 |
| a) El delito de Organización | 51 |
| b) La Criminalidad Organizada como sistema..... | 52 |
| c) Sistemas de imputación jurídico-penal en el delito de organización..... | 53 |
| c.1. El Sistema de Transferencia | 53 |
| c.2. El sistema de responsabilidad por hecho propio | 54 |
| 2.4. Estructura de la Ley N° 30077 – “Ley contra el Crimen Organizado” | 54 |
| a. Tráfico Ilícito de Drogas | 55 |
| b. Lavado de Activos..... | 56 |
| c. Contrabando | 58 |
| d. Tráfico ilícito de migrantes..... | 59 |
| CAPÍTULO 3 | 61 |
| EL AGENTE ENCUBIERTO: SU LABOR PROVOCADORA Y LOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD QUE PUEDE ASUMIR..... | 61 |
| 3.1. Efectos de la actuación del agente encubierto en determinados derechos fundamentales..... | 61 |

| | |
|--|-----|
| 3.1.1. Derecho a la Intimidad..... | 62 |
| 3.1.2. Derecho a la No Autoincriminación | 65 |
| 3.2. Configuración de la provocación y el delito provocado | 70 |
| 3.2.1. El delito Provocado | 72 |
| 3.2.2. La función provocadora del agente encubierto | 74 |
| 3.4. Jurisprudencia..... | 77 |
| a. Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 1114/2002, de fecha 12 de junio de 2002..... | 77 |
| b. Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 1992/1993, de fecha 15 de septiembre de 1993. | 78 |
| c. Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 690/2010, Sala 2ª, de lo Penal, 1 de julio de 2010 | 79 |
| 3.5. La responsabilidad penal, civil y administrativa del agente encubierto: conductas justificadas y conductas punibles..... | 80 |
| a. La responsabilidad en el ámbito penal | 80 |
| Como ya se ha explicado, el ámbito objetivo de actuación del agente encubierto son las organizaciones criminales, en cuyo ámbito dicho agente va a realizar diversas actividades, tanto lícitas como ilícitas; por lo que, es importante analizar las consecuencias jurídicas de las eventuales conductas delictivas efectuadas por el infiltrado..... | 80 |
| b. La responsabilidad civil | 86 |
| c. La responsabilidad administrativa | 87 |
| CAPÍTULO IV | 89 |
| LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL AGENTE ENCUBIERTO POR SU LABOR PROVOCADORA EN EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS | 89 |
| 4.1. Modificación del inciso 6 del artículo 341 del Código Procesal Penal | 89 |
| CONCLUSIONES..... | 98 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 100 |

RESUMEN

Esta investigación versa sobre la figura del agente encubierto, desde un punto de vista doctrinario, legislativo y jurisprudencial, analizando si la labor provocadora del agente encubierto mediante su actuación dentro de la criminalidad organizada es eficaz y se encuentra dentro de los límites de la legalidad a fin de establecer los fundamentos para la exención de responsabilidad penal de dicho agente.

En ocasiones los efectivos policiales tienen conocimiento que determinadas personas vienen dedicándose al tráfico ilícito de drogas en el contexto de una organización criminal, lo que dificulta la obtención de pruebas; siendo necesaria la intervención del agente encubierto para investigar y recabar información suficiente a fin de sancionar a dichas personas. Sin embargo, la investigación no es sencilla cuando el agente no tiene acceso a la información confidencial del grupo criminal, por lo que, por ejemplo, propone un negocio de comercialización de drogas, realizando una función provocadora pero que propiamente no induce a la comisión del delito de tráfico de drogas sino que solo hace aflorar una decisión criminal previamente formada en los sujetos, pues con anterioridad venían dedicándose a la comisión de dicho ilícito, por lo tanto, en estos supuestos el agente encubierto deberá estar exonerado de responsabilidad penal.

PALABRAS CLAVE:

Agente encubierto, criminalidad organizada, tráfico ilícito de drogas, función provocadora, responsabilidad penal.

ABSTRACT

This investigation is about the figure of the undercover agent, from a doctrinal, legislative and jurisprudential point of view, analyzing whether the provocative work of the undercover agent through his actions within organized crime is effective and is within the limits of legality. in order to establish the grounds for the exemption from criminal liability of said agent.

Sometimes the police officers are aware that certain people have been engaged in illicit drug trafficking in the context of a criminal organization, which makes it difficult to obtain evidence; being necessary the intervention of the undercover agent to investigate and collect sufficient information in order to sanction said persons. However, the investigation is not easy when the agent does not have access to the confidential information of the criminal group, so, for example, he proposes a drug marketing business, performing a provocative function but that does not actually induce the commission of the crime. crime of drug trafficking but only brings out a criminal decision previously formed in the subjects, since previously they had been dedicating themselves to the commission of said illicit, therefore, in these cases the undercover agent must be exonerated from criminal responsibility.

KEYWORDS:

Undercover agent, organized crime, illicit drug trafficking, provocative role, criminal responsibility.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, en nuestro país es manifiesta la confluencia de la delincuencia dedicada a delitos tradicionales como el robo, con la presencia de modalidades de criminalidad organizada no convencional dedicada a delitos como el tráfico ilícito de drogas, tráfico de migrantes, lavado de activos, entre otros. Es en este contexto, que se ha investigado la figura del agente encubierto que es un instrumento regulado para afrontar los problemas de muy diversa índole asociados a la criminalidad organizada.

El problema de la función provocadora del agente encubierto surge por cuanto éste podría asumir un rol de inductor del delito, es decir, podría facilitar o dar la oportunidad al investigado para que lleve a cabo delitos, a fin de lograr que los medios de prueba sean más contundentes o la misión exitosa. Pero, si el agente encubierto es considerado por la organización criminal como un integrante más, y por ende con iniciativa propia, para decidir y planificar, incluso, puede por ejemplo convencer a otros miembros de la organización delictual para llevar a cabo un negocio de drogas, lo que configuraría provocación del delito.

Al respecto, creemos que es posible uniformizar la labor provocadora, tanto dogmático penal como procesalmente; desde la perspectiva del dominio funcional de la misma, que en este caso le corresponde al Estado y de modo especial a sus

órganos de seguridad pública (observándose desde este punto de vista la perspectiva del agente encubierto propiamente dicho).

En nuestro sistema jurídico se hace necesario que la regulación de esta técnica especial de investigación sea lo más precisa posible, con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales en el derecho procesal penal, y de esa manera potenciar la utilización, garantizar la funcionalidad y operatividad del agente encubierto, siendo necesario fundamentar las razones por las cuales éste deberá estar exento de responsabilidad penal cuando su actuación conlleve la provocación del delito, como en los casos de tráfico ilícito de drogas.

Esta investigación ha sido estructurada en cuatro capítulos, en el primer capítulo, desarrollamos la figura del agente encubierto desde un punto de vista doctrinario, legislativo y jurisprudencial a fin de explicar quién es el agente encubierto, sus caracteres, diferencias con figuras afines, principios que inspiran su utilización y, cuál es el procedimiento para su actuación. El segundo capítulo está dedicado a realizar un estudio de la responsabilidad penal del agente encubierto, y del ámbito donde actúa (criminalidad organizada).

En el tercer capítulo analizaremos la actuación del agente encubierto afecta derechos fundamentales de los investigados; la configuración de la provocación, el delito provocado y, el tratamiento de la labor provocadora del agente en algunas sentencias del Tribunal Supremo Español, así como los tipos de responsabilidad penal, civil y administrativa aplicables a esta figura. Por último, en el cuarto capítulo se propondrá una modificación del inciso 6 del artículo 341° del Código Procesal Penal que regula el procedimiento de actuación de la técnica especial de investigación en estudio.

CAPÍTULO 1

CONSIDERACIONES GENERALES QUE EXPLICAN LA ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO DENTRO DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

En el presente capítulo, se desarrollará la figura del agente encubierto desde un punto de vista doctrinario, legislativo y jurisprudencial a fin de explicar quién es el agente encubierto, sus caracteres, diferencias con figuras afines, los principios que inspiran su utilización, y cuál es el procedimiento especial para su actuación dentro del crimen organizado en el cual se infiltra

1.1. El agente encubierto como técnica especial de investigación para combatir el crimen organizado.

En términos generales cuando se comete un delito, el titular de la acción penal debe realizar una investigación a fin de lograr reconstruir de forma objetiva un hecho tal como se produjo en la realidad. En ese contexto, el Estado inicia la persecución penal del delito, pero con una posición de desventaja con relación a la persona investigada y a las circunstancias que rodean al delito, lo que conlleva al Estado a usar todas las armas legítimas para que su lucha sea eficaz contra la delincuencia que cada vez es más poderosa¹.

¹ Cfr. ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 22.

Se necesita primordialmente, que el estado actualice las técnicas especiales de investigación, ya que, el impacto de la criminalidad organizada en la sociedad es de diversa índole, así por ejemplo, resquebraja la institucionalidad del Estado y la convivencia social, por cuanto, su accionar atenta contra el orden político, económico y social; siendo necesario que el Estado aborde dicha situación, y para lograrlo debe investigar con mayor prolijidad la estructura y modus operandi de las organizaciones criminales, a fin de aplicar una adecuada justicia penal.

Así, ante el incremento de la criminalidad organizada, transnacional y fortalecida con elevados recursos económicos, los Estados contemporáneos se han visto en la necesidad de regular algunos medios de investigación, cuya práctica ha dado resultados positivos en el sistema anglosajón², logrando la desarticulación de organizaciones delictuales que operan a nivel internacional.

En ese sentido, con la finalidad de lograr una efectiva sanción contra las diferentes modalidades de criminalidad organizada, cada vez más complejas y sofisticadas; se ha convertido en una necesidad, regular el uso de técnicas de investigación extraordinarias; las cuales deben ser desarrolladas bajo la vigilancia, control y autorización del funcionario competente; y siendo que, esta técnica conlleva la restricción derechos fundamentales, su empleo debe ser excepcional

En ese sentido, se ha señalado que es indiscutible que, “para incrementar la eficiencia de la lucha contra la criminalidad organizada, existe una tendencia a crear instrumentos extraordinarios, entendiéndose por tales aquellos que suponen una alteración de los principios inspiradores tanto del derecho penal material como del propio proceso justo”³. Estas herramientas procesales son justificadas porque su empleo es muchas veces exitoso, lográndose sancionar a los integrantes de

² Siguiendo esta posición, señala ONETO que “el recurso al agente infiltrado, sea en el ámbito de acciones de prevención criminal, sea de represión criminal, es una práctica corriente en la mayoría de los países, pero es en los Estados Unidos que esta figura atinge mayor dimensión como técnica de investigación”. Citado por, CARDOSO PEREIRA, Flavio. *Agente Encubierto como medio extraordinario de investigación: Perspectivas desde el garantismo procesal penal*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2013, p. 279.

³ PARDO MATEOS, Rafael. “Fenomenología del delito: Delincuencia tradicional y nuevas formas de delincuencia”, en *Teoría y práctica de la investigación criminal*, José Collado Medina(coord.), Madrid, Editorial IUGM, 2009, p. 46.

una organización criminal, la cual por contar con sofisticadas herramientas y por su carácter transnacional, hace difícil su desarticulación.

La realidad criminológica actual ha demostrado que el modelo tradicional de investigación criminal ha dejado de ser eficiente para resolver los casos más graves de delincuencia, en especial, aquella que se caracteriza por la excesiva violencia con la que operan y por contar con un gran poder financiero y logístico⁴; en dicho contexto, una de las herramientas más eficaces a disposición de las autoridades del sistema de justicia, son las técnicas de investigación encubiertas⁵; cuyo uso debe ser siempre conforme a las reglas y principios que inspiran un estado constitucional y de derecho, de modo que no vulneren derechos y garantías fundamentales.

En efecto, como los medios tradicionales de investigación no son suficientes y, “resulta inviable afrontar la represión del crimen organizado mediante el recurso a las vías legales arbitradas para la delincuencia tradicional, ha tenido lugar una especialización de la normativa procesal penal contra la delincuencia asociativa”⁶.

En otras palabras, la lucha del Estado contra el crimen organizado ha quedado desigual, pues muchas veces, se desconoce cuál es la estructura, la logística con la que cuenta o el *modus operandi* del grupo criminal; siendo legítimo que el estado regule nuevas técnicas de investigación para el control de la criminalidad, entre ellas, el agente encubierto, que en realidad es uno de los métodos más antiguos usado por el poder público para controlar la criminalidad mediante la infiltración de un agente, quien ocultando su identidad, consigue acceder a

⁴ Cfr. HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith. *Investigaciones de Organizaciones Criminales mediante Agentes Encubiertos en el marco del Nuevo Código Procesal Penal*, Lima, Instituto Pacífico, 2015, p.57. Asimismo, recalca la autora que, “el descrédito del combate gubernamental contra el crimen organizado se alimenta, entre otros: i) de la debilidad institucional, lo cual se evidencia en la incapacidad para hacer valer el Estado de derecho, lo que permite altos niveles de impunidad; ii) la implementación de políticas públicas que no enfrentan las causas del crimen organizado, y; iii) las constantes discusiones entre las fuerzas políticas nacionales que impiden la definición de una estrategia consensuada”.

⁵ Cfr. PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. “El agente encubierto en la lucha contra la criminalidad organizada”, en *Los Actos de Investigación contra el Crimen Organizado. Agente Encubierto, Entrega Vigilada y Videovigilancia*, Víctor Cubas & Miguel Girao coordinadores, Lima, Pacífico Editores S.A.C., 2016, p. 189.

⁶ HERNÁNDEZ MIRANDA, *Op. Cit.*, p. 57.

círculos sociales y a personas que estarían prohibidas para él, si no actuara de forma subrepticia⁷.

En ese orden de ideas, se puede aseverar que serán las necesidades de la investigación, y del caso en concreto, las que establezcan la forma de actuación del agente encubierto, el grado de infiltración y las técnicas o herramientas que utilice; por lo que, “el análisis y montaje del plan de infiltración dependerá de informaciones básicas previamente recabadas respecto a la organización criminal que se pretende mejor conocer”⁸.

El uso del agente encubierto se explica por “la ineficacia de las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra la criminalidad organizada, ante la dimensión internacional de estas organizaciones, la abundancia de recursos con los que cuentan, y la dificultad de conocer su estructura y funcionamiento dado la opacidad y relativa discreción de sus actividades”⁹. Es decir, esta técnica especial encuentra su justificación en la necesidad de luchar contra organizaciones criminales para lograr su verdadera desarticulación, y así, dicha organización desaparezca del panorama delictivo.

En este escenario, a nivel internacional se considera que debido a los graves delitos cometidos por organizaciones criminales, las cuales están organizadas de manera funcional, a través de una estructura horizontal o vertical, disponen de grandes recursos materiales y humanos, y se han especializado en ocultar o eliminar las pruebas los actos ilícitos que realizan; se hace necesario que las autoridades cuenten con medios de investigación excepcionales, con la finalidad de que enfrenten adecuadamente dicho fenómeno social.

Entonces, el objetivo de lograr reprimir con eficacia a organizaciones criminales ha convertido al agente encubierto una institución necesaria para lograr tal

⁷ Cfr. CARDOSO PEREIRA, FLAVIO. *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*. Tesis para optar el título de doctor, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2012, p. 223.

⁸ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, *Op. Cit.*, p. 26.

⁹ ESCALANTE BARRETO, Estanislao. “El agente encubierto como actividad de indagación e investigación criminal: Cuestiones constitucionales en el proceso penal colombiano, en *Los Actos de Investigación contra el Crimen Organizado. Agente Encubierto (...)*, *Op. Cit.*, p. 281.

cometido¹⁰. Aunque por regla deberá usarse como *última ratio*, es decir, esta técnica debe ser el último recurso a utilizarse para la búsqueda de información y pruebas contra una determinada organización criminal; su utilización ha sido admitida por muchos ordenamientos jurídicos¹¹, pese a ser una técnica claramente restrictiva de derechos fundamentales.

La situación descrita justificó que el agente encubierto se incluyera como una técnica de asistencia judicial en el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, que en su artículo 14.1 ha señalado, con relación a las investigaciones encubiertas: “El Estado miembro requirente y el Estado miembro requerido podrán convenir en colaborar para la realización de investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa”¹².

1.2. Breve referencia sobre la regulación del agente encubierto en otros ordenamientos

Entre los diversos ordenamientos jurídicos que han optado por regular esta figura, se ha considerado conveniente realizar un breve repaso por Alemania, Italia, España, para luego, precisar sucintamente el tratamiento de esta figura en Latinoamérica, sobre todo en Colombia y en nuestro país.

¹⁰ Al respecto, QUINTANAR señala que “la figura del agente encubierto supone la positivización de un instrumento esencial en la lucha contra el denominado crimen organizado”. QUINTANAR DIEZ, Manuel. “El agente encubierto”, en *Revista Electrónica Letras Jurídicas*, N°1, marzo de 2006, [Ubicado el 20.X.2016], obtenido en: <http://cuci.udg.mx/letras/sitio/index.php/component/search/el%2Bagente%2Bencubierto?ordering=&searchphrase=all>.

¹¹ Es de mencionar que hay Estados que regulan de forma expresa el uso de esta técnica, como España, Alemania, Dinamarca, Perú y Argentina; otros, no han regulado de forma directa la infiltración policial, pero su admisibilidad se deduce de forma implícita, de normas que contemplan técnicas de investigación que exigen la participación de agentes encubiertos, como las entregas controladas de elementos ilícitos, como es el caso de Portugal y Francia; y otros que, no regulan, ni de manera directa o implícita esta técnica, siendo la jurisprudencia la que la ha introducido, este es el caso de Suiza, Austria, Bélgica y Países Bajos. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Martha. “El agente encubierto como medida de investigación del terrorismo en el contexto internacional”, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, José Serrano Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo coord., Madrid, Iustel, 2010, pp. 418-420.

¹² Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, del 29 de mayo de 2000.

1.2.1. Alemania

La infiltración policial está regulada en los §§ 110^a a 110^e de la Ley Procesal Penal (StPO). La influencia de esta regulación es el artículo 282Bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. En este país, el agente encubierto es un funcionario de la policía, que actúa a través de una identidad supuesta, durante un período de tiempo; previa autorización de la Fiscalía. Si la actuación del agente infiltrado va a afectar a un sujeto investigado o se prevé que el agente ingresará a su domicilio, requiere por la afectación de derechos fundamentales- de autorización judicial¹³.

En Alemania los agentes encubiertos son definidos como: “Miembros del servicio policial que indagan bajo una identidad alterada, otorgada por un período limitado de tiempo”, es decir, el agente encubierto es también un funcionario policial al que se le otorga una identidad supuesta, y únicamente puede actuar en la investigación de delitos graves, o de delitos cometidos en el ámbito de la criminalidad organizada o ante suficientes indicios de reincidencia delictiva¹⁴.

1.2.2. Italia

En este país, las investigaciones encubiertas están reguladas teniendo en cuenta: “la taxativa indicación de los delitos para los cuales está admitido el uso de métodos de investigación encubiertos, la previsión de presupuestos y de modalidades operativas para garantizar la transparencia de las actividades realizadas y formas adecuadas de control”¹⁵. En relación a los fenómenos de criminalidad, y en base, al Convenio y Protocolos de las Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional adoptados por este país en el año 2000 y 2001, respectivamente; se aprobó la Ley N° 146 del 16 de marzo de 2006.

¹³ Cfr. PLANCHADELL GARGALLO, *Op. Cit.* pp. 221-222.

¹⁴ Cfr. PLANCHADELL GARGALLO, *Op. Cit.*, p. 221.

¹⁵ VICOLI, Daniele & BIRAL, Marianna. “La Regulación de las Investigaciones Encubiertas en el Sistema Procesal Italiano”, en *Los Actos de Investigación contra el Crimen Organizado. Agente encubierto (...)*, *Op. Cit.*, p. 132.

Desde tal diseño normativo, posteriormente, desarrollado por la Ley N° 136 del 13 de agosto de 2010, surgió el llamado estatuto de las investigaciones encubiertas (art. 9° Ley N°146). En la interpretación jurisprudencial de la regulación italiana, se ha señalado que, la intervención de la policía judicial queda dentro de los límites de una investigación encubierta cuando el agente se limita a revelar una intención criminal ya existente, incluso en estado latente, sin haberla determinado en el imputado de modo esencial. Si, al contrario, se suscita un intento delictuoso antes inexistente, la causa especial de no punibilidad no es aplicable y los elementos de prueba son inutilizables¹⁶. Podemos apreciar que, si bien la Ley N° 146, autoriza a los agentes policiales a asumir un rol activo en el ámbito de la realización de conductas penalmente relevantes, se mantiene firme en la prohibición de la provocación, entonces, si este límite es omitido, se aplican las correspondientes acciones penales.

1.2.3. España

El artículo 282Bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula que “cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el juez o la Fiscalía dando cuenta al magistrado, 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”¹⁷.

En el citado artículo se explica que la identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior, y que se autoriza por un plazo de seis meses, pudiendo darse una prórroga por un período igual; siendo competentes para actuar en todo lo relacionado con la investigación y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. Además, en la resolución que autorice su actuación se deben señalar su nombre verdadero y también su identidad supuesta, por dicho motivo, esa

¹⁶ Cfr. VICOLI, Daniele & BIRAL, Marianna, *Op. Cit.*, p. 135.

¹⁷ Cfr. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Última modificación el 6 de octubre de 2015, [Ubicado el 01.X.2016], obtenido en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>.

resolución será reservada y se conservará fuera de las actuaciones con la seguridad del caso.

Cabe resaltar que, en la sentencia del Tribunal Supremo Español N° 863/2011 se señaló que, el delito provocado se configura cuando “la voluntad de delinquir surge en el sujeto no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad”¹⁸. Es decir, el agente con la finalidad de detener o facilitar la detención de los sospechosos, provoca con su actuación engañosa que el investigado ejecute una conducta delictiva que no tenía predisposición a realizar, y que de otra forma no hubiera realizado.

Ahora explicaremos brevemente el tratamiento legislativo del agente encubierto en América Latina, ya que, nuestro continente ha continuado la tendencia global de regular técnicas eficaces en la lucha contra la criminalidad organizada. En países como Colombia y Perú la resolución para ejecutar dicha técnica es expedida por el Fiscal; mientras que, en países como Argentina, Brasil y Ecuador, es expedida por un Juez.

1.2.4. Colombia

En el Código Procesal Penal colombiano se han desarrollado las normas que regulan el empleo del agente encubierto, estableciéndose como límites de su actuación:

- “- Siempre que necesite afectar un derecho fundamental de un tercero o del investigado, deberá obtener la respectiva autorización de la autoridad judicial competente, y en todo caso, con los debidos controles y revisión de la medida ante el juez de control de garantías.*
- Aunque la prohibición de provocación al delito se consagró expresamente para el caso de la entrega vigilada (art. 243 del CPP), la misma se debe entender para la actuación del agente encubierto, pues sólo está facultado expresamente para infiltrarse y descubrir una actividad criminal que continúa desarrollándose, no para inducir o provocar en otro cometer un delito que no estaba previamente en ejecución.*

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 863/2011 de 08.03.2011, [Ubicado el 20.IX.2016], obtenida en: <https://app.vlex.com/#vid/211686775>.

- Se deberá evaluar en cada momento si existe o no necesidad, racionalidad y proporcionalidad de las actuaciones del agente con el fin de la investigación.
- Las actuaciones del agente por fuera de las previsiones legales y al margen de la Constitución, deben generar la prohibición de utilizar sus resultados para el proceso penal, independientemente de las responsabilidades disciplinarias de los funcionarios implicados y, de ser el caso, penales¹⁹.

1.2.5. Perú

En nuestro país, la regulación de la técnica de investigación especial denominada agente encubierto fue introducida con el Decreto Legislativo N° 824²⁰, que en su artículo 28°, establecía que el Ministerio Público durante una investigación, con el objetivo de lograr obtener las pruebas necesarias para viabilizar la acusación penal, podrá facultar la ejecución del procedimiento agente encubierto, con la debida supervisión de su desarrollo y en cuanto se tengan por cumplidos los objetivos propuestos, dar por finalizado su uso.

Esta técnica se ajusta esencialmente a la Convención de las Naciones Unidas sobre Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), que en su artículo 20.1 prevé las operaciones encubiertas como una técnica especial de investigación de la delincuencia organizada. El Código Procesal Penal de 2004, la regula en su artículo 341°; pero a diferencia del Decreto legislativo N° 824 que concedía su utilización al Fiscal o juez, dicha norma procesal ha previsto su uso solamente al Fiscal.

Luego de haber explicado brevemente la regulación de la figura del agente encubierto en algunos ordenamientos jurídicos, es necesario resaltar que, uno de los temas más discutidos en el ámbito del Derecho procesal se refiere a la cuestión de la provocación del delito por los agentes encubiertos y, la consecuente valoración de las pruebas conseguidas con este método. Sin embargo, es

¹⁹ RAMÍREZ JARAMILLO, Andrés David. *El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación*, Medellín, Universidad de Antioquía, 2010, pp. 49-50.

²⁰ Decreto Legislativo N° 824, Ley de Lucha contra el tráfico ilícito de drogas, publicada el 24 de abril de 1996, [Ubicado el 11.X.2016], obtenido en: http://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/11793/PLAN_11793_Creaci%C3%B3n%20de%20la%20Entidad_2010.pdf.

necesario hacer hincapié, una vez más, que en la lucha contra la criminalidad organizada, se presenta la figura del agente encubierto como uno de los más destacables instrumentos; por lo que, en ciertos casos, como en los delitos de tracto sucesivo, estaría justificada la *labor provocadora* del infiltrado. Pero, para poder afirmar ello, es preciso, abordar el contenido específico de la figura del agente encubierto.

1.3. ¿Quién es el agente encubierto?

El agente encubierto, puede ser catalogado como:

“un medio extraordinario de investigación de determinados delitos cuya comisión se encuadra en la actividad de una organización criminal, que consiste en integrar o incorporar a la estructura de dicha organización a un funcionario de la policía a quien, se le otorga una identidad supuesta o ficticia, para poder recabar (...), información y datos sobre los hechos delictivos investigados, la estructura, integrantes, financiación y funcionamiento de la organización criminal que puedan conducir a su desmantelamiento o a lograr su inoperancia”²¹.

Es una medida o medio de investigación cuyo ámbito objetivo de actuación será una organización criminal; y está regulado en el artículo 341° del Código Procesal Penal²², que consiste en “la entrada de uno o varios policías, debidamente autorizados a tal fin, como miembros de una organización criminal y su participación en el entramado de la misma, con objeto de descubrir las acciones delictivas pasadas, prevenir las futuras y lograr la desaparición y castigo de la organización, con todos los elementos que la integran”²³, podemos apreciar, que esta técnica de infiltración es un mecanismo de prevención, pero sobretodo de represión, de aquellos delitos en los que incurre el crimen organizado.

En ese sentido, podemos señalar que, las organizaciones criminales caracterizadas por su opacidad y clandestinidad, hacen útil e idóneo el uso del

²¹ GUZMÁN FLUJÁ, Vicente. El Agente Encubierto y las Garantías del Proceso Penal, en Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha, p.17, [Ubicado el 20.X.2016], obtenido en: <http://www.cienciaspenales.net>.

²² Código Procesal Penal Peruano, Aprobado por Decreto Legislativo N° 957, el 29 de julio de 2004.

²³ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, 1ª ed., Lima, Editorial del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y CENALES, 2015, p. 356.

agente encubierto como medio de investigación del delito; por ello, la mayoría de los ordenamientos, de forma similar el artículo 341° CPP Peruano y el artículo 282bis LECrim²⁴, regulan que esta técnica de investigación sea usada al servicio de las autoridades de represión penal para la consecución de pruebas relevantes en el proceso penal.

Nuestro Tribunal Constitucional ha definido al agente encubierto como: “aquella persona seleccionada y adiestrada que con identidad supuesta [simulando ser delincuente] se infiltra o penetra por disposición de autoridad competente a una organización criminal, con el propósito de proporcionar [desde adentro de ella] información que permita el enjuiciamiento de los miembros que la componen”²⁵. En ese sentido, podemos afirmar que, esta técnica solo procede para aquellos casos del crimen organizado que no pueden ser investigados por los medios de investigación tradicionales o cuando estos son insuficientes, y consiste en la infiltración del agente en el ámbito criminal a fin de recabar información o los medios de prueba necesarios para desarticular las organizaciones criminales.

Si bien el agente encubierto se infiltra en el crimen organizado con la finalidad de desmantelarlo, no puede actuar por iniciativa propia sino que requiere autorización, por lo que, el Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes Delictivos y Agente Encubierto²⁶, lo define como “un procedimiento especial autorizado por el Fiscal con la reserva del caso, mediante el cual un agente policial, ocultando su identidad, se infiltra en una organización criminal con el propósito de determinar su estructura e identificar a sus dirigentes, integrantes, recursos, *modus operandi* y conexiones con asociaciones ilícitas”²⁷. Es decir, en nuestro país la autoridad competente para autorizar el uso de esta técnica no es el

²⁴ Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada por el Real decreto del 14 de setiembre de 1882, publicada por el Ministerio de Gracia y Justicia en el BOE, núm. 260, de 17 de setiembre de 1882.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el EXP. N.º 04750-2007-PHC/TC, [Ubicado el 15.IX. 2016]. Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04750-2007-HC.html>.

²⁶ Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes Delictivos y Agente Encubierto, Aprobado por Resolución N° 5321-2015-MP-FN del 27.10.2015.

²⁷ IBID, Artículo 22. Cabe resaltar que, el concepto establecido en dicho Reglamento guarda relación con la mayor parte de la doctrina y la legislación en la materia.

Juez sino el Fiscal, quien realizará la supervisión y el control del funcionario policial, y a quien se le deberá proporcionar la información obtenida.

El agente encubierto es esencialmente un funcionario de la Policía, a quien se le asigna una identidad supuesta o falsa, y cuya actuación debe contar con la autorización del Fiscal²⁸. Para que el agente encubierto tenga éxito en su misión, la ley lo exime de responsabilidad penal por las actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, guarden la debida proporcionalidad con la misma; de modo concreto, está autorizado a adquirir y transportar los efectos, instrumentos y objetos del delito, y diferir su incautación²⁹. En ese orden de ideas, el agente encubierto es:

“aquel funcionario policial autorizado, altamente calificado que, prestando su consentimiento y ocultando su identidad, se infiltra o introduce en las organizaciones criminales o asociaciones delictuosas, con el fin de identificar a los partícipes, reunir información y elementos de convicción necesarios para descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión del delito, aportar pruebas al proceso y, en su caso, prestar auxilio a autoridades extranjeras para estos mismos fines”³⁰.

Es decir, que la infiltración policial tiene como objetivo recabar información y elementos probatorios para descubrir a las organizaciones criminales no solo en el ámbito nacional, sino que, también presta colaboración a autoridades extranjeras.

Para finalizar este apartado, es importante mencionar el concepto elaborado por el grupo de expertos en técnicas especiales de investigación de las Naciones

²⁸ La identidad supuesta será entregada por los organismos administrativos correspondientes. En España, el competente para otorgar dicha identidad, es el Ministerio del Interior, así lo regula el artículo 282.bis 1 LECrim: “La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración (...)”. En nuestro país, la entidad encargada de entregar el documento al Fiscal que lo haya solicitado, es el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). Ello, en virtud del artículo 3° del Reglamento para implementar aspectos de identidad del agente encubierto y garantizar su protección en el marco de la técnica especial de investigación, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2014-JUS, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 06 de mayo de 2014.

²⁹ Cfr. CALIX VALLECILLO, Carlos David. “Las actuaciones del agente encubierto en el ámbito del blanqueo de capitales. Conductas típicas y su posible justificación”, en *Revista Letras Jurídicas*, N° 1, octubre de 2006, [ubicado el 20.IX.2016], obtenido en: <http://vlex.com/vid/actuaciones-encubierto-blanqueo-tipicas-41267926>.

³⁰ LOZA AVALOS, Cintia. *Agente encubierto. Técnica especial de investigación para prevenir y reprimir la criminalidad*, Lima, mayo 2014, [ubicado el 25.X.2016], obtenido en: www.lozavalos.com.pe.

Unidas, quienes señalan que las operaciones policiales encubiertas consisten en un proceso de investigación y vigilancia debidamente planificado, en el que un funcionario de policía emplea disfraces y subterfugios para conseguir información y pruebas relacionadas con delitos penales y sus posibles autores, en especial cuando se trata de personas y situaciones, a las que es difícil aplicar la ley mediante los procesos tradicionales³¹.

1.3.1. Características esenciales

Se consideran como notas definitorias, que son inherentes al trabajo del agente encubierto y que lo caracterizan, el uso del engaño y la voluntariedad. A continuación explicaremos dichas características.

a. El uso del engaño.

Este medio de investigación tiene como elemento constitutivo el engaño, que consiste en que el agente infiltrado use una identidad supuesta, con el fin de evitar o dificultar en la medida de lo posible que, la organización criminal tome conocimiento o descubra que, en realidad, es un elemento policial, ya que, en caso, esto sucediera, se frustrarían los fines de la investigación, y la integridad física del agente policial correría un evidente riesgo. Por lo tanto, la actuación del agente encubierto es posible, solo “si se recurre a la identidad supuesta (o a actitudes supuestas, como hacerse pasar por un agente policial corrupto), y en consecuencia implica un engaño a las personas que componen la organización criminal en la que se produce”³².

Al respecto, es necesario resaltar que, ha sido un problema determinar en qué condiciones se puede admitir el uso del engaño por parte del Estado y qué actuaciones pueden ser amparadas por ese engaño. Así, PLANCHADELL afirma que, “es precisamente el engaño y el hecho de actuar con base en el mismo lo

³¹ Cfr. NACIONES UNIDAS. Oficina contra la Droga y el delito. *Informe del Grupo de Trabajo Oficioso de Expertos sobre Técnicas Especiales de Investigación (Prácticas óptimas y recomendaciones sobre los obstáculos jurídicos a las entregas vigiladas y las operaciones encubiertas)*, septiembre de 2005, p. 20, [Ubicado el 26.IX.2017], Obtenido en: <http://www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx?Id=2299>

³² GUZMÁN FLUJÁ, *Op. Cit.*, p. 18.

que lleva a la doctrina a plantear la importancia de compatibilizar esta figura con las garantías y principios constitucionales reconocidos en cada ordenamiento”³³. El engaño es entonces, un fundamento esencial de la figura del agente encubierto que le permite realizar una investigación adecuada.

A decir de la tratadista DEL POZO, el engaño cumple con la finalidad de “incentivar una relación de confianza entre el agente y el resto de miembros de la organización, dicho grado de complicidad, buscado de manera intencionada por el funcionario, garantiza el éxito de la investigación”³⁴; si bien, dicha confianza será traicionada cuando el agente encubierto use en un proceso penal la información proporcionada en el seno de esa relación, sin que los integrantes de la organización, en ningún momento conozcan o sospechen, el uso que se le dará; ello, se justifica porque no hay otra manera de que el agente policial pueda acceder al ámbito criminal.

En ese orden de ideas, podemos afirmar que, los agentes encubiertos deben ser miembros de la policía, seleccionados de forma especial para actuar dentro de una organización criminal, con una asignación concreta a desarrollarse dentro del marco legal vigente y con una duración determinada; utilizando una *leyenda*³⁵ que le permite mantener en secreto su identidad dentro de la escena delictiva para lograr información que coadyuve a rebatir el peligro o a realizar la persecución penal, cuando los medios tradicionales de investigación no son suficientes o no aseguren el éxito buscado³⁶.

³³ PLANCHADELL GARGALLO, *Op. Cit.*, p. 201.

³⁴ DEL POZO PÉREZ, Martha. “El Agente Encubierto como Medio de Investigación de la Delincuencia Organizada en la Ley De Enjuiciamiento Criminal Española”, en *Revista Criterio Jurídico*, Vol. VI, Santiago de Cali, 2006, p. 285.

³⁵ Esta denominación es empleada en el derecho alemán para referirse a la “identidad supuesta”. El § 110^a define que los agentes encubiertos son “miembros del servicio policial que indagan bajo una identidad alterada (*Legende*, “leyenda”), otorgada por un período limitado de tiempo”. En esta definición se excluye, a los miembros de la policía que se infiltren sólo como producto de la ocasión (es decir, sin “leyenda”), y los llamados “Hombres-V” (*V-Leute*). GUARIGLIA, Fabricio. El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?, en *Revista de Ciencias Penales*, [Ubicado el 12. IX. 2016], Obtenido en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17118.pdf>.

³⁶ Cfr. MONTOYA, Mario. *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, p. 155.

Efectivamente, el engaño le permite al agente encubierto tener acceso a facetas determinadas de la intimidad personal de los investigados e incluso de personas que no tienen la condición de sospechosos³⁷. En este contexto, el agente encubierto participa de la intimidad del investigado, accede a su información familiar y personal, a la cual no tendría acceso, si no ganase su confianza a través del engaño, con relación a su identidad, su profesión y sus intenciones para implicarse con actividades del crimen organizado. En definitiva, el punto clave en la operación encubierta es el actuar con engaño y disimulación.

b. La voluntariedad del agente encubierto.

El otro elemento constitutivo de la figura del agente encubierto es la voluntariedad para infiltrarse en el entramado criminal. Es una regla de carácter irrenunciable el hecho de que al agente policial no se le puede obligar a asumir la tarea de infiltrarse en una organización criminal, aunque la orden esté dada por un oficial jerárquico. Es decir, la infiltración policial debe fundarse en la voluntad libre y consciente del agente al aceptar la labor de ingresar a un ambiente peligroso como es el seno de un grupo organizado de delincuentes³⁸.

En ese sentido, bajo ninguna circunstancia el agente policial, aunque sea el más experto y capacitado, está obligado a actuar como infiltrado³⁹. Lo mencionado, se justifica por la naturaleza peligrosa del trabajo a realizarse, y porque no solo se trata de ejercer una profesión, sino que el agente encubierto debe dejar de lado su vida y sus relaciones personales para hacerse pasar por otra persona; por lo que, no sería razonable, aunque esté de por medio una resolución de autoridad competente, que un agente policial realizara tal función contra su voluntad.

³⁷ Cfr. RAMÍREZ JARAMILLO, *Op. Cit.*, p.52.

³⁸ En nuestra opinión, es ilógica la situación en la cual, el Estado obligue a un funcionario policial, a realizar un trabajo en el que, no solo expone su vida, sino que puede poner en riesgo la vida e integridad física de sus familiares, al trabajar dentro de una organización criminal; caso contrario, el agente encubierto no tendría el *animus* y la tranquilidad para realizar sus funciones, lo cual sería un riesgo para el éxito de toda la investigación, e incluso el agente podría cambiar su motivación y empezar a trabajar para la organización que investiga, llevando a cabo actos de contrainteligencia.

³⁹ En ese sentido, es adecuado lo regulado por el Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada Bienes Delictivos y Agente Encubierto, que en su Artículo 23 señala: "Se podrá autorizar la técnica de agente encubierto cuando concurren las siguientes condiciones: (...), c) Participación voluntaria del agente encubierto".

1.3.2. Distinción con otras figuras afines

Si bien, ya se ha explicado quién es el agente encubierto, creemos necesario distinguirlo de otras figuras afines, para que de esa manera, quede claro, qué se entiende por agente encubierto, y así, poder diferenciarlo con claridad de otras figuras similares que pueden prestarse a confusión, entre ellas el confidente, el agente secreto, los *undercover agents*, el arrepentido y el agente provocador.

a. El confidente

En la lucha contra la criminalidad organizada no convencional, las declaraciones de confidentes o informantes pueden ser necesarias en la investigación; sin embargo, debido a que esta figura no tiene un tratamiento legal en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la utilización de la información obtenida puede conllevar a la sospecha de violación de derechos de las personas investigadas.

La diferencia entre el agente encubierto y el confidente, es que el primero tiene como misión poner al descubierto la comisión de posibles delitos y agenciarse de pruebas necesarias para lograr una efectiva sanción de los investigados, ello en base a una previsión legal establecida en el ordenamiento jurídico; mientras que el segundo, es aquella persona cuyos datos son reservados y que de manera confidencial ofrece material informativo relacionado con la comisión de ilícitos penales, proporcionando ayuda valiosa a la policía que investiga dichos delitos⁴⁰.

El confidente puede provenir de un ambiente delictivo, es decir, es un delincuente que informa a las autoridades, a cambio de ciertos favores dice, lo que sabe con relación a la organización objeto de investigación; o puede ser un ciudadano cuya finalidad es proteger la seguridad ciudadana⁴¹.

Al respecto, PÉREZ ARROYO define a esta figura como “una persona de confianza de las autoridades de persecución penal. Es el clásico soplón o chivato cuya actividad siempre estará premiada, ya sea con ventajas materiales y/o

⁴⁰ Cfr. MONTOYA, *Op. Cit.*, p.199.

⁴¹ Cfr. ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. *El policía infiltrado (...)*, *Op. Cit.*, p.232.

procesales (en caso de estar también procesado, aunque no necesariamente por el mismo delito)⁴². Es decir, el confidente es la persona que, por lo general, pertenece al ámbito delictivo, que proporciona a la policía información del mismo, no por fines altruistas o para proteger a la sociedad, sino, a cambio de ciertos beneficios procesales o por dinero.

Queda claro que, “el informante es justamente la persona que no se infiltra en la organización criminal, viniendo solo a ofrecer a las autoridades, datos o informaciones respecto de determinado ambiente criminal⁴³”. En otras palabras, es aquella persona que por diversos motivos o razones colabora con las autoridades policiales, aportando a la investigación criminal con datos relevantes.

En definitiva, la destacable diferencia entre el informante y el policía encubierto, es que el primero solo cumple con la entrega de información a las autoridades policiales, no se infiltra a fin de investigar a una organización delictiva; mientras que, el segundo tiene una función específica junto a la función policial, con el objetivo de desarticular a la organización criminal.

b. El agente secreto

El agente secreto es la persona que presta su servicio a los intereses estatales (servicios de inteligencia), su trabajo tiene como finalidad revelar e investigar hechos relevantes y de interés para el Estado. Se trata de una persona que es “un espía, un miembro de los servicios de inteligencia de un determinado Estado, que si bien utiliza la técnica de infiltración para obtener información no tiene vinculación con las funciones del proceso penal⁴⁴”. En otras palabras, el agente

⁴² Citado por, ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. Medios extraordinarios de Investigación contra el crimen organizado, en *Los Actos de Investigación contra el Crimen Organizado. Agente Encubierto (...)*, Op. Cit., p. 260.

⁴³ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. El agente encubierto en el ordenamiento jurídico español, en *La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Joaquín Delgado Martín, Navarra, Thomson/Aranzadi, 2006, p. 233. Cuando la autora se refiere a “la obtención de privilegios o algún tipo de remuneración por parte de las autoridades”, hace alusión a una “contraprestación de tipo material (entrega de dinero, droga, protección) o de tipo procesal (empleo del principio de oportunidad para la punibilidad o para una disminución de la pena)”.

⁴⁴ NÚÑEZ PAZ, Miguel & GUILLÉN LÓPEZ, Germán. “Entrega vigilada agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de drogas”, en *Revista Anuario de*

secreto se ubica en lugar distinto al del agente encubierto dentro del organigrama administrativo, por ello, su infiltración está orientada a proteger intereses diferentes, como por ejemplo, la seguridad nacional, y que no tienen vinculación directa con el proceso penal.

Como se ha señalado, el agente encubierto no es un agente secreto, aunque ambas técnicas tengan como objetivo final, la investigación y búsqueda de información. Es decir, si bien tienen un mismo objetivo, las tareas que ambos desarrollan son distintas, careciendo el agente secreto o espía de vinculación con las funciones del proceso penal⁴⁵.

c. Los undercover agents

Los *undercover agents* son policías con trabajo similar al agente encubierto, también se infiltran en organizaciones delictivas haciendo uso de una identidad supuesta, pero la diferencia, de esta figura de los modelos policiales angloamericanos con la técnica en estudio, es que su trabajo no está subordinado desde su inicio a una investigación en concreto. A decir del profesor GASCÓN INCHAUSTI, el *undercover agents* aunque sea un agente de policía como el agente encubierto, se infiltra de modo genérico en espacios u organizaciones criminales, pero su labor no obedece a una concreta investigación delictiva⁴⁶.

La posición expuesta es acertada, y se justifica por la especialidad que caracteriza la actuación de un agente encubierto, el mismo que es designado para trabajar en una operación encubierta a fin de realizar una determinada investigación, teniendo en cuenta el criterio de proporcionalidad y facilitando el control jurisdiccional. Por su parte, los *undercover agents* no tienen una actuación específica dentro de una determinada investigación, siendo su trabajo de forma genérica, lo que dificulta el

Derecho Penal, Vol. LXI, 2008, p. 120, [ubicado el 25.X.2016], obtenido en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2008-10008900164.

⁴⁵ Además, coincidimos con ESPINOSA, quien señala que, “los servicios de inteligencia ya no son simples servicios de información que se dedican a espiar, sino que investigan, analizan y estudian la información que obtienen para que los gobiernos adopten las decisiones correctas, actuando bajo el principio de coordinación con otros servicios del Estado”. ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. *El policía infiltrado (...)*, Op. Cit., pp. 142-143.

⁴⁶ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Infiltración policial y agente encubierto*, Madrid, Comares, 2016, p. 28.

control judicial y puede provocar la vulneración del principio de especialidad que es inherente a las actuaciones del agente infiltrado.

d. El arrepentido

En relación a la figura del arrepentido debemos precisar que existen dos clases de sujetos arrepentidos:

“El que colabora con la justicia proporcionando la información que conoce por haber pertenecido al entramado criminal; y el colaborador activo que será el sujeto que, además de proporcionar información sobre determinados aspectos del entramado que conoce por haber participado en él, continúa de forma encubierta en el seno de la organización, para recabar el mayor número de datos posibles, para lograr la desarticulación del entramado”⁴⁷.

En ese sentido, es desde la segunda premisa que se pueden establecer diferencias con la figura del agente encubierto, es decir, cuando el arrepentido permanezca en la organización criminal de forma encubierta. Siendo así, el carácter de policía del agente encubierto, lo diferencia del arrepentido, quien es un particular. Si bien, ambos buscan prevenir y reprimir delitos, el primero lo hace en función de su cargo, mientras que, el segundo presta su colaboración a la justicia a cambio de protección personal o de beneficios penales⁴⁸. Por tanto, es suficiente que efectúe una contribución objetiva y eficaz, que facilite la persecución de las diversas manifestaciones de criminalidad.

No obstante, hay que resaltar que la actuación del arrepentido es voluntaria, pues es él quien manifiesta su interés en colaborar con las autoridades policiales que tienen como objetivo la prevención y persecución del delito, pero ello, lo hace con la finalidad de obtener beneficios, como protección personal, reducción o extinción de la pena.

e. El agente provocador

El agente provocador es la figura que genera más dudas conceptuales cuando se compara con el agente encubierto. Es definido como “el funcionario de policía

⁴⁷ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. Medios extraordinarios de Investigación contra el crimen organizado, *Op. Cit.*, p. 256.

⁴⁸ IBID.

judicial o particular que provoca en otro la comisión de un delito para poner a prueba la real capacidad criminal, conocer una organización, y sobre todo, para sorprender en flagrancia”⁴⁹, es decir, el agente provocador incita a otro para que realice un delito que no tenía predispuesto cometer; mientras que, el agente encubierto no provoca la comisión de un delito, su actuación está orientada a conocer la organización criminal.

En nuestro país, la técnica del agente provocador no está permitida, solo se considera legítima la actuación de un policía encubierto cuando de modo simple aprecia los hechos y asegura los elementos de prueba, sin tener que interferir en el curso propio de la acción, pese a que en algunas ocasiones deberá realizar conductas propias de la organización criminal.

Múltiples problemas han surgido por la utilización del agente provocador, figura que es muy usada en Estados Unidos en su lucha contra la delincuencia organizada, mediante el *entrapment*⁵⁰ (entrampamiento) y, aunque es claro que el servidor público no actúa dolosamente, en muchos casos se presta para abusos y para fines proclives⁵¹.

Sobre el particular, MUÑOZ CONDE⁵² señala que en España se considera impune la conducta del provocado, por ser resultado de una situación policial ficticia, donde el provocado no actúa de forma libre ni espontánea. El delito provocado es impune porque la conducta desplegada por el provocado es una mera apariencia o ficción, quedando en la categoría de delito imposible o putativo.

La diferencia esencial que existe entre el agente provocador y el agente encubierto, es que el primero tiene una actitud activa que induce a otro a cometer

⁴⁹ ARCINIEGAS MARTINEZ, Augusto. *Investigación y Juzgamiento en el Sistema Acusatorio*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2006, p. 203.

⁵⁰ Estados Unidos de América ha otorgado un tratamiento penal distinto al agente provocador: “el problema de la provocación se ha enfocado en la defensa del entrampamiento, la cual puede ser invocada cuando son los agentes del gobierno los que crean la idea de la comisión del delito en la persona investigada. El entrampamiento o *entrapment* se presenta en investigaciones proactivas que utilizan la inducción con el propósito de conseguir que un sujeto, dispuesto a cometer delitos, pero que de otra manera no sería fácilmente identificable, muerda el anzuelo, tendido por agentes policiales (...)”. RAMÍREZ JARAMILLO, *Op. Cit.*, p.52.

⁵¹ ARCINIEGAS MARTINEZ, *Op. Cit.*, p. 203.

⁵² Citado por ARCINIEGAS MARTINEZ, *Op. Cit.*, p. 204.

un delito para lograr una condena efectiva⁵³; mientras que, el segundo despliega una actitud pasiva, que consiste en recabar información de los delitos graves cometidos por organizaciones criminales.

En definitiva, el agente encubierto aunque actúe con las estrategias del engaño y la disimulación, no estimula o determina el nacimiento de la conducta delictiva en el agente provocado; pues, su actuación se autoriza sólo cuando existan indicios de una actividad delictiva consumada o que se está cometiendo, y que se requiere poner al descubierto.

1.4. Principios básicos que inspiran a actuación del agente encubierto

El uso del agente encubierto debe ajustarse a la normativa constitucional y en especial, a determinados principios, como el de legalidad, por el cual la infiltración debe ser una técnica de investigación prevista en la ley; el de subsidiariedad, por el cual su empleo debe darse solo cuando no se puede lograr la finalidad de investigar una organización criminal con otro medio menos restrictivo de derechos; el de proporcionalidad, por el cual esta medida debe utilizarse para descubrir supuestos criminales de naturaleza grave; y el principio de autorización, intervención y control judicial. Pasemos a analizar de forma sucinta estos principios y los efectos que tienen en la actuación del agente encubierto.

1.4.1. Principio de Legalidad

El principio de legalidad es esencial en la actuación del infiltrado policial, ya que, la obediencia a la ley es un requisito indispensable y necesario de cualquier actividad que se desarrolle en un Estado de Derecho. Este principio significa que todo acto o comportamiento de los ciudadanos, incluso del Estado, debe estar justificado en una ley previa y de carácter general.

⁵³ En ese sentido, se puede afirmar la “inexistencia de delito provocado cuando los acusados tienen voluntad y decisión criminal desde el principio, respondiendo a un serio proyecto previamente elaborado, con lo que tal decisión no viene determinada por la intervención del agente encubierto”. Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 1242/2009 de 06.02.2009, [Ubicado el 20.IX.2016], obtenida en: <https://app.vlex.com/#vid/211686775>.

En ese sentido, el procedimiento para la autorización de la actuación del agente encubierto está desarrollado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 341° del Código Procesal Penal, en la Ley N° 30077 y en el Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes Delictivos y Agente Encubierto, evitándose situaciones sin previsión legal.

Sin embargo, debemos señalar que no se podrá exigir que la resolución que habilite la actuación del agente encubierto, deba revelar el modo de actuar del mismo dentro de la organización criminal pues esto podría ocasionar el fracaso de la investigación y poner en alerta a las organizaciones criminales para captar a posibles topes de la policía, lo que conllevaría una evidente situación de riesgo para la integridad del infiltrado⁵⁴.

Por ende, la actuación del agente encubierto sólo puede estar regulada de manera general, debiendo establecerse en el caso concreto cómo se realizará. Entonces, en virtud del principio de legalidad no se puede exigir que la actuación esté prevista completamente en una norma, pues ello conllevaría a la insuficiencia de este procedimiento, ya que, las estructuras criminales al tener previo conocimiento del proceder de un agente policial infiltrado estarían más alerta.

1.4.2. Principio de Subsidiariedad

El principio de subsidiariedad o excepcionalidad en el ámbito de las operaciones encubiertas consiste en la defensa del uso del agente infiltrado siempre que se hayan agotado de forma previa la utilización de métodos de investigación menos restrictivos de derechos fundamentales. Dicho de otro modo, el titular de la acción penal no podrá utilizar la técnica de infiltración policial en el entramado de una organización criminal como *prima ratio*; sino, siempre como última posibilidad, es decir, con carácter de *última ratio*.

La técnica procesal denominada agente encubierto se admitirá cuando no exista otro medio de investigación menos gravoso para los investigados, tendrá que estar

⁵⁴ Cfr. ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. *El policía infiltrado (...)*, Op. Cit., pp. 375-376.

relacionada directamente con la proporcionalidad del hecho, y sólo se autorizará para los casos en que la información y pruebas sólo puedan obtenerse por esta técnica. En definitiva, este principio significa permitir el uso del agente encubierto cuando las finalidades de la investigación solo pueden lograrse de este modo⁵⁵.

La excepcionalidad de esta técnica de investigación radica en el hecho de que es una herramienta que lesiona algunos derechos y libertades fundamentales del investigado; por ello, su utilización deberá limitarse a situaciones graves y que exijan una actuación incisiva del Estado en aras a preservar la seguridad colectiva.

1.4.3. Principio de Proporcionalidad

Es necesario que, “el órgano jurisdiccional determine que la introducción en la banda organizada de un funcionario de policía de manera encubierta va a resultar apta para obtener datos relevantes para la investigación de la red”⁵⁶; es decir, que el agente encubierto como medida adoptada va a apoyar al desarrollo de una adecuada investigación.

Este principio es fundamental en el proceso penal para equilibrar la tensión de fuerzas entre la eficacia del estado y los derechos fundamentales del ciudadano. Por ello, es un principio ineludible de las actuaciones del agente encubierto⁵⁷, de modo que su empleo como medio extraordinario de investigación es restringido a casos graves como los delitos de tráfico ilícito de drogas, narcotráfico, corrupción, lavado de activos, entre otros.

El principio de proporcionalidad se aplica al agente encubierto por la evidente limitación de derechos fundamentales, pero también por las singularidades de este medio de investigación, como el uso del engaño a través de una identidad supuesta, su consideración como medio extraordinario y como más agresivo con

⁵⁵ SUITA PÉREZ, N. La diligencia de investigación por medio del agente encubierto, Citado por CARDOSO PEREIRA, Flavio. *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, Op. Cit., p. 294.

⁵⁶ DEL POZO PÉREZ, Op. Cit., p. 293.

⁵⁷ En este sentido, se ha señalado que, “en modo alguno puede obviarse que cualquier medida de investigación restrictiva de derechos fundamentales, deba declinar la observancia del principio de proporcionalidad”. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Op. Cit., p. 205.

las personas investigadas; las mismas, que son suficientes razones para hacer que el principio de proporcionalidad esté presente no solo en la adopción de la medida sino en la actuación del agente encubierto⁵⁸; por ello, el uso del agente encubierto solo será permitido si la protección del interés público predomina sobre la protección del interés privado, debiendo figurar como postulado necesario de las actuaciones de dicho agente.

1.4.4. Principio de Control jurisdiccional

Este principio está referido a la autorización, intervención y control judicial de la técnica de investigación encubierta. En ese sentido, la intervención judicial es imprescindible para conferir el debido valor probatorio a las actuaciones que realice el agente infiltrado, en particular cuando sus acciones puedan afectar derechos o garantías procesales reconocidos constitucionalmente, como el derecho a la intimidad o la no autoincriminación.

Si pese a que, está establecido un control legal en algunas situaciones pueden ocurrir excesos o arbitrariedades en la actuación del agente encubierto; sería inviable la hipótesis de la ausencia de cualquier medida de verificación referente al desarrollo de dicha técnica; pues ello, supondría institucionalizar irregularidades y abusos que conllevan violaciones de derechos de las personas sometidas a un proceso penal, esta situación constituiría un auténtico Derecho Procesal penal del enemigo.

Así, la necesidad de control judicial en la actuación del infiltrado debe centrarse en proteger y tutelar los derechos y garantías del investigado, quien al no tener conocimiento de la autorización de la medida de investigación que se está desarrollando en su contra, no puede autodefenderse ni interponer ningún medio impugnatorio contra ella, por lo que, son los fiscales y jueces lo que deben garantizar la tutela de forma rigurosa⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. *El policía infiltrado (...)*, Op. Cit., pp. 367-368.

⁵⁹ Cfr. MONTÓN GARCÍA, Lidón. *Nuevas Técnicas de Investigación: Confidente, Agente Provocador y Agente Encubierto*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2016, p. 273.

1.5. Procedimiento legal para la actuación del Agente Encubierto

Para la autorización del uso de agentes encubiertos, el artículo 22° del Reglamento de circulación y entrega vigilada de bienes delictivos y agente encubierto, prescribe que, en el marco de un proceso penal, la Policía Nacional del Perú debe presentar al fiscal un informe sobre los hechos a ser investigados, indicando la estructura criminal de la organización que se investiga, los recursos a su disposición, sus posibles jefes e integrantes, su modo de actuar y sus vínculos con otras organizaciones; al referido informe se anexa un plan de trabajo, con especificaciones financieras, logísticas y técnicas, y sobre todo con la identidad del funcionario policial que asumirá el rol de agente encubierto, la hoja de servicio del mismo, la identidad ficticia propuesta o presunta, la instrucción que ha recibido, el tiempo de duración del procedimiento y otros datos que sean necesarios.

En cuanto a lo descrito, el numeral 1) del artículo 341° del CPP, establece que, “La identidad supuesta será otorgada por el Fiscal por el plazo de seis (6) meses, prorrogables por períodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo, 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”⁶⁰. Es decir, la identidad que requiere el agente encubierto para su actuación será dada por el fiscal, quién además autoriza el tiempo en el que se debe desarrollar la investigación con esta técnica, pudiendo prorrogarse ese plazo inicial según las necesidades de la investigación.

Asimismo, el artículo 23 literal b) del mencionado Reglamento establece que el agente, bajo la identidad supuesta, puede actuar en el tráfico jurídico y social, realizando actividades relacionadas al delito que se investiga, y siendo que, la persona que actúa como agente encubierto se hace pasar por un miembro más del entramado organizativo, deberá realizar las tareas propias que le ordenen los mandos superiores de la organización; es por ello, que en ocasiones tendrá que

⁶⁰ Código Procesal Penal del Perú, artículo 341 numeral 1).

transportar los objetos del delito para poder recabar la mayor información posible y así desarticular la totalidad de la organización criminal.

En ese sentido, se pueden crear, cambiar y usar los documentos de identidad que sean necesarios para la realización de la investigación. Para ello, se exige que, en la resolución que designe a un agente encubierto, debe consignarse el nombre verdadero y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto, siendo dicha decisión reservada; no obstante, es obligatorio que se remita una copia a la Fiscalía de la Nación, que abrirá un registro reservado de ella, bajo las condiciones de seguridad pertinentes.

Teniendo en cuenta los factores que venimos analizando, es necesario indicar que, al afectarse derechos fundamentales del investigado, debe cumplirse con el deber de justificación y motivación de las disposiciones que autorizan la utilización de agentes encubiertos. Por ello, la disposición fiscal debe señalar de forma clara el contenido de la autorización, puntualizar las circunstancias de la misma, el delito para el cual se admite, la organización a la que se ha de investigar, entre otros datos que la autoridad competente conozca (numeral 5 del art. 341 CPP).

Es de resaltar que, la autorización que permite a un funcionario policial infiltrarse en una organización criminal no es una habilitación legal en blanco para que afecte, sin ningún control adicional, derechos fundamentales, como por ejemplo, registrar un domicilio o en interceptar un teléfono, sin que los mismos estén debidamente autorizados; amparándose puesto que si actuase *motu proprio*, al margen de la supervisión y autorización de la autoridad competente, los resultados que obtendría serían invalidados, al ser una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, proscrita por el numeral 2 del artículo VIII del Título Preliminar del CPP.

1.6. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano

a. Caso Penélope Rodríguez⁶¹

Del propio tenor de la sentencia, resulta posible extraer que, el TC realiza una abierta declaración en torno a su constitucionalidad, pues señala que, “esta técnica especial de investigación no deviene en inconstitucional”; el fundamento jurídico 19, es el que más relevancia tiene al señalar:

- *“Su empleo requiere el conocimiento de hechos que revistan las características de delito, de modo que no se amenace o vulnere derechos fundamentales de las personas. Tal proceder no constituye la amenaza o afectación a la privacidad y desde luego a la dignidad del ser humano, puesto que no existe el derecho a no ser visto públicamente en el momento de realizar un comportamiento ilícito.*
- *Se adecua a los instrumentos jurídicos internacionales de los que el Perú forma parte, principalmente la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del 2000 (...).*
- *En definitiva, el agente encubierto es un procedimiento auxiliar indispensable para superar las dificultades que se presentan en las formas ordinarias de recabar información en esta clase de delitos (crimen organizado) y constituye una medida legislativa destinada a combatir eficazmente el tráfico ilícito de drogas”.*

En ese sentido, se puede señalar que, el agente encubierto como técnica extraordinaria de investigación es constitucional, pese a que, limita algunas garantías constitucionales, pues es una técnica que permite hacer frente a la criminalidad organizada, la cual se vale de diversos mecanismos para eludir la acción penal, siendo justificado recurrir al agente infiltrado para poder dismantelar las organizaciones criminales.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 04750-2007-PHC/TC, LIMA, *Op. Cit.*

CAPÍTULO 2

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL AGENTE ENCUBIERTO POR SUS ACTUACIONES DENTRO DEL CRIMEN ORGANIZADO

En el presente capítulo se realizará un análisis de la responsabilidad penal del agente encubierto; y se estudiará en qué consiste la criminalidad organizada, que es el ámbito en el que actúa el agente encubierto y en el que algunas de sus conductas por su acción provocadora deberán ser eximidas de responsabilidad penal.

2.1. La responsabilidad penal del Agente Encubierto

El término responsabilidad, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, sería “la deuda, la obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”⁶². Esta definición se ajusta al significado jurídico de responsabilidad, que en términos generales, es la obligación de cumplir o soportar las consecuencias que la ley asigna a una

⁶² REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, 23ª ed., Madrid, 2014, [Ubicado el 22.IV.2017], Obtenido en: <http://dle.rae.es/?id=WCqQQlf>.

determinada acción, o bien, la necesidad en la que se encuentra una persona de satisfacer las obligaciones que tiene frente al Derecho.

Sin embargo, de modo más frecuente se emplea el término responsabilidad para referirse a las obligaciones que surgen de un acto contrario a Derecho, por ello, dependiendo de cuál sea la rama del derecho que dicho acto afecte de modo específico, podemos diferenciar entre: responsabilidad, penal, civil, administrativa, etc., refiriéndonos al conjunto de obligaciones de una misma índole que nacen de un acto y a la sujeción que tiene el obligado frente al Derecho para su cumplimiento⁶³.

Entonces, si el ordenamiento jurídico emite un reproche ante una conducta contraria a sus regulaciones, la responsabilidad penal significa la realización de un juicio de valor negativo sobre la conducta concreta del individuo. Para SANZ, “la responsabilidad penal ha de sustentarse sobre la culpabilidad, ya que, para poder imputar la responsabilidad por un acto a un sujeto, ha de considerarse a dicho sujeto un agente moral, lo que implica admitir su capacidad de libre decisión”⁶⁴.

En base a lo expuesto, podemos decir, que la responsabilidad penal es la obligación de soportar una pena que afecta a toda persona que comete un delito, según las previsiones legales establecidas en un determinado ordenamiento jurídico.

Ante la interrogante, ¿Deberá asumir responsabilidad penal el agente encubierto que durante su infiltración en el seno de una organización criminal, se ve compelido a cometer un delito?, al respecto, se puede señalar, que en principio, si debe ser eximido de responsabilidad penal, sea porque actuó por un estado de necesidad o en cumplimiento de un deber, en ejercicio de una orden legítima o en ejercicio de un cargo.

⁶³ Cfr. DE LA FUENTE HULAUD, Felipe. “Sobre el Concepto de Responsabilidad Criminal en Nuestro Código Penal”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XIII 1989 – 1990, p.114.

⁶⁴ SANZ ENCINAR, Abraham. *El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, s/d, p. 29.

En ese sentido, aquellos textos procesales que regulan la figura del agente encubierto, han establecido límites frente a la eventual comisión de delitos (entre ellos: participar en actos de planeación, preparación y ejecución de algunas de las actividades ilícitas que realiza la organización delictual investigada, realizar transacciones ilícitas con el investigado, etc.), por ello, FERNÁNDEZ señala que,

“en la doctrina y la jurisprudencia de algunos países como Argentina, que tienen práctica en ello, el agente encubierto al infiltrarse dentro de la organización criminal entra a ser parte de la misma y, por lo tanto, tendrá muchas veces que comportarse como tal, desarrollando, como autor o partícipe, actividades delictivas propias del grupo para no generar sospechas y cumplir con su misión”⁶⁵.

Por lo anterior, los ordenamientos jurídicos de los países que regulan el empleo de esta técnica han exonerado de responsabilidad penal al agente encubierto, por aquellos delitos que cometa con el fin de lograr ser aceptado por los miembros de la organización delictiva, ganar la confianza de los mismos, mantener su seguridad y la de la operación, siempre que su accionar resulte racional, necesario y proporcionado, teniendo en cuenta las consecuencias del acto criminal.

Aunque se considera que toda extralimitación o infracción de la ley deberá ser evaluada en el caso concreto; se ha pensado que por regla general, es conveniente eximir de responsabilidad penal al agente infiltrado, sea en aplicación de razones de política criminal, como la excusa absolutoria, que es entendida como una causa personal que excluye la aplicación de la pena de carácter netamente individual, pese a estar frente a una conducta típica, antijurídica y culpable; o una causa de justificación, por la cual la conducta será típica, pero no antijurídica.

En todo caso, aplicar la exención de responsabilidad penal se subordina a que el delito cometido sea resultado directo de la actuación encubierta, que el agente no haya tenido otra opción para impedir que fracase su misión o la puesta en peligro

⁶⁵ FERNANDEZ ROMO, Máximo. “Los métodos especiales de investigación criminal, como alternativa legal de persecución penal contra el lavado de dinero”, en *El Lavado de dinero en el Siglo XXI*, VV.AA, La Habana, Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2015, p. 300.

de su vida, y siempre que la integridad física o la vida de una persona no sean lesionadas⁶⁶.

2.2. Institutos sustantivos para la exención de responsabilidad penal

Como se ha señalado en el capítulo anterior, por razones de política criminal se justifica el accionar del agente encubierto para investigar organizaciones criminales; pero si durante la investigación el agente realiza una acción ilícita que constituye un delito, se debe decidir si hay posibilidades de exonerarlo de responsabilidad; por ello, se deben establecer leyes que de forma clara regulen los mecanismos de exoneración, bien en base a la concurrencia de una circunstancia eximente⁶⁷ o una excusa legal absoluta.

2.2.1. Naturaleza de la exención de responsabilidad penal

Con el estudio de naturaleza penal-sustantiva se pretende determinar si a un funcionario policial cuando actúa como agente encubierto y con su actuación provoca la comisión de un delito, se le debe castigar penalmente, o si, por el contrario, debe quedar exonerado de responsabilidad penal.

La subsunción de un hecho en un determinado tipo penal no precisa de modo definitivo hasta qué punto una conducta se considera como una infracción delictiva contraria a Derecho y, por ende, castigada penalmente. Así, queda aún por analizar si la provocación de un delito por parte del agente infiltrado es un acto que podría estar legitimado por concurrir una causa de justificación o de exculpación.

Al respecto, cabe mencionar que en Alemania, un sector de la doctrina considera que el Derecho penal no puede justificar aquello que el Derecho policial prohíbe

⁶⁶ Cfr. FERNANDEZ ROMO, *Op. Cit.*, p. 301. Asimismo, el citado autor, señala que “en otras situaciones, su conducta delictiva no podría quedar impune y, por lo tanto, la autoridad que realice el control de su actuación podría iniciar las medidas del caso para que se investigue su responsabilidad penal, realizar los informes dirigidos a las demás autoridades competentes en lo disciplinario, y ordenar que se le separe de forma inmediata de sus funciones. Esto, en el supuesto que el agente se aparte de la misión que cumple y efectivamente participe, como los demás, en los hechos, por lo cuales llegó a la organización”; IBID, p. 302.

⁶⁷ Cfr. ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Augusto. *Policía judicial y sistema acusatorio*, 3ª ed., Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2007, p. 320.

de manera explícita; por ello, no pueden aplicarse a la actuación del infiltrado, las causas de justificación previstas en el texto punitivo para los privados; es decir, solo se pueden alegar, ante una lesión de bienes jurídicos de terceros, legítima defensa o estado de necesidad, en las relaciones entre ciudadanos. Por consiguiente, al Estado y sus funcionarios se aplican reglas más estrictas que a los particulares, cuando afectan derechos o garantías fundamentales⁶⁸.

Los autores que defienden la posición contraria, afirman que si se pueden aplicar las causas de justificación a un funcionario público, ya que, no toda medida de defensa que adopte dicho funcionario, supone la comisión de un delito, en los casos en los que no cuente con una autorización de intervención de naturaleza jurídico-pública. Asimismo, los defensores de esta solución penal exponen el siguiente argumento:

“Si las causas de justificación generalmente resultan aplicables a los funcionarios públicos, ello desde luego no significa todavía que sus requisitos se den, además, en el caso concreto, de tal forma que pueda considerarse que la conducta del funcionario está en todo caso justificada. El examen de los requisitos de las causas de justificación permite no obstante la diferenciación, la cual, en el caso de una denegación general de aquéllas, no resultaría posible”⁶⁹.

Por tanto, a partir de los argumentos expuestos, debe afirmarse la posibilidad de que un agente policial pueda alegar una causa de justificación o de exculpación en favor de terceras personas. Es decir, las causas de justificación y las causas de exclusión de la culpabilidad son aplicables, no solo a los privados, sino también a los agentes policiales.

a. Causas de Justificación

Las causas de justificación se fundan en situaciones objetivas (agresión en la legítima defensa; necesidad en el estado de necesidad; deber o derecho en el ejercicio legítimo de un derecho, profesión, oficio o cargo y en el cumplimiento de

⁶⁸ Cfr. CANO PAÑOS, Miguel. *En los límites de la Exclusión de la Responsabilidad Penal. El caso de “Jakob Von Metzler” y el Empleo de la Tortura en el Estado de Derecho*, Tesis Doctoral, Murcia, Universidad de Murcia, 2015, p. 204.

⁶⁹ IBID, p. 205.

un deber, por ejemplo), que como tales han de ser conocidas, pero pueden desconocerse o valorarse erróneamente por el autor.

Para QUINTERO OLIVARES, basta decir que “el conocimiento de la antijuridicidad, como elemento culpabilístico, supone, evidentemente, tanto el conocimiento del que el acto es antijurídico cuanto que el autor no esté asistido o legitimado por una de esas excepciones que llamamos causa de justificación”⁷⁰. Es decir, las causas de justificación exigen que el sujeto conozca la existencia de las mismas. En nuestro medio las eximentes calificadas como causas de justificación son: i) el cumplimiento del deber o ejercicio legítimo del derecho, oficio o cargo, ii) la legítima defensa y iii) el estado de necesidad.

i) Estado de necesidad justificante

El estado de necesidad justificante se encuentra regulado en el Código Penal, en su artículo 20 inciso 4:

“Está exento de responsabilidad penal: El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro”.

Cabe señalar que, no existe una definición legal de estado de necesidad; no obstante, siguiendo a MIR PUIG puede definirse como un “estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no da lugar a la legítima defensa ni al ejercicio de un deber”⁷¹. En ese sentido, podemos afirmar que para que se configure el estado de necesidad es necesario que el peligro sea actual; aunque como lo señala

⁷⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*, 2ª ed., Madrid, Thomson Aranzadi, 2007, p. 463.

⁷¹ MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho Penal, Parte General, p. 443. Citado por CALIX VALECILLO, David. “Las actuaciones del agente encubierto en el ámbito del blanqueo de capitales. Conductas típicas y su posible justificación”, en *Revista Letras Jurídicas*, N°1, Octubre 2005, Obtenido en: <http://vlex.com/vid/actuaciones-encubierto-blanqueo-tipicas-41267926>.

CEREZO MIR⁷², eso no es suficiente, la producción del mal que se procura impedir debe ser también inminente.

De la citada cláusula legal se infiere que el estado de necesidad exige conceptualmente “un contexto de conflicto entre bienes jurídicos, cuya solución solo puede alcanzarse mediante el sacrificio o menoscabo de uno de ellos”⁷³. En ese sentido, puede indicarse que la protección de uno de los bienes jurídicos enfrentados solo puede verificarse mediante la puesta en peligro o lesión del otro. Asimismo, de la expresión legal puede deducirse que esta eximente se justifica en una situación de peligro de un bien jurídico propio o ajeno, el cual debe ser objetivo, real y actual, siendo la probabilidad de producción de dicho peligro inminente.

ii) Obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

El obrar por disposición de la ley supone el cumplimiento de un deber que la ley ordena (artículo 20° inc. 8 CP). En la actualidad la doctrina española admite que esta circunstancia no es superflua, puesto que, logra la unidad o coherencia entre todo el ordenamiento jurídico, ámbito de donde provienen diversas fuentes de deberes y derechos. De este modo se demuestra cómo la antijuridicidad ostenta ese carácter de oposición entre el hecho y el Derecho en general, mientras que la tipicidad contrae su alcance a la correspondencia entre la conducta y la descripción legal penal⁷⁴.

Esta eximente de responsabilidad penal es la más utilizada, siendo su naturaleza jurídica la de una causa de justificación, teniendo en cuenta que en determinados momentos los ordenamientos, diseñan “preceptos permisivos”⁷⁵, mediante los

⁷² CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español, Parte General II, Teoría Jurídica del Delito*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, p. 246.

⁷³ QUINTERO OLIVARES, *Op. Cit.*, p. 514.

⁷⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Op. Cit.*, p. 484.

⁷⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p.347.

cuales se posibilita la realización de un hecho, prohibido por la ley, siendo esta naturaleza afianzada con la necesidad de la observancia de principios generales.

En cuanto al cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo como causa de justificación se requiere de la actuación conforme al Derecho, por ello para conocer cuando se cumple el requisito antes invocado es preciso recurrir al contenido de la regulación jurídica, que rige la actuación. En el caso específico que nos ocupa de la actuación del agente encubierto, es preciso valorar la autorización que le ha sido otorgada, la proporcionalidad con el acto realizado, y si efectivamente se ponderaron los bienes jurídicos vulnerados.

El análisis de esta institución dentro de nuestra investigación está basado directamente en la utilización por parte del Estado de su poder superior dentro de la sociedad. Los órganos represivos tienen la potestad de permitirse un actuar lacerante de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Cuando un agente de la autoridad penetra en la intimidad, privándolo de su libertad o de sus derechos va en contra de una regulación expresa, pero al tener como fundamento para su actuación una orientación expresa otorgada por un funcionario de una institución facultada de impartir justicia y mantener el orden, su actuar es acertado.

En tal sentido, los profesores MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN⁷⁶ exponen la necesidad de analizar los casos donde no se ponen en peligro la vida o la integridad corporal. Esta causa de justificación va orientada también a los supuestos donde se vulneran otros derechos como la libertad, la inviolabilidad del domicilio, la intimidad, entre otros. De esta forma son importantes para el control de la actuación policial los llamados requisitos formales que exigen la vulneración de los mencionados derechos.

Los actos de investigación, en los supuestos en que los agentes exponen anteriores actividades delictivas a través de la infiltración, producirán iguales efectos a los que van destinados en su operación encubierta. Su comportamiento se realiza en consonancia con los límites establecidos en la Constitución y en las

⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, *Op. Cit.*, pp. 337-338.

leyes que regulan el ejercicio de sus funciones (indagar del delito, descubrirlo y asegurar al delincuente). El obrar simulado del funcionario se justifica por el cumplimiento de los deberes de su cargo y, como consecuencia de ello, su comportamiento es lícito. La operación encubierta, como herramienta de investigación que es, gozará de eficacia total, ya que, cumplidos los requisitos establecidos para ella, producirá todas sus consecuencias⁷⁷.

De lo anteriormente expuesto se colige que las operaciones encubiertas dentro del marco de legalidad gozan de los beneficios que otorga esta eximente de responsabilidad del cumplimiento del deber, ejercicio, cargo u oficio. En la medida en que se cumplan los requisitos formales, la actuación de la policía será correcta, ya que las técnicas encubiertas están encaminadas a investigar delitos graves relacionados con la criminalidad no convencional.

b. Causas de exculpación

A decir de ROXIN, en las causas de exculpación no está ausente la culpabilidad, sino que, por razones de política criminal, se determina que no es posible o no es necesaria una punición⁷⁸. Entre las causas de exculpación tenemos, el exceso de legítima defensa y el estado de necesidad exculpante, siendo necesario explicar este último, a efectos de la presente investigación.

i) Estado de necesidad exculpante

El otro instituto que se aplica a la participación del agente encubierto, es la excusa legal absolutoria –diametralmente opuesta a la eximente de obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber y en ejercicio legítimo de un derecho–, en la que se toma en cuenta el elemento de la antijuridicidad como elemento del tipo penal, que permite que la acción, no se considere ilícita, en esta excusa nos encontramos ante una causa personal que suprime la aplicación de la pena, por

⁷⁷ MOLINA PÉREZ, Teresa “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Nº XLII, 2009, p. 9.

⁷⁸ Cfr. ROXIN, Claus. *La Teoría del Delito. En la Discusión Actual*, traducido por Manuel Abanto Vásquez, Lima, Grijley, 2007, p. 232.

razones de política criminal, y por ende de carácter netamente individual. En decir, si bien la conducta desarrollada por el agente encubierto es típica, antijurídica y culpable, no amerita la aplicación de una pena.

En aquellos casos en los que el interés protegido, no predomina sobre el interés que resulta menoscabado, para exonerar de responsabilidad penal a una persona, podría como última opción acudir al ámbito de la culpabilidad. Esta causa de exculpación hace referencia especialmente al estado de necesidad exculpante previsto en el artículo 20 inciso 5⁷⁹ del Código Penal.

Después de explicadas las causas de justificación y exclusión aplicadas a la actuación del agente encubierto, podríamos preguntarnos, ¿Cómo se materializan en las leyes estos postulados de exoneración de responsabilidad y exención de penas? El Derecho en ocasiones impone a un sujeto el deber de realizar determinada acción o permite la realización de esta siendo un hecho que se encuentra tipificado en la norma sustantiva. Los más recientes ordenamientos iberoamericanos autorizan la actuación policial para realizar con determinados fines, la aplicación de una coacción directa e infracción de bienes jurídicos para la realización de sus funciones, ello constituye una causa de justificación que elimina la antijuridicidad de una conducta.

2.3. La Criminalidad Organizada en el Perú

En la actualidad, el crimen organizado ha tomado notable protagonismo, actividades delictivas como el lavado de activos, tráfico ilícito de drogas, trata de personas, terrorismo, tráfico de migrantes, corrupción, contrabando, piratería, entre otros, se han sofisticado, tienen una estructura legal y manejan mejor logística que el Estado, lo cual significa una amenaza al sistema financiero

⁷⁹ El Código Penal Peruano en su artículo 20 inciso 5), señala: “El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación. No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica”.

peruano como al resto de países de la región, ello a raíz de que las operaciones provenientes de actividades delictivas son elevadas.

2.3.1. Hacia un concepto de Criminalidad Organizada

ROXIN reconoce que “no existe un concepto de criminalidad organizada jurídicamente claro con una mínima capacidad de consenso. Tan solo disponemos de heterogéneas descripciones de un fenómeno que hasta ahora no ha sido abarcado con precisión”⁸⁰.

Cabe señalar que, no existe unanimidad en la definición de organización criminal, de tal modo que se han desarrollado diversos modelos conceptuales, entre ellos, según CÁCERES JULCA tenemos: a) Criminalidad organizada en sentido amplio, que incluye a todas las acciones que se llevan a cabo en el contexto de una actividad empresarial, de la cual se ocupa el Derecho Penal económico; y b) Organización criminal en sentido estricto, cuyo objeto es la criminalidad como empresa o proyecto empresarial, configurándose una organización como criminal cuando tiene por objetivo principal obtener ganancias por medios ilícitos⁸¹.

En esta línea, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA define la criminalidad organizada como “aquella asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un periodo de tiempo, y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos graves, con independencia de que estos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales”⁸².

⁸⁰ ROXIN, Claus. “Problemas de Autoría y Participación en la Criminalidad Organizada”, en *Revista Penal N°02*, 1998, p. 65. En el mismo sentido, ZAFFARONI ha afirmado que “se trata de una categoría frustrada, o sea de una tentativa de categorización que acaba en una noción difusa”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El Crimen Organizado una Categorización Frustrada*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, Editorial Leyer, 1996, p.40.

⁸¹ Cfr. CÁCERES JULCA, Roberto y LUNA HERNÁNDEZ, Luis. *Comentarios a la ley contra el crimen organizado*, Lima, Jurista Editores, 2016, p. 67.

⁸² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado *criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*”. Citado por ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “Los delitos de organización en el sistema de organización criminal. A propósito del Decreto Legislativo N° 1244”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 89, noviembre, 2016, p. 45.

El concepto de criminalidad organizada hace referencia según ALBRECHT a “situaciones en las cuales el rasgo distintivo de mayor importancia resulta ser el mismo hecho de la organización y su tendencia empresarial. Ambos criterios de definición pueden en cierta medida sobreponerse”⁸³.

Podemos señalar que, pese a la falta de uniformidad, en las diversas definiciones sobre criminalidad organizada, se puede destacar que se trata de una delincuencia innovadora, que se diferencia de la convencional, por haberse adaptado a las características culturales, tecnológicas, políticas y económicas. A decir de PRADO SALDARRIAGA, la criminalidad organizada de ningún modo es delincuencia individual, pero tampoco es solo delincuencia colectiva, por lo que, señala como concepto operativo que:

“La criminalidad organizada comprende toda la actividad delictiva que ejecuta una organización con estructura jerárquica o flexible, que se dedica de manera continua al comercio de bienes o a la oferta de medios y servicios que están legalmente restringidos, que tienen un expendio fiscalizado o que se encuentran totalmente prohibidos, pero para los cuales existe una demanda social potencial o activa. Se expresa en una dinámica funcional permanente y orientada al abuso o la búsqueda de posiciones de poder político, económico o tecnológico”⁸⁴.

En lo referente a la pluralidad de agentes, diversos documentos internacionales⁸⁵ suelen requerir que en toda imagen de delincuencia organizada se requiera un mínimo plural de integrantes que se organicen en una estructura operativa con permanencia en el tiempo.

En las definiciones citadas podemos encontrar distintas características de la criminalidad organizada⁸⁶: la estructura, la permanencia, la planificación, las redes

⁸³ ALBRECHT, Hans. *Criminalidad Transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, citado por PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Criminalidad Organizada*, Lima, IDEMSA, 2006, p.3.

⁸⁴ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Criminalidad Organizada, Op. Cit.*, p. 44.

⁸⁵ Entre los documentos internacionales que señalan a la pluralidad de agentes como requisito de las organizaciones criminales, tenemos a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000, que en su artículo 2° señala que se entenderá por grupo delictivo organizado a “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo (...)”.

⁸⁶ La Corte Suprema ha establecido que la criminalidad organizada presenta como características: “Permanencia delictiva, vocación delictiva indeterminada, estructura jerarquizada rígida o flexible, alcance nacional de sus actos, red de fuentes de apoyo ideológico, técnico, operativo o social”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Recurso de Nulidad N° 5385-2006 (Caso Abimael Guzmán), de fecha 14 de diciembre de 2007.

de protección, las fuentes de apoyo, movilidad internacional y el fin lucrativo. En consecuencia, podemos definir⁸⁷ a la criminalidad organizada como esa estructura que ha sido creada con la finalidad de la comisión de delitos graves, a través de los cuales, los sujetos que la conforman obtienen un beneficio económico, es una organización con vocación de permanencia y pluralidad de intervinientes.

Dicha estructura puede variar según su origen, tipo de actividades delictivas a las que se dedica, grado de desarrollo que ha alcanzado o número de personas que la integran. Por consiguiente, encontraremos organizaciones criminales con estructuras jerarquizadas y complejas con una composición vertical, con niveles de poder concentrados y gestión muy centralizada; y otras con estructuras flexibles y roles de dirección descentralizada.

2.3.2. Los delitos de organización y la criminalidad organizada

Los delitos de organización resultan ser delitos que han sido elaborados, básicamente, atendiendo a criterios o razones de política criminal, bajo el modelo de los tipos penales de peligro. En el Perú, esta categoría delictual tuvo su máxima representación en el delito de asociación ilícita, previsto en el antiguo artículo 317° del Código Penal. Esta figura ha sufrido diversas modificaciones, la última por el Decreto Legislativo N° 1244, de fecha 29 de octubre de 2016, a través del cual se ha convertido en el delito de organización criminal.

Este tipo penal es calificado como un delito de estatus, por cuanto lesiona bienes jurídicos colectivos. Estos delitos se clasifican en propios e impropios. Los primeros tienen como propósito desestabilizar la soberanía de un Estado, por ejemplo, el delito de terrorismo; mientras que los segundos sancionan el hecho de

⁸⁷ La Corte Suprema también se ha pronunciado respecto al concepto de organización: “El concepto de organización, necesariamente implica un programa de actuación con cierta permanencia y estructura jerárquica, que a su vez permita la distribución de tareas a realizar mediante el reparto de papeles. Como tal la organización es propiamente un sistema penalmente antijurídico, un sistema social en el que las relaciones entre los elementos del sistema (básicamente, personas) se hallan funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos; tiene una dimensión institucional que hace de ella no sólo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente de la suma de sus partes”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, en el Recurso de Nulidad N° 828-2007 (“Caso Tijuana), de fecha 08 de junio de 2007.

integrar una organización criminal preexistente, teniendo como finalidad la comisión de delitos⁸⁸.

Un delito de organización es un injusto penal configurado por tres criterios fundamentales: permanencia, peligrosidad y agrupación. Por ello, es clasificado por la conducta desplegada como un delito de peligro abstracto⁸⁹, donde la sola puesta en peligro de bienes jurídicos consuma el delito.

Asimismo, son delitos de permanencia por exigir continuidad o permanencia en el tiempo, la misma que está relacionada a la organización criminal, pero no a la conducta desarrollada por el autor, por cuanto la conducta delictual es reprochable en la medida en que la agrupación u organización delictiva subsista, por ende, dicha agrupación tiene su propio injusto penal. En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ indica que:

“(...) una organización delictual es un sistema penalmente antijurídico, esto es, un sistema social en el que las relaciones entre los elementos del sistema (básicamente, personas) se hallan funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos. La organización criminal, como sistema de injusto tiene, así, una dimensión institucional –de institución antisocial– que hace de ella no solo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente de la suma de sus partes. En esta dimensión institucional radica, seguramente, su diferencia específica con respecto a las meras agrupaciones coyunturales para cometer delitos, del modo que su funcionalidad delictiva la distingue de otros sistemas sociales”⁹⁰.

Y son delitos de agrupación, ya que, para su configuración necesitan pluralidad de agentes delictivos, dos o más personas, es decir, son figuras criminales que se relacionan con la clasificación según la pluralidad de intervinientes. Específicamente, son conocidos como delitos de convergencia, los cuales exigen

⁸⁸ Cfr. ARISMENDIZ AMAYA, *Op. Cit.*, pp. 42-43.

⁸⁹ La doctrina define a los delitos de peligro como hechos propios del adelantamiento de la barrera de punibilidad; así, GÓMEZ indica que “Los delitos de peligro implican una forma de ataque al bien jurídico distinta a la de los delitos de lesión: es aquel que crea unas condiciones en las que es probable que se produzca un resultado lesivo”, GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *El delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y análisis del artículo 383 del Código Penal*. 4ª ed., Barcelona, Bosch, 2010, p. 123; en el mismo sentido, MÁRQUEZ CISNEROS, Rolando. *El delito de conducción en estado de ebriedad*, Lima, Pacífico Editores, 2012, p. 93.

⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La intervención a través de organización: ¿Una forma moderna de participación en el delito? En: *Delito de organización*, Buenos Aires, 2008, pp. 94-95.

la contribución de varias personas para el detrimento del bien jurídico, pero esta contribución tiene que efectuarse de la misma manera y en la misma dirección⁹¹. En otras palabras, un delito de agrupación demanda una pluralidad de intervinientes que busquen una misma finalidad delictual, y operen bajo una organización criminal estructurada y determinada por una existencia permanente.

a) **El delito de Organización**

La conceptualización de este delito resulta ser difuso por lo complicado de su contenido. Al respecto, CASTILLO ALVA señala que:

“En la doctrina penal comparada se distingue entre un concepto amplio de asociación y un concepto restringido. En el primer sentido, asociación es sinónimo de acuerdo de voluntades, decisión común o simplemente de asociación de hecho. En el segundo sentido, el cual posee mayor rigurosidad jurídica, alude a una agrupación de dos o más personas vinculadas a través de una organización que tiene vocación de estabilidad y permanencia en el tiempo”⁹².

El Código Penal regula el delito organización criminal –antes asociación ilícita– en el artículo 317°, y de acuerdo a su estructura típica está vinculado a tres elementos⁹³:

- Elementos referentes al sujeto: Se trata de un delito común, es decir, sobre el sujeto activo o autor no existe cualificación que restrinja el radio de autores, dado que no existe institución o fuente generadora de deberes especiales; en otras palabras puede ser cometido por cualquier sujeto con capacidad de reprochabilidad.
- Elementos referentes a la conducta: estamos frente a un delito de peligro abstracto, pues conforme indica MÁRQUEZ CISNEROS supone un adelantamiento de las barreras de punibilidad a momentos previos a la efectiva lesión de un bien jurídico protegido⁹⁴; por consiguiente, el criterio determinante en esta clase de delitos resulta ser la peligrosidad o

⁹¹ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima, Palestra Editores, 2001, p. 67.

⁹² CASTILLO ALVA, José Luis. *Asociación para delinquir*. Lima, Grijley, 2005, p. 59.

⁹³ Cfr. ARISMEDIZ AMAYA, Op. Cit., pp. 46-47.

⁹⁴ MÁRQUEZ CISNEROS, Op. Cit., p. 92.

potencialidad a la lesión al bien jurídico tutelado por la ley penal. Como indica PÁUCAR CHAPPA: “el fundamento de la responsabilidad recaería en el estado de peligrosidad que crearía el agente, por ejemplo, con su sola integración a una organización criminal (...)”⁹⁵.

- Elementos concomitantes: Se busca proteger como bien jurídico a la seguridad y orden público. En cuanto a los elementos descriptivos del tipo, está configurado por los verbos rectores: constituir, promover, organizar e integrar. Este tipo penal al configurarse como un delito de peligro abstracto, no admite criterios de imputación objetiva.

b) La Criminalidad Organizada como sistema

La diferencia conceptual entre criminalidad organizada y delito de organización criminal para efectos operativos, se encuentra registrada, según nuestro punto de vista, en el Acuerdo Plenario N° 8-2007/CJ-116, que en su sexto considerando establece:

“La diferenciación sistemática que realiza el artículo 189 del Código Penal, respecto a la intervención de una pluralidad de agentes en la comisión de un robo, permite sostener que se trata de dos circunstancias agravantes distintas. Por un lado, la pluralidad de agentes prevista en el inciso 4 del primer párrafo alude a un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. Se trata, pues, de un supuesto básico de coautoría o coparticipación, en el que los agentes no están vinculados con una estructura organizacional y con un proyecto delictivo de ejecución continua. Por otro lado, la agravante que contempla el párrafo in fine del citado artículo alude a un proceder singular o plural de integrantes de una organización criminal, sea esta de estructura jerárquica-vertical o flexible-horizontal”.

En esa línea, puede señalarse que el delito de organización es un delito autónomo de consumación instantánea por tratarse de un delito de peligro abstracto, consumándose con el solo hecho de integrar una organización criminal de tres o más personas con fines delictuales.

⁹⁵ PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy. *El delito de organización criminal*, Lima, Ideas Solución, 2016, p. 56.

Sin embargo, la figura de la criminalidad organizada presenta características diferentes al delito organización criminal o asociación ilícita. Conforme indica PRADO SALDARRIAGA⁹⁶, la criminalidad organizada presenta diversos indicadores, siendo algunos: la permanencia, la estructura⁹⁷, las actividades ilícitas, la planificación, las fuentes de apoyo y las redes de protección.

c) Sistemas de imputación jurídico-penal en el delito de organización.

El delito de organización responde a un sistema de imputación distinto a los delitos convencionales. Fundamentalmente, existen dos modelos de imputación: el sistema de transferencia y el sistema de responsabilidad por hecho propio.

c.1. El Sistema de Transferencia

Este sistema es propuesto por SILVA SÁNCHEZ, quien afirma que la sanción de los integrantes de la organización criminal debe apartarse de cualquier consideración de dicha organización como articulación institucionalizada de aportaciones favorecedoras de los concretos delitos-fin. Es decir, este autor se basa en un tipo de responsabilidad colectiva vinculada a la organización criminal:

“(...) a todos y cada uno de los miembros de la organización se les responsabiliza del estado de cosas peligrosos para la paz pública que es la organización, aunque cada uno de los miembros por separado no constituya obviamente dicho peligro para la paz, ni tampoco pueda afirmarse que domine el referido peligro colectivo (...)”⁹⁸.

⁹⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Lima, Idemsa, 2013, p. 62 y ss.

⁹⁷ Exige un diseño organizacional, lo cual permite ordenar las actividades delictuales; esta estructura puede ser rígida o flexible, vertical u horizontal, cerrada o abierta, jerarquizada o descentralizada. Cfr. ARISMENDIZ AMAYA, *Op. Cit.*, p. 50.

⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿Pertenencia o Intervención?: del delito de pertenencia a una organización criminal a la figura de participación a través de organización en el delito”. En: *Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI*. Guillermo Jorge Yacobucci (director), Lima, Ara Editores, 2005, p. 218.

c.2. El sistema de responsabilidad por hecho propio

Este modelo se caracteriza porque la determinación de la responsabilidad de cada integrante de la organización criminal depende de su propio accionar. Es un modelo de postura distinta al modelo de transferencia:

“Desde la perspectiva del modelo de responsabilidad por el hecho propio (...) al individuo ‘miembro’ de la organización se le hace responsable de su propio comportamiento. No se le transfiere responsabilidad por la peligrosidad de la organización, lesiva de bienes jurídicos colectivos como la paz o la seguridad pública, y no se le imputa tampoco el estado de cosas favorecedor de la comisión de delitos concretos que viene representado por la propia organización. A cada miembro se le imputa y se le hace responsable de su actividad favorecedora de la comisión de delitos”⁹⁹.

2.4. Estructura de la Ley N° 30077 – “Ley contra el Crimen Organizado”¹⁰⁰

El artículo 2° de la Ley N° 30077, en lo referente a la utilización de agentes encubiertos para realizar investigaciones de actividades propias de la delincuencia organizada, define a la organización criminal como la asociación de tres o más personas con el objetivo de realizar, de modo reiterado o permanente, conductas cuyo desarrollo tengan por finalidad la comisión de uno o más delitos graves de los señalados en el artículo 3 de la referida ley.

Es necesario resaltar que, el artículo 3 de la Ley N° 30077 contiene una lista legal y taxativa de delitos, cuya investigación puede llevarse a cabo a través de la actuación del agente encubierto. En ese sentido, no es posible hacer una interpretación extensiva o analógica de este precepto para aplicarlo a otros delitos no contemplados de forma expresa en el listado del artículo 3° de la presente Ley¹⁰¹; más aún, si estamos frente a una medida que restringe y limita derechos

⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La intervención a través de organización (...), *Op. Cit.*, p. 105.

¹⁰⁰ Ley N° 30077, denominada “Ley Contra El Crimen Organizado”, publicada en el Diario Oficial El Peruano el Martes 20 de agosto de 2013.

¹⁰¹ Artículo 3°. Delitos comprendidos.- “La presente Ley es aplicable a los siguientes delitos: 1. Homicidio calificado-asesinato, 2. Secuestro, 3. Trata de personas, 4. Violación del secreto de las comunicaciones, 5. Delitos contra el patrimonio, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 186, 189, 195, 196-A y 197 del Código Penal. 6. Pornografía infantil, 7. Extorsión, 8. Usurpación, 9. Delitos informáticos, 10. Delito contra la propiedad industrial, 11. Delitos monetarios, 12. Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, 13. Delitos contra la salud pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 294-A y 294- B del Código

fundamentales, y que por los mismo, debe cumplir con los principios de legalidad y proporcionalidad. Para entender mejor, la importancia de la actuación del agente encubierto señalaremos brevemente en qué consisten algunos tipos penales que son materia de investigación por parte del mismo:

a. Tráfico Ilícito de Drogas

El tráfico ilícito de drogas es un elemento fundamental para poder plantear, bajo cualquier perspectiva, la compleja realidad del problema de la droga. La organización dedicada a dicho delito, no busca explotar lo benéfico de estas sustancias sino, por el contrario, actúa en base a lo negativo de ellas, es decir, a su potencialidad toxicomanígena y adictiva; es por ello, que el Estado peruano tiene como unos de sus objetivos eliminar del tráfico ilícito de drogas para lograr sus metas y políticas de sanidad y desarrollo social.

En la actualidad, el delito de tráfico ilícito de drogas está regulado en el Código Penal de 1991, que en el Título XII, Capítulo III, Sección II, regula las diversas conductas o modalidades de dicho ilícito penal que atentan contra el bien jurídico, salud pública, entre las que tenemos: promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas y otros (artículo 296), comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva(artículo 296-A), tráfico ilícito de insumos químicos y productos fiscalizados (artículo 296-B), penalización de la resiembra (artículo 296-C), formas agravadas de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas (artículo 297), microcomercialización o microproducción (artículo 298), suministro indebido de droga (artículo 300), coacción al consumo de drogas (artículo 301)e inducción o instigación al consumo de drogas (artículo 302).

Este delito es una manifestación clara de la presencia de criminalidad organizada en el Perú. En efecto, en el territorio peruano existen organizaciones delictuales consolidadas, que iniciaron sus actividades en la década de los 80, por lo que,

Penal. 14. Tráfico ilícito de drogas, en sus diversas modalidades, 15. Delito de tráfico ilícito de migrantes, 16. Delitos ambientales, 17. Delito de marcaje o reglaje, 18. Genocidio, desaparición forzada y tortura, 19. Delitos contra la administración pública, 20. Delito de falsificación de documentos, 21. Lavado de activos”.

cuentan con activas conexiones internacionales, por lo que, no solo realizan sus ilícitos en nuestro territorio sino que abastecen con derivados cocaínicos a mercados de América, Europa y Asia, lo que evidencia su condición de empresa criminal exitosa¹⁰².

b. Lavado de Activos

En los últimos años, el lavado de activos ha adquirido mayores dimensiones y se ha introducido en la mayoría de actividades económicas; esta situación ha sido posible, por el incremento y fortalecimiento de la delincuencia común, como el crimen organizado, el terrorismo, la corrupción; actividades de gran alcance, que en la globalización y la progresiva interrelación financiera internacional¹⁰³ han encontrado un panorama excelente para fortalecer sus actividades criminales.

En nuestra opinión, al sujeto activo en el delito de lavado de activos solo le interesa el cuánto, no el qué ni el cómo, es decir, no le preocupa la actividad delictiva que ha de cometer para conseguir dinero y poder; tampoco es de su interés quién o cómo obtiene, siendo importante únicamente los beneficios económicos personales que le reportará dicha actividad.

Según PRADO SALDARRIAGA, el lavado de activos es “un conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación al circuito económico formal de cada país, sea de modo transitorio o permanente, de los recursos, bienes y servicios que se originan o están conexos con actividades criminales”¹⁰⁴. Si bien es cierto, este delito procede de actividades delictivas como la minería ilegal, financiamiento del terrorismo, tráfico ilícito de drogas, entre otros;

¹⁰² Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Sobre la criminalidad organizada en el Perú y el artículo 317° del Código Penal*, [Ubicado el 26.IV.2017], Obtenido en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_65.pdf

¹⁰³ El fenómeno de la globalización ha propiciado una mejora en el mercado internacional de las relaciones de capital, tecnología e información, mejorándose el sistema financiero; sin embargo, en ocasiones esas ventajas son utilizadas para la comisión de ilícitos penales que generan “dinero negro” y para ocultar el origen de esos capitales; estas circunstancias han generado un crecimiento cuantitativo del lavado de activos. Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Criminalidad empresarial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2012, p. 12.

¹⁰⁴ Cfr. PRADO SALDARRIAGA. *Lavado de activos y financiamiento del terrorismo*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2007, p.9.

la ganancia obtenida al realizar estas actividades delictivas procurará ser ingresada al mercado financiero tras realizar una serie transacciones, disfrazando la ilicitud de su origen.

El jurista español GÓMEZ INIESTA, lo define como “aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económico financieros legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita”¹⁰⁵. Por lo tanto, este delito se circunscribe en un proceso, pues no se ciñe a un solo acto, sino a una serie de actos y operaciones realizadas por una o varias personas; lo cual supone el ingreso de activos de origen ilícito al circuito económico del país, con apariencia de legalidad¹⁰⁶.

De esta forma, se puede decir que el delito de lavado de activos o blanqueo de capitales puede ser limitado a aquellos actos cuya finalidad sea ocultar el origen ilícito del dinero, bienes, efectos o ganancias procedentes de actividades ilegales, a través de la realización de cualquiera de las modalidades típicas¹⁰⁷.

Por lo expuesto anteriormente, PRADO SALDARRIAGA, señala que: “Estas sofisticadas pero discretas estructuras criminales, se ocuparán de que dichos ingresos o bienes de procedencia delictiva, puedan, luego, salir al mercado y registrarse económica y tributariamente. Para lo cual realizarán múltiples operaciones y transacciones que les vayan otorgando una legalidad aparente y formal”¹⁰⁸.

Los factores de este delito, han provocado un incremento considerable en relación a las cifras inmersas en este delito; ello a raíz del uso de diversas modalidades que ingeniosamente crean las organizaciones criminales para lograr su cometido:

¹⁰⁵ GÓMEZ INIESTA, Diego. *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español*, Madrid, Cedecs Editorial, 2013, p. 21.

¹⁰⁶ Cfr. Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 del 16 de Noviembre del 2010.

¹⁰⁷ Cfr. ORE SOSA, Eduardo. *El delito de lavado de activos y sus amenazas con los delitos de receptación y encubrimiento real*, 2013, [Ubicado el 15.IV.2015], Obtenido en http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/lavado_de_activos_2013.pdf.

¹⁰⁸ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Op. Cit., p. 103

transformar el capital ilegítimo en legítimo. Así, este delito puede ser considerado como un servicio de apoyo a actividades ilícitas que les permite a los delincuentes gozar de manera legal de los beneficios económicos que dichas actividades les reportan; es decir, los activos se lavan para ocultar aquellas actividades ilegales relacionadas con ellos.

c. Contrabando

El Convenio de Nairobi en el artículo 1 inciso d) define al contrabando como “el fraude aduanero que consiste en pasar clandestinamente, por cualquier medio, mercancías por la frontera aduanera”¹⁰⁹.

Para BRAMONT ARIAS es “(...) todo acto tendiente a sustraer las mercaderías a la verificación de la aduana; esto es la conducción de mercaderías a lugares desde los cuales puede emprenderse su traslado subrepticio al exterior o al interior, cuando las circunstancias de dicha conducción son suficientemente demostrativas que se ha tenido en vista sustraer las mercaderías al control de la aduana”¹¹⁰. Es un tipo de conducta ilícita que se configura al introducir o sacar de manera clandestina del territorio nacional mercaderías sujetas a impuestos; o al producir y vender de forma clandestina bienes sujetos a algún tipo de tributo evitando el pago.

Por su parte, el profesor colombiano LIZARAZOFIGUEROA¹¹¹ define a esta actividad como:

“el acto de introducir al territorio nacional mercancías de otro país en forma ilícita o venderlas o consumirlas cuando los productos se encuentran fuera de comercio por la carencia de requisitos especiales atinentes a su nacionalización, como el pago de los derechos y gravámenes arancelarios y el cumplimiento de otras exigencias, como

¹⁰⁹ Convenio Internacional de Nairobi, de 9 de junio de 1977, sobre asistencia mutua administrativa para prevenir, investigar y reprimir las infracciones aduaneras

¹¹⁰ ALVA MATTEUCCI, Mario. “¿Cuándo se configuran los delitos de contrabando y la defraudación de rentas de aduana?: A raíz de las modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo N° 1111”, en *Actualidad Empresarial*, N° 260, Agosto 2012, p. 1.

¹¹¹ LIZARAZO FIGUEROA, José. Aspectos esenciales del derecho penal aduanero, citado por HUAMAN SIALER, Marco. “El delito de contrabando en el Perú en el contexto internacional”, en *Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad AlasPeruanas*, N° 18, Año XIV, 2016, p. 299, [Ubicado el 28.VI.2017], Obtenido en: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v14i18.1245>

aquellas que gobiernan la permanencia y venta de bienes importados al amparo de un régimen de excepción o en forma temporal”.

El contrabando es la elusión del control aduanero para ingresar al territorio nacional mercancías de diversa índole, que no son de libre comercialización, pero también pueden ser objeto del delito, bienes restringidos o prohibidos; esto afecta al Estado donde se originó el ilícito, pero también al lugar de destino.

La globalización es de suma importancia con relación al desarrollo de las naciones, dada su implicancia en los diversos intercambios comerciales que permiten conseguir bienes necesarios para fines determinados o simplemente para satisfacer la demanda comercial; y es en dicho contexto que la ilicitud va en progreso.

d. Tráfico ilícito de migrantes

El tráfico ilícito de migrantes es una realidad actual que afecta a muchos países del mundo que son puntos de origen, tránsito o destino. Las personas sacan provecho económico con el tráfico ilícito de migrantes a través de fronteras y entre continentes. Es difícil evaluar las dimensiones de este delito, debido al gran número de migrantes que están dispuestos a correr riesgos, cuando no pueden emigrar por vías legales, con el fin de conseguir una mejor vida; dicha situación es aprovechada por los delincuentes que explotan la vulnerabilidad de las personas.

El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de Palermo, ha establecido en su artículo 3 que el tráfico de migrantes es “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.

Son tres los elementos que configuran el tráfico de migrantes: La movilidad o el traslado de los migrantes es esencialmente transfronterizo; el ingreso al país de

destino debe ser de modo irregular, es decir, sin respetar las normas de control migratorio; con el propósito subjetivo de obtener ganancias¹¹².

Como el tráfico ilícito de migrantes es un negocio ilícito que genera muchas ventajas patrimoniales, es rentable y muy difícil de detectar, se ha convertido en uno de los delitos más atractivos de organizaciones criminales, que buscan organizarse cada vez mejor, estableciendo redes profesionales que traspasan fronteras¹¹³.

En la lucha contra la criminalidad organizada, y en particular en la búsqueda de información que permita identificar a sus órganos y actividades delictivas a las que se dedican, se considera que los agentes encubiertos son herramientas eficaces; sin embargo, el uso de ese mecanismos de investigación no ha estado libre de críticas. Al respecto, ZAFFARONI plantea que “el Estado se convierte en un autor mediato o encubridor de los delitos que pretende controlar”¹¹⁴. No obstante, para nosotros esta técnica especial de investigación se constituye en un mecanismo adecuado para poder investigar a organizaciones criminales cuando hay indicios suficientes de comisión de ilícitos, y de los cuales se hace difícil obtener pruebas.

¹¹² BLOUIN, CÉCILE. “La normativa peruana en materia de tráfico de migrantes a la luz del Derecho Internacional: ¿Hacia una protección de los derechos de las personas migrantes?”, en *Revista Espiga*, 16, N° 34 (julio-diciembre, 2017), p. 218,[Ubicado el 06.II.2021], Obtenido en: <http://dx.doi.org/10.22458/re.v17i34.1840>

¹¹³ UNODC. Tráfico Ilícito de Migrantes, [Ubicado el 06.II.2021], obtenido en: https://www.unodc.org/documents/publications/Trafico_ebook.pdf

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Globalización y crimen organizado”, Citado por FIGUEROA NAVARRO, Aldo. “Estrategias de control de la corrupción asociada al crimen organizado”, en *Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado*, N° 01, Lima, 2011, *Op. Cit.*, p. 109.

CAPÍTULO 3

EL AGENTE ENCUBIERTO: SU LABOR PROVOCADORA Y LOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD QUE PUEDE ASUMIR

En el presente capítulo se realizará, en primer lugar, un análisis de los efectos de la actuación del agente encubierto en determinados derechos fundamentales de los investigados; en segundo lugar, se analizará la configuración de la provocación del delito y su relación con la figura del agente encubierto, así como el tratamiento de la labor provocadora del agente en algunas sentencias del Tribunal Supremo Español; por último, se estudiará los tipos de responsabilidad penal, civil y administrativa aplicables a esta figura.

3.1. Efectos de la actuación del agente encubierto en determinados derechos fundamentales

El desarrollo del Derecho Procesal Penal ha generado el redescubrimiento de una serie de principios y garantías, sumamente necesarios en la actuación de los órganos encargados de administrar la justicia penal. Al respecto, CAFFERATA NORES sostiene que “existe una proyección procesal de las garantías penales,

que le indicarán al Estado, cuándo y cómo podrá condenar a una persona a cumplir determinada pena y cuándo y cómo no podrá hacerlo, ya que el Derecho Penal actúa mediante la gestión judicial, otorgándole al imputado, garantías procesales”¹¹⁵. Toda investigación puede limitar derechos fundamentales de los imputados; y siendo que la instrucción penal tiene como finalidad indagar la realidad de los hechos e identificar a las personas que los hayan realizado; a decir de BERNARDO:

“es bastante frecuente que en el curso de esa actividad instructora dicha averiguación de la verdad exija la restricción de algún derecho fundamental, por lo que se produce una tensión entre el deber de los Poderes Públicos de realizar una eficaz represión de las conductas punibles y la correlativa protección de los derechos fundamentales del imputado que el Estado debe, igualmente, procurar”¹¹⁶.

Siendo así, pasamos a analizar determinados derechos fundamentales que podrían verse conculcados mediante la actuación del agente encubierto, para determinar si realmente se afectan o no.

3.1.1. Derecho a la Intimidad

El derecho a la intimidad se encuentra regulado en los siguientes tratados internacionales:

- a) Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual en su artículo 12 establece: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”¹¹⁷.*
- b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el artículo 17 preceptúa que: *“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su*

¹¹⁵ CAFFERATA NORES, José. *Eficacia del sistema penal y garantías procesales ¿Contradicción o equilibrio?*, Buenos Aires, Mediterránea, 2002, p.63.

¹¹⁶ BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia. “La restricción de los derechos fundamentales en las diligencias de Investigación del proceso penal y las exigencias derivadas del principio de Proporcionalidad”, En *Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, N° 24, Puebla, 2009, p. 16, [Ubicado el 30. VIII. 2017], Obtenido en: <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222968002.pdf>.

¹¹⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada en el año 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

*vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*¹¹⁸.

- c) Convención Americana sobre Derechos Humanos, prevé en su artículo 11 lo siguiente: *“Protección de la Honra y de la Dignidad (...) 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*.

La delimitación del contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar se puede realizar adoptando una perspectiva positiva y una negativa. Desde una perspectiva positiva, el derecho a la intimidad es el ámbito vital inmune al conocimiento ajeno o al poder de control de las informaciones relevantes para cada persona¹¹⁹.

Desde una perspectiva negativa, este derecho se manifiesta en el poder de reservar de terceros, el núcleo de actos vitales que son parte de su privacidad (domicilio, comunicaciones telefónicas o informáticas), y poder solicitar la desaparición de información que forman parte del núcleo básico de la personalidad (posibilidad de exigir que se cancelen y rectifiquen datos que figuren en bases de datos públicos o privados). En todo caso, la proyección social de la persona conlleva que el núcleo de su intimidad se extienda a la dimensión personal, pero también a la dimensión social, familiar, laboral y económica.

Al analizar la incidencia de la actuación de los poderes públicos al investigar hechos criminales, en determinados derechos fundamentales, deben tenerse en cuenta dos criterios:

¹¹⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1966.

¹¹⁹ LÓPEZ ORTEGA define la intimidad como “el poder de control de las informaciones que son relevantes para cada sujeto y se configura bajo la forma de poder jurídico que se reconoce a la persona sobre un ámbito de conocimiento limitado”. LOPEZ ORTEGA, Juan. “La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez”, En *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 22, Madrid, 1996, p.283.

a) El contenido de cada derecho fundamental, sólo a través de la descripción del contenido del derecho podremos conocer las actuaciones policiales que, *ex ante*, pueden entenderse como no injerencias a dicho derecho por no incidir en su contenido, no siendo necesario que entren en juego los específicos sistemas de salvaguarda establecidos en la Constitución y las leyes.

b) Las injerencias en el contenido de un derecho fundamental que se encuentran jurídicamente justificadas, por configurarse como limitaciones legítimas de dicho derecho.

En lo concerniente al derecho a la intimidad¹²⁰ del sospechoso o investigado y la actuación del agente encubierto, se podría afirmar la presencia de este si afecta al derecho a la intimidad; ya que, el infiltrado se vale del engaño para conseguir que los integrantes de la organización criminal le otorguen la confianza necesaria, para que su presencia, o incluso su participación, sea permitida en sus actividades, observando y escuchando lo que ocurre en conductas y conversaciones que tienen lugar en su presencia, o en el domicilio de personas físicas y jurídicas a las que tiene acceso.

En opinión de GASCÓN INCHAUSTI, “la infiltración es lesiva por sí misma, con independencia de las posibles actuaciones que lleve a cabo el agente encubierto; de lo contrario, no haría falta una autorización judicial inicial para la infiltración en cuanto tal, y serían suficientes las autorizaciones singulares para actuaciones concretas, por ejemplo, intervenir comunicaciones o registrar domicilios”¹²¹.

Con respecto a lo anterior, podemos señalar que una consecuencia inmediata de la actuación del infiltrado es la afectación del derecho a la intimidad de los

¹²⁰ Por su parte, estima LÓPEZ ORTEGA que “es forzoso reconocer que la intervención de un agente encubierto puede afectar a la esfera individual, pues a diferencia de otras técnicas de investigación permite abarcar numerosos aspectos de la vida privada de la persona”; añadiendo luego que, “cuando se trata de infiltración en redes organizadas, se requiere una intervención muy activa del agente, que debe recurrir a engaños muy elaborados para sorprender la confianza de las personas que pueden proporcionarle información de los hechos cometidos o en preparación”. LÓPEZ ORTEGA, Juan. “Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales de la jurisprudencia europea”, en *Revista Derechos y Libertades*, N° 02, Madrid, Editorial de la Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, 1993, p.620.

¹²¹ GASCÓN INCHAUSTI, *Op. Cit.*, p. 105.

investigados; sin embargo, al ser la autoridad competente la que a través de una resolución debidamente motivada autoriza el inicio de la operación encubierta, a raíz de un análisis del caso concreto y habiendo aplicado los principios de subsidiariedad, razonabilidad y proporcionalidad, viabiliza la labor del infiltrado, el derecho fundamental del investigado queda restringido legalmente.

3.1.2. Derecho a la No Autoincriminación

Una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia consiste en aseverar que una persona no está en la obligación de ayudar con su propia condena y tiene la facultad de decidir si de manera voluntaria decide brindar información al proceso (ejercicio de su derecho a declarar). Esto está relacionado “con el desplazamiento de la carga de la prueba que la asume quien acusa, lo que genera que el inculpado no tenga la obligación de declarar o de aportar elementos que lo lleven a su propia incriminación o, por último, a aceptar su propia culpabilidad”¹²². La no autoincriminación es un derecho que faculta al imputado a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y no admite que puedan emplearse contra él, medios coactivos o intimidatorios para obtener pruebas en su contra.

La declaración del imputado debe considerarse como expresión de su derecho de defensa y no como medio de prueba en sentido incriminatorio; es decir, este derecho implica que la declaración del imputado no puede ser usada en su contra; más aún, sus dichos deben ser valorados de acuerdo a su posición adversarial, como un medio de defensa, ello en el marco de un sistema penal garantista. Una cuestión diferente se presenta cuando es el imputado mismo que en ejercicio de su derecho decide confesar su culpabilidad.

El problema entre este derecho y la actuación el agente encubierto surge cuando para recabar la mayor información posible dicho agente desarrolla conversaciones

¹²² CAMPOS ASPAJO, Liliana & SALAS PACHA, Karina. *Garantía de la No Autoincriminación. Análisis de su contenido en la legislación peruana y española*, p.14, [Ubicado el 25.IX.2017], obtenido en: <http://camposaspajo.com/pb/garantia-de-la-no-autoincriminacion-analisis-de-su-contenido-en-la-legislacion-peruana-y-espanola.pdf>.

con el investigado, y estas podrían ser similares a un interrogatorio, pero sin las formalidades del mismo. En Alemania, se ha discutido en torno a la validez de los datos obtenidos por el infiltrado, a través de una conversación parecida a un interrogatorio: algunos autores se inclinan a la utilidad plena de esos conocimientos¹²³, mientras que otros abogan por una prohibición de valoración probatoria¹²⁴.

La primera posición ha sostenido, que si la omisión de advertencia tuviera consecuencias distintas para el caso de investigaciones encubiertas y para el caso de investigaciones normales, se estaría perjudicando el interés del imputado, ya que, nadie se está obligado a declarar contra sí mismo en un procedimiento penal, por ser un principio que se deriva de la dignidad humana.

La otra posición sostiene que las conversaciones desarrolladas entre el agente encubierto y el investigado, no son interrogatorios sino cuestionarios informales, y por lo tanto, no están sujetas a las normas procesales instituidas para estos casos en el ordenamiento jurídico. Esta posición ha sido una solución adoptada por la Corte Suprema de Estados Unidos, para evitar la prohibición como medios de prueba de las declaraciones frente a un agente encubierto, sin haberse manifestado la advertencia previa exigida por el máximo tribunal a partir del fallo *Miranda vs Arizona*¹²⁵.

El máximo tribunal americano ha precisado que la advertencia previa es aplicable al interrogatorio realizado por funcionarios policiales sobre una persona que ha sido detenida o privada de su libertad de un modo significativo, y que puede sentirse obligada a hablar si se encuentra en un ambiente coercitivo que lo presiona. Ello no ocurre cuando el individuo está encarcelado y habla de forma libre, con quien cree, erróneamente, es su compañero de celda, pero que es en realidad un agente encubierto; por lo que, al no estar en una atmósfera coercitiva, Corte rechazó la exclusión de la valoración probatoria.

¹²³ KLEINCKNECHT, Theodor; MEYER GOBNER, Lutz. *Strafprozeßordnung*. 41ª ed., München, 1994 citado por GUARIGLIA, Francisco, *Op. Cit.*

¹²⁴ NACK, Armin. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*. München, 1993. Citado por GUARIGLIA, Francisco, *Op. Cit.*

¹²⁵ Fallo *Miranda Vs Arizona*, Ponente: Chief Justice Earl Warren, votada el 13 de junio de 1966, [Ubicado el 25.IX.2017], obtenido en: <http://www.carlosparma.com.ar/miranda-v-arizona-1966/>.

Por lo señalado líneas arriba, GUARIGLIA ha concluido que la información obtenida por un agente encubierto a través de interrogatorios informales no puede ser valorada en un proceso penal; dicha prohibición comprende tanto a la prueba inmediata, lograda a partir de los dichos del imputado, por ejemplo la confesión de la comisión del delito; como la prueba mediata, como por ejemplo el hallazgo de los objetos del delito encontrados en base a dicha información. Esto es el efecto de la doctrina del fruto del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*)¹²⁶. Sin embargo, discrepamos de la postura asumida por el citado autor, ya que, consideramos que los datos obtenidos por el agente encubierto en las conversaciones son válidos como pruebas, puesto que, todo derecho tiene limitaciones y el derecho de autoincriminación no es una excepción.

3.1.3. Presunción de Inocencia e infiltración policial

Este principio puede conceptuarse con la frase siguiente: Nadie puede ser declarado culpable sin que se haya realizado un proceso en su contra, seguido de acuerdo a los principios de la ley procesal vigente. Este postulado se relaciona con la regla de la presunción de inocencia, resumida en el presente enunciado: “Todo imputado debe ser considerado como inocente antes de comprobada su culpabilidad. Se trata de una garantía esencial y fundamental del ciudadano”.

La presunción de inocencia es una garantía constitucional que representa un pilar básico en el proceso penal, que se constituye en una barrera que impide todo pronunciamiento de condena de quien se presume, *iuris tantum*, inocente, en tanto no exista una prueba de cargo que sirva como fundamento al juzgador para desvirtuar o enervar dicha presunción y evidencie su participación en el acto delictivo.

En nuestra opinión la presunción de inocencia no puede ser desvirtuada por cualquier actividad probatoria, siendo exigible un cierto grado de probabilidad a la prueba lícitamente obtenida. Es decir, la prueba de cargo debe ser suficiente para generar una razonable convicción sobre la culpabilidad del imputado y que pueda

¹²⁶ GUARIGLIA, Francisco, *Op. Cit.*

ser expuesta de forma coherente e irrefutable en la sentencia condenatoria. Teniendo en cuenta esta cuestión fundamental, y con relación al agente encubierto, podemos señalar que la eficacia de los elementos de prueba obtenidos a través de su actuación, está supeditada al respeto a de los principios del proceso penal, en especial el derecho de defensa y la presunción de inocencia.

Lo señalado en el párrafo anterior, en la práctica no es sencillo de lograr; por ello, MOSCATO DE SANTAMARIA plantea la duda sobre qué ocurre cuando alguien efectúa declaraciones autoincriminadoras al agente encubierto, sin conocer su identidad y su objetivo verdadero, y luego, esas declaraciones son presentadas al proceso penal. La autora sostiene que el agente encubierto consigue pruebas (testimonio, prueba documental, etc.) con clara violación al principio de presunción de inocencia, el cual también contempla la prohibición de obligar a una persona a suministrar prueba que pueda perjudicarla¹²⁷.

En nuestra opinión, dicha situación debe analizarse en base a las garantías individuales del investigado, entre ellas, dignidad, intimidad y privacidad. O dicho de otro modo, si la actuación del agente encubierto es un medio lesivo de la privacidad e intimidad del investigado en la búsqueda de pruebas, entonces, deberá ser empleado excepcionalmente, cuando la obtención de información no pueda ser posible de otro modo, y siempre que se tenga conocimiento previo por parte de las autoridades de la existencia de una organización que se dedica, de forma permanente actividades criminales graves.

En ese sentido, para que la autoridad competente pueda utilizar medios extraordinarios de investigación como la técnica del agente encubierto deben necesariamente concurrir ciertos requisitos previos, como el conocimiento de un hecho delictivo grave e indicios fundados de su existencia; luego en el momento de poner en marcha estos medios *sui generis* de investigación, sí se puede hablar de los límites que el principio *pro civitate* impone a la propia presunción de inocencia.

¹²⁷ Cfr. MOSCATO DE SANTAMARÍA, Claudia. *El agente de encubierto en el estado de derecho*, Editorial LA Ley, 2000, p.74.

Por todo lo expuesto, podemos afirmar que en principio existe una compatibilidad entre la presunción de inocencia y la actuación del agente infiltrado¹²⁸, puesto que, el trabajo de investigación encontrará amparo legal y constitucional solo a partir del momento en que se ha agotado toda posibilidad de usar o emplear otros medios de investigación menos restrictivos de derechos y garantías del ciudadano en aras a obtener pruebas u otros datos que permitan desarticular a la organización criminal. Y solo procede su inicio, cuando la autoridad competente efectúe un análisis de los criterios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad de la medida.

De este modo, ante la existencia de fuertes indicios de la comisión de delitos graves por parte de una organización criminal y autorizándose la técnica del agente encubierto como *última ratio*, no habría vulneración del principio de presunción de inocencia. Es así, que ante la necesidad de luchar contra organizaciones criminales que perpetran delitos de suma gravedad, y siendo el último recurso de investigación, no lesionará la presunción de inocencia de los investigados en la persecución penal.

En síntesis, la actuación del agente encubierto sí afecta los derechos a la intimidad, no autoincriminación y presunción de inocencia, pero las injerencias en estos derechos fundamentales se encuentran jurídicamente justificadas toda vez que la infiltración policial en el entramado de una organización criminal constituye una limitación legítima de los citados derechos, más aun, si se permite el inicio de la operación encubierta a la luz de los principios de idoneidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, y frente a la existencia de indicios fuertes de la comisión de delitos graves por parte de los investigados.

¹²⁸ Respecto a la consonancia entre el principio de presunción de inocencia y la actuación de agentes encubiertos, véase la Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 99/2009, de fecha 02 de febrero de 2009.

3.2. Configuración de la provocación y el delito provocado

A decir de MOLINA PÉREZ¹²⁹, existen dos corrientes de pensamiento sobre la actuación del agente encubierto. La primera es la corriente conservadora, cada día menos favorecida, porque no permite que de ningún modo el agente encubierto facilite o dé la oportunidad al sujeto investigado para que cometa delitos. La segunda, es una corriente de pensamiento liberal y concede al agente, facultades amplias para conseguir evidencia de los delitos cometidos o por cometerse en el marco de una organización criminal, incluso, faculta al infiltrado a integrarse e inclusive participar en las actividades delictivas con los otros miembros del grupo criminal.

En países donde se ha asumido una visión liberal, las actuaciones del agente encubierto facilitador, en algunas ocasiones, pueden promover que el procesado por un delito presente como defensa que las técnicas de persuasión usadas por el agente alteraron su libre voluntad y cometió un delito que no quería consumir; ante esta defensa, los jueces evalúan, si en efecto, el agente provocó manifiestamente a la persona para que realizara el delito; y en caso, se llegue a comprobar que su actuación fue impropia, el agente podría incurrir en responsabilidad penal¹³⁰.

Entonces, el límite entre una provocación legítima y otra ilegítima reside en la condición que posea el sujeto provocado. Para RIQUELME¹³¹, ello significa que la provocación ilícita se configura en aquellas situaciones en las que el provocado no tenía predisposición alguna a cometer un delito; es decir, casos en los que nunca el provocado hubiera cometido el delito de no ser por la actuación provocadora del agente encubierto. Por el contrario, serían situaciones de provocación legítima, aquellas en las que el agente simplemente acelera la consumación de un delito que de todas formas iba a ser cometido.

¹²⁹ Cfr. MOLINA PÉREZ, *Op. Cit.*, p. 171.

¹³⁰ Cfr. MOLINA PÉREZ, *Op. Cit.*, p. 171.

¹³¹ Cfr. RIQUELME, Eduardo. "El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo", en *Revista Electrónica Política Criminal*, N° 2, 2006, p. 13, [Ubicado el 19.IX.2016], obtenido en: http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf.

De lo anterior se aprecia que no toda provocación sería ilegal, sino sólo aquella que hace nacer en el provocado la voluntad criminal. En dicha hipótesis, la provocación se asimila a la instigación del delito, y por ende es ilícita. Sin embargo, hay que precisar que, no será fácil determinar si el sujeto provocado tenía o no, antes de la intervención del infiltrado, predisposición a cometer un delito, o si por el contrario, de no mediar la provocación, no lo hubiera cometido. En esos casos, pareciera prudente dejar sin sanción al agente encubierto y también al provocado.

Cabe resaltar que RIQUELME señala que el fundamento para absolver al agente encubierto en casos de provocación reside en que él no quiere el resultado criminal sino que pretende evitarlo; sin embargo, el citado autor, indica que ello, parece una contradicción, pues se pretende evitar el resultado criminal después de incentivar al investigado a su comisión¹³².

Es preciso señalar que se discrepa de la postura del autor, puesto que, consideramos que un comportamiento de este tipo por parte del agente encubierto, resulta efectivo en la lucha del Estado contra el crimen organizado, ya que el delito de organización criminal en la actualidad se ha incrementado, siendo necesario que el Estado recurra a técnicas investigativas eficaces como la figura en estudio para poder reprimir a quienes cometan este ilícito penal, y que ello, no se aleja del Estado de Derecho, pues no lesiona garantías constitucionalmente protegidas, como se explicó en el Capítulo I, nuestro Tribunal Constitucional, se ha decantado por la constitucionalidad de la figura del agente encubierto.

Si bien es discutible que se pueda legitimar la actuación de un agente encubierto que realice una labor provocadora en aras a lograr la represión de delitos graves,

¹³² Para el citado autor, “ello recuerda el origen de la figura del agente provocador, que está en el periodo del absolutismo francés. En aquella época se pagaba a informantes para que mantuvieran al tanto a los gobernantes acerca de los pasos que daban o pensaban dar los opositores. A medida que más información aportaban, más suculentas eran las recompensas. A poco andar, estos informantes pasaron del espionaje y la delación hacia la provocación de actividades subversivas contra el régimen. El incentivo de la recompensa estaba en mente. Su intención no era prevenir delitos, sino más bien cometerlos o incentivar su comisión para luego descubrirlos y reprimirlos”. RIQUELME, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 15.

solo para lograr que las personas que ya han realizado un ilícito penal lo vuelvan a cometer; lo cierto es que, se autoriza la actuación de un agente encubierto en organizaciones criminales que han sido creadas precisamente con el propósito de dedicarse a la comisión de graves delitos como tráfico ilícito de drogas, secuestro, extorsión, lavado de activos, entre otros; queda claro, que las personas integrantes de dichas organizaciones también tienen como finalidad la realización de ilícitos, no tienen un objetivo diferente.

3.2.1. El delito Provocado

La figura del delito provocado no ha estado exento de críticas en las últimas décadas, por cuanto, las fuerzas policiales no solo usan sino abusan del agente provocador con el fin de lograr el éxito frente al delito, sobre todo aquellos que provienen de actividades delictivas de organizaciones criminales. Como dice el profesor RUIZ ANTÓN, *“la presencia del agente provocador puede explicarse sencillamente: desde que encontró su mejor acomodo en los medios policiales como forma segura y eficaz de conseguir la reacción en el sentido deseado, su protagonismo no ha dejado de aumentar”*¹³³.

Con relación al delito provocado y a la labor provocadora del agente encubierto en los delitos de tracto sucesivo, el profesor GRANADOS PÉREZ, señala que:

“una cosa es el delito provocado que ha de ser enérgicamente rechazado porque no existiendo culpabilidad, ni habiendo tipicidad propiamente dicha, se llega a la lógica conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiere sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador. La impunidad es entonces absoluta. Es distinta la conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito sino los medios, las formas o canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en

¹³³ RUIZ ANTÓN, Luis. “La provocación de la prueba y el delito provocado. Las garantías del Estado de Derecho”, Citado por REVELLO DE TORO, Juan, *La delimitación entre provocación policial y delito provocado, Andalucía, Universidad Internacional de Andalucía, 2013, [Ubicado el 20. IX.2016], obtenido en: http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/2498/0442_Revellodetoro.pdf?sequence=3.*

*relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas*¹³⁴.

La diferencia entre estas dos situaciones es que, en el primer supuesto, el acusado no actúa libremente, no nace en él la voluntad criminal; mientras que en el segundo, la decisión criminal nace libre y espontáneamente. En otras palabras, aunque actúe con las tácticas del engaño y de la disimulación, el agente encubierto no hace nacer el deseo de delinquir en el sujeto provocado.

Entonces, podemos señalar que en todos aquellos supuestos en los cuales el agente provoca la consumación de un ilícito, existe provocación; es decir, cuando hace nacer la voluntad criminal en el inducido, el cual con anterioridad no se había planteado la consumación del hecho delictivo. En esa línea, la Casación N° 13-2011/Arequipa, señala que:

*“Para que exista el delito provocado es exigible que la provocación en realidad, una forma de instigación o inducción- nazca del agente provocador, de tal manera que se incite a cometer un delito a quien inicialmente no tenía tal propósito, surgiendo así en el agente todo el iter criminis, desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución del delito, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, por ello la actividad criminal nace viciada. El agente provocador cuando incita a otro a cometer un delito no lo hace con el fin de lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado, sino con el propósito de que el provocado se haga merecedor de una sanción (...) Distinta es la situación cuando se interviene para acreditar que una persona ya se había planeado realizar la conducta ilícita y la intervención se produce en una fase sucesiva, como ocurre por ejemplo en el caso del agente encubierto, que se infiltra en una organización y tiene contacto con personas dedicadas a realizar hechos delictivos, con el fin de poner al descubierto a esas personas y someterlas a proceso penal, procurándose dos casos básicos: por un lado obtener la prueba necesaria para acreditar el comportamiento ilícito y, por otro, tomar las precauciones necesarias para evitar que los sujetos alcancen el resultado que se proponía en el caso concreto (...)”*¹³⁵.

Es decir, no toda provocación o intervención policial realizada para descubrir un hecho punible es causa de un delito provocado, sino solo aquella que origine

¹³⁴ GRANADOS PÉREZ, César. Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la jurisprudencia, en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, César Granado Pérez coord., Madrid, 2001, p. 93.

¹³⁵ Fundamentos 10° y 11° de la Casación N° 13-2011/Arequipa de fecha 13 de marzo de 2012, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Lima, Perú.

una voluntad criminal en quien no tenía predisposición para cometer delitos y solo debido a la incitación del agente provocador, se decide a ejecutarlo o da inicio a su ejecución. En consecuencia, si la actuación del agente policial está orientada a provocar un delito previamente concebido por el sujeto activo, de manera libre y espontánea, para que sea exteriorizado, dicha actuación será lícita y entrará dentro de las obligaciones que la ley asigna a los funcionarios policiales.

3.2.2. La función provocadora del agente encubierto

En la clásica definición de GLASER el agente provocador es aquel que “instiga a otro a perpetrar el delito tan solo porque quiere que este resulte posteriormente convicto y sea castigado”¹³⁶.

En relación a la actuación del agente provocador se distinguen dos situaciones: la primera en la que la conducta de dicho agente provoca que el sospechoso realice conductas reveladoras de un delito ya cometido (normalmente tenencia de droga pre-ordenada al tráfico); esta hipótesis es admisible como técnica de investigación pues lo que provoca no es más que la obtención de pruebas del delito, pero no el delito como tal¹³⁷; por lo tanto, la doctrina jurisprudencial¹³⁸ se ha decantado por la impunidad del agente provocador y la condena del provocado.

¹³⁶ Citado por CALIX VALLECILLO, David, *Op. Cit.*, p. 4.

¹³⁷ En términos expuestos por la jurisprudencia española se trata de “la conducta que sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito, sino los medios, las formas, o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo, pero de la que únicamente se abrigan sospechas”. Tribunal Supremo Español. Sentencia N° 863/1999 de 03.02.1999.

¹³⁸ La jurisprudencia española revisada en materia de delitos de drogas con intervención de un agente encubierto, por lo general, ha ampliado el ámbito de exclusión de responsabilidad del mismo: “(...) si falta el dolo de llevar la lesión al bien jurídico hasta su plena realización material, esto es, hasta la irreparabilidad (...). Y en palabras del profesor Politoff, “el fundamento de la exclusión de responsabilidad del agente provocador sería la circunstancia de que, si bien éste tiene el propósito de suscitar en el provocado la decisión de ejecutar el hecho, no quiere la consumación del mismo lo que al contrario, él quisiera impedir (...)”. Scoenke/Schroder (Cramer), Comentar, Múnich, 1997, p. 446. Citado por POLITOFF, Sergio & MATUS ACUÑA, Jean. *Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, Santiago, Editorial Cono Sur, 1998, pp. 4-5.

La segunda situación se presenta cuando el delito no es resultado de la iniciativa del provocado, sino que se desarrolla por la inducción engañosa del agente; sin la cual, el delito no habría tenido lugar; consecuentemente, no se puede exigir responsabilidad penal a las personas participantes, por lo tanto, son impunes tanto el agente provocador como el autor provocado.

El problema de la función provocadora del agente encubierto, surge en países, en los cuales por la ausencia de regulación normativa, no existe una solución única para los casos en los que se provoca la comisión de un hecho delictivo. Así, en España sobre la responsabilidad del agente que provoca el delito, un sector minoritario en la doctrina, en el que se encuentra el profesor RUIZ ANTÓN, sostiene que no se puede responsabilizar al agente provocador por carecer de dolo de consumación e intervenir en el hecho para evitarlo. En sentido opuesto, a doctrina mayoritaria, precisa que el agente provocador, en todo caso, incita al sujeto provocado a llevar a cabo una tentativa de delito, y por ello debe responder¹³⁹.

En cuanto a la actuación del agente encubierto y la provocación delictiva, en nuestro país, CASTILLO TORRES señala que,

“(…) el agente encubierto podría asumir un rol de inductor del delito, para que sea más contundente el material probatorio de la acusación, o para que la misión sea más exitosa. ¿Dónde termina el rol del miembro de la banda y comienza la inducción al delito? Dado que el agente encubierto puede ser considerado por la banda como uno más, y por tanto con capacidad de iniciativa, decisión e incluso planificación, puede darse el caso de un agente que convenza a sus pares para realizar una operación de droga, lo que constituiría una clara provocación del delito”¹⁴⁰.

En la práctica, son comunes los agentes policiales que ocultando su identidad intentan evidenciar la comisión de actividades de tráfico ilícito de drogas, para lo cual organizan una operación de compraventa ficticia de sustancias estupefacientes, lo cual es una forma factible de al descubrir el delito y

¹³⁹ Cfr. GARCÍA VALDÉS, Carlos. El Agente Provocador en el Tráfico de drogas, en *Los Actos de Investigación contra el Crimen Organizado. Agente Encubierto... Op. Cit.*, p. 166.

¹⁴⁰ CASTILLO TORRES, Percy. “Comentario al Caso Penélope Rodríguez: Breve análisis constitucional de la figura del agente encubierto”, en *Comentarios a la Jurisprudencia*, Palestra del Tribunal Constitucional, Año 3, N° 10, octubre 2008, Lima, p.92.

fundamentar una condena; sin embargo, un sector de la doctrina señala que esto no es aceptable desde una perspectiva constitucional.

Al respecto, en la doctrina peruana se cree que es posible uniformizar la labor provocadora, tanto dogmático penal como procesalmente; desde la perspectiva del dominio funcional de la labor provocadora, que en este caso le corresponde al Estado y de modo especial a sus órganos de seguridad pública (observándose desde este punto de vista la perspectiva del agente encubierto propiamente dicho).

Siendo así, podemos decir que el estatus de agente provocador, es el de aquel agente encubierto que se inserta en la organización criminal a fin de procurar la información necesaria para develarla, pero también, “procura o instiga la realización de actos delictivos sobre los cuales gira su propia intervención como agente encubierto”¹⁴¹, por ejemplo, un agente que en la procura de información y elementos de prueba relevantes a su investigación persuade al resto de la organización a perpetrar un conjunto de delitos-o uno de ellos- los cuales forman parte de los que normalmente dicha organización suele cometer.

En el caso de que el agente encubierto realice un acto provocador, podrá fundamentar su falta de responsabilidad principalmente por la ausencia del dolo para consumar el hecho delictivo en el que participa. El problema con esta figura radica cuando, no obstante el agente encubierto haber empleado diversos medios para evitar la realización del delito incitado, este tiene lugar.

Al respecto, RUIZ ANTÓN se pronuncia a favor de “reconocer la responsabilidad por imprudencia al agente provocador de existir negligencia por su parte en la adopción de medios para evitar el delito. Su actuación conllevó a la comisión de un hecho delictivo que no pudo ser oportunamente

¹⁴¹ PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael. “Lineamientos de Actuación del Agente Encubierto como Instrumento contra el Crimen Organizado”, en *Los Actos de Investigación contra el Crimen Organizado(...)*, Op. Cit., p. 324.

interrumpido”¹⁴². Discrepamos de dicha postura, pues en nuestra opinión, en la conducta del agente no hay concurrencia de dolo directo que persigue un resultado ilícito, exigible a los autores del delito. Aunque como todo funcionario público está en la obligación de usar todos los mecanismos a su disposición para impedir la vulneración de un bien jurídico. En el supuesto de haber provocado el nacimiento del delito y no hacer nada para evitar su consumación estamos ante una situación que pudiera considerar su participación en concepto de autor por una omisión impropia¹⁴³.

En definitiva, va a depender de la profesionalidad del agente encubierto en su actuar y su voluntad para que su labor sea respetuosa de las normas, evitando así ser parte en un proceso penal; pero también dependerá del compromiso ético y la habilidad de los jueces para analizar el caso y determinar la no punibilidad de la acción provocadora lícita desplegada por un funcionario policial facultado para operar con identidad supuesta.

3.4. Jurisprudencia

a. Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 1114/2002, de fecha 12 de junio de 2002¹⁴⁴.

Esta STS señala que no existe delito provocado cuando las autoridades tienen sospechas o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la vienen realizando, en búsqueda de información o pruebas que les permitan reprimir o sancionar el delito. En este contexto, la decisión de delinquir ha surgido en el sujeto de manera firme y con independencia del agente provocador, que solo se limita a probar la actuación del delincuente e

¹⁴² RUIZ, Antón. “Del agente provocador y del delito provocado”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Poder Judicial Madrid, 1994, pp. 391-392.

¹⁴³ La omisión impropia o comisión por omisión, requiere de: “a) una típica a la que se le agrega la posición de garante, b) ausencia de una acción determinada, completada por laproducción de un resultado y c) la capacidad de realización, seguida por la posibilidad de evitar dicho resultado”. PÉREZ DUARTE, Arlín. *La autoría en los delitos omisivos*. Tesisdoctoral, La Habana, 2009, p. 42.

¹⁴⁴ En el mismo sentido véase la Sentencia del Tribunal Supremo Español (Sala 2ª) N° 173/2019, de fecha 01 de abril de 2019.

incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo. Asimismo, en dicha sentencia se indica que:

“La intervención policial puede producirse en cualquier fase del iter criminis en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione”.

Como podemos apreciar en esta sentencia, hay supuestos en los cuales, no existe una auténtica provocación mediante la actuación del agente policial cuando la decisión del sujeto activo es libre y anterior a dicha intervención, aunque éste, por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a realizar actos de adquisición o transporte de los efectos del delito, o labores de colaboración, aparentando así una disposición a contravenir el ordenamiento jurídico, lo que permite una intervención policial más efectiva.

b. Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 1992/1993, de fecha 15 de septiembre de 1993.

En esta sentencia el Tribunal Supremo Español señaló:

“(...) otra cosa es el supuesto en el que el autor ha resuelto cometer el delito y es él quien espera o busca terceros para su co-ejecución o agotamiento, ofreciéndose en tal caso a ello los agentes de la autoridad, infiltrados en el medio como personas normales y hasta simulando ser delincuentes, como técnica hábil para descubrir a quienes están delinquiendo o se proponen hacerlo, en cuyo supuesto está la policía ejerciendo la función que le otorga el art. 282 LECrim. En tal caso el delito arranca de una ideación criminal que nace libremente en la inteligencia y voluntad del autor y se desarrolla conforme a aquella ideación hasta que la intervención policial se cruza, con lo que todos los actos previos a esa intervención policial son válidos para surtir los efectos penales que le son propios, según el grado de desarrollo delictivo alcanzado y sólo a partir de la actuación simulada de los agentes los actos realizados serán irrelevantes por la imposibilidad de producción de sus efectos”.

Dicho de otro modo, cuando la provocación policial se desarrolla sobre un delito ya iniciado sólo influirá en el grado de perfección del mismo, en función del momento del *iter criminis* en que aquella intervención se produjo; bien limitándose a

descubrir y constatar el delito en la fase post-consumativa o de agotamiento, o bien originando su frustración o tentativa si la intervención se produce antes de que el delito se haya consumado.

c. Sentencia del Tribunal Supremo Español Nº 690/2010, Sala 2ª, de lo Penal, 1 de julio de 2010

En esta sentencia se explica que para la configuración del delito provocado es indispensable el hecho de la inexistencia previa de cualquier actividad delictiva en el sujeto investigado, de modo que, si la ejecución del delito inicia sólo a partir de la intervención del agente provocador, pudiendo afirmarse con certeza que el delito no se hubiera llegado a cometer de no mediar la intervención provocativa, pues en estas circunstancias sí deviene procedente la calificación, como delito provocado.

Pero cuando ya se ha iniciado la ejecución del delito por los diferentes partícipes, estando en posesión o trasladando la sustancia prohibida, ya pueden considerarse integrantes de la consumación de la infracción delictiva; y que, un funcionario, en concreto un guardia civil, quien ha sido objeto de ofrecimientos constitutivos del delito de cohecho activo, simulase -según instrucciones de sus superiores-, atender a dichos ofrecimientos, con la finalidad de obtener información y pruebas de las actividades de quienes pretendían corromperle. La situación descrita no puede constituir de ningún modo provocación para la comisión de un delito, pues este, ya se había cometido antes de la intervención del referido guardia, quien actuó de modo ejemplar, pese a no haber buscado su participación.

Entonces podemos señalar que existe la necesidad de reformar la Ley penal para ampliar las competencias del agente encubierto que también incluyan la dinámica del agente provocador para que esta figura sea subsumida por la anterior, dado que su utilización en la lucha contra el crimen organizado es muy útil.

3.5. La responsabilidad penal, civil y administrativa del agente encubierto: conductas justificadas y conductas punibles

a. La responsabilidad en el ámbito penal

Como ya se ha explicado, el ámbito objetivo de actuación del agente encubierto son las organizaciones criminales, en cuyo ámbito dicho agente va a realizar diversas actividades, tanto lícitas como ilícitas; por lo que, es importante analizar las consecuencias jurídicas de las eventuales conductas delictivas efectuadas por el infiltrado¹⁴⁵.

En todo Estado Constitucional de Derecho toda actividad que lleven a cabo los poderes estatales, en su lucha contra la criminalidad organizada, deberá estar fundamentada en el respeto a los postulados de un proceso penal garantista. Sin embargo, al ser la actividad del agente encubierto claramente peligrosa, no es difícil suponer que éste pueda verse compelido a cometer un ilícito, ya sea para ganarse la confianza de los miembros de la organización delictiva o incluso como una forma de no poner su vida en riesgo¹⁴⁶, por lo que, dichas situaciones podrían vulnerar las garantías del proceso penal, lo que conllevaría a una eventual responsabilidad no solo penal, sino también civil y administrativa del infiltrado.

¹⁴⁵ Sobre el acto de simular o engañar que realiza el agente encubierto, y que podría generar alguna responsabilidad penal, REDONDO HERMIDA señala que, “las actividades de colaboración simuladas, por medio de las cuales el agente encubierto lleva a engaño a la organización criminal, están exentas de perseguibilidad penal, previa autorización judicial de dichas actuaciones, en la medida en que consistan en operaciones solo aparentemente delictivas, las cuales en todo caso tienen como límite infranqueable la necesidad de las mismas, la proporcionalidad respecto de la gravedad del delito perseguido y el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de los investigados. En síntesis, la autorización judicial se convierte así en una cláusula general de exclusión de la antijuridicidad, al establecer un deber de actuar de un modo determinado”. REDONDO HERMIDA, Álvaro. “*El agente encubierto en la jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”, en *La Ley Penal*, N° 45, Madrid, 2008, p. 101.

¹⁴⁶ EDWARDS, Carlos. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada: modificación de la Ley de Estupeficientes. Análisis de la Ley 24.424*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 85. Incluso DELGADO MARTÍN destaca que “a mayor mimetización en la organización, mayores pruebas de fidelidad habrá de satisfacer el policía infiltrado para obtener el respeto, la credibilidad como auténtico criminal de los componentes del grupo delictivo y, de este modo, no levantar sospechas sobre su verdadera condición e intenciones”. DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Criminalidad organizada*, Barcelona, Editorial José María Bosch, 2001, p. 108.

Además, es evidente la constatación del peligro para que el agente participe en un delito o en el cometido por otro, lo que es sería directamente proporcional al grado de integración en el entramado criminal: cuanto mayor es el grado de infiltración en la organización, mayor es la posibilidad del riesgo de verse compelido a efectuar determinados actos con el fin de ganar la confianza de sus miembros¹⁴⁷.

Asimismo, el agente encubierto dentro de la organización criminal podría verse obligado a atentar contra la salud pública al facilitar el consumo de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; y a omitir deberes de su función, como impedir la comisión de delitos, socorrer a personas en peligro; participar en escuchas ilegales y registros ilícitos, etc. Por ello, para comprender correctamente la eventual responsabilidad penal que puede asumir como sujeto activo de la operación encubierta, es imprescindible aclarar que la regulación legislativa del agente encubierto no significa admitir la figura del “agente autorizado para delinquir”, sino que es necesaria una actuación policial simulada en actos delictivos de colaboración y en actividades dirigidas a engañar a una organización criminal para descubrir delitos en cuya ideación el agente no tiene parte¹⁴⁸.

Esto tampoco significa que el Estado entrega una carta en blanco al infiltrado para ser usada con fines distintos a los de la investigación criminal y sin ningún criterio (debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: necesidad, adecuación y ponderación). Es por ello, que ningún agente encubierto inicia su infiltración con una determinación previa a practicar delitos, pero si es consciente que en el desarrollo de la misma, pueden presentarse situaciones en las que se verá compelido a cometer algún delito, el cual debe estar relacionado con el objetivo de la investigación previamente determinado.

¹⁴⁷ Cfr. DELGADO MARTÍN, *Op. Cit.* p. 108.

¹⁴⁸ Cfr. REDONDO HERMIDA, *Op. Cit.*, p. 100. En este sentido, el mismo autor señala que es correcto afirmar que “la exclusión de la antijuridicidad es evidente, pues habiendo autorización para la infiltración del agente, que significa integrar determinada organización criminal, pero para fines de investigación, no estaría en verdad integrando dicha organización criminal, pero si simulando su integración con la finalidad de buscar informaciones y viabilizar mejor su combate”.

Partiendo de ese enfoque, la infiltración policial supone que el Estado se inserta dentro de la delincuencia organizada con la finalidad de combatirla, lo cual supone que él mismo asume y tolera la comisión de delitos por parte de sus agentes policiales infiltrados, estando facultados a participar en la comisión de ciertos delitos¹⁴⁹, siempre de forma excepcional y con respeto al criterio de proporcionalidad.

Entonces, si la actuación del infiltrado se caracteriza por el uso de técnicas basadas en el engaño y la simulación, para obtener la confianza de los integrantes del grupo criminal, es casi seguro que deberá practicar algunas conductas delictivas. Por ejemplo, imaginemos que acepta la invitación para frecuentar la casa de un investigado, esto puede significar la práctica del delito de invasión del domicilio, pues sólo ha sido invitado por el engaño efectuado a través de la simulación de ser un nuevo integrante del grupo criminal¹⁵⁰, caso contrario, de ninguna forma tendría acceso a informaciones cerradas de la organización, y la investigación sería prácticamente infructuosa.

Es de resaltar, que no toda actuación delictiva realizada por el infiltrado está amparado por la exención de responsabilidad penal; solo serán beneficiados por dicha exención, aquellas que son consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, guardan la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyen una provocación al delito¹⁵¹, es de resaltar que, con esta investigación procuramos la exención de responsabilidad penal por la provocación del delito en

¹⁴⁹ Cfr. CERRO ESTEBAN, José. "El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada", [Ubicado el 26.IX.2017], Obtenido en: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/280709/dp-garantias_constitucionales_criminalidad.pdf.

¹⁵⁰ Con relación a esta situación se señala que "cuando la entrada en un domicilio no va precedida de consentimiento del titular, autorización judicial o situación de delito flagrante, se considera indebidamente restringido el derecho a la inviolabilidad del domicilio. También que está claro que cuando el agente encubierto entra en un domicilio, mediando o no invitación, podrá observar y escuchar todo lo que acontezca a su alrededor. Esta información podrá ser valorada por el órgano judicial sentenciador. Y aquí es donde reside toda la problemática de aquellas entradas que se realizan mediante únicamente el consentimiento de uno de los titulares de la organización". ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocio. *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Op. Cit., pp. 194-195.

¹⁵¹ Esta es la opinión de GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Op. Cit., p. 258.

el entramado de una organización criminal dedicada a la comisión de delitos como el tráfico ilícito de drogas.

La obediencia a los citados requisitos¹⁵², es necesaria porque esta medida de investigación posee un claro carácter intrusivo en la vida diaria del investigado, vulnerando algunos derechos constitucionales, como la intimidad o la no autoincriminación, sin embargo, la vulneración a estos derechos queda legítimamente justificada como explicamos anteriormente.

En ese sentido, la actuación del agente encubierto se encuentra protegida penalmente, cuando no se violen de forma abusiva derechos fundamentales, se actúe en el marco de la autorización judicial y como consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación. Aunque es ineludible que la responsabilidad penal del infiltrado esté reglamentada de forma específica en el ordenamiento jurídico¹⁵³.

Ante la posibilidad de no punición del agente encubierto, cumpliéndose los requisitos ya mencionados surge una cuestión interesante: ¿conductas justificadas o conductas punibles?¹⁵⁴, puede afirmarse que por regla general, el infiltrado, debe ser exonerado de responsabilidad penal, por actuar en cumplimiento de un deber, en ejercicio de una orden legítima de autoridad competente, en el legítimo ejercicio de un cargo, o por un estado de necesidad justificante.

¹⁵² En este sentido, el art. 341° inciso 5° del CPP establece que: “El agente encubierto estará exento de responsabilidad penal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito”. Código Procesal Penal Peruano. Código Procesal Penal Peruano, Aprobado por Decreto Legislativo N° 957, el 29 de julio de 2004, Lima, Jurista Editores, 2014, p. 513.

¹⁵³ Al respecto, el art. 282 bis, 5, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española regula: “El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito”.

¹⁵⁴ MOLINA PÉREZ ofrece una interesante opinión en el sentido de que “cuando el agente se limita a dar información bien sobre delitos ya cometidos, bien sobre la observación de determinadas personas, no se plantea problema alguno, puesto que no existe implicación alguna en la comisión de ese delito. El problema surge, por tanto, cuando el agente infiltrado se introduce para buscar pruebas, pues en la medida en que participe o realice hechos delictivos habrá de determinarse si esa actuación es impune, o si, por el contrario, es partícipe de ella”. MOLINA PÉREZ, *Op. Cit.*, p. 186.

Para responder a dicha interrogante, es necesario aclarar que la conducta del infiltrado en una organización criminal puede tener las siguientes manifestaciones: la primera, en la cual el agente encubierto provoca la acción u omisión por parte de una persona que integra la organización, es decir, su accionar está orientado a inducir e interferir de modo directo en la voluntad de las mismas, situación que configura un delito provocado. En este caso, el agente infiltrado podría asumir responsabilidad penal por el abuso cometido, pero no por la práctica del delito en sí mismo considerado.

La segunda manifestación es aquella donde el agente encubierto actúa en forma conjunta con uno o más integrantes de la organización criminal; o, si ingresa en una organización delictiva, la cual viene practicando determinados delitos, antes de su entrada. En esta hipótesis su intervención no hace nacer la voluntad criminal en el sujeto provocado, que ya preexistía, sino que, simplemente facilita la práctica del crimen y no induce a que se concrete. En este caso, se verifica la predisposición del sujeto investigado a la acción criminal con anterioridad a la intervención del agente.

Al respecto, CARDOSO PERERIA, señala que, “se trata del caso clásico de concurso de agentes, sea por participación o en coautoría y el agente encubierto no respondería por el delito practicado, desde que su conducta presentase conexión con el objeto de la investigación y no se presentase alta gravedad. En este último caso, se hace necesario analizar la naturaleza jurídica de la exención de responsabilidad penal del agente infiltrado”¹⁵⁵.

La exención de responsabilidad penal se le otorgará al agente encubierto en virtud del cumplimiento del deber encomendado, lo que elimina la antijuridicidad del hecho¹⁵⁶, o por concurrir una excusa absoluta, siendo exigible que en todo caso que su actuación se acople a los principios de necesidad y proporcionalidad.

¹⁵⁵ CARDOSO PEREIRA, Flavio. *Op. Cit.*, p. 303.

¹⁵⁶ CALIX VALECILLO, afirma que “el cumplimiento de un deber derivado de su oficio es lo que permite excluir la antijuridicidad de la conducta típica del agente encubierto”. CALIX VALLECILLO, *Op. Cit.*

Debe tenerse en cuenta, que aunque la práctica de delitos sea excepcional, necesaria y proporcional, no deberá consistir en un acto de provocación¹⁵⁷, lo que significa que el agente encubierto no puede incitar o instigar a otro a cometer un delito, siendo su actuación pasiva para observar y analizar la estructura del grupo criminal, pasando de forma secundaria a una actuación activa, en conjunto o en apoyo con los otros miembros.

Desde un punto de vista dogmático la exención de la responsabilidad penal del agente encubierto, se puede justificar por una excusa absolutoria, siendo solo en por razones de política criminal no admitir la responsabilidad penal del infiltrado. En relación a ello, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA plantea la posibilidad de que la exención sea una excusa absolutoria en lugar de una causa de justificación, en cuyo caso habría responsabilidad penal y civil de los partícipes y también responsabilidad civil subsidiaria del Estado¹⁵⁸.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que se está frente a una causa de exclusión de la ilicitud, ya que, el infiltrado actúa en estricto cumplimiento de un deber legal¹⁵⁹ u obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Cfr. la STS 6729/1998 de 14.11.1998. También la Recomendación 29 de Grupo de Trabajo Oficioso de Expertos sobre Técnicas Especiales de Investigación de Naciones Unidas (Septiembre de 2005), donde se ha dejado establecido que: "En todos los ordenamientos jurídicos, la instigación, provocación o incitación por parte de un agente de policía o infiltrado puede afectar la admisibilidad del caso o debilitar la causa ante el Tribunal". Y se justifica esta afirmación en razón de que el delincuente puede sostener que no habría participado en ningún acto delictivo si el agente infiltrado no hubiera provocado esa conducta y, fundamentalmente, si no lo hubiera tentado a cometer el delito.

¹⁵⁸ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "El agente encubierto, La Ley 1999-2, [Ubicado el 26.IX.2017], Obtenido en: <http://www.eficaciapolicial.es/pdf/elagengeencubierto.pdf>

¹⁵⁹ TOLEDANO TOLEDANO, Jesús. "La actuación policial y la exigencia del cumplimiento de un deber", en *Revista Ciencias Policiales*, N° 92, Madrid, Instituto de Estudios de Policía, 2009, pp. 73-86.

¹⁶⁰ En este sentido, LAJE ANAYA sostiene que "la naturaleza de la impunidad del agente encubierto estriba en una causa de justificación que aquél actúa en el legítimo ejercicio del cargo y actúa, en consecuencia, la ley". LAJE ANAYA, Justo. *Narcotráfico y derecho penal argentino*, 3ª ed., Córdoba, Editora Marcos Lener, 1998, p. 331. En el mismo sentido, adoptando la posición de reconocimiento de una causa de justificación véase: CARMONA SALGADO, Concepción. "La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada ante el narcotráfico", en *Estudios Jurídico penales y Político criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Lorenzo Morillas Cueva (coord.), Madrid, Editorial Dykinson, 2003, p. 188.

A nuestro parecer, es acertada la posición de considerarla como una causa de justificación, por cuanto, el agente encubierto, al realizar su misión de acuerdo con el plan de la operación encubierta, estaría actuando en cumplimiento de un deber, según los parámetros establecidos por la autoridad competente, tratándose de un deber legal de descubrir las actividades perpetradas por la organización criminal. Asimismo, este medio extraordinario de investigación, también puede vincularse con la existencia de un estado de necesidad.

No puede dejar de mencionarse, la Recomendación 28 del Grupo de Trabajo Oficioso de Expertos sobre Técnicas Especiales de Investigación de las Naciones Unidas, que con relación a las operaciones encubiertas propone que las legislaciones contemplen la posibilidad de que los agentes encubiertos cometan ciertos delitos dentro de parámetros determinados; ello puede conseguirse al establecer exenciones específicas en la legislación; a través de jurisprudencia que determine que el agente no tiene la intención requerida para la comisión del delito, o directrices que señalen que no se iniciará juicio en esos casos ya que no es razonable dictar condena y esos procedimientos no serían de interés público¹⁶¹.

b. La responsabilidad civil

En determinadas situaciones, por la incidencia de los actos de responsabilidad penal sobre actuaciones practicadas por el agente encubierto durante el curso de su plan de infiltración pueden surgir dudas con relación a la necesidad de reconocer alguna consecuencia civil. Siendo un tema interesante, frente a la necesidad de disminuir los daños que podrían ser provocados por alguna conducta involuntaria del agente encubierto y que tenga repercusiones en la esfera civil, asignar recursos financieros para hacer frente a los gastos previsibles, o contratar algún seguro de responsabilidad civil en nombre del agente encubierto.

Desde esta perspectiva, surge la siguiente interrogante ¿quién deberá soportar la responsabilidad de indemnizar a un tercero por los actos realizados por un agente encubierto? Si bien cada caso deberá evaluarse de forma concreta, de modo

¹⁶¹ Cfr. NACIONES UNIDAS. Oficina contra la Droga y el delito, *Op. Cit.*

genérico puede reconocerse que en ningún caso podrá exonerarse de responsabilidad civil al agente encubierto cuando los actos civiles y mercantiles que realice sean con la finalidad de obtener lucro. En estos supuestos, el perjudicado podrá reclamar al agente en primera persona.

La posición descrita apunta a que el Estado no puede soportar menoscabos económicos por actos dolosos practicados de forma individual e independiente por sus funcionarios, sobretodo sino tiene relación con la investigación encargada, sino que son realizados con propósitos personales y con objetivos propios.

Es de resaltar, que si bien existe una regulación expresa del sistema de responsabilidad penal del agente encubierto, no hay previsión legal que establezca límites a una futura responsabilidad civil de los infiltrados¹⁶². La razón reside en que, mientras la titularidad del *ius puniendi* es exclusiva del Estado y, ello, le permite hacer concesiones legislativas respecto a la penalidad de los delitos; en la responsabilidad civil la titularidad de la pretensión le corresponde de forma exclusiva a los privados, por lo que, el Estado no tiene posibilidad de efectuar cualquier tipo de renuncia¹⁶³. Entonces, podemos señalar que el agente encubierto deberá asumir responsabilidad civil cuando su actuación haya sido orientada a obtener un lucro de terceros relacionados con las personas investigadas y que no haya indicios de la comisión de delito alguno.

c. La responsabilidad administrativa

La comisión por parte de un agente encubierto de un delito, no solo puede generar responsabilidad penal y civil, sino también responsabilidad administrativa o disciplinaria. Por ejemplo, estaremos ante una hipótesis de dicha responsabilidad, cuando el agente ya introducido en la organización criminal recibe la orden superior de paralizar la operación encubierta por temas de seguridad y, el infiltrado desobedece esta orden en un acto de rebeldía; esta actitud rebelde o por

¹⁶² GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *Op. Cit.*, p. 269. Tal previsión legislativa ocurre en la gran mayoría de los ordenamientos penales de nuestro entorno, principalmente en Europa y en América del Sur.

¹⁶³ GASCÓN INCHAUSTI, *Op. Cit.*, p. 289.

constatarse la ausencia de acatar una orden jerárquicamente superior, podrá generar la aplicación de una grave sanción disciplinaria por una falta administrativa.

A decir de GOMEZ DE LIAÑO, la irrogación de la sanción administrativa está condicionada a la decisión final tomada en el proceso penal, surgiendo de este modo una cuestión prejudicial devolutiva administrativa en el proceso penal¹⁶⁴. Pero esto no significa la vulneración del principio *ne bis in ídem*, toda vez que tanto el proceso penal como el proceso administrativo protegen bienes jurídicos diferentes. Siendo así, si bien abogamos por la exoneración de responsabilidad penal del agente encubierto por su labor provocadora en los delitos de tráfico ilícito de drogas, no podemos defender la ausencia de una sanción disciplinaria, que será establecida de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1268, que regula el régimen disciplinario de la Policía Nacional del Perú.

¹⁶⁴ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Op. Cit.*, p. 271.

CAPÍTULO IV

LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL AGENTE ENCUBIERTO POR SU LABOR PROVOCADORA EN EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

En este capítulo se propondrá una modificación del inciso 6 del artículo 341° del Código Procesal Penal que regula el procedimiento de actuación de la técnica especial de investigación en estudio.

4.1. Modificación del inciso 6 del artículo 341 del Código Procesal Penal

La lucha contra la criminalidad organizada, así como su represión y sanción es una de las prioridades del Estado Peruano, poniendo especial énfasis en los casos de tráfico ilícito de drogas, ya que, la Constitución Política, en su artículo 8° señala que: “*El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas*”¹⁶⁵. En ese sentido, al promulgarse la Ley N° 30077, el Poder Legislativo fijó reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales, como el tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de personas, secuestro, marcaje o reglaje, trata de personas, entre otros. En lo relativo a la investigación, establece la figura del agente encubierto como una

¹⁶⁵ Constitución Política del Perú de 1993.

técnica especial a aplicarse dentro de la criminalidad organizada para lograr su efectiva sanción.

Si bien la investigación realizada por un agente encubierto se desarrolla en aparente ilegalidad, dicha situación no da carta blanca para afectar derechos fundamentales de los investigados; dicha afectación se justificará cuando sea necesaria para alcanzar los objetivos de la investigación; siendo necesaria la autorización de un Juez. Por ejemplo, el agente está autorizado a efectuar allanamientos, pero estos deben realizarse en función al objetivo de desarticular redes criminales debiendo el fiscal realizar un requerimiento al Juez¹⁶⁶. El reglamento establece el procedimiento que deberá seguir el Fiscal para la autorización judicial¹⁶⁷ y el CPP indica que el trámite será reservado para la seguridad del agente y del procedimiento (art. 341.5 CPP).

Esta técnica especial de investigación es un instrumento de política criminal internacional legitimado por constituirse en el medio idóneo para la lucha eficaz contra la criminalidad organizada, ya que, ésta se ha convertido en el enemigo internacional declarado al que se le aplican dispositivos de control y vigilancia.

La normativa que regula las técnicas especiales de investigación está integrada por instrumentos internacionales que establecen políticas para la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo y la delincuencia organizada; y por las normas del Código Procesal Penal, que en la lucha contra el crimen organizado permiten implementar técnicas especiales, como la entrega vigilada y las operaciones encubiertas, las cuales están íntimamente vinculadas con la figura del agente encubierto, por ser este último necesario para el desarrollo de aquellas.

¹⁶⁶ Cfr. ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor. *La Investigación Preparatoria. En el Nuevo Proceso Penal*, Lima, Instituto Pacífico, 2014, p. 400.

¹⁶⁷ El artículo 29° del Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes Delictivos y Agente Encubierto prescribe: “*El Fiscal, con motivo de la ejecución de la técnica de Agente Encubierto, podrá requerir al Juez de la investigación preparatoria, en forma reservada, la autorización para llevar a cabo diligencias que, por su propia naturaleza, afecten derechos fundamentales. Si en la ejecución de la técnica especial de agente encubierto se advirtiera la necesidad de emplear otras técnicas especiales de investigación se comunicará de ello al Fiscal, quien efectuará los requerimientos judiciales que correspondan*”.

En el sistema penal peruano, la actuación del agente encubierto debe ser controlada judicialmente y con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, para que de esa manera, su actuación no niegue los principios y derechos previstos en un proceso penal garantista. Es decir, si para la aplicación de esta técnica especial se requiere control judicial previo que garantice que la injerencia en los derechos fundamentales de los investigados está justificada, entonces esta figura no deviene en inconstitucional, tal como lo estableció el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 04750-2007-PHC/TC.

En ese orden de ideas, si tenemos en cuenta que el inciso 5) del artículo 341 CPP precisa que si las actuaciones de investigación afectarán derechos fundamentales, deberá solicitarse al Juez de la Investigación Preparatoria la autorización respectiva, según la normas constitucionales y legales; entonces, el agente encubierto al estar debidamente autorizado para ejercer sus funciones aunque ello conlleve la afectación de derechos fundamentales, esto se encuentra justificado debido a la habilitación expresa de un Juez, quien otorga dicha autorización en virtud de graves indicios de la presencia de organizaciones criminales, en las cuales el agente encubierto deberá infiltrarse.

La intervención del agente encubierto dentro del ámbito criminal implica que este: i) no puede ser usado de forma indiscriminada para la investigación de cualquier delito, sino solo para organizaciones criminales, ii) debe estudiarse de forma previa a dichas organizaciones, iii) debe existir investigación previa y elementos materiales de prueba de los que se pueda deducir la participación del investigado en el delito, y iv) la orden debe estar debidamente fundada.

En ese sentido, si la actuación del agente encubierto se constituye en el último medio para investigar y sancionar a organizaciones criminales, cada vez más complejas y difíciles de investigar, puede que el agente frente a la necesidad de recabar las pruebas suficientes provoque la comisión de un ilícito; sin embargo, no es razonable que quien pone en riesgo su propia integridad física a fin de coadyuvar a la lucha contra el crimen organizado termine asumiendo una determinada responsabilidad penal.

El agente encubierto de forma simulada actúa en la ilegalidad, por lo cual tiene protección legal, la cual implica que estará exento de responsabilidad penal por situaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y su actuación sea proporcional con la finalidad de la misma, por lo que, no debe constituir una manifiesta provocación del delito.

La línea divisoria que separa al agente encubierto, que busca información o que logra que miembros de una organización criminal investigada desarrollen su actividad criminal ya preexistente, de un agente provocador, es que, el primero está regulado legalmente y su actuación debe estar fijada claramente; y el segundo no tiene protección legal y por su actuación podría ser sancionado¹⁶⁸; sin embargo, se cree que el agente encubierto que mediante su labor provocadora conlleve a la consumación de delitos de tracto sucesivo, como el delito de tráfico ilícito de drogas o trata de personas, debe estar exento de responsabilidad penal.

Como ya hemos señalado, la finalidad de la infiltración es permitir la persecución de determinadas organizaciones criminales, pero ello, no exime al agente encubierto de las consecuencias jurídicas por las eventuales conductas delictivas que realice. Conviene anotar que, sólo serán admitidas y justificadas las conductas que se relacionen de forma directa con el desarrollo de la investigación, que no sean consideradas delitos graves¹⁶⁹ y respeten el criterio de proporcionalidad. En ese sentido, los actos delictivos que pueden estar justificados por la causa de exclusión de antijuridicidad serán los practicados tradicionalmente por la organización criminal, los referidos a la propia investigación, a generar confianza, y las omisiones del deber de acción y protección de un policía frente a la criminalidad.

¹⁶⁸ ARBULÚ MARTÍNEZ, *Op. Cit.*, p. 401.

¹⁶⁹ Al respecto, coincidimos con CARDOSO PEREIRA, cuando señala que no sería razonable ni lógico admitir que el infiltrado estuviera autorizado a practicar actos no relacionados con su tarea de investigación encubierta o que no respeten el principio de proporcionalidad, como por ejemplo, matar a alguien durante la investigación. Sin embargo, de forma excepcional, puede considerarse la hipótesis en la cual el agente encubierto en cierto contexto, actuando en legítima defensa o en estado de necesidad, le quite la vida a un integrante de la banda criminal. Cfr. CARDOSO PEREIRA, "Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos", *Op. Cit.* p. 301.

Siguiendo esta posición, nuestro CPP en el artículo 341 inciso 6, en lo que se refiere a las posibles actuaciones delictivas que pueda cometer el agente encubierto para la apreciación de la exención de responsabilidad, ha establecido tres requisitos: “que sea consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación; que guarde la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación; y, que no constituya una provocación al delito”.

Cabe resaltar que en España la figura del agente provocador es una técnica de investigación habitual en la práctica policial y disfruta de la aquiescencia de la jurisprudencia¹⁷⁰, aunque no de reconocimiento legal expreso. De esta forma, la actuación del agente provocador, debe ser considerada legítima, siempre que la preparación del delito haya iniciado, antes de la intervención del infiltrado, y este sólo actúe para revelar los medios por los que se desarrolla ese delito, o incluso, para descubrir delitos cometidos con anterioridad a la provocación.

Es de mencionar que no abogamos por la inclusión de la figura del agente provocador propiamente dicha, sino porque la labor provocadora sea realizada por el mismo agente encubierto, que como ya se ha explicado es un agente policial debidamente autorizado, que se infiltra en organizaciones criminales con la finalidad de reprimirlas y sancionarlas. Así, esta persona es la indicada para llevar a cabo la labor provocadora, actuando solo en las siguientes situaciones: 1) siempre que la preparación del delito haya comenzado y 2) para poner al descubierto delitos ya cometidos con anterioridad a la provocación.

En ese orden de ideas, el delito provocado ha de rechazarse pues al no existir culpabilidad, no hay tipicidad propiamente dicha, por lo que, es lógico concluir que

¹⁷⁰ El Tribunal Supremo Español ha señalado que: “(...) Se niega la existencia del delito provocado cuando la actuación haya tenido lugar incidiendo sobre una conducta ya existente que permaneciera oculta. Esta posibilidad es frecuente cuando se trata de delitos de tráfico de drogas, que se desarrollan sobre la base de conductas muy variadas entre las cuales está la mera tenencia con destino al tráfico que ya supone la consumación. En consecuencia, cuando la actuación encubierta pone de relieve la existencia de una tenencia o de un poder de disposición sobre la droga con destino al tráfico, no puede apreciarse la existencia de delito provocado, pues simplemente se ha hecho aflorar algo previamente existente e independiente de la referida actuación encubierta”. Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 427/2013 del 10 de mayo de 2013.

el sujeto no hubiera actuado como lo hizo de no haber mediado la provocación eficaz del agente incitador, siendo impune el sujeto provocado¹⁷¹.

Distinta es la conducta que sin conculcar legalidad alguna, se orienta a descubrir delitos ya cometidos, en general aquellos de tracto sucesivo como el tráfico ilícito de drogas, porque en esos casos, el agente no busca la comisión del delito sino los medios por los que el ilícito penal se desarrolla; es decir, se procura obtener de pruebas relacionadas con una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que solo se tienen sospechas. Entonces, en el primer supuesto el acusado no tiene libre decisión para la comisión del delito; mientras que, en el segundo, la decisión criminal es libre y espontánea.

Si a los agentes encubiertos se les exime de responsabilidad penal por los delitos que pueden cometer de forma necesaria o por ser considerado un miembro más del grupo criminal (delitos activos)¹⁷² o que no hayan podido impedir (delitos pasivos), entonces por qué no eximirlos por su labor provocadora en los casos que se esté frente a delitos de tracto sucesivo como el tráfico ilícito de drogas.

Además, es de recalcar que el actuar del agente encubierto ante un delito, debe tener siempre carácter subsidiario; es decir, no debe haber otra vía o forma en que pueda realizar su actividad de investigación; por lo tanto, el agente encubierto no podrá cometer delitos que no estén relacionados de manera directa con la actividad delictiva desarrollada por la organización investigada. A su vez, los delitos que pueda efectuar, deben guardar la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación. Al respecto, la jurisprudencia española, que ha desarrollado de manera amplia el tema del delito provocado, señala que las conductas efectuadas por el agente encubierto en la comisión de determinados

¹⁷¹ Cfr. REVELLO DE TORO, *Op. Cit.*

¹⁷² Cuando se menciona a los delitos que el agente encubierto puede cometer, se hace referencia los delitos que son propios o que caracterizan a la organización criminal; es decir, la autorización de introducir a un agente encubierto, le permite realizar los delitos que la organización lleva acabo, tales como elaboración, fabricación, transporte, producción, distribución, comercialización, etc., de drogas; como también la de sustancias químicas destinadas para la elaboración de drogas; y no otros delitos de distinta naturaleza.

delitos deben estar relacionadas con la realización de los delitos que se está investigando¹⁷³.

Además, si el agente encubierto no quiere propiamente la realización del ilícito penal no debe asumir responsabilidad penal. Máxime, si por ejemplo, se sabe que el investigado a través de esta técnica de investigación, es un traficante de drogas, tiene registros criminales y ya hay una investigación preliminar referente a él¹⁷⁴.

Ciertamente, si la policía ya conoce que determinada persona viene dedicándose al tráfico ilícito de drogas en el marco de una organización criminal, pero le es difícil obtener pruebas de dicho ilícito, se hace necesario que intervenga un agente encubierto para investigar y recabar información suficiente para sancionar a los integrantes de dicha organización; sin embargo, ello no es sencillo si al agente no se le permite acceder a la información confidencial del grupo criminal, siendo necesario que, por ejemplo, el agente proponga un negocio de comercialización de drogas, desplegando de esta manera una función provocadora pero que propiamente no induce a la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas sino que solo hace aflorar una decisión criminal previamente formada en los sujetos, ya que, con anterioridad se habían dedicado a la comisión de dicho ilícito.

El agente encubierto es entonces aquel funcionario de la policía cuya intervención dará lugar a la denominada provocación policial, siendo su objetivo evidenciar

¹⁷³ Así lo señala la sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, N°262/2003, de 19/02/2003, sentencia expuesta por el Prof. Michel Dibán en su exposición en la Jornada para Fiscales Especializados del Ministerio Público en Santiago, el 19 de diciembre de 2005: "No puede afirmarse que Manuel haya incitado a la comisión de un delito que el acusado no tuviera ya intención de cometer, es más, que estaba ya cometiendo al estar en posesión, mediata o inmediata, de la droga que ofertaba, de suerte que la actuación del agente encubierto al simular trasladar la oferta a unos supuestos clientes que deseaban adquirir tres a cuatro kilos de cocaína, poniéndose en marcha el proceso de transacción que se describe en la sentencia, no está provocando un delito, sino verificando su existencia, acopiando pruebas de la misma, esto es, haciendo aflorar al mundo exterior la realidad de una voluntad criminal y de una actividad delictiva preexistente, a cuya comprobación se dirige la actuación policial". Este argumento refuerza nuestra tesis de que no se provoca propiamente el delito sino, más bien, cuando hablamos de labor provocadora lo hacemos en el sentido de labor reveladora de ilícitos que se venían cometiendo con anterioridad a la actuación del agente encubierto.

¹⁷⁴ Cfr. CASSANI, Belén, "Agentes encubiertos e informantes como medios de prueba contra el crimen organizado. Un análisis desde la jurisprudencia de Derechos Humanos", en *El Crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Yacobucci, Guillermo J. (coord.), Buenos Aires, Ábaco, 2005, p. 345.

comportamientos criminales ya existentes con anterioridad a su intervención, consiguiendo pruebas de la actividad delictiva y de quienes la realizan. Este comportamiento está ratificado por las leyes y la jurisprudencia, así por ejemplo, el Tribunal Supremo Español en algunas sentencias considera lícitas las actuaciones policiales, aun cuando se ejecuten mediante operaciones engañosas y se finjan intenciones irreales, cuando no se origina un delito inexistente¹⁷⁵, sino que tal proceder sirve para poner al descubierto, delitos cometidos con anterioridad.

Pese a los cuestionamientos que se hacen a la técnica del agente encubierto, como instigador del delito, hay que considerar que “la labor de la policía en este campo es peligrosa, pues por salvar bienes jurídicos en favor de la sociedad, prevenir el delito, obtener la prueba para incriminar las organizaciones criminales, pone en riesgo su propia vida”¹⁷⁶. POLITTOF manifiesta que

“la concepción de un agente encubierto como un contemplador puramente pasivo es utópica. (...) si se infiltra un agente de policía a una organización criminal, es para trabajar, para hacer algo, y ese algo no podrá consistir únicamente en hacer labores de indagación. Si bien un agente encubierto puede efectuar labores de indagación sin ejecutar actos de colaboración o instigación a la perpetración de hechos punibles, tales casos son excepcionales”¹⁷⁷.

Así pues, en muchas situaciones el agente encubierto se verá obligado a actuar como agente provocador de uno o más hechos delictivos a los que induce o colabora; por ello, abogamos por su exención de responsabilidad penal¹⁷⁸, por cuanto, él está en cumplimiento de un deber o de una orden impartida por un superior, pero ello no quiere decir que dicho agente no va a tener ninguna sanción, pues un Estado no puede pretender hacer cumplir la ley a los ciudadanos, si no

¹⁷⁵ CFR. MEJIA CASTAÑEDA, Ricardo & Otros. “El agente encubierto y el agente provocador en el proceso penal salvadoreño. Validez de sus actuaciones”, *Tesis para optar el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas*, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, 2008, p. 36.

¹⁷⁶ ARBULÚ MARTÍNEZ, Jimmy. *El Proceso Penal en la Práctica: Manual del Abogado Litigante*. Lima, Gaceta Jurídica, 2017, p. 213.

¹⁷⁷ POLITTOF, Sergio. “El agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la ley 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, en *Gaceta Jurídica*, N° 203, año 1997, p. 10.

¹⁷⁸ En el mismo sentido, HERNANDEZ MIRANDA señala que “la exención de responsabilidad penal al agente encubierto le vendrá otorgada en virtud del cumplimiento del deber encomendado, lo que excluye la antijuridicidad del hecho, o por concurrir excusas absolutorias, siendo que en cualquier caso su actuación deberá ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. Es decir, la actuación del agente encubierto deberá responder a una efectiva e indiscutible necesidad de la dinámica del procedimiento de investigación”. HERNÁNDEZ MIRANDA, *Op. Cit.*, p.73.

quieren aplicarla contra sus propios agentes. Siendo esto así, deberá aplicarse una sanción administrativa o de índole disciplinario.

Cabe resaltar que las figuras del agente encubierto y del agente provocador no son exclusivas del delito de tráfico de drogas, este es el ámbito en el que con más frecuencia puede aparecer. Siendo aplicable a otros delitos como trata de personas, lavado de activos, etc., la exoneración de responsabilidad penal por la provocación del delito.

En lo que respecta a las eventuales responsabilidades que se deriven de la actuación del agente encubierto, en nuestro ordenamiento jurídico no se ha establecido una responsabilidad civil, pero el agente encubierto sí incurre en responsabilidad administrativa o disciplinaria y penal. En lo concerniente al ámbito penal, el Código Procesal Penal en su artículo 341° establece:

Artículo 341.- Agente Encubierto y Agente Especial

“(..). 6. El agente encubierto estará exento de responsabilidad penal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una manifiesta provocación al delito (...).”

Con base en nuestra investigación, consideramos adecuado que el citado inciso sea modificado, por cuanto, la utilización del agente encubierto como técnica especial de investigación, es utilizada solo de modo excepcional, cuando los métodos de investigación tradicionales no son suficientes para poder investigar a organizaciones criminales, quedando redactado del siguiente modo:

Artículo 341.- Agente Encubierto y Agente Especial

“(..). 6. El agente encubierto estará exento de responsabilidad penal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma. Si de la actuación del mismo resultare un ilícito por la provocación de delitos, éste asumirá responsabilidad administrativa, según lo establecido en el artículo 28, inciso 5) del Decreto Legislativo N° 1268, que regula el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú”.

CONCLUSIONES

- 1) La figura del agente encubierto es una técnica eficaz de investigación del crimen organizado que busca recoger información, datos y pruebas que permitan enjuiciar a las personas responsables por la práctica de delitos graves como el tráfico ilícito de drogas. Siendo elementos constitutivos de dicha técnica el uso del engaño y la simulación a través del uso de una identidad supuesta; debe desarrollar su actividad con respeto a los principios de legalidad, subsidiariedad, control judicial y proporcionalidad; a fin de que su actuación respete las bases de un proceso penal garantista, siendo lícitas sus conductas realizadas al tenor del objeto de la investigación y de la resolución autorizante.

- 2) Si el agente encubierto, únicamente es utilizado cuando preexiste una organización delictiva, que de forma permanente o reiterada se dedica a la comisión de ilícitos penales, no existe provocación en el sentido de inducción, dado que los autores ya tienen decidida la comisión del delito y por lo tanto, no es posible crear el dolo en ellos. Es decir, la actuación del agente encubierto no provoca delito alguno, sino que interviene para poner al descubierto un hecho delictivo que ya se estaba produciendo.

- 3) La actuación del agente encubierto sí afecta los derechos fundamentales a la intimidad, no autoincriminación y presunción de inocencia, pero las injerencias en estos derechos constituyen una limitación legítima de dichos derechos.

- 4) El agente encubierto está exento de responsabilidad penal, según la previsión legal del artículo 341 inciso 6) del Código Procesal Penal, cuando sus actuaciones presenten relación con la investigación y no lesionen, sin criterios jurídicos, derechos fundamentales de los investigados. Tampoco deberá asumir responsabilidad penal, cuando a través de su labor provocadora logre que un miembro de la organización criminal infiltrada realice uno o varios de los ilícitos penales que dicha organización viene cometiendo, tratándose de delitos de tracto sucesivo como el tráfico ilícito de drogas, ya que, en estos casos actúa en base a una conducta preexistente.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima, Palestra Editores, 2001.
2. ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor. *La Investigación Preparatoria. En el Nuevo Proceso Penal*, Lima, Instituto Pacífico, 2014.
3. ARBULÚ MARTÍNEZ, Jimmy. *El Proceso Penal en la Práctica: Manual del Abogado Litigante*. Lima, Gaceta Jurídica, 2017.
4. ARCINIEGAS MARTINEZ, Augusto. *Investigación y Juzgamiento en el Sistema Acusatorio*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2006.
5. ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Augusto. *Policía judicial y sistema acusatorio*, 3ª ed., Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2007.
6. CÁCERES JULCA, Roberto y LUNA HERNÁNDEZ, Luis. *Comentarios a la ley contra el crimen organizado*, Lima, Jurista Editores, 2016.
7. CAFFERATA NORES, José. *Eficacia del sistema penal y garantías procesales ¿Contradicción o equilibrio?*, Buenos Aires, Mediterránea, 2002.

8. CARDOSO PEREIRA, Flavio. *Agente Encubierto como medio extraordinario de investigación: Perspectivas desde el garantismo procesal penal*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2013.
9. CARMONA SALGADO, Concepción. "La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada ante el narcotráfico", en *Estudios Jurídico penales y Político criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Lorenzo Morillas Cueva (coord.), Madrid, Editorial Dykinson, 2003.
10. CASSANI, Belén, "Agentes encubiertos e informantes como medios de prueba contra el crimen organizado. Un análisis desde la jurisprudencia de Derechos Humanos", en *El Crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Yacobucci, Guillermo J. coord., Buenos Aires, Ábaco, 2005.
11. CASTILLO ALVA, José Luis. *Asociación para delinquir*, Lima, Grijley, 2005.
12. CERESO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español, Parte General II, Teoría Jurídica del Delito*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1998.
13. DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Criminalidad organizada*, Barcelona, Editorial José María Bosch, 2001.
14. EDWARDS, Carlos. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada: modificación de la Ley de Estupefacientes. Análisis de la Ley 24.424*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.
15. ESCALANTE BARRETO, Estanislao. "El agente encubierto como actividad de indagación e investigación criminal: Cuestiones constitucionales en el proceso penal colombiano", en *Los Actos de Investigación contra el Crimen Organizado. Agente Encubierto, Entrega Vigilada y Videovigilancia*, Víctor Cubas & Miguel Girao coordinadores, Lima, Pacífico Editores S.A.C., 2016.
16. ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. "El agente encubierto en el ordenamiento jurídico español", en: *La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Joaquín Delgado Martín, Navarra, Thomson/Aranzadi, 2006.

17. ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
18. ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. Medios extraordinarios de Investigación contra el crimen organizado, en *Los Actos de Investigación contra el Crimen Organizado. Agente Encubierto, Entrega Vigilada y Videovigilancia*, Víctor Cubas & Miguel Girao coordinadores, Lima, Pacífico Editores S.A.C., 2016.
19. FERNANDEZ ROMO, Máximo. “Los métodos especiales de investigación criminal, como alternativa legal de persecución penal contra el lavado de dinero”, en *El Lavado de dinero en el Siglo XXI*, VV.AA, La Habana, Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2015, pp. 293-311.
20. GARCÍA VALDÉS, Carlos. El Agente Provocador en el Tráfico de drogas, en *Los Actos de Investigación contra el Crimen Organizado. Agente Encubierto, Entrega Vigilada y Videovigilancia*, Víctor Cubas & Miguel Girao coordinadores, Lima, Pacífico Editores S.A.C., 2016.
21. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Infiltración policial y agente encubierto*, Madrid, Comares, 2016.
22. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Martha. “El agente encubierto como medida de investigación del terrorismo en el contexto internacional”, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, José Serrano Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo (coord.), Madrid, Iustel, 2010.
23. GÓMEZ INIESTA, Diego. *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español*, Madrid, Cedecs Editorial, 2013.
24. GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *El delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y análisis del artículo 383 del Código Penal*. 4ª ed., Barcelona, Bosch, 2010.
25. GRANADOS PÉREZ, César. Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la jurisprudencia, en *La criminalidad*

- organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, César Granado Pérez coord., Madrid, 2001.
26. HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith. *Investigaciones de Organizaciones Criminales mediante Agentes Encubiertos en el marco del Nuevo Código Procesal Penal*, Lima, Instituto Pacífico, 2015.
 27. LAJE ANAYA, Justo. *Narcotráfico y derecho penal argentino*, 3ª ed., Córdoba, Editora Marcos Lener, 1998.
 28. MÁRQUEZ CISNEROS, Rolando. *El delito de conducción en estado de ebriedad*, Lima, Pacífico Editores, 2012.
 29. MONTÓN GARCÍA, Lidón. *Nuevas Técnicas de Investigación: Confidente, Agente Provocador y Agente Encubierto*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2016.
 30. MONTOYA, Mario. *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.
 31. MOSCATO DE SANTAMARÍA, Claudia. *El agente de encubierto en el estado de derecho*, Editorial LA Ley, 2000.
 32. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
 33. PARDO MATEOS, Rafael. “Fenomenología del delito: Delincuencia tradicional y nuevas formas de delincuencia”, en *Teoría y práctica de la investigación criminal*, José Collado Medinacoord., Madrid, Editorial IUGM, 2009.
 34. PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy. *El delito de organización criminal*, Lima, Ideas Solución, 2016.
 35. PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael. “Lineamientos de Actuación del Agente Encubierto como Instrumento contra el Crimen Organizado”, en *Los Actos de Investigación contra el Crimen Organizado. Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia*, Víctor Cubas & Miguel Girao coordinadores, Lima, Pacífico Editores, 2016.
 36. PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. “El agente encubierto en la lucha contra la criminalidad organizada”, en *Los Actos de Investigación contra el*

- Crimen Organizado. Agente Encubierto, Entrega Vigilada y Videovigilancia*, Víctor Cubas & Miguel Girao coordinadores, Lima, Pacífico Editores S.A.C., 2016.
37. POLITOFF, Sergio & MATUS ACUÑA, Jean. *Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, Santiago, Editorial Cono Sur, 1998.
38. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Lima, Idemsa, 2013.
39. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de activos y financiamiento del terrorismo*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2007.
40. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*, 2ª ed., Madrid, Thomson Aranzadi, 2007.
41. RAMÍREZ JARAMILLO, Andrés David. *El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación*, Medellín, Universidad de Antioquía, 2010.
42. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Criminalidad empresarial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2012.
43. ROXIN, Claus. *La Teoría del Delito. En la Discusión Actual*, traducido por Manuel Abanto Vásquez, Lima, Grijley, 2007.
44. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, 1ª ed., Lima, Editorial del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y CENALES, 2015.
45. SANZ ENCINAR, Abraham. *El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, s/d.
46. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿Pertinencia o Intervención?: del delito de pertenencia a una organización criminal a la figura de participación a través de organización en el delito”. En: *Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI*. Guillermo Jorge Jacobucci (director), Lima, Ara Editores, 2005.
47. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La intervención a través de organización: ¿Una forma moderna de participación en el delito? En: *Delito de organización*, Buenos Aires, 2008.

48. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El Crimen Organizado una Categorización Frustrada*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, Editorial Leyer, 1996.

Tesis

49. CARDOSO PEREIRA, FLAVIO. *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*. Tesis para optar el título de doctor en Derecho, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2012.
50. CANO PAÑOS, Miguel. *En los límites de la Exclusión de la Responsabilidad Penal. El caso de “Jakob Von Metzler” y el Empleo de la Tortura en el Estado de Derecho*, Tesis Doctoral, Murcia, Universidad de Murcia, 2015.
51. MEJIA CASTAÑEDA, Ricardo & Otros. “El agente encubierto y el agente provocador en el proceso penal salvadoreño. Validez de sus actuaciones”, *Tesis para optar el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas*, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, 2008,
52. PÉREZ DUARTE, Arlín. *La autoría en los delitos omisivos*. Tesis doctoral, La Habana, 2009.

Revistas

53. ALVA MATTEUCCI, Mario. “¿Cuándo se configuran los delitos de contrabando y la defraudación de rentas de aduana?: A raíz de las modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo N° 1111”, en *Actualidad Empresarial*, N° 260, Agosto 2012.
54. ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “Los delitos de organización en el sistema de organización criminal. A propósito del Decreto Legislativo N° 1244”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 89, noviembre, 2016.
55. CASTILLO TORRES, Percy. “Comentario al Caso Penélope Rodríguez: Breve análisis constitucional de la figura del agente encubierto”, en *Comentarios a la Jurisprudencia*, Palestra del Tribunal Constitucional, Año 3, N° 10, octubre, Lima, Palestra, 2008.
56. DE LA FUENTE HULAUD, Felipe. “Sobre el Concepto de Responsabilidad Criminal en Nuestro Código Penal”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XIII 1989 – 1990.

57. DEL POZO PÉREZ, Martha. “El Agente Encubierto como Medio de Investigación de la Delincuencia Organizada en la Ley De Enjuiciamiento Criminal Española”, en *Revista Criterio Jurídico*, Vol. VI, Santiago de Cali, 2006.
58. FIGUEROA NAVARRO, Aldo. “Estrategias de control de la corrupción asociada al crimen organizado”, en *Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado*, N° 01, Lima, 2011.
59. LOPEZ ORTEGA, Juan. “La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 22, Madrid, 1996.
60. MOLINA PÉREZ, Teresa. Técnicas Especiales de Investigación del Delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, N° XLII, 2009.
61. NÚÑEZ PAZ, Miguel & GUILLÉN LÓPEZ, Germán. “Entrega vigilada agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de drogas”, en *Revista Anuario de Derecho Penal*, Vol. LXI, 2008.
62. REDONDO HERMIDA, Álvaro. “El agente encubierto en la jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *La Ley Penal*, N° 45, Madrid, 2008.
63. ROXIN, Claus. “Problemas de Autoría y Participación en la Criminalidad Organizada”, en *Revista Penal N°02*, 1998.
64. RUIZ, Antón. “Del agente provocador y del delito provocado”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Poder Judicial Madrid, 1994.
65. TOLEDANO TOLEDANO, Jesús. “La actuación policial y la eximente del cumplimiento de un deber”, en *Revista Ciencias Policiales*, N°. 92, Madrid, Instituto de Estudios de Policía, 2009.

Recursos Electrónicos

66. BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia. “La restricción de los derechos fundamentales en las diligencias de Investigación del proceso penal y las exigencias derivadas del principio de Proporcionalidad”, En *Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, N° 24, Puebla, 2009, [Ubicado el

30. VIII. 2017], Obtenido en:
<http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222968002.pdf>.
67. BLOUIN, CÉCILE. “La normativa peruana en materia de tráfico de migrantes a la luz del Derecho Internacional: ¿Hacia una protección de los derechos de las personas migrantes?”, en *Revista Espiga*, 16, N° 34 (julio-diciembre, 2017), [Ubicado el 06.II.2021], Obtenido en:
<http://dx.doi.org/10.22458/re.v17i34.1840>
68. CALIX VALLECILLO, Carlos David. “Las actuaciones del agente encubierto en el ámbito del blanqueo de capitales. Conductas típicas y su posible justificación”, en *Revista Letras Jurídicas*, N° 1, octubre de 2006, [ubicado el 20.X.2016], Obtenido en: <http://vlex.com/vid/actuaciones-encubierto-blanqueo-tipicas-41267926>.
69. CAMPOS ASPAJO, Liliana & SALAS PACHA, Karina. *Garantía de la No Autoincriminación. Análisis de su contenido en la legislación peruana y española*, [Ubicado el 25.IX.2017], Obtenido en:
<http://camposaspajo.com/pb/garantia-de-la-no-autoincriminacion-analisis-de-su-contenido-en-la-legislacion-peruana-y-espanola.pdf>.
70. CERRO ESTEBAN, José. “El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada”, [Ubicado el 26.IX.2017], Obtenido en: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/280709/dp-garantias_constitucionales_criminalidad.pdf.
71. GUARIGLIA, Fabricio. El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?, en *Revista de Ciencias Penales*, [Ubicado el 12. IX. 2016], Obtenido en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r171118.pdf>.
72. GUZMÁN FLUJÁ, Vicente. *El agente encubierto y las garantías del proceso penal*. Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, [Ubicado el 20. IX.2016], Obtenido en:
<http://www.cienciaspenales.net>.
73. HUAMAN SIALER, Marco. “El delito de contrabando en el Perú y en el contexto internacional”, en *Revista Lex de la Facultad de Derecho y*

- Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas, N° 18, Año XIV, 2016, [Ubicado el 28.VI.2017], Obtenido en: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v14i18.1245>
74. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El Agente Encubierto. La Ley 1999-2*, [Ubicado el 26.IX.2017], Obtenido en: <http://www.eficaciapolicial.es/pdf/elagengeencubierto.pdf>
75. LOZA AVALOS, Cintia. *Agente encubierto. Técnica especial de investigación para prevenir y reprimir la criminalidad*, Lima, 2014, [Ubicado el 25.X.2016], obtenido en: www.lozavalos.com.pe.
76. NACIONES UNIDAS. Oficina contra la Droga y el delito. *Informe del Grupo de Trabajo Oficioso de Expertos sobre Técnicas Especiales de Investigación (Prácticas óptimas y recomendaciones sobre los obstáculos jurídicos a las entregas vigiladas y las operaciones encubiertas)*, Septiembre de 2005, [Ubicado el 26.IX.2017], Obtenido en: <http://www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx?ld=2299>.
77. ORE SOSA, Eduardo. El delito de lavado de activos y sus amenazas con los delitos de receptación y encubrimiento real, 2013, [Ubicado el 15.IV.2015], Obtenido en: http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/lavado_de_activos_2013.pdf.
78. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Sobre la criminalidad organizada en el Perú y el artículo 317° del Código Penal, [Ubicado el 26.IV.2017], Obtenido en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_65.pdf
79. QUINTANAR DIEZ, Manuel. “El agente encubierto”, *Revista Electrónica Letras Jurídicas*, N°1, marzo de 2006, [ubicado el 20.X.2016], Obtenido en: <http://cuci.udg.mx/letras/sitio/index.php/component/search/el%2Bagente%2Bencubierto?ordering=&searchphrase=all>.
80. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, 23ª ed., Madrid, 2014, [Ubicado el 22.IV.2017], Obtenido en: <http://dle.rae.es/?id=WCqQQIf>

81. REVELLO DE TORO, Juan. *La delimitación entre provocación policial y delito provocado*, Andalucía, Universidad Internacional de Andalucía, 2013, [Ubicado el 20.IX.2016], Obtenido en: http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/2498/0442_Revellodetoro.pdf?sequence=3.
82. RIQUELME, Eduardo. "El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo", en *Revista Electrónica Política Criminal*, N° 2, 2006, [Ubicado el 19.IX.2016], Obtenido en: http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf.
83. UNODC. Tráfico Ilícito de Migrantes, [Ubicado el 06.II.2021], Obtenido en: https://www.unodc.org/documents/publications/Trafico_ebook.pdf

Normas

84. Código Procesal Penal Peruano, Aprobado por Decreto Legislativo N° 957, el 29 de julio de 2004.
85. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del 2000.
86. Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, del 29 de mayo de 2000.
87. Convenio Internacional de Nairobi, de 9 de junio de 1977, sobre asistencia mutua administrativa para prevenir, investigar y reprimir las infracciones aduaneras
88. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Última modificación el 6 de octubre de 2015, [Ubicado el 01.X.2016], obtenido en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>.
89. Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes Delictivos y Agente Encubierto, Aprobado por Resolución N° 5321-2015-MP-FN del 27.10.2015.
90. Reglamento para implementar aspectos de identidad del agente encubierto y garantizar su protección en el marco de la técnica especial de

investigación, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2014-JUS, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 06 de mayo de 2014.

91. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

Sentencias

92. Casación N° 13-2011/Arequipa de fecha 13 de marzo de 2012, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Lima, Perú.

93. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, en el Recurso de Nulidad N° 828-2007 (“Caso Tijuana), de fecha 08 de junio de 2007.

94. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Recurso de Nulidad N° 5385-2006 (Caso Abimael Guzmán), de fecha 14 de diciembre de 2007.

95. Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el EXP. N.º 04750-2007-PHC/TC, [Ubicado el 15.IX. 2016]. Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04750-2007-HC.html>.

96. Sentencia del Tribunal Supremo Español 99/2009, de fecha 02 de febrero de 2009.

97. Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 1114/2002, de fecha 12 de junio de 2002.

98. Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 1242/2009 de 06.02.2009, [Ubicado el 20.IX.2016], obtenida en: <https://app.vlex.com/#vid/211686775>.

99. Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 1992/1993, de fecha 15 de septiembre de 1993.

100. Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 427/2013 del 10 de mayo de 2013.

101. Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 863/2011 de 08.03.2011, [Ubicado el 20.IX.2016], obtenida en: <https://app.vlex.com/#vid/211686775>.

102. Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 690/2010, Sala 2ª, de lo Penal, 1 de julio de 2010