



**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO**

**PRE-PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA  
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y  
TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA.**

**TEMA:**

**“ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DEL AGENTE  
ENCUBIERTO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**

**AUTOR:**

**LUIS VÍCTOR HERNÁNDEZ ZAMBRANO**

**TUTOR:**

**AB. ROLANDO COLORADO AGUIRRE MSC.**

**GUAYAQUIL**

**2020**



## REPOSITARIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

### FICHA DE REGISTRO DE TESIS

**TÍTULO Y SUBTÍTULO:**

ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL  
CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

**AUTOR/ES:**

Luis Víctor Hernández  
Zambrano

**REVISORES O TUTORES:**

Ab. Rolando Colorado Aguirre Msc.

**INSTITUCIÓN:**

Universidad Laica Vicente  
Rocafuerte de Guayaquil

**Grado obtenido:**

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República  
del Ecuador

**FACULTAD:**

Ciencias Sociales y Derecho

**CARRERA:**

Derecho

**FECHA DE PUBLICACIÓN:**

2020

**N. DE PAGS:**

129

**ÁREAS TEMÁTICAS:** DERECHO

**PALABRAS CLAVE:** DERECHO, CÓDIGO PENAL, AGENTE ENCUBIERTO, INVESTIGACIÓN

**RESUMEN:**

No solo en Ecuador, sino, también a nivel internacional, se ha sostenido que es necesario otorgar facultades de investigación excepcionales para afrontar debida y apropiadamente al crimen organizado y diversos otros delitos graves, como el tráfico ilegal de drogas, el “lavado de dinero”, el terrorismo, el tráfico de personas, la corrupción, la prostitución y la pornografía infantil.

El Agente encubierto es una de las técnicas especiales de investigación, como las denomina la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, y son herramientas del todo imprescindibles para la investigación criminal de hechos ilícitos de comisión especialmente compleja; deben y merecen ser adecuadamente reguladas en los ordenamientos jurídicos de cada país, acorde con sus principios constitucionales y legales; y deben ser utilizadas de un modo altamente profesional, y respetuoso y garantista del debido proceso penal.

Es así sobre estas reflexiones que nos surge como inquietud científica el siguiente problema:

- ¿El artículo 483 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) de Ecuador, que prevé la intervención del agente encubierto dentro del proceso penal, previo a su estudio dogmático y jurídico, estará siendo concebido correctamente o, por el contrario, su configuración legal actual constituye un elemento permisivo de violación de derechos humanos y garantías constitucionales?

Por ello, nos planteamos como Objetivo general:

- 1- Elaborar un documento de análisis crítico jurídico y reflexivo, a fin de evidenciar que el art. 483 del COIP, no se acoge a los requerimientos dogmáticos ni jurídicos concebidos para la implementación de dicha institución jurídico procesal penal, dentro de la investigación criminal, vulnera el debido proceso

El cual se logra como meta en este caso, a través de métodos de investigación como el histórico-lógico, y el inductivo- deductivo.

**N. DE REGISTRO (en base de datos):**

**N. DE CLASIFICACIÓN:**

**DIRECCIÓN URL (tesis en la web):**

**ADJUNTO PDF:**

**SI**

**NO**

**CONTACTO CON**

**AUTOR/ES:**

Luis Víctor Hernández  
Zambrano

**Teléfono:**

0991109698

**E-mail:**

[luishernandezl74@hotmail.com](mailto:luishernandezl74@hotmail.com)

**CONTACTO EN LA INSTITUCIÓN:**

**Msc. Patricia Jurado Ávila**

**Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y**

**Derecho.**

**Teléfono: (04) 2596500 Ext. 250**

**E-mail:** [pjuradoa@ulvr.edu.ec](mailto:pjuradoa@ulvr.edu.ec)

**Dr. Pérez Leiva Carlos Manuel**

**Director de Carrera de Derechi**

**Teléfono:** 2596500 Ext. 233

**E-mail:** [cperezl@ulvr.edu.ec](mailto:cperezl@ulvr.edu.ec)

## CERTIFICADO DE ANTIPLAGIO ACADÉMICO

### “ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”

#### INFORME DE ORIGINALIDAD

<b>7</b> %	<b>7</b> %	<b>0</b> %	<b>0</b> %
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

#### ENCONTRAR COINCIDENCIAS CON TODAS LAS FUENTES (SOLO SE IMPRIMIRÁ LA FUENTE SELECCIONADA)

4%

★ [derechoecuador.com](http://derechoecuador.com)

Fuente de Internet

Excluir citas      Activo      Excluir coincidencias      < 15 words  
Excluir bibliografía      Activo

ROLANDO  
ROBERTO  
COLORADO  
AGUIRRE

Firmado digitalmente  
por ROLANDO ROBERTO  
COLORADO AGUIRRE  
Fecha: 2020.11.15  
22:29:10 -05'00'

## **CERTIFICACIÓN DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR**

En mi calidad de Tutor del Proyecto de Investigación **“ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**, designado por el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho de la **UNIVERSIDAD LAICAVICENTE ROCAFUERTE** de Guayaquil.

### **CERTIFICO:**

Haber dirigido, revisado y aprobado en todas sus partes el Proyecto de Investigación titulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**, presentado por la estudiante **Luis Víctor Hernández Zambrano**, como requisito previo, para optar al Título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, encontrándose apto para su sustentación.

Tutor Firma:  


**Ab. Rolando Colorado Aguirre**

**DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS  
PATRIMONIALES**

El estudiante egresado **LUIS VÍCTOR HERNANDEZ ZAMBRANO**, declara bajo juramento, que la autoría del presente proyecto de investigación, **“ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**, corresponde totalmente a la suscrita y me responsabilizo con los criterios y opiniones científicas que en el mismo se declaran, como producto de la investigación realizada.

De la misma forma, cedo los derechos patrimoniales y de titularidad a la **UNIVERSIDAD LAICAVICENTE ROCAFUERTE** de Guayaquil, según lo establece la normativa vigente.

Autor Firma:



**Luis Víctor Hernández Zambrano**

**C.I. 0919731398**

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios por ser omnipresente en mi vida y en los días más difíciles de la mismas, a mi madre por ser la persona que me motiva y motivó días y noches en estudiar y seguir esforzándome día a día, a mi padre por ser la persona que, con mucho esfuerzo, sacrificó parte de su vida para que yo llegara hasta este momento.

A mis profesores de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte, por brindarme sus conocimientos.

A mi tutor Magister Rolando Colorado, que trabajó conmigo durante la preparación de mi proyecto con su paciencia y vocación que lo caracteriza.

A mi familia y amigos más cercanos por su apoyo y consejos incondicionales.

## **DEDICATORIA**

A mis padres, Victor Hernández y Alexandra Zambrano a su incansable lucha y sacrificio cotidiano de brindarme una educación por casi 18 años. Se los dedico con mucho amor, sin ellos no estuviera aquí, para Victor y Alexandra, gracias por ser mis padres, quiero que estén muy orgulloso de mi y quiero disfrutarlos muchas vidas. Los amo.

Para mi tío Luis y Jaime que me inculcaron que los estudios es todo en la vida, y que, a pesar de la distancia y el tiempo, somos familia.

A mi esposa María José que estuvo conmigo en este camino universitario, brindándome su apoyo incondicional. Gracias por ser parte de mi vida, y ayudarme día a día a ser una mejor persona.

A mi sobrina Rafaela que la amo con todo mi corazón, estas siempre en mis pensamientos, y quiero ser un ejemplo para ti y guiarte en tu vida.

A mi hija Victoria que es mi mundo, llegaste a mi vida para cambiarla por completo, te amo mucho y gracias por hacerme mucho más feliz, te dedico esta tesis con mi vida, mi victoria.

Para mi hermana Sandra y Paola esto también es por ustedes, gracias por no dejarme solo y por amarme como yo las amo a ustedes.

## **RESUMEN**

No solo en Ecuador, sino, también a nivel internacional, se ha sostenido que es necesario otorgar facultades de investigación excepcionales para afrontar debida y apropiadamente al crimen organizado y diversos otros delitos graves, como el tráfico ilegal de drogas, el “lavado de dinero”, el terrorismo, el tráfico de personas, la corrupción, la prostitución y la pornografía infantil.

El Agente encubierto es una de las técnicas especiales de investigación, como las denomina la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, y son herramientas del todo imprescindibles para la investigación criminal de hechos ilícitos de comisión especialmente compleja; deben y merecen ser adecuadamente reguladas en los ordenamientos jurídicos de cada país, acorde con sus principios constitucionales y legales; y deben ser utilizadas de un modo altamente profesional, y respetuoso y garantista del debido proceso penal.

Es así sobre estas reflexiones que nos surge como inquietud científica el siguiente problema:

¿El artículo 483 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) de Ecuador, que prevé la intervención del agente encubierto dentro del proceso penal, previo a su estudio dogmático y jurídico, estará siendo concebido correctamente o, por el contrario, su configuración legal actual constituye un elemento permisivo de violación de derechos humanos y garantías constitucionales?

Palabras Clave: derecho, código penal, agente encubierto, investigación

## **ABSTRACT**

Not only in Ecuador, but also internationally, it has been argued that it is necessary to grant exceptional investigative powers to properly and properly deal with organized crime and various other serious crimes, such as illegal drug trafficking, "money laundering", terrorism, human trafficking, corruption, prostitution and child pornography.

The Undercover Agent is one of the special investigative techniques, as they are called by the United Nations Convention against Transnational Organized Crime of 2000, and are absolutely essential tools for the criminal investigation of illegal acts of especially complex commission; they must and deserve to be adequately regulated in the legal systems of each country, in accordance with their constitutional and legal principles; and they must be used in a highly professional manner, and respectful and guarantee of due criminal proceedings.

It is thus on these reflections that the following problem arises as scientific concern:

- Is Article 483 of the Organic Integral Criminal Code (COIP) of Ecuador, which provides for the intervention of the undercover agent in the criminal process, prior to its dogmatic and legal study, will it be properly conceived or, on the contrary, its current legal configuration Is it a permissive element of violation of human rights and constitutional guarantees?

Therefore, we consider as a general objective:

1- Prepare a legal and reflexive critical analysis document, in order to show that art. 483 of the COIP, does not accept the dogmatic or legal requirements conceived for

the implementation of said criminal procedural legal institution, within the criminal investigation, violates due process

Which is achieved as a goal in this case, through research methods such as historical-logical, and inductive-deductive

Keywords: law, criminal code, undercover agent, investigation

## ÍNDICE GENERAL

REPOSITARIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA .....	II
<b>CERTIFICADO DE ANTIPLAGIO ACADÉMICO.....</b>	<b>VI</b>
<b>CERTIFICACIÓN DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR .....</b>	<b>VII</b>
<b>DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES .....</b>	<b>VIII</b>
<b>AGRADECIMIENTO .....</b>	<b>IX</b>
<b>DEDICATORIA .....</b>	<b>X</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>2</b>
<b>TEMA: .....</b>	<b>2</b>
<b>PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....</b>	<b>2</b>
<b>FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....</b>	<b>6</b>
<b>SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA.....</b>	<b>6</b>
<b>OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>7</b>
<b>JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>8</b>
<b>DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>9</b>
<b>HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>9</b>
<b>LÍNEA DE INVESTIGACIÓN INSTITUCIONAL/FACULTAD. ....</b>	<b>10</b>
La línea de investigación de mi proyecto investigativo será, Sociedad civil, derechos humanos y gestión de la comunicación / Derecho procesal con aplicabilidad al género, la identidad cultural y derechos humanos. ....	10
<b>IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES.....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>11</b>
<b>MARCO TEÓRICO .....</b>	<b>11</b>
<b>2.1 Las técnicas investigativas especiales empleadas en el proceso penal ecuatoriano .....</b>	<b>11</b>
<b>2.2 Técnicas especiales de investigación.....</b>	<b>13</b>
<b>2.3. Antecedentes históricos del Agente encubierto .....</b>	<b>18</b>
<b>2.4. Modalidades de agente encubierto .....</b>	<b>20</b>
<b>2.3.1 Naturaleza jurídica del agente encubierto.....</b>	<b>21</b>
<b>2.3.2 Requisitos procesales para la intervención del agente encubierto.....</b>	<b>23</b>
<b>2.3.3 La figura del agente encubierto y su vulneración a los principios del debido proceso .....</b>	<b>27</b>

<b>2.4. La figura del agente encubierto en el derecho comparado, o, normativa internacional sobre el agente encubierto.</b> .....	41
Colombia .....	43
<b>MARCO TEÓRICO REFERENCIAL</b> .....	46
<b>2.5. El empleo de la técnica especial de investigación que constituye el agente encubierto y las garantías constitucionales en Ecuador.</b> .....	46
<b>MARCO CONCEPTUAL</b> .....	49
<b>2.6. Concepto del agente encubierto</b> .....	49
<b>2.7. Concepto de técnicas especiales de investigación</b> .....	51
<b>2.7.1. Tipos de Técnicas Especiales de Investigación</b> .....	51
<b>2.8. Concepto de Debido Proceso</b> .....	53
<b>CAPÍTULO III</b> .....	59
<b>MARCO METODOLÓGICO</b> .....	59
<b>3.1 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	59
<b>3.1.1. TIPO Y ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN</b> .....	59
<b>3.2 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN</b> .....	59
<b>3.3 INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS</b> .....	61
<b>3.3.1 ENCUESTAS</b> .....	61
<b>3.3.2 POBLACIÓN Y MUESTRA</b> .....	63
<b>PREGUNTA No. 1</b> .....	65
<b>TABLA 1</b> .....	65
<b>GRÁFICO 1</b> .....	66
<b>Análisis Cuadro No. 1</b> .....	66
<b>PREGUNTA No. 2</b> .....	67
<b>TABLA 2</b> .....	67
<b>Elaborado por: (Hernández, 2020)</b> .....	67
<b>GRÁFICO 2</b> .....	68
<b>Análisis Cuadro N° 02</b> .....	68
<b>PREGUNTA No.3</b> .....	69
<b>Tabla 3</b> .....	69
<b>Elaborado por: (Hernández, 2020)</b> .....	69
<b>GRÁFICO 3</b> .....	70
<b>Análisis Cuadro N° 3</b> .....	70
<b>PREGUNTA N°4</b> .....	71
<b>TABLA 4</b> .....	71
<b>GRÁFICO 4</b> .....	72

<b>Análisis Cuadro N° 4</b> .....	72
<b>PREGUNTA No. 5</b> .....	73
<b>TABLA 5</b> .....	73
<b>GRÁFICO 5</b> .....	74
<b>Análisis Cuadro N° 5</b> .....	74
<b>PREGUNTA No. 6</b> .....	75
<b>TABLA 6</b> .....	75
<b>Elaborado por: (Hernández, 2020)</b> .....	75
<b>GRÁFICO 6</b> .....	76
<b>Análisis Cuadro No. 06</b> .....	76
<b>PREGUNTA No. 7</b> .....	77
<b>TABLA 7</b> .....	77
<b>GRÁFICO 7</b> .....	78
<b>Análisis Cuadro N° 07</b> .....	78
<b>PREGUNTA No. 8</b> .....	79
<b>TABLA 8</b> .....	79
<b>GRÁFICO 8</b> .....	80
<b>Análisis Cuadro N° 8</b> .....	80
<b>PREGUNTA No. 9</b> .....	81
<b>TABLA 9</b> .....	81
<b>Elaborado por: (Hernández, 2020)</b> .....	81
<b>GRÁFICO 9</b> .....	82
<b>Análisis Cuadro No. 9</b> .....	82
<b>CAPÍTULO IV</b> .....	84
<b>4.1 PROPUESTA/DESARROLLO DEL TEMA</b> .....	84
<b>CONCLUSIONES</b> .....	98
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	100
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	101
<b>ANEXOS</b> .....	105
<b>Encuesta:</b> .....	105

## INTRODUCCIÓN

El Agente encubierto es una de las técnicas especiales de investigación, como las denomina la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, y son herramientas del todo imprescindibles para la investigación criminal de hechos ilícitos de comisión especialmente compleja; deben y merecen ser adecuadamente reguladas en los ordenamientos jurídicos de cada país, acorde con sus principios constitucionales y legales; y deben ser utilizadas de un modo altamente profesional, y respetuoso y garantista del debido proceso penal.

De esta manera, ante dicho problema que se puede suscitar en diferentes casos, he llegado a considerar la realización de mi presente investigación de tesis bajo el título: “ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”.

En la presente investigación he llegado a reunir varios argumentos de orden jurídico, en el ámbito conceptual, normativo, doctrinario y comparativo, los cuales me han llevado a analizar a profundidad la problemática existente.

De la misma manera detallo los métodos y técnicas, realizadas para llevar a cabo la presente investigación, las cuales me llevaron a dar los resultados obtenidos de las mismas, las cuales investigo en distintas fuentes de doctrinas, artículos científicos; sobre una base de preguntas en base a la investigación planteada, donde procedo a verificar mis objetivos e hipótesis planteadas en la presente investigación.

Tomando en cuenta la información obtenida de las encuestas y entrevistas, se procede a exponer las conclusiones y recomendaciones pertinentes, para por último desarrollar las propuestas, de la misma manera tomando en consideración dicha investigación la cual quede como una fuente de estudio y se siga inmiscuyendo en este tema.

# CAPÍTULO I

## EL PROBLEMA

### TEMA:

“ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”.

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En los procesos penales actuales en el Ecuador, puede decirse que mucho se ha abusado de medios investigativos extremos para combatir la delincuencia, dotando de nuevos elementos, tecnología e instrumentos jurídicos a los investigadores, con el ánimo de lograr efectividad en toda planificación de investigación criminal; lamentablemente, en el desarrollo procesal, se han trastocado derechos fundamentales y el Estado, como tal, a través de sus equipos de investigación, se ha alejado del marco constitucional llegando a transgredir la dignidad humana, en unos casos; y, en otros, a violar aspectos relacionados con la esfera más íntima de la persona, es decir a faltarle al derecho a la intimidad, invadiendo la esfera inclusive de la libertad personal, así como, el derecho a la no autoincriminación por la presión investigativa del agente encubierto.

El Artículo 483 del Código Orgánico Integral penal, sobre las Operaciones encubiertas, menciona: *“En el curso de las investigaciones de manera excepcional, bajo la dirección de la unidad especializada de la Fiscalía, se podrá planificar y ejecutar con el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, una operación encubierta y autorizar a sus agentes para involucrarse o introducirse en organizaciones o agrupaciones delictuales ocultando su identidad oficial, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir y recoger información, elementos*

*de convicción y evidencia útil para los fines de la investigación”*; y, en su segundo inciso señala: *“El agente encubierto estará exento de responsabilidad penal o civil por aquellos delitos en que deba incurrir o que no haya podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma, caso contrario será sancionado de conformidad con las normas jurídicas pertinentes”*.(COIP, 2014)

Como se ve, la presencia de un agente encubierto en un proceso, no goza mayormente de la simpatía, ni constitucional ni procesal en los Estados de Derecho, que, son pretexto de resultados se lesionan derechos y bienes jurídicos, porque si no, razón tendría Maier, al haber señalado que prácticamente la justicia estaría autorizando a cometer delitos y con una amplitud que prácticamente no era conocida en el derecho comparado, lo que transformaba al magistrado en autor mediato de los delitos que se cometían. Asimismo, Marcelo Sancinetti expresó que: En el nombre de una eficacia pagada con la ilegitimidad de los procedimientos, el propio Estado se vestía de delincuente y se lanzaba a participar en el delito”. (Sancinetti, 1995).

A través del agente encubierto el Estado se asociaba con el delito, perdonándose a sí mismo, pero pensando a sus socios. Al referirse al aspecto ético se preguntó cómo podía reconocerse a sí misma la sociedad como ente moral, si al decir que combatía el delito, se transformaba en delincuente.

Es importante aterrizar los procesos investigativos, por lo tanto, consideramos que la participación de un agente encubierto y, a fin de que no se vulneren principios, derechos y garantías, la presente investigación estará versando sobre el estudio dogmático y jurídico que entraña dicha institución y así mismo, analizaremos su tratamiento legal en el Código Orgánico integral penal de Ecuador.

Intentando analizar crítica y constructivamente, su intervención podrá regular todos los procesos de investigación criminal y, lógicamente, frenar las trasgresiones constitucionales por parte de los agentes encubiertos que, con el patrocinio y protección de Fiscalía, muchos de esos procesos, en la actualidad vulneran el marco constitucional. Con esta investigación se pretende demostrar que los artículos 483 y 484 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), son un elemento permisivo de violación de derechos, garantías constitucionales y derechos humanos, desde el análisis dogmático y doctrinal, así como, jurídico.

La falta de operatividad estatal para con la criminalidad se ha puesto de manifiesto. Se insertó durante las últimas reformas penales, los Artículos 483 y 484, que mencionan la figura del agente encubierto, aunque ni siquiera se comprende cuál es el verdadero rol que cumple este actor dentro de los procedimientos investigativos.

El presente trabajo analiza, por lo tanto, las metodologías de intervención que, contravienen la normativa constitucional y legal por parte de los miembros de los equipos investigativos que ocultan su verdadera identidad, cuando se infiltran al interior de la criminalidad con el fin de recabar información y pruebas para demostrar el delito y sus participantes.

El fundamento de la utilización de agentes encubiertos se encuentra en la lucha contra el crimen organizado, es decir, en el descubrimiento y sanción de delitos de enorme gravedad e impacto social cometidos por organizaciones criminales dotadas de material altamente sofisticado y personal especializado.

Estas organizaciones tienen como elemento esencial la clandestinidad: mantener oculta la identidad de sus miembros, sus métodos, lugares en los que se esconden, acciones que llevan a cabo, etc. Pero, surge la necesidad de contar con medios de investigación

más eficaces que puedan compatibilizarse con el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La medida de investigación de los agentes encubiertos o infiltrados consiste en la entrada de uno o varios agentes de las Fuerzas de Seguridad, debidamente autorizados a tal fin, como miembros de una organización criminal y su participación en el entramado de la misma, con objeto de descubrir delitos pasados, prevenir acciones futuras y lograr el castigo de los miembros de la banda.

La infiltración en la banda implica:

- El agente encubierto debe poner a disposición de quien autorizó la investigación toda la información que vaya obteniendo, para su aportación al proceso.

- Cuando sus actuaciones pudieran afectar a derechos fundamentales habrá de recabar del órgano judicial competente las autorizaciones que correspondan; en caso contrario, las pruebas obtenidas no surtirán efecto.

- El agente encubierto no tiene un campo de actuación meramente pasivo dentro de las actividades de la actividad criminal, sino que, incluso, puede llevar a cabo actuaciones constitutivas de delito; así, estará exento de responsabilidad penal siempre que:

1) tales actuaciones sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación,

2) guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y

3) no constituyan una provocación al delito, pues el agente provocador es aquel miembro de las Fuerzas de Seguridad que, con la finalidad de descubrir un hecho delictivo, llega a instigar o a propiciar la comisión del delito; la participación del agente provocador en las actividades de una banda criminal va más allá de las propias de un agente infiltrado, y la jurisprudencia rechaza los medios de prueba obtenidos con la intervención de agentes provocadores.

- Ha de tratarse de un supuesto de delincuencia organizada, considerándose como delincuencia organizada la asociación de dos o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, una serie de delitos.

Decíamos que con este trabajo pretendemos por lo expuesto, analizar uno de los artículos que, bajo la bandera de la reacción penal estatal, introducen hoy en el sistema procesal, la figura del agente encubierto o integrante de la fuerza estatal que, ocultando su verdadera identidad, busca infiltrarse en organizaciones delictivas con el fin de recabar información, indicios, pruebas y evidencias para un proceso penal.

### **FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.**

¿Los artículos 483 y 484 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) de Ecuador, que prevén la intervención del agente encubierto dentro del proceso penal, previo a su estudio dogmático y jurídico, estarán siendo concebidos correctamente o, por el contrario, su configuración legal actual constituye un elemento permisivo de violación de derechos humanos y garantías constitucionales?

### **SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA**

El problema formulado se sistematiza en los siguientes puntos o interrogantes:

- ¿Cuál es el origen doctrinal del agente encubierto como técnica especial de investigación dentro el Derecho Procesal Penal?
- ¿Qué características especiales tiene la técnica especial de investigación del agente encubierto?
- ¿Cuáles el tratamiento legal dado por el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador al agente encubierto?
- ¿Cómo es tratado en el derecho comparado la institución jurídica del agente encubierto?

- ¿Cuáles son los principios constitucionales que pueden verse amenazados procesalmente por la implementación del agente encubierto como técnica especial de investigación?
- ¿Cuál es el comportamiento práctico de la implementación del agente encubierto como técnica de investigación en el proceso penal ecuatoriano en la ciudad de Guayaquil?
- ¿Qué consecuencias tendría para el debido proceso la aplicación de los arts. 483 y 484 del COIP, con respecto a la figura procesal del agente encubierto como técnica especial de investigación?

## **OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **Objetivo General**

- 1- Analizar jurídicamente la figura del agente encubierto previsto en los arts. 483 y 484 del COIP, como una técnica especial de investigación, que, en su aplicación, vulnera el debido proceso.

### **Objetivos Específicos**

1. Conocer el marco conceptual, dogmático y doctrinal, de la institución jurídica del agente encubierto en el proceso penal.
2. Describir cómo el empleo del agente encubierto como técnica especial de investigación vulnera el debido proceso.
3. Determinar la eficacia y legalidad del agente encubierto como técnica especial de investigación al ser usada como medio probatorio.
4. Analizar la modalidad del agente encubierto como técnica especial de investigación en el derecho comparado.

## **JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

La crítica a la capacidad del sistema penal tradicional para reaccionar frente a la así llamada “criminalidad organizada” se ha expandido notoriamente en los últimos tiempos.

En efecto, ya no se trata de un reclamo en todo caso equilibrado por la existencia de un discurso alternativo, más moderado y consciente, en definitiva, de sus propias limitaciones, que operaba como muro de contención de estas aspiraciones, a menudo no exentas de irracionalidad, de "eficiencia absoluta", sino que se ha instalado firmemente, y a veces, pareciera que hasta hegemónicamente- en la discusión político-criminal de fin de siglo.

Los primeros frutos de este proceso ya están a la vista: nuevos tipos penales, elevación de las penas previstas en varios de los ya existentes, reformas al procedimiento penal con el fin de tornarlo "apto" como herramienta para la lucha contra nuevas formas de delincuencia cuya complejidad, se afirma, excedería su capacidad funcional actual.

Sin embargo, al ser el agente encubierto una técnica especial de investigación que cobra mayor auge a raíz del incremento de la criminalidad organizada en el mundo se justifica y hace incluso, necesario, su estudio tratando con ellos de que su implementación y aplicación práctica no vulnere los principios que informan el debido proceso penal.

En Francia, cuentan con una ley que se refiere al fortalecimiento de la lucha contra el tráfico de estupefacientes, en la que también se establece como causa de justificación de la responsabilidad criminal, a los policías que realizan acciones constitutivas de delito de tráfico de estupefacientes, cuando ello los guíe a un fin investigador y cuenten con la respectiva autorización judicial.

En Italia, desde 1990, se establece que no serán sancionados los policías judiciales que simulan la compra de sustancias estupefacientes, a fin de adquirir pruebas de los delitos de tráfico de estupefacientes y puedan llevar a cabo las operaciones anticrimen concertadas.

En Alemania, el Código Penal, establece requisitos y formas para que pueda proceder el agente encubierto, se le autoriza una identidad supuesta y todo tipo de protección a su integridad física y como limitaciones, sólo se podrá aplicar en delitos de importancia y cuando otros medios de investigación resulten ineficientes, con autorización judicial o fiscal y la prohibición de cometer delitos.

Este trabajo pretende analizar, precisamente, uno de estos nuevos métodos adoptados por la reacción penal estatal: la introducción en el esquema clásico del procedimiento penal básicos del derecho procesal penal en su formulación europeo-continental.

### **DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.**

**Objeto de Estudio:** Estudio jurídico y dogmático del agente encubierto como institución procesal penal

**Campo de Acción:** La institución procesal del agente encubierto y el debido proceso en el COIP.

**Espacio:** Guayaquil.

**Tiempo:** 2019

### **HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.**

Si la figura procesal del agente encubierto, concebida en los arts. 483 y 484 del COIP, se ajustarán a sus bases dogmáticas, jurídicas y constitucionales, entonces no se vulneraría el debido proceso.

## **LÍNEA DE INVESTIGACIÓN INSTITUCIONAL/FACULTAD.**

La línea de investigación de mi proyecto investigativo será, Sociedad civil, derechos humanos y gestión de la comunicación / Derecho procesal con aplicabilidad al género, la identidad cultural y derechos humanos.

## **IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES**

### **Variable Independiente:**

La concepción procesal del agente encubierto en el COIP

### **Variable Dependiente:**

El debido proceso

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1 Las técnicas investigativas especiales empleadas en el proceso penal ecuatoriano**

La lucha contra la delincuencia organizada ha sido un motivo de común preocupación para todos los Estados, pero en los últimos años se ha convertido en un objetivo de suma importancia en los sistemas penales de los países desarrollados, los cuales mediante diversos mecanismos la han ido extendiendo a los países de su área de influencia.

Esto se puede evidenciar en la elaboración de distintos instrumentos jurídicos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, celebrada en Viena el 20 de diciembre de 1988, donde se buscó la adopción de las medidas necesarias, tanto legislativas como administrativas, para hacer frente a este tipo de delincuencia con la mayor eficacia posible. Así mismo, cabe destacar la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, realizada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, donde se buscó promover la cooperación internacional entre los Estados para prevenir y combatir eficazmente esta clase de delincuencia.

De esta manera, en el ámbito internacional se ha sostenido que, dada la gravedad de los delitos cometidos por organizaciones criminales que cuentan con un poderío en cuanto a nivel de estructuras, desplazamiento, disponibilidad de recursos humanos y materiales, influencia corruptora, y que son muy hábiles en eliminar las pruebas o «rastros» de sus

ilícitos, facilitándoseles tanto la perpetuación como la impunidad de sus actividades, es necesario otorgar a las autoridades las facultades de investigación excepcionales o extremas para enfrentar adecuadamente a estos grupos.

Así, con el argumento de dar la necesaria respuesta social preventiva y represiva frente a la criminalidad organizada, recientemente en los ordenamientos jurídicos internos de diferentes países se han ido incorporando técnicas de investigación que comprenden figuras como el seguimiento pasivo de personas o cosas, entregas vigiladas, informantes, agentes encubiertos, interceptación de comunicaciones, vigilancia electrónica, entre otras, que permitan a las autoridades establecer y comprobar delitos con tan alto grado de sofisticación y complejidad como los realizados por las organizaciones criminales, buscándose alcanzar a los más importantes partícipes de los mismos.

Dichas técnicas se han agrupado con el nombre común de operaciones encubiertas, el cual comprende las actividades desarrolladas por las autoridades desde la clandestinidad, para someter en diversas formas el crimen, y que comportan un riesgo de la seguridad no sólo del individuo que participa en tal actividad, sino de la sociedad en cuanto a la libertad ambulatoria y la privacidad.

Ahora, la consagración expresa de dichos mecanismos de investigación en los ordenamientos jurídicos no significa que su aplicación sólo haya comenzado a operar recientemente, pues con la siempre excusa de que los medios de prueba tradicionales resultan insuficientes, estas técnicas se han utilizado sin reconocimiento normativo desde hace muchos años, incurriéndose muchas veces en diversos abusos, que les han dado cierto desprestigio y estigmatización.

## **2.2 Técnicas especiales de investigación**

### **Seguimientos pasivos**

El seguimiento pasivo es un acto de investigación que consiste en una técnica de vigilancia para mantener bajo observación a personas o cosas (muebles o inmuebles), buscando dar con información o elementos de prueba relacionados con una investigación criminal.

Se ha señalado que también puede operar como una labor de inteligencia preventiva que busque anticiparse a las acciones de la delincuencia, verificando si se ha dado inicio a la preparación de un delito y recopilando material que permita estructurar una eventual investigación.

Mediante el seguimiento se ejerce, por parte de funcionarios de la policía, un control visual sobre una persona o un bien, lo cual requiere de prudencia y discreción para obtener información sobre los sitios que visita una persona, las personas con las cuales se relaciona, su lugar de trabajo o residencia, etc., buscando muchas veces verificar información procedente de otras fuentes, y debiendo el investigador adoptar en ocasiones disfraces o apariencias distintas para evitar ser detectado.

Siendo una técnica generalmente empleada en casos de crimen organizado, por los riesgos de seguridad que corre el agente de policía investigador, se requiere que sea una actividad planeada y desarrollada por personal especializado con habilidades para captar imágenes a través de cámaras fotográficas o de video.

### **Entregas vigiladas**

La entrega vigilada es una técnica de investigación que permite que una mercancía o remesa ilícita pueda llegar a su lugar de destino sin ser interceptada, con la finalidad de determinar a sus principales partícipes, constituyendo una excepción al principio según

el cual, ante situaciones de flagrancia, los funcionarios de policía deben intervenir inmediatamente de forma represiva.

Es un método empleado por las autoridades, que, al descubrir mercancías, sustancias, bienes, equipos o materiales objeto de investigación penal, proceden a su control dejándolas circular o transportar de un lugar a otro, nacional o internacional, sin ninguna interferencia, pero siempre bajo la vigilancia de una red de agentes de policía especialmente entrenados para esta tarea.

Su propósito es entonces establecer quiénes son los responsables del delito (datos del remitente, destinatario, transportador, etc.), las redes de distribución o contactos y las rutas de transporte, con el fin de golpear los más altos niveles de las organizaciones criminales, a partir de su identificación y obtención de elementos de prueba que sirvan para una posterior condena en juicio.

Cuando el transporte de la mercancía o «paquete» desborda las fronteras de un país, se distinguen dos tipos de entregas: la directa, donde están envueltos sólo dos Estados (el del lugar de partida y el del destino final), y la de tránsito, donde intervienen al menos tres Estados, en uno de los cuales sólo se transporta la mercancía; en ambas es necesario un esfuerzo común de cooperación internacional entre las autoridades judiciales y de policía de cada uno de los países comprometidos.

### **Informantes**

Informante es una persona que no pertenece a la policía, y cuyos datos son reservados, que suministra confidencialmente información a las autoridades acerca de delitos, prestando una valiosa ayuda a los funcionarios encargados de la investigación penal. Llamados también confidentes policiales, muchas veces son personas que viven en torno al mundo de la delincuencia y están capacitados para dar información tan pronto

tengan conocimiento de los preparativos de un ilícito, recibiendo o no un beneficio de las autoridades por su colaboración.

Estos individuos pueden aportar información de manera ocasional o constante, y los motivos que los llevan a hacerlo son diversos: unos por patriotismo, otros son delincuentes que buscan vengarse de enemigos, ciertas recompensas, inmunidad de persecución, benignidad de los cargos o de las penas, dinero, libertad de la cárcel o solución de problemas con el gobierno.

Los informantes pueden ser autorizados para tomar parte en operativos encubiertos de la policía, tendientes a infiltrarlos en una organización delictiva participando, por ejemplo, en simulacros de compra o venta de drogas, armas, etc., requiriendo protección y ayuda para luego reubicarse en otro lugar y obtener una nueva identidad. Pero pueden traer problemas como engaños o evidencia inventada, no respetar las restricciones legales para obtener la información, llevar a cabo delitos colaterales, dobles tratos y dificultad de control de sus actividades.

### **Agentes encubiertos**

Las operaciones con agentes encubiertos consisten en el empleo de agentes de policía, por excepción de particulares, que actúan a largo plazo introduciéndose en una organización delictiva para combatir delitos especialmente peligrosos o de difícil esclarecimiento, provistos de una falsa identidad para tomar contacto con la escena delictiva y lograr tanto información como elementos de prueba, llevando a cabo la persecución penal cuando los otros métodos de investigación han fracasado o no aseguran el éxito de la misma.

Generalmente se trata de un funcionario policial que, por decisión de una autoridad judicial, se infiltra en un grupo del crimen organizado con el fin de ganarse su confianza y obtener información sobre el mismo en relación con sus integrantes, funcionamiento,

financiación, etc., desarrollando una investigación de afuera hacia adentro que penetra el corazón mismo de la organización.

En el desarrollo de la operación, el agente encubierto puede tomar parte en el tráfico jurídico bajo su falsa identidad, realizando todo tipo de actos jurídicos, participar en la comisión de algún delito propio de la organización delictiva y/o actuar como inductor o agente provocador del delito.

En cuanto a la responsabilidad penal del agente por estos delitos, se señala, en principio, su impunidad debido a razones de política criminal o diversas causas de justificación.

Se señala también la posibilidad de que la operación con agentes encubiertos restrinja ostensiblemente los derechos fundamentales de la persona investigada, como el amparo domiciliario, la intimidad y el derecho a no autoincriminarse, pues el Estado se vale de un engaño para entrar en la vida privada de un individuo.

La utilización del agente encubierto es necesaria cuando otros métodos de investigación no pueden ser ampliadas para encausar individuos que cometen actos criminales.

Debido a la naturaleza particular de los delitos de corrupción, en muchas ocasiones es necesario introducir agentes encubiertos para recopilar la evidencia necesaria y poder encausar a los funcionarios y personas que participan en la comisión del delito.

Existen varios aspectos que tienen que considerarse cuando se utiliza un agente encubierto:

- La necesidad de introducir un agente encubierto para detectar los actos de corrupción.

Si los investigadores determinan que existen métodos tradicionales que pueden ser utilizados antes de introducir un agente encubierto, los métodos tradicionales deben recibir prioridad.

- La propensión de un agente encubierto, luego de realizar estas funciones de forma prolongada, a modificar su conducta e incidir él también en actos criminales.

Para evitar esta situación, los agentes encubiertos deben pasar por un riguroso proceso de selección, deben ser debidamente entrenados y los límites de sus funciones deben ser estrictamente establecidos.

Las autoridades encargadas de la investigación deben mantener control en todo momento de la operación encubierta. Esto incluye supervisión de los agentes encubiertos para asegurar que sigan las guías que rigen el desempeño.

De esta forma se aseguran las autoridades que toda la evidencia recopilada pueda ser utilizada en el proceso judicial.

- Las autoridades deben evaluar y corroborar la evidencia recopilada por los agentes encubiertos.

El agente encubierto puede ser utilizado de varias formas:

- Agente encubierto para propósitos de vigilancia es aquel que recopila información de delitos cometidos o por cometerse.

- Agentes encubierto para propósitos de prevención es aquel que actúa para evitar que una actividad delictiva ocurra o al menos minimiza las consecuencias de su comisión.

- Agente encubierto para propósitos de facilitación es aquel que facilita la comisión de un delito. En este caso el agente encubierto participa o provee bienes económicos u otros recursos a una persona que tiene predisposición para cometer delitos. Las actuaciones de este tipo de agentes deben ser bien definidas y supervisadas ya que las mismas nunca pueden constituir “una manifiesta provocación al delito”.

En el plano internacional hay dos corrientes de pensamiento sobre la actuación del agente encubierto.

Primero está la corriente conservadora, cada día menos favorecida, que no permite de ninguna forma que el agente encubierto facilite o le dé la oportunidad al sujeto investigado que cometa, delitos.

Dentro de las técnicas empleadas en este tipo de investigación, secreta, el agente encubierto constituye una técnica más.

La segunda corriente de pensamiento sobre el marco de acción de un agente encubierto es la que liberalmente le concede a este funcionario amplias facultades para obtener evidencia de delitos cometidos o por cometerse.

Conforme a esta visión, el agente encubierto se integra y puede inclusive participar en la actividad delictiva con los sujetos que están cometiendo o ya tenían la predisposición de cometer delitos.

El agente estará exento de responsabilidad penal siempre que sus actuaciones sean consecuencia necesaria, del desarrollo de la investigación y no constituyan una manifiesta provocación al delito.

En países donde impera esta visión liberal, las actuaciones de un agente encubierto facilitador pueden promover, en ocasiones, que el encausado de delito levante como defensa que las técnicas de persuasión utilizadas por el agente alteraron su libre voluntad y se vio forzado a cometer un delito que no quería perpetrar.

Cuando se levanta esta defensa, los jueces generalmente examinan si en efecto el agente encubierto provocó manifiestamente a la persona para que cometiera un delito. Si determinan que su actuación fue impropia, el agente podría estar al margen de la ley e incurrir en responsabilidad penal.

### **2.3. Antecedentes históricos del Agente encubierto**

Para algunos autores, las primeras alusiones a esta figura se contendrían en los relatos bíblicos, particularmente en el Génesis (III, 1-7). Para otros, el origen de esta figura estaría en la antigüedad griega, en las fábulas de Esopo (Esopo, III, fábula V, Aesopus et petulans). Sin embargo, muchos autores coinciden en que el origen del agente encubierto está en la expresión francesa “Agentprovocateur”. Esta expresión dice

relación con actividades de espionaje político surgidas en Francia bajo los Gobiernos de Luis XIV y Luis XVI, en la que determinados agentes promovían disturbios, atentados, con el objetivo de crear un estado en la que se fundamentaran medidas de persecución contra los enemigos del régimen absolutista. (Montoya, 1998)

En esta época, los agentes de policía francesa inducían a otros a cometer delitos políticos con el objetivo de eliminar a individuos que eran vistos como peligrosos por el Gobierno. Fue conocida la provocación con fines políticos en la época del Cardenal Richelieu, y sobre todo en tiempos de Luis XIV, con la organización policial a las órdenes del marqués de Argenson, cuya finalidad era, por una parte, la realización de acciones criminales con tintes políticos y por la otra la creación de un clima en el cual se pudiera desarrollar la toma de medidas coercitivas desde el punto de vista social. (Montoya, 1998)

La institución pasó del espionaje a la provocación.<sup>1</sup> Las espiones de la policía se denominaban mouches o mouchards, se dividían en: i) aquellos que trabajaban clandestinamente para los inspectores (observateur) y ii) aquellos que operaban abiertamente, sujetos que habían estado detenidos, y que obtenían su libertad a cambio de colaboración (mouches). Las fuerzas del orden revolucionario utilizaron agentes provocadores para descubrir los complots en las prisiones, los cuales se denominaban moutons de prisons. Según Mario Daniel Montoya, el agente provocador fue una presencia constante en la historia política de Francia, durante l'ancien Régime, en la fase revolucionaria y posrevolucionaria. (Montoya, 1998)

Esta figura ha aparecido además en los períodos de la Rusia Zarista, y también existen antecedentes en España en el período de la Inquisición, así como en los países Bajos para hacer efectiva la aplicación de la Ley de Alcoholes. (Catalán, 2000)

La figura del agente provocador fue olvidada por la jurisprudencia y doctrina francesa hasta la Segunda Guerra mundial, época en la que resurgió. Luego se desarrollaría en Alemania en la segunda mitad del Siglo XIX al decir de Mario Montoya. (Montoya, 1998)

En principio, la figura del agente provocador fue ocupada como una forma de control, fundamentalmente de intereses políticos. (Catalán, 2000)

Para Ángel Rendo, el antecedente histórico más importante del agente encubierto es el agente provocador, que se define como el agente que induce a otro a cometer un delito, contribuye a su ejecución con actos de coautoría, pero lo hace sin intención de lesionar o poner en peligro el bien jurídico afectado, con el objeto de lograr que el provocado pueda ser sancionado por su conducta. (Rendo, 2010)

#### **2.4.Modalidades de agente encubierto**

El agente provocador es el sujeto que facilita la intención de detener a los sospechosos o facilitar la detención ante el agente encubierto para que su actividad sea más asimilada, es tan importante la participación del agente provocador como la del agente encubierto, ya que con ello facilita a las partes a la intervención del acto. Por agente provocador se entiende a aquel sujeto que incita a la realización de un determinado hecho o crean las circunstancias fácticas que impulsan a otro ejecutarla. (Ruiz, 1982)

El agente provocador, para Gimeno Sendra, es un miembro de las Fuerzas de Seguridad que, con la finalidad de descubrir un hecho delictivo llega a instigar a propiciar la comisión del delito con las peticiones que les formulen a los imputadores. (Sendra, 1999)

El papel del agente provocador o miembro de las fuerzas de seguridad promueve, la participación para que los imputadores realicen el hecho delictivo, ya que con ello facilita al agente encubierto lograr el objetivo de la investigación, además está cubierto

por la ley, en la jurisprudencia ecuatoriana no se habla del agente provocador a diferencia de otras legislaciones.

### **2.3.1 Naturaleza jurídica del agente encubierto**

La naturaleza jurídica del agente encubierto como medio de prevención o de investigación, el agente encubierto o policía infiltrado, es decir, la infiltración policial se configura como la técnica que se lleva al efecto a través de la figura del agente encubierto, constituyéndose éste como el medio, el canal a través del cual se hace efectiva dicha técnica.

En este sentido podemos definir al agente encubierto propiamente dicha como la técnica de investigación circunscrita a la delincuencia organizada y que se llevará a cabo durante la fase de investigación en el curso de un proceso penal.

La intervención del agente encubierto se configura como un medio o técnica de investigación de carácter especial que está protegido por la legislación de cada Estado.

El agente encubierto para luchar contra terroristas, narcotraficantes y delincuencia organizada se entiende como el mecanismo casi natural de investigación, se ha convertido gradualmente en una herramienta imprescindible para evitar y prevenir otro tipo muy diverso y heterogéneo de criminalidad. Es decir, con la implementación de la investigación encubierta, aun tratándose de la investigación de delitos menos graves

Dicha especialización en la legislación ecuatoriana se dispone el COIP, en el Art. 483.- *Operaciones encubiertas.- En el curso de las investigaciones de manera excepcional, bajo la dirección de la unidad especializada de la Fiscalía, se podrá planificar y ejecutar con el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, una operación encubierta y autorizar a sus agentes para involucrarse o introducirse en organizaciones o agrupaciones delictuales ocultando su identidad oficial, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir y*

*recoger información, elementos de convicción y evidencia útil para los fines de la investigación.*

*El agente encubierto estará exento de responsabilidad penal o civil por aquellos delitos en que deba incurrir o que no haya podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma, caso contrario será sancionado de conformidad con las normas jurídicas pertinentes. (COIP, 2014)*

Hay que tener claro que el agente encubierto es un agente policial a diferencia de un informante tal como lo establece en la legislación ecuatoriana concretamente en Código Orgánico Integral Penal en su artículo, 495.- *Informante.- Se considera informante a toda persona que provee a la o al fiscal o al personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, antecedentes acerca de la preparación o comisión de una infracción o de quienes han participado en ella.*

*Sobre la base de la información aportada, se podrán disponer medidas investigativas y procesales encaminadas a confirmarla, pero no tendrán valor probatorio alguno, ni podrán ser consideradas por sí misma fundamento suficiente para la detención de personas. (COIP, 2014)*

Como sabemos el derecho procesal es un derecho de carácter de *Actio*.

*Actioes* entendido hasta nuestros tiempos como “ACCION”, entendiendo así que el proceso penal es el instrumento para aplicar el derecho penal, es decir, se inicia cuando se ha cometido el hecho delictivo. Pero no ocurre así en los supuestos de delincuencia organizada, puesto que la intervención del agente encubierto además de investigar la consumación de algún delito tiene que perseguir el descubrimiento de los que se están ejecutando o los que aún están en fase de preparación.

Es indudable que las técnicas de investigación judicial deban ir encaminadas no sólo al descubrimiento de los delitos u operaciones ya consumadas, o encontrándose en fase de planificación y organización, es decir operaciones enmarcadas en el ámbito de las actividades delictivas de la organización que se investiga, por un periodo necesariamente prologado en directa proporción a la complejidad y a la gravedad de los delitos investigados todo ello en beneficio de una sociedad que busca la paz y el buen vivir.

Con la simple autorización para el ingreso del agente encubierto en el entramado organizativo desde nuestro punto de vista nos preguntamos ¿con la participación del agente encubierto se restringe el derecho a la intimidad, como puede ser a la inviolabilidad del domicilio o intervención de comunicaciones? ¿El agente infiltrado deberá desarrollar ciertas actuaciones que conlleven injerencia en los derechos fundamentales?, siendo así que esta técnica supone una alteración de los principios inspiradores tanto del derecho penal material como del propio proceso.

De ser verdad que el agente encubierto hace la función de luchar frente a determinadas manifestaciones delictivas utilizando elementos cualificados y medios técnicos proporcionados por el estado que permita destruir la estructura delictiva, se ha demostrado que se ha avanzado pero que no es suficiente frente a la estructura delincencial.

### **2.3.2 Requisitos procesales para la intervención del agente encubierto**

Los presupuestos en la intervención que debe de cumplir el agente encubierto para que este legitimada su actuación, es decir, los únicos legitimados para poder intervenir como agentes encubiertos son los miembros de la Policía Judicial lo que supone que ningún particular o sujeto que no pertenezca a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado podrá desempeñar dicha tarea

Por otro lado, ningún policía judicial tiene la obligación de intervenir como agente encubierto, no pudiéndose por tanto ser obligado a ello. La policía judicial es definida como una función específica dentro las funciones de la Policía general, basada en los criterios de la Policía científica, destinada a la investigación de los hechos punibles, a la persecución de los delincuentes, para ponerlos a disposición de las autoridades judiciales con los resultados de su investigación.

Esta especialización es consecuencia de las nuevas y complejas formas de delinquir. Así como desde el punto de vista operativo se crean nuevas formas para la investigación eficaz del crimen organizado, por lo tanto, se entiende que los agentes encubiertos merecen otra consideración.

Hay tener en cuenta que los agentes encubiertos cumplen roles diferentes a los agentes de Inteligencia, cuya función principal consiste en conocer e informar al Gobierno de aquello que puede afectar a la seguridad, estabilidad y defensa de un Estado, para con ello poder ayudar a las autoridades tomar decisiones responsables y oportunas, para el cumplimiento de esta función pueden adoptar el rol de agentes secretos, pero no cabe confundir la actuación del agente encubierto con la del informante que bien lo diferencia la legislación ecuatoriana en el art, 495 del Código Orgánico Integral Penal.

Al respecto señala Moreno Catena, el desarrollo de los medios tecnológicos y el nacimiento de nuevas formas y procedimientos delictivos, para el desempeño de los cometidos específicos de policía judicial parece de todo punto preciso contar con personal que haya recibido la adecuada formación especializada en investigación criminal. (Moreno, 1989)

Puesto que consideramos al agente encubierto como medio de investigación lesivo del derecho fundamental a la intimidad y bajo la vigencia del principio de reserva

jurisdiccional todas las medidas limitativas de derechos fundamentales deben ser adoptadas por un órgano judicial competente.

En este sentido, hay que determinar en primer lugar qué considera la delincuencia organizada a los efectos de intervención del agente encubierto. El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 369.- *Delincuencia Organizada.* - *La persona que mediante acuerdo o concertación forme un grupo estructurado de dos o más personas que, de forma permanente o reiterada, financien de cualquier forma, ejerzan el mando o dirección o planifiquen las actividades de una organización delictiva, con el propósito de cometer uno o más delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años, que tenga como objetivo final la obtención de beneficios económicos u otros de orden material, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.*

*Los demás colaboradores serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.* (COIP, 2014)

Las organizaciones criminales, se han caracterizado por la estructura jerárquica muy rígida, en la actualidad estas organizaciones tienden a cambiar esta estructura rígida por estructuras más flexibles, lo que significa que los Estado tienen mayores dificultades en aras a su investigación y persecución de la delincuencia, existe la tendencia a la utilización de facilitadores y proveedores.

Se tratan de individuos con competencias específicas que son requeridos para llevar a cabo algunas tareas complejas y específicas en la organización criminal y que prestan sus servicios ya sea dentro de su propio grupo o a otros grupos mediante pago como un servicio externo.

Desde esta perspectiva y dado que la utilización de personas externas a la organización criminal resulta para los Estados una tarea más ardua para dismantelar a la misma, es

por lo que creemos conveniente la utilización de agentes encubiertos para su investigación ya que sólo desde el interior de la organización criminal se podrá averiguar la identidad de todas las personas que trabajen y pertenezcan o no a la organización criminal.

En cuanto a las actuaciones que puede desarrollar el agente encubierto, debemos partir de la distinción de dos tipos de actividades. En primer lugar, se encuentran aquellas que establece expresamente la ley de cada país es decir actuar bajo identidad supuesta; adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.

Un segundo tipo enmarcado correspondiente a todas aquellas actuaciones que conlleven limitación de derechos fundamentales, en cuyo caso tendrá que pedir autorización judicial previa y seguir el procedimiento establecido legalmente. Dentro del ámbito de actuación del agente encubierto entendemos que la más problemática puede resultar el actuar bajo identidad supuesta.

El rol adoptado por el infiltrado amparándose en la identidad ficticia puede conllevar ciertas limitaciones a derechos fundamentales, como por ejemplo la inviolabilidad del domicilio, cuando es invitado a entrar como miembro de la organización en la morada de uno de los integrantes.

Otra de las situaciones que creemos queda auspiciada por la autorización inicial, son las conversaciones que el agente encubierto mantenga con las personas investigadas, que pueden ser considerados como verdaderos interrogatorios y entenderse, así, limitadores del derecho de defensa. Sin embargo, entendemos que no suponen limitación alguna aquellas manifestaciones que se hagan de manera libre y espontánea, amparándose la limitación del derecho de defensa en la autorización que permite la infiltración policial.

De este modo no podemos ver el uso de la identidad supuesta como un mero mecanismo para ganar la confianza de los miembros de la organización, ya que a través de esa relación de confianza el infiltrado se encontrará en diferentes contextos, imposibles de eludir, para los que debe quedar legitimado ex ante. El segundo bloque de actuaciones es aquellas que suponen una limitación de derechos fundamentales, es decir, que vaya más allá del uso de la identidad supuesta, por ejemplo, el registro domiciliario. Así por mucha confianza que se tenga con una persona, nunca quedaría legitimado el registro domiciliario.

### **2.3.3 La figura del agente encubierto y su vulneración a los principios del debido proceso**

En el Código Orgánico Integral Penal se establecen en diferentes artículos, como el 1 y el 5, primero, la finalidad que persigue el COIP, y luego, toda una relación de principios que informan el Derecho Penal. De ese modo, transcribiremos la letra de los mismos, en lo pertinente:

Art. 1.- Finalidad. - Este Código tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el Juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas. (COIP, 2014)

Art. 5.- Principios procesales. - El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas. (COIP, 2014)

Art. 483.- Operaciones encubiertas.- En el curso de las investigaciones de manera excepcional, bajo la dirección de la unidad especializada de la Fiscalía, se podrá planificar y ejecutar con el personal del Sistema especializado integral de

investigación, de medicina legal y ciencias forenses, una operación encubierta y autorizar a sus agentes para involucrarse o introducirse en organizaciones o agrupaciones delictuales ocultando su identidad oficial, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir y recoger información, elementos de convicción y evidencia útil para los fines de la investigación.

El agente encubierto estará exento de responsabilidad penal o civil por aquellos delitos en que deba incurrir o que no haya podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma, caso contrario será sancionado de conformidad con las normas jurídicas pertinentes. (COIP, 2014)

Mientras que hemos de mencionar también algún articulado de rango constitucional, por ejemplo:

En el inciso tres del artículo 11 numeral 9 de la constitución de la República del Ecuador establece:

*9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.*

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. (CRE, 2008)

Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. (CRE, 2008)

Una vez establecidas estas normas en este texto, podemos confrontar la figura del agente encubierto y el debido proceso.

### **Principio de Necesidad**

“Un agente encubierto será solicitado para fines investigativos y exclusivamente que guarden una relación con la gravedad del delito (actos delictivos que sean consumados (Martínez, 2006)

Entre las organizaciones criminales a las que se pretende inhabilitar, están los grupos que se dedican a comercializar ilícitamente armas, vender drogas, traficar personas, grupos terroristas, entre otros.

### **Principio de Proporcionalidad**

Todo comportamiento delictivo causado por el crimen organizado llega a derivar en una investigación encubierta. No obstante, las acciones encubiertas siempre deben ser menos lesivas que la gravedad del delito o delitos que se tratan de revelar. “En otras palabras, se debe recurrir a estos agentes solo si la protección del interés público sobresale sobre la protección de cualquier tipo de interés privado”. (Jauchen, 2008)

### **Principio de Especialidad**

“Toda prueba e información necesaria recogida dentro de una operación encubierta, tiene el único uso de evidenciar la culpabilidad de las personas que son o fueron objeto de vigilancia” (RCYEVBDYAE, 2006)

Excepcionalmente podrá ser solicitada para exponer otros delitos.

### **Principio de Reserva**

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

### **Excepcionalidad**

Esta figura podrá ser utilizada por excepción, es decir en caso de falta o escases de medios probatorios. (Martínez, 2009)

### **Jurisdiccionalidad**

“Bajo ningún motivo podrá llevarse a cabo esta técnica especial de investigación, sino cuenta con una autorización pertinente concedida por la Autoridad Jurisdiccional”. (ONUCDYD, 2009)

### **Pertinencia**

“Para realizar una operación encubierta se considerará el costo - beneficio y la dificultad de la investigación”. (Guerrero, 2007)

“El principio de pertinencia, implica que solo se pueden practicar aquellas pruebas que estén estrictamente relacionadas con los hechos del caso”. (Guerrero, 2007)

### **Ante las vulneraciones a otros principios**

El operativo que haga mal uso de la prueba y transgreda los derechos y principios establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, finalizará con la eficacia de la prueba. (ONUCDYD, 2009)

En todo proceso penal se emplea el principio de igualdad probatoria, sin que se pueda ocasionar ningún tipo de desequilibrio en las condiciones procesales. “El uso de la prueba, da un valor fundamental a la cadena de custodia relacionados con los elementos físicos que se hayan conseguido en la indagación y que se establecerán como prueba durante la etapa de juicio” (ONUCDYD, 2009)

### **Legalidad**

La forma de operar a través de estas técnicas especiales de investigación no debe ser contraria a la Constitución Política del Estado, Tratados Internacionales vigentes, leyes y otras normas. (ONUCDYD, 2009)

Finalmente, el valor la prueba está determinada, por su legalidad. No obstante, es importante tomar en cuenta cómo se consigue la prueba, si hay algún tipo de razón o no para que se la excluya, si se autorizó por parte de una autoridad competente, si es genuina o fue modificada y si fue sometida a la cadena de custodia. (ONUICYD, 2009)

### **Celeridad**

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

### **Intervención de la provocación delictiva**

“El agente policial se oculta para dismantelar y denunciar una organización criminal previamente constituida, ya que en el transcurso de su investigación no puede incitar, estimular, liderar o facilitar el cometimiento de un acto ilícito”. (Del Pozo, 2006)

La única circunstancia en donde está capacitado para realizar este tipo de actos, “es en el caso de no existir otra salida posible para que no se vea comprometida la operación encubierta, pero bajo ningún motivo debe provocarlo”. (Magaz, 2007)

Podemos observar como en algunas legislaciones que manejan la figura del agente encubierto tienen un desarrollo más elevado que en la nuestra. Por ejemplo, en Francia, existe dentro de su normativa, desde el año 1991, un relativo reforzamiento en la lucha contra el tráfico de drogas, en donde claramente se establece una excusa de la responsabilidad criminal “para todo aquel funcionario policial que perpetúe un delito relacionado al tráfico de drogas, siempre y cuando se lo haga con un fin investigativo y cuenten con la debida autorización por la autoridad competente”. (Magaz, 2007)

Estos vendrían a ser las diferentes regulaciones de carácter jurídico, que son propios e intangibles de la persona.

### **Derecho a la defensa**

Nuestra Constitución establece el derecho a la defensa, previsto en el Art. 76 numeral 7 literal a) mismo que indica lo siguiente:

“Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado de procedimiento” (CRE, 2008)

Según Zambrano Simball, sobre el derecho a la defensa e indica que: El derecho de defensa surge desde el primer momento en que un ciudadano es sujeto de investigación policial o fiscal por la supuesta comisión de la infracción penal, el derecho de defensa debe ser inviolable, se vulnera la defensa cuando se ponen obstáculos ilegales para que los involucrados en un proceso de cualquier clase no puedan exhibir sus pretensiones jurídicas y hagan efectivas sus recursos probatorios, o se impida que haga sus alegaciones en el momento oportuno. (Zambrano, 2011)

De acuerdo a lo manifestado, el derecho a la defensa va encaminado a que ninguna persona puede quedar en la indefensión, por lo que dicho ciudadano debe contar con un asesoramiento legal antes, durante y después de un proceso penal, por lo tanto dicho derecho es inalterable, por ello se establece que nadie puede ser interrogado, ni aún con fines investigativos sin la presencia de un abogado defensor; este derecho a la defensa es esa potestad que el Estado da a todas las personas para que en un momento dado pueda ser solicitado por dichas personas, para de esta forma exigir una protección a su bien jurídico e intereses propios.

García Falconí indica lo siguiente:

Incluye la facultad que se concede a toda persona para escoger los medios legítimos para oponerse a las acciones enderezadas en su contra dentro de cualquier proceso, pero también incluye el escoger al abogado que hace efectiva la defensa jurídica de la persona a la que representa profesionalmente, la elección del defensor es exclusiva del acusado. (García, 2001)

En nuestra Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76 numeral 7 literal e) que indica lo siguiente:

Art. 76.- en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

El derecho a la defensa es la potestad que tiene la persona o el procesado para defenderse ante los/as jueces/as, ante las pretensiones que se le exhiben en un proceso investigativo; en nuestra legislación este derecho a la defensa vendría a constituirse como una coraza de protección.

El derecho a la defensa se ve afectado por la actuación del agente encubierto, ya que él hace preguntas a la persona investigada, esto para recabar información y esta clase de preguntas serían o se convertirían en un interrogatorio prohibido ya que el investigado estaría contestando preguntas seducido por el engaño; además esta figura impediría el derecho que tiene toda persona a un debido proceso ya que estaría violentando el derecho que tiene la persona que es investigada a guardar silencio, igualmente no tiene la posibilidad de solicitar un abogado defensor.

### **Derecho al silencio**

En nuestra Constitución el derecho al silencio se encuentra establecido en el Art. 77 numeral 4 mismo que indica lo siguiente:

En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o un abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.

Este derecho indica que cuando una persona es objeto de una investigación penal o policial esta tiene el derecho a defenderse de la acusación que se le hace, y en efecto una de las formas de defenderse ante las acusaciones que se le realizan a esa persona es la de guardar silencio durante todo el proceso o hasta que a él o ella le convenga declarar.

Zambrano menciona lo que es el derecho de guardar silencio e indica lo siguiente:

El derecho a guardar silencio, es una garantía constitucional que permite al detenido abstenerse de rendir declaración o testimonio, en tanto y en cuanto no tenga la asistencia de un profesional del derecho de su confianza, es por ello que el detenido, de manera paralela es informado motivadamente cuales son las razones para que se haya procedido a su detención, y al mismo tiempo el derecho que tiene a guardar silencio si así lo desea, y por último se le otorga al detenido las facilidades necesarias para que pueda comunicarse con algún familiar de confianza y con su abogado particular que pueda brindarle una asistencia técnica jurídica oportuna, ya que el detenido, en virtud de un principio constitucional es inocente mientras no se demuestre lo contrario. (Zambrano, 2011)

De acuerdo con lo manifestado por el tratadista, en efecto el derecho al silencio que tiene la persona cuando es objeto de una investigación, esta goza de la garantía para no ser objeto de preguntas de carácter capciosas, impertinentes, sugestivas o incluso autoincriminatorias, ya que si la persona lo cree necesario se puede negar a contestar dichas preguntas ya que constituye un derecho legítimo al silencio.

Los motivos que puede tener la persona de guardar silencio son incalculables, ya que de este modo no solo lo vendría hacer para no auto incriminarse en el hecho que es objeto de investigación, también lo puede hacer con un interés moral, político, religioso, sentimental, etc.

Por ende, siendo estas garantías básicas parte del debido proceso penal, la intromisión del agente encubierto en el proceso penal podría estar vulnerando estos derechos constitucionales y procesales.

#### **2.3.4. La Teoría de los frutos del árbol envenenado**

Esta Teoría, sobre todo orientada a las pruebas obtenidas de forma ilegal o cuya legalidad y constitucionalidad es objetable, y que, por ende sería cualquier prueba con estas objeciones que directa o indirectamente y por cualquier nexo se le pudiera relacionar con la prueba nula, debía ser igualmente, estimada nula; es decir, si la obtención de una prueba no supera un control de legalidad –por ejemplo, si se obtuvo vulnerando el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio, o cualquier otro derecho inherente a cada ser humano y reconocido en cada ordenamiento jurídico desde sus normas constitucionales, ha de convertirse en ilegítima y su nulidad insubsanable, y arrastrará a todas aquellas otras pruebas directamente relacionadas y derivadas.

“Esta posibilidad de extender los efectos de una prueba declarada nula recibe el metafórico nombre de la doctrina de los frutos del árbol envenenado; en el sentido comparado de que, si un árbol se emponzoña, todos los frutos que den sus ramas también estarán corrompidos. El origen de esta teoría –que, en inglés, se denomina *Fruitofthepoisonoustree doctrine*– se remonta al caso *SilverthorneLumber Company* contra Estados Unidos, de 26 de enero de 1920, cuando los agentes del Gobierno allanaron las oficinas de Frederick W. Silverthorne y este empresario y su padre fueron

detenidos basándose en los libros contables hallados en aquel registro que posteriormente se declaró ilegal, apelando a la cuarta enmienda de su Constitución”.

(SilverthorneLumber Company Vs. Estados Unidos, 1920)

“La resolución que dictó el Tribunal Supremo estadounidense, en apelación, describió esta doctrina, pero sin llegar a citarla con ese poético nombre. La primera sentencia que sí que la mencionó expresamente fue el caso Nardone contra Estados Unidos de 11 de diciembre de 1939, al pinchar el teléfono a un contrabandista de alcohol: el juez debe dar a los acusados la oportunidad de demostrar que una parte sustancial de la acusación contra ellos era fruto de un árbol envenenado. A raíz de esta teoría, acabó surgiendo una suerte de contracorriente –la doctrina del descubrimiento inevitable– según la cual: todo resultado que se hubiera producido, aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición”. (STS 4733/2012)

“En otras palabras: cuando la prueba tachada de ilícitamente obtenida hubiera llegado en todo caso a la causa, porque el juez de instrucción de todos modos hubiera tenido que decretar la diligencia cuestionada, surge la doctrina del -inevitable discovery-. Cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada -conexión de antijuridicidad- que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuridicidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Recordemos por último que, en el ordenamiento jurídico español, el Art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece que: En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. (Blum, 2016)

**“Sobre esta regla puede decirse que es general, pero no absoluta de que en el curso del procedimiento de investigación y en el marco de producción de pruebas admisibles está permitido producir injerencias en derechos fundamentales. Consecuencias lógicas que apunta en el sentido de que para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las injerencias en la esfera individual; y, por cierto, tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal”.**(Blum, 2016)

A pesar de la existencia legalmente establecida de requisitos y procedimientos para regular la obtención de pruebas que constituyen injerencias a derechos constitucionalmente reconocidos, como, por ejemplo, el de, privacidad, también es cierto que, todavía hacen falta límites, a ser impuestos, sobre esta producción de pruebas.

Por lo demás, el gran número de derechos y garantías constitucionales no pueden ser considerados como absolutos y libres de injerencias, delante del constante choque a que son sometidos.

El principio de convivencia de las libertades obliga a una relativización de estos derechos, evitándose que sean ejercidos de modo perjudicial al orden público y a las libertades ajenas.

La doctrina moderna ha dejado claro que la decisión judicial de no expulsar del proceso las pruebas que son ilícitas supone, en primer lugar, el desconocimiento del derecho fundamental material violado a través de la injerencia ilegítima; en segundo lugar, el desconocimiento del derecho al proceso celebrado con todas las garantías

s constitucionalmente protegidas; y, finalmente, el desconocimiento de las garantías constitucionales que integran el derecho al proceso penal del procesado, sin las cuales no existe proceso, ni tutela judicial efectiva”. (Redondo, 2004)

### **2.3.5. Análisis del art 484 del COIP, REGLAS DE LAS OPERACIONES ENCUBIERTAS**

Precisamente para regular legalmente un procedimiento, pasos o requisitos para poder emplear la técnica especial de investigación del agente encubierto, se estableces pautas en el artículo 484 del COIP, y así, para recurrir a una operación encubierta. En su primer numeral menciona por quien será dirigida esta operación,

“Con lo que establecemos que el primer requisito es que esta operación sea dirigida por la Unidad Especializada de la Fiscalía, a petición de la Policía Judicial a quienes están incorporados dentro de nuestro sistema de investigación, notificando de manera constante al Fiscal, para que este a su vez constituya el acceso a un agente encubierto, preexistiendo una investigación anterior y trabajos previos de inteligencia, cuyos informes reconozcan el posible desenvolvimiento de una actividad delictiva o de quienes sean partícipes de ella”. (Blum, 2016),

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

referentes a la perpetración del delito y sus consecuencias, como a la posible responsabilidad penal del indiciado o de la persona procesada”. (Blum, 2016)

La información que vaya adquiriendo el agente encubierto deberá ser otorgada y puesta en conocimiento a mayor brevedad posible de quien autorizó la investigación; “y de igual manera dicha información deberá agregársela al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente”. (Blum, 2016),

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

Este numeral es de trascendental importancia para la operación y si se quiere eximir al agente de responsabilidad penal; ya que lo importante es que no podrá incitar delitos, porque lo transformaría rápidamente en autor intelectual o cómplice de estos; esto turbaría esta institución procedimental investigativa, resguardando al agente de no obstaculizar o entorpecer comunicaciones sin inicialmente contar con la autorización forzosa al juez competente.

Su actuación no debe constituir una violación a los derechos garantizados por la Constitución de la República, “como el derecho a la intimidad, a la no autoincriminación, la privacidad o la propiedad privada, ni se derive en una prueba ilícita, quitándole toda eficacia jurídica al indicio que luego debe transformarse en prueba”. (COIP, 2014)

El cuarto numeral toma en cuenta la otra identidad conferida al agente encubierto, la cual será ocultará durante la versión que se presente en el proceso. La autorización para utilizar la identidad supuesta, tiene un plazo mayor que otras legislaciones que suelen

ser de seis meses, otorgándole al agente un período de dos años, pudiendo prorrogarse por dos años más mediante una justificación fundamentada.

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

“Examinamos que la nueva identidad otorgada al agente es falsa, ya que esta debe adquirirse a través del Registro Civil; el documento proporcionado otorga otra identidad, que difiere de la verdadera. Sin embargo, es forzoso implementar un reglamento que permita al agente encubierto la obtención de este nuevo documento, que lo redima de una potencial utilización dolosa de uso de documento falso”. (Blum, 2016),

El quinto numeral denota que, de ser necesario, el agente encubierto gozará de los mismos resguardos que se dan con la protección a testigos, la Ley de Protección a Víctimas y Testigos opera para partícipes del proceso penal, que se halla a cargo de la Fiscalía General del Estado.

“Será necesario rellenar el registro respectivo que obligatoriamente permanecerá oculto y solo podrá tener uso ante el Juzgador competente, con el cual se acreditará su labor y precautelar su vida”. (Blum, 2016)

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

indumentaria y otros instrumentos que lo acomoden como a un igual ante los sospechosos que vigila”. (Blum, 2016)

El sexto numeral habla de las versiones del agente encubierto, las cuales servirán como elementos de convicción dentro de la investigación.

Como la información adquirida por el agente encubierto forzosamente es parte de la investigación, la cual debe ser suministrada en forma constante y rápida, el Fiscal tendrá que ir controlando paulatinamente la operación encubierta para controlar a su vez si está o no, dando frutos.

#### **2.4. La figura del agente encubierto en el derecho comparado, o, normativa internacional sobre el agente encubierto.**

##### **Argentina**

En Argentina, en torno a la figura procesal del agente encubierto, encontramos la ley 26.734, titulada de “Prevención y Lucha de los delitos Complejos. Herramientas. Facultades”, y que es implementado, sobre todo, como técnica de investigación para enfrentar el Crimen Organizado. En ese sentido, la Convención la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional en su artículo 2 bajo el título “Definiciones”, dice que a los fines de la presente Convención: a) “Por ‘grupo delictivo organizado’ se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.(CNUCDOT, 2001)

Bajo los parámetros delineados por la Convención, tenemos que entender que las características de un grupo organizado son: tres o más personas que actúan por un

tiempo determinado, y cuyo propósito se ciñe a cometer “delitos graves” a los fines de obtener beneficios económicos o de orden material.

La Convención, en el inciso b) del citado artículo definió que: “Por ‘delito grave’ se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave” (el resaltado me corresponde);

Bajo esas premisas, la ley nutrió a las fuerzas de seguridad herramientas para la investigación y lucha contra el Crimen Organizado, las que algunas de ellas ya estaban previstas y se han perfeccionado, y otras no lo estaban.

El artículo 3 prevé la ya conocida figura del Agente Encubierto, los requisitos son muy similares que en su anterior redacción; el agente encubierto deberá ser un funcionario de las fuerzas de seguridad federales “altamente calificados” quienes previamente, deberán prestar su consentimiento y, ocultando su verdadera identidad se infiltra en las organizaciones criminales o asociaciones delictivas a efectos de identificar autores, partícipes o encubridores, con el fin de impedir la consumación del delito, para reunir información y/o elementos de prueba necesarios para la investigación.

Sin dudas que la capacitación de los agentes es fundamental para preservar la vida del agente y con ello el éxito de la investigación. La capacitación debe de ser intensa y muy específica, la cual debe hacer hincapié no sólo en la recolección de datos para la imputación, sino también dotar al agente de una preparación en técnicas sensoriales y psicológicas para resistir la presión psíquica que genera estar infiltrado en una organización que en muchos casos revisten un peligro concreto para la vida del agente.

El segundo párrafo establece que una vez que el juez de oficio, o a pedido de parte, realiza la designación consentida del funcionario, y es el Ministerio de Seguridad quien

esté a cargo de proveer los elementos técnicos para la protección del agente. Por otro lado, y esto es novedoso, no podrá tener antecedentes penales.

## **Perú**

En el año 2007, entró en vigor, el Código Procesal Penal y este, en su artículo 341, prevé la figura de la gente encubierto,

Arte. 341: “1.- 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, y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación a actuar bajo identidad supuesta y adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta.”

“Cuando las circunstancias así lo requieran, el Fiscal 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.” (CPPP, 2007)

## **Colombia**

En Colombia a raíz de la ley 906 de 2004, fue creado el nuevo Código de Procedimiento Penal, en él se señala que:

“para el desarrollo de entregas vigiladas encubiertas, la Fiscalía General de la Nación, podrá utilizar como remesa encubierta dineros e instrumentos financieros incautados a organizaciones criminales o respecto de los cuales haya operado la figura del comiso o

la extinción de dominio. La autorización de estos bienes solo podrá ser autorizada por el Fiscal General de la Nación”.

Y esto demuestra ser una de las manifestaciones de las técnicas especiales de investigación entre las cuales está la del agente encubierto, de modo que, se concibe que, este tipo de agentes se pueden adentrar en organizaciones de tipo criminal con el único objetivo de conseguir información que aporten a la investigación.

Esta figura ha sido clave en diferentes operativos adelantados tanto por la Policía, el Ejército y la Fiscalía General.

Un agente encubierto también puede ser el integrante de un organismo internacional que colabore con la investigación. Los abogados de los procesados sostienen que el agente de la DEA fue el que buscó a Gil en un principio para que lo contactara con un magistrado de la JEP para hablar de una situación en especial.

En su artículo 243 se señala que el agente encubierto no puede entrar a provocar o presionar para que se cometa un delito. “Está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado”.

## **España**

En el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, al determinar que las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad son proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

La inobservancia por parte de estos, de algún derecho fundamental produce dos resultados, uno para el proceso, como es la nulidad de la diligencia practicada por la policía, derivándose así mismo, la nulidad de cualquiera otra que provenga de la

primera, tal y como manifiesta el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el segundo es la responsabilidad criminal de los agentes que lo favorecieron.

### **Comentarios**

Con la búsqueda realizada en el ámbito de la normativa internacional con respecto a la intervención de la figura del agente encubierto en el proceso penal hemos podido percatarnos de que a pesar de que ha existido durante mucho tiempo en la humanidad esta forma de investigar las cosas, lo cual queda demostrado a través de la historia de la humanidad, también es cierto que, en los últimos 50 años es que esta figura ha sido insertada como una técnica especial de investigación legalmente reconocida dentro del proceso penal romano germánico, por ende, no es muy antigua y aun hoy, se le pueden señalar diferentes puntos críticos como elemento probatorio o de convicción, pues tiene peculiaridades en sus características, naturaleza y modalidades que conllevan a estar obligados a tener un especial cuidado en su implementación y peor aún, a ser aún más cuidadosos y sobre todo de la legalidad y el respeto a los derechos individuales de los ciudadanos a la hora de poder aplicar esta técnica investigativa que amerita disímiles autorizaciones de rango judicial y luego, traducirla en medios probatorios legalmente concebidos en la norma y además, obtenidos legalmente, carentes de vicios que afecten su validez procesal.

No obstante, en virtud de la afluencia y crecimiento de la delincuencia organizada a nivel mundial, cada vez se hace más frecuente en diferentes legislaciones del mundo el empleo del agente encubierto como técnica especial de investigación.

## MARCO TEÓRICO REFERENCIAL

### **2.5. El empleo de la técnica especial de investigación que constituye el agente encubierto y las garantías constitucionales en Ecuador.**

En el campo del derecho procesal penal, constantemente se presenta una tensión entre el interés del Estado por la búsqueda de la verdad y el interés de la persona investigada en la protección de sus derechos individuales.

Ante esta incesante pugna de pretensiones contrapuestas, todo sistema democrático asume el reto imprescindible de armonizar, por un lado, el interés público del Estado en conocer lo que realmente sucedió, es decir, que en el proceso se alcance una verdad no meramente formal sino material, y, por el otro, el interés del procesado en la salvaguarda de sus derechos fundamentales.

En el marco del proceso penal, la utilización de medios de investigación considerados extraordinarios para enfrentar con mayor eficacia a un tipo de delincuencia considerada también extrema, dotando así a los organismos encargados de la persecución y represión penal de nuevos instrumentos que les faciliten el recaudo del material probatorio necesario para enjuiciar las conductas perpetradas por organizaciones criminales, pudiera suponer la invasión desmedida de los derechos fundamentales no sólo de las personas investigadas, sino inclusive de terceras personas cercanas a ellos.

Como se dijo antes, uno de esos métodos modernos de investigación es la figura del agente encubierto, que normalmente es un policía que con una identidad falsa aparenta ser una persona particular para infiltrarse dentro de un grupo perteneciente al crimen organizado y realizar tareas investigativas en busca de recaudar material probatorio en contra de los integrantes de la organización delictiva, presentándose, excepcionalmente, como testigo de la acusación.

El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad se ha considerado, entonces, que, por la modalidad de sus labores, el mero hecho de autorizar la actuación de agentes encubiertos tiene la potencialidad de afectar gravemente varios derechos fundamentales, como la intimidad en todas sus variantes (amparo domiciliario, inviolabilidad de comunicaciones e intimidad propiamente dicha) y el derecho a la no autoincriminación.

Frente a esto podríamos decir que fue una evidente equivocación del legislador dejar la facultad de tomar tan delicada decisión en manos de la fiscalía y, luego, el control del desarrollo de la misma, para sólo al final intervenir el juez de control de garantías, cuando ya se hayan podido cometer por parte del agente todas las irregularidades y abusos, que afectan principalmente el derecho a la intimidad y a no autoincriminarse del investigado. Piénsese que esta medida autoriza a un funcionario de policía judicial, e incluso a un particular, para ejercer una injerencia permanente y amplia en la vida privada del investigado, valiéndose asimismo de engaños para captar de él afirmaciones incriminatorias.

Por cuanto al ser la fiscalía parte en el nuevo proceso penal de corte acusatorio, el control que pueda ejercer no es garantía de imparcialidad debido a que inevitablemente estará movida por su interés en una efectiva persecución penal, buscando resultados positivos en su investigación que la lleven a enjuiciar la conducta de los implicados, pudiendo obviar o tolerar un grado de intromisión que no se justifique por la necesidad o proporcionalidad en cuanto al fin perseguido, pues ya se verá cómo la actuación del agente encubierto puede afectar muchas veces el núcleo esencial de los citados derechos, con la excusa de un pretendido éxito de la investigación.

Y de esta forma se facilitaría que, con el propósito de una lucha eficaz contra la criminalidad organizada, el Estado investigará a una persona a sus espaldas, para buscar

casi que una condena a como dé lugar, al intentar saltarse a través de una figura todas las barreras que tendría para afectar los derechos fundamentales del investigado, en caso de recurrir a los métodos tradicionales de investigación propios de un Estado de Derecho respetuoso de las garantías del debido proceso.

Ahora, invocar macro-causas como la lucha contra la criminalidad organizada para ir menguando hasta desconocer en absoluto los derechos fundamentales del investigado, podría significar ir propiciando una relación autoritaria o de dominación del Estado hacia el individuo, pues aunque generalmente la adopción de medidas coartadoras de la libertad se invocan para casos extremos, en la práctica la aplicación de tales medidas se van generalizando, perdiendo así los límites espaciales para los cuales fueron dispuestos.

Uno de esos peligros se puede dar con la figura del agente encubierto que, aunque normalmente para su consagración como medio de investigación penal se exponen argumentos como la necesidad de hacer frente con la mayor eficacia posible a un tipo de delincuencia que podría poner en jaque la seguridad del propio Estado, podrían irse luego aplicando a casos de delincuencia común invocándose también la dificultad de llevarlos a juicio y de fomentar con esto la impunidad.

Si bien es indudable que las reglas del procedimiento penal, en general, y, dentro de ellas, las normas que establecen los métodos admisibles de recolección de prueba, tienen como destinatarios a los «órganos estatales de la justicia penal(3), y no abarcan, por consiguiente, a los particulares, es también claro, como ya se ha indicado(14), que en el caso de actividad investigadora dirigida por el Estado, dichas reglas son de absoluta aplicación, ya que ella es, precisamente, su objeto de regulación, por más que el Estado se sirva de particulares para llevarla a cabo.

## MARCO CONCEPTUAL

### 2.6. Concepto del agente encubierto

El agente encubierto consiste en una medida de investigación que se refiere a la entrada de uno o varios agentes de las Fuerzas de Seguridad, debidamente autorizados a tal fin, como miembros de una organización criminal y su participación en el entramado de la misma, con objeto de descubrir delitos pasados, prevenir acciones futuras y lograr el castigo de los miembros de la banda.

Ha de tratarse de un supuesto de delincuencia organizada, considerándose como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, una serie de delitos.

Arciniegas Martínez, al tratar sobre el agente encubierto, señala que es una técnica que permite penetrar, de afuera hacia adentro, la organización criminal y que pretende asegurar elementos materiales de prueba, así como buscar información para así poder desvertebrar esas formas delictivas al conocer a sus integrantes, funcionamiento, financiamiento, acciones. (Arciniegas, 2007)

También señala, que sobre el tema que estamos tratando, se han dado serios cuestionamientos, por la utilización de esta técnica investigativa, señalando que se ha dicho que el Estado, al penetrar la organización, se vale de un medio inmoral, en la medida que el agente encubierto utilizará la mentira y la traición como medios para combatir el delito. (Arciniega, 2007)

Nosotros sostenemos, dice el autor antes citado, que habiéndose incluido la participación del “agente encubierto”, como parte de la investigación que está a cargo de la Fiscalía General, es legal su intervención, siempre que exista la pertinencia, así como los motivos debidamente fundamentados y que en el desarrollo de su actividad se respeten los derechos consagrados en la Constitución de la República y las normas

del debido proceso, para la obtención del elemento de convicción que se requiere para la investigación y que el juez competente controle la aplicación de dichas garantías constitucionales, ya que inclusive el agente encubierto estará facultado, previo control constante de la Fiscalía con el personal del Sistema especializado, para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o procesado y si fuere necesario hasta adelantar transacciones con él; pero para ello, el agente cuando encuentre información útil para los fines de la investigación, deberá hacerlo conocer al fiscal, para que éste disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos o evidencias hallados; pero para el cumplimiento de ello, se deberá revisar la legalidad formal y material del procedimiento por parte del juez de garantías penales competente, dentro de los plazos señalados en la normativa procesal.(Arciniegas, 2007)

Es necesario tener presente, que no puede confundirse al agente encubierto con el agente provocador, ya que el policía judicial no puede, por ningún concepto, provocar a otra persona la comisión de un delito para poner a prueba la real capacidad criminal, para conocer la organización y sobre todo para sorprender en delito flagrante; ya que el agente encubierto no puede instigar, provocar o determinar la comisión de un delito, ya que debe actuar en forma pasiva dentro de la organización para conocerla en el más amplio sentido.

El “agente provocador”, tiene una actitud e incita a otro, que no tiene predisposición para cometer un delito para que lo ejecute, lo que no está permitido; ya que solo será legítima la acción, simplemente cuando aprecia los hechos y asegura los elementos físicos de prueba, sin interferir en el curso de la acción.

## **2.7. Concepto de técnicas especiales de investigación**

Según describe el autor Montoya, “Las técnicas especiales de investigación son actividades de las autoridades desarrolladas desde la clandestinidad para someter en diversas formas el crimen y que comportan un riesgo de la seguridad no solo del individuo que participa en tal actividad, sino de la sociedad en cuanto a la libertad de ambulatoria y la privacidad”. (Montoya, 1998).

Estas técnicas han tomado el nombre de operaciones encubiertas, las cuales a través de un agente policial, ayudan con las investigaciones en los núcleos de varios organismos delictivos para poder desarticularlas.

### **2.7.1. Tipos de Técnicas Especiales de Investigación**

#### **Fuente o informante**

Esta persona no forma parte de la policía, sus datos son reservados; el informante o infiltrado es miembro de la organización delictiva que suministra información ya sea por, descontento con las personas que integran el grupo delictivo, por venganza de sus enemigos, por cierta cantidad de dinero, por baja de penas etc. Son personas que están introducidas a las actividades delictivas, y pueden aportar información de manera casual o constante.

Los informantes pueden ser autorizados para tomar parte en operativos encubiertos de la policía tendientes a infiltrarlo en una organización delictiva como en simulacro de compra o venta de drogas, armas etc. Requiriendo protección y ayuda para luego reubicarse en otro lugar y obtener la información, llevar a cabo delitos colaterales, dobles tratos y dificultad de control de sus actividades. (Ramírez, 2009)

#### **Entrega Vigilada**

La entrega vigilada tiene su origen en la Convención de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, la que permite la circulación

de droga, pero con vigilancia estas sean remesas que contenga este alcaloide, pero como se mencionó anteriormente esta circulación es de conocimiento de la Policía a fin de lograr identificar y capturar a personas involucradas con esta red delictiva.

Las entregas vigiladas pueden darse dentro de las operaciones encubiertas como una modalidad o fuera de ellas. Es una técnica de investigación que permite que una mercancía o remesa ilícita pueda llegar a su lugar de destino sin ser interceptada, con la finalidad de determinar sus principales partícipes, constituyendo una excepción al principio según el cual, ante situaciones de flagrancia, los funcionarios de policía deben intervenir inmediatamente de forma represiva. (Arcinegas, 2007)

Con esto se puede descubrir mercancías, sustancias, pero dejándolas que circular de un lugar a otro sin interferencia, pero siempre se mantendrá vigilada por agentes policiales.

2.2.2.1.3 Operaciones Encubiertas Es aquella acción de investigación que lleva la autoridad ministerial con la finalidad de hacer creer a los delincuentes que se está actuando a la par con ellos, puede estar vinculadas con diferentes estados, escenarios tendencias horizontes y perspectivas tanto sociales como políticas de tal manera una investigación de este tipo. (Brucet, 2009).

Estas técnicas son especiales de investigación para delitos catalogados como organizados, los cuales causan gran conmoción social, cultural, y con estas técnicas que busca conocer más sobre la estructura y el modus operandi de ciertos grupos delictivos.

### **Agente Encubierto**

Según la Enciclopedia Universal Ilustrada, Agente proviene del latín *agens* del verbo *agere* que significa obrar (J.) – Todo ente activo.

Según la Enciclopedia Jurídica Omeba- Encubierto significa: “ocultar cosa o no manifestarla” – “impedir que se vea o se sepa” - “ocultar su calidad o dignidad haciendo pasar por otra persona”.

Según el Diccionario de la Real Academia Española: infiltrarse “penetrar subrepticamente en territorio ocupado por fuerzas enemigas a través de las posiciones de estas o introducirse en un partido, corporación, medio social, etc, con propósito de espionaje, propaganda o sabotaje”

### **Agente Provocador**

El agente provocador es aquel que induce a cometer un delito, o contribuye a su ejecución con actos de autoría o de auxilio, no lo hace con intención de lesionar o poner en peligro el bien jurídico afectado, ni tampoco persiguiendo el interés egoísta que deriva de la realización de todo hecho criminal, sino simplemente con objeto de lograr que el provocador se haga acreedor a una pena. (Ruiz, 1982)

Es un simple copartícipe de un delito que contribuye con su conducta la comisión del hecho, se caracteriza porque su objetivo es de perseguir mediante la conducta provocadora, induciendo y siendo el “autor” de un delito, para que las personas que vayan a ser las provocadas, sean aprendidas, siempre y cuando sean del grupo delincencial del cual sea el objetivo

Estas técnicas especiales de investigación, (agente encubierto y entrega vigilada) tienen la finalidad de obtener información y elementos de convicción para descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión del delito, aportar pruebas al proceso y, en su caso, prestar auxilio a autoridades extranjeras para estos mismos fines.

## **2.8. Concepto de Debido Proceso**

### **El Proceso.**

Este proceso, es una actividad, un conjunto de actos cuya finalidad es resolver un conflicto con incidencia jurídica a través de una providencia, la sentencia, en la cual se manifiesta la soberanía al aplicar el derecho. Esta actividad implica una relación jurídica-procesal, en la que participan unos sujetos el juez, las partes, cuyo objeto es una

relación jurídica “sustancial”, cuyo devenir haya en conflicto, cuya finalidad es la de impartir justicia. (Echandía, 1981)

El profesor Devis Echandía considera el proceso como una relación jurídica procesal, anotando que el equívoco que suscita el rechazo de tal postura se basa en un mal entendimiento de la palabra “relación”. Dice este autor: “no se trata de asignarles a los actos procesales, en sí mismos, el carácter de relación jurídica; aquéllos se suceden dentro de ésta, pero no se identifican con ella. La relación es el vínculo general que surge al iniciarse el proceso como resultado del ejercicio de la acción o de la iniciación oficiosa del proceso penal (...), y el cumplimiento de los presupuestos procesales; ella ata a las partes y al juez mientras el proceso subsista, y de ella emanan derechos, obligaciones, potestades u cargas para aquéllos y éste”, (Echandía, 1981)

En sustento de su posición, expone la relación jurídica procesal como compleja, en tanto de ella surgen múltiples relaciones es entre los sujetos que participan en ella, en la medida en que el trámite va avanzando.

Como vemos, el proceso judicial es la facultad con que cuentan los ciudadanos para acudir al Estado para que a través de la jurisdicción resuelva un conflicto de incidencia jurídica. Dicha facultad se concreta en el derecho de acción, que no es otra cosa que la puesta en funcionamiento del esquema institucional por medio del cual se busca como finalidad el bien común y la justicia.

### **El debido Proceso.**

Dentro de estos principios, el cimero es el del debido proceso. La adjetivación del proceso como debido permite que su devenir se eleve a derecho fundamental. Dicha calificación hace del proceso —género— una actividad ordenada en y hacia la justicia—en tanto que debido—. En nuestro ordenamiento positivo, es el artículo 76 de

la Constitución de la República del Ecuador, La norma que consagra el derecho al debido proceso, así:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas, que se encuentran numeradas del 1 al 7.

Ya hemos dicho que el debido proceso es una especie del proceso, una calificación que se hace de él, cuya diferencia específica radica en la adjetivación de “debido” que se endilga al proceso.

Así las cosas, surge el interrogante: ¿qué se debe entender por “debido”?

Debido, en una primera acepción, es lo que se debe, lo que un sujeto debe a otro, en términos de prestación. Así pues, debido es lo que es adecuado para hacer algo, y, como adecuado es lo conforme con un principio, debido es el proceder conforme con unos principios.

En este orden de ideas, Debido proceso es la actividad judicial ordenada a resolver pretensiones, la cual se desarrolla con arreglo y observancia a unos principios, reunidos en el concepto de justicia, y particularizados en las normas de procedimiento y las propias de cada proceso. Se trata, en suma, de lo que la Constitución española de 1978 denomina “un proceso con todas las garantías.”

El Autor Jaime Santos Basantes, en su obra *El Debido Proceso Penal* determinó al debido proceso como esa: Garantía ciudadana de carácter constitucional, que debe aplicarse en todo tipo de procesos, es un principio jurídico procesal o sustantivo, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez de garantías penales. (Santos, 2009)

## **2.9.El agente encubierto y el sistema de protección de víctimas y testigos**

Los primeros países que contemplaron esta figura, como un arma para combatir el crimen organizado, como una estrategia fue España, ejemplo de ello lo encontramos en el Art. 282 Bis de la Ley de enjuiciamiento Criminal de España, donde faculta al Juez y al Fiscal a que autoricen a los funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo una identidad supuesta, adquirir y transportar los objetos efectos o instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar masivamente en las organizaciones delictivas.

Se trata de un complemento a la Ley de Protección de Penitos y testigos en causas criminales, cuando se añade que los funcionarios de la Policía Judicial que hubieren actuado en una investigación con identidad falsa, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieren intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada. También en el procedimiento penal Argentino, encontramos que el Juez solo podría autorizar la intervención de un agente encubierto, en el marco de una persecución penal ya en curso, lo cual presupone necesariamente por lo menos la sospecha de comisión de un hecho punible, la decisión es exclusiva del Juez de Instrucción, ya que es suya la competencia para aquellas decisiones que afectan derechos individuales del imputado, así como para los actos reproducibles y definitivos, la designación deberá contener el nombre verdadero del funcionario sobre el que recae y además la falsa identidad con la que actuará en el caso debiendo reservarse tales actuaciones, fuera del legajo y con la habida seguridad, es evidente que se trata de proteger la verdadera identidad del Agente, pues el riesgo que corre su integridad física de descubrirse es serio, no solo por el ambiente del. alcaloide, en algunos casos el embargo de bienes de los inculpados y por

fin la frustración del negocio, esa trampa es sin duda una conducta que merecerá de por vida el más enérgico reproche de los imputados, por ello el anonimato del agente es muy importante.

Por ello se deberá recibir la declaración como testigo del agente encubierto, solo cuando fuera absolutamente imprescindible, cuando el funcionario presencie de alguna forma actos vinculados con el delito; la legislación prevé que cuando peligre la seguridad de la persona que haya actuado como agente encubierto por haberse develado su identidad, tendrá derecho a optar entre permanecer activo o pasar a retiro, cualquier fuera la cantidad de años de servicio que tuviera.

Cuando se presuma fundadamente un peligro cierto para su vida o su integridad física, el tribunal deberá disponer las medidas especiales de protección que resulten adecuadas, pudiendo consistir incluso en la sustitución de la identidad del agente y en la provisión de los recursos indispensables para el cambio de domicilio si fuese necesario.

En síntesis, en nuestra legislación aparece a cargo de la Fiscalía General del Estado el Sistema de protección a víctimas y testigos, SPVT, en el cual se incluye a propuesta del fiscal, al agente encubierto a fin de así poder garantizar su, vida, integridad física, libertad y la de su familia, siempre que exista un real peligro. s vida tenga peligro.

## **2.10. El Agente encubierto en la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles**

En el Título IV Registro Personal Único Capítulo I, sobre Datos y Protección del Registro Personal Único en sus arts. 73, 74 y 75, se establece la definición de dicho registro, su composición así como, la privacidad y confidencialidad de la información de dicho registro, la cual solo podrá entregarse por solicitud del interesado, su representante legal o por autorización judicial, de modo que, esto permite que nadie

tenga acceso, salvo estas excepciones, a la información de identidad del agente encubierto en cuestión en Ecuador.

Art. 73.- Definición de Registro Personal Único (RPU). Es aquel en el que se asientan todos los datos de identidad de las personas naturales y los principales hechos civiles que afectan su estado o condición desde su nacimiento hasta su defunción.

Art. 74.- Composición. El Registro Personal Único (RPU) estará compuesto por la información consolidada de los registros de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas, así como su identificación, y estarán definidos por el conjunto de elementos organizados que proporcionan información válida, confiable, integral, segura, oportuna y confidencial.

Para efectos censales, en el Registro Personal Único se incluirá la dirección domiciliaria y la determinación intercultural de su titular, siempre que lo declare voluntariamente.

Art. 75.- Acceso y Protección de la información. El acceso a los archivos físicos o electrónicos de los cuales es custodio la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación que estén sujetos al principio de confidencialidad y publicidad, derivado del derecho a la protección de datos de carácter personal, podrá darse únicamente por autorización de su titular, por el representante legal o por orden judicial.

## CAPÍTULO III

### MARCO METODOLÓGICO

#### 3.1 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

##### 3.1.1. TIPO Y ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

En el presente trabajo se ha aplicado un procedimiento ordenado utilizando tipos de investigación, el cual nos muestra de manera esquematizada el análisis de la investigación planteada:

Empleamos una metodología cualitativa y cuantitativa, que combina la revisión bibliográfica y el análisis de datos obtenidos, con enfoque mixto, ya que, como se decía se empleó un enfoque cualitativo y cuantitativo.

El enfoque cualitativo se refiere a la obtención de datos no numéricos y no estadísticos, es decir el factor relevante de este enfoque es el criterio u opiniones de personas que conocen del tema de estudio.

El cuantitativo, por su parte, se refiere a la obtención de datos numéricos y estadísticos para la investigación, por medio de la recolección de datos y análisis del mismo.

#### 3.2 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.

Esto fue facilitado con el empleo de los siguientes métodos y técnicas de investigación:

**Histórico.** - El tipo de investigación histórico analiza acontecimientos del pasado y busca relacionarlos con el presente, pero que son de relevancia para la comprensión del tema a tratarse en la actualidad. En función del método histórico se estudió los orígenes y evolución del agente encubierto como institución jurídica dentro del proceso penal que obra como una técnica especial e investigación.

**Documental.**- Héctor Ávila Baray en su obra Introducción a la Metodología de la Investigación citando a Baena dice: “La investigación documental es una técnica que consiste en la selección y recopilación de información por medio de la lectura y crítica de documentos y materiales bibliográficos, de bibliotecas, hemerotecas, centros de documentación e información” “Es una técnica que permite obtener documentos nuevos en los que es posible describir, explicar, analizar, comparar, criticar entre otras actividades intelectuales, un tema o asunto mediante el análisis de fuentes de información”. (Ávila, 2006).

Con este método analizamos la información objeto de nuestro tema de estudio.

**Descriptiva.** - Con la aplicación de este método se describirá el objeto de estudio en sus características cualidades, ventajas, desventajas, debilidades y fortalezas orientado en alcanzar un estudio detallado y completo. “Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de las personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, y Baptista Lucio, 2006).

Este método reseña rasgos, cualidades o atributos de la Población que es objeto de estudio

**Analítico Sintético.** - En función de este método se analizarán cada parte del objeto de estudio, descomponiéndolo en piezas individuales que permitirán obtener una mejor y detallada comprensión para posteriormente llegar a una síntesis respecto al tema en general hasta alcanzar la verdad del conocimiento. Por lo tanto, las características o detalles individualizados del objeto de estudio, una vez que fueron analizados y comprendidos se unirán nuevamente con la finalidad de determinar la veracidad de la investigación.

**Deductivo.** - En este proyecto de investigación se aplicó el método deductivo que “Es una forma de razonamiento que parte de una verdad universal para obtener conclusiones particulares”. (Maya, 2014)

### **3.3 INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

#### **3.3.1 ENCUESTAS**

Para obtener una información veraz se realizó un banco de preguntas con respuestas cerradas a la población de profesionales en derecho del Colegio de Abogados de Guayaquil que nos sirva como muestra del comportamiento de los criterios de abogados, con respecto a la incidencia de la audiencia de flagrancia y el procedimiento directo en el debido proceso en Ecuador.

#### **Encuesta:**

##### **PREGUNTA No. 1**

¿Sabe usted qué es el agente encubierto?

##### **PREGUNTA No. 2**

¿Conoce usted cuál es el rol del agente encubierto en el proceso penal?

##### **PREGUNTA No. 3**

¿Logra identificar usted al agente encubierto como una técnica especial de investigación?

##### **PREGUNTA No. 4**

¿Entiende usted que queda justificada dentro del proceso penal la presencia del agente encubierto en algunas modalidades delictivas?

### **PREGUNTA No. 5**

Establezca según su criterio cómo pondera las siguientes situaciones dentro el debido proceso.

----- necesidad de descubrir un hecho delictivo y determinar sus responsables

----- necesidad de violar la privacidad e intimidad de las personas

### **PREGUNTA No. 6**

¿Conoce usted cuales son los Instrumentos Internacionales que conciben la intervención del agente encubierto en la criminalidad organizada?

### **PREGUNTA No. 7**

¿Entiende usted que la figura del agente encubierto como técnica especial de investigación vulnera el debido proceso?

### **PREGUNTA No. 8**

¿Entiende usted que existe modo de concebir la intervención del agente encubierto en la investigación delictiva, garantizando el respeto al debido proceso?

### **PREGUNTA No. 9**

¿Opina usted si es necesario modificar los arts. 483 y 484 del COIP, sobre la intervención del agente encubierto en la investigación delictiva?

### **3.3.2. Entrevista**

Este instrumento de investigación será aplicado a una muestra de 5 operadores del derecho penal, a decir, un juez, dos fiscales y dos abogados en libre ejercicio.

### **PREGUNTA No. 1**

¿Sabe usted qué es el agente encubierto?

### **PREGUNTA No. 2**

¿Conoce usted cuál es el rol del agente encubierto en el proceso penal?

### **PREGUNTA No. 3**

¿Podría expresar si usted cree necesaria la intervención del agente encubierto como técnica especial e investigación ante la criminalidad organizada? Justifique su respuesta.

### **PREGUNTA No. 4**

¿Cuál es su opinión con respecto a la legalidad y valoración de la prueba que constituye el agente encubierto en el proceso penal?

### **PREGUNTA No. 5**

¿Entiende usted que la figura del agente encubierto como técnica especial de investigación vulnera el debido proceso? Justifique su respuesta por favor.

### **3.3.2 POBLACIÓN Y MUESTRA**

En esta investigación se pretende realizar encuestas a los abogados inscritos al Colegio de Abogados del Guayas, con sede en el cantón Guayaquil.

$$n = \frac{Z^2 * P * Q * N}{e^2 * (N - 1) + Z^2 * P * Q}$$

$$n = \frac{1.96^2 * 0.5 * 0.5 * 16566}{0.07^2 * (16566 - 1) + 1.96^2 * 0.5 * 0.5}$$

$$n = \frac{15909,98}{82,13}$$

$$n = 193$$

$N$  (Población) = 16566

$P$  (probabilidad de que ocurra el evento) = 0,5

$Q$  (probabilidad de que no ocurra el evento) = 0,5

$D$  (margen de error) = 0.05

$Z$  (nivel de confianza) = 1,96

De modo que, la muestra obtenida para encuestar es de 193 abogados inscritos al Colegio de Abogados del Guayas.

### **Resultados Encuesta.**

## **ABOGADOS REGISTRADOS EN EL COLEGIO DE ABOGADOS DEL GUAYAS, DATOS PARA OBTENER LA MUESTRA**

**Tabla 1 Población a utilizar para las encuestas**

<b>Tabla</b>			
<b>COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DEL GUAYAS</b>	<b>UNIVERSO</b>	<b>MUESTRA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
	<b>16.566 abogados</b>	<b>193 abogados</b>	<b>2%</b>

**Elaborado por:** (Hernández, 2020)

El estudio se realiza con el 2% de la población, siendo esta la muestra que equivale a la cantidad de 193 profesionales del Derecho, que se encuentran registrados en el Colegio de Abogados de la Provincia del Guayas.

## Resultados

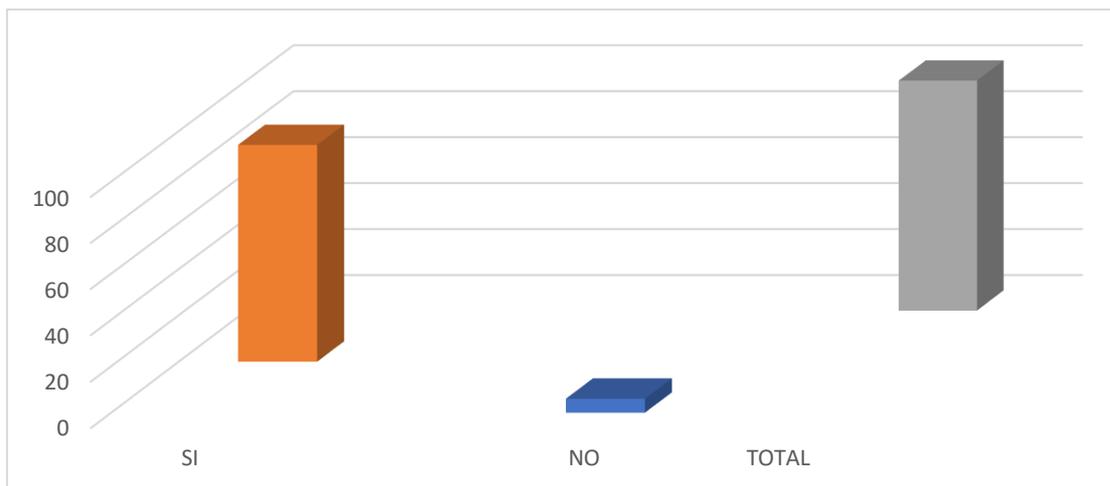
### PREGUNTA No. 1

¿Sabe usted qué es el agente encubierto?

**TABLA 1**

<b>RESULTADO</b>	<b>Cantidad de encuestados.</b>	<b>Porcentaje</b>
TOTALMENTE DE ACUERDO	181	94 %
DE ACUERDO	0	0%
INDIFERENTE	0	0%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	12	6 %
TOTAL	193	100%

**Elaborado por:** (Hernández, 2020)



### **GRÁFICO 1**

Elaborado por: (Hernández, 2020)

#### **Análisis Cuadro No. 1**

Según las encuestas realizadas a los abogados de la provincia del Guayas, se aprecia que el 94 % de la muestra encuestada sí tiene conocimiento de en qué consiste el agente encubierto y solo el 6% lo desconoce, nadie se muestra indiferente ante la pregunta.

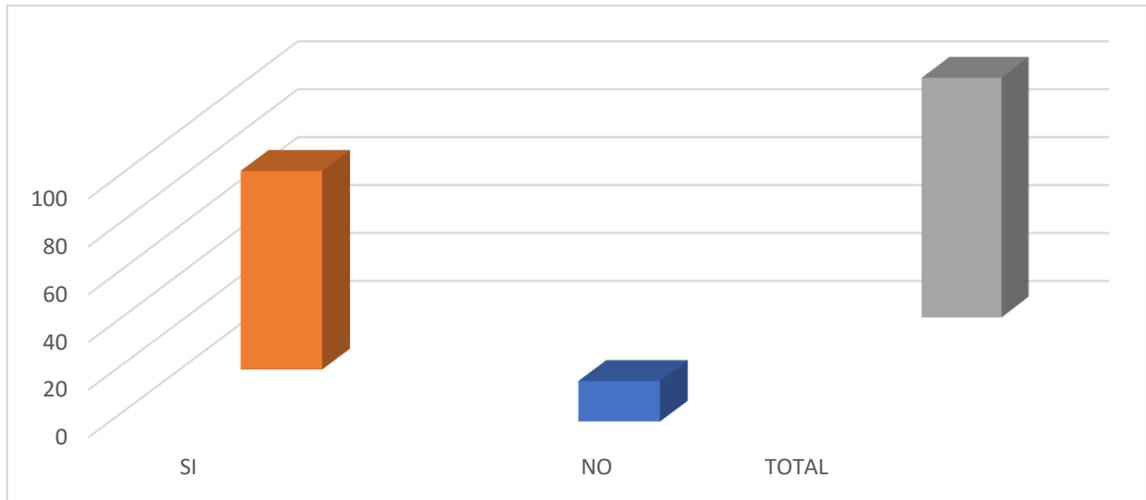
## PREGUNTA No. 2

¿Conoce usted cuál es el rol del agente encubierto en el proceso penal?

**TABLA 2**

<b>RESULTADO</b>	<b>Cantidad de encuestados.</b>	<b>Porcentaje</b>
TOTALMENTE DE ACUERDO	160	83 %
DE ACUERDO	0	0%
INDIFERENTE	0	0%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	33	17 %
TOTAL	193	100%

**Elaborado por:** (Hernández, 2020)



## GRÁFICO 2

Elaborado por: (Hernández, 2020)

### Análisis Cuadro N° 02

De los 193 abogados encuestados, se obtuvo las siguientes respuestas, el 83 % de la población manifestó que sí conocen cuál es el rol del agente encubierto, mientras que el 17 % lo desconoce, nadie se mostró indiferente al tema.

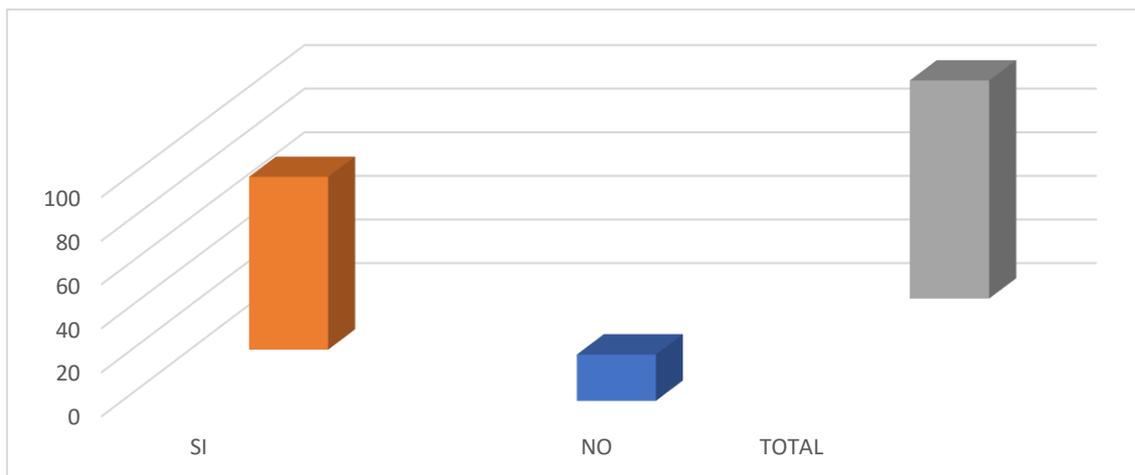
### PREGUNTA No.3

¿Logra identificar usted al agente encubierto como una técnica especial de investigación?

**Tabla 3**

<b>RESULTADO</b>	<b>Cantidad de encuestados.</b>	<b>Porcentaje</b>
TOTALMENTE DE ACUERDO	152	79 %
DE ACUERDO	0	0%
INDIFERENTE	0	0%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	41	21 %
TOTAL	193	100%

**Elaborado por:** (Hernández, 2020)



### **GRÁFICO 3**

Elaborado por: (Hernández, 2020)

#### **Análisis Cuadro N°. 3**

Se observa que el 79 % de los profesionales del derecho encuestados, conoce que el agente encubierto es una técnica especial de investigación, mientras que el 21 % indicó que lo desconocen.

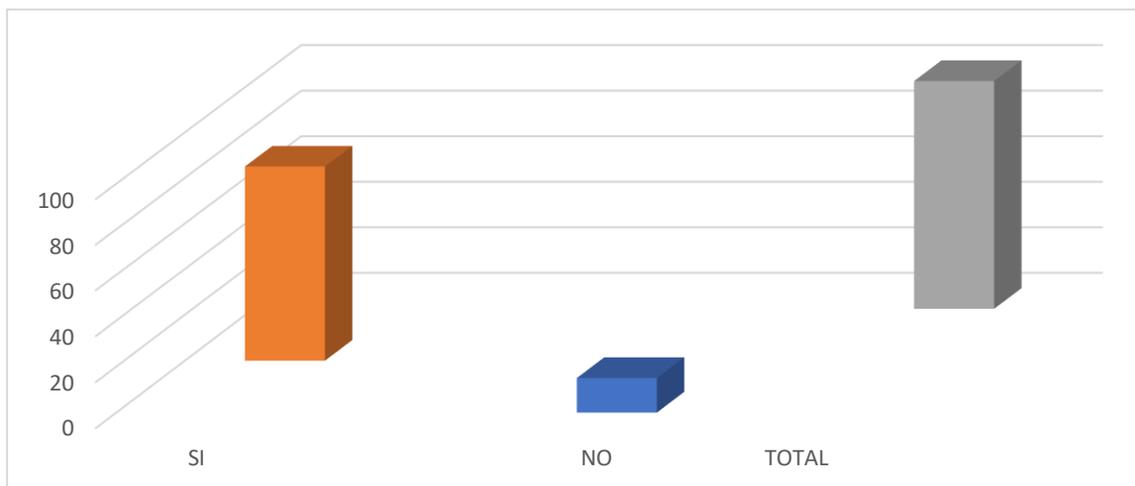
#### PREGUNTA N°4

¿Entiende usted que queda justificada dentro del proceso penal la presencia del agente encubierto en algunas modalidades delictivas?

**TABLA 4**

<b>RESULTADO</b>	<b>Cantidad de encuestados.</b>	<b>Porcentaje</b>
TOTALMENTE DE ACUERDO	165	85 %
DE ACUERDO	0	0%
INDIFERENTE	0	0%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	28	15 %
TOTAL	193	100%

**Elaborado por:** (Hernández, 2020)



#### **GRÁFICO 4**

Elaborado por: (Hernández, 2020)

#### **Análisis Cuadro N°. 4**

Conforme a los datos recopilados de las encuestas realizadas en el presente estudio, se establece que el 85 % encuestado refiere que en algunas modalidades delictivas queda justificada la intervención del agente encubierto como técnica especial de investigación, mientras que el 15 % refiere que no se justifica, nadie se mostró indiferente al tema, ni en términos medios.

### **PREGUNTA No. 5**

En el ejercicio de ponderación entre la necesidad de descubrir un hecho delictivo y determinar sus responsables y el derecho a la privacidad, confidencialidad e intimidad de las personas, ¿cuál prevalece sobre la otra?

----- necesidad de descubrir un hecho delictivo y determinar sus responsables

----- derecho a la privacidad, confidencialidad e intimidad de las personas

**TABLA 5**

<b>RESULTADO</b>	<b>Necesidad de descubrir un hecho delictivo y determinar sus responsables</b>	<b>Cantidad de encuestados.</b>	<b>Porcentaje</b>
TOTALMENTE DE ACUERDO		167	86 %
DE ACUERDO		0	0%
INDIFERENTE		0	0%
EN DESACUERDO		0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO		26	14 %
TOTAL		193	100%

**Elaborado por:** (Hernández, 2020)



### GRÁFICO 5

Elaborado por: (Hernández, 2020)

#### Análisis Cuadro N° 5

En cuanto a la opinión de los encuestados sobre cuál de las justificaciones señaladas tiene mayor ponderación sobre la otra obtuvimos que: el 86 % de los encuestados ha respondido que prevalece necesidad de Necesidad de descubrir un hecho delictivo y determinar sus responsables, sobre el derecho a proteger la privacidad, confidencialidad e intimidad de las personas, mientras que el 14 % dice que prevalece el derecho a proteger la privacidad, confidencialidad e intimidad de las personas sobre la Necesidad de descubrir un hecho delictivo y determinar sus responsables.

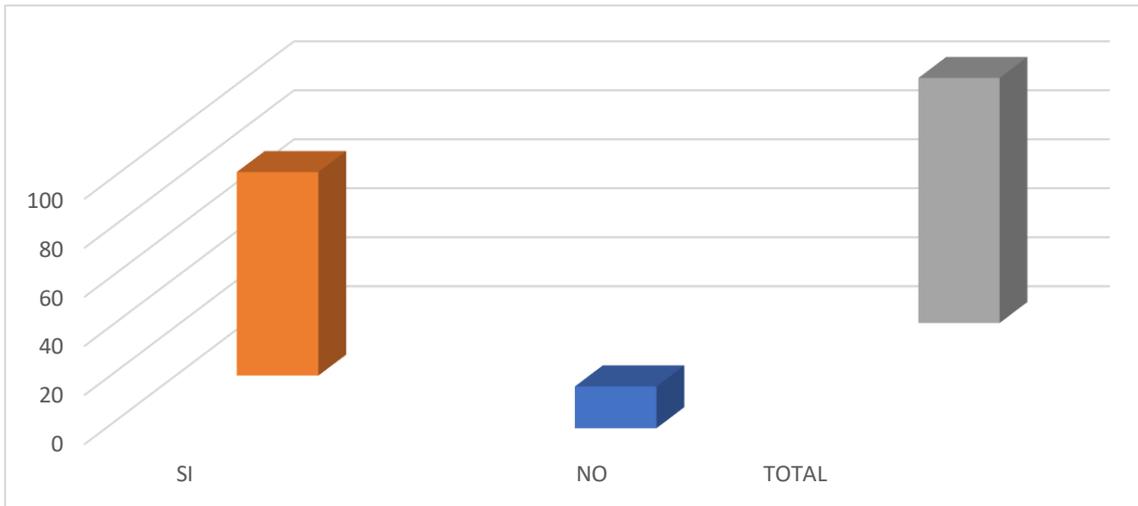
### **PREGUNTA No. 6**

¿Conoce usted cuáles son los Instrumentos Internacionales que conciben la intervención del agente encubierto en la criminalidad organizada?

**TABLA 6**

<b>RESULTADO</b>	<b>Cantidad de encuestados.</b>	<b>Porcentaje</b>
TOTALMENTE DE ACUERDO	161	83 %
DE ACUERDO	0	0%
INDIFERENTE	0	0%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	32	17 %
TOTAL	193	100%

**Elaborado por:** (Hernández, 2020)



**GRÁFICO 6**

Elaborado por: (Hernández, 2020)

**Análisis Cuadro No. 06**

Conforme a los datos obtenidos de la encuesta, el 83 % de la población encuestada conoce cuáles son los Instrumentos Internacionales que conciben la participación del agente encubierto para la investigación de la criminalidad organizada, mientras que el 17 % los desconoce.

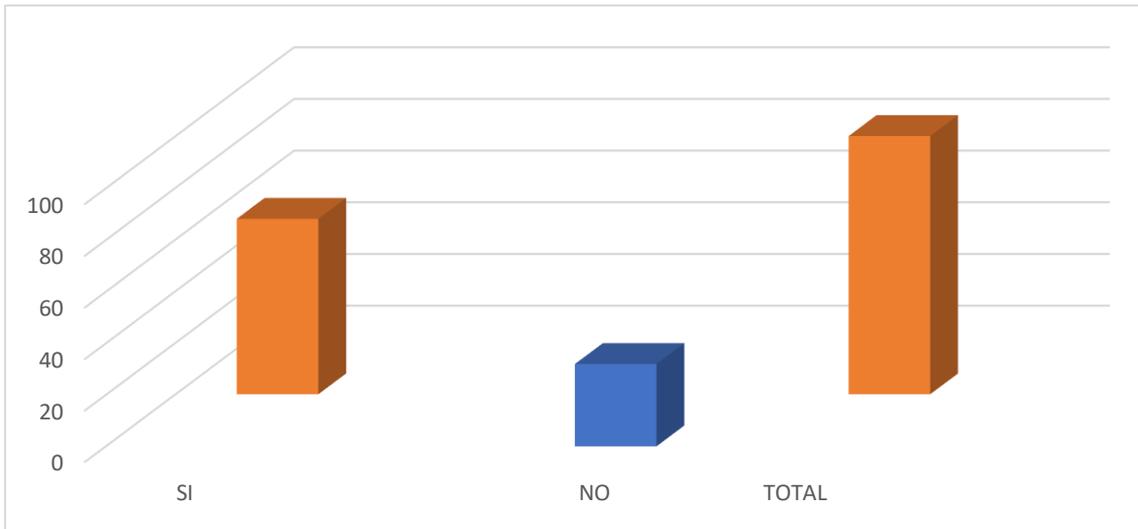
### PREGUNTA No. 7

¿Entiende usted que la figura del agente encubierto como técnica especial de investigación vulnera el debido proceso?

**TABLA 7**

<b>RESULTADO</b>	<b>Cantidad de encuestados.</b>	<b>Porcentaje</b>
TOTALMENTE DE ACUERDO	131	68 %
DE ACUERDO	0	0%
INDIFERENTE	0	0%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	62	32%
TOTAL	193	100%

**Elaborado por:** (Hernández, 2020)



**GRÁFICO 7**

Elaborado por: (Hernández, 2020)

**Análisis Cuadro N°. 07**

Conforme a los datos obtenidos de la encuesta, el 68 % de la población encuestada estima que el agente encubierto como técnica especial de investigación vulnera el debido proceso, mientras que, 32 % entiende que no lo vulnera.

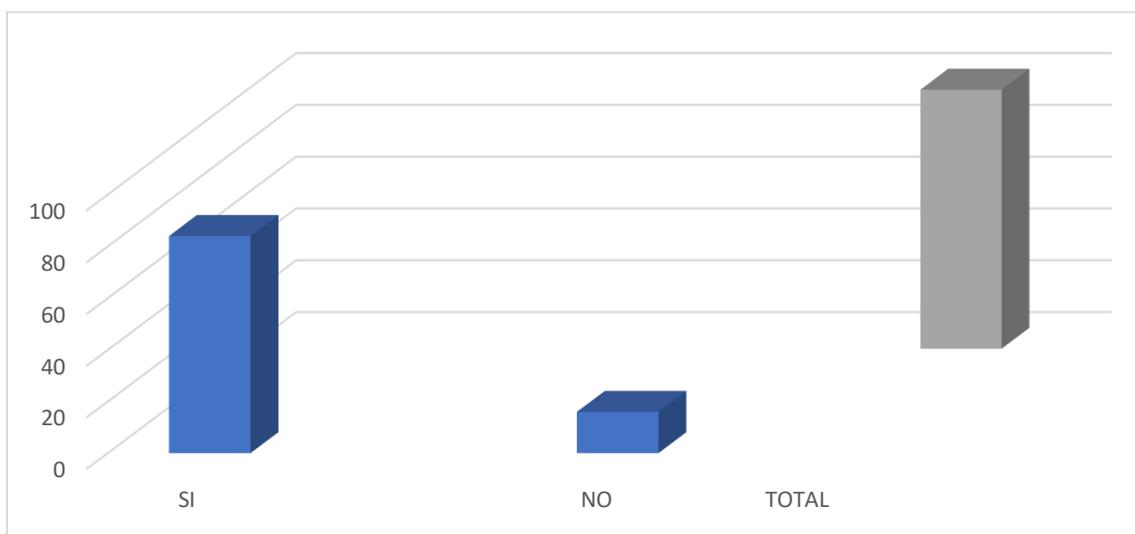
### **PREGUNTA No. 8**

¿Entiende usted que existe modo de concebir la intervención del agente encubierto en la investigación delictiva, garantizando el respeto al debido proceso?

**TABLA 8**

<b>RESULTADO</b>	<b>Cantidad de encuestados.</b>	<b>Porcentaje</b>
TOTALMENTE DE ACUERDO	163	84 %
DE ACUERDO	0	0%
INDIFERENTE	0	0%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	30	16 %
TOTAL	193	100%

**Elaborado por:** (Hernández, 2020)



### **GRÁFICO 8**

Elaborado por: (Hernández, 2020)

#### **Análisis Cuadro N°. 8**

Conforme a los datos obtenidos de la encuesta, el 84 % de la población encuestada entiende que, sí debe ser modificado que es necesario modificar el art. 640 del COIP, sobre reglas de tramitación del procedimiento directo a fin de garantizar el debido proceso, mientras que el 16 % entiende que no debe ser modificado dicho artículo.

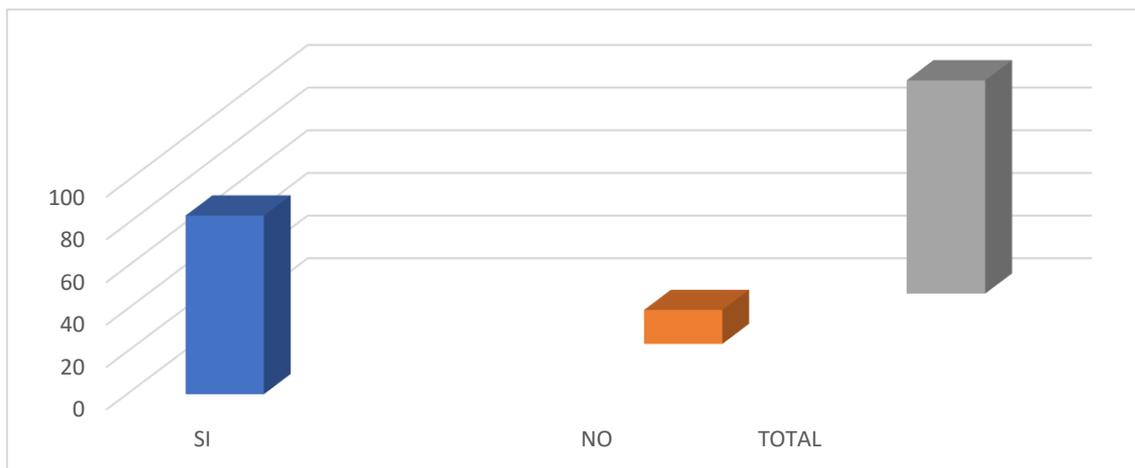
### PREGUNTA No. 9

¿Entiende usted que es necesario modificar los arts. 483 y 484 del COIP, sobre la intervención del agente encubierto en la investigación delictiva?

**TABLA 9**

<b>RESULTADO</b>	<b>Cantidad de encuestados.</b>	<b>Porcentaje</b>
TOTALMENTE DE ACUERDO	163	84 %
DE ACUERDO	0	0%
INDIFERENTE	0	0%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	30	16 %
TOTAL	193	100%

**Elaborado por:** (Hernández, 2020)



### **GRÁFICO 9**

Elaborado por: (Hernández, 2020)

#### **Análisis Cuadro No. 9**

Conforme a los datos obtenidos de la encuesta, el 84 % de la población encuestada entiende que, sí debe ser modificado los arts. 483 y 484 del COIP, a fin de garantizar el debido proceso, mientras que el 16 % entiende que no debe ser modificado dicho artículo, ninguna de las personas encuestadas se muestra indiferente ante el tema y pregunta.

## **Análisis de la Entrevista**

La otra técnica o instrumento de investigación que fue aplicado es la entrevista, sobre todo fundamentando la necesidad de explorar la calidad del problema científico planteado, y en este caso, entrevistando a expertos en el tema, es así como, logramos escoger para entrevistar a un juez, un abogado, un Fiscal, y un agente de investigación, por decirlo acorde a los roles de cada uno en el proceso penal.

Es así como, el 100 % de los entrevistados, conoce lo que es el agente encubierto, y cuál es su rol en el proceso penal, e incluso, todos tienen la opinión de que es necesaria su figura como técnica especial de investigación en el proceso penal, contestando así, las tres primeras preguntas formuladas en la entrevista.

Sin embargo, con respecto a las tres últimas preguntas, sobre la legalidad y respeto al debido proceso de la implementación de la figura del agente encubierto como técnica especial de investigación, así como, con respecto a su valoración como medio de prueba unido a la documental o testimonial o pericial, en dependencia del medio de prueba que sirva como vía para llegar a tribunal juzgador en cuestión.

Sobre esto el 75% entrevistado opina que no viola el debido proceso, que es legal, pues amerita la autorización de un juez y sin dicha autorización no podría implementarse y menso aun valorarse el resultado de esta técnica de investigación y que, una vez cumplido esto, es perfectamente valorable como prueba que ayude a esclarecer los hechos y la responsabilidad penal de los acusados en él.

Mientras que el 25 % de los entrevistados plantea que se implementa muchas veces de modo ilegal, que la norma no es clara para condicionar su validez, y que, por ende, afecta el debido proceso su implementación en estas condiciones aduciendo la necesidad de reformar la norma en tal sentido.

## CAPÍTULO IV

### 4.1 PROPUESTA/DESARROLLO DEL TEMA

#### **PROPUESTA: DOCUMENTO DE ANÁLISIS CRÍTICO-JURÍDICO.**

Después de haber analizado todas las posturas, vemos que los operativos conformados por agentes encubiertos no están definidos expresamente en nuestra legislación penal.

Esto no implica que la legislación haya negado su existencia. Por el contrario, tanto la legislación anterior a la reforma como la legislación actual han contemplado disposiciones amplias que permiten que la Policía Judicial desarrolle los actos de investigación necesarias para el esclarecimiento de delitos.

Además, la legislación actual permite considerar los operativos encubiertos dentro de la figura de operaciones de campo y en la figura de uso de informantes.

Sin embargo, en ambas leyes, tanto la anterior, como la actual, fue ambigua, o quizás, confusa la concepción del agente encubierto como figura representativa de una técnica especial de investigación.

Y es que, la naturaleza de este tipo de operativos encubiertos requiere un trato diferenciado que tampoco ha sido cubierto en nuestra legislación. Como regla general se señaló que sólo los miembros de la Policía Judicial pueden formar parte de estos operativos, esto incluye al personal civil que este bajo nombramiento. Sin embargo, no se ha estipulado si procede que miembros del personal civil puedan tener antecedentes penales que inhabiliten su participación en el operativo encubierto. Nuestra legislación no ha definido de forma específica cómo se debe manejar el personal policial en este tipo de operativos, lo cual dificulta su implementación.

Generalmente, los procesados participaron en un operativo encubierto que carecía de suficiente respaldo jurídico para prevenir los riesgos que podrían suscitarse. Dentro de

todos los puntos expuestos, vemos que no hubo un suficiente análisis de los hechos realizados por los procesados, ni de las normas aplicables al caso.

A lo largo de esta investigación hemos visto que la figura del Agente Encubierto en el Ecuador se presenta de forma incipiente en la legislación ecuatoriana. El análisis realizado en los capítulos anteriores indica que, a partir de la norma relacionada con el uso de informantes, se ha generado cuatro criterios por parte de: Fiscalía, Policía Judicial, propuesta planteada en el Código Orgánico Integral Penal, y el criterio reflejado a través de la jurisprudencia estudiada. El primer criterio, sostenido por la Fiscalía de la Unidad de Delitos Transnacionales y Delincuencia Organizada, afirmó que la figura analizada constituye una técnica investigativa relacionada con el uso de informantes, pero no implica una puerta abierta a la figura del agente encubierto en nuestra legislación.

El representante de la Unidad señaló que existen ciertos métodos policiales que consisten en el uso de fuentes humanas para la obtención de información. A esta postura se adhirió Moreno por medio de su artículo, en el que estableció que este tipo de fuentes se convierten en los ojos y oídos del investigador. Sin embargo, como mencionamos anteriormente, la concepción de esta figura se inclina a que su uso es ilegítimo frente al resto de la legislación procesal penal y frente a normas constitucionales.

Uno de sus argumentos se basó en la vulneración de garantías constitucionales generada por la implementación de esta figura, que genera una ineficacia probatoria a la hora de juicio.

Además, según esta postura la ineficacia de la figura estudiada es capaz de contagiar el resto de las evidencias que se obtuvieron con la violación de garantías constitucionales. Frente a este criterio, el segundo punto de vista fue el planteado por la doctrina internacional en base a la visión de Argentina y Perú.

El concepto de agente encubierto, proporcionado por estos Estados, se opone a la definición del referido Fiscal. Según la doctrina mencionada en los capítulos anteriores, esta técnica investigativa no involucra que el agente policial induzca a miembros de la organización criminal a cometer delitos; lo cual corresponde a la figura del Agente Provocador.

Por el contrario, la figura estudiada tiene como finalidad infiltrarse en la organización delictiva para informar al tribunal sobre la composición y organización del grupo, y lograr que en función de sus informes; se logren medios probatorios.

Este tipo de operativos; en donde participen agentes encubiertos, pueden asegurar el éxito en el objetivo de capturar a la organización de narcotraficantes. Sin embargo, a pesar de esa aseveración, el caso presentó una serie de inconvenientes que influyeron, en cierta medida, la implementación de esta figura por medio del sistema penal procesal ecuatoriano.

Nuestra legislación no brinda una solución, puesto que no estipula, de forma diferenciada para estos operativos, el alcance ni los límites de la ayuda proporcionada por el personal civil. Todos estos factores nos indican que el Agente Encubierto, como método de investigación, no ha sido desarrollado en la legislación ecuatoriana. Esta falta de tratamiento legislativo y reglamentario ha producido conflictos al momento de ordenar la actuación de este tipo de agentes en una investigación. De igual manera, se han generado conflictos al momento de reconocer el trabajo realizado por estos operativos. Por ende, se plantea la necesidad de cubrir esta deficiencia a través de una debida reglamentación, en la que se otorgue un marco de actuación para el funcionamiento de este tipo de operativos.

Pero antes, hay que considerar la necesidad de la legislación ecuatoriana en establecer una definición respecto a esta figura.

A nuestro criterio, esta es una concepción que se encuentra acorde con los principios de derecho estipulados en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, a partir de esta noción de la figura, se propone un marco que tome en cuenta la naturaleza de sus funciones y el objetivo de su misión dentro de un proceso penal. En base a lo planteado, la reforma a los Arts. 483 y 484 del COIP deben reflejar puntos como:

**Art. 1.- Principios aplicables.**

En puntos anteriores se estableció algunos principios que rigen esta técnica de investigación. Es necesario que la reglamentación que se haga a esta figura está basada en principios, que permitan comprender su naturaleza y modo de funcionamiento. Esto no implica que los previstos manifestados de forma excluyan a principios que se desprendan de la propia naturaleza de la figura estudiada. Por lo tanto, los principios que deben establecerse de forma expresa son los siguientes: subsidiaridad, necesidad y proporcionalidad. El primero implica que la técnica se aplique cuando no haya otro mecanismo más eficiente que responda a las necesidades investigativas del caso.

Para este efecto, la jurisprudencia argentina considera que el juez debe analizar la posibilidad de utilizar otro mecanismo de investigación antes de contemplar esta figura. Por consiguiente, ante la circunstancia que esos mecanismos tradicionales no sean idóneos, se considera justificable que se recurra a la utilización de un operativo encubierto.

En cuanto al segundo principio, éste significa que el método de investigación implementado debe enfocarse de forma estricta en la finalidad de la investigación, es decir, el delito que sirvió de precedente para iniciar la investigación. Por último, el tercer principio demuestra los límites de actuación. El agente debe limitar su actuación a

los objetivos del operativo, es decir, a la obtención de información relacionada con la organización criminal y el delito investigado. De tal manera que pueda dar aviso a su superior para que se proceda a la recolección de pruebas.

### **Art. 2.- Ámbito de aplicación**

El ámbito de aplicación es un factor que debe ser analizado de forma cuidadosa, debido a que constituye los delitos que podrán ser investigados por medio de esta figura. En base a lo mencionado con anterioridad, vimos que las legislaciones de Perú y Argentina coinciden en que delitos vinculados al narcotráfico sean objeto de investigación de la figura del agente encubierto.

Perú amplió su ámbito a los delitos ligados con el crimen organizado, ya que los efectos de este fenómeno no han podido ser contrarrestados con técnicas tradicionales de indagación. En base a estos antecedentes, nuestra reglamentación debe considerar la naturaleza de los delitos en que se pretenda implementar esta técnica. Según González existe un factor moral que debe ser analizado en cada tipo penal.

Por ejemplo, en el caso de los delitos de narcotráfico el factor moral permite que se realicen este tipo de operativos.

Por otro lado, para delitos como el tráfico de armas puede tener una connotación moral mucho mayor que impida la implementación de esta técnica.

### **Art. 3.-Modo de implementación**

La figura del Agente Encubierto debe sujetarse a un proceso de implementación a cargo de una autoridad que tenga la competencia para nombrar a la persona que va a desarrollar ese tipo de actividades. Algunas legislaciones de Latinoamérica han optado por designar al juez como órgano principal en la designación, mientras que otras prefieren que el fiscal sea el que designe el agente. En ambas hipótesis la finalidad está enfocada en que la Policía Judicial no sea la entidad que inicie investigaciones de oficio,

sin el control por parte de una autoridad competente que vigile el cumplimiento de garantías constitucionales.

Este último punto está ligado a los antecedentes ecuatorianos en relación con la facultad que tenía la Policía Judicial en iniciar indagaciones de oficio. Los antecedentes plasmados en el Capítulo Dos muestran que se cometieron muchas violaciones a derechos humanos, al permitir que los miembros de la policía nacional realicen investigaciones sin la debida rendición de cuentas.

Esto reflejó que mecanismos de investigación de esta naturaleza no pueden estar bajo la coordinación general de la Policía Judicial, sino que una autoridad judicial sea el ente rector que dirija este tipo de operativos vinculados a un proceso judicial. En nuestro caso, consideramos que la fiscalía, a través de una Unidad Especializada, debe ser la entidad a cargo de llevar a cabo el procedimiento de implementación de esta figura. Lo anterior no excluye que el pedido para solicitar la incorporación de un agente encubierto en una investigación pueda ser iniciado por los miembros de la policía judicial. Una vez que llegue la solicitud de parte del fiscal o miembros de la policía que se encuentren involucrados en la investigación iniciada, la Unidad Especializada debe basar su procedimiento de designación a partir de parámetros estipulados en un Reglamento.

Algunos de los parámetros que puede contener el Reglamento deben consistir en: la existencia de una investigación en curso, el cumplimiento de los principios mencionados y la idoneidad del oficial que va a desempeñar esta labor. En relación con este último punto, es indispensable que el Reglamento defina que las personas habilitadas para desempeñar esta labor, solo pueden ser los miembros de la Policía Nacional.

Adicionalmente, se debe dejar en claro el punto relacionado con los antecedentes penales, ya que en algunos casos esos antecedentes pueden constituir vínculos útiles entre el agente y la organización criminal.

Una vez que se han verificado los parámetros, la Unidad Especializada debe emitir una resolución en la que se manifieste todos los puntos relacionados con el operativo encubierto. La legislación peruana es muy útil en relación a este tema, puesto que el documento emitido por el fiscal contiene puntos como: la identidad real y la ficticia del agente, las actuaciones que puede realizar siempre y cuando tengan estricta relación con la investigación del delito, el período de duración de su designación, el objetivo del operativo, la designación del Jefe del Operativo, la obligación en notificar de forma periódica los avances de la labor encomendada, y cualquier otro punto que el fiscal estime necesario para la investigación.

En base a este ejemplo proporcionado, hay que destacar algunos puntos importantes como; límites de actuación, duración, voluntariedad del oficial y reserva de la designación otorgada por la Unidad Especializada de la fiscalía. En cuanto al primer punto, el principio de proporcionalidad es un elemento implícito en esta figura, esto quiere decir que el agente debe observar una correspondencia entre su actuación y el delito que está investigando.

Por otro lado, la duración debe estar definida de forma clara, debido a que estos operativos deben ser parte de la fase de Indagación Previa, cuya duración está limitada por nuestra legislación ecuatoriana. En el caso de la legislación colombiana, se ha considerado que este tipo de operativos tenga una duración máxima de un año, mientras que la legislación peruana consideró que el tiempo máximo sea de seis meses.

Ambas opciones deben ser analizadas considerando la experiencia de los fiscales y los policías en la realización de operativos de alta complejidad. Adicionalmente, la

voluntariedad en aceptar la designación debe ser tomada en cuenta en la reglamentación. En los anteriores capítulos observamos que las legislaciones citadas optaron por hacer prevalecer la voluntad del oficial frente a la tarea encomendada.

Consideramos que la postura del Ecuador debe también inclinarse a esa tesis, puesto que los operativos encubiertos son complejos y existe un nivel de riesgo mayor al ordinario, por el cual no se puede hacer obligatoria la aceptación. Por último, la resolución emitida por la Unidad Especializada debe mantenerse bajo un escudo de reserva, que también cubra la información que obtenga el agente en el operativo.

Esta postura está basada en la necesidad de lograr la finalidad de estos operativos, que por su naturaleza requieren que la reserva cubra los puntos mencionados. En consecuencia, la información obtenida por el oficial debe estar al servicio del fiscal que dirige la investigación y los actos probatorios necesarios. Cabe mencionar que el principio de reserva no puede ser concebido de forma absoluta, debido a que se pueden presentar situaciones en las que el AE deba declarar en el proceso penal.

#### **Art. 4.- Modo de ejecución**

El modo de ejecución de la figura del agente encubierto es producto de la forma en que se designó al oficial para que forme parte del operativo. Las legislaciones citadas han demostrado que el modo de ejecución de esta técnica debe estar sujeto a la resolución que le dio origen.

De igual manera, la reglamentación propuesta debe incluir este aspecto, ya que constituye la forma en que se materializa el documento emitido por la autoridad competente para dar inicio a la investigación. Como se mencionó anteriormente, el personal habilitado para ejercer esta labor debe ser miembro de la Policía Nacional. El fiscal en colaboración con la policía judicial debe coordinar a través del servicio de

antinarcóuticos, que se conforme un grupo de oficiales que conformen el operativo. Adicionalmente, en base a la resolución que designó al oficial se debe cumplir todos los puntos detallados en ese documento. De esta forma, el desarrollo de la investigación se ajusta a la finalidad prevista con anterioridad y se ejerce un control por el fiscal a cargo y el jefe de operativo. Por otro lado, resulta importante que el oficial encubierto se encuentre en comunicación periódica con el oficial superior, y que éste informe los puntos relevantes del operativo al fiscal correspondiente.

La razón de este punto se deba que el fiscal debe conocer los avances de la investigación y los actos probatorios que se deban llevar a cabo en el momento preciso. Cabe recalcar que una de las finalidades del AE es lograr la detención de los responsables del delito investigado, por lo que el agente debe informar a tiempo los movimientos y actuaciones de la organización criminal.

Además de los puntos mencionados, es importante tratar el tema relacionado con la incorporación de la información obtenida por el agente.

Es importante que la noción de testigo atribuida a la figura del agente encubierto deba comprender la naturaleza doctrinaria de esta técnica investigativa. Esto implica que los principios descritos en los capítulos anteriores deben ser considerados al momento de evaluar la introducción del testimonio del agente. Esta postura basada en la rendición del testimonio personal del agente debe ser analizada bajo circunstancias en las que resulte indispensable dicho testimonio.

Por ejemplo, en la legislación argentina, en la que el juez es el órgano que designó al agente encubierto, algunos juristas consideraron que no es necesaria la revelación de identidad.

Esta postura se basa en el hecho que el juez conoció todas las actuaciones del agente encubierto y su verdadera identidad cuando se le asignó el trabajo en la operación encubierta.

A pesar de las dos posturas que se han dado para esta realidad jurídica, consideramos que nuestra reglamentación debe inclinarse a la develación de identidad del agente encubierto.

Lo anterior, siempre y cuando se verifiquen las circunstancias necesarias y relevantes que motivaron su comparecencia ante el juzgado. Este argumento está respaldado por la doctrina argentina, la cual dispone que esta tesis ampare, de forma integral, el cumplimiento del derecho de defensa a favor del procesado y el desarrollo legal y constitucional del interrogatorio.

Este hecho constituye un derecho establecido en la Constitución y en los Tratados Internacionales relacionados con derechos humanos.

Respecto a nuestra Constitución, se ha prescrito que una de las garantías del derecho a la defensa es la obligación que tienen los testigos de comparecer ante el Juez y la obligación de responder el interrogatorio.

De forma complementaria al precepto constitucional, la Ley procesal penal ecuatoriana ha establecido que se deben aplicar en todas las etapas del proceso las normas que garanticen el debido proceso.

En consecuencia, el interrogatorio y el conainterrogatorio debe reflejar, que ambas partes se encuentren en igualdad de oportunidades al momento de la interrogación de los testigos.

De esta manera, se precautela el derecho a la defensa de los procesados. Estas normas constitucionales y legales se complementan con la disposición de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

La Convención establece el derecho de todo procesado de obtener la comparecencia de testigos que puedan “[...] arrojar luz sobre los hechos”.

Asimismo, se proporciona una protección más integral con lo dispuesto en el Pacto citado, donde se dispone el derecho del proceso en interrogar bajo de igual manera a los testigos que comparezcan a juicio.

En base a las normas, de carácter interno e internacional alegadas, señalamos que la comparecencia del agente encubierto bajo los parámetros estipulados debe ir acorde con las garantías del debido proceso; en especial el derecho a la defensa. No obstante, el cumplimiento de este derecho no implica que el agente encubierto quede en un estado de peligrosidad por haber revelado su identidad. Por el contrario, el agente encubierto debe estar amparado por un sistema de protección que lo resguarde frente a una eventual presentación ante el tribunal.

#### **REFORMAR EL ART. 483 y 484**

##### **CONSIDERANDO:**

Que el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador enmarca al ordenamiento jurídico nacional dentro de los lineamientos de un Estado constitucional de derechos y justicia y que es necesario realizar cambios normativos que respondan coherentemente al espíritu de la Constitución;

Que la Constitución, de conformidad con el artículo 75, reconoce a las personas el derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, y que en ningún caso quedarán en indefensión;

Que el artículo 76 de la Constitución ordena que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, como en el caso de los penales, se asegurará las garantías que integran el debido proceso, garantías de la defensa para la

persona procesada y garantías para las víctimas, que deben ser canalizadas a través de la ley penal;

Que el Código Orgánico Integral Penal, debe ser actualizado y adecuado a las exigencias del Estado constitucional de derechos y de justicia, en precautela de los derechos de los justiciables, entre ellos el debido proceso y seguridad jurídica;

Que el sistema penal en su componente sustantivo mantiene tipos obsoletos, pues no responde a las necesidades actuales de la población; en su componente adjetivo es ineficiente y no ha logrado afianzar procesos justos, rápidos, sencillos, ni tampoco ha coordinado adecuadamente las acciones entre todos sus actores; y, en su componente ejecutivo no ha cumplido con sus objetivos y se ha convertido en un sistema burocrático y poco eficaz, lo que justifica una reforma integral y urgente al Sistema Penal en su conjunto;

Que la Asamblea Nacional de acuerdo con el artículo 84 de la Constitución, tiene la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución e instrumentos internacionales;

**Art. 483.- Operaciones encubiertas.-** En el curso de las investigaciones de manera excepcional, bajo la dirección de la unidad especializada de la Fiscalía y por la autorización de un Juez competente, se podrá planificar y ejecutar con el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, una operación encubierta y autorizar a sus agentes para involucrarse o introducirse en organizaciones o agrupaciones delictuales ocultando su identidad oficial, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir y recoger información, elementos de convicción y evidencia útil para los fines de la investigación. El agente encubierto estará exento de responsabilidad penal o civil por aquellos delitos en que deba incurrir o que no haya

podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, aplicando el debido proceso y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma, a su vez no actué como agente provocador, caso contrario será sancionado de conformidad con las normas jurídicas pertinentes.

**Art. 484.- Reglas.** - Las operaciones encubiertas deberán observar las siguientes reglas:

1. La operación encubierta será dirigida por la unidad especializada de la Fiscalía. Podrá solicitarse por el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, solicitado por la fiscalía y autorizado por el Juez competente, los antecedentes necesarios que la justifiquen; y no podrá durar más del tiempo señalado en la investigación previa o instrucción fiscal, según sea el caso.

2. La solicitud de la o el fiscal y la autorización judicial deberá ser fundamentada y responderá al principio de necesidad para la investigación, se deberá imponer limitaciones de tiempo y controles que sean de utilidad para un adecuado respeto a los derechos de las personas investigadas o procesadas.

3. En ningún caso será permitido al agente encubierto, impulsar delitos que no sean de iniciativa previa de los investigados; de lo contrario será sancionado por el hecho generado y conforme a la normativa correspondiente.

4. La identidad otorgada al agente encubierto será mantenida durante la versión o testimonio que se presente en el proceso. La autorización para utilizar la identidad no podrá extenderse por un período superior a dos años, prorrogable por dos años más mediante debida justificación.

5. De ser necesario en el caso concreto investigado, todo agente encubierto y su cónyuge, conviviente, parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad, tendrá las mismas protecciones que los testigos.

6. Las versiones del agente encubierto servirán como elementos de convicción dentro de la investigación; y su testimonio como medio de prueba en la audiencia de juicio.

7. En caso de realizar diligencias que requieran autorización judicial, dentro de las funciones de agente encubierto, la o el Fiscal las solicitará al juzgador competente por cualquier medio, guardando la debida reserva.

8. Los elementos de convicción y medio de prueba, obtenidos por agentes encubiertos no autorizados y los provenientes de actos impulsados por el agente encubierto, carecen de todo valor probatorio.

## CONCLUSIONES

- 1- La mayoría de la doctrina e incluso, de la jurisprudencia internacional, considera como un medio útil para enfrentar el cometimiento de delitos graves, la intervención del agente encubierto, sin que se lo haya cuestionado, ni sea contrario a los postulados del Estado de Derecho, por lo que entendemos que es legal y permitido la operación encubierta y las actuaciones del “agente encubierto”; ya que la normativa procesal constante en el COIP señala que la operación encubierta estará autorizada en forma fundamentada por el fiscal y dirigida por la unidad especializada de la Fiscalía, debiendo responder al principio de necesidad para la investigación, con limitaciones de tiempo y controles para un adecuado respeto a los derechos de las personas investigadas o procesadas.
- 2- El agente encubierto estará exento de responsabilidad penal y civil, por aquellos delitos en que deba incurrir o que no haya podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma; ya que en caso contrario será sancionado de conformidad con las normas jurídicas pertinentes; porque no le estará permitido que impulse el cometimiento de delitos, que no sean de iniciativa propia de los investigados; pero en el caso de que se requiera de alguna diligencia, se deberá previamente obtener la autorización judicial, la que será solicitada por el fiscal al juez competente, por cualquier medio, guardando la debida reserva.

- 3- Queda claro que el desarrollo y trámite de la operación encubierta debe ser especialmente reservada; y solo en casos excepcionales el agente encubierto rendirá testimonio en el juicio oral, para ello se le otorgará la debida seguridad y lo rendirá cuando sea estrictamente necesario para el éxito de la operación, cuando no existan otros medios de prueba que permitan establecer ante el juez, la responsabilidad de los acusados y la información que tenga el agente sea de carácter trascendental para el éxito de la pretensión de la Fiscalía.
  
- 4- Sin embargo, el agente encubierto, tal y como está concebido en los arts. 483 y 484 del COIP, contienen vulneraciones al debido proceso a la hora de aplicar esta investigación, tales como, al ser secreta la investigación, el o los procesados no conocen con tiempo suficiente para poder defenderse y conocer que están siendo objetos de una investigación. Por ende, no pueden ejercer su derecho a la defensa, ni proponer elementos de convicción, ni impugnar los aportados por la fiscalía, ni rendir versión temprana en virtud de ejercer su derecho a la defensa oportuno y eficaz.

## **RECOMENDACIONES**

- 1-** Recomiendo a la policía nacional, junto a los agentes encubiertos a mejorar sus técnicas de investigación.
- 2-** Recomendamos a la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, tenga a bien organizar conversatorios y seminarios con la participación de docentes, estudiantes y operadores del Derecho Penal, a fin de reflexionar juntos sobre nuestro documento de análisis crítico y nuestra propuesta en concreto, para así poder compartir estos resultados y persuadir sobre la necesidad de que sean implementadas la propuesta de reforma de la norma penal contenida en los arts. 483 y 484 del COIP a fin de garantizar el respeto al debido proceso.
- 3-** Se recomienda a las instituciones competentes a realizar seminarios, a las universidades, y a los propios agentes encubiertos, para una mayor capacitación.
- 4-** Se recomienda a la asamblea nacional a que analice esta investigación con el fin de proponer esta reforma al COIP.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Anarte, E. y Ferré, J. (1999). Conjeturas sobre la criminalidad organizada, En: Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos. Universidad de Huelva.
- Arciniegas, G. (2007). Policía judicial y sistema acusatorio. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.
- Bedoya, L. (2008). La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano. Medellín, Comlibros y Cía Ltda.
- De la Cruz, R. (2006), Crimen Organizado, Delitos más frecuentes. Aspectos criminológicos y penales. La Habana, Cuba.
- Del Pozo, M. (2006). El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española». En: Criterio Jurídico. Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana. Santiago de Cali.
- Echandía, D., (1981), Compendio de derecho procesal, t. I, ed. ABC, Bogotá.
- Fajardo, L. (S.F) Interceptación de comunicaciones en el sistema acusatorio» En: Apuntes en torno al sistema penal acusatorio colombiano. Defensoría del Pueblo, Medellín, Proyecto Cofinanciado por USAID-Instituto Ideas, S.F.
- Farto, A. (2017), El Agente Encubierto en el Código Orgánico Integral Penal, Universidad San Francisco de Quito USFQ.
- Gimeno, V. (2005) Derecho procesal penal. Madrid, Editorial Colex.
- González, P. (2007) La policía judicial en el sistema penal acusatorio. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- González, S. (2006), El Agente Encubierto como Medio de Prueba, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso.

- Granados, C. (2001). Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado: agente encubierto, entrega vigilada, el arrepentido, protección de testigos, posición de la jurisprudencia». En: Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, número 2.
- Guariglia, F. (2007) El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?» (en línea). Disponible en: [http:// www.cienciaspenales.org](http://www.cienciaspenales.org).
- Guerrero, O. (2007). Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.
- Hefendehl, R. (2004). ¿La criminalidad organizada como fundamento de un derecho penal de enemigo o de autor?» En: Derecho Penal y Criminología. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Volumen 25, número 75
- Jauchen, E. (2005). Derechos del imputado. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores.
- López, J. (2004). Tratado de derecho procesal penal. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi S.A.
- Magaz, R. (2007), Respuestas político-criminales a la delincuencia internacional: narcotráfico y terrorismo. El Agente Encubierto. Instituto Universitario.
- Montoya, M. (1998). Informantes y técnicas de investigación encubiertas: análisis constitucional y procesal penal. Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L. }
- Redondo, A., (2004), El agente encubierto en la jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Rendo, A. (2007). Agente encubierto». En: el Dial.com, Biblioteca Jurídica Online. Editorial Albrematica, Tucumán, S.F. Disponible en: [www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm](http://www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm).
- Riquelme, E. (2006). El agente encubierto en la ley de drogas: la lucha contra la droga en la sociedad del riesgo». En: Política criminal (en línea). Revista electrónica de la

- Universidad de Talca, Centro de Estudios en Derecho Penal. S.L. Año 2, número 2 (2006).
- Roxin, C. (2000). La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Traducción Carmen Gómez Rivero y M<sup>a</sup> del Carmen García Cantizano. Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Ruiz, L. «Qué es el delito provocado». En: Revista de Derecho Penal. Editorial Leyer. Bogotá, número 10 (diciembre 1998 – enero 1999).
- Sancinetti, M. y Ferrante, M, (1995). Límites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, (1009), Manual de Técnicas Especiales de Investigación (TEI) Agente Encubierto y Entrega Vigilada, Bolivia: Gaceta Judicial.
- Urbano, J. (S.F) 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.
- Quinatoa, G., (2018), “La responsabilidad penal y civil de los agentes encubiertos en los procesos de investigación de delincuencia organizada”, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Ambato.
- Zaffaroni, E. «El agente provocador». En: Revista de Derecho Penal. Editorial Leyer. Bogotá, número 10 (diciembre 1998 – enero 1999).

## **CUERPOS LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador: 20 oct. 2008 - Registro Oficial N° 449 Lunes

20 de Octubre del 2008 -

Código Orgánico Integral Penal: Registro Oficial. Oficio No. SAN-2014-0138 Quito, 03

de febrero de 2014

## **LINKOGRAFÍA**

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/88/lecciones-y-ensayos-88-paginas-175-195.pdf>

<http://aidpespana.uclm.es/pdf/criminalidad/rrodriguez.pdf>

<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/260/1023>

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17118.pdf>

[http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/articulo\\_25\\_ley\\_20000\\_agente\\_encubierto\\_CZ.pdf](http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/articulo_25_ley_20000_agente_encubierto_CZ.pdf)

[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121134/1/DDAFP\\_CardosoFlavio\\_Tesis.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121134/1/DDAFP_CardosoFlavio_Tesis.pdf)

[http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/873\\_mod\\_iv\\_v04042011.pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/873_mod_iv_v04042011.pdf)

[http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/873\\_mod\\_iv\\_v04042011.pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/873_mod_iv_v04042011.pdf)

<file:///C:/Users/SEGUI-INVESTIGACION/Downloads/Dialnet->

[EntregaVigiladaAgenteEncubiertoYAgenteProvocador-3004311.pdf">EntregaVigiladaAgenteEncubiertoYAgenteProvocador-3004311.pdf](#)

<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2012/fjn973a/doc/fjn973a.pdf>

## **ANEXOS**

### **Encuesta:**

#### **PREGUNTA No. 1**

¿Sabe usted qué es el agente encubierto?

#### **PREGUNTA No. 2**

¿Conoce usted cuál es el rol del agente encubierto en el proceso penal?

#### **PREGUNTA No. 3**

¿Logra identificar usted al agente encubierto como una técnica especial de investigación?

#### **PREGUNTA No. 4**

¿Entiende usted que queda justificada dentro del proceso penal la presencia del agente encubierto en algunas modalidades delictivas?

#### **PREGUNTA No. 5**

Establezca según su criterio cómo pondera las siguientes situaciones dentro el debido proceso.

----- necesidad de descubrir un hecho delictivo y determinar sus responsables

----- necesidad de violar la privacidad e intimidad de las personas

#### **PREGUNTA No. 6**

¿Conoce usted cuales son los Instrumentos Internacionales que conciben la intervención del agente encubierto en la criminalidad organizada?

**PREGUNTA No. 7**

¿Entiende usted que la figura del agente encubierto como técnica especial de investigación vulnera el debido proceso?

**PREGUNTA No. 8**

¿Entiende usted que existe modo de concebir la intervención del agente encubierto en la investigación delictiva, garantizando el respeto al debido proceso?

**PREGUNTA No. 9**

¿Opina usted si es necesario modificar los arts. 483 y 484 del COIP, sobre la intervención del agente encubierto en la investigación delictiva?

**Entrevista**

Este instrumento de investigación será aplicado a una muestra de 5 operadores del derecho penal, a decir, un juez, dos fiscales y dos abogados en libre ejercicio.

**PREGUNTA No. 1**

¿Sabe usted qué es el agente encubierto?

**PREGUNTA No. 2**

¿Conoce usted cuál es el rol del agente encubierto en el proceso penal?

**PREGUNTA No. 3**

¿Podría expresar si usted cree necesaria la intervención del agente encubierto como técnica especial e investigación ante la criminalidad organizada?

Justifique su respuesta.

**PREGUNTA No. 4**

¿Cuál es su opinión con respecto a la legalidad y valoración de la prueba que constituye el agente encubierto en el proceso penal?

**PREGUNTA No. 5**

¿Puede mencionar usted tres de los Instrumentos Internacionales que conciben la intervención del agente encubierto en la criminalidad organizada?

**PREGUNTA No. 6**

¿Entiende usted que la figura del agente encubierto como técnica especial de investigación vulnera el debido proceso? Justifique su respuesta por favor.

## **Entrevistas**

**Dr. Mario Tenemaza**

**Juez de garantías penales de unidad judicial Valdivia sur**

**¿Sabe usted qué es el agente encubierto?**

El agente encubierto es el que ayuda en la investigación, es un miembro auxiliar del señor fiscal, quien se inmiscuye en una banda delincencial para que logre sacar una información que sea de mucha importancia para una determinada investigación.

**¿Conoce usted cuál es el rol del agente encubierto en el proceso penal?**

El de infiltrarse a una banda o red delincencial y comprobar y afirmar pruebas y elementos de convicción que ayuden a la investigación de una determinada causa

**¿Podría expresar si usted cree necesaria la intervención del agente encubierto como técnica especial e investigación ante la criminalidad organizada?**

Por supuesto que sí, el agente encubierto es la persona que da la luz a la investigación, es el que va al campo, que se rodea del medio para sacar información y llegar a una clara y objetiva investigación.

**¿Cuál es su opinión con respecto a la legalidad y valoración de la prueba que constituye el agente encubierto en el proceso penal?**

La norma jurídica hace referencia que el señor fiscal, le pide autorización al señor juez para que exista un agente encubierto y haga la correspondiente investigación, se tome fotos, es decir, una autoridad está autorizando para que el agente encubierto haga su trabajo, no es que él hace sin previa autorización de un juez competente.

**¿Entiende usted que la figura del agente encubierto como técnica especial de investigación vulnera el debido proceso? Justifique su respuesta por favor.**

No, a criterio mío no vulnera el debido proceso, por que como le dije anteriormente, él tiene una autorización de un juez competente, él no puede ser un agente encubierto cuando no tiene autorización de un juez, siempre y cuando la investigación sea dirigida por el fiscal de la causa.



**Cabo II Victor Emilio Quinzo Bravo**

**Agente Operativo Jefatura de Inteligencia Zona 8**

**¿Sabe usted qué es el agente encubierto?**

Un agente encubierto es la persona que asume un rol de una dicha persona o miembro de una organización delictiva para poder sacar información, poder conocer su modo operandi, que necesitan y que hacen para lucrar económicamente a su organización.

**¿Conoce usted cuál es el rol del agente encubierto en el proceso penal?**

Recabar la mayor información posible para que facilite la investigación en un proceso.

**¿Podría expresar si usted cree necesaria la intervención del agente encubierto como técnica especial e investigación ante la criminalidad organizada?**

Es necesaria la intervención de un agente encubierto para la eliminación de la delincuencia organizada, ya que así se puede atacar desde adentro, a esos grupos delictivos que existen en la ciudad y el Ecuador.

**¿Cuál es su opinión con respecto a la legalidad y valoración de la prueba que constituye el agente encubierto en el proceso penal?**

Mi opinión con respecto a la legalidad y valoración de la prueba es cien por ciento legal y válida, ya que la evidencia e información que se está sacando, en esencia neta son direccionados a eliminar ese tipo de organización delictivas que existe, y en mi opinión en ciencia cierta a veces muchos jueces, o la parte judicial está vendida y no dan parte.

**¿Entiende usted que la figura del agente encubierto como técnica especial de investigación vulnera el debido proceso? Justifique su respuesta por favor.**

Cada parte tiene su pro y su contra, la parte que nosotros como agentes encubiertos, aportamos al proceso penal, que no permite y viola unas leyes del debido proceso. Puede ser, pero así mismo las leyes están mal infundadas y direccionadas, ya que desde mi punto de vista la información que uno recaba y entrega para el proceso penal en contra de dichas personas o dichos ciudadanos, es muy importante porque son pruebas que ayudan a esclarecer las decisiones que van a tomar la parte judicial, ya que son tomadas de forma natural de estas personas que están llamadas a juicio.

**Abg. José Alberto Sánchez Mgs.**

**Fiscal de lo penal**

**¿Sabe usted qué es el agente encubierto?**

Es la persona, agente designado y especializado que colabora con la fiscalía para la inmersión en una organización delictiva, y en su defecto es la persona que ayudara a recolectar información que ayude a la investigación, con la única finalidad de dar fin a dicha organización y poder capturar e imputar a los responsables de una supuesta o consumación infracción penal-

**¿Conoce usted cuál es el rol del agente encubierto en el proceso penal?**

Si el de recolectar información, pruebas e indicios que ayudaran a fiscalía a dar un dictamen o de acusar una imputación penal a la o las personas que estén vinculadas en una organización delictiva.

**¿Podría expresar si usted cree necesaria la intervención del agente encubierto como técnica especial e investigación ante la criminalidad organizada?**

Por supuesto sí, si la creo necesaria, y es más debería ser potencializada, esta técnica de investigación, si bien es cierto en nuestro país, este método de investigación no es muy peculiar, y me atrevo a decir que es hay muy poca experticia en estos métodos que pueden arrancar de raíz estas bandas delictivas.

**¿Cuál es su opinión con respecto a la legalidad y valoración de la prueba que constituye el agente encubierto en el proceso penal?**

Ellos están debidamente autorizados incluso si es necesario pueden llegar hasta cometer una infracción penal, la cual lleve a que eso ayude a la obtención de elementos que pueden facilitar a la fiscalía en su investigación.

**¿Entiende usted que la figura del agente encubierto como técnica especial de investigación vulnera el debido proceso? Justifique su respuesta por favor.**

El debido proceso es la objetividad jurídica que garantiza, que los procesos judiciales estén estrictamente ligados a los principios, la ley y la jurisprudencia, para lograr una justicia correcta, ahora que si vulnera o no el debido proceso, tendríamos que analizar varios puntos, y en diferentes perspectiva no solo como la parte que acusa, pero obviamente en nuestra legislación, los agentes que se designe para estas investigaciones, van con órdenes judiciales y fiscales, que le permiten y los blindan de su forma de realizar estas técnicas de investigación, pero para mí no vulnera el debido proceso.

**Abg. Jorge Luis Suquilanda Subía Mgs.**

**Director Jurídico de la Comisión de Tránsito del Ecuador.**

**¿Sabe usted qué es el agente encubierto?**

Si, el agente encubierto es un agente especializado de inteligencia de la policía nacional es la persona que se infiltra en una organización delictiva.

**¿Conoce usted cuál es el rol del agente encubierto en el proceso penal?**

Recabar la mayor información posible para que facilite la investigación en un proceso.

**¿Podría expresar si usted cree necesaria la intervención del agente encubierto como técnica especial e investigación ante la criminalidad organizada?**

Por supuesto que sí, siempre y cuando estas técnicas de investigación estén pegados a las normas estipuladas, las intervenciones de los agentes permiten que organizaciones delictivas grandes, se las puedan abolir o detenerlas.

**¿Cuál es su opinión con respecto a la legalidad y valoración de la prueba que constituye el agente encubierto en el proceso penal?**

En mi opinión si considero, que hay muchos vacíos legales en cuanto a la legalidad y valoración de la prueba, la forma de obtener y el método que implementan no siempre siguen el debido proceso, ya que, al estar inmiscuido en dicha organización, quien garantiza que en su defecto no provoquen el accionar para dicho cometimiento del delito

**¿Entiende usted que la figura del agente encubierto como técnica especial de investigación vulnera el debido proceso? Justifique su respuesta por favor.**

Para la obtención de los elementos de convicción que faciliten a la investigación, si bien es cierto el COIP, los exime de una imputación penal, quien garantiza que se efectuó un debido proceso, partamos de algo, el hecho que se infiltra a una “organización delictiva” es para esclarecer y detener a dicha organización, pero no existe un reglamento o un órgano rector que limite al agente, hasta donde pueden llegar para obtener dicha información, y en muchos casos están preparados para determinar si dicha prueba o indicio es un elemento de clave que ayude a la imputación penal o a su vez es un elemento de descargo que le pueda servir a dicha persona, para su proceso de investigación. Es algo muy complejo y pienso que sí vulnera el debido proceso.