



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POSTGRADO**



**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
PENAL Y PROCESAL PENAL**

**“RIESGOS, AFECTACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y
VACÍOS LEGALES EXISTENTES EN LA
FIGURA LEGAL DEL AGENTE ENCUBIERTO PREVISTO EN EL CÓDIGO
PROCESAL PENAL VIGENTE, COMO MECANISMO REAL Y PRÁCTICO PARA
COMBATIR LA DELINCUENCIA EN NUESTRA
SOCIEDAD”**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA
EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL
PENAL**

AUTORA:

Bach. Yolanda Leonor Carrillo Díaz

ASESOR:

Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero

LAMBAYEQUE – PERÚ 2021

“RIESGOS, AFECTACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y VACÍOS LEGALES EXISTENTES EN LA FIGURA LEGAL DEL AGENTE ENCUBIERTO PREVISTO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL VIGENTE, COMO MECANISMO REAL Y PRÁCTICO PARA COMBATIR LA DELINCUENCIA EN NUESTRA SOCIEDAD”

Bach. Yolanda Leonor Carrillo Diaz

Autora

Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero

Asesor

Presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de: MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.

APROBADO POR:

Dr. Exequiel Baudelio Chavarry Correa

Presidente

Dr. Amador Nicolas Mondoñedo Valle

Secretario

Mg. Mary Isabel Colina Moreno

Vocal

Declaración jurada de originalidad

Yo, Bach. Yolanda Leonor Carrillo Diaz investigadora principal, y Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero, asesor del trabajo de investigación “RIESGOS, AFECTACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y VACÍOS LEGALES EXISTENTES EN LA FIGURA LEGAL DEL AGENTE ENCUBIERTO PREVISTO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL VIGENTE, COMO MECANISMO REAL Y PRÁCTICO PARA COMBATIR LA DELINCUENCIA EN NUESTRA SOCIEDAD”, declaramos bajo juramento que este trabajo no ha sido plagiado, ni contiene datos falsos. En caso se demostrara lo contrario, asumo responsablemente la anulación de este informe y por ende el proceso administrativo a que hubiere lugar. Que puede conducir a la anulación del título o grado emitido como consecuencia de este informe.

Lambayeque, 2021.

Bach. Yolanda Leonor Carrillo Diaz
Autora

Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero
Asesor

Dedicatoria

Abel

Roberto Yolanda *mi*

fuera, mi familia.

Agradecimiento

A los ausentes y los presentes que me formaron, a través de sus enseñanzas transmitidas, motivaciones brindadas y ejemplo profesional.

Indice

Agradecimiento	V
Indice	VI
Resumen.....	VIII
Introducción	1
Capitulo I: Análisis Del Objeto De Estudio	3
1.1. Realidad problemática	3
1.2. Formulación del problema	7
1.3. Justificación e importancia del estudio	7
1.4. Objetivos	9
1.4.1. General	9
1.4.2. Específicos	9
1.5. Hipótesis y variables	10
1.5.1. Hipótesis	10
1.5.2. Variables.....	10
1.6. Marco metodológico	11
1.6.1. Tipo y nivel de investigación	11
1.6.2. Diseño de contrastación de la hipótesis	12
1.6.3. Población y muestra	12
1.6.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	13
1.6.5 Métodos y procedimientos del procesamiento de datos	14
Capitulo II: Marco Teórico	15
2.1. Antecedentes del problema	15
2.1.1. - El agente encubierto en la legislación española	18
2.1.2.- Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 282º	19

2.1.3.- El agente encubierto en la legislación argentina	22
2.1.4.- El agente encubierto en la legislación chilena	24
2.1.5.- El agente encubierto en la legislación colombiana	26
2.2. Base Teórica	28
2.2.1.- Definición del Agente Encubierto	28
2.2.2.- ¿Quiénes pueden ser, en nuestro sistema, agentes encubiertos?	30
2.2.3.- ¿Quiénes autorizan, la intervención de los agentes encubiertos?	31
2.2.4.- ¿Qué actividades puede llevar a cabo el agente encubierto?	32
2.2.5.- Límites en la actuación de agente encubierto	33
2.2.6.- Riesgos de la actuación de agente encubierto	34
2.2.7.- Principios en la actuación del agente encubierto	36
2.2.8.- Los derechos fundamentales	37
2.2.9.- Vacíos Legales	53
2.2.10.- El Agente Encubierto en la Legislación Peruana	57
2.2.11.- El agente encubierto y la legitimidad constitucional de su intervención	60
2.2.12.- La delincuencia	61
Capítulo III: Análisis Y Discusión De Los Resultados De Los Instrumentos Utilizados	61
3.1. Presentación de resultados	61
3.2. Discusión de resultados	75
3.3. Presentación del modelo teórico	76
Conclusiones	79
Recomendaciones	80
Referencias Bibliograficas	81
Anexos	84

Resumen

El artículo 341º del Nuevo Código Procesal Penal Peruano establece que la figura del agente encubierto puede aplicarse como un mecanismo eficiente para combatir la delincuencia en nuestra sociedad; sin embargo se observa que en nuestro país, su empleo sigue siendo pobre e ineficaz; a razón de que su implementación genera ciertos riesgos y afectaciones, no previstos minuciosamente en la norma sustantiva; en tal sentido se planteó como objetivo establecer y analizar cuáles son estos riesgos, afectaciones y vacíos legales y para ello se realizó una investigación de tipo explicativo, dentro de la investigación científica con un enfoque cuantitativo que involucró la recolección de datos, contenidos en diferentes documentos, pero que a la vez buscó la medición de estos mediante un instrumento estandarizado como es la encuesta, la misma que se aplicó a los jueces y fiscales del Distrito Judicial de Amazonas-Utcubamba. Luego del análisis de esta figura legal en la legislación peruana y comparada se concluyó que esta figura es un medio eficaz de investigación en la disminución de los índices de criminalidad organizada en el Perú; sin embargo se hace necesario algunos cambios no solo legales sino legislativos para su efectiva aplicación haciendo precisiones respecto a los requisitos para la elección de un agente encubierto, límites y riesgos de su actuación, así como una política de capacitación y preparación de parte del Estado a los magistrados y miembros de la Policía Nacional del Perú.

PALABRAS CLAVE: Agente encubierto, criminalidad organizada, derechos fundamentales, Jueces y Fiscales.

Abstract

Article 341 of the New Peruvian Criminal Procedure Code establishes that the figure of the undercover agent can be applied as an efficient mechanism to combat crime in our society; nevertheless it is observed that in our country, its employment is still poor and inefficient; due to the fact that its implementation generates certain risks and affectations, not carefully contemplated in the substantive norm; In this sense, the objective was to establish and analyze what are these risks, affectations and legal gaps and for this purpose an explanatory investigation was carried out, within the scientific research with a quantitative approach that involved the collection of data, contained in different documents , but that at the same time sought the measurement of these by means of a standardized instrument such as the survey, which was applied to the judges and prosecutors of the judicial district of Amazonas-Utcubamba. After the analysis of this legal figure in the Peruvian and comparative legislation, it was concluded that this figure is an effective means of investigation in the reduction of organized crime rates in Peru; However, some changes not only legal but also legislative are necessary for its effective application making details regarding the requirements for the election of an undercover agent, limits and risks of its performance, as well as a policy of training and preparation by the State to the magistrates and members of the National Police of Peru.

KEY WORDS: Undercover agent, organized crime, fundamental rights, Judges and Prosecutors.

Introducción

Una figura jurídica muy controversial en el derecho penal es la del agente encubierto que desde la vigencia del Código Procesal Penal en el Perú ha tenido inconvenientes para su aplicación como medio de investigación eficaz para combatir la criminalidad organizada.

El agente encubierto como técnica de investigación ha sido utilizado en muchos países y su propósito es identificar a los partícipes en delitos y recabar información que sirva para el proceso penal, siempre que este no induzca a la comisión de un delito, pero debe necesariamente para poder introducirse en dicho grupo y lograr la confianza de ellos, generar actos, generalmente ilícitos, que lo califiquen como apto para formar parte de la organización criminal.

En este sentido la realización de la presente investigación se basó en esta figura jurídica como medio de investigación eficaz en la lucha contra la criminalidad organizada en el Perú; debido a que su aplicación por algunas Fiscalías Especializadas de los Distritos Judiciales de nuestro país sigue siendo pobre e ineficaz; a razón de que su implementación genera ciertos riesgos, no previstos minuciosamente en la norma sustantiva, como el hecho de precisar quien o quienes pueden ser en nuestro sistema, agentes encubiertos, si estos se encuentran capacitados integralmente para la realización de esta tarea y la inversión económica por parte del Estado peruano para ello.

Se ha establecido como objetivo principal determinar las causas que originan la escasa aplicación de esta figura legal en el país, los riesgos, afectaciones y vacíos legales y sugerir algunas formas de su implementación en base a la investigación y obtención de datos a efectos de que la figura del “*agente encubierto*” se aplique en realidad y no sea letra muerta en nuestro ordenamiento legal.

Esta investigación trabajó como variable independiente “Riesgos, afectaciones a los derechos fundamentales de quien actúa como agente encubierto y agentes pasivos o activos del ilícito penal; y, los vacíos legales respecto de la participación y responsabilidad penal en la figura del agente encubierto, previsto en el artículo 341° del Código Procesal Penal vigente y como dependiente “Mecanismo eficaz para combatir la delincuencia en nuestra sociedad”.

El método de investigación empleado fue el no experimental debido a que no se realizó la manipulación de variables, tan solo se observó la aplicabilidad del proyecto de la tesis, mientras que en las técnicas de investigación se utilizó la observación y la encuesta; y en lo que a instrumentos se refiere se hace uso de fichas bibliográficas y del cuestionario realizado a los sujetos de investigación.

El presente trabajo investigativo está conformado por los siguientes capítulos el capítulo I desarrolla el análisis del objeto de estudio; el capítulo II está referido al marco teórico; el capítulo III abarca al análisis y discusión de los resultados de los instrumentos utilizados y finalmente se presentan las conclusiones y sugerencias de la investigación.

Capítulo I: Análisis Del Objeto De Estudio

1.1. Realidad problemática

El presente trabajo de investigación jurídica, se realiza en el contexto social y normativo vigente respecto de la figura legal del Agente Encubierto, prevista en el artículo 341º del Nuevo Código Procesal Penal Peruano, la cual podría aplicarse como un mecanismo eficiente para combatir la delincuencia en nuestra sociedad, que vive inmersa en una atmósfera donde esta crece cada día más y a la cual se podría combatir con su efectiva aplicación.

Dentro de este contexto, las normas procesales vigentes en nuestro país permiten la realización de actos especiales de investigación, como la del “agente encubierto” que no son puestos en práctica significativamente en la investigación preliminar que se realiza a nivel de fiscalías, conforme lo establece el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 (de vigencia progresiva en el país), al señalar en su artículo 341º que el Fiscal, cuando se trate de diligencias preliminares que afecten actividades propias de la delincuencia organizada y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a la Policía Nacional (agente encubierto), mediante una disposición y teniendo en cuenta la necesidad de los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta.

En la actualidad, sin embargo se observa que si bien ha sido aplicada aunque tímidamente, por algunas Fiscalías Especializadas Antidrogas de los Distritos Judiciales de nuestro país, su empleo sigue siendo pobre e ineficaz; a razón de que su implementación genera ciertos riesgos (Físicos y Psicológicos), no previstos minuciosamente en la norma sustantiva, nos estamos refiriendo a riesgos como el hecho de precisar quien o quienes pueden ser en nuestro sistema, agentes encubiertos, si estos se encuentran capacitados integralmente para la realización de esta tarea y la inversión económica por parte del Estado peruano para ello; el problema por parte de la autoridad

competente para establecer oportunamente el momento en que el agente encubierto debe infiltrarse en una organización para actuar bajo la identidad supuesta y los peligros físicos y psíquicos que tal tarea sugiere a su integridad; asimismo, señalar aquellas circunstancias donde su grado de participación estará exento de responsabilidad penal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, toda vez que el ordenamiento legal establece que su conducta deberá guardar la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y que esta no constituya una manifiesta provocación al delito.

En este sentido, respecto de la participación y actuaciones del agente encubierto y de su responsabilidad penal, existe un vacío legal en cuanto a que si bien el numeral 5 del artículo 341 del NCPP señala que *cuando en estos casos las actuaciones de investigación puedan afectar los derechos fundamentales, se deberá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley*, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables; no se precisa taxativamente si se refiere a la afectación de los derechos fundamentales de quien actúa como agente encubierto con identidad supuesta, o a los derechos de aquellos que por las circunstancias se encuentren inmersos como agentes pasivos o activos del ilícito penal.

Asimismo, conviene puntualizar que, a diferencia del Decreto Legislativo N° 824 que confiere al Fiscal o Juez – según la etapa del proceso – la facultad de autorizar y controlar el procedimiento de agente encubierto y la remesa controlada, el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, en su artículo 341° numeral 1, modificado por el Artículo 5 de la Ley N° 28950, publicada el 16 enero 2007, *solamente ha conferido dicha autorización al Representante del Ministerio Público*, al señalar que El Fiscal, cuando se trate de Diligencias Preliminares que afecten actividades propias de la delincuencia organizada, y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a miembros

especializados de la Policía Nacional del Perú, mediante una Disposición y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por la Dirección General de la Policía Nacional del Perú por el plazo de seis (6) meses, prorrogables por el Fiscal 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. En tanto sea indispensable para la realización de la investigación, se pueden crear, cambiar y utilizar los correspondientes documentos de identidad. El Fiscal, cuando las circunstancias así lo requieran, podrá disponer la utilización de un agente especial, entendiéndose como tal al ciudadano que, por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal." Con lo cual tal facultad en el proceso penal actual, es exclusividad del Representante del Ministerio Público, olvidándose que el dicho proceso por su carácter garantista, se lleva a cabo en diferentes etapas: Investigación Preparatoria, Intermedia y Juicio Oral, donde el Juez (sea de Investigación Preparatoria y Unipersonal) también puede hacer uso de esta figura legal cuando el caso y las circunstancias lo ameriten.

Ante lo anteriormente expuesto, surgieron las siguientes interrogantes:

¿Por qué a pesar de su existencia jurídica, no se le da un uso real y concreto en la práctica, para lograr resultados mucho más rápidos y eficaces que permitan combatir la delincuencia?

¿Es posible entonces que la aplicación real y efectiva de esta figura legal prevista en el Nuevo Código Procesal Penal, permita combatir y disminuir los índices de delincuencia en nuestro país?

¿Por qué, durante la investigación preliminar las Fiscalías no ponen en práctica de manera significativa, la realización de actos especiales de investigación, como la del “agente encubierto”, conforme lo establece el Nuevo Código Procesal Penal de 2004?

¿Por qué, la actuación de la figura legal del Agente Encubierto queda limitada solo al plazo que dure la investigación preliminar en el Nuevo Código Procesal Penal Peruano y porque no se hace extensiva a las demás etapas del proceso?

¿Son suficientes garantías que otorga la norma sustantiva a quien se desempeña como agente encubierto, a fin de proteger su integridad?

¿Quién o quiénes pueden ser en nuestro sistema, agentes encubiertos, se encuentran éstos capacitados integralmente para la realización de esta tarea y cuanto le costaría tal inversión al Estado?

¿Puede el agente llevar a cabo otras conductas que le sean inimputables?, partiendo de la premisa que ¿lo que no está expresamente prohibido en la Ley, está permitido?

¿Cuáles son los límites que establece la ley para las actuaciones del agente encubierto, a fin de que estas no vulneren derechos fundamentales?

¿Por qué nuestro Nuevo Código Procesal Penal, solo otorga al Fiscal, la facultad de autorizar y disponer de esta figura legal, cuando se trate de diligencias preliminares que afecten actividades propias de la delincuencia organizada; si bien puede ser utilizada para combatir otros delitos?

1.2. Formulación del problema

La problemática consiste en responder la siguiente interrogante:

¿Cuáles son los riesgos, las afectaciones de derechos fundamentales de quien actúa como agente encubierto y agentes pasivos o activos del ilícito penal; y, los vacíos legales respecto de la participación y responsabilidad penal, por los que la figura legal del agente encubierto previsto en el Código Procesal Penal vigente, no tiene una aplicación real y práctica en la sociedad peruana como un mecanismo para combatir la delincuencia en nuestra sociedad?

1.3. Justificación e importancia del estudio

La presente investigación se justifica en la medida que debido a la realidad social en la que vive el país, donde la delincuencia y otros mecanismos del crimen organizado, han creado un clima de inseguridad y violencia en la población y existiendo en nuestro ordenamiento legal la figura del Agente Encubierto, mediante su aplicación efectiva por los magistrados y personal capacitado, se pueda contribuir a combatirla eficazmente, aun con los riesgos que ello implica.

En este sentido el presente trabajo buscó determinar las causas que originan la escasa aplicación de esta figura legal en el país, los riesgos, afectaciones y vacíos legales y sugerir algunas formas de su implementación en base a la investigación y obtención de datos a efectos de que la figura del “*agente encubierto*” se aplique en realidad y no sea letra muerta en nuestro ordenamiento legal, en tanto la delincuencia ha creado un enorme poder en los últimos años y cada vez se organizan de manera más adecuada, siendo

por tanto, de necesidad vital que se implementen los mecanismos y la reglamentación pertinente.

La aplicación de la figura del “agente encubierto”, se prevé en el proceso acusatorio garantista, pues dicha figura aparece en el Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo 957, en el artículo 341º en el cual se señala que el Fiscal, cuando se trate de diligencias preliminares que afecten actividades propias de la delincuencia organizada, y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a miembros especializados de la Policía Nacional del Perú, mediante una Disposición y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo la identidad supuesta (...) La identidad supuesta será otorgada por la Dirección General de la Policía Nacional del Perú por el plazo de seis (06) meses prorrogables por el Fiscal 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. En tanto sea indispensable para la realización de la investigación, se pueden crear, cambiar y utilizar los correspondientes documentos de identidad. (...) “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”.

Es por ello que el presente trabajo de investigación, propone la aplicación de esta figura legal de manera real y práctica, como una forma para combatir la delincuencia en nuestro país, mediante mecanismos adecuados de implementación a nivel de las fiscalías y poder judicial.

1.4. Objetivos

1.4.1. General

Establecer y analizar cuáles son los riesgos, las afectaciones y vacíos legales existentes en la figura legal del Agente Encubierto en el Código Procesal Penal vigente como mecanismo eficaz para combatir la Delincuencia en nuestra sociedad”

1.4.2. Específicos

- Indicar las posibles causas por las cuales la figura del “agente encubierto” no se aplica de manera real y practica en el sistema de investigación preliminar para combatir la delincuencia en nuestra sociedad.
- Señalar cuáles son los límites que establece la ley para las actuaciones del agente encubierto, a fin de que éstas no vulneren derechos fundamentales.
- Analizar la aplicación del sistema acusatorio garantista, línea que sigue nuestro nuevo Código Procesal Penal, en el derecho comparado, sobre todo con respecto a la figura del “agente encubierto”.
- Analizar la aplicación actual del Nuevo Código Procesal Penal en el Distrito Judicial de Amazonas y evaluar los efectos que se hayan

producido en el caso se haya aplicado la figura del “agente encubierto”.

1.5. Hipótesis y variables

1.5.1. Hipótesis

“Si se identificaran los riesgos, las afectaciones a los derechos fundamentales y los vacíos legales respecto de la participación y responsabilidad penal en la figura del agente encubierto, previsto en el artículo 341° del Código Procesal Penal vigente, entonces tendríamos un mecanismo real y práctico para combatir la delincuencia en nuestra sociedad”.

1.5.2. Variables

1.5.2.1 Variable independiente (X)

Si se identificaran los riesgos, las afectaciones a los derechos fundamentales de quien actúa como agente encubierto y agentes pasivos o activos del ilícito penal; y, los vacíos legales respecto de la participación y responsabilidad penal en la figura del agente encubierto, previsto en el artículo 341° del Código Procesal Penal vigente.

X1.- Riesgos físicos y psicológicos a los que está expuesto el agente encubierto.

X2.- Derechos Fundamentales que se afectan de los sujetos pasivosactivos del Ilícito penal: Derecho a la Identidad y Derecho a la Intimidad.

X3.- Los vacíos legales de la figura legal del agente encubierto referente a: los límites en su actuación, la aportación de pruebas lícitas y la responsabilidad penal.

1.5.2.2. Variable dependiente (Y)

Tendríamos un mecanismo eficaz para combatir la delincuencia en nuestra sociedad.

Y1.- Criterios que toman en cuenta los órganos jurisdiccionales (Ministerio Público y Poder Judicial) para la aplicación del artículo 341° (Reglamento de regulación) en la etapa de la Investigación Preliminar.

Y2.- Criterios de eficacia y resultados obtenidos

Y3.- Naturaleza jurídica; causas, consecuencias, prevención de la delincuencia en nuestra sociedad peruana.

1.6. Marco metodológico

1.6.1. Tipo y nivel de investigación

La investigación fue de tipo explicativo, dentro de la investigación científica con un enfoque cuantitativo que involucra la recolección de datos, contenidos en diferentes documentos, pero que a la vez buscó la medición de estos mediante un instrumento estandarizado como

es la encuesta, la misma que se aplicó a los jueces y fiscales del Distrito Judicial de Amazonas-Utcubamba.

1.6.2. Diseño de contrastación de la hipótesis

- Verificación de hipótesis. - Se buscó la comprobación de la hipótesis planteada, en base a la interpretación realizada.
- Elaboración de conclusiones: Elaborar el alcance científico de la verificación realizada, o sea la elaboración de los resultados obtenidos en la investigación.
- Informe final.- Realizar el Informe del tema planteado, o sea la tesis asumida en la presente investigación.

1.6.3. Población y muestra

1.6.3.1 Población: Estuvo conformada por:

- Las Fiscalías Provinciales Penales del Distrito Judicial de Amazonas.
- Los Juzgados Penales de Investigación Preparatoria y Unipersonal del Distrito Judicial de Amazonas.
- Juzgado Penal Colegiado de Amazonas.

1.6.3.2 Muestra

a. A nivel del Ministerio Público

- Fiscalías Provinciales Penales Corporativas de Utcubamba, Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Bagua y Fiscalía Provincial Especializada contra La Criminalidad Organizada de Bagua.

b. A nivel del Poder Judicial

- Primer y Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Utcubamba y Bagua.
- Primer y Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Utcubamba y Bagua.
- Juzgado Penal Colegiado de Amazonas.

1.6.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Para los efectos correspondientes al marco metodológico, se empleó las técnicas de investigación documental, es decir técnicas de recolección de información, siendo que en el presente estudio fueron las siguientes:

- **La recolección de datos en fichas de trabajo.**- Esta técnica se efectuó concienzudamente, en base a lo siguiente: Primero, se identificó la organización actual de la legislación vigente sobre la figura investigada. Segundo, se recolectó información de la aplicación de la figura del “agente encubierto” en el

Distrito Judicial de Amazonas; asimismo información bibliográfica de los temas relacionados a la tesis.

Para el desarrollo de esta técnica se utilizó: Fichas bibliográficas, fichas hemerográficas, fichas de información electrónica y fichas de trabajo.

- **La Encuesta.**- Se preparó una encuesta específica sobre el tema en particular, que se orientó hacia el correcto desarrollo del trabajo de tesis planteado, en base a un diario de campo, un diseño y selección de la muestra, buscando la mejor manera de conllevar el tema para conseguir el mejor resultado.

- **Trabajo de Gabinete.**- Esta técnica estuvo orientada a la revisión y selección de todos los datos recogidos por los colaboradores en los archivos, y a la evaluación de la bibliografía especializada, el desarrollo de la encuesta y la interpretación del tema.

1.6.5 Métodos y procedimientos del procesamiento de datos

Método analítico. Que *per se*, existe a lo largo del desarrollo investigativo, el cual sirvió para realizar el análisis de cada una de las normas existentes sobre el tema, pero en especial del Código Procesal Penal.

En este sentido dicho método posibilitó el logro de un trabajo jurídico de tipo descriptivo¹, bajo el enfoque cualitativo².

Método inductivo, deductivo y analítico-sintético.- Para tal efecto se efectuó una adecuada recolección de datos de la siguiente manera:

- En principio, se recopiló datos sobre la normatividad actual.
- Luego datos sobre la aplicación de esta figura en el distrito judicial de Amazonas – Utcubamba - Bagua Grande, donde se viene aplicando el Nuevo Código Procesal Penal.
- La recolección de datos se realizó semanalmente.

Capítulo II: Marco Teórico

2.1. Antecedentes del problema

La criminalidad³ en el mundo ha registrado tasas de crecimiento y/o niveles delictivos importantes tanto en países industrializados como en desarrollo. De 1980 a 1997, las denuncias de actos criminales aumentaron en 131 por ciento en el ámbito global, lo que equivale a una tasa promedio de crecimiento anual de casi 8 por ciento. La región que presentó el mayor crecimiento en la criminalidad fue el Medio Oriente, donde destaca un aumento de 347 por ciento en el número de denuncias en Israel a partir de 1994.

Por lo que respecta a la región de América Latina, esta ocupó el tercer lugar en el crecimiento de la criminalidad, antecedida por los países en transición,

¹ RAMOS SUYO, JUAN. 2004. Elabore su tesis en derecho pre y postgrado. Editorial San Marcos. Primera Edición. Lima – Perú. 2004, pág. 138

² HERNÁNDEZ SAMPIERI. Roberto y otros. Metodología de la investigación. Segunda Edición, McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A. de CV, México D. F 2003. Pág. 5.

³ Es el delito, en sentido estricto, es definido como una conducta, acción u omisión típica (tipificada por la ley), antijurídica... en.wikipedia.org/wiki/Criminalidad

reportándose un crecimiento de 88 y 192 por ciento, respectivamente, durante el periodo actual.

En contraste, la región que registró el menor crecimiento de criminalidad, de acuerdo con los datos de la encuesta, fue la de los países desarrollados, la cual presentó un incremento de solo 14 por ciento en el periodo, lo que equivale a un crecimiento promedio anual ligeramente menor a uno por ciento.

Sin embargo, si uno observa la tasa de criminalidad, los países desarrollados tienen el mayor número de denuncias, seguidos por Latinoamérica. Así, puede decirse que los países desarrollados tienen un nivel alto de criminalidad, pero no está aumentando significativamente; mientras que en lo que respecta a la región de Latinoamérica, el problema de criminalidad es relativamente alto y se está acentuando a un ritmo importante.

Si se excluyera a Israel del cálculo de la criminalidad, la región de América Latina ocuparía, en términos de su tasa de delitos por habitantes, la segunda posición como una de las regiones con mayor nivel y crecimiento en delincuencia, a escala mundial.

Con base en lo expuesto, se puede deducir que el fuerte crecimiento de la criminalidad en el ámbito mundial⁴ es consecuencia del importante crecimiento en tres regiones principalmente: América Latina, Medio Oriente y los países en desarrollo. Sin duda, el problema de la inseguridad pública constituirá uno

⁴ El término **criminalidad** presenta dos usos, por un lado, se llama así al conjunto de **características** que hacen que una acción sea criminal. Por ejemplo, si un individuo cargaba de antemano un arma porque sabía que la iba a usar para matar a la persona con la que se iba a encontrar y de hecho lo asesina, cuando llegue el momento del juicio y se pruebe tal cuestión, no quedarán dudas acerca de la criminalidad del hecho. <http://www.definicionabc.com/>

de los retos más importantes por resolver durante este siglo en un gran número de países.

Es evidente que ante un fenómeno como la delincuencia organizada no podemos utilizar para su investigación los medios tradicionales a los que estamos acostumbrados, de ahí que ante una situación como la que hemos descrito y de las dimensiones y peligrosidad indicadas, debemos acudir a medios de investigación extraordinarios o extremos, se califican así aquellos que pueden suponer una alteración de los principios reguladores del proceso justo, pero siempre con control judicial y respeto, como límite, a la garantía de los derechos fundamentales Constitucionalmente reconocidos.

Con respeto al principio de legalidad; es decir, debe ser un medio de investigación previsto en la Ley, por lo cual en muchos países del mundo se ha tenido que legalizar la intervención de los agentes encubiertos, los cuales deben utilizarse únicamente cuando no podamos obtener la finalidad de investigación de la banda organizada con otro medio que sea menos restrictivo; proporcionalidad, únicamente puede utilizarse para el descubrimiento de supuestos delictivos de naturaleza sumamente grave, tal y como se recogen en la Ley, y, por último, respeto al principio de autorización, intervención y control judicial de la medida de investigación encubierta.

La delincuencia organizada⁵ tal y como hemos visto, responde a parámetros de ocultación de su actividad y desaparición de las huellas y vestigios del delito, por ello es útil y necesaria la figura del agente encubierto, que por medio de un engaño se infiltra en una banda organizada y puede descubrir sus actividades.

El primer texto histórico que se refiere a los espías es: "El Arte de la Guerra" de **Sun Tzu**, escrito unos 500 años antes de Cristo, y los antecesores del

Espionaje fueron los Ninja del Japón feudal⁵. En el que se analizaban los

⁵ Definición académica: La propia acepción de crimen como delito grave adjetiviza a esta tipología criminal, la Real Academia de la Lengua como así lo define, se encuentra en concordancia con las políticas de seguridad de los estados, que consideran la Delincuencia organizado como una delincuencia grave, por ello resulta prioritario, paliar sus actividades, sus consecuencias y por supuesto, su sustento económico. <http://noticias.juridicas.com/articulos>

planes del enemigo de forma que pudieron averiguar sus puntos débiles y sus puntos fuertes e identificar las pautas de sus movimientos, para que revele sus disposiciones, y determine su posición.

2.1.1. - El agente encubierto en la legislación española

Bernardo López García, primer escritor español que toca el tema del “agente encubierto”.

Fue el segundo de seis hermanos en una familia dedicada al comercio. Inició sus estudios en el Instituto de la calle Compañía de Jaén (actual edificio del Conservatorio de Música), pero en 1850 se trasladó a Granada

⁵ Un ninja, proveniente de la cultura japonesa, es aquella persona poseedora de increíbles habilidades físicas, especialmente entrenado en el arte y ciencia del asesinato y el espionaje, así como también, con amplios conocimientos de toda clase de artes marciales. Dentro de la cultura de Japón, los ninjas eran usualmente entrenados para participar de operaciones de alto riesgo, que por lo general, eran misiones clandestinas, bastante parecidas a aquellas realizadas en nuestros días por las fuerzas especiales como los US Navy Seals en los Estados Unidos y los British SAS de Inglaterra. El real origen de los ninjas es desconocido, sin embargo, fruto de ciertas investigaciones, los expertos en el tema se han atrevido a especular que sus comienzos se encuentran fuera de Japón, específicamente en China, o que por lo menos, la cultura china tuvo una gran influencia en sus comienzos. Los primeros indicios de los ninjas se encuentran en el contexto de los períodos Kamakura y Edo, alrededor del siglo catorce. En ese entonces los ninjas realizaban tareas de espionaje y sabotaje a fin de causar el caos total en los territorios enemigos. Aunque las descripciones realizadas por el cine moderno sobre estos individuos son más bien negativas, formando una concepción que la mayoría de las personas tiene sobre los ninjas como asesinos entrenados en la artes marciales rodeados por un halo de misterio, se dice tradicionalmente que un verdadero ninja era una persona de buen corazón que procuraba siempre la paz, además el término “Nin” se refiere a la necesidad constante de estar atento, cuidando en todo momento tanto del cuerpo como de la mente, estando siempre conciente de la información otorgada por cada uno de los sentidos, incluyendo la intuición. Esta disciplina los acerca más a la concepción del hombre

e ingresó en el Colegio de San Bartolomé y Santiago para proseguir con el bachillerato y la carrera de Derecho; no hay datos sin embargo que confirmen que terminó el bachillerato o inició la carrera. Publicó sus primeros trabajos en Recreo de la Juventud (1857) de Jaén y a finales de 1858 se encuentra en Madrid, donde publica su oda "Asia" en el periódico republicano La Discusión (1859), así como la oda "Europa y Siria" en La América (1860), en el año **(1863) publica "El Agente"**. Pasa sin embargo desapercibido hasta que en 1866 publicó en El Eco del País, donde era redactor, su celeberrima oda patriótica "El dos de mayo", que obtuvo tan formidable éxito, difusión y popularidad que desde entonces Bernardo López García fue conocido como "El cantor del Dos de Mayo".

contemplativo y sabio, acercándolo al ideal de las artes marciales y de prácticas como el zen. De este modo, se hace comprensible que los ninjas fueran hombres tremendamente perseverantes, que no se dejaban abatir ni por las situaciones más extremas que nos sea posible imaginar, asumiendo tanto sus triunfos como fracasos con una humildad muy respetable. <http://es.wikipedia.org/wiki/Ninja>.

2.1.2.- Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 282°

La Ley de Enjuiciamiento Criminal un nuevo artículo 282°, que proporciona habilitación legal a la figura del agente encubierto en el marco de las investigaciones relacionadas con la denominada delincuencia organizada. De esta forma, se posibilita el otorgamiento y la utilización de una identidad supuesta a funcionarios de la Policía Judicial, que puede mantenerse en el eventual proceso judicial posterior, con lo que se completa el régimen de protección que preveía la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, respecto a peritos y testigos de causas criminales. Asimismo, se delimita a estos efectos el concepto de delincuencia organizada, determinando las

figuras delictivas que comprende. Finalmente, se faculta al agente encubierto para utilizar, bajo estricto control judicial y fiscal, medios complementarios de investigación.

Se añade en el Título III del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un artículo con la siguiente redacción:

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

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto.

La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.

Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

- a. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.
- b. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:
 - Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
 - Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
 - Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
 - Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.

- Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- Delito de falsificación de moneda previsto en el artículo 386 del Código Penal.
- Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 del Código Penal.
- Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

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.

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.

2.1.3.- El agente encubierto en la legislación argentina

La Ley 24.424 (sancionada el 7.12.94; promulgada el 2.1.95) ha modificado la Ley 23.737 (tráfico y comercio de estupefacientes), incorporando trece nuevos artículos a su texto, cinco de ellos referidos al, hasta ahora desconocido para la legislación argentina, agente encubierto (80). La elección de una ley especial, complementaria al Código Penal, para la regulación de la actividad del agente encubierto ya es, de por sí, cuestionable. Si bien las consecuencias prácticas no son importantes, puesto que la ley 23.737 fija en su Art. 34 la competencia de la justicia federal para entender en los delitos por ella previstos, y, por lo tanto, la combinación de normas de derecho penal material con reglas de procedimiento aunque criticable desde el punto de vista de la técnica legislativa- no presenta problemas de admisibilidad constitucional (81), ello ya demuestra la escasa atención que el legislador argentino ha prestado a la compatibilidad de las nuevas normas con las reglas de procedimiento contenidas en el Código Procesal Penal de la Nación (CPP).

Esta norma presenta, al menos, una regulación mínima de los presupuestos y límites de la actividad del agente encubierto, la modificación al texto de la ley 23.737 resulta peligrosamente pobre. El incorporado Art. 31 bis, única norma verdaderamente regulatoria de la intervención de un AE, se limita a señalar los delitos que permiten su actuación (el catálogo previsto en la misma ley 23.737, incluyendo aquí la tenencia de estupefacientes, aun con fines de consumo personal -Art. 14-, o de elementos para su producción -Art. 5º-, y el delito de contrabando de estupefacientes previsto en el Art. 866 del Código Aduanero), y a establecer, también, una cláusula de subsidiariedad (“...si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo...”). La exigencia de un efectivo o presunto comienzo de ejecución del hecho como condición sine qua non para

la actuación de un AE no surge con toda la claridad necesaria de la ambigua fórmula adoptada.

2.1.4.- El agente encubierto en la legislación chilena

Jaime Campos Quiroga

(Constitución, 16 de febrero de 1953) es un abogado, académico y político chileno, ex secretario de Estado del presidente Ricardo Lagos.

Realizó sus estudios primarios en el Escuela Pública N° 1 de Constitución y los secundarios en el Liceo de Hombres de esa misma ciudad y en el Internado del Liceo de Hombres de Talca. A los doce años ingresó al Partido Radical de Chile.

Se tituló de abogado en la Universidad de Concepción y durante el régimen militar ejerció su profesión en Concepción, Constitución y Santiago, hasta unirse al proceso de creación de la Concertación de Partidos por el No, como representante comunal en la misma Constitución.

En 1989 fue electo diputado por el Distrito N° 38 (Curepto, Constitución, Empedrado, Penco, Pudahuel, Maule, San Clemente, Pelarco y Río Claro) con el 50,43% de los votos, siendo el jefe de bancada de su partido (ahora Radical Social Demócrata).

En la elección de 1993, a pesar de obtener el 22,70% de los votos y el segundo lugar en la votación, quedó fuera del Poder Legislativo. Durante la segunda mitad de la década de 1990 se desempeñó como académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Atacama. En 1999 fue coordinador de la Comisión Programa 2000 de la Concertación y presidente de la Comisión de Defensa Nacional.

El 15 de febrero del 2005 el congreso de la republica aprueba la Ley N° 20.000 la cual fue impulsada por Jaime Campos Quiroga. La presente legaliza la actuación del agente encubierto y sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en la cual el agente encubierto no tiene legalización. Posteriormente, el presidente Ricardo Lagos lo designaría ministro de Agricultura, acompañándolo a lo largo de todo su sexenio en esa cartera.

Marco Normativo

Título II, Párrafo 3°, artículo 25 de la Ley N° 20.000.

Aplicación

Se acepta esta técnica en la investigación de los ilícitos contemplados en la Ley N° 20.000.

Sobre esta materia se han dictado el Instructivo General N° 48 de fecha 01 de febrero de 2001 y el Oficio N° 271 de fecha 03 de junio de 2002, que comenta las modificaciones introducidas por la ley N° 19.806 a la ley N° 19.366 en materia de agente encubierto. Se regula al igual que en la ley N° 19.366, la figura del agente encubierto e informantes, sea como informante propiamente tal o encubierto, pero se innova permitiendo y regulando la actuación de los agentes reveladores e informantes reveladores.

De acuerdo al artículo 25 de la ley N° 20.000, el funcionario policial puede involucrarse o introducirse en organizaciones delictuales o meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos.

De acuerdo al tenor de la nueva ley, basta las reuniones de 2 o más personas con fines delictivos relativos a la ley de tráfico para que legalmente se nombre y actúe un agente encubierto.

En las investigaciones que se utilice esta técnica con resultados positivos para la investigación, debe el fiscal considerar la posible concurrencia de la agravante contemplada en el artículo 19 a) de la Ley N° 20.000 respecto de los involucrados.

Como técnica de investigación queda entregada su aplicación al Ministerio Público, por ello es el fiscal quien debe previamente disponer su uso en el caso concreto, dejando constancia de ello en la carpeta investigativa, resultando de vital importancia consignar la fecha de la autorización antes indicada, pues en caso alguno puede nombrarse un agente encubierto, agente revelador o informante encubierto o informante revelador, sin que previamente la técnica esté dispuesta por el Ministerio Público.(Cfr. Oficio Reservado N° 271 de 3 de junio de 2002).

2.1.5.- El agente encubierto en la legislación colombiana

Ley N° 906 de 2004 (agosto 31) Código de Procedimiento Penal. Artículo 242. Actuación de Agentes Encubiertos. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas.

En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.

Asimismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física.

Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo 239.

En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos.

En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más

mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente.

2.2. Base Teórica

2.2.1.- Definición del Agente Encubierto

Es 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. Y es que, estando a que hay delitos que son susceptibles de ser descubiertos y probados solo si los órganos encargados de la investigación son admitidos en el círculo en el que ellos tienen lugar, resulta necesario su empleo para que de modo encubierto se introduzcan [como un integrante más] en el corazón mismo de dicha organización criminal, a fin de proporcionar [desde su interior] información sobre sus integrantes, funcionamiento y financiación es así que la figura del agente encubierto se justifica por la necesidad de llevar a cabo investigaciones en el seno de tramas organizadas internacionales con las dificultades que ello implica. Es una figura polémica, pero necesaria ya que en multitud de ocasiones no existirá otro modo para poder desentrañar los entresijos de las bandas organizadas con las características.⁷

Conviene precisar que agente encubierto no es lo mismo que agente provocador. El *agente provocador* interviene para inducir o incitar a cometer el delito [para provocar la realización del delito] y su actuación determina que una o varias personas incurran en un delito que no

tenían propuesto realizarlo con anterioridad, o en caso no hubiesen dado inicio formal a su preparación; mientras que el *agente encubierto* se infiltra a una organización criminal para determinar su estructura, funcionamiento e identificar a sus integrantes, esto es, para demostrar o acreditar que una o varias personas tenían ya la predisposición de realizar actividades ilícitas, o que continúan practicando dichas actividades y cuyo descubrimiento se pretende.

El agente encubierto o secreto actúa con autorización fiscal. De este modo, "el agente encubierto investiga el crimen desde el interior de la organización criminal, actuando sin exceder el marco de las garantías constitucionales básicas y aprovechándose de las oportunidades y facilidades que le brinda aquél ya predispuesto a cometer un hecho delictivo" (M. Bohermer). Tal predisposición, el dolo preexistente, es lo que diferencia su función de la del agente provocador.

Dado que algunos delitos solo son susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de la intimidad en el que ellos tienen lugar, en algunos sistemas judiciales se permite al juez designar por resolución a agentes de la fuerzas de seguridad en actividad para que se

⁷ Diálogo con la Jurisprudencia N° 106. Gaceta Jurídica, Julio 2007. Gaceta Jurídica, pp. 44 julio 2007.

introduzcan en forma encubierta como integrantes de organizaciones delictivas, a fin de obtener información sobre sus integrantes, funcionamiento, financiación, etc. La regla es el mantenimiento del estricto secreto de la actuación del agente encubierto, y la excepción queda sustentada en el carácter absolutamente imprescindible del aporte testifical.

En caso de revelación de la identidad real del agente encubierto, su situación de peligro personal es asumida por la ley y obliga a su protección cuando aquélla se produjo, mediante las medidas adecuadas ordenadas antes de concretarse la declaración testimonial.

El agente encubierto o secreto es 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, se infiltra a una organización criminal para determinar su estructura, funcionamiento e identificar a sus integrantes, esto es, para demostrar o acreditar que una o varias personas tenían ya la predisposición de realizar actividades ilícitas, o que continúan practicando dichas actividades y cuyo descubrimiento se pretende.

2.2.2.- ¿Quiénes pueden ser, en nuestro sistema, agentes encubiertos?

Desde el punto de vista operacional, el procedimiento de "agente encubierto" lo realiza [por lo general] un policía seleccionado y adiestrado, que 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 otras asociaciones ilícitas. Su actividad es desarrollada a corto o largo período y participa en algunos casos con los miembros de la organización en hechos específicos que sean necesarios para su permanencia en dicha organización.

En concreto, el empleo del agente encubierto es una técnica de investigación ⁸ eficaz para la obtención de evidencias probatorias e identificación de los involucrados en el delito⁹, ello toda vez que el

agente, al lograr infiltrarse de manera clandestina a la escena misma del crimen¹⁰, observa en persona los hechos delictivos practicados por los autores y partícipes de la organización criminal.

2.2.3.- ¿Quiénes autorizan, la intervención de los agentes encubiertos?

El uso de esta técnica especial de investigación requiere necesariamente la autorización de la autoridad competente ante la existencia de indicios razonables de la comisión de un delito por la persona vinculada al crimen organizado, o que continúa realizando dicha práctica criminal [cuyo descubrimiento se pretende]; es decir, supone el conocimiento de hechos que revistan las características de delito y suficientes circunstancias fácticas que indiquen su posible

⁸ Las **técnicas de investigación**. - son aquellas que le sirven al investigador para relacionarse con el objeto y construir por sí mismo la realidad estudiada. Tienen el propósito de recopilar información empírica sobre la realidad del fenómeno a estudiar (Rodrigues, 1982:60) y son útiles para estudiar a fondo un fenómeno en un ambiente determinado. Con estas técnicas el investigador puede acercarse a información que no ha sido documentada; es decir, estudiar aquello de lo que no hay nada escrito todavía.

⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. "Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal", Editorial Rodas, Lima, 2006, pp. 20.

¹⁰Todo sitio del suceso es potencialmente una escena del crimen". Escena del Crimen. Concepto: es el lugar o espacio físico donde ha ocurrido o se ha desarrollado una actividad delictuosa de un sujeto mediante la perpetración o consumación de un hecho punible.

No solamente es un sitio del suceso el lugar donde ha ocurrido un homicidio sino también donde ha ocurrido un robo, incendio, violación, secuestro e incluso un suicidio. Pag. Web. Escena del Crimen. *BuenasTareas.com*. <http://www.buenastareas.com/ensayos/Escena-Del-Crimen/1244156.html>

existencia; a partir de ello el agente encubierto tiene la facultad para actuar con identidad supuesta, entre otras actividades, en el tráfico jurídico y social, participar en las reuniones de trabajo y desarrollar las demás actividades vinculadas al delito de que se trate.

Desde luego la autoridad que autorizó es quien tiene la obligación de señalar el período de duración y los límites de actuación del agente (el respeto a los derechos fundamentales), efectuando para dicho efecto la supervisión y control de sus actuaciones y, eventualmente, dar por concluido su empleo. Se concluye pues que el agente encubierto no tiene el libre albedrío para desarrollar sus actuaciones, sino que se encuentra bajo la supervisión y control de la autoridad que la autorizó, a quién está obligado a proporcionar la información obtenida.

2.2.4.- ¿Qué actividades puede llevar a cabo el agente encubierto?

Existen una serie de actos contemplados con lo cual el agente encubierto podrá ser autorizado por la autoridad judicial para la práctica de las siguientes acciones:

- 1.- Adquirir objetos, efectos o instrumentos del delito.
- 2.- Demorar o diferir la incautación de dichos objetos hasta el momento en que la evolución de la investigación lo aconseje.
- 3.- Transportar esos objetos, efectos o instrumentos.
- 4.- Participar en el tráfico jurídico y social bajo identidad supuesta.

El conjunto de los actos que acabamos de indicar, únicamente pueden llevarse a cabo por parte del funcionario de policía infiltrado con la debida autorización y control judicial, y, además, cumpliéndose los requisitos indicados en el precepto que venimos analizando.

En definitiva, se habilita al agente encubierto para que lleve a cabo conductas delictivas, que quedarán impunes si se cumplen las condiciones que acabamos de ver, todo ello amparándose en su identidad supuesta y con la clara finalidad de obtener datos relevantes

que permitan averiguar todo lo referente a la banda organizada donde se infiltra el agente. Ahora bien, si queda claro y determinado por la legislación qué actuaciones se pueden llevar a cabo con autorización Fiscal por parte del agente policial, ha llegado el momento de reflexionar sobre las limitaciones que posee en su intervención; es decir, ¿lo que no está expresamente prohibido en la Ley, está permitido? ¿Puede el agente llevar a cabo otras conductas?

2.2.5.- Limites en la actuación de agente encubierto

A nuestro juicio los límites a su actuación son los siguientes:

- 1.- En las actuaciones que afecten derechos fundamentales se requiere la intervención judicial autorizando la medida, todo ello de acuerdo a la exigencia legal.
- 2.- Se realiza una prohibición expresa de la provocación al delito.
- 3.- El agente debe valorar en cada momento si existe o no proporcionalidad con la finalidad de la investigación en las actuaciones que va a llevar a cabo que deben ser una consecuencia necesaria del desarrollo de la misma.

Es evidente que, la autorización judicial que permite a un funcionario de policía infiltrarse en una banda organizada no es una habilitación legal en blanco para que pueda llevar a cabo, sin ninguna intervención judicial adicional, lesiones de derechos fundamentales, consistentes por ejemplo en registrar un domicilio o en “pinchar” un teléfono amparándose en ese auto inicial que habilita su infiltración.

La Ley resulta taxativa, si el funcionario considera que para el desarrollo de su investigación resulta útil intervenir un teléfono o

entrar y registrar determinado domicilio ha de ponerlo en conocimiento del órgano jurisdiccional instructor competente, que le autorizó a infiltrarse, para que valoradas las circunstancias concurrentes otorgue un auto autorizando la entrada y registro o la escucha telefónica.

Si actuase *motu proprio*, sin cumplir las previsiones legales, es evidente que los resultados que pudiera obtener se encontrarían invalidados, porque estaríamos ante una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Resulta claro que integraría un supuesto de prueba prohibida por nuestro ordenamiento jurídico.

La actuación, en el sentido que venimos analizando, al margen de los requisitos legales y del principio de proporcionalidad debe traducirse en la prohibición de que pueda utilizarse todo lo que haya podido conocer o descubrir en virtud de dicha actividad ilícita e ilegal. Con lo cual ni puede usarse lo descubierto de manera directa con infracción de derechos fundamentales, ni tampoco lo obtenido de manera refleja tras esa lesión, aquello que deriva directamente de la prueba prohibida.

2.2.6.- Riesgos de la actuación de agente encubierto

Desde el inicio y durante el desarrollo de la operación encubierta, en principio, el único encargado de ejercer un control sobre la actividad del agente es el fiscal que adelanta la investigación, pues el juez de control de garantías solo entraría a realizar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento.

Si bien esto es criticable, pues debido a la calidad de parte de la fiscalía en el proceso penal, la misma estará inclinada a sacar adelante sus decisiones tolerando mayores injerencias en los derechos fundamentales de las personas e, inclusive, obviando las garantías mínimas del indiciado o imputado para gozar de un proceso transparente y justo; distinto a lo que ocurriría si el control fuera ejercido desde el principio por un juez imparcial con una formación garantista, como normalmente lo es el juez de control de garantías; en esta parte del trabajo se describirá el control que deberá ejercer el fiscal y al final se harán las respectivas críticas.

Para lo anterior, será necesario mirar las actividades para las cuales queda facultado el agente encubierto por disposición de la orden del fiscal. Así, tenemos que el mismo está facultado para realizar las siguientes actividades:

- Utilizar una identidad falsa (excepto si se trata de un particular).
- Integrar la estructura funcional de la organización criminal.
- Participar en los actos de planeación, preparación y ejecución de actividades ilícitas de la organización criminal.
- Diferir la incautación de los objetos del delito hasta el momento oportuno y conveniente para los fines de la investigación.
- Ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado.
- Adelantar transacciones comerciales, tanto lícitas como ilícitas, con el indiciado o imputado, en caso de ser necesario.
- Realizar seguimientos y vigilancias, utilizando los medios que la técnica aconseje, como tomar fotografías, filmar videos, etc.

- Intervenir en el tráfico legal (por ejemplo asumir obligaciones civiles o comerciales, abrir cuentas, alquilar inmuebles, vehículos, participar en sociedades, contratar empleados y demás afines a éstos) e ilegal (como transportar o adquirir objetos, medios e instrumentos de la conducta punible a cualquier título), pero siempre que resulte ineludiblemente necesario, racional y proporcionado para lograr la aceptación y confianza de los miembros de la organización, garantizar su seguridad y la de la operación.⁶
- En caso de encontrar que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo debe hacer saber al fiscal para que éste disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial con miras a que se recoja la información, los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.

2.2.7.- Principios en la actuación del agente encubierto

El procedimiento especial de agente encubierto evidentemente no puede ser utilizado en todos los casos, sino que debe sustentarse fundamentalmente en los principios de subsidiariedad y necesidad, entre otros.

2.2.7.1.- Principio de subsidiariedad. - Según este principio, el empleo del agente ocurre sino existen métodos de investigación convencional que posibiliten que el delito sea detectado o sus autores identificados, esto es, si los medios de prueba no pueden ser obtenidos por los llamados “métodos tradicionales de investigación”. Por cierto,

⁶ ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. Op. cit., pp. 319-320.

esto no implica el agotamiento previo de todas las alternativas investigativas para luego acudir a dicha técnica, sino que la autoridad competente deberá evaluar si no cuenta con otras técnicas investigativas que aseguren el éxito de la investigación.

2.2.7.2.- Principio de necesidad. - De acuerdo a este principio, el agente se utilizará atendiendo a los fines de la investigación en relación con la gravedad del delito [delitos cometidos por organizaciones criminales o criminalidad institucionalizada]. Se entiende por organización criminal al grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de otro orden. Pertenecen a este grupo de delitos el tráfico ilícito de drogas, el tráfico de armas, terrorismo, trata de personas, secuestro, entre otros.

2.2.8.- Los derechos fundamentales ⁷

Son derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto. Es decir, son los derechos humanos concretados espacial y temporalmente en un Estado concreto. Son derechos ligados a la dignidad de la persona humana dentro del Estado y de la sociedad.

Cabe destacar que a los derechos fundamentales no los crea el poder político, ni la Constitución, los derechos fundamentales ⁸se imponen al Estado, la Constitución se limita a reconocer los derechos fundamentales, la Constitución propugna los derechos fundamentales, pero no los crea.

⁷ Obtenido de "http://www.derecho.com/c/Derechos_fundamentales".

⁸ Constitución Política del Perú, Título I de la Persona y de la Sociedad, Capítulo I, Derechos Fundamentales de la Persona artículo 2, año 2007, Edición Gaceta Jurídica.

El derecho fundamental jurídicamente tiene la estructura normativa basada en la capacidad que le permite a la persona efectuar determinados actos, es decir, que los derechos fundamentales son instituciones jurídicas que tienen la forma del derecho subjetivo y la estructura del derecho subjetivo tiene tres elementos: titular del derecho subjetivo, el contenido del derecho subjetivo en el que vamos a distinguir las facultades, por otra parte el objeto del derecho, y un tercer elemento es el destinatario o sujeto pasivo, aquel que está obligado a hacer o no hacer.

2.2.8.1 Derecho a la Identidad

Para la identidad falsa se entendería necesario la elaboración, modificación y utilización de documentos relativos a identidad personal, pasaporte, licencia de conducción, etc.

Las actividades lícitas e ilícitas del agente encubierto deben tener como límite el *respeto de los derechos fundamentales de las personas*, principalmente de las no investigadas, pues: Como servidor público tiene la obligación de respetar la vida, honra, bienes y demás derechos fundamentales de las personas, razón por la cual esos derechos no son comerciables ni disponibles por un servidor público, a menos que por razón de la investigación y para garantizar su éxito, se contara con la participación y consentimiento de la persona titular del derecho que estaría dispuesta a sacrificarlo, en los casos que puede haber disposición sobre el mismo.

La orden del fiscal incluye todas las autorizaciones posteriores que el agente, o cualquier funcionario estatal, necesitaría para ingresar

al domicilio o lugar de trabajo del investigado, realizar vigilancias y seguimientos de personas o participar en entregas vigiladas.

Esto no se puede sostener en un Estado Social de Derecho, con un sistema penal que se dice de corte acusatorio, garantista y respetuoso de los derechos humanos, por cuanto el hecho de que un funcionario pueda realizar casi cualquier actividad que afecte ostensiblemente los derechos fundamentales del investigado, e incluso de otras personas ajenas al proceso, sin las debidas autorizaciones judiciales respectivas para cada actuación ⁹, equivaldría a saltarse por medio de una orden general todos los demás controles y requisitos para cada caso particular, donde se establecen plazos y revisión de lo actuado por parte del juez de control de garantías de forma más rigurosa y oportuna que la operación encubierta considerada en su conjunto.

Se estableció un contacto permanente entre el fiscal que ordena la medida y el agente encubierto, en caso de que el agente encuentre en los lugares donde ha actuado información útil para los fines de la investigación. Esto facilita el control y supervisión que puede ejercer el fiscal sobre las actividades del agente, pero no se estableció ninguna referencia para determinar el plazo en que debe el agente comunicar los resultados y el desarrollo de su actividad al fiscal encargado.

En algunas legislaciones, como en España, se entiende que es «a la mayor brevedad posible», pero valorada en el contexto en el que

⁹ Piénsese, por ejemplo, que la sola orden del fiscal que adelanta la investigación de emplear un agente encubierto, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, facultaría al agente para realizar casi las mismas actuaciones de los artículos 219, 239 y 243 del CPP.

se desarrolla la investigación para no poner en peligro la operación o la seguridad del agente.

Se aconseja designar un funcionario especial de policía judicial como agente de contacto entre el fiscal y el agente encubierto, esto no sólo para procurar la protección del agente y facilitarle los medios y recursos, sino también para vigilar el cumplimiento de sus funciones y transmitir al fiscal la información que reporte.

Asimismo, se considera que este agente de enlace es más operativo y menos riesgoso para detectar las posibles señales de alerta en la actuación del agente encubierto, que lo estén llevando a «pasarse al otro lado» o que lo estén afectando física y psicológicamente más de lo normal, lo que aconsejaría poner fin a la operación.

Teniendo en cuenta lo anterior, los límites de la actuación del agente encubierto deberían ser:

- 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.

- 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, penales.

Las consideraciones anteriores deben ser tenidas en cuenta por el fiscal que adelanta la investigación y ordena la medida, tanto para prorrogar la misma como para darla por terminada, teniendo en cuenta el plazo legal de un año, prorrogable por otro tanto. Además, para evitar que luego de todo un arduo trabajo se pueda venir abajo la información y el material probatorio que sustentan la investigación, pues de ser establecido ante el juez de control de garantías o el juez de conocimiento que se incurrió en una vulneración de derechos fundamentales para su obtención sin las debidas autorizaciones legales y judiciales, no podrían utilizarse las pruebas que derivan directa o indirectamente su conocimiento de dicha infracción.

Ahora, en cuanto el control posterior de la orden del fiscal y la actuación del agente encubierto, dentro de las 36 horas siguientes a la finalización de la operación encubierta, se deberán aplicar en lo pertinente las reglas para los registros y allanamientos, y al consistir en una revisión integral de legalidad formal y material del procedimiento, el juez podrá pronunciarse acerca de la existencia o no de todos los requisitos necesarios para la expedición de la orden, e igualmente de si se respetaron los límites con que debió desarrollarse la actuación del agente,

es decir, «el control de legalidad sobre lo actuado puede dictaminar sobre el exceso, arbitrariedad o abuso de la identidad ficticia con efectos en la investigación penal o incluso fuera de ella».

Por último, con miras a ahondar un poco en las consecuencias de la actuación del agente encubierto, se hará una breve exposición de las relaciones entre el agente encubierto, la provocación del delito y la prueba ilícita, para al final determinar la responsabilidad del mismo.

a. El agente encubierto y la provocación del delito

Expresamente al agente encubierto se le prohíbe, en el Art. 243 del CPP, sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado. De esta forma, el legislador reconoció que el agente encubierto muchas veces puede verse tentado de pasar a desempeñar el rol de agente provocador, figura jurisprudencial por la cual se designa al sujeto instigador del delito,¹⁰ debiendo entonces ponérsele cortapisa para este empeño.

En la doctrina se entiende por agente provocador a un agente encubierto cuya misión consiste en incitar a un tercero a realizar un comportamiento formalmente típico, en general relacionado con el tráfico de drogas, para así obtener pruebas de cargo contra él, pero en algunas partes (como en España) la cuestión se ha enfocado al delito provocado, el cual es la presunta infracción penal que surge como consecuencia de la iniciativa del agente provocador, planteándose el problema de si es o no posible exigir responsabilidad penal tanto al agente como al provocado.¹¹

¹⁰ GIMENO SENDRA, Vicente. Op. cit., p. 473.

¹¹ RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. «Qué es el delito provocado». En: Revista de Derecho Penal. Editorial Leyer. Bogotá, número 10 (diciembre 1998 – enero 1999), p. 59.

Lo anterior porque, aunque el agente provocador interviene de uno u otro modo en una actividad aparentemente delictiva persiguiendo e impulsando que la persona provocada se haga responsable penalmente, dicho agente carece de voluntad de producir el resultado disvalioso, y por ello evita o trata de evitar que en efecto se produzca la lesión al bien jurídico tutelado por la norma penal, volviendo infructuosa la actividad del instigado al haber adoptado con anterioridad medidas de salvaguarda o de garantías para que no se produzca el resultado, lo cual hace posible fundamentar la impunidad por tratarse de una tentativa absolutamente imposible o en realidad todo es una simple apariencia de delito.¹²

Esto mismo, también lleva a la impunidad del sujeto provocado por la ausencia de autodeterminación, lo cual «anula la culpabilidad y el actuar doloso [...] en cuanto que el presunto delito fue provocado, esto es, proyectado, urdido, incitado, dirigido y controlado en todo momento por unos agentes encubiertos que traman una ficticia y capciosa operación por ejemplo de tráfico de estupefacientes de imposibles consecuencias».¹³

En Estados Unidos el problema de la provocación se ha enfocado en la defensa de 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

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. «El agente provocador». Op. cit., pp. 47-48.

¹³ RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. «Qué es el delito provocado». En: Revista de Derecho Penal. Editorial Leyer. Bogotá, número 10 (diciembre 1998 – enero 1999). p. 61.

un sujeto, dispuesto a cometer delitos, pero que de otra manera no sería fácilmente identificable, <muerda el anzuelo> tendido por agentes policiales¹⁴», lo que en una visión caricaturesca sería como cuando se pone un queso en una trampa, donde se pretende, no que el ratón se lo coma, sino que caiga en ella para exterminarlo.

b. El agente encubierto y la prueba ilícita

Conforme al Art. 279 del CPP, en principio el elemento material probatorio y la evidencia física recogidos por un agente encubierto, en desarrollo de una operación legalmente programada, sólo podrá ser utilizado como fuente de actividad investigativa. Pero establecida su autenticidad y sometido a cadena de custodia, tiene el valor de cualquier otro elemento material probatorio y evidencia física.

Ahora, debe tenerse en cuenta que desde la perspectiva de varios autores, ¹⁵ el solo hecho de introducir un agente encubierto en una investigación puede vulnerar seriamente caros derechos fundamentales no sólo del investigado sino incluso de terceros, y por lo mismo tanto la información que recoja como los elementos materiales probatorios y evidencia física, pueden estar basados en el desconocimiento de las garantías de protección de dichos derechos.

¹⁴ MUÑOZ NEIRA, Orlando. Sistema penal acusatorio de Estados Unidos. 2006, p. 245. En esta obra el autor ofrece todo un capítulo, pp. 245-259, dedicado a la provocación policial como defensa o entrapment.

¹⁵ Pueden verse: GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Op. cit., pp. 390-392; RIQUELME PORTILLA, Eduardo. Op. cit., p. 11; y GUARIGLIA, Fabricio. Op. cit.

Doctrinalmente, se entiende por prueba ilícita aquella que es contraria a la dignidad humana, que vulnera derechos fundamentales o que interfiere preceptos constitucionales.¹⁶

Nuestra Constitución, haciendo especial referencia al proceso penal, establece de manera expresa que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso. Así, dicha prueba está afectada por una anomalía de tal índole que no nace a la vida jurídica ni tiene ninguna fuerza incriminatoria, lo cual puede suceder porque en la obtención de la prueba se desconocieron derechos fundamentales del procesado o se ignoraron las formalidades esenciales requeridas para la producción de la prueba.

Tenemos también que el Art. 23 del CPP establece la regla de exclusión de la actuación procesal para la prueba obtenida con violación de garantías fundamentales y el Art. 232 en los casos de registros y allanamientos para lo obtenido con violación de los requisitos legales, al igual que el Art. 230 para todos los medios de prueba en general. No obstante, en el Art. 455 del CPP se establecen 4 excepciones a la regla de exclusión: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y las demás que establezca la ley.

En cuanto a la prueba ilícita, también se habla de sus efectos en las pruebas derivadas, es decir, las que son consecuencia de las pruebas excluidas o las que sólo pueden explicarse en razón de su existencia, pues «nada se lograría si fuese legítimo que una declaratoria de

¹⁶ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. «Prueba ilícita y regla de exclusión». En: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del Juez penal colombiano. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, S.F., pp. 312313.

responsabilidad se hiciera posible con base en las pruebas derivadas de la prueba ilícita [...] si se renunciara a la prueba ilícita como prueba, pero sí se la aceptara como fuente de prueba».

Entonces, piénsese por ejemplo en las declaraciones que se obtengan del investigado, o de uno de sus familiares, fruto de la entrada del agente encubierto en su domicilio o su trabajo, sin ninguna autorización judicial y obviamente sin informarle sus derechos, y que con dicha información capturen al investigado incautándole una mercancía ilícita. En este caso, tratándose de un funcionario estatal, ¿no deberían ser excluidas del juicio tanto la información como las evidencias incautadas? O piénsese en la entrada del agente encubierto al domicilio del investigado sin una orden, o al de otro de los miembros de la banda, descubriendo material probatorio incriminante, fruto de lo cual luego se obtiene una orden de registro y allanamiento. ¿Si se admite dicho material probatorio en el juicio, no estaríamos ante un efecto reflejo o derivado de la prueba ilícita?

c. Responsabilidad penal del agente encubierto

Ante el interrogante de qué responsabilidad penal le cabe al agente encubierto cuando, infiltrado dentro de la organización delictiva, se ve precisado a cometer un delito, algunos responden que, en principio, debe ser eximido de sanción penal, sea porque actuó 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 necesidad¹⁷.

¹⁷ ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. Op. cit., p. 320. En sentido similar, MONTOYA, Mario Daniel. Op. cit., pp. 38-43.

Otros por el contrario, sostienen que:

El legislador no puede eximir de pena a sus funcionarios, en razón de equiparar arbitrariamente bienes jurídicos de diferente valor, como sucede al valorar del mismo modo el éxito de una investigación criminal y la propiedad, la intimidad, la autoridad legítima del mismo estado o el riesgo previsible para la vida de una persona. Si se entiende que el legislador puede operar de esta manera, no quedaría derecho alguno tutelado ni garantizado, pues su garantía dependería del valor que quisiera asignarle cada estado, subordinándolo a la eficacia de sus agencias policiales, que operarían como valor supremo.¹⁸

En la mayoría de los países que emplean esta técnica se ha decidido eximir de responsabilidad penal al agente por aquellos delitos a los que se vea compelido para lograr la aceptación y confianza de los miembros de la organización, garantizar su seguridad y la de la operación, siempre que su participación resulte ineludiblemente necesaria, racional y proporcionada.

Aunque se considera que todo exceso, extralimitación o infracción de la ley debe examinarse caso por caso, se ha pensado que resulta conveniente eximir de responsabilidad al agente encubierto, bien sea aplicando por cuestiones de política criminal una excusa absolutoria, la cual consiste en una causa personal que excluye la aplicación de la pena de carácter netamente individual y considerando la conducta

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. «Impunidad del agente encubierto...» Op. cit., p. 11.

típica, antijurídica y culpable, pero sin aplicarle pena, o una causa de justificación por la cual la conducta será típica, pero no antijurídica.¹⁹

En todo caso, se subordina la aplicación de la exención de responsabilidad penal a que el delito se cometa como consecuencia directa de la actuación encubierta, que el agente no haya tenido otra opción o alternativa para evitar el fracaso de su misión o el grave peligro para su vida, y siempre que no sean lesionadas la vida o la integridad física de una persona.²⁰

Frente a lo demás, su conducta delictiva no podría quedar impune y, por lo tanto, el propio fiscal que realice el control de la actuación del agente encubierto podría iniciar las medidas del caso para que se investigue la responsabilidad penal del agente, realizar los informes dirigidos a las autoridades competentes en lo disciplinario, y tanto el Fiscal de la Nación como su delegado, podrían ordenar que se le separara de forma inmediata de sus funciones, además de la causal de mala conducta que podría generarle. Esto por cuanto todos los agentes del Estado están sometidos al imperio de la Constitución y la ley, respondiendo por su violación o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, y así «cualquiera de estas circunstancias puede dar lugar a que se inicien simultáneamente, varias acciones que pueden coexistir, sin que la una excluya a las otras. La realización de una conducta por parte de un servidor público puede generar acciones de naturaleza disciplinaria, penal, fiscal, civil e incluso administrativa²¹».

¹⁹ RENDO, Ángel Daniel. Op. cit.

²⁰ DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. cit., pp. 308-309.

²¹ GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías. Op. cit., p. 98.

2.2.8.2.- Derecho a la Intimidad

Como derecho, se le ha definido según los sistemas jurídicos diversos (anglosajón y romano-germánico) y de conformidad con sus contenidos. Así, en el sistema anglosajón o del Common Law, donde el término empleado es *privacy*, se le vincula con la idea de libertad del individuo, en el sentido de que hay una esfera de acción que no le afecta más que a él mismo y en el que la sociedad no tiene más que un interés indirecto; es decir, se considera que sin un espacio íntimo aislado de la injerencia de la sociedad no hay libertades públicas, y asimismo se configura como un derecho a estar solo, a que a uno lo dejen en paz, mediante el cual el individuo tiene la garantía de protección de su persona frente a cualquier invasión del recinto de su vida privada y doméstica.²²

En cuanto al sistema romano-germánico, se suelen distinguir diversos grados de intimidad, como en la doctrina alemana, donde se habla de tres esferas: *Intimphäre* o ámbito de lo secreto de hechos que deben permanecer ignorados e incommunicados para los demás; *Privatsphäre* o ámbito de la vida personal y familiar que se quiere mantener protegido frente a la injerencia o publicidad ajena; e *Individulsphäre* o ámbito que atañe a la peculiaridad o individualidad de la persona, como el honor, el nombre o la imagen. En la doctrina italiana, se le vincula con la idea de vida privada o aislamiento distinguiendo cuatro fases: 1) soledad, donde existe imposibilidad de contactos materiales; 2) intimidad, donde se dan relaciones especiales con un grupo reducido de personas; 3) anonimato, donde se puede estar en contacto con múltiples personas pero manteniendo la libertad para

²² SUÁREZ, Elda Margarita. Op. cit., p. 71.

identificaciones individuales; y 4) reserva, donde se crea una barrera psicológica frente a intromisiones no deseadas.

Y en la doctrina española se oscila entre la distinción o no de tres ámbitos: vida íntima, vida privada y vida pública, en razón de los escenarios en que se desarrollan o de los sucesivos repliegues que el hombre hace de su vida. Así, la protección suele ser más intensa en las primeras graduaciones de lo íntimo y va disminuyendo en las últimas.

Y respecto a la definición según los contenidos esenciales del derecho a la intimidad, se suele mirar de acuerdo con: 1) La funcionalidad para defender a la persona de la intromisión por cualquier medio en su ámbito destinado al retiro o la soledad, la divulgación de aspectos embarazosos de su vida privada, la revelación de hechos falsos que se le quieran atribuir y la apropiación de su nombre, imagen o cualquier seña de identidad con fines de lucro; y 2) La sustancialidad para enlazar la intimidad con nociones más trascendentes: ligarla a categorías más superiores como la dignidad humana, la inviolabilidad de la personalidad, la integridad, la identidad y autonomía personal; y concebirla no sólo en sentido negativo como garantía de defensa ante cualquier invasión ilegítima de la vida privada, sino también en sentido positivo como derecho activo de control sobre el flujo de informaciones que afectan al sujeto.²³

Se observa entonces que el derecho a la intimidad normalmente aparece vinculado con la dignidad y la libertad, como bienes que son de la personalidad, y caracterizado por una esfera privada exenta de intromisiones extrañas sin justa causa, bien sea de particulares o del Estado, en la cual cada uno puede gozar de su soledad o de la

²³ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Op. cit., p. 120.

tranquilidad en familia. E igualmente, aunque el núcleo esencial del derecho fundamental a la intimidad podría definirse como el «espacio intangible, inmune a intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o ver lo que no se desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto», junto a la tutela de situaciones concretas de la vida humana objetivables, del espacio físico en el que se desarrolla y las relaciones personales que propicia, debido a que «la proyección social de la persona conlleva que el núcleo de su intimidad no se contraiga a la dimensión personal, sino que se extienda a la dimensión social más inmediata, como la familiar, la laboral, la económica»;²⁴ en los últimos años, a causa de las tecnologías de la información y los sistemas de vigilancia, se entiende que la intimidad también incorpora y comprende las facultades de control y disposición de la información que afectan al individuo.²⁵

Consagración normativa del derecho fundamental a la intimidad

En esta parte del trabajo solo se mencionan los principales textos normativos de alcance internacional, en los cuales de algún modo se encuentre protegido el derecho a la intimidad, y luego se referirán algunos de los textos normativos de otros países, donde se consagre el derecho en mención y que pudieron tener alguna incidencia para la consagración normativa de este derecho en nuestro país.

Así, en el plano internacional el primer antecedente normativo que se tiene de consagración expresa del derecho fundamental a la intimidad es

²⁴ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. «Policía judicial y derecho a la intimidad en el seno de la investigación criminal». En: EGUZKILORE. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, No. 10 Extraordinario (octubre 1997), p. 124.

²⁵ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. Op. cit., p. 68. No obstante, se menciona una cierta independencia de este último enfoque de la intimidad como derecho a la autodeterminación informativa.

del año 1948, cuando en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se estableció: «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».

Luego, en el ámbito europeo, en 1950 el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales señaló: Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia [...] No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto [sic] en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la salud o la moral o la protección de los derechos o libertades de los demás.

Y más adelante, otra vez en el plano internacional, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 estableció: «1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su 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».

Ahora, en el ámbito americano tenemos el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 que establece: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su 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 finalidad principal de este derecho es resguardar un ámbito de vida privada personal y familiar, excluido del conocimiento ajeno y de cualquier tipo de intromisiones de otros, sin el consentimiento de su titular. El núcleo esencial del derecho a la intimidad define un espacio intangible, inmune a intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no desea escuchar o ver (1), así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto.²⁶

2.2.9.- Vacíos Legales

Se denomina así a la laguna jurídica o del Derecho²⁷ a la ausencia de reglamentación legislativa en una materia concreta. Es una situación de vacío en la ley que ha sufrido la patología jurídica de omitir en su texto la regulación concreta de una determinada situación, parte o negocio, que no encuentra respuesta legal específica; con ello se obliga a quienes aplican dicha ley (jueces, abogados, fiscales, secretarios judiciales, etc.) al empleo de técnicas sustitutivas del vacío, con las cuales obtener respuesta eficaz a la expresada tala legal.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-530 del 23 de septiembre de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁷ Bastera, M.I." El problema de las lagunas del derecho". Revista de Derecho Constitucional Latinoamericano. Septiembre, 2003.

Ante esta situación, si a un juez se le solicita una resolución, no puede negarse y debe suplir la laguna jurídica a través de distintas herramientas. Las más habituales son:

- Derecho supletorio: El juez acude a la regulación de una rama del derecho supletoria. En este caso no existe una laguna jurídica propiamente dicha, porque existe una regulación que por defecto es aplicable.
- Interpretación extensiva: El juez hace una interpretación lo más extensiva posible de una norma cercana, de forma que abarque a más situaciones que las que en principio abarcaría, y con la intención de que supla la ausencia de regulación existente.
- Analogía: El juez aplica normas que están dictadas para situaciones esencialmente parecidas. En este caso, el juez crea una norma.
- Acudir a otras fuentes del Derecho como la costumbre o los principios generales del Derecho.

La más destacada de entre dichas técnicas es la analogía. Relativo a esto último, el apartado 1 del artículo 4 del Código civil español, establece que «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».²⁸

Crea no obstante, este mismo precepto, una excepción prohibitiva de la analogía para leyes penales, excepcionales y temporales, dentro de su apartado núm. 2, al establecer que «Las leyes penales, las excepcionales

²⁸ ATRIA, F. y otros: "Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial". Editorial Marcial Pons. Madrid, 2005.

y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

Otra técnica significativa de solución de «lagunas jurídicas» es la de normas cruzadas con distintos rangos, unas principales y otras supletorias, de modo que se sabe cuál debe aplicarse con preeminencia y, al mismo tiempo, entre del derecho principal y el derecho supletorio, se minimiza al máximo la probabilidad de la existencia de lagunas del derecho.

Ya hemos señalado precedentemente, quiénes pueden actuar como agentes encubiertos, pasemos a aclarar que ni en el Código Procesal Penal ni en ninguna norma, se indica cuál debe ser el perfil de la persona designada para desempeñarse como agente encubierto en una determinada investigación penal; por lo tanto, se recurrirá a las recomendaciones que se han dado sobre esta cuestión.

Así, se recomienda que antes de proceder a nombrar a una persona para ejercer actividades de investigación como agente encubierto, se realice un riguroso sistema de selección de candidatos, los cuales tendrían que pasar un curso específico de formación, donde completen las aptitudes innatas de infiltración que deberían poseer, teniendo especial cuidado y atención en los aspectos psicológicos, pues por las dificultades que pueden surgir del hecho de tener que desarrollar una vida con una identidad falsa en el seno de una organización delictiva, interpretando un papel, se necesita de una personalidad estable y fuerte.

Para lo anterior, con base en las experiencias de agencias que han utilizado esta técnica, como las de Estados Unidos y del Reino Unido, se ha desarrollado un perfil teórico del agente, donde se indica que las cualidades que debe tener son:

1. Autonomía personal para la toma de decisiones adelantándose a las situaciones, incluida la habilidad para enfrentarse a problemas y resolverlos.
2. Eficiente, eficaz y competente.
3. Capacidad para adaptarse al medio; para mimetizarse con él.
4. Alta inteligencia, incluida la emocional.
5. Equilibrado, calmado, que guarde el control.
6. Capacidad de comunicación en todos los niveles: oral, gestual, lenguaje verbal y no verbal.
7. Perfil de vendedor.
8. Empatía, es decir, tener la capacidad de ponerse en el lugar del otro e interpretar las situaciones desde su punto de vista.
9. Confianza en sí mismo con un alto grado de control interno.
10. Dureza como equivalente a poco sentimental; no tiene que ser necesariamente alguien «frío», pero sí que no se deje llevar por sus sentimientos.
11. Flexibilidad, en el sentido de ser tolerante con los valores culturales y morales de otros.
12. Tolerancia a la crítica y a la frustración; debe ser independiente, que no necesite la aprobación del medio.
13. Confidencialidad y discreción.
14. Capaz de asumir riesgos sin llegar a ser temerario.
15. Preferentemente soltero y sin hijos.
16. Resistente al dolor y con aguante físico considerable.
17. Debe ser una persona vulgar y corriente. Sin manías.
18. Edad: el rango ideal es entre los 25 y 45 años, puesto que si es demasiado joven se corre el riesgo de que cometa errores por la necesidad de reafirmarse y demostrar su valía; por el contrario, si es demasiado mayor se temen en exceso las pérdidas y el cambio es mucho más difícil de asumir, así como el adaptarse a él.
19. Aspecto físico corriente.

20. Culto. Se necesita un nivel cultural medio-alto.²⁹

Es necesario aclarar que estos son solo rasgos que de manera deseable debería tener todo agente encubierto; pero además de esto, es necesario que el agente sea dotado de una específica e integral formación que fortalezca sus conocimientos sobre su personalidad, actuación, uso de medios técnicos, contravigilancias, técnicas de entrevista e interpretación, estudios jurídicos, psicológicos, de planificación y ejecución operativa e intercambio de experiencias con otros agentes que se hayan infiltrado antes.

En suma, estos son los parámetros que deberían evaluar los encargados de participar en la escogencia del agente, buscando no solo la credibilidad del papel que vaya desempeñar éste dentro de la organización criminal a infiltrar, cumpliendo con su misión en la investigación, sino para garantizar su vida, seguridad e integridad personal.

2.2.10.- El Agente Encubierto en la Legislación Peruana

El Decreto Legislativo N° 824^o, ³⁰de fecha 24 de Abril de 1996, Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, que entre otras cosas regula los

²⁹ ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. Op. cit., p. 319. En sentido similar con fundamento legal, DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. cit., pp. 287-289; y RENDO, Ángel Daniel. Op. cit.

³⁰ Decreto Legislativo N° 824 Procedimientos Especiales de Investigación Policial
 Artículo 28.- **El representante del Ministerio Público** con el propósito de permitir la obtención de las pruebas necesarias para posibilitar la acusación penal, entre otros aspectos, podrá autorizar a los órganos especializados comprometidos en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, la ejecución de los procedimientos denominados "Remesa Controlada" y "**Agente Encubierto**", supervisando su desarrollo y disponiendo la culminación, en cuanto se haya cumplido con los objetivos propuestos. Si los procedimientos antes citados fueran necesarios durante el proceso judicial, la **autorización respectiva la otorgará la autoridad judicial** correspondiente. La ejecución de dichos

procedimientos especiales de investigación policial, tales como el de agente encubierto y la remesa controlada, cuya autorización, el control de su actuación y la decisión de su culminación corresponde, según sea el caso, al Ministerio Público o a la autoridad judicial.

Esta técnica especial de investigación también ha sido recogida por el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 ³⁶ (de vigencia progresiva en el país), al establecer en su *artículo 341º que el Fiscal*, cuando se trate de diligencias preliminares que afecten actividades propias de la delincuencia organizada y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a la Policía Nacional (agente encubierto), mediante una disposición y teniendo en cuenta la necesidad de los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta.

Conviene puntualizar que, a diferencia del Decreto Legislativo N° 824º que confiere al Fiscal o Juez – según la etapa del proceso – la facultad de autorizar y controlar el procedimiento de agente encubierto y la remesa controlada, el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 solamente ha conferido dicha autorización al Representante del Ministerio Público. En el año 2014 el Poder Ejecutivo aprobó el Decreto Supremo 004-2014JUS con el cual se reglamentó aspectos relativos al crimen organizado, y a la protección del agente encubierto.

Según este reglamento, las entidades públicas que emiten documentos que contribuyen o permiten identificar a la persona, deberán implementar mecanismos seguros que garanticen la adecuada y eficaz actuación y protección de un agente encubierto.

procedimientos a nivel internacional se sujetará a lo prescrito en los convenios suscritos por el Perú.
³⁶ Nuevo Código Procesal Penal 2004, Gaceta Jurídica en Título IV Los Actos Especiales De Investigación, artículo 341.

Además, se señaló que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) es la entidad que entregará el documento al Fiscal que oportunamente solicitó el otorgamiento de una “identidad supuesta” para un agente encubierto. De ello se dejará constancia en un acta que se mantendrá en estricta reserva, bajo responsabilidad funcional, se menciona en la norma.

Igualmente, deben registrar o almacenar la nueva información en los respectivos sistemas informáticos que le den soporte a la “identidad supuesta” del agente encubierto.

El reglamento resume las obligaciones del agente encubierto respecto del uso de la identidad supuesta.

Así, el agente encubierto deberá utilizar el documento de “identidad supuesta” en aquellas acciones o actividades derivadas de la investigación o necesarias para los fines de la misma y durante todas sus actividades en el tráfico jurídico y social.

De igual forma, está obligado a usar el documento de identidad supuesta dentro de los límites del plazo establecido en la autorización del Fiscal; bajo responsabilidad administrativa, civil y penal, según corresponda.

En este reglamento también se subraya la obligatoriedad de guardar secreto respecto de la identidad del agente encubierto por parte de todo aquel funcionario o servidor público que haya tomado conocimiento de la identidad real o supuesta de este agente.

Incluso, estarán obligados a preservar su carácter secreto aun cuando haya concluido la técnica especial de investigación.

Dicha obligación rige también para aquellos que no tienen la condición de funcionario o servidor público o que hubieran cesado en ella y que, por algún motivo, tomaron conocimiento de dichas identidades, bajo responsabilidad administrativa, civil o penal, según corresponda.

2.2.11.- El agente encubierto y la legitimidad constitucional de su intervención

Desde una perspectiva de validez constitucional el empleo de esta técnica especial de investigación no deviene en inconstitucional, entre otros fundamentos porque:

- a. Se trata de un imperativo constitucional exigible al propio Estado a partir de lo establecido en el artículo 8º de la Constitución (es deber constitucional del Estado peruano diseñar su política criminal frente al tráfico ilícito de drogas). En efecto, esta norma impone al Estado la obligación constitucional de *sancionar* el tráfico ilícito de drogas, lo que ha quedado plasmado en el Código Penal y en las leyes especiales en los cuales se criminaliza el delito de tráfico ilícito de drogas con penas severas, proporcionales a los bienes constitucionalmente protegidos que se afligen; evidentemente, que para llegar a dicho cometido se impone la necesidad de adoptar procedimientos de investigación eficaces, siendo uno de ellos, sin duda, el del agente encubierto;
- b. Su empleo requiere el conocimiento de hechos que revistan las características de delito, de este 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.
- c. 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. Se armoniza también con lo que el

derecho comparado establece, pues legislaciones como las de España, Francia e Italia, o en nuestra región las de Argentina, Colombia y Chile, han hecho causa común en el empleo de esta técnica especial de investigación, con el objeto luchar eficazmente contra el crimen organizado.

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.

2.2.12.- La delincuencia

Se refiere a un conjunto de actos en contra de la ley, tipificados por la ley y merecedores de castigo por la sociedad, en diferentes grados. Se podría definir también como una conducta por parte de una o varias personas que no coinciden con las requeridas en una sociedad determinada, que atentan contra las leyes de dicha sociedad.

Debido a ello, la delincuencia³¹ puede diferir según el código penal de cada país. Generalmente, se considera delincuente a quien comete un delito en reiteradas ocasiones, llegando a ser considerado también, como un antisocial, recalcando el hecho que este tipo de acciones atentan contra el normal funcionamiento de nuestra sociedad, poniendo en peligro de diferente naturaleza a sus miembros”.

Capítulo III: Análisis Y Discusión De Los Resultados De Los Instrumentos Utilizados

3.1. Presentación de resultados

³¹ <http://www.misrespuestas.com/que-es-la-delincuencia.html>.

En esta parte se presenta los resultados de la investigación a través de tablas y figuras después del análisis e interpretación que se obtuvieron como consecuencia de haber utilizado los instrumentos de análisis de documento y encuestas a jueces y fiscales del Distrito Judicial de Amazonas (Utcubamba y Bagua).

TABLA 1: Distribución de magistrados según si considera que la figura legal del agente encubierto se le da un uso real y concreto en la práctica, para lograr resultados mucho más rápidos y eficaces que permitan combatir la delincuencia.

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	11	36.7%
NO	17	56.7%
NO OPINA	2	6.7%
TOTAL	30	100.0%

FUENTE: Encuesta A Magistrados – Elaborado por la investigadora.

NO OPINA
7%

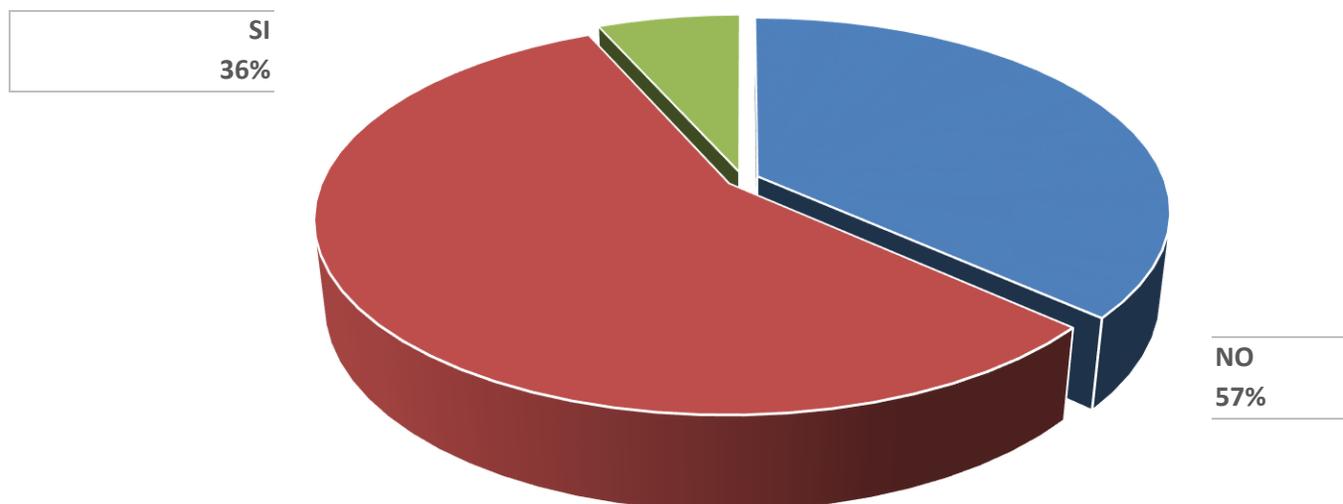


FIGURA 1: Considera que la figura legal del agente encubierto se le da un uso real y concreto en la práctica, para lograr resultados mucho más rápidos y eficaces que permitan combatir la delincuencia.

INTERPRETACIÓN:

En lo referente al uso real y concreto en la práctica del agente encubierto en el Distrito Judicial de Amazonas (Utcubamba y Bagua) el 57% de los encuestados señalaron que no se aplica, el 36% mencionaron que sí y el 7% decidieron no opinar.

TABLA 2: Distribución de magistrados según si cree que la aplicación real y efectiva de esta figura legal prevista en el nuevo código procesal penal, permite combatir y disminuir los índices de delincuencia en nuestro país.

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	20	66.7%
NO	8	26.7%
NO OPINA	2	6.7%

TOTAL	30	100.0%
-------	----	--------

FUENTE: Encuesta A Magistrados – Elaborado por la investigadora.

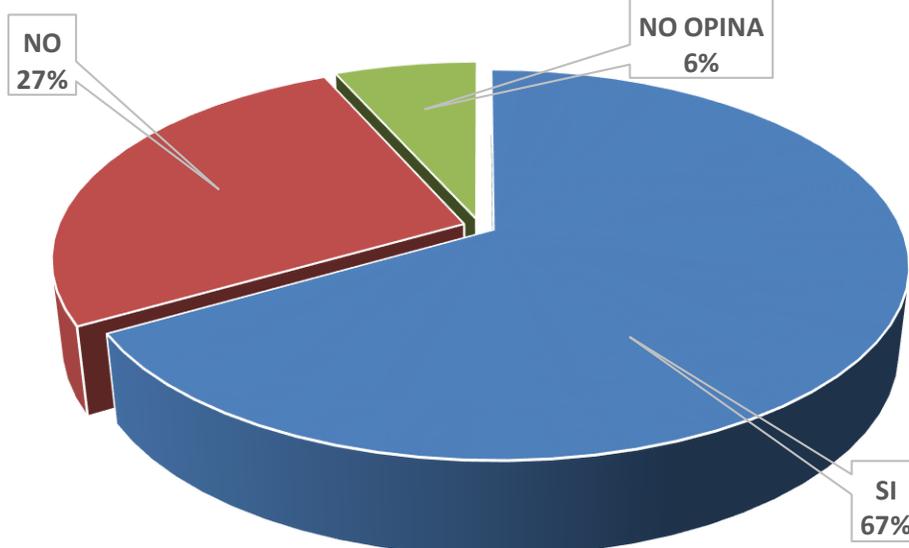


FIGURA 2: Cree que la aplicación real y efectiva de esta figura legal prevista en el nuevo código procesal penal, permite combatir y disminuir los índices de delincuencia en nuestro país.

INTERPRETACIÓN:

En lo referente a si la aplicación real y efectiva del agente encubierto permite combatir y disminuir los índices de delincuencia en nuestro país el 67.% de los encuestados señalaron que sí disminuyen, el 27.% mencionaron que no y el 6% decidieron no opinar.

TABLA 3: Distribución de magistrados según si conoce quién o quiénes pueden ser en nuestro sistema jurídico, agentes encubiertos.

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	21	70.0%
NO	7	23.3%

NO OPINA	2	6.7%
TOTAL	30	100.0%

FUENTE: Encuesta A Magistrados – Elaborado por la investigadora.

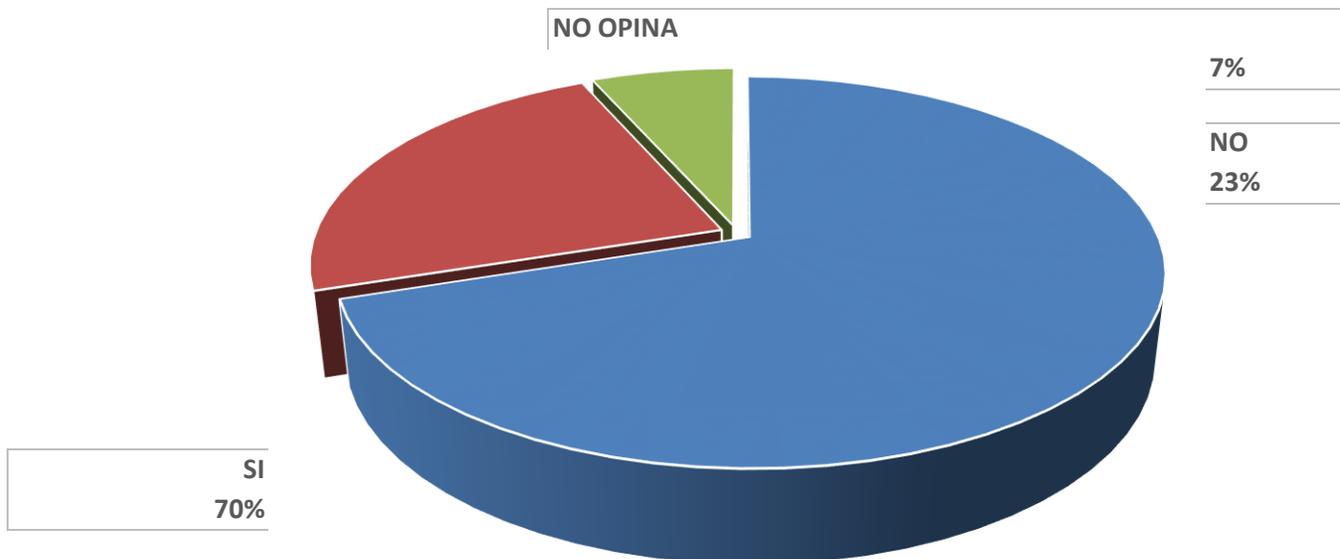


FIGURA 3: Conoce quién o quiénes pueden ser en nuestro sistema jurídico, agentes encubiertos.

INTERPRETACIÓN:

En lo referente al conocimiento de quién o quiénes pueden ser en nuestro sistema jurídico, agentes encubiertos el 70.% de los encuestados señalaron que sí conocen, el 23.3.% mencionaron que no y el 6.7% decidieron no opinar.

tabla 4: Distribución de magistrados según si considera que se encuentran capacitados integralmente para la realización de esta tarea.

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	6	20.0%
NO	23	76.7%

NO OPINA	1	3.3%
TOTAL	30	100.0%

FUENTE: Encuesta A Magistrados – Elaborado por la investigadora.

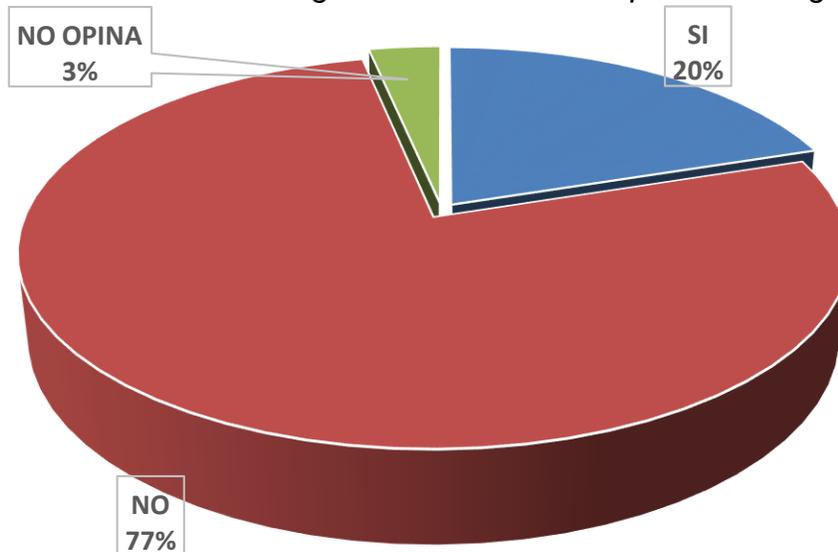


FIGURA 4: Considera que se encuentran capacitados integralmente para la realización de esta tarea.

INTERPRETACIÓN:

En lo referente a si los encuestados se encuentran capacitados íntegramente para la aplicación de la figura jurídica del agente encubierto el 20.% de los encuestados señalaron que sí, el 77% mencionaron que no y el 3% decidieron no opinar.

TABLA 5: Distribución de magistrados según si le parece que la actuación de la figura legal del agente encubierto quede limitado solo al plazo que dure la investigación preliminar.

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	9	30.0%

NO	19	63.3%
NO OPINA	2	6.7%
TOTAL	30	100.0%

FUENTE: Encuesta A Magistrados – Elaborado por la investigadora.

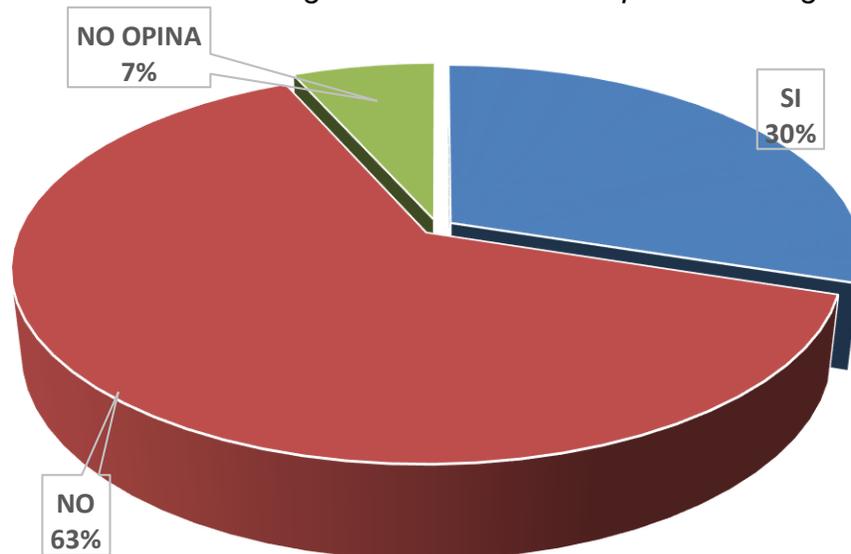


FIGURA 5: Le parece que la actuación de la figura legal del agente encubierto quede limitado solo al plazo que dure la investigación preliminar.

INTERPRETACIÓN:

En lo referente a si la aplicación del agente encubierto quede limitado solo al plazo que dure la investigación preliminar el 30.% de los encuestados señalaron que sí, el 63.% mencionaron que no y el 7% decidieron no opinar.

TABLA 6: Distribución de magistrados según si son suficientes las garantías que otorga la norma sustantiva a quien se desempeña como agente encubierto, a fin de proteger su integridad.

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
------------	------------	------------

SI	9	30.0%
NO	18	60.0%
NO OPINA	3	10.0%
TOTAL	30	100.0%

FUENTE: Encuesta A Magistrados – Elaborado por la investigadora.

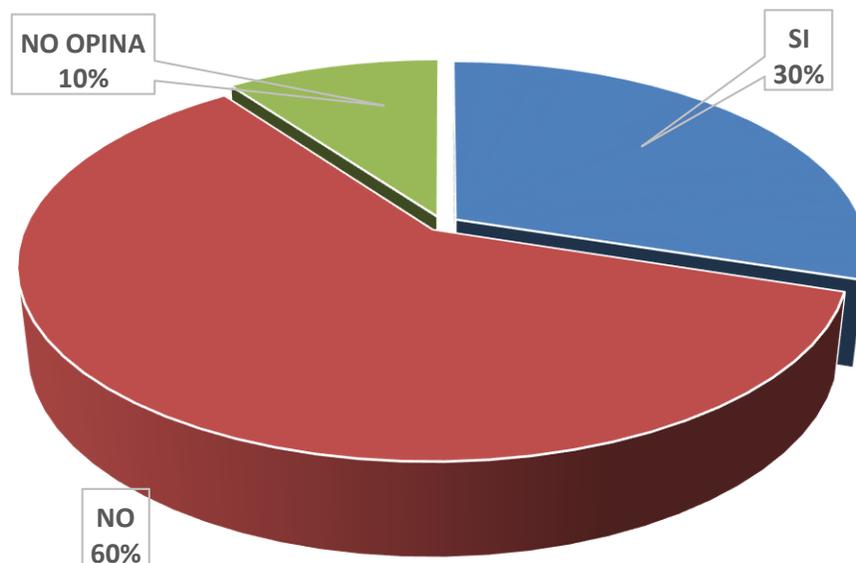


FIGURA 6: Son suficientes las garantías que otorga la norma sustantiva a quien se desempeña como agente encubierto, a fin de proteger su integridad.

INTERPRETACIÓN:

En lo referente a si son suficientes las garantías que otorga la norma sustantiva a quien se desempeña como agente encubierto el 30.% de los encuestados señalaron que sí, el 60.% mencionaron que no y el 10.% decidieron no opinar.

tabla 7: Distribución de magistrados según si puede el agente llevar a cabo otras conductas que le sean inimputables.

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	9	30.0%

NO	19	63.3%
NO OPINA	2	6.7%
TOTAL	30	100.0%

FUENTE: Encuesta A Magistrados – Elaborado por la investigadora.

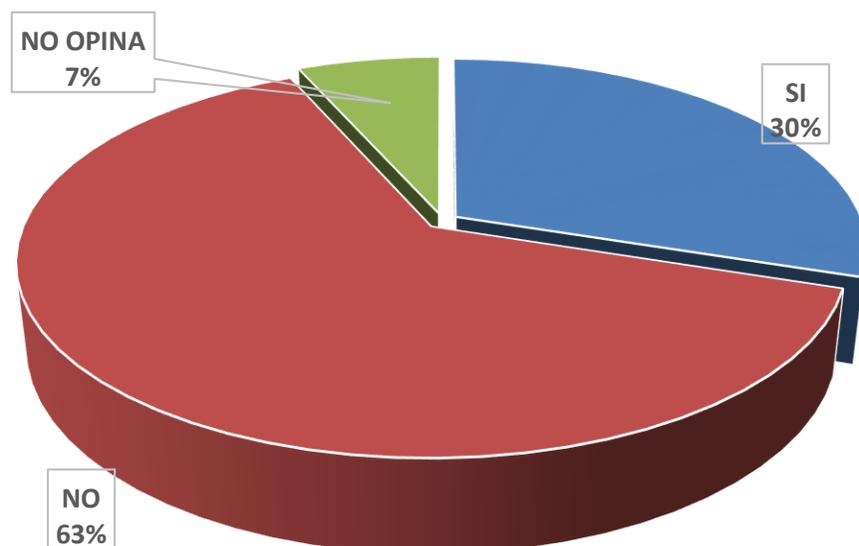


FIGURA 7: Puede el agente llevar a cabo otras conductas que le sean inimputables.

INTERPRETACIÓN:

En lo referente a si el agente encubierto puede llevar a cabo otras conductas que le sean inimputables el 30.% de los encuestados señalaron que sí disminuyen, el 63.% mencionaron que no y el 7% decidieron no opinar.

TABLA 8: Distribución de magistrados según si considera que son suficientes los límites que establece la ley para las actuaciones del agente encubierto para no vulnerar derechos fundamentales.

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	13	43.3%

NO	15	50.0%
NO OPINA	2	6.7%
TOTAL	30	100.0%

FUENTE: Encuesta A Magistrados – Elaborado por la investigadora.

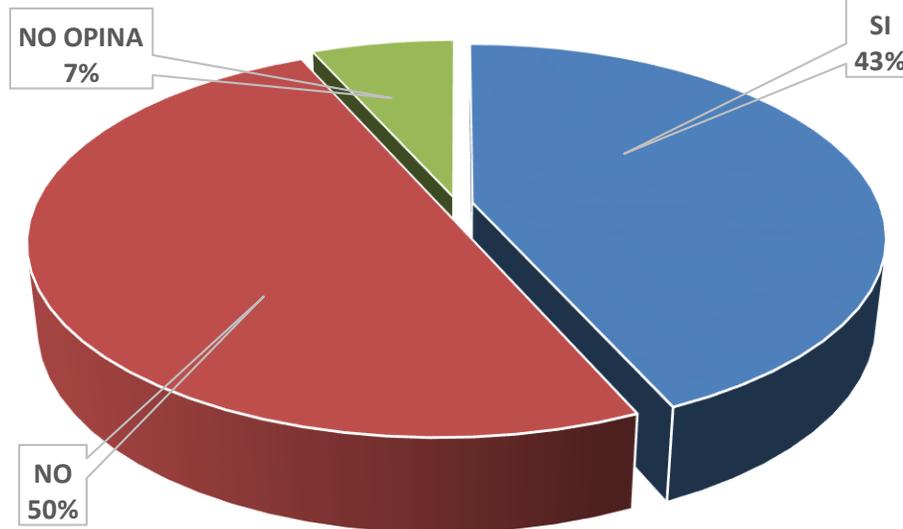
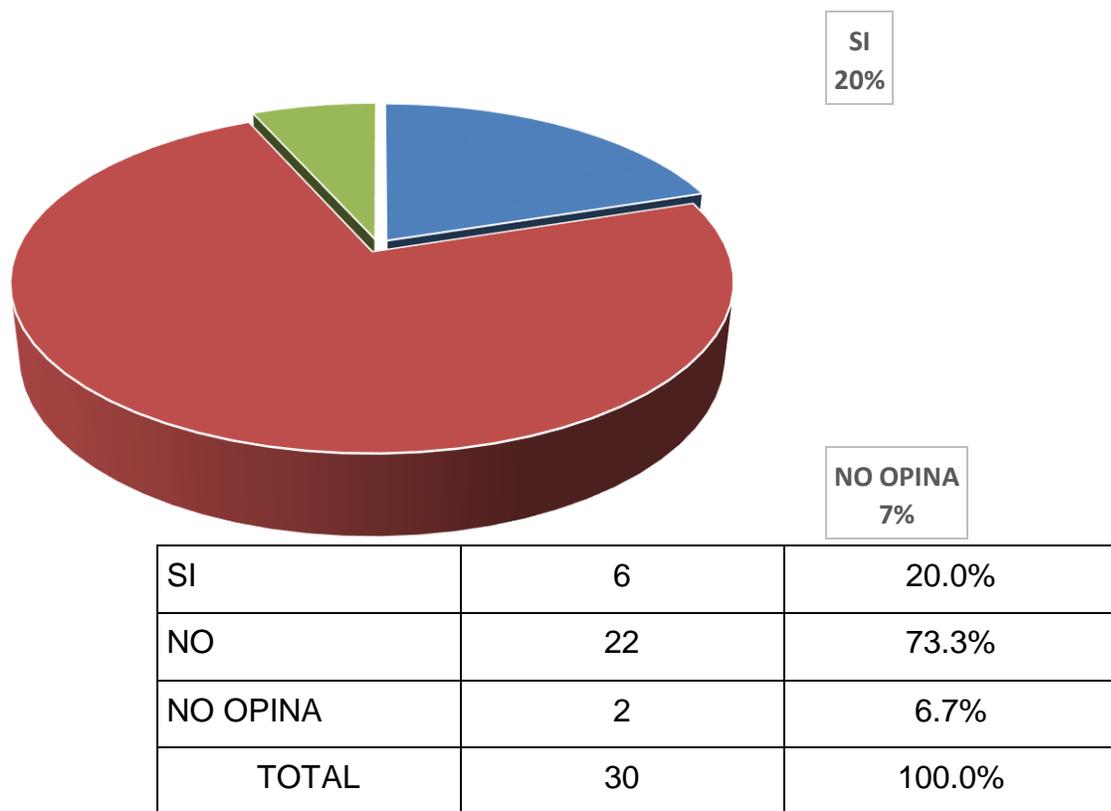


FIGURA 8: Considera que son suficientes los límites que establece la ley para las actuaciones del agente encubierto para no vulnerar derechos fundamentales.

INTERPRETACIÓN: En lo referente a si son suficientes los límites que establece la ley para las actuaciones del agente encubierto para no vulnerar derechos fundamentales el 43% de los encuestados señalaron que sí, el 50.% mencionaron que no y el 7% decidieron no opinar.

TABLA 9: Distribución de magistrados según si considera que durante la investigación preliminar las fiscalías ponen en práctica de manera significativa, la realización de actos especiales de investigación, como la del “agente encubierto”, conforme lo establece el código procesal penal.

REPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
-----------	------------	------------



FUENTE: Encuesta A Magistrados – Elaborado por la investigadora.

NO

73%

FIGURA 9: considera que durante la investigación preliminar las fiscalías ponen en práctica de manera significativa, la realización de actos especiales de investigación, como la del “agente encubierto”, conforme lo establece el código procesal penal.

INTERPRETACIÓN: En lo referente a si considera que durante la investigación preliminar las fiscalías ponen en práctica de manera significativa, la realización de actos especiales de investigación, como la del “agente encubierto” el 20.% de los

encuestados señalaron que sí disminuyen, el 73.% mencionaron que no y el 7% decidieron no opinar.

tabla 10: Distribución de magistrados según si cree que la figura del agente encubierto puede ser aplicado a cualquier tipo de delito o solo a aquellos que son cometidos por la criminalidad organizada.

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	15	50.0%
NO	13	43.3%
NO OPINA	2	6.7%
TOTAL	30	100.0%

FUENTE: Encuesta A Magistrados – Elaborado por la investigadora.

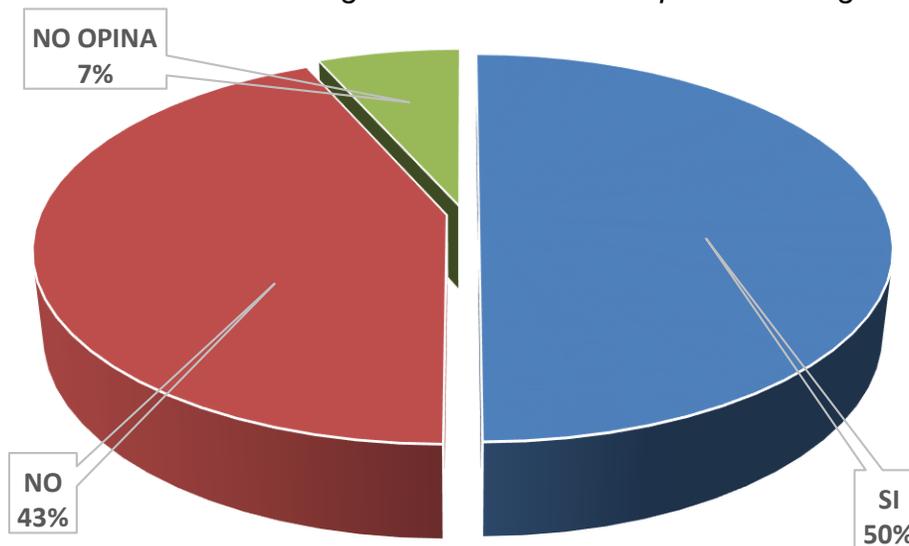


figura 10: Cree que la figura del agente encubierto puede ser aplicado a cualquier tipo de delito o solo a aquellos que son cometidos por la criminalidad organizada.

INTERPRETACIÓN: En lo referente a si considera que la figura del agente encubierto puede ser aplicado a cualquier tipo de delito o solo a aquellos que son

cometidos por la criminalidad organizada el 50.% de los encuestados señalaron que sí, el 43.% mencionaron que no y el 7% decidieron no opinar.

TABLA 11: Distribución de magistrados según si la aplicación del agente encubierto como medio de investigación eficaz en la lucha contra la criminalidad organizada, influye positivamente en un estado constitucional de derecho.

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90.0%
NO	2	6.7%
NO OPINA	1	3.3%
TOTAL	30	100.0%

FUENTE: Encuesta A Magistrados – Elaborado por la investigadora.

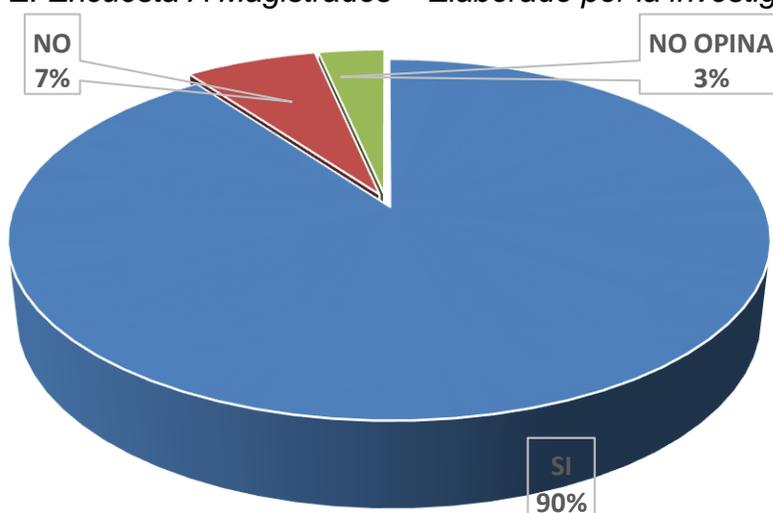


figura 11: La aplicación del agente encubierto como medio de investigación eficaz en la lucha contra la criminalidad organizada, influye positivamente en un estado constitucional de derecho.

INTERPRETACIÓN: En lo referente a si la aplicación del agente encubierto como medio de investigación eficaz en la lucha contra la criminalidad organizada, influye positivamente en un estado constitucional de derecho el 90% de los encuestados

señalaron que sí disminuyen, el 7% mencionaron que no y el 3% decidieron no opinar.

TABLA 12: distribución de magistrados según si es necesario que el código procesal penal no solo otorgue al fiscal, la facultad de autorizar y disponer de esta figura legal, sino también al juez penal.

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	12	40.0%
NO	16	53.3%
NO OPINA	2	6.7%
TOTAL	30	100.0%

FUENTE: Encuesta A Magistrados – Elaborado por la investigadora.

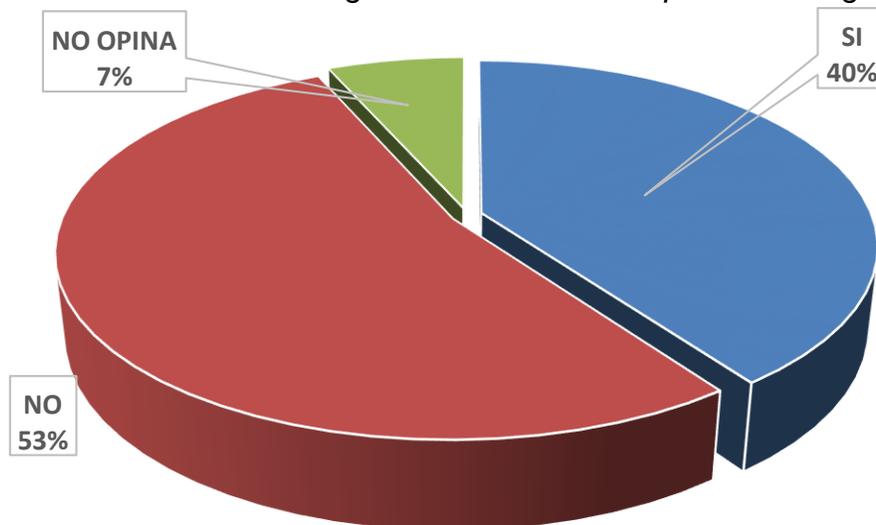


figura 12: Es necesario que el código procesal penal no solo otorgue al fiscal, la facultad de autorizar y disponer de esta figura legal, sino también al juez penal.

INTERPRETACIÓN: En lo referente a si es necesario que el código procesal penal no solo otorgue al fiscal, la facultad de autorizar y disponer de esta figura legal, sino también al juez penal el 40% de los encuestados mencionaron que sí, el 53% dijo que no y el 7% no opino.

3.2. Discusión de resultados

Se trabajó con una muestra correspondiente a las encuestas realizadas a los treinta encuestados que incluyen a jueces y fiscales del Distrito Judicial de Amazonas, en especial de las provincias de Utcubamba y Bagua; de ello se evidenció que el 57% de los magistrados consideró que no se hace un uso real y efectivo de la figura del agente encubierto; asimismo el 67 % aseveró que si esta figura se aplica adecuadamente permitiría combatir y disminuir los índices de delincuencia en nuestro país; por otro lado en lo referente a si los magistrados se encuentran capacitados íntegramente para la aplicación de la figura jurídica del agente encubierto el 77% mencionó que no; así mismo el 60% de los magistrados manifestó que no son suficientes las garantías que otorga la norma sustantiva a quien se desempeña como agente encubierto; en esa línea el 50% mencionó que no son claros los límites que establece la ley para sus actuaciones; el 73% mencionó que las fiscalías no ponen en práctica de manera significativa la realización de actos especiales de investigación, como la del “agente encubierto”; finalmente el 90% de los encuestados aseveró que la aplicación del agente encubierto como medio de investigación eficaz en la lucha contra la criminalidad organizada, influye positivamente en un estado constitucional de derecho.

De ello se desprende que los magistrados encuestados consideraron que la figura del agente encubierto contemplada en el artículo 341° del Código Procesal Penal es un medio eficaz de investigación en la disminución de los índices de criminalidad organizada en el Perú, sin embargo también aclararon que no se aplica de manera efectiva y real, pues no existe una capacitación

adecuada a los magistrados y miembros de la Policía Nacional para su uso adecuado; así también consideraron que la legislación nacional no es clara en cuanto a los requisitos para su elección, límites para su actuación y garantías legales para la defensa de sus derechos fundamentales y de los procesados.

3.3. Presentación del modelo teórico

La investigación se realizó teniendo en cuenta la figura legal del Agente Encubierto, prevista en el artículo 341º del Nuevo Código Procesal Penal Peruano, la cual podría aplicarse como un mecanismo eficiente para combatir la delincuencia en nuestra sociedad; sin embargo se observa que si bien ha sido aplicada aunque tímidamente, por algunas Fiscalías Especializadas de los Distritos Judiciales de nuestro país, su empleo sigue siendo pobre e ineficaz.

Las razones para no implementarla son diversas; riesgos no previstos minuciosamente en la norma sustantiva, como el hecho de precisar quien o quienes pueden ser en nuestro sistema, agentes encubiertos, si estos se encuentran capacitados integralmente para la realización de esta tarea y la inversión económica por parte del Estado peruano para ello; el problema por parte de la autoridad competente para establecer oportunamente el momento en que el agente encubierto debe infiltrarse en una organización para actuar bajo la identidad supuesta; asimismo, señalar aquellas circunstancias donde su grado de participación estará exento de responsabilidad penal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación.

En principio, la única autoridad a la que está sometida el agente encubierto es el Fiscal y debido a la calidad de parte en el proceso penal, el mismo estará inclinado a sacar adelante sus decisiones tolerando mayores injerencias del agente encubierto en los derechos fundamentales de las

personas e, inclusive, obviando las garantías mínimas del indiciado o imputado para gozar de un proceso transparente y justo; distinto a lo que ocurriría si el control fuera ejercido desde el principio por un juez imparcial con una formación garantista.

Por otro lado, es necesario establecer los límites de la actuación del agente encubierto en concordancia con el respeto de los derechos fundamentales, por eso, estos límites deberían ser:

- 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.
- 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, penales.

Las consideraciones anteriores deben ser tenidas en cuenta para evitar que luego de todo un arduo trabajo se pueda venir abajo la información y el material probatorio que sustentan la investigación, pues de ser establecido ante el juez de control de garantías o el juez de conocimiento que se incurrió en una vulneración de derechos fundamentales para su obtención sin las debidas autorizaciones legales y judiciales, no podrían utilizarse las pruebas que derivan directa o indirectamente su conocimiento de dicha infracción.

Por último, pasamos a aclarar que ni en el Código Procesal Penal ni en ninguna norma, se indica cuál debe ser el perfil de la persona designada para desempeñarse como agente encubierto en una determinada investigación penal; por lo tanto, se recomienda que antes de proceder a nombrar a una persona para ejercer actividades de investigación como agente encubierto, se realice un riguroso sistema de selección de candidatos, los cuales tendrían que pasar un curso específico de formación, donde completen las aptitudes innatas de infiltración que deberían poseer, teniendo especial cuidado y atención en los aspectos psicológicos, pues por las dificultades que pueden surgir del hecho de tener que desarrollar una vida con una identidad falsa en el seno de una organización delictiva, interpretando un papel, se necesita de una personalidad estable y fuerte. Además de esto, es necesario que el agente sea dotado de una específica e integral formación que fortalezca sus conocimientos sobre su personalidad, actuación, uso de medios técnicos, contravigilancias, técnicas de entrevista e interpretación, estudios jurídicos, psicológicos, de planificación y ejecución operativa e intercambio de experiencias con otros agentes que se hayan infiltrado antes.

Teniendo en cuenta estos parámetros la figura legal del agente encubierto puede ser utilizada de manera real y efectiva como medio eficaz en la lucha contra la criminalidad organizada en el Perú disminuyendo ostensiblemente los índices de delincuencia en un contexto del respeto a los derechos fundamentales tanto del agente como de los procesados.

Conclusiones

- En esta investigación se identificó los riesgos, las afectaciones a los derechos fundamentales y los vacíos legales respecto de la participación y responsabilidad penal en la figura del agente encubierto y su aplicación como un mecanismo real y práctico para combatir la delincuencia en nuestra sociedad, mediante el análisis de las normas nacionales y el derecho comparado.
- Se identificó las causas por las cuales la figura del “agente encubierto” no se aplica de manera real y practica en el sistema de investigación preliminar para combatir la delincuencia en nuestra sociedad, siendo una de las principales, según la encuesta aplicada, la insuficiente capacitación de parte del Estado a los magistrados.
- Se determinó los límites que establece la ley para las actuaciones del agente encubierto, a fin de que estos no vulneren derechos fundamentales a través del estudio y análisis de la legislación nacional.
- Se analizó la aplicación de la figura del agente encubierto siguiendo el sistema acusatorio garantista en el Perú y en el derecho comparado, mediante el estudio y análisis de la legislación de otros países.
- Se determinó que escasamente se aplica de manera real y efectiva la figura del agente encubierto en el Distrito Judicial de Amazonas, por falta de capacitación a los magistrados y garantías para salvaguardar los derechos de las personas encargadas de ejercer esta figura legal.

Recomendaciones

- El Poder Judicial y el Ministerio Público en coordinación con el Ministerio del Interior deben organizar y ejecutar cursos de capacitación a los magistrados y miembros de la Policía Nacional del Perú sobre la aplicación real y efectiva de la figura legal del agente encubierto como medio de investigación en contra de la criminalidad organizada.
- El Ministerio Público debe realizar cursos de capacitación y seminarios dirigidos a los Fiscales y miembros de la Policía Nacional del Perú sobre los límites y riesgos de la actuación del agente encubierto y sobre temas de Derecho Constitucional orientados al respeto del Estado Constitucional de Derecho y de los derechos fundamentales de los procesados.
- El congreso debe proponer una iniciativa legislativa para modificar el artículo 341° del Código Procesal Penal con la finalidad de esclarecer los límites de la actuación del agente encubierto y para que se amplie el plazo de su actuación (investigación preliminar), debido a que el crimen organizado tiene como característica de consumación del delito tiempos prolongados.

Referencias Bibliograficas

1. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, "La Reforma Procesal Penal en el Perú", en Revista del Foro, enero-junio, Lima, 1939.
2. ATRIA, F. y otros: "Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial". Editorial Marcial Pons. Madrid, 2005.
3. Avances de la Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, en el Distrito Judicial De Huaura, Según La Academia de la Magistratura. 2009, 2010, 2011y 2012.
4. BASTERRA, M.I. "El problema de las lagunas del derecho". Revista de Derecho Constitucional Latinoamericano. Septiembre, 2003.
5. CÁCERES, Roberto; IPARRAGUIRRE, Ronald. "Código Procesal Penal Comentado, Concordancias, Jurisprudencia, Índice Analítico", Jurista Editores E.I.R.L., julio 2005.
6. Constitución Política del Perú, Título I de la Persona y de la Sociedad, Capítulo I, Derechos Fundamentales de la Persona artículo 2, año 2007, Edición Gaceta Jurídica.
7. Decreto Legislativo N° 824 "Procedimientos Especiales de Investigación Policial".
8. Diálogo con la jurisprudencia N° 106, Gaceta Jurídica, julio 2007, pp. 44 julio 2007.
9. Directivas de la Fiscalía de la Nación, para la Aplicación del Nuevo Código Procesal Penal 2004.
10. FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. "Lógica de las pruebas en materia criminal", 3a ed., Temis, Bogotá, 1981.

11. MIR – BEG LECCA, Guillén, “Derecho Procesal Penal Práctico, Ediciones Jurídicas”, Lima – Perú, 1994.
12. MALDONADO V., “Las pruebas penales y problemas probatorios” (Proceso penal venezolano), cit., p. 118; y Reglas Mínimas del Proceso Penal - Reglas de Mallorca, 1992.
13. Nuevo Código Procesal Penal 2004, Gaceta Jurídica en Título IV Los Actos Especiales de Investigación, artículo 341.
14. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “Exégesis Del Nuevo Código Procesal Penal”, Editorial Rodas, Lima, 2006.
15. ROXIN, Claus, Günther ARZT y Klaus TIEDEMANN. “Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal”. Barcelona Ariel, 1989.
16. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. “Qué es el delito provocado”. En: Revista de Derecho Penal. Editorial Leyer. Bogotá, número 10 (diciembre 1998 – enero 1999).
17. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. “Manual de Derecho Procesal Penal”, Idemsa, Lima Perú, mayo 2004.
18. SILVA MELERO, “la prueba procesal”, Madrid, 1963, T. I, p. 145; GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, 3ra ed., Madrid, T. I, 1968.
19. SAN MARTÍN CASTRO, César, “Derecho Procesal Penal”, Grijley, Lima, 1999.
20. SAN MARTIN CASTRO, César. “Derecho Procesal Penal”. Tomo II. Segunda edición. Lima. Grijley. 2003.
21. TALAVERA ELGUERA, Pablo. “Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal, Comentario – Concordancias – Legislación Complementaria – Índice Analítico”, Editora Jurídica Grijley. E.I.R.L.

- 22.** URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. «Prueba ilícita y regla de exclusión». En: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del Juez penal colombiano. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, S. F.
- 23.** PRADO SALDARRIAGA, Victor Roberto. “Derecho Penal y Política Criminal”. Problemas Contemporáneos. Gaceta Jurídica S. A. Julio 2019.
- 24.** ALVARADO YANAC, Juan. “Código Penal. Código Procesal Penal. Normas Complementarias”. Vademecuna Penal. Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L. Mayo 2019.

Anexos

Anexo 01

ENCUESTA A MAGISTRADOS

Estimado(a) Magistrado: El presente trabajo de investigación jurídica, se realiza en el contexto social y normativo vigente respecto de la figura legal del Agente Encubierto, prevista en el artículo 341º del Nuevo Código Procesal Penal Peruano, la cual podría aplicarse como un mecanismo eficiente para combatir la delincuencia en nuestra sociedad. La finalidad de la presente encuesta es conocer su opinión respecto a esta figura legal. La información que usted nos proporcione es muy importante y tenga la seguridad que será anónima y confidencial por eso esperamos su veracidad al momento de proporcionarla.

I. Información de su centro de labores:

- a. Denominación:
- b. Distrito:.....
- c. Provincia:
- d. Región:

II. Información del magistrado:

- a. Cargo:
- b. Años que lleva laborando en este cargo _____ años
- c. Condición laboral 1. () Titular 2. () Provisional 3. () Supernumerario

Indicaciones: El presente instrumento consta de 12 preguntas y para responder marque solamente con un aspa (x) donde crea conveniente.

N°	ÍTEMS	1	2	3
		Sí	No	No opina
01	Considera que la figura legal del Agente Encubierto se le da un uso real y concreto en la práctica, para lograr resultados mucho más rápidos y eficaces que permitan combatir la delincuencia.			

02	Cree que la aplicación real y efectiva de esta figura legal prevista en el Nuevo Código Procesal Penal, permite			
	combatir y disminuir los índices de delincuencia en nuestro país.			
03	Considera que durante la investigación preliminar las Fiscalías ponen en práctica de manera significativa, la realización de actos especiales de investigación, como la del “Agente Encubierto”, conforme lo establece el Código Procesal Penal.			
04	Le parece que la actuación de la figura legal del Agente Encubierto quede limitado solo al plazo que dure la investigación preliminar.			
05	Son suficientes las garantías que otorga la norma sustantiva a quien se desempeña como agente encubierto, a fin de proteger su integridad.			
06	Conoce quién o quiénes pueden ser en nuestro sistema jurídico, agentes encubiertos.			
07	Considera que se encuentran capacitados integralmente para la realización de esta tarea.			
08	Puede el agente llevar a cabo otras conductas que le sean inimputables.			
09	Considera que son suficientes los límites que establece la ley para las actuaciones del agente encubierto para no vulnerar derechos fundamentales.			
10	Es necesario que el Código Procesal Penal no solo otorgue al Fiscal, la facultad de autorizar y disponer de esta figura legal, sino también al Juez Penal .			
11	Cree que la figura del Agente Encubierto puede ser aplicado a cualquier tipo de delito o solo a aquellos que son cometidos por la criminalidad organizada.			
12	La aplicación del agente encubierto como medio de investigación eficaz en la lucha contra la criminalidad organizada, influye positivamente en un Estado constitucional de derecho.			