



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo acuerdo número 2003040 de fecha 24 de enero de 2003

---

**EL “AGENTE ENCUBIERTO”.**

**LAS TÉCNICAS PERSONALES DE INVESTIGACIÓN CONTRA LA  
DELINCUENCIA ORGANIZADA EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL**

Tesis que para obtener el grado de

**Maestro en Derecho Procesal Constitucional**

Sustenta el

**Licenciado Juan José Olvera López**

Director de tesis

**Doctor José Antonio Caballero Juárez**

Ciudad de México

2018

**EL “AGENTE ENCUBIERTO”.**

**LAS TÉCNICAS PERSONALES DE INVESTIGACIÓN CONTRA LA  
DELINCUENCIA ORGANIZADA EN EL NUEVO SISTEMA DE  
JUSTICIA PENAL**

# ÍNDICE

<b><u>INTRODUCCIÓN</u></b>	<b>5</b>
<b>PRIMER CAPÍTULO: TÉCNICAS PERSONALES DE INVESTIGACIÓN</b>	
<b><u>1.1. Investigación de la delincuencia organizada</u></b>	<b>13</b>
<b><u>1.2. Claridad conceptual</u></b>	<b>23</b>
<u>1.2.1 Fuente de información</u>	<b>24</b>
<u>1.2.2 Genealogía</u>	<b>25</b>
<u>1.2.3 Polivalencia Procesal</u>	<b>30</b>
<b>1.3. Deslinde de las técnicas personales de investigación contra la delincuencia organizada</b>	<b>32</b>
<u>1.3.1. “Denunciante anónimo”, “informante” y “confidente”</u>	<b>32</b>
<u>1.3.2. “Agente encubierto”, “agente provocador”, “testigo colaborador” (“arrepentido”), “testigo oculto” y “testigo protegido”</u>	<b>40</b>
<u>1.3.3 El “agente encubierto” o el “infiltrado”</u>	<b>41</b>
<u>1.3.4. “Agente encubierto” y comisión de delitos. “Agente provocador”</u>	<b>53</b>
<u>1.3.5 Parámetros de contención en el involucramiento del agente</u>	<b>55</b>

<u>1.3.6 Delito provocado</u>	57
<u>1.3.7. “Agente encubierto” y potenciales transgresiones a derechos humanos</u>	63
<u>1.3.7.1 Inviolabilidad del domicilio</u>	65
<u>1.3.7.2 Vida privada</u>	68
<u>1.3.7.3 Inviolabilidad de las comunicaciones</u>	69
<u>1.3.7.4 Autodeterminación informativa</u>	71
<u>1.3.8. “Testigo colaborador” o “arrepentido”</u>	75

## **SEGUNDO CAPÍTULO: SUJETOS DE PROTECCIÓN**

<u>2.1. Operatividad de las medidas de protección</u>	95
<u>2.2. Implicaciones probatorias de los sujetos de protección</u>	107

## **TERCER CAPÍTULO. ROLES PROCESALES**

<u>3.1. Implicaciones probatorias de las técnicas de investigación</u>	118
<u>3.2. “Agente encubierto” e incidencia probatoria</u>	130
<u>3.3. Implicaciones probatorias y posibles violaciones a derechos humanos.</u>	136
<u>3.3.1. Inviolabilidad del domicilio.</u>	136
<u>3.3.2. Inviolabilidad de las comunicaciones</u>	137

<u>3.3.3. Vida privada</u>	<b>138</b>
<u>3.3.4. Autodeterminación informativa</u>	<b>139</b>
<u>3.4. Valoración de las posibles violaciones a derechos humanos por parte del “agente encubierto”</u>	<b>140</b>
<u>3.5. Valoración de las posibles violaciones a derechos humanos por parte del “arrepentido”</u>	<b>144</b>
<b><u>CONCLUSIONES</u></b>	<b>149</b>
<b><u>BIBLIOGRAFÍA</u></b>	<b>159</b>

## INTRODUCCIÓN

*Seguridad y justicia* es un binomio indisoluble en el Estado Moderno, pero garantizar la seguridad y lograr la justicia es un desafío cada vez más complejo, especialmente en países como México: dotar a los ciudadanos de ambos bienes públicos como un producto único, o al menos equilibrado, por momentos se antoja imposible.

De entre los muchos factores que provocan este escenario adverso destaca suponer que sólo con lograr la justicia se alcanza la seguridad o, peor aún, que la justicia es un estorbo para la seguridad. Destaca, por igual, olvidar que todo esfuerzo desmedido por perfeccionar al sistema de justicia es un factor de desequilibrio para con la seguridad, tanto como lo es toda acción que en busca de la seguridad pasa por encima de los postulados de la justicia.

También es un lugar común asumir que cualquier medida que busca eficientar la justicia es tan buena como todo acto enfocado a mejorar la seguridad, sin embargo, estimo que en ello está parte del innegable problema que en torno de este binomio enfrentamos: suponer que se puede caminar a diferentes ritmos sólo incentiva acciones descoordinadas que producen resultados siempre insatisfactorios.

Las generalizaciones aquí también cobran factura; los derechos de una persona llevados al extremo a menudo abonan a la dificultad de lograr la seguridad del grupo del que forma parte; la circunstancia de que se desarrollen figuras jurídicas que potencian los derechos del individuo, que en sí mismas consideradas no parecen incubar un efecto nocivo secundario, que a la vez no se haga acompañar de sus respectivos acotamientos o incluso de la construcción de los correlativos instrumentos que garanticen la seguridad del colectivo, sí terminan por generar un efecto adverso para ese grupo (y, al final de cuentas, para el individuo mismo, en tanto que aquellos derechos caen en desprestigio) como en el caso de atribuir la impunidad a la observancia del debido proceso.

Eso es lo que ocurre con figuras como el derecho a la no autoincriminación o incluso con el debido proceso, conquistas históricas del individuo frente al Estado, sólo logradas después de múltiples y desgarradoras batallas perdidas frente al argumento de maximizar la seguridad pública. Hoy son derechos fundamentales consolidados que nada tienen de reprochables para la justicia, pero que por no haberse acompañado de figuras paralelas, propias de un esquema de seguridad, se constituyen como factores de desequilibrio. El Estado cedió en favor del individuo (y hoy sus aparatos de justicia las convierten en baluarte del progreso de la sociedad); se deshizo de instrumentos que estaban al servicio de la seguridad pero no tuvo el cuidado de desarrollar otros para substituirlos, que fueran compatibles con los derechos de los individuos a la vez que lograran garantizar la seguridad.

En la actualidad, la falta de desarrollo de herramientas que cumplan la función que desempeñaba la autoincriminación está dando lugar a posiciones extraviadas, entre las que destaca la de atribuir al desarrollo de estos derechos fundamentales las dificultades para lograr la justicia punitiva e, incluso, la de incentivar la impunidad. En la misma medida que el imputado se siente arropado por estos derechos la sociedad se siente expuesta a la inseguridad, o al menos de eso lo hacen depender en ocasiones los mismos personeros del Estado que tienen la obligación de brindarla.

Puestos en ese plano, resulta entendible que si fueron despojados de estos medios para brindar seguridad y, a cambio, no se les dotó de nuevas herramientas para conservarla, perciban como injusta, vaya paradoja, esa exigencia. Lo que se ve exacerbado cuando, a mitades, por igual, surgen grupos que, unos legítimamente reprochan la falta de eficacia en la seguridad y otros emprenden la resistencia –unas veces acrítica– al desarrollo de nuevas figuras que llenen el vacío dejado por las antaño usadas, como la aludida autoincriminación. Caso extremo pero existente, se presenta cuando un mismo grupo es el que asume ambas posiciones, difícilmente conciliables.

Los responsables de la seguridad pública encuentran en el uso (ellos llaman abuso) de los derechos de los imputados en los sistemas de justicia penal (mayormente en los de corte acusatorio y oral) la causa de la inseguridad, invocando como respaldo datos duros, raras veces verificados, y con ello despiertan voces opositoras, que además de capitalizar esa falta de evidencia empírica reprochan la ausencia de creatividad para encontrar medios que brinden seguridad sin demerito de las libertades de los individuos; voces también, en no pocas ocasiones, carentes de sensibilidad frente a la innegable inseguridad que genera ese vacío, más proclives a la crítica sustentada en la filigrana de esos derechos conquistados que a la propuesta de nuevas herramientas que permitan por igual la eficiencia en la seguridad y la justicia sustentada en los modernos derechos fundamentales.

Pero, además, estas posiciones sólo evidencian polarizaciones que postergan una solución de fondo y con ello impiden en muchas ocasiones la transparencia de prácticas ya existentes, eficaces para la seguridad pero –aparentemente– ineficientes para la justicia, de modo que no se puedan erradicar de raíz sus consecuencias negativas y, a la vez, rescatar y capitalizar sus innegables bondades. Es el caso de las personas que bajo el mote de “madrinas” desde hace décadas deambulan por las agencias policiales de investigación, asumiendo *de facto* las tareas propias de policía, especialmente las de mayor riesgo y que le reportan al agente del que dependen (claro está, de manera

informal) lo que se traduce en una auténtica simulación que explica –mas no justifica– muchas prácticas, de otra manera incomprensibles, por ejemplo, que con frecuencia se debata en las salas de audiencias judiciales si la denuncia fue en efecto anónima por parte de una persona ordinaria o, incluso, si quien detuvo al imputado fue o no el agente del Estado que dice haberlo hecho.

Deambular por los senderos de los derechos fundamentales en una sobre-atención de la justicia y de espaldas a la seguridad pública, en el fondo, implica olvidarse de que un entorno inseguro impide el pleno ejercicio de aquellos derechos, no a causa directa de la acción del Estado sino de los miembros del colectivo social que ven en ello un campo fértil para delinquir. Podría aducirse que esa realidad, incuestionable en México, encuentra causa principal en la incapacidad del Estado para garantizar a plenitud lo primero y evitar también a plenitud lo segundo. Es claro que aun aceptando esta otra tesis (por cierto la más enarbolada), la asunción de posiciones irreductibles, como el rechazo de la matización de los derechos fundamentales, incluso en casos límite, para instalar medidas de eficiencia en la seguridad pública no ha contribuido a una solución.

Menos, cuando se formulan de cara a una situación histórica dada y, sin más y de manera dogmática son extrapoladas a otras realidades que claramente tienen otros móviles. Es el caso de la postura, ciertamente lúcida de Eugenio Raúl Zaffaroni sobre el rechazo al *agente encubierto*, pues en su justificación está clara la diferencia de la Argentina de su tiempo y del México de la actualidad, destacando que:

[...] la presuposición de un mal continuo y cósmico como legitimación de un poder policial que apela a cualquier medida para salvar la especie, es propio de la inquisición, [...] desembocó en los autoritarismos de las entreguerras, y en América Latina es la llamada <doctrina>, la seguridad nacional que, basada en la alucinación de una guerra total entre dos fuerzas, cuya manifestación regional era una <guerra sucia>, legitimó métodos igualmente <sucios> como único recurso. La estructura del

presupuesto genérico es siempre idéntica, variando sólo su contenido, que se adecuó a la cultura de cada tiempo”<sup>1</sup>

Y que se ve secundada por constantes llamados a los jueces para rechazar el uso de estas figuras jurídicas, como la opinión siguiente, que bien puede ser representativa de esa corriente: “Acaso temerosos de quedar atrás en esta frenética carrera por un sistema penal “eficiente”, los jueces parecen olvidar su papel fundamental de custodios de las garantías individuales, y estar dispuestos a ir aún más lejos que el legislador.”<sup>2</sup>

Aunque se dice que "la criminalidad organizada es considerada, en general como un fenómeno relativamente nuevo, debido a su auge en los últimos años y sus nuevas formas de operar cada vez más peligrosa, sofisticada y tecnológica, que crea verdaderas empresas o redes del delito con un estricto orden y jerarquía, las cuales cuentan con grandes sumas de dinero y tienden a operar en varios Estados"<sup>3</sup>, me parece que su eficacia es sobredimensionada, en parte porque se desconocen los detalles de sus verdaderas capacidades, en parte porque se le atribuyen fortalezas construidas en un cierto grado de inconfesada admiración abstracta, que raya en la fascinación del fenómeno, pero que se escuda en una especie de temor social y, en otra parte más, por la correlativa debilidad de su contraparte (que es el Estado) especialmente por su desorganización y desconfianza, ciertamente fundada, entre instituciones policiales y de inteligencia encargadas de perseguirla.

Que socialmente se tenga tal noción de este fenómeno es preocupante, pero que sedicentes especialistas destaquen capacidades que rayan en la apología<sup>4</sup> poco ayuda a dimensionarlo adecuadamente. Sostener que: "...el

---

<sup>1</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. «Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana». En: *Revista de Derecho Penal*. Bogotá, Editorial Leyer, número 6 (1998), p. 7.

<sup>2</sup> Fabricio Guariglia, “El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?”, *En Revista de Ciencias Penales*, Costa Rica, número. 12, (diciembre de 1996), p. 33.

<sup>3</sup> Ramírez Jaramillo, Andrés David. *El Agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación*. Medellín, Universidad de Antioquía, 2010, p. 18.

<sup>4</sup> Sirva esta de muestra: “[...] en cuanto al manejo que hacen de enormes capitales, esto las lleva a disponer de la última tecnología del mercado y a hacer un uso consciente de una infraestructura de

empeño de la organización criminal con frecuencia estará también en escapar de la acción de la justicia y la legalidad..." [es entendible, pero asumir que] "...lo hacen por medio de la corrupción, tanto en el sector público como privado, de personas que tienen puestos de responsabilidad en el sistema o en sociedades influyentes"<sup>5</sup> es conjeturar en la misma proporción en que no se apoya en evidencia empírica.

Pero además, refugiarse en los cómodos pliegues de la visión que de justicia proyecta un enfoque de escritorio, nutrido sólo por la reflexión teórica, las más de las veces parcial, allí donde los detalles técnico jurídicos de gabinete impiden ver los efectos nocivos hacia la seguridad, parece la constante.

Podría compartirse esa posición en función de una situación histórica y de la falta de límites racionales a la implementación de una figura, de suyo compleja, como la del agente encubierto; pero lo que no es debido compartir es que esa figura en sí misma considerada (y otras semejantes) no tiene cabida en un Estado de derecho, especialmente si se le desarrollada en realidades como la nuestra y montada sobre los estándares actuales de los derechos fundamentales que asisten a una persona que se ve involucrada en un hecho delictivo.

Una serie de derechos logrados gradualmente, con altos costos para quienes fueron sacrificados en esa conquista, que han adquirido nombre propio, como el de *no autoincriminación*, o que suelen incluirse con mayor o menor corrección, en otros como el debido proceso han permitido llegar al punto de contar hoy con un robusto Estado de derecho en el terreno de la justicia, pero la prolongación de la noción de esos derechos hasta espacios que ya no se respaldan por su razón de ser, sino por interpretaciones extensivas mecanizadas, provocan artificios semejantes al de suponer que *hay que proteger el espacio*

---

comunicación radial, informática y de transporte internacional, convirtiéndose en redes delincuenciales sofisticadas y complejas que además cuentan con una estructura jerarquizada y estratificada, donde se produce una división del trabajo entre sus miembros, facilitándoles tanto la protección a sus dirigentes como el disolver la responsabilidad penal individual en el seno de la organización." *Ibíd.*, p. 19.

<sup>5</sup> *Ibíd.*, p. 20.

*donde se proyecta la sombra de una persona porque es proyección de su cuerpo y, por tanto, es ella misma.*

Esa distorsión impide que se desarrollen figuras que coadyuven a la seguridad pública y, en buena medida, a la justicia, pues sólo se alcanza la justicia cuando a través de los cauces legales, delineados con derechos vinculados a las formalidades del proceso, se logra distinguir al culpable del inocente, evitando así condenas para ambos, en demérito de los inocentes y de la sociedad, y absoluciones para ambos, en demérito de la sociedad. Seguridad y Justicia no son un dilema; se puede alcanzar justicia y, por añadidura, sumar con ello a la seguridad.

Los operadores de un sistema de justicia, empezando por los jueces –de los que honrosamente formo parte en mi ejercicio profesional–, deben conservar las posiciones absolutas sólo en los escasos reductos donde tienen justificación (el rechazo a la tortura, por ejemplo), pero fuera de ellos mostrar la apertura que posibilite el florecimiento de figuras que sin merma de la justicia y así sea como excepción, puedan contribuir a uno de los fines estratégicos del Estado, como es la seguridad pública. Ese es el caso de la actividad encubierta como técnica de investigación en delitos relacionados con la Delincuencia Organizada.

Como se dará cuenta en este trabajo, la mala reputación en los terrenos doctrinarios de la actividad encubierta y otras técnicas de investigación afines, no ha sido impedimento para que en los tribunales, básicamente de otros países, se haya construido una todavía incipiente doctrina jurisprudencial que la avala en algunos escenarios. Reina, sin embargo, la falta de claridad incluso en la nomenclatura, que no es poco decir, porque de ahí derivan una serie de malos entendidos entre los propios jueces, ya no se diga en las instituciones de seguridad.

En ello está la razón por la que en el primer capítulo, se analizan detenidamente las distintas connotaciones que en mayor o menor grado se han asociado (o confundido) con la figura del “agente encubierto” –tales como el

denunciante anónimo, el testigo oculto, la entrega simulada, el agente provocador– destacando brevemente algunos de los antecedentes históricos que explican el parentesco semántico y abundando en sus particularidades conceptuales y operativas, lo que permitirá advertir si se trata de fuentes de información o de técnicas de investigación, si su finalidad es obtener precursores de prueba o generar pruebas y sus particulares implicaciones procesales; conjunto de variables que permitirán, a su vez, apreciar posibles implicaciones diferenciadas para el respeto de los derechos fundamentales de los investigados.

En el segundo capítulo se profundiza en las medidas de protección que pueden –o deben– establecerse a favor de las personas vinculadas con un proceso penal, para los que como resultado de la aplicación de una técnica de investigación deban comparecer como testigos (e, incluso, a las autoridades que participen en el proceso) en función del nivel del riesgo existente y de la proporcionalidad que permita lograr un equilibrio entre el derecho a la integridad personal o a la vida de estos sujetos y el derecho de defensa del imputado.

Mientras que, por último, en el tercer capítulo se estudian a detalle las implicaciones procesales de las técnicas de investigación, específicamente los roles procesales que despliegan el agente encubierto o “infiltrado” y del testigo colaborador o “arrepentido” tanto para generar pruebas que permitan sustentar condenas (y los supuestos en que un actuar indebido de la autoridad investigadora acarree la nulidad de lo obtenido) como de las posibles transgresiones que el despliegue de esas técnicas genere para los derechos fundamentales (vida privada, inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones, defensa, etcétera) indicando algunos parámetros que, a opinión del que suscribe, los juzgadores pueden tomar en cuenta para valorar la actualización de transgresiones o supuestos de exclusión.

## **PRIMER CAPÍTULO: TÉCNICAS PERSONALES DE INVESTIGACIÓN**

### **1.1. Investigación de la delincuencia organizada**

La criminalidad ha sido, qué duda cabe, una de las preocupaciones permanentes de cualquier organización social compleja. Contemporáneamente, más que un tópico de discusión académica o política, su mutación en delincuencia organizada es una cruda realidad a la que están expuestas y, más aun, de la que son víctimas millones de personas alrededor del mundo bajo una u otra de sus modalidades, muchas veces convergentes: narcotráfico, trata de personas, secuestro, extorsión, blanqueo de capitales y un largo y triste etcétera. Actividades delincuenciales que son perpetradas y controladas por grupos que sin distinción de estratos sociales ni necesariamente con visión empresarial de escritorio, de facto son altamente disciplinados, inescrupulosos, que se valen por igual tanto de las desigualdades y necesidades de la gente para reclutar a sus “soldados”, “mulas” o “halcones” como de las tecnologías de punta existentes en el mercado, con ramificaciones y vasos comunicantes en distintos ámbitos sociales y con gran poder de cooptación y corrupción, que no conocen ni respetan fronteras.

Ante este estado de cosas, que no puede ni debe ser subestimado, de una u otra forma todas las naciones han tenido que plantearse al nivel de sus políticas públicas, legislativas y judiciales, cómo encarar este desafío a la convivencia civilizada, de lo cual, han emergido diversas alternativas como variantes de los

métodos tradicionales de prevenir, investigar, enjuiciar y recluir a los perpetradores.

Como parte de este proceso de transformación ha habido un importante ejercicio de reflexión sobre la forma de ajustar y hacer compatibles los principios y pilares modernos del sistema penal, esencialmente orientados a la protección de los derechos fundamentales de los sujetos involucrados en el proceso (en su génesis a favor del acusado y después hacia la víctima y más aún, los testigos e incluso los servidores involucrados en esta área del servicio público) con la necesidad de salvaguardar eficazmente el orden social amenazado con este tipo de delincuencia, horizontal y transversal en sus causas y consecuencias, capaz de desafiar y por momentos, extremos, arrebatar al Estado el control de porciones de su territorio y alterar sistemáticamente su regular funcionamiento.

Dinámica criminal por antonomasia alejada de la concepción clásica del fenómeno delictivo que, de cierta manera, podía verse como una relación (polivalente, claro está) entre individuos en una relación particular de sujeto activo-sujeto pasivo, a partir del despliegue de una conducta singular y específica: un delito. En donde el interés público se ve comprometido con la efectiva salvaguarda de los bienes jurídicos protegidos.

Criminalidad que ahora podríamos catalogar (sin menospreciarla, ni mucho menos) como ordinaria, común; que, no obstante, no puede entenderse desarticulada de la delincuencia organizada pues, en muchos casos, es una de sus manifestaciones, de sus ramificaciones,<sup>6</sup> como tampoco pueden establecerse linderos nítidos entre la ilegalidad y la legalidad de las operaciones que se

---

<sup>6</sup> Como reflexiona John Dickie sobre la “Cosa Nostra” italiana: “Una de las fuentes invisibles de la fuerza de la Cosa Nostra es su control sobre los delincuentes comunes. La Mafia gobierna el crimen y le fija impuestos. Los *mafiosi* viven de extorsionar a los rateros y pequeños traficantes de droga, al igual que a los comerciantes y a las empresas de la construcción. El control del inframundo empieza en la prisión y después se extiende a las calles: el jefe local se lleva una tajada de todo, so pena de muerte si no son atendidas sus exigencias [por otra parte] las operaciones de extorsión suelen quedar ocultas entre otros innumerables delitos: el robo en alguna casa, por ejemplo, es a menudo sólo una invitación al propietario para que encuentre a la persona apropiada a la que pagarle.” Dickie, John. *Historia de la mafia. Cosa nostra, 'Ndrangheta y Camorra de 1860 al presente*. Trad. Jaime Collyer. Barcelona, Penguin RandomHouse, pp. 732-733.

generan al amparo de la organización criminal, como se aprecia, por ejemplo, en el caso en que el dinero de un “cobro de piso” se blanquea a través de un restaurante lícitamente constituido, mezclándose con los dividendos que obtiene, que son utilizados para financiar la construcción de un condominio, cuyos permisos de obra fueron obtenidos, a su vez, mediante la coacción al funcionario municipal, y así sucesivamente. Incluso, los linderos tampoco son absolutos respecto de las facetas más amplias de la vida social, como son las manifestaciones sociales que, llevadas al extremo, han sido catalogadas de “narcocultura.”<sup>7</sup>

Todo lo cual, da cuenta de que la complejidad de un problema que, a modo de padecimiento tumoral que se enquistaba en el sistema social, aunque es un agente profundamente dañino, está en relación simbiótica con él y con las posibilidades –y, especialmente, debilidades– institucionales para hacerles frente –siguiendo con la analogía médica, la labor contra la delincuencia organizada es la propia de un cirujano que al realizar una incisión para extirpar el quiste causa una afectación necesaria ante los estragos del mal que carcome al organismo, de ahí que, en tanto lesión, debe ser mínimamente invasiva, precisa y recurrirse a ella cuanto los tratamientos diversos no han resultado o no son idóneos.

---

<sup>7</sup> “El poder de fascinación que ejerce la narcocultura en nuestras sociedades no deriva de los cantos populares, sino de las expectativas que genera, donde destaca la ponderación desproporcionada del consumo, del poder y de la impunidad. Rotas las fronteras morales entre buenos y malos, los papeles de policías y ladrones se desdibujan. El estilo de vida asociado al poder del narcotráfico se despoja de los elementos morales que funcionaron cuando las dimensiones del consumo se vinculaban con los medios que lo posibilitaban.” Valenzuela Arce, José Manuel. *Jefe de jefes. Corridos y narcocultura en México*. Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, 2015, p. 6. A mayor abundamiento, como botón de muestra de la complejidad asociada a un fenómeno que, de lejos, va mucho más allá de la dimensión estrictamente penal-criminal, destacan Günther Maihold y Rosa María Sauter de Maihold: “[...] la cultura del narco también es una fusión de temporalidades, experiencias y sentidos: es cultura popular, porque el máximo valor es la lealtad; es contracultura ante la modernidad (religión y familia por encima de democracia e institucionalidad); es postcultura (pastiche donde todo símbolo juega des-referenciado de su valor de origen de clase, letra o gusto). Es un producto de la modernidad capitalista: capital, máquinas, consumo, el cumplimiento popular del sueño del mercado liberal: consumirás y serás libre. Pero es a su vez posmodernidad: moral de compadrazgo, la ley de la lealtad al dueño de la tierra y lo religioso como inspiración ética: contracultura desde las lógicas de la identidad local que lucha contra el imperio del capital. Asimismo, es un asunto posmoderno: vivir el momento, consumir al máximo como modo de participar en la sociedad de bienestar, vivir el presente sin reparar en nada: el mal está en otra parte llamada norte”. Maihold Günther y Rosa María Sauter de Maihold. “Capos, reinas y santos-La narcocultura en México.” *México interdisciplinario*. Año 2, n. 3, invierno, 2012, p. 65.

Como analiza el historiador John Dickie, en relación al caso italiano sobre dos aspectos de la respuesta institucional que inciden en el poder de las mafias, extrapolables a otras latitudes:

Las mafias se adhieren al Estado en sus vertientes más vulnerables. Las cárceles han sido siempre uno de los aspectos más caóticos del Estado italiano y, por ese motivo, han sido siempre anfiteatros que propician la actividad mafiosa. Siendo estrictos, la Camorra y la 'Ndrangheta nacieron en las cárceles. Desde el siglo XIX, los reclusos expuestos a condiciones inseguras y de hacinamiento han recurrido a las organizaciones mafiosas en busca de protección, y los *mafiosi* han impuesto su propio dominio arbitrario y brutal sobre sus compañeros de celda [...] En Alemania, cuando un proveedor lleva a juicio a un cliente por no pagar una entrega ese cliente tiene que esperar muchísimo tiempo para esperar el dictamen del juez: un promedio de 394 días. En Italia, la cifra es de 1.210 días. Esto es una eternidad cuando se trata de un negocio: una empresa puede quebrar seis veces seguidas en un período tan largo. No es de extrañar que ciertos empresarios se sientan tentados de encontrar formas menos pacíficas de recuperar el crédito. Los *mafiosi* acogen a estos empresarios con los brazos abiertos y una sonrisa de hiena.<sup>8</sup>

En ese estado de cosas, uno de los aspectos que es más significativo de la delincuencia organizada no es su auge contemporáneo<sup>9</sup> sino la intensificación de la lógica de la corporación capitalista (lo que no equivale a decir que las bandas criminales se equiparen, sin más “empresas” como pueden ser entendidas de ordinario), pero para realizar un último y superior lucro criminal: un conjunto de individuos colaboran mediante actos ilícitos concretos y sin reglas escritas o de academia pero con eficiente división del trabajo, utilizando tecnología de punta (y

---

<sup>8</sup> Dickie, John, ob. cit., pp. 737-738.

<sup>9</sup> Aun cuando sea innegable la complejidad de las sociedades contemporáneas de las que forma parte la delincuencia organizada y el acceso de éstas a recursos humanos, materiales y tecnológicos que parecieran ilimitados, no debe pasar inadvertido que esta forma de criminalidad tiene añejos e internacionales antecedentes, tal como apunta Espinosa de los Monteros: “El origen de la delincuencia organizada debemos buscarlo siglos atrás en lugares como Sicilia, Nápoles, Japón, China y Rusia. De este modo, la mafia Siciliana, la Camorra napolitana, las yakuzas japonesas y las triadas chinas, son las primeras manifestaciones de delincuencia organizada y que surgieron como consecuencia de la arbitrariedad y la corrupción de los poderes públicos frente a la sociedad que tras la actuación de las organizaciones criminales pretendían buscar la manera de controlar el poder. Espinosa de los Monteros, Rocío Zafra. *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 34.

gran capacidad de fuego cuando es necesario y en ocasiones cuando no lo es), jerarquizados en el mando y cumplimiento de instrucciones, deslocalizados en sus distintas células, aglutinados por un esquema que, si fuesen empresarios regulares sería del más puro capitalismo de mercado, gerencial de reducción de costos y maximización de utilidades; con masas de operarios/sicarios reemplazables y capos que operan a la sombra, para instalar y operar de manera continua, coherente y cohesionada industrias criminales de largo alcance y del mayor calado posible en la medida en que el poder público no les ponga freno: traficar la mayor cantidad de droga en la mayor diversidad de lugares, controlar todas las rutas de paso de migrantes, cobrar piso a corredores industriales completos, secuestrar sin parar, diversificar su portafolio de inversiones de dinero blanqueado en las más redituables áreas económicas para diluir su rastro ilícito.

Ante este estado de cosas, las prácticas tradicionales de investigación y combate a la delincuencia (bajo el paradigma de atacar delitos singulares) genera resultados magros cuando los hay, tanto en cantidad como en calidad: la captura de los últimos eslabones de la cadena, sustituibles, sin llegar a “las personas de atrás” ni afectar significativamente el funcionamiento de la maquinaria delictiva.

Ello, decía, ha dado lugar a que:

Ante un fenómeno de esta suerte, descrito por lo general de manera alarmante, las legislaciones internas y los instrumentos internacionales tienden a la adopción de estrategias de “emergencia”, postulando la derogación de ciertas reglas y principios tradicionales del derecho penal y procesal con el objeto de facilitar la intervención y el control. Aún más, se propugna hasta “un cambio de enfoque del sistema penal”, que no ha de limitarse a la persecución y castigo de los delincuentes individuales; se espera, en efecto, del propio derecho penal que se empeñe plenamente en la desarticulación de las organizaciones criminales y hasta

en el control de los productos derivados del delito, impidiendo a los delincuentes todo enriquecimiento procedente de la actividad criminal.<sup>10</sup>

Perspectiva con la que parece coincidir la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando con motivo del Amparo en Revisión 374/2013, sostuvo que para atacar el fenómeno de la delincuencia organizada el “Estado Mexicano se ha visto obligado a reestructurar su política criminal tradicional, a fin de adoptar una normativa diseñada *ex profeso* para atender de manera frontal y eficiente dicha problemática social”,<sup>11</sup> a través de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, con la que se decidió “instalar en el texto de nuestra Constitución Federal una regulación o sistema normativo especial de Delincuencia Organizada”,<sup>12</sup> de la que “claramente se desprende la intención del legislador constituyente de modificar la tradicional forma de reacción estatal a fin de hacer frente a un problema social de gran envergadura. El cual, no sólo en nuestro país, sino a nivel mundial, se ha convertido en un verdadero desafío del que depende la subsistencia del orden mundial que conocemos.”<sup>13</sup> De modo que, señala el Máximo Tribunal:

Con base en esta ideología y postulados defensistas de la sociedad y del Estado mismo frente a un especialmente lesivo “ataque” –no proveniente de la delincuencia común– fue por lo que se generó un “Régimen o Sistema Penal Especial” que justifica y legitima la adopción de nuevas figuras jurídicas que modifican sustancialmente los clásicos postulados del derecho penal y del derecho procesal penal vigentes en nuestro país.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> De la Cuesta Arzamendi, J.L. “El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites”, en: Gutiérrez-Alviz Conradi y M. Valcárce López (Dirs.). *La cooperación internacional organizada*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, pp. 85-86.

<sup>11</sup> Amparo en Revisión 374/2013, fallado el 29 de enero de 2013, por mayoría de cuatro votos de los ministros integrantes de la Primera Sala. Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, p. 55.

<sup>12</sup> Artículo 16. Ídem. Cabe destacar que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional entiende por “grupo delictivo organizado” 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”.

<sup>13</sup> *Ibíd.*, p. 59.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p. 58. En ese tenor, señala la Primera Sala que ejemplos de este nuevo paradigma *ius punitivo* son la posibilidad de que se decrete el arraigo de una persona a petición del Ministerio

Es en esta etapa de nuevas definiciones, de ajuste crítico de paradigmas,<sup>15</sup> que en nuestro país y fuera de él se han incorporado diversas técnicas de investigación/figuras procesales que inciden directamente en la forma en que se ejercen los derechos sustantivos de los involucrados en la justicia penal y en la operación misma de ésta, transición en la que no deja de buscarse, ni debe dejarse de procurar, el mayor de los equilibrios entre el respeto de las libertades individuales y la eficacia del sistema, superando con ello algún posible falso dilema.<sup>16</sup>

Como en todo período de ajuste y siendo el derecho mismo mutable, al ser cambiante la materia viva de la que surge y a la que se debe, la realidad de la delincuencia organizada y su respuesta institucional conlleva un sin número de aspectos a considerar, algunos de los cuales serán abordados en la líneas subsecuentes, circunscritos a figuras/técnicas de investigación que semánticamente se han aglutinado bajo conceptos genéricos y, en consecuencia,

---

Público (párrafo octavo del artículo 16 constitucional), la imposibilidad de que los sentenciados compurguen sus penas en centros penitenciarios cercanos a su domicilio (misma porción normativa), la imposición de prisión preventiva oficiosa (artículo 19, párrafo segundo), la imprescriptibilidad del delito de delincuencia organizada (misma porción normativa) o la posibilidad de que pueda mantenerse en reserva el nombre y datos del acusador (artículo 20, apartado B, fracción II constitucional).

<sup>15</sup> Como observa Fabricio Guariglia: “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 política criminal [...] 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.” Guariglia, Fabricio. *El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?* Véase: [file:///D:/Users/Hmguzman/Downloads/Dialnet-EIAgenteEncubierto-2552623%20\(1\).pdf](file:///D:/Users/Hmguzman/Downloads/Dialnet-EIAgenteEncubierto-2552623%20(1).pdf) fecha de consulta 13 de enero de 2016.

<sup>16</sup>El falso dilema podría enunciarse así: o incorporamos estos medios de investigación y de prueba al estado de Derecho para lograr eficacia en la prevención y persecución de delitos para los que los instrumentos tradicionales ya no alcanzan, con el consecuente ajuste en los derechos fundamentales involucrados o los rechazamos precisamente por atentar contra esos pilares tradicionales del estado de Derecho y, en todo caso, buscamos otros que sea compatibles con los derechos fundamentales ya conquistados. Es falso, porque la realidad es que los instrumentos tradicionales ya fueron rebasados por la delincuencia contemporánea y correlativamente la revisión de las causas y razones de conquista de esos derechos fundamentales permiten hacer ajustes para justificar un trato desigual para quienes se ubican en una situación diferente.

aglutinantes, como “testigo protegido” o “agente encubierto” y que, en su polisemia, entrañan problemáticas no sólo de definición de sus rasgos característicos, sino más importante aún, de aspectos concretos vinculados con la salvaguarda de los derechos humanos de los involucrados, la licitud y eficacia jurídica de las pruebas para la toma de decisión jurisdiccional y las medidas de protección que sean necesarias para las personas que, con motivo de aquéllas, se vinculan al proceso penal.

De esta dimensión pretendo ocuparme en las páginas siguientes, dejando de lado, el igualmente importante componente de la tecnología que las corporaciones del orden utilizan para seguir la pista y combatir a la delincuencia organizada (drones, intervención y descifrado de comunicaciones, etcétera), pues estimo que es justo en la faceta de las técnicas de investigación de tipo personal en donde se advierte con especial intensidad el no siempre sencillo equilibrio que debe existir entre el ejercicio de las atribuciones de las autoridades para proteger a la comunidad y los derechos de los posibles delincuentes, a lo que se suma que, a diferencia de lo que sucede con los instrumentos puramente tecnológicos, los derechos de las personas que desempeñan esa labor también están en la encrucijada y en la balanza penal.

En el caso específico de nuestro país, este cuestionarse sobre la adaptación de los resortes *iusillustrados* del derecho penal a la realidad de la delincuencia organizada se encuentra en el cruce de caminos con la decisión histórica que los mexicanos han decidido emprender para transformar hasta los cimientos su sistema de impartición de justicia y dar lugar a los comúnmente llamados juicios orales, que se rigen por los principios de publicidad contradicción, concentración, continuidad e inmediación.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

“El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

Así, es que no sólo debe repararse en las implicaciones de las figuras antedichas, sino que es de igual o mayor importancia, si cabe, avanzar en el terreno de las preguntas y respuestas sobre cómo han de operar en este nuevo sistema de justicia penal, de modo que ambas decisiones del Constituyente Permanente (regulación en delincuencia organizada y nuevo sistema de justicia penal) fluyan simbióticamente para abatir la impunidad a la vez que realizar la finalidad última de todo proceso y sistema penales: esclarecer la verdad histórica de los hechos, condenar al culpable, proteger al inocente, resarcir a las víctimas y cuidar de la sociedad en su conjunto.

De esta manera, es pertinente destacar que la forma en que tradicionalmente se han discernido las particularidades de cada una de estas figuras es a través de un “enfoque subjetivo”, o sea, a partir de sus distintos perfiles y, más específicamente, del contraste entre la más compleja de ellas, la del *agente encubierto*.

- 
- II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;
  - III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;
  - IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;
  - V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;
  - VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;
  - VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;
  - VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;
  - IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y
  - X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.”

En las líneas que siguen, planteo un punto de vista un tanto distinto, sin dejar de hacer referencia a las particularidades de cada una de ellas: la pretensión es establecer el análisis desde un enfoque *objetivo*, agrupándolas a partir de su relación con la secuela penal de la que se nutren, de la que forman parte y respecto de las personas que las han encarnado y que, como consecuencia, necesitan auxilio para garantizar su integridad personal por las amenazas o situaciones de riesgo a las que han quedado expuestas.

Esquema que me parece propicio para poder hacer el cruce de estas figuras –con sus bordes claramente delineados– respecto de las posibilidades que presenta el nuevo sistema de justicia penal para su cabal vigencia: en equilibrio con los derechos humanos de los imputados (y otros sujetos procesales) y la eficacia de la actuación estatal en la investigación y procesamiento de la delincuencia organizada, lo cual, necesariamente pasa por su uso técnico pulcro y por evitar que se recurra a ellas de manera indiscriminada.

En ese sentido, la claridad conceptual y operativa de estas figuras en el contexto del nuevo sistema es de especial relevancia para evitar que se reiteren los vicios del anterior sistema que, dentro de sus aspectos más evidentes para cualquier ciudadano, encontró su inoperancia en la investigación para esclarecer los hechos (en general, ya no se diga, en particular sobre la delincuencia organizada); como reflexiona el Ministro Luis María Aguilar Morales:

El inejercicio de la acción penal podía obedecer a que no se encontraran elementos que justificaran un proceder distinto o bien a que no fuera posible esclarecer los hechos, lo cual planteaba dos escenarios completamente distintos: en el primero mediaba la realización de una investigación que permitiera llegar a una conclusión; en el segundo, aquélla simplemente no tenía lugar, no avanzó por una u otra razón. El problema estribó en que bajo esta última posibilidad se enviaba el expediente a “reserva”, con lo que ya no se reflejaba en la estadística de los asuntos en trámite y, para efectos prácticos, se le tenía como asunto concluido (aunque en realidad no se hubiera resuelto) ya que, salvo alguna eventualidad, bastaría el mero paso del tiempo (sin mayor labor investigativa) para

que operara la prescripción de la acción penal y dejara de existir para todos los efectos. De modo que un contexto de fuerte carga de trabajo y limitación de recursos materiales, logísticos y humanos para dar resultados, incentivó que el grueso de la carga de trabajo ministerial se enfocara en los asuntos surgidos en flagrancia, que requieren una labor mínima de investigación, mientras que los asuntos que carecieran de especial interés o que fueran de mayor complejidad eran eventualmente despejados a través de su envío a la reserva, cuestión que quedaba dentro del propio ámbito de determinación de la autoridad ministerial y que, en todo caso y sólo desde hace unos cuantos años, tendría que ser litigada por la víctima para que fuera revertida en sede jurisdiccional.<sup>18</sup>

## 1.2. Claridad conceptual

Recién apuntaba que bajo las denominaciones de “agente encubierto” o “testigo protegido”<sup>19</sup> puede apelarse con más o menos rigor a realidades cercanas e

---

<sup>18</sup> Aguilar Morales, Luis María. “Reforma constitucional en materia penal de 2008. Antecedentes, objetivos y ejes rectores.” En: Gómez González, Arely (coord.). *Reforma Penal 2008-2016. El sistema Penal Acusatorio en México*. México, INACIPE, 2016, p. 31. El mismo autor destaca cómo no sólo en el ámbito del fiscal, sino también en la sede judicial, la falta de esclarecimiento de los hechos era seña de identidad del anterior sistema: “Por otra parte, los asuntos judicializados también podían darse por concluidos a través de la actualización de alguna causal de sobreseimiento, por ejemplo, el perdón del ofendido en los delitos perseguidos por querrela, la prescripción del requisito de procedibilidad cuando se dejaba de dar seguimiento a una orden de aprehensión que fue denegada en un primer momento o en la formulación de conclusiones no acusatorias. Con este proceder, el propio Estado relativizó la regla general por él impuesta de castigar a todos los transgresores de la ley positiva a través de un proceso controlado omnímodamente por sí mismo. mecanismo único de solución que, más que constituirse en un cauce efectivo terminó funcionando como un embudo que más temprano que tarde se saturó, situación fáctica que explica, justamente, que haya proliferado la terminación de los procesos por vías diversas a la resolución de fondo del juzgador.” Ídem.

<sup>19</sup> Como ejemplifica el fiscal español Peral Calleja: “Bajo la denominación de agentes encubiertos se viene entendiendo a aquellos funcionarios de Policía que se infiltran en las organizaciones criminales con la intención de desarticularlas. Pero también debemos referirnos a otras figuras que se les pueden asemejar y que en ocasiones plantean numerosas dificultades desde el punto de vista probatorio [...] y junto a las mismas hay otras técnicas que están claramente relacionadas y que incluso en muchas ocasiones se confunde: el agente provocador, el colaborador, el particular infiltrado, el arrepentido [...] Todos ellos tienen una característica esencial como medio de investigación y, en ocasiones, de prueba: su evidente carácter personal.” Peral Calleja, José. *El agente encubierto. La figura del arrepentido. Protección de testigos. Entrada y registro. Apertura de correspondencia*, p. 2. Véase:

[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/PONENCIA%20-JOS%C3%89%20PERALS%20CALLEJA.pdf?idFile=73fec82f-93b7-4229-ada1-7d3a85ebdfaf](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/PONENCIA%20-JOS%C3%89%20PERALS%20CALLEJA.pdf?idFile=73fec82f-93b7-4229-ada1-7d3a85ebdfaf)

fecha de consulta: 16 de enero de 2016.

incluso convergentes en ciertos contextos, pero no por ello asimilables o sinónimas. De tal modo, es necesario, en un primer momento, distinguir entre las figuras que están compendiadas en esos nodos semánticos, para luego establecer sus implicaciones sustantivas y adjetivas y relacionarlas con la dinámica de los juicios orales.

Las figuras en concreto son: a) “denunciante anónimo”; b) “confidente”; c) “informante”; d) “testigo colaborador” –también llamado “arrepentido”–; e) “testigo oculto”; f) “agente encubierto”; g) “agente provocador” y h) “testigo protegido”.

Antes de puntualizar los rasgos característicos de cada una de ellas y, en consecuencia, advertir sus diferencias, es conveniente destacar que parte de lo que podría explicar el porqué de la aludida mezcla conceptual estriba en tres cuestiones: la relativa a la naturaleza de “fuentes de información” penal, otra histórica, relativa a una genealogía en común y evolución hacia la coyuntura actual de la delincuencia organizada, y una más vinculada con “polivalencia procesal” en la persona de un individuo, que simultáneamente puede desplegar una función de *técnica de investigación*, de *rol procesal* ante la autoridad ministerial o judicial o de *sujeto de medidas de protección* como consecuencia de ello, como se expondrá más adelante.

### **1.2.1. Fuente de información**

Por lo que hace a la primera cuestión, debe precisarse que todas las personas que estén en una de esas categorías (particulares o funcionarios públicos, según sea el caso) pueden desempeñar el rol de facilitadores de información o allegar elementos de prueba a las autoridades (sea para que inicie una investigación, en el desarrollo de ésta o en la etapa de juicio) sobre la comisión de un delito. En otras palabras, todas ellas tienen el carácter de “*fuentes*” de *información* penal: proporcionan insumos al sistema para que los operadores

estatales, principalmente el fiscal y el juzgador, tomen decisiones en el marco de sus atribuciones de perseguir o sancionar delitos.

### 1.2.2. Genealogía.

Ello se vuelve más claro cuando reparamos en los **orígenes históricos** de estas figuras. Sobre lo cual, basta aludir a tres cuestiones sobre cómo ha operado la adquisición de información de valor penal en distintas etapas desde el punto de vista del “derecho premial”; específicamente la represión de conductas (no necesariamente delictuosas) por parte del Santo Oficio y la disolución de las organizaciones políticas por parte de las monarquías absolutistas.

- A. En ese tenor, la necesidad de incentivar el apoyo de las personas que poseen información útil para la prevención y persecución del delito puede remontarse, como gran parte del derecho mismo, a la época de esplendor de los romanos, pues desde entonces, al delinear los mecanismos para enfrentar la problemática de las conductas más ofensivas para la ciudadanía, se concibieron por paralelo dos instrumentos igualmente importantes: el *derecho penal* y el *derecho premial*.<sup>20</sup> La eficacia en esa importante función –esclarecer el hecho e identificar al responsable– exigía

---

<sup>20</sup> Apunta Flavio Cardoso que: “el origen del derecho penal premial, no obstante sea antiguo, se remonta al menos a el Derecho Romano a propósito de los delitos de lesa majestad (en la *Lex Cornelia de Sicarios et veneficiis*) para pasar después al Derecho Canónico y Común medieval. Los juristas ilustrados se pronunciaron, después de sopesar beneficios e inconvenientes de esta figura (son paradigmáticas las reflexiones de Beccaria al respecto (en *Dei deliti e delle pene*), en contra de premiar la delación con beneficios penales, práctica común en el antiguo régimen en los procedimientos seguidos ante la Inquisición. En la literatura encontramos una de las primeras referencias favorables a este tipo de instituciones en la obra de Bentham, paradigma del pensamiento utilitarista anglosajón aplicado al ámbito jurídico-penal quien por entender preferible “la impunidad de uno de los cómplices a la de todos”, se mostraba partidario de las disposiciones premiales para el delator. Todo ello siendo consciente de sus riesgos, al percibir el peligro de que “entre muchos criminales, el más malo no sólo se quedara sin castigo, sino podrá ser también recompensado”. Cardoso Pereira, Flavio. *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*. Tesis doctoral. Salamanca, Universidad de Salamanca, 2012, p. 270. En ese sentido, destacaba Beccaria que: “Otorgar recompensas a los delatores de los propios cómplices [implicaría] que la nación autorizaría la traición, detestable aún entre los delincuentes y el tribunal demostraría su propia incertidumbre y la debilidad de la ley que implican la ayuda de quien la ofrece”. Cesare Beccaria “Tratado de los delitos y de las penas”. Ed. Porrúa, México, edición 17,2008 p.42

sancionar pero a la vez, cuando fuere necesario, premiar; recurrir en ocasiones al ofrecimiento de estímulos, tanto a terceros como a los propios responsables. De manera abierta, en la práctica y en las leyes, había recompensas para los primeros y reducción de penas para los segundos<sup>21</sup> (como se verá, en este supuesto de otorgar un beneficio pueden situarse específicamente a los modernos *testigos colaboradores* o “*arrepentidos*”).

B. Durante la edad media el derecho penal se exacerbó y el premial no se aceptó abiertamente pero sí se usó, aunque concentrado más bien en los terceros ajenos al delito que en los mismos responsables; para los terceros se cultivaron medios cuyo premio era que, precisamente por aportar la información, no se les considerara involucrados en los hechos informados (la *delación anónima*) y para los responsables se utilizaban técnicas de extracción de información que no representaban costo alguno para la autoridad (la declaración por tortura, como testimonio para cómplices y como confesión para sí mismo). En ese tenor, aunque vinculada con el mundo espiritual y no necesariamente punitivo civil basta recordar la lógica y métodos de la Inquisición para dimensionar las implicaciones de los *denunciantes anónimos* a efectos de obtener confesiones sobre la realización de actos considerados herejías.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Véase: Carnevalli, Raúl. “El derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXV. Valparaíso, Chile, 2010, 2º Semestre, pp. 109-145.

<sup>22</sup> Sobre la función de obtención de información en el marco del esquema inquisitorial del Santo Oficio y su relación con las delaciones, destaca Turberville: “El procedimiento normal en los tribunales eclesiásticos ordinarios era, o bien la *denuntiatio* de un arcediano [diácono principal de una catedral] o bien la *accusatio* de un individuo particular, que proporcionaba información de su propio conocimiento personal. en el siglo XIII ninguno de estos métodos resultó adecuado para proceder contra la herejía. Los deberes del arcediano eran múltiples y no se podía esperar que por su mediación se acusase a gran número de herejes; y el método de confiar en las actividades del individuo particular resultaba en extremo aventurado. Era probable que los particulares fuesen demasiado tibios para significarse en las comarcas en donde la herejía no estaba muy difundida y que el temor a las represalias les contuviera en las zonas donde aquélla estaba profundamente arraigada, lo cierto es que, en su campaña contra la perversidad herética las autoridades se vieron entorpecidas por la carencia de una fuerza de policía [...] Este sistema mejoró en 1227, cuando un concilio celebrado en Narbona acordó que los obispos debían nombrar en cada una de sus parroquias *testes synodales* (testigos sinodales) con la obligación de inquirir diligentemente lo relativo a la herejía y dar información a sus obispos. De esta manera se creó una especie de policía extraoficial con el propósito expreso de descubrir a los herejes, y las autoridades obtenían

Concomitante a ello, debe tenerse presente que:

Las técnicas encubiertas tales como espías, informantes, agentes encubiertos, etc. Fueron utilizadas en todas las fases de la historia de la humanidad [...] Se trataba de una forma de conocer al oponente, conociendo los detalles de su estructura, con la finalidad de descubrir el poderío del grupo superior más fuerte, hecho este que vendría más tarde a facilitar el logro de obtención de ocupación del territorio adversario.<sup>23</sup>

---

*diffamatio* de cada localidad contra las personas consideradas sospechosas por los vecinos. Fundada en la delación, en la denuncia específica en algunos casos, en el mero rumor en otros, la acción del inquisidor podía seguir su curso. Le facilitaron mucho la tarea sus *familiares* o agentes, que podían ser utilizados como detectives, y el ardid de proclamar un “tiempo de gracia”, por ejemplo, de conceder al hereje la completa extinción o una mitigación considerable de las penas a que se hubiera hecho acreedor, siempre que se entregase dentro del espacio señalado y facilitase información no sólo contra él, sino contra sus cómplices. Este proceso de investigación preliminar se conocía técnicamente como la *inquisitio generalis*. A esta sucedía la *inquisitio specialis* o verdadero juicio de las personas incriminadas, y en él aparecía el Inquisidor con la doble calidad de acusador y de juez, combinación anómala de funciones incompatibles, que respondía al hecho de que el Inquisidor no se consideraba ni como acusador ni como juez, sino simplemente como un Padre confesor que trataba de llevar al arrepentimiento a los equivocados, para imponerles la penitencia adecuada a la falta confesada.” Turberville, Arthur Stanley. *La Inquisición española*. Trad. de Javier Malagón B. y Helena Pereña. México, FCE, 1948, pp. 11-12. En este orden de ideas, destaca Espinosa de los Monteros que: “En contraposición a la situación actual, el proceso inquisitivo concibe la máxima concentración de poder en el marco de un proceso penal como garantía exclusivamente de la verdad, es decir, la verdad por su relevancia, por su carácter absoluto justifica y reclama la utilización de cualquier medio que pueda reputarse preciso para su obtención, incluida la tortura [no obstante, actualmente] Se establece que la búsqueda de la verdad en el proceso penal debe respetar, al menos, las garantías que tanto la Constitución y la ley prevén. Así se manifiesta que no todo vale para la obtención de la verdad”. Espinosa de los Monteros, Rocío Zafra. “Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la infiltración policial”. En: *Temas Socio-Jurídicos*, 2009, vol. 27, n. 57, pp. 76

<sup>23</sup> Cardoso Pereira, ob. cit., p. 230. Ejemplo paradigmático de la utilización de redes de espías, informantes y agentes secretos para fines políticos (valederos cuando era necesario, también para fines jurídicos contra sus adversarios) es José Fouché, el “genio tenebroso” de la Revolución Francesa, del que tenemos el retrato vivo que de él hizo Stefan Zweig: “Un cargo es según quiere el hombre que lo desempeña. Cuando José Fuché toma posesión del Ministerio de Policía, admite con esto el desempeño de una función absolutamente subalterna, una especie de subprefectura del Ministerio del Interior. Debe vigilar e informar, recoger el material para la política exterior e interior, con el que luego operan, como reyes, los señores del Directorio. Pero apenas tiene Fouché tres meses el poder en sus manos, notan sus protectores, asustados, asombrados e indefensos ya, que no vigila solamente a los de abajo, sino también hacia arriba; que el Ministro de Policía vigila a los demás ministros, al Directorio, a los generales y a toda la policía. Su red se extiende sobre todos los demás cargos y funciones, a sus manos llegan todas las noticias, hace política al margen de la política, guerra al margen de la guerra y ensancha en todas las direcciones los límites de sus poderes [...] Magníficamente está montada esta máquina complicada, este aparato de vigilancia de todo un país. Mil noticias llegan todos los días a la casa de Quai Voltaire. Al cabo de un par de meses ha llenado el país de espías, agentes secretos y moscardones. Pero no hay que figurarse a sus espías como detectives burgueses corrientes y vulgares que atisban el chismorreo del día con los porteros, en las tabernas, en los burdeles y en las iglesias. Los agentes

C. Es en ese sentido que resulta de especial interés la práctica del absolutismo monárquico, de sembrar *incitadores* entre los círculos intelectuales como técnicas de descubrimiento, desarticulación y persecución,<sup>24</sup> lo cual en Francia dio lugar al *agent provocateur* que, como señala Mario Daniel Montoya, estaba relacionado con las actividades de espionaje político “donde las instancias del poder organizaban atentados, promovían disturbios, a fin de crear un clima psicológico para fundamentar medidas persecutorias contra los enemigos políticos del régimen absolutista”,<sup>25</sup> lo cual, con el advenimiento del Estado de derecho dio lugar a que se construyera toda una corriente de abierto rechazo hacia la infiltración como técnica de investigación y de los premios, especialmente para los propios delincuentes (antecedente histórico en el que podemos advertir elementos del *informante, del confidente, del testigo colaborador y del agente provocador*).

D. Como ocurre con casi todas las instituciones surgidas con el moderno Estado de derecho que, en un afán de distanciarse del absolutismo, no pudieron evitar los desplazamientos pendulares: del abuso de la delación, de la infiltración e incluso del uso de la provocación se pasó al rechazo absoluto de su uso, no obstante que, en el terreno del *deber ser*, faltaba racionalidad para tal rechazo tajante y en el terreno del *ser* la eficacia del derecho penal para enfrentar la criminalidad estaba comprometida, como se ha visto contemporáneamente, ante el fenómeno de una delincuencia

---

de Fouché llevan galones de oro, levita de diplomático y sutiles trajes de encaje [...] En la lista de sus mercenarios se encuentran marqueses y duquesas con los nombres más ilustres de Francia. Y puede alardear (caso fantástico) de tener a sus servicios a la mujer más prominente del país, a Josefina Bonaparte, la futura Emperatriz. En el despacho de su señor y futuro Emperador está, vendido a Fouché, el secretario; en Hartwell ha sobornado al cocinero del Rey Luis XVIII. No hay charla que no tenga referencia, no hay carta que no se abra.” Zweig, Stefan. *Fouché. El genio tenebroso*. (s/t). México, Porrúa, 3ª. Ed., 2006, pp. 73-74.

<sup>24</sup> Sobre el contexto y técnicas de esta *modus operandi* policial, véase: Pérez Núñez, Javier. “Gobernar Madrid bajo el régimen constitucional de 1837. Regencia de María Cristina.” En: *Anuario de historia del derecho español*, N. 84, 2014, pp. 445-579.

<sup>25</sup> Montoya, Juan Daniel. *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis constitucional y procesal penal*. Buenos Aires, editorial Ad Hoc, pp. 39-40.

organizada<sup>26</sup> cuyas características y complejidad han planteado desafíos a las capacidades del Estado, mismas que, justamente, han dado lugar a retomar e incorporar aquellas figuras defenestradas, ahora en el terreno de los ordenamientos jurídicos democráticos.

Tras este somero vistazo histórico, para explicar el porqué de la nueva vigencia de tales figuras, de recurrir a este componente personal de combate al crimen organizado para obtener información, es conveniente destacar que:

[...] las organizaciones criminales, como medida de autoprotección tienden a cerrarse sobre sí mismas con lenguajes propios, actos inequívocos para sus integrantes e incluso leyes que rigen solamente respecto a ellas, entre las que la del silencio (la *omertá*) ocupa un lugar principal. De tal manera que la penetración en las actividades de la organización criminal, el conocimiento de sus modos de actuación y de sus componentes es sumamente difícil [pues...] Cuanto mayor sea la “filtración” por parte de los integrantes de una organización [policial] sobre sus métodos, estructura, actividades e integrantes, mayor será la debilidad de esa mafia<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Señala la Primera Sala del Alto Tribunal que bajo el concepto de crimen organizado “pueden englobarse a todos aquellos grupos dedicados a la realización reiterada o permanente de actividades ilícitas, estructurados de forma jerárquica y, en ocasiones, encubiertos con apariencia de corporaciones ilícitas, la cual, es utilizada para realizar operaciones criminales, mediante el empleo de la violencia, soborno e intimidación [...] la fuerza de la delincuencia organizada radica en el establecimiento de “alianzas o vínculos” en todos los niveles, en muchas ocasiones incluido el político y el militar; y que con la ayuda de actos de corrupción y violencia desmedida logran su impunidad, diversificando cada vez más su esfera perniciosa de acción.” Amparo en Revisión 374/2013, pp. 41-42.

<sup>27</sup> Peralls Calleja, ob. cit., p. 3. En torno la *omertá*, John Dickie, especialista en el estudio de las organizaciones criminales italianas, reflexiona: “Muchos textos académicos dan respuestas que suenan un poco más sofisticadas: hablan de la frágil legitimidad del Estado, de la desconfianza de la ciudadanía ante las instituciones gubernamentales, del predominio del clientelismo y el compadreo en la política y la administración del Estado, y así sucesivamente. Como profesor de historia italiana, yo mismo he recitado frases como estas en el pasado y sé muy bien que raras veces hacen a alguien más ducho en el tema. Pese a todo, hay una verdad esencial debajo de toda esta palabrería: la historia del crimen organizado en Italia pasa tanto por la debilidad de Italia como por las fuerzas de las mafias. La *omertá* nos lleva al corazón del problema: a menudo se la caracteriza como un código férreo de silencio, una espantosa elección entre conspiración o muerte. En algunos casos, es ciertamente una ley tan severa como sugiere su reputación. Así y todo, las fuentes históricas demuestran que, bajo el tipo adecuado de presión, la *omertá* se ha quebrantado una y otra vez. Esta es una de las razones por las que aun quedan en los archivos muchos de los más oscuros secretos del inframundo por desenterrar. Y una razón por lo que la historia de la Mafia

Es justo en este contexto que cobra relevancia que las autoridades encargadas de la persecución de los delitos se alleguen de información que permita descifrar los distintos componentes de la estructura criminal, que son de distinta índole:

- i. *Subjetivos*; conocer a sus integrantes, su cantidad, perfiles
- ii. *Logísticos*; sus *modus operandi*, lugares en que tiene presencia, asignación de roles, división de tareas, sus contactos con distintos ámbitos formales e informales, legales e ilícitos, con funcionarios públicos, incluso
- iii. *Materiales*; propiedades, vehículos, poder de fuego
- iv. *Estructurales*; jerarquías, capos, lugartenientes, células, arquitectura financiera para blanqueo de capitales, y
- v. *Delictivos estricto sensu*; delitos cometidos, sus condiciones de tiempo, modo y lugar, autores materiales e intelectuales, instrumentos, objetos y vestigios, evidencias disponibles, etcétera.

Información que dada la complejidad antes aludida de estas estructuras criminales, difícilmente puede ser asequible y aprehensible a partir de hechos aislados, sin una visión del conjunto y, más importante aún, sin la aportación de alguna persona que, por una u otra razón, esté en contacto directo con las manifestaciones de esta organización criminal, *que le conste algo* de ella.

### **1.2.3. Polivalencia procesal**

Ello nos lleva al tercer aspecto a que me refería previamente, con motivo del cual se desprende cierto grado de confusión conceptual, sinonímica, respecto de las

---

alude, a menudo, más a la desinformación y la intriga que a la violencia y la muerte.” Dickie, John, ob. cit., pp. 33-34.

personas vinculadas con la realidad delictiva de la delincuencia organizada pues, por ejemplo, en un momento dado un policía puede tener el carácter de agente infiltrado para simular formar parte de una célula criminal a efecto de recabar elementos de prueba para procesar a integrantes de aquélla (con lo que podría asimilarse a un “arrepentido”) e incluso simular que forma parte de sus actividades criminales (aproximándose así al supuesto del agente provocador), y esa misma persona, ya en juicio, puede requerir que sus datos se mantengan en reserva (pudiéndose confundir este supuesto con el de un testimonio anónimo u oculto), lo cual, es una medida especial de protección (al margen de necesitar de otras medidas adicionales) para evitar sufrir represalias por parte de estructura criminal a la que ha afectado (con lo cual se ubica en la misma hipótesis de cualquier otro declarante o, incluso, de la víctima). Tal convergencia de supuestos según las particularidades del caso, presupone y propicia diversas consecuencias jurídicas.

En ese orden de ideas, debe tenerse claro que el combate a la delincuencia organizada requiere de:

- a) valerse de *técnicas de investigación*, razón por la cual, desde ese punto de vista la denominación “agente encubierto” (como también pueden serlo el confidente, el informante, el arrepentido, el infiltrado e incluso el denunciante anónimo) se refiere a un *método de allegarse información* para iniciar/orientar la investigación y/o allegar pruebas a que la respaldan;
- b) mientras que desde el punto de vista del *impacto que tiene en la secuela penal*, sea en la investigación y, más específicamente, en el enjuiciamiento, se trata de un *rol procesal*, que cumple una función de documentar o verificar imputaciones punibles (por ejemplo, que haya pruebas para que se someta a juicio o no a un acusado y para obtener su condena), para la vigencia de los principios que lo rigen (como podría ser que se garantice la publicidad a pesar de que no se conozca la identidad del deponente) y para los imputados (por ejemplo que puedan controvertir su testimonio en ejercicio de su derecho de defensa);

- c) a la vez que el “agente encubierto” *como persona humana* es titular de obligaciones (declarar con verdad, colaborar con las autoridades, etcétera) y derechos, específicamente como *sujeto de protección* (como salvaguardar su integridad física y la de sus familiares) derivados de las imputaciones que haya hecho y el riesgo que con motivo de ello se actualice.

Esos emparentamientos histórico, semántico, sustantivo y procesal, hacen imprescindible analizar las particularidades de cada una de estas figuras, que permitan obtener ideas claras no sólo para identificar los puntos problemáticos en que debe ponerse especial atención sobre la forma en que se han regulado o interpretado por la jurisprudencia, sino de cara a la operatividad que han de tener en el nuevo sistema de justicia penal en las tres facetas que se han explicado, ciertamente interrelacionadas: *sus implicaciones probatorias y de vigencia de principios procesales, las afectaciones que generan a los derechos del acusado y las medidas de protección que se requieran.*

### **1.3. Deslinde de las técnicas personales de investigación contra la delincuencia organizada**

#### **1.3.1. “Denunciante anónimo”, “informante” y “confidente”**

Líneas antes quedó de manifiesto que desde el surgimiento de la sociedad y para los más diversos fines las personas y grupos que han ejercido algún tipo de autoridad se han valido de personas que les hagan saber sobre los movimientos y particularidades de diversos sujetos que, por la razón que sea, les resultan de interés. Tal necesidad a la fecha es esencialmente la misma, en el entendido, no menor, de que se ha visto encauzada y limitada en sus fines, modalidades y medios en el marco del Estado Constitucional de Derecho; más específicamente, en tratándose de la investigación de los delitos.

De tal modo que para salvar la natural distancia entre las autoridades encargadas de investigar y perseguir los delitos y los perpetradores y ante la ocurrencia de un evento en específico, puede darse el caso de que éste sea del

conocimiento institucional a través del canal tradicional correspondiente, esto es, mediante la presentación de una denuncia o querrela, o bien que ello se le haga saber a la autoridad a través de medios más eficientes como la “denuncia anónima” (como es válido ya en el nuevo sistema de justicia penal) o para allegarse de elementos que le permitan “tomarle el pulso a la calle”, tener una primera aproximación para conectar las pistas que surjan de los elementos probatorios disponibles (“informante”, “confidente”). La ocurrencia de alguna de estas posibilidades dará lugar a estar en presencia de una u otra de estas figuras.

En ese estado de cosas, como un primer punto a destacar podemos entender que los datos que la autoridad obtiene por estos canales más que *información de un delito*, es *información en relación con un delito*, más que pruebas son precursores de prueba: son meros puntos de partida y no de llegada en la actividad probatoria del Estado; sólo sirven para que la autoridad comience con las diligencias de investigación que le permitan recabar los elementos que sí puedan sustentar una detención y una eventual condena.

Un segundo punto de contraste entre las figuras que en la lengua llana suelen aglutinarse en el concepto del “agente encubierto” estriba en la vinculación o no que los involucrados tengan con la autoridad: el *informante* y el *confidente* guardan cercanía con los agentes policíacos, el *denunciante anónimo*, no. En el entendido de que al ser todos ellos ajenos al cauce formal de la investigación, sus manifestaciones no necesariamente pueden generar consecuencias de derecho, como se ve a continuación.

Entre el *informante* y el *confidente* puede establecerse una distinción a partir de la recurrencia de la información que se brinda y, en función de ello, alguna distinción más sobre la procedencia del sujeto. El *informante* es una persona que provee datos sobre un evento delictivo en específico, lo que implica que puede ser un ciudadano ordinario o bien uno que frecuenta círculos criminógenos o que forma parte de ellos, mientras que el *confidente* tiene una relación habitual con los integrantes de las corporaciones policíacas y a la vez

vínculos con el mundo delictivo,<sup>28</sup> ya que como atinadamente señala Flavio Cardoso, “es evidente que una persona normal y corriente no va a tener informaciones sobre un grupo criminal, sino que tiene que ser un individuo cercano a este grupo [que además] normalmente tiene cierta proximidad con los cuadros de la policía.”<sup>29</sup>

Así, estas dos figuras sirven, por decirlo así, para retroalimentar a los investigadores, pero en modo alguno trascienden a las actuaciones explícitas de la investigación del caso,<sup>30</sup> lo que no sucede con el denunciante anónimo,<sup>31</sup> el cual,

---

<sup>28</sup> En palabras de María del Carmen Anaya Marcos, “el confidente es una persona perteneciente a círculos delictivos que proporciona información a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en ámbitos de las primeras diligencias policiales de carácter extraprocesal guiado por un beneficio económico o un trato de favor de tipo procesal”. Anaya Marcos, María del Carmen. *El agente Encubierto*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2015, p. 29.

<sup>29</sup> Cardoso Pereira, ob. cit., pp. 256-257. Sobre la caracterización del informante y su vinculación con una figura del derecho alemán conocida como *Vetrauenspersonen* o *V-Personen*, señala este mismo autor: “no son policías y conocen algún detalle o alguna información puntual con respecto de una situación en específico de una organización criminal. Por fin, el personaje denominado *Vetrauenspersonen* o *V-Personen*, que serían conocidos también como hombres de confianza. Diferentemente de los informantes, estos sirven a la policía por un período más largo de tiempo, no solamente en relación a una información o situación criminal, pero también de diversos modos que pueden relacionarse con la organización criminal. No son agentes policiales y por lo tanto la mayoría de las veces provienen del seno del propio clan criminal. Son delincuentes que continúan manteniéndose en la organización criminal, bajo el acompañamiento de la policía y en este período prestan informes.” *Ibíd.*, p. 255. En vinculación con estas cuestiones, en el caso de México han sido un tópico recurrente a la par que difuso en su efectiva incidencia en las investigaciones, el de las “**madrinas**” de la otrora policía judicial: “todos los delincuentes protegidos por la DFS [Dirección Federal de Seguridad] que se dedicaban a informar a la institución de actividades de determinados personajes políticos, o bien de cualquier actividad que pareciera sospechosa políticamente en su área geográfica de acción, fueron reconvertidos a la criminalidad. De informantes políticos a informantes criminales [...] Los “pájaros” –individuos que iban a manifestaciones, reuniones políticas o simplemente se paraban en determinadas calles– que informaban lo que veían, cambian de contenido pero no de función [...] En alguna medida las “madrinas” son la descomposición del informante político tradicional del régimen. Fondevila, Gustavo. “*Madrinas*”: *informantes y parapolicías. La colaboración ilegal con el trabajo policial en México* En: <http://www.libreriacide.com/librospdf/DTEJ-34.pdf> fecha de consulta: 28 de enero de 2016.

<sup>30</sup> Y menos aún para la provocación del delito, como en el caso resuelto en casación por el Tribunal Supremo Español, con motivo de un trasiego de droga del que el confidente informa a la policía: “Así, de un lado, que los agentes de la Guardia Civil que declararon reconocieron que esa misma noche, poco antes de la interceptación de la droga, se reunieron con Ismael, quien les comunicó la existencia del transporte de droga, en una furgoneta, hacia Barbate. Es posible que los agentes tuvieran dudas acerca de la capacidad del citado para aportar datos útiles, e incluso que calificaran como incompleta la información aportada, pero lo cierto es que, tras recibir una nueva llamada de éste diciéndoles que todo iba para adelante, se instaló el control a la entrada de Barbate, y una vez que dio el resultado apetecido deteniendo la furgoneta que llevaban dos de los acusados con la droga, se levantó el mismo, lo que pone de relieve su exclusiva finalidad, de manera que su origen y justificación no podían ser otros que la información recibida del confidente. De todo ello resulta, en primer lugar, que la operación de transporte de droga hacia Barbate solo

aun cuando no cumpla con los requisitos que la legislación exige para vincular válidamente a un tercero a la investigación, sí es un presupuesto de la investigación que eventualmente se lleve a cabo.

Comentemos este aspecto con mayor detenimiento.

Dada la realidad criminal a la que muchas personas están expuestas y de cuyos actos violentos pueden ser testigos de primera mano, cuando no víctimas, lógico es que deseen contribuir al abatimiento de los delincuentes, pero sin figurar expresamente en su denuncia por temor a represalias, de modo que lo hacen anónimamente.

Sin embargo, si a la legislación procesal no permeara esta realidad social, derivaría una situación no exenta de paradoja: es la denuncia lo que excita la actuación de la autoridad para investigar, en cumplimiento de su obligación constitucional; sin embargo, la anónima no cumpliría con los requisitos legalmente previstos (ni por las circunstancias de hecho aludidas lo llegaría a hacer, a modo

---

tuvo lugar como consecuencia de la intervención del confidente, que actuaba en connivencia con los agentes policiales, y que para evitar resultados indeseables, se adoptaron, tras la información aportada por aquel, las medidas de control que se consideraron precisas y posibles, que dieron como resultado la interceptación material de la droga. En segundo lugar, que no se ha podido declarar probado quien era el propietario de la droga, pues no se recoge en la sentencia ningún dato acerca de su procedencia. Y, en tercer lugar, que tampoco se ha podido declarar probado que alguno o algunos de los acusados tuvieran, con anterioridad a la intervención del confidente policial, la posesión o alguna clase de poder de disposición sobre la droga incautada, de manera que pudiera afirmarse que la actuación policial se limitó a aflorar una conducta, la tenencia de la droga con destino al tráfico, anterior en su realidad a la ejecución de aquella actuación. Por el contrario, de todos esos datos resulta que la operación se inició tras ofrecer el confidente un comprador para la droga que pudiera tener Marí Trini, y que ésta solo comenzó a actuar después de tal ofrecimiento. Que obtenida la droga por alguno de los acusados, se fijó la fecha de la operación de transporte, lo que el confidente comunicó a la Guardia Civil, con datos suficientes como para que pudiera instalar un control y que éste resultara efectivo. Y que como consecuencia de esa información se instaló efectivamente tal control de vehículos, y que ello determinó la incautación de la sustancia, lo cual constituía su única finalidad.” Sentencia Penal No. 204/2013, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, Rec 1228/2012 de 14 de marzo de 2013.

<sup>31</sup> “Generalmente es un particular que informa a la autoridad de la comisión de hechos delictivos y que, comúnmente guía a esta hacia algún elemento probatorio pero cuya identidad se conserva oculta en el proceso penal, ya sea porque es desconocida por todos aquellos que en él intervienen, o porque quien la conduce no la desvela, albergándose –con o sin fundamento– en alguna modalidad del secreto profesional.” Núñez Paz Miguel Ángel y Germán Guillén López. “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. LXI, 2008, p. 120.

de que posteriormente se ratificara), con lo que su validez quedaría en entredicho para efectos de colmar un requisito de procedibilidad para afectar la libertad del acusado.

Ocurría así en el sistema penal tradicional pero ya no en el nuevo, el supuesto de la denuncia anónima se encuentra regulado de manera flexible en el artículo 221 del Código Nacional de Procedimientos Penales que, en su párrafo tercero, (en relación con el diverso 223, primer párrafo, del mismo ordenamiento) la contempla como forma de inicio de la investigación, explicitando el deber de la autoridad policial de verificar los datos aportados en la denuncia, mediante el despliegue de los actos conducentes que estime, de modo que se inicie la investigación sólo en el caso de que aquéllos se verifiquen.<sup>32</sup> La anónima tiene validez jurídica pero como precursor: motiva la actuación policial y si esta actividad al investigar constata que el hecho denunciado existe y puede ser constitutivo de delito, entonces el respectivo informe policial se constituye en la denuncia procesalmente inicial.

Lo cual, también es válido para la delincuencia organizada por disposición expresa del artículo 38 de la LFDO,<sup>33</sup> cuya constitucionalidad fue confirmada en su momento por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, razonando que aunque la denuncia anónima, por sí misma, no tiene valor probatorio alguno sí desempeña la

---

<sup>32</sup> Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP):

Artículo 221. Formas de inicio

[...]

Tratándose de informaciones anónimas, la Policía constatará la veracidad de los datos aportados mediante los actos de investigación que consideren conducentes para este efecto. De confirmarse la información, se iniciará la investigación correspondiente. “

“Artículo 223. Forma y contenido de la denuncia

La denuncia podrá formularse por cualquier medio y deberá contener, salvo los casos de denuncia anónima o reserva de identidad, la identificación del denunciante, su domicilio, la narración circunstanciada del hecho, la indicación de quién o quiénes lo habrían cometido y de las personas que lo hayan presenciado o que tengan noticia de el y todo cuanto le constare al denunciante.”

<sup>33</sup> “En el caso de que se reciban informaciones anónimas sobre hechos relacionados con la comisión de los delitos a que se refiere esta Ley, el Ministerio Público de la Federación deberá ordenar que se verifiquen estos hechos. En caso de verificarse la información y que de ellos se deriven indicios suficientes de la comisión de estos delitos, se deberá iniciar una averiguación previa, recabar pruebas o interrogar a testigos a partir de esta comprobación, pero en ningún caso dicha información, por sí sola, tendrá valor probatorio alguno dentro del proceso.

Para el ejercicio de la acción penal, se requerirá necesariamente de la denuncia, acusación o querrela correspondiente.”

función de *notitia criminis*; siendo esa su naturaleza, se justifica la actuación de la institución ministerial para indagar y verificar la efectiva ocurrencia de los hechos de los que se ha enterado “toda vez que el Ministerio Público está obligado a proceder de oficio en la investigación de los delitos de los cuales tenga noticia por cualquier medio (sin que para ello sea necesario agotar un requisito de procedibilidad, como en el caso de los delitos perseguidos por querrela).”<sup>34</sup>

En otras palabras, en nuestro país se admite al *denunciante anónimo* sólo como *técnica de investigación* pero está fuera de toda aceptación probatoria y en consecuencia el sujeto que la generó no tiene ningún rol en el proceso por lo que tampoco amerita medida alguna de protección, pues por decirlo así, el denunciante se ha protegido a sí mismo permaneciendo en el anonimato (lo cual, con mayoría de razón, aplica para el informante y el confidente). La misma Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación delineó con toda claridad el alcance probatorio en un precedente diverso: “La denuncia anónima, al no cumplir con los requisitos legales propios de la denuncia formal, como lo son la identidad y firma del denunciante, sólo se traduce en la “noticia” de un evento presumiblemente delictuoso, cuya única finalidad es impulsar al Ministerio Público para que investigue ese hecho.”<sup>35</sup> Conclusión clara e inobjetable, aun cuando bajo ciertas circunstancias las cosas no sean siempre tan evidentes.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Amparo en Revisión 374/2013..., p. 97. En sintonía con lo que, con posterioridad a este fallo, se estableció en el artículo 131 de la nueva legislación adjetiva penal nacional:

“Artículo 131. Obligaciones del Ministerio Público

Para los efectos del presente Código, el Ministerio Público tendrá las siguientes obligaciones:

II. Recibir las denuncias o querrelas que le presenten en forma oral, por escrito, o a través de medios digitales, incluso mediante denuncias anónimas en términos de las disposiciones legales aplicables, sobre hechos que puedan constituir algún delito;”

“Artículo 132. Obligaciones del Policía

El Policía actuará bajo la conducción y mando del Ministerio Público en la investigación de los delitos en estricto apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución.

Para los efectos del presente Código, el Policía tendrá las siguientes obligaciones:

Recibir denuncias anónimas e inmediatamente hacerlo del conocimiento del Ministerio Público a efecto de que éste coordine la investigación;”

<sup>35</sup> 1a./J. 38/20019, Semanario Judicial de la Federación y si Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, julio de 2009, p. 139. Derivada de la Contradicción de tesis 150/2008-PS. La razón antes expuesta sirvió para sostener el siguiente criterio “DENUNCIA ANÓNIMA. NO TIENE VALOR PROBATORIO DE INDICIO PARA INTEGRAR LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL PLENA. ... si la denuncia anónima no es un hecho cierto ni confiable, es decir, no es un elemento procesal perfeccionado y

Con la constatación policial se salvaguarda la seguridad jurídica y el derecho de defensa del eventual imputado (pues la fuente de prueba es obtenida por esos policías sí conocidos) a la vez que se posibilita que la autoridad ministerial pueda investigar conductas delictivas que, de otra manera, difícilmente estarían en su ámbito de conocimiento, por la autoinhibición que genera el temor a las represalias por parte de la delincuencia organizada, pero que, no por reconocer esta realidad, puede obviarse la necesidad de que cada quien se haga responsable de su dicho, que lo sustente, con lo que se disuade, a su vez, la posibilidad indeseable de facilitar falsas imputaciones movidas por impulsos viles (como sucediera en la época de la Santa Inquisición o en regímenes fascistas) o incluso la invención de testigos inexistentes para fabricar culpables por parte de

---

útil para valorar y llegar a otros hechos desconocidos, resulta inconcuso que no tiene valor probatorio de indicio para integrar la prueba circunstancial plena a que alude el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales.”

<sup>36</sup> Como muestra de ello nada mejor que un caso concreto, como este proveniente de la jurisprudencia española: “la declaración policial del testigo secreto que sirvió de justificación para que, en base a ella se autorizara judicialmente la medida de entrada y registro en el domicilio [...] no puede considerarse prueba de cargo, ni las restantes que hagan referencia a ella, pues tal declaración es como si no hubiese existido, al no haberse incorporado a la causa en legítima forma, pues como arriba se indicaba, no se llegó al otorgamiento de la condición de testigo protegido con observancia de las disposiciones de la LO 19/1994 [...] ni se dictó el oportuno Auto Judicial, ni se formó la correspondiente pieza separada de carácter reservado donde constan las menciones de identidad de este testigo, y lo que es de trascendencia, no se le recibieron declaración por la Juez Instructora, se privó a la defensa del acusado de la posibilidad de su interrogatorio [...] por ello esta Sala no puede ni debe utilizar esta declaración ante la Policía para condenar al acusado, ya que de hacerlo vulneraría el derecho de defensa como una parte de otro más amplio reconocido expresamente en el art. 24.2 CE, el derecho a un proceso público con todas las garantías [...] La jurisprudencia ha establecido que el Tribunal podrá tomar excepcionalmente en cuenta las declaraciones testificales obrantes en el sumario, previa lectura en el juicio, cuando el testigo haya muerto, o se encuentre fuera de la jurisdicción del Tribunal y no sea factible lograr su comparecencia o sea imposible de localizar por desconocimiento de su paradero. En tales supuestos, es condición de la validez de tales declaraciones que hayan sido prestadas de manera inobjetable... De otro lado es doctrina del Tribunal Constitucional, reiterada en múltiples sentencias (STC 51/95, 97/99 de 31 de mayo ) que las únicas pruebas aptas para formar la convicción judicial y enervar la presunción de inocencia son las practicadas en el acto del juicio oral bajo los principios de oralidad, intermediación, publicidad y contradicción; si bien de tal exigencia general se exceptúan los supuestos de prueba preconstituida o anticipada siempre y cuando se observen el cumplimiento de una serie de requisitos de distinta naturaleza: 1) El material, derivado de la imposibilidad de reproducir la prueba en el acto del juicio oral, artículo 730 de la L.E.Crim., como sucede en los casos de testigos residentes en el extranjero, que se hallen en paradero desconocido o hayan fallecido. 2) El subjetivo consistente en que en la prueba se haya practicado con la intervención del el Juez de Instrucción. 3) El objetivo consistente en que en la práctica de la prueba haya también intervenido el abogado del imputado o se le haya dado la posibilidad de intervenir a fin de salvaguardar el principio de contradicción. 4) El formal consistente en la introducción en el juicio oral de esa prueba a través de la lectura del documento que plasma su práctica [...]” Audiencia Provincial de Alicante. Jurisdicción: Penal. Sección: Décima Ponente: Gracia Serrano Ruiz de Alarcón. Fecha: 16/03/2007.

las autoridades (que era posible que existieran en nuestro sistema tradicional, al obtener ministerialmente testimonios de personas que durante la fase judicial no aparecían y aun así se podían usar en sentencia, sobre la precisión de que el Ministerio Público –en su calidad de investigador– tenía fe en sus actuaciones.

Es la dimensión de las eventuales represalias, en la que esta figura del denunciante anónimo entra en contacto con otra, que se ha denominado “testigo oculto”, con la que coincide en que la identidad del que afirma un hecho tampoco es del conocimiento del acusado, sin embargo, como se precisa con posterioridad, en este último supuesto nos ubicamos no sólo ante una *técnica de investigación*, que es a lo que únicamente se circunscribe el denunciante anónimo, sino que se trata de una persona que sí tiene un *rol* dentro del proceso penal, generando consecuencias de derecho para el imputado y por ello puede requerir una *medida de protección*, que es, justamente, que su identidad se mantenga confidencial.

Lo cual, para efectos de establecer una distinción clara entre uno y otro, implica que el denunciante anónimo *nunca* fue conocido en su identidad, mientras que en el oculto ésta sí se conoce (por las autoridades facultadas) pero *excluida* de la ordinaria publicidad procesal.

En ese tenor, lo hasta aquí dicho vale para las figuras que se limitan a *ser técnicas de investigación* y, por tanto, no comparten atributos de *rol procesal* o *sujetos de protección*.

Las figuras que sí tienen atributos de rol procesal y sujeto de protección (además de que pueden confundirse con técnicas de investigación) plantean mayores complejidades para el proceso penal, por las consecuencias relevantes que pueden generar para la vigencia de los principios del sistema penal (contradicción, publicidad, igualdad de armas) y la toma de decisión judicial (exclusión o no de pruebas, su valoración restrictiva, necesidad de concatenación indiciaria) lo cual está en íntima relación con la salvaguarda de derechos sustantivos y procesales de las partes en el proceso (derecho de defensa,

intimidad, no autoincriminación, derecho a guardar silencio) así como de la integridad física e, incluso, la vida de los involucrados en el mismo.

### **1.3.2. “Agente encubierto”, “agente provocador”, “testigo colaborador” (“arrepentido”), “testigo oculto” y “testigo protegido”**

Desde ahora hagamos tres precisiones, que se desarrollan más adelante:

1. Por una parte, hay que decir que el *agente provocador* es una figura que puede ser tanto una variante del *agente encubierto* como una técnica independiente.

2. Por otra, el *agente encubierto*, el *provocador* y el *testigo colaborador* son las únicas de todas las mencionadas que pueden llegar a tener las tres acepciones antes apuntadas: *técnica de investigación*, *rol procesal* y *sujeto de protección*.

3. Mientras que la denominación de *testigo protegido* sólo comprende la cualidad de *sujeto de protección*, de la que pueden ser beneficiarias personas que rinden su testimonio por diversas circunstancias (*infiltrado*, *colaborador*, un perito, un fiscal, un testigo cualquiera).

Dicho lo anterior, en cuanto a la forma de hacer el análisis, por prelación lógica para estas figuras el primer aspecto a considerar será lo relativo a su procedencia en cuanto a *técnicas de investigación*: respecto de qué delitos, en qué casos, quién debe autorizarla, quién puede llevarla a cabo, su vigencia y qué cuestiones debe considerar tal autorización. Luego, se hará referencia a los aspectos propios de la implementación de tales medidas, como a los actividades que pueden llevarse a cabo, las medidas de control de la actividad a que haya lugar o las afectaciones o no a derechos que pudieran presentarse, así como conductas ilícitas que podrían tener lugar.

Acto seguido, se hablará de sus implicaciones en su dimensión de *roles procesales* y *de sujetos de protección*, de modo que se analiza lo tocante a la

valoración de las pruebas que aportan a juicio (licitud, ilicitud, exclusiones probatorias) y las medidas que deben tomarse para salvaguardar sus derechos, así como las implicaciones que de ambas cuestiones se desprendan para la vigencia de los principios del nuevo sistema de justicia y los derechos de defensa del inculpado.

### 1.3.3. El “agente encubierto” o el “infiltrado”

Por lo que hace al *agente encubierto o infiltrado*, si bien no es la única técnica de investigación contra la delincuencia organizada<sup>37</sup> tal vez sí es la más paradigmática. Valiéndose de ella se han obtenido algunos de los éxitos más sonoros en la lucha contra este tipo de criminalidad, como en los casos de los célebres agentes “Donnie Brasco” en Estados Unidos de Norteamérica<sup>38</sup> o el “Lobo Azul” en España.<sup>39</sup>

La necesidad de recurrir a esta técnica de investigación obedece, como se he mencionado, a la disciplina de grupo que existe en las estructuras de la delincuencia organizada, a las leyes de silencio, a la simulación de sus operaciones que mezclan legalidad e ilegalidad en diversas regiones y ámbitos sociales y a la cada vez mayor aceptación social en algunas regiones o disimulo

---

<sup>37</sup> Que, como apuntan Núñez Paz y Guillén López, pueden consistir en: “a) La observación policial prolongada de la actividad de personas sospechosas de integrar alguna organización delictiva [...] b) La utilización de diferentes técnicas de tratamiento automatizado de datos, especialmente el cruce y la comparación de informaciones recogidas en diversos bancos de datos [...] c) El empleo de diversas técnicas de captación y reproducción de la imagen y el sonido, que permitan acceder al contenido de actividades y conversaciones de sospechosos que integran una organización delictiva que se desarrollan incluso en ámbitos privados.” Núñez Paz..., p. 96.

<sup>38</sup> En 1976 el agente del FBI Joseph Pistone se infiltró en una de las familias de la mafia de Nueva York (Bonano) en una operación que se extendería por seis años y que lograría más de 100 condenas, al proveer información sobre la estructura criminal, sus métodos de operación, personas involucradas y hechos delictivos. Véase: Pistone, Joseph E. *Donnie Brasco*. Londres, Hodder & Stoughton, 2006.

<sup>39</sup> “Francisco Lerena Zambrano, conocido en los medios policiales por los apodos “Alejandro” o “Lobo azul”, [...] infiltrado en la cúpula de extrema derecha, en los años 84 y 85, habiendo evitado atentados graves como la muerte del diputado de Esukadiko Ezquerria Juan María Bandrés, el preparado contra un autobús lleno de familiares de ETA, cerca de Alcalá Meco, la voladura de un cine Alphaville en Madrid, repleto de espectadores durante la proyección de la película “Je vous salue Marie”, y muy especialmente, controló, para frustrarlo desde dentro, el atentado contra la Familia Real y el gobierno de Felipe González en un desfile en la ciudad de A Coruña.” Cardoso Pereira..., p. 344.

en otras provocado por el temor a las represalias. De modo que para poder investigar eficazmente es necesario primero que la autoridad pueda distinguir de entre todo el entramado social, geográfico, económico y delictivo, hacia dónde en específico debe orientar sus recursos y capacidades institucionales, qué personas debe investigar, qué actividades, buscando qué objetos, en qué lugares, qué actos criminales en particular, consumados o por cometerse. De tal forma, la infiltración a través de un *agente encubierto*, implica que un policía, bajo el uso de una identidad supuesta, entra a formar parte de un entramado organizativo “con el fin de mantener una relación con los miembros de la organización –haciendo uso del engaño– para poder obtener información que permita el enjuiciamiento y condena de los presuntos responsables [...] y en especial de aquellos que se encuentran en la cúpula de la organización.”<sup>40</sup>

Sin embargo, con esta técnica de investigación el policía,<sup>41</sup> como *agente encubierto* en momento alguno pierde su carácter de autoridad, lo que conlleva dos consecuencias relevantes en el esquema tradicional de investigación de los delitos.

Al valerse de la simulación, la autoridad interactúa con los involucrados de manera inmediata, o sea, penetra en el ámbito personal en el que cobra materialidad –y sentido– su esfera de derechos, lo que problematiza la vigencia de pilares de actuación del Estado Constitucional contemporáneo, que presuponen la

---

<sup>40</sup> *Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la política de infiltración...*, p. 73. En el mismo tenor: “El agente infiltrado es un funcionario de la Policía que tiene por misión actuar, dentro de la clandestinidad, en un determinado ambiente criminal para reprimir y prevenir acciones delictivas y para descubrir a quienes integran la organización criminal.” Molina Pérez, Teresa. “Técnicas de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines. *Anuario Jurídico Escorialense*, XLII, 2009, p. 155. Por su parte, este método de investigación se encuentra contemplado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en su artículo 20.1, en los siguientes términos: “Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.”

<sup>41</sup> Siendo esta cualidad subjetiva la regla general para ser infiltrado, aunque países como Colombia (artículo 242 del Código de Procedimiento Penal), sí permiten operaciones encubiertas valiéndose de particulares controlados por la Policía.

existencia de *una decisión previa, a partir de elementos obtenidos a priori, para afectar los derechos del ciudadano* (tal vez con la excepción de la flagrancia, pero aun en ese supuesto está la obligación de regularizar la actuación inmediatamente, al hacer la puesta a disposición de la autoridad competente) sobre el presupuesto de que el Estado sólo puede hacer lo que expresamente le está permitido y mediante actos fundados y motivados que justifiquen tal afectación de derechos.

A lo cual, se suma una segunda cuestión, también derivada de la simulación: el particular desconoce la existencia de tal medida en su contra, en consecuencia, no puede precaverse ni defenderse de ella,<sup>42</sup> ya no sólo para hacer valer la vigencia plena de sus derechos (vida privada, inviolabilidad del domicilio y de sus comunicaciones o la denominada “autodeterminación informativa”), sino para su defensa litigiosa respecto de la posterior imputación que se formule en su contra a partir de tales actuaciones (por lo que hace a su presunción de inocencia, derecho a guardar silencio, no declarar contra sí mismo).

Es por ello que en esta figura del *agente encubierto* se expresa con especial claridad la tensión dialéctica que puede haber entre el pleno respeto de las libertades de los ciudadanos y la seguridad de la sociedad y sus integrantes, que en ambos casos deben ser garantizadas por la actuación eficaz del poder público y, por tanto, tal técnica de investigación plantea la necesidad de su estricto control para que la lucha contra la delincuencia organizada no resulte inefectiva ni tampoco se haga, sin más, a través del sacrificio indiscriminado de derechos, merced a una “carta en blanco” a favor de la autoridad ministerial para generar un resultado paradójico: que para acabar con la impunidad, la autoridad actúe impunemente.

---

<sup>42</sup> En ese tenor: “La necesidad de control, en cualquier caso, debe centrarse en la protección y tutela de los derechos del investigado, porque desconoce éste la ejecución de la actividad autorizada y no puede impugnarla ni autodefenderse, por lo que en garantía de sus derechos deben el Fiscal y el Juez ser especialmente rigurosos.” Núñez Paz..., ob. cit., p. 128.

En ese orden de ideas, al margen de los supuestos normativos específicos de delincuencia organizada,<sup>43</sup> está el tema de cuándo en el caso concreto debe acudirse a tal técnica, lo que implica pronunciarse sobre si puede ordenarse sin necesidad de distinguir pormenores; siempre que los hechos del caso encuadren en los supuestos típicos o si deben reunirse requisitos adicionales, a partir de las particularidades del caso o ante la ineficacia previa de otros medios de investigación que hayan tenido que utilizarse.

Sobre el particular, es evidente que aun cuando en general no haya referencias expresas en el ordenamiento jurídico, por tres cuestiones debe considerarse que tal proceder encubierto debe operar de forma realmente excepcional.

La primera de ellas atiende a la dimensión logística que redundaría en las posibilidades reales de eficacia estatal, en términos de la notable demanda de recursos humanos y materiales que involucran este tipo de operaciones que se ejecutan un tiempo más o menos prolongado (de modo que, por ejemplo, no alcanzaría el personal si para cada caso de delincuencia organizada hubiera que asignar a uno o varios agentes), además de que, pese a haber rasgos comunes a todas las estructuras criminales organizadas, la complejidad en específico de cada una de ellas no es la misma, por lo que necesariamente debe haber otros mecanismos idóneos más asequibles para armar el caso.

---

<sup>43</sup> Para lo cual puede acudirse a diversas técnicas legislativas, sea a partir de criterios comprensivos, propios de los requisitos que las conductas deben reunir (como lo hace la *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Transnacional*, en sus artículos 1, 2, 5, 6, 8 y 23 al contemplar criterios sobre penas mínimas, cantidad de personas involucradas, forma de organización, corrupción u obstrucción de la justicia) o mediante un catálogo taxativo de delitos de delincuencia organizada, como en España (en su artículo 282.4 Bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que entre otros contempla secuestro, prostitución, falsificación de moneda, contra la salud o terrorismo). Mientras que en el caso de nuestro país, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 16, noveno párrafo, entiende por *delincuencia organizada* “una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”; términos desarrollados en la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada* que por igual aglutina bajo esta modalidad supuestos delictivos relativos a terrorismo, acopio y tráfico de armas, tráfico de personas, tráfico de órganos, delitos sexuales, trata de personas, secuestro, contrabando, contra la salud y operaciones con recursos de procedencia ilícita (artículo 2 y ss de la ley en cuestión).

La segunda cuestión, según se ha visto, se relaciona con el carácter problemático que esta técnica puede tener para el respeto de los derechos humanos de los investigados, motivo suficiente, de suyo, por el que siempre deba preferirse previamente una técnica diversa más armónica, *prima facie*, con la esfera de derechos del ciudadano; y sólo ante su ineficacia una vez intentada o ante la notoriedad manifiesta de su inviabilidad, valerse de la infiltración.

La tercera, cuestión no menor, por el alto riesgo que existe para la vida e integridad personal del agente que participa en estas operaciones (e, incluso de sus allegados, como parte de una *vendetta*) que ya sea por una circunstancia fortuita o por un error o descuido del propio agente o de las autoridades que lo supervisan, pueden materializarse en cualquier momento.

En otras palabras, en comparación con otras técnicas (como la revisión de un domicilio o la intervención de un teléfono sustentados en una orden judicial, por ejemplo) en la infiltración existe intrínsecamente un mayor grado de riesgo para la afectación de derechos de los particulares investigados en virtud de los escenarios inciertos que en el día a día pueden presentarse en una ejecución policial que se prolonga en el tiempo, que constantemente interactúa con la criminalidad y en la que existen dificultades para su supervisión regular; de ahí que cobre sentido esta ponderación de excepcionalidad en la medida para justificar que en un determinado caso en concreto, sólo a través de esta técnica se garantiza la eficacia estatal contra el delito –en lugar de que sea vista como una herramienta genérica, que a base de ser usada indiscriminadamente se lleve a su desvirtuamiento.

De ello es que se deriva la necesidad de determinar cuándo es que efectivamente nos encontramos en este supuesto de excepción, cuyo primer aspecto consiste en establecer la autoridad encargada de dar tal aquiescencia, pudiendo ser fiscal o en el juzgador.

A nivel internacional, en el caso de España, se prevé que corresponde al juzgador autorizar la operación, y sólo en ciertos supuestos de excepción puede el

fiscal hacer lo propio, debiendo dar aviso inmediato al juez para que lo ratifique; en caso contrario, debe cesar la operación. Mientras que en Alemania se contempla tal facultad para el fiscal, con restricciones expresas que requieren autorización judicial.<sup>44</sup>

En el caso de México (y otros como Colombia, en el artículos 241 del Código de Procedimiento Penal)<sup>45</sup> ello corre a cuenta del poder Ejecutivo toda vez que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO) establece (artículo 11) que el Procurador General de la República podrá autorizar la infiltración de agentes en las averiguaciones relativas a los delitos materia de dicha ley, para efectos de que la investigación también abarque el *conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación de las estructuras criminales*.<sup>46</sup>

De donde se sigue que la normatividad en cuestión sólo acota la procedencia de la infiltración cuando la investigación requiera la visión del

---

<sup>44</sup> En el artículo 282 Bis.1. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española se establece que “el Juez instructor competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta.” En Alemania en el artículo 110, b, (2), 2, del Código de Procedimiento Penal, se faculta al Fiscal para autorizar la operación, pero en el supuesto de que la misma se dirija contra una persona determinada o conlleve ingresar a un domicilio, se requerirá la autorización judicial.

<sup>45</sup> “Artículo 241. *Análisis e infiltración de organización criminal*. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado, en la indagación o investigación que se adelanta, pertenece o está relacionado con alguna organización criminal, ordenará a la policía judicial la realización del análisis de aquella con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma. Después, ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que agente o agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente.

El ejercicio y desarrollo de las actuaciones previstas en el presente artículo se ajustará a los presupuestos y limitaciones establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia.”

<sup>46</sup> Lo cual está en consonancia con lo previsto en el artículo 251, fracción IX, del CNPP, que establece que las operaciones encubiertas son de las actuaciones de investigación que requieren de autorización previa por parte del juez de control. Por otra parte, en cuanto a los requisitos formales de esta autorización por parte del titular de la fiscalía, el artículo 11 bis de la ley contra la delincuencia recién aludida establece la reserva motivada de la identidad de los agentes infiltrados imposibilitando que consten en constancias de la investigación los datos que sirvan para identificarlos, asignándose una clave numérica que sólo será del conocimiento del titular de la Procuraduría, del titular de la unidad especializada en la investigación y persecución de delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada, el titular de Seguridad Pública y del infiltrado.

conjunto de la estructura criminal, sin embargo, no da indicación o parámetro sobre la autorización correspondiente, de modo que se rige por el deber genérico de la debida fundamentación y motivación de todo acto de autoridad. O sea, la materialización de la medida quedaría en la discrecionalidad, en sentido amplio, de la autoridad investigadora para justificar la medida.

Para dilucidar las posibilidades de tal justificación, cabe destacar que la legislación procesal penal alemana –en su artículo 110.a) – exige que se tengan *indicios reales*, y únicamente cuando la investigación por otros métodos es *inútil*. Mientras que en España se establece (artículo 282.1. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que debe emitirse una resolución fundada teniendo en cuenta la *necesidad* de la medida de infiltración a los fines de la investigación, de lo cual se desprende, siguiendo a Marta del Pozo, que deban tomarse en cuenta:

- a) La existencia de *indicios suficientes* para establecer que se están llevando a cabo conductas delictivas organizadas;
- b) la *idoneidad* de la medida, a efecto de justificar cómo la infiltración va a contribuir a la investigación;
- c) *subsidiariedad*, en cuanto a que los datos que se pretendan recabar no puedan ser obtenidos por otros medios investigativos que resulten menos gravosos;
- d) *gravedad*, en el sentido de que no basta la catalogación de los delitos para establecer la procedencia de la medida a partir de tal gravedad, sino que deben considerarse las características de la red delincencial, tales como su alcance geográfico, influjo corruptor, la fidelidad de sus miembros, etcétera, y
- e) *motivación reforzada*, en virtud de las posibles restricciones a derechos fundamentales, de modo que deben particularizarse las circunstancias de la autorización, los tipos delictivos para los que se permite, organización

criminal que se investigará y todos los extremos que permitan individualizar el abanico de posibilidades de la infiltración.<sup>47</sup>

La autorización es sin duda un rasgo esencial que busca evitar su abuso. Necesidad de control que desde luego es preciso subsista y así ocurre en otras latitudes *durante* el despliegue de la actividad que realiza el encubierto; mas nuestro marco legislativo es ayuno en cuanto a los mecanismos a considerar para garantizar la eficacia de la medida a la vez que la desviación de sus propósitos, lo que obliga asumir que en el menor o mayor descuido puede estar la inutilidad de lo así conocido.

La legislación española en el artículo 282.1, parte final, de la legislación procesal penal ya aludida se señala que la información que vaya obteniendo el *agente encubierto* deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación, misma que deberá ser agregada al proceso en su integridad para su valoración por parte de juzgador, a la vez que el apartado 3

---

<sup>47</sup> Véase: del Pozo Pérez, Marta. "El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española". En: *critério Jurídico*. N. 6, Vol. 1, 2006, p. 292 y ss. En el mismo tenor Flavio Cardoso señala como aspectos a cubrir por la autorización habilitante de la infiltración: *a)* carácter excepcional; *b)* resolución habilitante; *c)* juicio de proporcionalidad; *d)* especialidad; *e)* motivación; *f)* *ultima ratio*; *g)* indicios racionales de criminalidad y *h)* control judicial. Este autor hace especial énfasis en el **juicio de proporcionalidad** que debe realizarse, destacando que debe guiarse por los criterios de *adecuación*, en cuanto a la posibilidad de alcanzar el fin pretendido, lo cual impone que los "órganos de persecución criminal, preliminarmente a la infiltración del agente encubierto en la organización criminal, consigan obtener datos e informaciones que vengan a demostrar que este grupo deberá ser objeto de investigación, incluso porque al menos el infiltrado tendrá que poseer conocimientos esenciales sobre el funcionamiento del mismo"; *necesidad*, en cuanto a establecer la eficacia de la medida, o sea, su capacidad en comparación con otros medios, "que resulte necesario por ser inevitable, esto es, por no estar a disposición del poder público otro instrumento menos lesivo o menos ofensivo para alcanzar la finalidad perseguida", y *proporcionalidad en sentido estricto*, en cuanto a "guardar una relación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado." Cardoso Pereira..., pp. 471 y ss. Todo lo cual, es sintetizado por el autor en la formulación de tres preguntas: "1º) ¿Es justificable la autorización para ingreso de un agente encubierto en un clan de delincuentes organizados, en razón del nivel de peligrosidad de la amenaza a los derechos y garantías fundamentales de las personas investigadas? 2º) ¿Sería adecuada y necesaria la utilización de esta técnica policial para obtención de fines de desarticulación de un grupo de delincuentes organizados? 3º) ¿La repercusión de la concesión de autorización para la infiltración policial puede ser competente con el sacrificio de determinadas garantías del individuo en pro de la manutención de la seguridad colectiva? *Ibíd.*, p. 411. Por otra parte, sobre la cuestión de la **duración** de la medida, cabe destacar que nuestra legislación no señala plazo expreso, mientras que en España, por ejemplo, se establece un período de 6 meses, ampliable; sin embargo, con o sin esa referencia específica, se entiende que la duración de la medida está en función de las necesidades propias de la investigación.

del mismo numeral prevé que cuando las actuaciones de investigación puedan afectar derechos fundamentales, el *agente encubierto* deberá solicitar al órgano judicial competente las autorizaciones correspondientes.

En ese tenor, puntualiza Paz Rubio que: “Los agentes encubiertos tendrán que poner a disposición del órgano que les autorizó la infiltración, en su integridad, toda la información que vaya obteniendo de sus averiguaciones, al objeto de que éste acuerde las resoluciones correspondientes, según convenga a las necesidades de la instrucción, por lo que le está vedado seleccionar a su libre arbitrio la información.”<sup>48</sup>

De lo anterior destacan dos cosas: que exista la obligación del agente de suministrar informes regulares a la autoridad habilitante para que esté en posibilidad de evaluar su desempeño y los avances de la investigación, para lo cual, el agente es un mero transmisor de los elementos obtenidos y sea aquélla la que discierna sobre ellos.

De especial importancia es que tales insumos sean a su vez puestos a consideración de la autoridad judicial para que los analice directamente y no sólo a través de la argumentación del fiscal y así se forme convicción no sólo del resultado final de la técnica infiltración, sino a partir de la secuela de datos suministrados y las decisiones que derivaron de las mismas evalúe las implicaciones probatorias de tal técnica a partir de la forma en que fue construyéndose, lo cual incide también en un control *a posteriori* de la infiltración, por parte del juzgador al decidir, especialmente en sentencia.

En ese tenor, otro mecanismo de control *durante* y con efectos *ex post* en la infiltración se encuentra en la figura del *supervisor o controlador* de la actuación del agente, pues como advierte Marta del Pozo, el agente no puede suministrar directamente la información a la autoridad que autorizó la operación, sino que lo hace a través de otro funcionario, quien:

---

<sup>48</sup> Paz Rubio, José María, *et. al. La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los tribunales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 399.

[...] es el responsable directo de la actuación del funcionario infiltrado; será el que controle sus actividades, marque el camino a seguir, sirva de interlocutor con el resto de los investigadores, que pueden tener que participar en determinadas diligencias, coordinará el dispositivo de seguridad, transmitirá al agente todo aquello que sea necesario y recogerá de éste la información y fuentes de prueba obtenidas para ponerlas en conocimiento del instructor que autorizó la operación y, por último, tendrá que interpretar las alertas sobre el peligro que el encubierto está sufriendo en cada momento concreto, convirtiéndose a un mismo tiempo en su jefe, su enlace y su protector.<sup>49</sup>

Figura que no se encuentra expresamente prevista en la legislación mexicana, pudiéndose deducir de su estado actual que podría tratarse del titular de la “unidad especializada en la investigación y procesamiento de delitos cometidos por personas que formen parte de la delincuencia organizada” (a que se refiere el artículo 8, primer párrafo, de la LFDO), en tanto que “podrá autorizar la reserva de la identidad de los agentes de las fuerzas del orden público que participen en las operaciones encubiertas” (artículo 11 bis, primer párrafo, misma ley) y de su superior jerárquico, el Procurador General de la República, que junto con el titular de esa Unidad y el Secretario de Gobernación son los únicos que conocerán la clave alfanumérica que se asigne al agente encubierto.

A partir de este hilo conductor, es pertinente hacer referencia a los actos que implica la infiltración respecto de los que le son ajenos y, en consecuencia, pueden conllevar la responsabilidad del servidor público. Sobre de lo cual, la legislación nacional, al igual que sucede con la mayoría de los pormenores prácticos de esta figura, no brinda mayor desarrollo, salvo en el caso del agente provocador, del que se habla más adelante.

En ese orden de ideas, ante la multiplicidad de supuestos que pueden actualizarse con motivo de cada caso concreto, se antoja inadecuado establecer un catálogo taxativo de actos que sí se pueden llevar a cabo con motivo de la

---

<sup>49</sup> Del Pozo Pérez....., p. 301.

infiltración;<sup>50</sup> en todo caso, parece más pertinente establecer márgenes de contención de la actuación del agente, que sirvan para evaluar su legalidad.

En ese orden de ideas, es que Núñez Paz y Guillén López consideran que las actividades realizadas por el *agente encubierto* se encuentran en el marco de la legalidad con excepción de las que “no sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación que se le ha encomendado, como de las que no guarden la correspondiente proporcionalidad con el objetivo de la misma o de las que instituyan una provocación al delito.”<sup>51</sup>

No obstante que tales límites de actuación sean razonables, es inadecuado que se les tome como parámetro teórico pues no sólo debe tenerse presente que invariablemente requieren de su adecuación a los casos concretos, sino que los mismos son conceptualmente problemáticos para su operatividad, en relación a: i) ¿cuándo la actuación del agente transgrede los derechos fundamentales de los sujetos investigados? y ii) ¿cuándo su conducta es abiertamente delictiva desde la dimensión del derecho penal?

Para mayor precisión, no debe perderse de vista que el *agente encubierto* se sumerge en el mundo de la criminalidad, se camufla en ella, de modo que no es difícil entender que su actuación constantemente estará en los linderos de la legalidad y de la ilegalidad en cuyo escenario los referentes de evaluación diseñados para actividades alejadas de esa zona de alto riesgo, no son adecuados; pueden usarse como estándares de *contención*, pero con un especial grado de elasticidad que tienda al equilibrio; sin esa adaptación la gran mayoría de

---

<sup>50</sup> Como queda de manifiesto en el caso alemán, en palabras de Fabricio Guariglia: “Durante su actividad puede tomar parte en el tráfico jurídico bajo su falsa identidad [...] es decir, realizar todo tipo de actos jurídicos, demandar y ser demandado en juicio, fundar sociedades, etc., ya sea en relación a su misión, ya en forma individual.”. Guariglia..., p. 53.

<sup>51</sup> Núñez Paz..., p. 123. Mismos parámetros que son tomados en cuenta por Espinosa de los Monteros, razonando de la siguiente manera: “la actuación del agente encubierto está sujeta a límites infranqueables que unidos con el principio de que, en el proceso penal, la verdad no puede conseguirse a cualquier precio por más graves que sean las formas de criminalidad, hacen necesario el estudio de las responsabilidades en que pueda incurrir el infiltrado por las actuaciones que haya realizado en el transcurso de la investigación [lo límites son] que las actuaciones que desarrollen sean consecuencia necesaria de la investigación; que sean proporcionales a la finalidad de la investigación; y que no supongan la provocación de un delito.” *El policía infiltrado...*, p. 396.

las actuaciones del agente serían contrarias a derecho o en su extremo opuesto, su camuflaje justificaría cualquier desviación en nombre de la investigación.

Está fuera de duda, en una visión ordinaria que para cumplir su misión, con su actuar el agente afecta los derechos de los investigados, a la vez que lo pone en un elevado nivel de riesgo: para ganarse la confianza de los criminales y poder penetrar en la estructura delictiva, debe mostrar no sólo que forma parte del *gremio*, sino que es útil, eficaz en sus resultados criminales en beneficio de la estructura delictiva, o sea, debe demostrar que es un *buen delincuente*, un “delincuente leal y confiable”; que “cometa” delitos, mismos que no siempre podrán simularse, pues en condiciones en las que la simulación y la autenticidad ya no se diferencian, el dinamismo de su actividad no siempre permite ver con claridad conductas prototipo: como sí sería, por ejemplo, en que tuviera que entregar parte del botín de robos que llevara a cabo por su cuenta, a manera de diezmo, de modo que el agente pueda simular su realización a través de la entrega de objetos incautados que le suministre su *controlador*, como hizo *Donnie Brasco*, quien supuestamente era un experto ladrón de joyas.

La realidad es tenaz en sacarnos de esa zona segura, como cuando de manera imprevisible el agente se ve comprometido a participar en un delito o se le exija cometer uno como muestra de lealtad (lo que se conoce como *prueba de castidad*). Tampoco será simple que los superiores del agente le autoricen previamente toda actuación que pudiera transgredir derechos humanos más allá del marco de actuación tutelado, como cuando para ganar la confianza de los delincuentes tenga que socializar en la casa de uno de ellos, ingresar en domicilio particular que, desde un punto de vista formalista requeriría una orden de cateo.

Estos dos escenarios, relativos a la comisión de delitos y a la puesta en riesgo de derechos fundamentales, evidencian problemáticas concretas, tanto desde el punto de vista de legalidad y eficacia de las *técnicas de investigación* como desde su impacto en el ámbito de la valoración de las pruebas que de ello se generen (lo cual implica su valoración más desde la óptica de *roles procesales*, que se analizan más adelante).

#### 1.3.4. “Agente encubierto” y comisión de delitos. “Agente provocador”

En términos generales parece un contrasentido que la autoridad se valga de medios ilegales para obtener resultados legales, no sólo por la deontología que subyace al marco normativo y que, en una primera aproximación parece rechazar, sino para efectos de la elemental distinción entre delincuentes y autoridades, entre *buenos* y *malos*.<sup>52</sup> Sin embargo, como se ha explicado, la dinámica y efectos perniciosos de la delincuencia organizada plantean la necesidad de sumergirse en ella para contrarrestarla, sobrevolar el pantano sin salpicarse no resulta eficiente, introducirse en él sin ensuciarse no es posible; el Estado precisa entonces no sólo de ejecutar los métodos policiales, sino también las reglas jurídicas para ensuciarse del lodo delincencial y para qué no las nulifique: es necesario vacunarlas. Así, en esta tensión dialéctica, es que no sólo la actuación policial ha tenido que ajustar sus métodos, sino que también ha de hacerlo el sistema jurídico en su conjunto.

El matiz que demanda la actuación del *agente encubierto* gira en torno a la calificación de “legalidad” sobre su actuación (ya asumida la premisa de la mutación de la concepción clásica de este concepto dadas las necesidades de que impone la delincuencia organizada), en la medida en que los actos en que se puede ver involucrados están fuera de la órbita normal de funciones de los servidores públicos y en caso de que estos fueran sus ejecutantes no sólo serían delictivos, sin más, sino que incluso se verían agravados por esa misma condición subjetiva.

---

<sup>52</sup> Marcelo Sancinetti –citado por Ramírez Jaramillo– en relación con la utilización inveterada de agentes provocadores, hace ver que: “en el nombre de una eficacia pagada con la ilegitimidad de procedimientos, el propio Estado se vestía de delincuente y se lanzaba a participar en el delito [...] A través del agente encubierto el Estado se asociaba con el delito, perdonándose a sí mismo, pero penando a sus socios. Al referirse a este 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”. Ramírez Jaramillo, Andrés David. *El Agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación*. Medellín, Universidad de Antioquía, 2010, p. 30.

En ese tenor, dos son las cuestiones a tomar en cuenta: a) cuando el agente se ve *involucrado* en la comisión de una conducta delictiva y, b) cuando el agente la *incita*, refiriéndose el primer caso al supuesto en que el agente toma parte de un hecho delictivo que se gesta y cobra materialidad a partir de la dinámica criminógena de la banda y el segundo, a cuando el delito cobra existencia a instancia del propio agente; radicando el punto de diferencia en la ideación de la conducta, de modo que sin la intervención del agente, aquella no hubiera tenido lugar.

Distinción que no siempre es clara y tiene incidencia en la teoría del delito, ya que en el primer caso, la valoración delictiva recae en la existencia o no de la responsabilidad penal del agente, mientras que en el último caso, se trata de determinar la materialidad misma del delito, pudiendo ser éste, incluso, de realización imposible merced a la intervención del *infiltrado*.

El primer escenario, el del *involucramiento* del agente, es el típico de la intervención *infiltrada*. Es obvio que el agente, para ganar la confianza de los delincuentes, debe no sólo socializar con ellos, sino tomar parte en sus actividades de modo que pueda documentar el entramado ilícito de la organización, con la dificultad agregada de evitar que su impostura sea descubierta, no sólo para el éxito de su empresa sino para garantizar su integridad.<sup>53</sup>

La cuestión aquí no es si el agente toma o no parte de conductas delictivas, sino más bien cuándo, a partir de qué *umbral* puede considerársele responsable del injusto en lo individual, bajo el entendido de que dado el contexto complejo en que opera el *agente encubierto*, tanto por su ilegalidad intrínseca como por el

---

<sup>53</sup> Destaca Flavio Cardoso Pereira que es “la actividad del agente claramente peligrosa. No resulta difícil imaginar que puede verse durante su actuación compelido a cometer un ilícito, ya sea para ganar la confianza de los integrantes de la organización delictiva o incluso como una manera de que su vida no corra riesgo, pues el incumplimiento de una orden de los integrantes de estas bandas delictivas le puede significar un serio peligro a su integridad física. Además, es notoria la constatación de que el peligro de que el agente cometa un delito o participe en el cometido por otro es directamente proporcional al grado de infiltración en el grupo criminal: cuanto mayor es la integración en la organización, mayor la posibilidad del riesgo de verse obligado a realizar actos para ganarse la confianza de sus miembros.” Cardoso Pereira..., p. 299.

riesgo en que aquél está, tales criterios más que un método de constatación (como si fuera un control de legalidad en el que se analiza el cumplimiento de la ley a manera de palomear en un *check list*, cual si se tratara de un acto ordinario de autoridad), constituye un análisis de proporcionalidad a partir de parámetros de exclusión lógica; o sea, que sólo en el extremo de que sea manifiesta la transgresión puede hablarse de que el actuar del agente ha sido ilícito. Veamos.

### 1.3.5 Parámetros de contención en el involucramiento del agente

En esa línea de pensamiento, los tres parámetros de contención relativos a la *consecuencia necesaria, proporcionalidad y no provocación*, deben ser aterrizados, tanto para que no se queden como referencias teóricas tan abstractas que sean susceptibles de llenarse con prácticamente cualquier contenido como para establecer, aun cuando sea por exclusión, la línea entre legalidad/ilegalidad que permita seguir distinguiendo la investidura de autoridad en el *agente encubierto* para con los delincuentes a los que investiga.

Así, la *consecuencia necesaria* de la investigación<sup>54</sup> puede verse desde dos aspectos, como *extremos* lógicos de análisis de la legalidad de la actuación del agente: que el acto delictivo cuadre con el tipo de actividad investigada y que encuentre su explicación fáctica en la secuela de acontecimientos que se presentaron con motivo de la investigación.<sup>55</sup> La evaluación racional de la

---

<sup>54</sup> “[...] el término <<investigación>> corresponde a una significación amplia del mismo, no únicamente coincidente con la actividad indagatoria en el sentido estricto, sino que, igualmente, ha de dilatarse a otros conjuntos de tareas u operaciones que son necesarias para favorecer su ingreso y continuidad dentro del clan criminal, [para así] conseguir datos concretos de las estructuras y actividades de la organización, establecer contactos, etc.”. Núñez Paz..., p. 137.

<sup>55</sup> Una cuestión íntimamente vinculada con la valoración de tales requisitos es el momento en que ello es objeto de consideración por parte de la autoridad. En ese tenor, estimo que deben ser analizados en las tres fases de la investigación, en la medida en que ello fuera posible en las dos primeras y a plenitud en la última. Así, *ex ante*, al autorizar la operación deben considerarse los escenarios de mayor probabilidad para el riesgo tanto de la viabilidad de la operación y su legalidad, como de la seguridad del agente, de modo que dé al agente un marco de actuación al cual ceñirse, conociendo con antelación las conductas que puede hacer y de las que debe abstenerse, a la vez que sirva para evaluar los progresos de la investigación. Ello incide, a su vez, en el control que ha de realizarse *durante* la investigación, en la medida en que para este momento ya se cuenta con información concreta de la forma y métodos con que cuenta la banda así como

actuación del *agente encubierto*, requerirá una *justificación adicional explícita* (en tanto que no sea dable desprenderlo de manera lógica *prima facie*) para que no se le considere ilegal en el escenario en que el agente lleve a cabo actividades diversas del giro al que se dedica la célula en la que está infiltrado (por ejemplo, que realice transferencias bancarias para lavar dinero, cuando aquélla se enfocaba más bien al trasiego de droga) o cuando a pesar de sí estar en ese contexto, despliegue tareas que no formarían parte de la actividad ordinaria que venía desempeñando (como sería que participase en una golpiza a una víctima de extorsión, cuando más bien realizaba la vigilancia de las potenciales víctimas del derecho de piso).

Por lo que hace a la *proporcionalidad de la conducta*, debe entenderse que aun cuando el agente se vea compelido, por las circunstancias, a tomar parte en las actuaciones delictivas, su participación en el ilícito ha de estar limitada a lo estrictamente necesario para convalidar su fachada ante el grupo o para la eficacia de la penetración en la estructura criminal. Sería cuestionable que a menos que hubiera orden expresa en ese sentido o resultara congruente con su perfil ficticio (ambas cosas verificables, aun indirectamente), que el agente planeara los hechos o asumiera un rol de liderazgo en su ejecución, tomando decisiones sobre las víctimas y objetos del delito en lugar de limitarse a ser un mero comparsa, además de que en cualquiera de esos escenarios, su actuación ha de ser *lo menos transgresora posible* de los bienes jurídicos y personas en función de las alternativas que tenga a su alcance en ese momento, pues una actuación contraria a esos límites, no permite advertir en qué se abona a la

---

de los perfiles y métodos específicos de sus integrantes, por lo que es evidente que a partir de esta realidad pueden tomarse decisiones que maximicen la eficacia y seguridad del agente previniendo de manera proporcional los riesgos y actuaciones ilegales, de tal manera que es de esperarse que ello se refleje en las decisiones que obren en las constancias del caso. Mientras que *ex post* todo lo antes dicho cobra relevancia al valorar las pruebas que se hayan generado y, concomitantemente, tenga que analizarse la legalidad de la conducta del agente por parte del juzgador con motivo de un procedimiento penal específico, siendo éste el cauce último de las investigaciones de la que esta técnica forma parte, ya que la finalidad de ésta no es otra que ponerle fin a la actividad delictiva y desarticular la banda a través de detenciones y ulteriores condenas que se impongan.

investigación ni a la conservación del estado de derecho que, es lo que se busca garantizar mediante la desarticulación de la banda criminal.<sup>56</sup>

Por último, debe destacarse que la cuestión vinculada a la *no provocación* del hecho delictivo, guarda contacto directo tanto con la figura emparentada del *agente provocador* como con el análisis dogmático de la responsabilidad penal del *agente encubierto*, por lo que todo ello se analiza conjuntamente a continuación.

### 1.3.6. Delito provocado

La provocación del delito es, tal vez, el límite más evidente en la actuación del *agente encubierto*, pues mientras en los casos de la *consecuencia necesaria* y de la *proporcionalidad de la conducta* estamos hablando de delimitar la responsabilidad del agente con motivo de una conducta delictiva intrínseca a la estructura criminal (o sea, si se excedió en su intervención con motivo de esa conducta delictiva preexistente), en la provocación, en sentido estricto, en realidad se trata de que es el propio agente el que delinque, por lo que se invierte tanto la relación causa-efecto como se degenera la teleología misma de la infiltración: en lugar de verse inmiscuido en un delito para investigar, materialmente el agente investiga para delinquir. La línea entre uno y otro escenario (cuándo puede haber ese exceso, por incumplir alguno de los requisitos antes mencionados, y cuándo es el agente el que crea el delito) gira entorno a la categoría del *delito provocado*, que se ha delimitado por la jurisprudencia española a partir de la *ideación criminal*:

---

<sup>56</sup> Como ejemplo de un actuar desproporcionado del agente encubierto, el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Navarra, en el que dos sujetos fueron acusados de robo de estupefacientes, al sustraer un par de dos toneladas de hachís de dos bodegas sujetas a vigilancia aduanera, los cuales fueron detenidos por la intervención de agentes encubiertos a quienes en un primer momento aquéllos les habían manifestado que “estaban buscando información sobre depósitos judiciales que pudieran ser asaltados fácilmente y que contuvieran en su interior sustancias estupefacientes preferiblemente cocaína. Mostrando su interés en realizar cuanto antes una operación de este tipo, fuera de Madrid preferiblemente en un depósito que tuviera limitadas medidas de seguridad y escasa vigilancia, aunque alardearon de su facilidad para inhibir los sistemas de seguridad y reducir al personal de vigilancia”, sin embargo: “los [agentes encubiertos] policialmente conocidos como Nota y Pirata son los que toman todas y cada una de las decisiones [...] que se adoptan en un contexto de creación artificiosa, guiado y procurado con el objeto de lograr la segura detención de los investigados.” Sentencia Penal No. 256/2016, Audiencia Provincial de Navarra, sección 2, Rec. 543/2014 de 14 de diciembre de 2016.

[en...] la existencia del delito provocado, es exigible que la provocación –en realidad, una forma de instigación o inducción– parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer el delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el “*iter criminis*”, desde la fase de la ideación o deliberación hasta la ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la verdadera causa de toda actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá nunca llegar a perfeccionarse, por la ya prevista “*ab initio*” intervención policial. Esta clase de delito provocado, tanto desde el punto de vista de la técnica penal –por el carácter imposible de su producción– como desde el más fundamental principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos [...] y desde [el punto de vista de] la lícita obtención de la prueba [...] debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune.”<sup>57</sup>

En ese tenor, cuando la actuación del agente más que ceñirse a la dinámica criminal es la que la genera, ha traspasado de manera notoria el umbral de legalidad en su actuación, pues, como apuntaba recién, en los parámetros de *consecuencia necesaria y proporcionalidad* el punto a dilucidar radica en

---

<sup>57</sup> STS 1992/1993, de 15 de septiembre. En el mismo tenor, *mutatis mutandis*, se encuentra la tesis aislada del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito de rubro y contenido: “DELITO PROVOCADO. LA INTERVENCIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS EN LA MECÁNICA DELICTIVA PARA CONOCER QUIÉN Y CÓMO SE DELINQUE NO ES UNA INSTIGACIÓN A COMETER EL HECHO. Si los servidores públicos reciben una denuncia anónima en la que se proporcionan datos de la ejecución de la conducta delictuosa por parte del sujeto activo y con motivo de ello se insertan en la mecánica delictiva preestablecida con el propósito de conocer las circunstancias del hecho así como la plena identidad del agente, no puede afirmarse válidamente que ellos instigaron a éste a cometerlo porque, en principio, aquéllos intervinieron con el fin de verificar la denuncia anónima, por lo que no actúan dolosamente; en segundo lugar, *de manera alguna influyeron en la voluntad del autor para que decidiera realizar el delito materia del proceso, quien ya tenía establecidas las condiciones para la ejecución del mismo*; además, el provocado no actúa bajo un error de tipo (vencible o invencible) porque no desconoce alguno de los elementos esenciales objetivos del tipo penal como tampoco tiene respecto de ellos una falsa representación, en virtud de que percibe correctamente el evento típico y quiere que se concrete en el mundo fáctico, por lo que materializa el hecho; finalmente, no debe considerarse como un argumento que impida la configuración del delito la “falta de dolo original”, porque lo relevante es que el *agente al cometer el injusto, lo conozca y quiera realizarlo*.” Por último: “Distinto del delito provocado es la actuación del agente provocador, el funcionario policial que “provoca el delito” pero cuando el delincuente ya tiene la intención de cometerlo y ha resuelto ejecutarlo e incluso comienza el *iter criminis*. Más que “provocar” el delito lo que hace es ayudar a ejecutarlo.” Ello ocurre habitualmente en los delitos de tracto sucesivo, y mucho más claramente en los delitos de tipo abstracto o de mera actividad (como en los delitos contra la salud pública). Así pues, debe distinguirse claramente entre el delito provocado, prohibido por el ordenamiento jurídico y el agente provocador, que sí es admitido.” Peralta Calleja..., p. 21.

establecer si se excedió o no un límite *máximo* dentro del cual es razonable que exista ambigüedad en la licitud de la conducta, dado que no es posible evaluar la legalidad de la actuación del agente bajo estándares ordinarios en virtud del contexto explícito de criminalidad en el que está inserto el agente, de modo que es hasta que se advierten ***incongruencias manifiestas*** (en su proceder o en el contexto en que enmarca su actuación) cuando es posible establecer que el agente no actuó en cumplimiento de su deber: mientras no sea posible establecer ese exceso, no sería dable establecer alguna ilicitud del actuar policial.<sup>58</sup>

Sin embargo, en el delito provocado el criterio de valoración debe ser distinto. Aquí ya no se trata de detectar un exceso o incongruencia para determinar que la actuación investigativa en algún punto mutó y se desvirtuó de su finalidad y no puede producir efectos probatorios plenos, sino que la actuación policial misma es la configurativa del ilícito, de modo que para distinguir con claridad uno y otro escenario, debemos plantearnos si es que la conducta delictiva se hubiera realizado de todos modos sin la intervención del agente: si la respuesta

---

<sup>58</sup> Una cuestión aparte consiste en establecer a partir de qué motivo técnico en específico es que se excluye, o sea que, teniendo por acreditada la existencia del delito no le es imputable al agente la responsabilidad en su comisión, existiendo una diversidad de posiciones al respecto. De acuerdo con Guariglia, se actualizaría una excluyente de responsabilidad a partir de un estado de necesidad justificante, respecto de la cual, el mismo autor cuestiona su operatividad en el caso de que el agente “sacrifica un bien jurídico <<x>> para evitar ser descubierto, colocando como factor en colisión no ya un peligro concreto vinculado al autor, a terceros o a la colectividad, sino a la mucho más abstracta <<capacidad funcional de la administración de justicia penal.>>.” Guariglia..., p. 55. Mientras que Carlos David Cáliz estima que el agente se encuentra al amparo del cumplimiento de un deber, de modo que “el funcionario de la Policía Judicial que acepta su nombramiento como agente encubierto y realiza actos típicos [...] podrá justificar su comportamiento alegando que lo ha realizado en el ejercicio legítimo de su deber de comprobar la existencia del delito y de descubrir a los intervinientes en la comisión del mismo”. Cáliz Vallecillo, Carlos David. “Actuaciones del agente encubierto en el ámbito del blanqueo de capitales. Conductas típicas y su posible justificación.” En: *Letras jurídicas*. N. 1, S/F. Véase: [file:///D:/Users/Hmguzman/Downloads/CDCV05%20\(1\).pdf](file:///D:/Users/Hmguzman/Downloads/CDCV05%20(1).pdf) Fecha de consulta: 3 de febrero de 2016. Por su parte, Cardoso Pereira apunta a la posibilidad de que haya lugar a una exclusión de culpabilidad por coacción moral irresistible, en el supuesto en que el agente se vea constreñido en la conservación de su vida o integridad física, llegando incluso al caso extremo de tener que asesinar a otro, ante lo cual, secunda el parecer de que ello sólo sería atendible en la “excepcional situación de encontrarse en un ambiente controlado por el grupo [de modo que] sería razonable que del cumplimiento de la orden resultase su propia muerte.” Cardoso Pereira..., p. 309. Sobre esta cuestión, parece claro que los tres umbrales antes mencionados deben orientar el criterio del juzgador para valorar la actualización o no de alguna cualquiera de estas excluyentes de responsabilidad, mismas que sólo pueden identificarse en concreto a partir de los hechos de cada caso en particular.

es negativa (esto es, si el agente encubierto no hubiera intervenido entonces no hubiera habido delito), estaremos ante un *delito provocado*, también conocido en el ámbito del derecho estadounidense como *entrapment*.<sup>59</sup>

Para mejor claridad del supuesto de franca ilegalidad que plantea el “*delito provocado*”, debemos distinguirlo de la actuación del agente de la autoridad que interviene en una *entrega simulada*, distinción que es sutil y en ello radica su problematicidad.

Se utiliza la denominación de *entrega simulada* para referir los casos en que un agente del orden simula ser un delincuente y como tal interactúa con un sujeto que por su propia cuenta ya tiene la intención de delinquir, de modo que el efectivo contribuye a la evidenciación del delito, limitándose a desplegar actos aparentes para su consumación, los que despliega sin intención de lesionar ni poner en peligro el bien jurídico afectado ni satisfacer ningún interés personal, sino simplemente para que el “*sujeto provocado*” pueda ser sancionado por su conducta. El agente sólo acompaña la ejecución material del delito, interactuando para su comisión sólo de manera periférica: interactúa con el sujeto, dándole una especie de “marcaje personal” para asegurar que pueda ser sancionado por el delito que (aun sin la intervención del agente hubiera desplegado), más no la genera.

Es decir, la figura de la *entrega simulada* tiene lugar cuando el sujeto ya estaba de antemano decidido a cometer el delito y despliega los actos para su consumación y con motivo de éstos interactúa con el agente (como podría haber interactuado con cualquier otra persona), como en el caso clásico de hacerse pasar por un comprador de droga. Si no fuera así, si en lugar de que de manera

---

<sup>59</sup> “[...] consistente en el acto de agentes del Gobierno o funcionarios mediante el cual se induce a una persona a cometer un delito que no está dispuesta a cometer con anterioridad [...] En el caso *Sorrels vs United States*, la Corte de ese país resolvió que un agente policial no debe producir el crimen tentado a personas inocentes a cometer esas violaciones, no [puede] convertirse en un factor criminógeno [...] En *United States vs Russel*, el mismo órgano acotó que si bien es cierto es lícito que el agente aproveche de las oportunidades o facilidades que otorga un individuo predisposto a cometer un delito, no obstante aquél no debe crear el mismo.” Rivero Evia, Jorge. “Los agentes clandestinos y el debido proceso”. En: *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, N. 27, año 2009, p. 267.

subsidiaria, fuera más bien el agente el que induce al particular a delinquir desplegando actos centrales para la configuración del delito, ya no estaríamos en el supuesto del entrega simulada sino en el del “delito provocado”, el cual, excluye la posibilidad de que el ilícito exista, pues éste necesita de la libre voluntad del infractor para cometerlo: en el supuesto del *delito provocado* el presupuesto de la libertad subjetiva del sujeto activo habría sido coactado por el funcionario policial.

Bajo estas premisas, el agente que participa de *una entrega simulada* sí puede ser una modalidad, acotada, del *agente encubierto*, pues al igual que en el caso de éste, sólo puede serlo un agente policial autorizado con el objeto de incrementar la eficiencia en la prevención y la persecución del delito, y para ello necesita desplegar su actividad ocultando su identidad verdadera y carácter de autoridad. De modo que la actividad puede comenzar por ser encubierta y la situación de *entrega simulada* sobreviene de manera contingente *si el agente estima necesario acudir a esta técnica para lograr detenciones y asegurar pruebas como último acto de la investigación encubierta*. No obstante, la figura de la *entrega simulada* también puede usarse como *técnica de investigación* de manera autónoma.<sup>60</sup>

Para hacer evidente cuándo efectivamente se actualiza la figura de la *entrega simulada* y cuándo hay lugar más bien al *delito provocado*, véanse los siguientes ejemplos, uno resuelto por la justicia española y otro en el ámbito jurisdiccional mexicano.

En el primero de ellos, la Guardia Civil del Servicio Antidroga utilizó a un *agente encubierto* para que se presentara como si fuera un comprador de droga,

---

<sup>60</sup> José Perals diferencia el “*agente encubierto*” del “*provocador*” de la siguiente manera: “el agente provocador no se infiltra en la organización criminal, sino que tiene un contacto limitado con la misma o con algún delincuente; en segundo lugar, el agente provocador no usa una identidad ficticia, sino que se limita a ocultar su condición de agente de policía, engañando así a los delincuentes; en tercer lugar, al ser el engaño menor y la relación con los delincuentes más corta el riesgo de vulneración de derechos fundamentales también es mucho menor en la actuación del agente provocador que en la del agente encubierto; y en cuarto lugar, la finalidad de la actuación del agente provocador es detener al delincuente en el instante, impidiendo el agotamiento del delito, mientras que el agente encubierto recaba información, ya que por encima de la incautación de efectos del delito o detenciones concretas está la desarticulación de una organización criminal.” Perals Calleja..., p. 25.

haciendo los arreglos respectivos para la compraventa y cuando ésta tuvo lugar se dio la detención de varios de los vendedores; respecto de lo cual la Segunda Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español determinó que la tenencia de la droga para el tráfico por parte de los imputados no estuvo viciada por la actuación policial, pues:

No viene determinada por la intervención de la Guardia Civil, actuando por medio del Agente Provocador, puesto que al contactar éste con los procesados [...] ellos ya conocían el hecho, introducción de la droga en la Península y de la tenencia con destino al tráfico por el recurrente; es decir, cuando los Agentes de la autoridad actúan el delito de contrabando y tenencia con destino de tráfico de esa importante cantidad de hachís [es decir] la conducta, ya se había cometido, por ello su actividad no fue de inducción a la comisión de delito alguno sino a la persecución y descubrimiento de delito ya cometido, lo que es propio de la función asignada al Instituto al que pertenece dicha fuerza<sup>61</sup>

Mientras que un supuesto en el que una actuación similar da lugar más bien a un delito provocado, fue el siguiente. Policías ministeriales dieron dinero a un sujeto para que acudiera a un lugar en que sabían se vendía droga, acompañándolo de manera que pudieran detener al vendedor al realizar la transacción, como en efecto sucedió, con lo cual se pretendió acreditar la modalidad de comercio en su hipótesis de venta, sin embargo, en la sentencia respectiva el juzgado de Distrito estimó que:

Los hechos que se consideran demostrados no pueden configurar delito, porque nunca se puso en peligro el bien jurídico tutelado: la salud de la población, tratándose de un delito de peligro y no de resultado –a la luz de un análisis de desvalor del resultado o peligro al bien jurídico, no de la acción por sí misma–, en tanto que nunca hubo realmente un acto de venta, sino sólo se aparentó para fabricar la versión de cargo. *Ciertamente, si un policía le pregunta a una persona por un vendedor de droga y éste le da información, la investigación a realizar es capturar al vendedor en un acto real de venta de droga, sin valerse de ese informador y proporcionarle dinero para ir a con ese supuesto vendedor y realizar*

---

<sup>61</sup> STS 3214/1989 de 18 de diciembre de 1989. Énfasis añadido.

una simulación de compraventa, que se determina como simulación porque en ningún momento hay un comprador real que no es el informador utilizado ni tampoco el policía que lo utiliza, porque ninguno de ellos tiene como fin adquirir la cosa para sí con el ánimo de apropiación mediante su pago (elementos esenciales para configurar una venta), *sino simplemente simular esa venta de droga para edificar indebidamente una versión de cargo y fincar responsabilidad al supuesto vendedor.*<sup>62</sup>

La diferencia esencial entre ambos para establecer que si hay o no delito provocado estriba en la conducta concreta de la acusación; en el caso español no fue por el acto concreto de la compra, sino sólo de la posesión (que ya existía) antes de su demanda de venta, mientras que en el caso mexicano la imputación sí fue por el acto de venta; en el caso mexicano habríase logrado condena si la acusación hubiese sido sólo por la posesión de la droga.

De tal modo, la *entrega simulada* es útil para sacar a la luz delitos preexistentes y de manera autónoma a la interacción con el agente del orden; cuando la intervención de éste (cuando la provocación de éste) ayuda a configurar el delito, se trata más bien de un delito provocado y, en consecuencia, más que de un agente encubierto se está ya en presencia de un agente provocador.

### **1.3.7. “Agente encubierto” y potenciales transgresiones a derechos humanos**

El otro ámbito en el que la actuación del *agente encubierto* puede friccionarse con el marco jurídico se presenta en el terreno de las posibles violaciones a los derechos humanos de los investigados, derechos que si bien es cierto son el límite de actuación de cualquier autoridad y respecto de todo acto, también lo es que esta técnica de investigación contra la delincuencia organizada de suyo implica la necesaria modulación de tales derechos respecto de los demás contextos, en los

---

<sup>62</sup> Causa 91/2004 de 5 de abril de 2005, a cargo del Juzgado Décimosegundo de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal. Énfasis añadido.

que su tutela se potencia al máximo y la intervención de la autoridad puede ser (valorada desde un enfoque tradicional, de suyo ajena a la delincuencia organizada), de mínima intervención.

En esos términos, además de la eventual afectación de la libertad de los sujetos investigados, los derechos cuya plena vigencia entrarían en cuestión con motivo de la infiltración son los propios del radio corporal de los investigados; o sea, los derechos vinculados a su esfera más inmediata de acción: lugares de reunión, casas de seguridad e incluso domicilio particular, documentos de los que sean emisores o receptores y sus comunicaciones frente a frente o vía remota, en la medida en que tales ámbitos son por antonomasia de los que el *agente encubierto* va a obtener el tipo de información que permanece velada al ojo público y que, por eso mismo, son objeto de tutela de los derechos que blindan la faceta privada de todas las personas: inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad de las comunicaciones, autodeterminación informativa (sobre los destinatarios de sus conversaciones frente a frente) y la intimidad.

Por otra parte, no debe perderse de vista que tales derechos tienen un desdoblamiento en la secuela penal en la medida en que de su afectación se obtiene las pruebas de cargo, cuyo contenido, a su vez, está en tensión con garantías procesales a favor del acusado: por ejemplo, está a debate si de la limitación de la autodeterminación informativa se puede extraer una declaración a la que se le dé un efecto autoincriminatorio en detrimento del derecho de defensa, al no ser advertido el presunto delincuente que está hablando frente a una autoridad y, en consecuencia, lo dicho puede ser usado en contra, sin la asistencia de un defensor o sin la prevención expresa del derecho a guardar silencio. Cuestiones que también son extensibles a las comunicaciones privadas o a los datos de información obtenidos en el domicilio particular que sin la orden correspondiente no surtirían efectos jurídicos en el proceso (todo lo cual, como se viene diciendo, será mención del apartado específico sobre valoración de prueba, en la medida en que incide directamente en aspectos técnicos que le son propios, como la aplicación de reglas de exclusión, la relación de licitud entre pruebas

directas y derivadas o el estándar que debe observar el juzgador para valorar los medios de prueba obtenidos con esta técnica de *ultima ratio*).

No obstante, no debe haber duda de que lo que diga el sujeto si bien no podrá ser usado directamente para inculparlo como si se tratara de una confesión, sí puede servir como precursor de prueba, al encontrarse dentro de ámbito de información que el agente puede captar como parte de su labor de infiltración.<sup>63</sup>

Todo lo cual entra en cuestión, según mencionaba, a partir de una tensión dialéctica que no se debe perder de vista entre la tutela de los derechos subjetivos y la salvaguarda de los intereses de la colectividad, de donde se desprende por simple lógica que no por ostentar éstos cualquier tipo de restricción a los derechos individuales debe convalidarse ni tampoco que en aras del máximo disfrute de las prerrogativas subjetivas pierdan eficacia probatoria las investigaciones llevadas a cabo por los agentes infiltrados, que se desarrollan en condiciones adversas y de sumo peligro. Veamos los pormenores de cada uno de estos derechos.

### **1.3.7.1 Inviolabilidad del domicilio**

En el caso de Alemania (artículo 110<sup>a</sup>, b y c de la legislación procesal penal), se establecen limitaciones para que los agentes encubiertos puedan ingresar a un domicilio; precisan de una autorización judicial expresa y se exige además que “el consentimiento del afectado [...] no se debe encontrar viciado [...] el agente encubierto no debe utilizar otros medios para ocultar su identidad y favorecer su ingreso en el domicilio, como, por ejemplo, hacerse pasar por empleado de la administración de la casa de departamentos.”<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Este sería el caso: que le diga al agente encubierto que en determinado lugar hay droga almacenada: no puede servir de prueba por sí sobre esa supuesta conducta de almacenamiento; pero los datos de prueba que resultan de que se contactó con esa información (que en efecto en ese lugar se encontró droga) sí pueden ser útiles.

<sup>64</sup> Guariglia..., p. 53.

Mientras que en España (artículo 282 bis.3 de la legislación de enjuiciamiento criminal) se contempla una referencia genérica consistente en que cuando las actuaciones de investigación puedan afectar derechos fundamentales el *agente encubierto* deberá solicitar del órgano jurisdiccional competente las autorizaciones. Esta descripción amplia es interpretada por Rocío Zafra Espinosa de manera conforme con la dinámica inherente a la operación encubierta, en el entendido de que “debemos tener presente que el *agente encubierto* no tendrá conocimientos *a priori* de que la entrada en algún domicilio se va a dar y la exigencia de la resolución judicial produciría el aniquilamiento de la infiltración frustrándose, probablemente, la investigación”, lo natural de sus actividades lo pueden llevar a convivir en lugares públicos y de ahí pasar a espacios privados como el domicilio, de modo que la necesidad de esa autorización judicial rompe esa continuidad de acción y hace sospechar de la actividad encubierta.

Ello es así, en virtud de la notoria dificultad del *agente encubierto* para planificar ese tipo de ingreso, de modo que pudiera “agendarlo” y, en consecuencia, obtener la autorización respectiva, ya no se diga que ello presupone un contacto fluido y permanente del agente con sus superiores como para que tales ingresos, que podrían ser múltiples, pudieran invariablemente autorizarse de manera previa; contactos que es lógico que no puedan ser tan frecuentes para no poner en riesgo la operación y la integridad del agente.

Posición que se comparte para el caso de México, que aun cuando no contempla mayor desarrollo normativo sobre la cuestión, se estima que si ya a nivel constitucional, así interpretado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha introducido un régimen penal diferenciado, inconsecuente sería que el ingreso a los domicilios por el agente encubierto se rigiera por los requisitos ordinarios de la orden de cateo. Otra cosa sería que a partir de la información que proporcione, se llevare a cabo una diligencia específica de esa naturaleza por parte de la autoridad ministerial, respecto de la cual, la actuación del agente es su antecedente causal.

Pero pese a ello hay una razón más sencilla: no parece haber mayor distinción entre un ingreso al domicilio por parte del *agente encubierto* con o sin la autorización del investigado, pues es obvio que si éste conociera la verdadera identidad no permitiría el ingreso y carecería de razón de ser la operación de infiltración, siendo igualmente cuestionable que por el hecho de no haberlo consentido la labor investigativa resultara ilegal y las evidencias que se obtengan nulas, pues la premisa básica de actuación es la obtención de datos de prueba con el desconocimiento del investigado; para efectos prácticos y jurídicos el agente recibe por parte del investigado el trato que daría a cualquier particular y en ello no tiene sentido exigir una autorización de ingreso formal.

Caso diverso al del “engaño sobre engaño” conforme al cual el agente además de la imposta de estar encubierto, se valiera de un engaño adicional para entrar al domicilio, no tanto por burlar la confianza o viciar el consentimiento del particular (pues le aplicaría el mismo supuesto de que no por saber la verdadera identidad lo consentiría) ya que en este escenario, aun cuando se eliminara la ficción que asumió el encubierto para entrar al domicilio, subsiste el engaño original de su infiltración, sino porque con este proceder estaría fuera de la naturaleza del *agente encubierto*, que implica una autorización extraordinaria para la creación de un personaje *lo más realista posible*, para que sea como un particular cualquiera que se incorpora a la estructura criminal y con base en esa fachada específica es que se gana la confianza de los delincuentes para obtener la información que sustentará las detenciones y condenas.

Si se acepta la posibilidad del “engaño sobre engaño” se pierden los referentes legales que permiten reconstruir la secuencia de los hechos y datos que pudo conocer el agente en virtud de su infiltración: ese engaño sobre engaño abre la puerta a que el agente invente situaciones para “cuadrar” hechos que habría presenciado o de los que habría tomado parte e, incluso, para justificar la legalidad de su actuación.

Es por todo ello que estimo que además de un control *ex ante* y *durante* el análisis de la regularidad de esta actuación, debe efectuarse *ex post* en sede

jurisdiccional, al igual que con el resto de posibles afectaciones de los derechos que se mencionan a continuación.

### 1.3.7.2 Vida privada

Destacan Núñez y Guillén que el “engaño del que se sirve el Estado a través de su *agente encubierto*, le permite acceder a determinadas facetas de la intimidad personal de los sujetos que aparecen como acusados o sospechosos dentro de la investigación y de algunos ciudadanos que no tiene que ver con ella.”<sup>65</sup> Esta esfera sufre un quebranto irremediable por parte del agente infiltrado, ya que su transgresión es instantánea, pues basta que se inmiscuya en ella para que tenga conocimiento de un ámbito que es sólo decisión del particular que sea conocido.<sup>66</sup>

La pregunta válida entonces no es si se afecta ese derecho, sino si esa afectación en esas condiciones es válida. Me parece que sí lo es, dadas las condiciones especiales en que se autoriza, según las cuales el derecho de la persona que delinque, por el hecho de estar delinquiendo, no tiene derecho a no ser engañado para ocultar su delito.

Sin que, como en el caso del acceso al domicilio, sea relevante que el particular le otorgue o no su consentimiento para que el *infiltrado* conozca tales pormenores ya que es imposible disociar la autorización tácita (como hace cualquier persona con sus allegados) para que el agente conozca –o tome parte activamente– de “x” situación o pormenor de la biografía del investigado, del engaño íncito en la infiltración, pues de conocer la verdadera identidad del agente no trataría con él de modo alguno. Por otra, debe destacarse que el *agente encubierto* busca justamente ganarse la confianza de los delincuentes, lo que necesariamente implica socializar con él.

---

<sup>65</sup> Núñez Paz..., p. 134.

<sup>66</sup> Destaca Cardoso Pereira: “la sola existencia de un agente encubierto afecta al derecho a la intimidad de los investigados porque, ocultando su condición de policía, observa y oye lo que ocurre en las conversaciones y conductas que tienen lugar en su presencia, o en domicilios de personas físicas y jurídicas a los que tiene acceso.” Cardoso..., p. 488.

Sería un contrasentido establecer limitaciones *a priori* en la actuación del agente respecto de la vida privada de los investigados. Acaso caben un par:

- 1) La infiltración que haga el *agente encubierto* que involucre aspectos de la vida privada del investigado debe ser lo menos invasiva posible, de manera que activamente se abstenga de recabar datos que en modo alguno tengan relación con la investigación (por ejemplo, pormenores de los hijos infantiles del investigado o de personas ajenas a la investigación); mientras que, de manera pasiva (lo que el propio investigado comparta con él) no se advierte que pueda establecerse un límite *a priori*, ya que justo lo que busca es intimar, además de que podría poner en peligro su identidad falsa si rechazara una invitación o sin motivo aparente se mostrara incómodo o inventara una excusa para abstenerse de interactuar.
- 2) El infiltrado no puede usar libremente la información obtenida; sólo transmitirlo a sus superiores, dado que es justo para la investigación para lo que se autorizó ese contacto ordinariamente excluido del conocimiento, no sólo de la autoridad sino incluso de otros particulares y, por tanto, es para la investigación y sólo para ella que debe canalizarse lo que el infiltrado ha conocido de la vida privada del investigado.

### **1.3.7.3. Inviolabilidad de las comunicaciones**

En este supuesto específico, el infiltrado no está facultado para interceptar activamente las comunicaciones.<sup>67</sup> Caso distinto a que con motivo de su impostura *tenga* que participar en ellas, por ejemplo, cuando a pedido de otro conteste el teléfono, pues en ese caso es parte de la intercomunicación por orden de dicho consentimiento del interlocutor.

---

<sup>67</sup> Como en efecto regula el artículo 16 de la LFDO, respecto al supuesto específico de la intervención de comunicaciones. En ese parecer está José Perals, cuando afirma que la inviolabilidad de las comunicaciones “no plantea especiales problemas, pues es claro que en todos aquellos casos en los que el agente decida que ha de procederse a la intervención de las comunicaciones, la misma deberá ser autorizada por el Juez de instrucción.” Perals..., p. 17.

No obstante, sí puede ser receptor pasivo de la comunicación si en virtud del contexto en el que se encuentra, por el hecho de estar ahí como cualquier otra persona, escucha lo que se diga (si la llamada está en altavoz, si el investigado le enseña un mensaje del celular o, incluso, si llegare a reenviárselo), pues eso sí es propio de la infiltración: estar en el primer círculo de acción corporal del investigado.

Así, la intervención activa sólo puede hacerse mediante una labor investigadora específica por parte del fiscal que sea concomitante a la labor de infiltración e incluso a partir de los datos que éste suministre, al referir los datos de los equipos a intervenir; pero no de su contenido, pues para ello hay otro medio de investigación que también precisa de autorización judicial. Cosa distinta sería ya autorizada judicialmente esa intervención, pues entonces sí, precisamente puede valerse de su infiltración para instalar los equipos de la intervención o de grabación.

Asumir una posición contraria implicaría desnaturalizar la figura del infiltrado para permitirle libre acción y disposición, pasando por alto el motivo original de la infiltración (la falta de otro medio idóneo de investigación) para intervenir las comunicaciones a pesar de que hay una técnica de investigación más respetuosa de los derechos fundamentales, específicamente regulada y sujeta a control jurisdiccional<sup>68</sup> por lo que no hay motivo que releve al fiscal de su deber de diligencia para llevar a cabo la intervención de las comunicaciones particulares a través de las formalidades y el procedimiento establecido.

Más aún, la intervención de las comunicaciones es necesariamente una técnica complementaria de la operación encubierta, en la medida en que a partir de ésta, es dable obtener referencias exactas de qué comunicaciones intervenir para potenciar la eficacia de las pruebas de cargo, al delimitar el rango de búsqueda a las que el agente investigador señala derivado de la información que

---

<sup>68</sup> En términos del artículo 252, fracción III, del CNPP que establece expresamente que la intervención de comunicaciones privadas y correspondencia (así como los demás que afecten derechos constitucionales) es un acto de investigación que requiere autorización previa del Juez de Control.

obtiene desde dentro de la estructura criminal. La finalidad esencial de la infiltración es refinar la eficacia de este tipo de pruebas.<sup>69</sup>

La infiltración no ampara penetrar en las comunicaciones del sujeto a través de medios remotos pues, en sentido estricto, para el propio investigado las comunicaciones de las que forma parte no están en su esfera corporal inmediata: la persona con la que habla no está junto a él sino que la interacción es sólo posible a través de la tecnología y, por tanto, debe emplearse una técnica de investigación que específicamente se aboque a ella, tanto por las necesidades tecnológicas que se requieren para lograr la intervención como por la naturaleza jurídica diversa de ésta técnica de investigación.

#### **1.3.7.4. Autodeterminación informativa**

El sistema jurídico alemán contempla a la autodeterminación informativa como un derecho subjetivo que se encuentra en el cruce de caminos entre la inviolabilidad de las comunicaciones y la intimidad o vida privada, toda vez que se refiere “al derecho de saber quién, qué, cuándo y de qué forma, se dispone de información concerniente a uno mismo [...] la libre decisión de elegir a los destinatarios de las conversaciones y a los testigos de ciertas facetas de la vida privada a través de las cuales se manifiesta la personalidad de cada uno.”<sup>70</sup>

La importancia del concepto aludido radica en que delimita y aísla el supuesto de *la conversación con un interlocutor cualquiera*, un ámbito de comunicación que, aun cuando es de lo más trivial en la vida cotidiana, tiene implicaciones y efectos jurídicos específicos, vinculados con la voluntad manifiesta (que no expresa) de compartir cierta información justo con una persona en

---

<sup>69</sup> Claro ejemplo de ello fueron las sucesivas operaciones encubiertas-intervención de comunicaciones que a lo largo de casi tres décadas permitieron a las autoridades estadounidenses procesar a grandes capos y lugartenientes que a la postre derivarían en el casi total desmantelamiento de la mafia de *la cosa nostra*. Véase: Bermejo, Fernando. *Breve historia de la cosa nostra. Mafia siciliana e italoamericana*. Madrid, Nowtilus, 2015.

<sup>70</sup> Núñez Paz..., p. 132.

particular excluyendo a las demás, lo cual conlleva que al trasladarse la información del emisor al receptor, aquél acepta la posibilidad de que éste la replique, en virtud de que no está obligado legalmente a guardar el secreto (aun cuando sí, tal vez, moralmente). Creo que esta es la *ratio* que explica por qué se exige a estas dos captaciones de comunicaciones (del que recibe la información que alguien le confía y de la recepción que a su vez hace un tercero de esa confidencia, que por ese solo hecho ha dejado de serlo) de la regla de inviolabilidad, en tanto que es el propio emisor el que releva de la secrecía su carácter *erga omnes*, que es justo lo que impide que cualquiera (sea un particular o una autoridad) ajeno a esa relación de confianza entre los dos interlocutores pueda conocer *directamente* del contenido de esa conversación.

En otras palabras, el emisor decide “correr el riesgo” (esencia misma de la confianza y reciprocidad entre las personas)<sup>71</sup> de compartir algo con otra persona, aun cuando, como enseña la experiencia corriente, ésta pueda divulgarlo (la confianza es justo respecto de no ser defraudado, la reciprocidad, de recibir a su vez la confianza).

Aunque específicamente este derecho no está contemplado en nuestro ordenamiento jurídico es pertinente traerlo a colación como categoría conceptual porque, a mi entender, permite explicar el tratamiento diferenciado que se da a medios probatorios que tienen efectos jurídicos válidos a pesar de que no se ubican en los supuestos de mandamiento judicial para amparar la intervención de comunicaciones, que es donde tradicionalmente se les suele ubicar: cuando se graba una conversación cara a cara y cuando uno de los interlocutores graba una conversación sostenida través de un aparato electrónico (teléfono celular, por ejemplo) y posteriormente se ofrecen como medio probatorio, sin que en ambos escenarios se considere como una actuación investigativa ilícita y, en consecuencia, se le niegue valor probatorio. Cuestiones ambas que caen dentro de lo que el Código Nacional de Procedimientos Penales ubica como “aportación de comunicaciones entre particulares” (artículo 251, fracción VII), respecto de la

---

<sup>71</sup> Aunque claro está, se hace en la convicción de que no se está corriendo riesgo.

que señala que es una actuación en la investigación que no requiere autorización del Juez de control y que se diferencia de la intervención de comunicaciones que expresamente sí requiere de aquella aquiescencia (artículo 252, fracción III).

Así, en lugar de tener que encontrar sustento en el mandamiento judicial previo y en las actas circunstanciadas que se levanten de las diligencias de grabación, la existencia, autenticidad y fidelidad de la comunicación que se obtenga por esta vía se ve respaldada por el receptor que la difunde, respecto de la que se convierte en testigo de referencia, de modo que basta la voluntad y manifestación de tal difusor para que pueda reconocerse la efectiva existencia de ese medio de prueba y sea apta para acreditar los extremos sobre los que versa (al margen de que se complemente con una pericial para descartar posibles objeciones sobre ediciones o alteraciones).

De ello se extrae que las restricciones para la eficacia de tal prueba se circunscribe a tres aspectos:

- a) *No se aporte anónimamente*, o sea, tiene que haber una reivindicación expresa de la identidad del oferente como parte interlocutora, para que pueda someterse al posible interrogatorio de las condiciones en que se dio la comunicación; de tal modo, no se tiene la certeza de que fue una grabación de un interlocutor sino un producto de una intervención por tercero –indebida, claro está.
- b) Que la comunicación *sea generada libremente* (ausente de coacción o inducción) por parte del emisor, en caso contrario, esa voluntad de comunicarse estuvo ausente; sin que para ello sea atendible considerar que tal voluntad estaría viciada justamente por el engaño de que se vale el agente (en el sentido de que si el interlocutor supiera que se trata de un policía, no hablaría con él en los mismos términos), pues esta posible polémica, al igual que en los derechos antes aludidos, debe estimarse superada a partir de la decisión expresa del Constituyente Permanente al legislar sobre delincuencia organizada, sin que deba perderse de vista, una

vez más, que es inherente a la infiltración el ganarse la confianza del presunto delincuente a través de engaños y se excluya así la posibilidad de que tal proceder constituya un vicio en tanto más información se obtiene a partir de burlar la confianza de los interlocutores, y

- c) Que las grabaciones sean con personas que tengan relación con la investigación, a partir de la expectativa racionalmente plausible de que pueden obtenerse datos relevantes de esos terceros que, aun de manera indiciaria, puedan implicar al investigado con un hecho que se engarce con otro que sí sea propiamente delictivo (por ejemplo, que en cierta fecha se encontraba en un lugar en específico o que es dueño de un objeto involucrado en los hechos). En el entendido de que aquí debe aplicarse un criterio más flexible que el que rige para el ámbito de la vida privada en sentido estricto, ya que a diferencia de este derecho, *stricto sensu* la conducta del agente no está orientada a intimar, sino a obtener esas piezas de rompecabezas que pueden aportar los terceros no necesariamente vinculados de manera llena con la actividad criminal.<sup>72</sup>

La posible afectación a estos derechos humanos cobra relevancia en tanto puede viciar las pruebas que se obtengan con esta *técnica de investigación*; además, con independencia de que tales afectaciones no se produzcan, la acotación que padecen más adelante tales libertades fundamentales debe ser tomada en cuenta por el juzgador al valorar el efectivo alcance probatorio de las mismas, como se expone en el apartado específico.

---

<sup>72</sup> Véase lo que señala el Tribunal Supremo Español, quien lo vincula al derecho a la intimidad: que “las conversaciones que un ciudadano no perteneciente [a la organización criminal] pueda tener con otro, pueden grabarse sin precisar autorización judicial, así como que, no hay vulneración al derecho a la intimidad cuando el propio recurrente es el que ha expresado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie. Tal exteriorización indica que el titular del derecho no desea que su intimidad permanezca fuera del conocimiento de los demás. Proyectar que el derecho a la intimidad alcanza inclusive al interés de ciertos actos, que el sujeto ha comunicado a otros, sean mantenidos en secreto por quien ha sido destinatario de tal comunicación, importa una exagerada extensión del efecto horizontal que se pudiera otorgar al derecho fundamental a la intimidad.” STS RJ 1997/4263, de 20 de mayo de 1997.

### 1.3.8. “Testigo colaborador” o “arrepentido”

A través de la infiltración, la policía busca romper el cerco de silencio y simulación con que la delincuencia organizada encubre sus operaciones ilícitas, de modo que persigue eficientar la investigación sobre éstas a partir de generar relaciones *simuladas* de confianza con los delincuentes que provean información desde dentro de la estructura criminal misma.

Sin embargo, hay otra técnica capaz de aportar el mismo tipo de resultados (incluso tal vez mayores) que el policía encubierto, por la sencilla razón de que el conocimiento de la composición, dinámica y operaciones del grupo delincencial le es consustancial, al haber sido parte de ella: el *testigo colaborador o arrepentido*.<sup>73</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha caracterizado a esta figura en los siguientes términos:

[...] parte del presupuesto de que una persona que haya participado en un delito relacionado un una organización delictiva, lógicamente posee conocimientos importantes sobre la estructura de la organización, sus métodos, funcionamiento,

---

<sup>73</sup> La justificación, importancia y tipo de beneficios derivados de esta *técnica de investigación* quedan de manifiesto en las conclusiones expresadas por los Organismos Internacionales Encargados de Combatir el Tráfico como parte de la Organización de las Naciones Unidas con motivo de su reunión de Aruba (Antillas Holandesas) en septiembre de 1990, en el tenor siguiente: “La sociedad civil de todos los países, incluidos los medios de comunicación, expresan con frecuencia su solidaridad con las instituciones encargadas de erradicar el tráfico de estupefacientes [...] Son muy escasas, sin embargo, las denuncias concretas que los ciudadanos formulan contra estos delitos, sin duda por las características peculiares de los mismos y por el temor a represalias, no siendo infrecuente, por el contrario, que personas implicadas en estas infracciones delictuales colaboren activamente con las autoridades competentes en la materia, facilitando información valiosa para la Justicia, comportamiento que merece ser valorado a efectos de la responsabilidad penal [...] Se sugiere la conveniencia de que los Estados que no lo tengan ya previsto en su Ordenamiento interno, incorporen al mismo la posibilidad de atenuar la pena e incluso, en determinados supuestos, declarar su exención total para aquellas personas inculpadas en un proceso judicial que, por su propia iniciativa, proporcionen información que haga posible incautaciones importantes [...] la desarticulación de las tramas de esta delincuencia organizada y el descubrimiento del circuito financiero del blanqueo, evitando con todo ello la comisión de nuevos delitos.” Véase: Molina Pérez..., p. 161-162.

sus actividades y vínculos con otros grupos locales o extranjeros. Luego, el Estado como único detentador del *ius Puniendi*, por razones de política criminal, decide renunciar o en su caso, atenuar el ejercicio de dicha atribución sancionatoria por lo que respecta a una persona en particular, en aras de alcanzar un mayor beneficio de trascendencia social, como lo sería la erradicación de los grupos criminales organizados en su territorio.<sup>74</sup>

A partir de esta *técnica de investigación*<sup>75</sup> se han obtenido notables éxitos contra la mafia, como lo ejemplifica Tommaso Buscetta, arrepentido que a partir de 1983 colaboró con el letrado Giovanni Falcone para lo que fuera el célebre *maxiproceso* que derivó en la sentencia de condena masiva de integrantes de la mafia siciliana (incluido el capo Salvatore “Tottò” Riina),<sup>76</sup> al revelar la estructura

---

<sup>74</sup> A.R. 374/213..., P. 84. Mientras que la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal, en su artículo 2, fracción X, establece: “Testigo colaborador: Es la persona que habiendo sido miembro de la delincuencia organizada accede voluntariamente a prestar ayuda eficaz a la autoridad investigadora, rindiendo al efecto su testimonio o aportando otras pruebas conducentes para investigar, procesar o sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada.”

<sup>75</sup> Figura no exenta de polémicas, como destaca Dickie, a causa de la introducción en Italia que, cabe destacar, no fue para combatir a las mafias sino al terrorismo de izquierdas radical y, ante su éxito, se utilizó posteriormente contra los mafiosos: [se] incorporaba una figura nueva y altamente controvertida al drama de la vida pública italiana: el *pentito* o <<arrepentido>>, como los diarios insistían en calificar a cualquier terrorista que facilitara información acerca de sus congéneres. En Italia, los legisladores y magistrados se enfurecen ante la sola mención del término <<arrepentido>>, y tienen buenas razones para hacerlo. La idea del <<arrepentimiento>> o penitencia es una de las narrativas identitarias más poderosas de la civilización cristiana: habla de pecados pretéritos reconocidos y trascendidos, de una nueva vida de gozo nacida del remordimiento. Pero la actitud psicológica cristiana del arrepentimiento no acaba de encajar con los diversos motivos de los *pentiti*. El intercambio de secretos por libertad es a menudo un asunto egoísta, aun cuando sirva para sacar a la luz valiosas verdades. Los asesinos a sangre fría pueden ver reducido a sólo unos pocos años su tiempo en prisión. Los arrepentidos representan a la vez un riesgo evidente para el proceso legal: un *pentito* capaz de elaborar de manera convincente más pruebas de las que realmente tiene puede verse recompensado con mayores beneficios. <<Arrepentido>> es, por tanto, un término controvertido para un asunto controvertido.”. Dickie, John, ob. cit., p. 584.

<sup>76</sup> Que falleciera en prisión el 17 de noviembre de 2017, purgando su condena: “A las 3.37 del viernes, recluido en el módulo de presos del ala penitenciaria del hospital de Parma, Salvatore Totò Riina, el gran jefe de la Cosa Nostra siciliana y el padrino más sanguinario de la historia, dejó de sonreír y se llevó a la tumba todos los secretos de una carrera criminal tan extensa que permitiría contar la historia reciente de Italia a través de sus cadáveres. El último *capo dei capi*, 87 años cumplidos algunas horas antes, condenado a 26 cadenas perpetuas y sospechoso de haber matado a más de 150 personas —40 de ellos con sus propias manos—, murió a causa de un cáncer que le mantenía postrado en una cama desde hacía meses. Su vida causó tanto dolor, que los tribunales no le permitieron consumir su último aliento en Corleone, como siempre había soñado”. Verdú, Daniel. Muere Tottò Riina, el “capo de los capos” de la mafia siciliana. *El País*, 17 de noviembre de 2017.

completa de esta organización y señalando a sus protectores, incluido el siete veces primer ministro de Italia, Giulio Andreotti.<sup>77</sup> En el mismo tenor, está la colaboración de Salvatore Gravano, “Sammy the Bull”, cuyo testimonio en 1992 posibilitó el encarcelamiento de John Gotti, jefe de la familia Gambino (*il capo di tutti capi*) y de 35 más de sus integrantes<sup>78</sup> o la colaboración, impensable hasta que sucedió, de un jefe de una de las cinco familias de *la Cosa Nostra*, como fue en el caso de Joseph “Big Joey” Massino, *el último don*, jefe de familia Bonano, que fue detenido en 2003 y para evitar la pena de muerte se arrepintió e hizo delaciones masivas.<sup>79</sup>

Aun cuando esta técnica ha sido de especial utilidad para combatir en específico a la delincuencia organizada, no debe pasarse por alto que la colaboración de los arrepentidos lejos está de ser novedosa, antes bien ha estado presente a lo largo de la historia del derecho penal y a la par de ella, también el debate sobre su admisibilidad en el Estado de Derecho, los beneficios con que debe retribuirse (*supra*, p. 6) así como la sana crítica que debe mantenerse sobre los motivos del arrepentido para colaborar, tal como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al poner de manifiesto la prudencia con que deben valorarse tales testimonios en virtud de que pueden ser objeto de manipulación y artificio, motivadas únicamente para acogerse a los beneficios por cooperar o incluso por un deseo de venganza, de modo que deben estar corroborados por otros medios de prueba (caso *Labita vs Italia*, 6 de abril de 2000).

---

[https://elpais.com/internacional/2017/11/17/actualidad/1510901034\\_741628.html](https://elpais.com/internacional/2017/11/17/actualidad/1510901034_741628.html) Fecha de consulta: 26 de diciembre de 2017.

<sup>77</sup> Véase: Balsamo, William y George Carpizi Jr. *Los secretos de la mafia*. Trad. Núria Pujol i Valls. Barcelona, Ediciones Robinbook, 2008. Sobre los vínculos de la mafia y política sicilianas véase: “Andreotti, el amo de las sombras” en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2013/05/10/actualidad/1368210149\\_944865.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2013/05/10/actualidad/1368210149_944865.html) fecha de consulta 5 de febrero de 2016.

<sup>78</sup> Véase: Maas, Peter. *Sammy The Bull Gravano: mi vida en la mafia (el segundo de John Gotti)*. Trad. Susana Liberti. Miami, Lasser Press, 1997.

<sup>79</sup> Véase: [http://www.abc.es/hemeroteca/historico-29-01-2005/abc/Ultima/la-traicion-de-un-capo-pone-en-jaque-a-la-mafia-neoyorquina\\_20291068687.html](http://www.abc.es/hemeroteca/historico-29-01-2005/abc/Ultima/la-traicion-de-un-capo-pone-en-jaque-a-la-mafia-neoyorquina_20291068687.html) fecha de consulta 5 de febrero de 2016.

En ese tenor, al margen de que tales aspectos deben ser objeto de ponderación de la validez y alcance probatorio en específico de esta técnica de investigación (que se comentarán más adelante), en torno de esta técnica hay dos cuestiones a tratar: a) la cercanía entre el *agente encubierto* y el arrepentido y la divergencia entre

ambos en cuanto al nivel de incidencia en el espectro de los derechos humanos y, b) los requisitos que deben cumplirse para que sea una *técnica de investigación* válida y los diferentes beneficios que pueden otorgarse a cambio de la cooperación.

Respecto de la primera cuestión, es claro que el dilema en torno a la afectación de derechos humanos presente en el *agente encubierto* desaparece, al carecer el arrepentido de la calidad de autoridad con que aquél está investido y de la que no se separa mientras realiza sus investigaciones intimando con los delincuentes, por lo que su colaboración tiene el efecto de brindar el mismo tipo de información que aquél, igualmente de primera mano, con el añadido de conocer y comprender la estructura criminal con mayor profundidad que el agente, al ser su *modus vivendi*. En todo caso, el tema de controversia tiene que ver con la impunidad que se genera a favor del arrepentido y, proporcionalmente, en detrimento del derecho a la justicia de las víctimas y ofendidos de los delitos que en específico tal delincuente habría cometido, de ahí que, al igual que el *agente encubierto*, esta técnica también deba ser de *ultima ratio*.

En ese orden de ideas, en concordancia con el *agente encubierto*, el arrepentido también puede dar información<sup>80</sup> con una doble naturaleza: respecto

---

<sup>80</sup> A nivel internacional, la figura del arrepentido se encuentra prevista como un instrumento para captar información para el combate a la delincuencia organizada, en la *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Transnacional* (“Convención de Palermo”), en los siguientes términos:

Artículo 26. Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a:

a) Proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como:

de la visión de conjunto de la organización delincinencial (sus integrantes, propiedades, operaciones, ramificaciones, áreas geográficas en que tiene presencia, actividades económicas que influyen, en su caso, funcionarios que los protegen, destino de los recursos ilícitos, hechos delictivos perpetrados, etcétera, que servirá para que se realicen diligencias específicas de investigación sobre ellas), así como de delitos concretos que directamente haya atestiguado o de los que haya sido ejecutor, desapareciendo también aquí la cuestión asociada al infiltrado, sobre la calidad con que participa en ellos y la aplicación de alguna causa de justificación, pues ello, en todo caso, es materia del tipo de beneficio que obtenga el testigo colaborador, como se ve a continuación.

La segunda cuestión se refiere a los requisitos que deben concurrir para que la colaboración del arrepentido sea siquiera posible. Sobre ello, el Código Penal Español en su artículo 376, primer párrafo, señala que respecto de los delitos contra la salud pública los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, *siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente* con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener *pruebas decisivas* para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la

---

i) La identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados;

ii) Los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados;

iii) Los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer;

b) Prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en los casos apropiados, la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a las personas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.

4. La protección de esas personas será la prevista en el artículo 24 de la presente Convención.

5. Cuando una de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo que se encuentre en un Estado Parte pueda prestar una cooperación sustancial a las autoridades competentes de otro Estado Parte, los Estados Parte interesados podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos, de conformidad con su derecho interno, con respecto a la eventual concesión, por el otro Estado Parte, del trato enunciado en los párrafos 2 y 3 del presente artículo.

actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Esta figura en el caso de México, se encuentra prevista en el artículo 25 de la LFDO, en estos términos:

Artículo 35.- El miembro de la delincuencia organizada que *preste ayuda eficaz* para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los *beneficios* siguientes:

I. Cuando *no exista averiguación previa en su contra*, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, *no serán tomados en cuenta en su contra*. Este beneficio sólo podrá otorgarse *en una ocasión* respecto de la misma persona,<sup>81</sup>

II. Cuando *exista una averiguación previa* en la que el colaborador esté implicado y éste aporte *indicios* para la consignación de *otros miembros* de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser *reducida hasta en dos terceras partes*;

III. Cuando durante *el proceso penal*, el indiciado aporte *pruebas ciertas, suficientes* para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada *con funciones de administración, dirección o supervisión*, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta *en una mitad*, y

IV. Cuando un sentenciado aporte *pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez*, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada *con funciones de administración, dirección o supervisión*, podrá otorgársele la *remisión parcial* de la pena, *hasta en dos terceras partes* de la privativa de libertad impuesta.

---

<sup>81</sup> Supuesto que se relaciona con lo previsto en el diverso artículo 36 de la misma legislación: “En caso de que existan pruebas distintas a la autoinculpación en contra de quien colabore con el Ministerio Público de la Federación, a solicitud de éste se le podrán reducir las penas que le corresponderían hasta en tres quintas partes, siempre y cuando, a criterio del juez, la información que suministre se encuentre corroborada por otros indicios de prueba y sea relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador.”

En la imposición de las penas, así como en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere este artículo, el juez *tomará en cuenta además* de lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, *la gravedad de los delitos* cometidos por el colaborador. En los casos de la fracción IV de este artículo, la autoridad competente tomará en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador y las disposiciones que establezca la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.<sup>82</sup>

Adviértase que, a diferencia del caso español, la legislación nacional no condiciona el otorgamiento del beneficio a que el arrepentido haya abandonado voluntariamente sus actividades. Sin embargo, aun cuando formalmente no sea un requisito, ello es un valor implícito en la actualización de esta figura que en modo alguno entraña un pacto de impunidad, en la medida en que, por una parte, los beneficios se darían respecto de conductas que habrían tenido lugar en el pasado y no hacia el futuro (ello sí que sería un pacto de impunidad), por otra, al ser un deber inherente a la autoridad ministerial, para el caso de que tuvieran conocimiento de conductas delictivas del colaborador, tendría que perseguirlas y sancionarlas, además de que mermaría la credibilidad del testigo y, en consecuencia, el trato mismo que la autoridad hubiera celebrado con él.

Por otra parte, aun cuando se da la coincidencia entre la legislación ibérica y mexicana en cuanto al requisito de la eficacia de las pruebas aportadas por el arrepentido, ésta última es más compleja en los supuestos y en la diferenciación de los beneficios por la colaboración, en función del momento procesal en que se da el arrepentimiento, lo que es enfatizado por la interpretación a cargo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de que el otorgamiento de los beneficios está sujeto a dos criterios: de efectividad en la información proporcionada y del momento procesal en que se allegue.

---

<sup>82</sup> Beneficios que encuentran su sustento constitucional en el artículo 20 constitucional, apartado B, fracción III, segundo párrafo, relativo a que: “La ley establecerá los beneficios a favor del inculcado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación u persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;”

En ese tenor, señaló la Sala que los beneficios penales sólo pueden otorgarse cuando el colaborador aporte a través de sus testimonios “indicios idóneos y eficaces a fin de facilitar la investigación de este género de delitos o bien, que permitan sustentar con éxito la acusación durante el proceso instaurado en contra de los integrantes.”<sup>83</sup> Haciendo referencia de manera enunciativa al tipo de elementos que el colaborador debe proporcionar, tales como el nombre de los integrantes, la naturaleza de las actividades desplegadas, el *modus operandi* o la determinación de los bienes, enfatizando que sus declaraciones “deben detentar una notable efectividad/utilidad en la investigación, así como fuerza probatoria eficaz a fin de hacer procedente la detención y enjuiciamiento de los restantes integrantes de la organización criminal.”<sup>84</sup>

Por lo que hace al segundo criterio, relativo a la oportunidad procesal, fue entendido por la Suprema Corte que siempre será más útil la información proporcionada durante la investigación que de manera posterior a ella, distinguiendo cuatro hipótesis de procedencia y en función de ello el beneficio que se le puede otorgar: *i)* inexistencia de investigación ministerial en contra del colaborador, de modo que los elementos de prueba que aporte no serán tomados en su contra, a lo que corresponde una inmunidad parcial (pues no excluye que se le condene a partir de otros elementos); *ii)* exista investigación en contra del colaborador, aportando indicios eficaces para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, obteniendo una reducción de la pena de hasta dos terceras partes; *iii)* colaborador procesado, supuesto en el que el arrepentido debe aportar pruebas ciertas y suficientes para sentenciar a otros con funciones de administración, dirección o supervisión, pudiendo obtener una reducción de hasta una mitad, y *iv)* colaborador sentenciado, modalidad en la que su aportación debe ser de pruebas y éstas sean de alta capacidad demostrativa que sirvan para sentenciar a dirigentes criminales, a lo que puede corresponder una remisión parcial de la pena de dos terceras partes.

---

<sup>83</sup> A.R. 374/2013..., p. 85

<sup>84</sup> Ídem.

En el mismo tenor, señaló la Primera Sala cuáles son las limitantes o condicionantes para el otorgamiento de los beneficios, relativas a que sólo puede otorgarse en una sola ocasión respecto de la misma persona: en el caso de que no exista investigación; que sean miembros *in genere* para el supuesto del colaborador investigado y para las dos restantes hipótesis, la procedencia del beneficio se condiciona al doble criterio cualitativo ya aludido (que las pruebas versen sobre dirigentes criminales y que valoradas por el juzgador sean suficientes para condenar).

Por último, debe destacarse que la Corte determinó la naturaleza jurídica de los beneficios en cuestión, en el sentido de que no se trata de:

un derecho obtenido por parte del testigo colaborador, sino que en realidad se trata de una facultad discrecional concedida por el juzgador, el cual, con base en su prudente arbitrio judicial, deberá ponderar el contenido de los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, además de la gravedad de los delitos cometidos por el testigo colaborador. Aunado a que, en tratándose de la fracción IV del citado numeral (HIPÓTESIS DE COLABORADOR SENTENCIADO), la autoridad judicial deberá ponderar adicionalmente las disposiciones que establezca la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.<sup>85</sup>

Por estar relacionadas con estos pronunciamientos a que hace referencia la Primera Sala, complementariamente podrían señalarse las siguientes cuestiones:

- a) *Sobre la relación entre la oportunidad y la utilidad de la información.* El dispositivo en cuestión plantea una lógica de *excitar las delaciones*, en la medida en que busca generar colaboraciones espontáneas por parte de los criminales, con independencia de las investigaciones en curso, puesto que, como es lógico establecer, los actos criminales organizados serán superiores en número que las investigaciones en curso, de modo que con este ensanchamiento del potencial beneficio (inmunidad parcial) se busca incrementar las averiguaciones y, en consecuencia, las sentencias y

---

<sup>85</sup> *Ibíd.*, p. 88.

desarticulaciones de grupos criminales. Mismo escenario que explica por qué se prevé un potencial incremento de los beneficios de colaborar para el escenario del sentenciado (remisión de la pena hasta en dos terceras partes): ante el escenario ya muy real de enfrentar una larga condena el delincuente puede reducirlo si colabora, elevándose en la misma proporción, el estándar de la calidad de las pruebas que deben generarse.

- b) *Sobre la naturaleza de los beneficios.* Señaló el Alto Tribunal, con motivo de la *Litis* constitucional específica que en ese momento le fue planteada, que al delincuente no le asiste un derecho sino sólo una expectativa del mismo sobre la obtención de un beneficio a cambio de su colaboración.

Analizando tales beneficios, ahora desde la óptica de su tratamiento e implicaciones procesales del nuevo sistema de justicia penal de corte acusatorio.<sup>86</sup>

Como es sabido, parte de la innovación del sistema es la introducción de medios de solución de la controversia diversos al juicio oral, lo cual es un ajuste que desde luego alcanza a esta figura del arrepentido en aras de hacer compatible el razonamiento contenido en el criterio jurisprudencial con la lógica del nuevo sistema y la eficacia de esta técnica de investigación; no parece razonable, sin embargo, que los beneficios de la colaboración se aplicaran hasta sentencia del juicio, pues ello, por una parte, implicaría que de manera invariable éste sería el único cauce posible para decir el derecho en el caso del arrepentido.

Por otra, pondría también en cuestión la amplitud de la capacidad del fiscal para tomar decisiones sobre la utilización de esta técnica –a partir de las nuevas atribuciones que se le han conferido en el nuevo sistema– si se considera, sin más, que sus facultades de estimular las delaciones en general y acordar con cada arrepentido en particular, quedaran totalmente sujetas al arbitrio judicial, en

---

<sup>86</sup> Cabe destacar que en el caso fallado por la Corte el proceso seguido al imputado lo fue según las reglas del sistema anterior de ahí que sea perfectamente compatible con el criterio que se diga que es el juez al dictar sentencia sobre la individualización de la condena cuando concretiza los beneficios de la colaboración del arrepentido y, por tanto, que como tal no se trate de un derecho a su favor, sino de una expectativa.

otras palabras, que fuera el juez quien realmente decide sobre la parte sustancial del acuerdo que el fiscal alcance con el arrepentido.

Sin embargo, el mismo sistema acusatorio ofrece un par de salidas naturales para hacer compatibles tanto las potestades del fiscal como el control judicial sobre ellas: el procedimiento abreviado y, más en específico, los criterios de oportunidad.

Respecto del *procedimiento abreviado* mismo que, sin excluir la posibilidad de que los pormenores de los beneficios pudieran ser tema en un juicio, es el más idóneo para su atención, interpretando compatiblemente la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que regula los beneficios al arrepentido con el Código Nacional de Procedimientos Penales en el que se establece esta vía alternativa al juicio. Analicemos tales ordenamientos.

Los requisitos de esa vía se encuentran contenidos en el artículo 201 de la legislación adjetiva penal federal aludida, a saber:

#### Artículo 201. Requisitos de procedencia y verificación del Juez

Para autorizar el procedimiento abreviado, el Juez de control verificará en audiencia los siguientes requisitos:

- I. Que el Ministerio Público solicite el procedimiento, para lo cual se deberá formular la acusación y exponer los datos de prueba que la sustentan. La acusación deberá contener la enunciación de los hechos que se atribuyen al acusado, su clasificación jurídica y grado de intervención, así como las penas y el monto de reparación del daño;
- II. Que la víctima u ofendido no presente oposición. Sólo será vinculante para el juez la oposición que se encuentre fundada, y
- III. Que el imputado:
  - a) Reconozca estar debidamente informado de su derecho a un juicio oral y de los alcances del procedimiento abreviado;

- b) Expresamente renuncie al juicio oral;
- c) Consienta la aplicación del procedimiento abreviado;
- d) Admita su responsabilidad por el delito que se le imputa;
- e) Acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular la acusación.

Partiendo del hecho de que el fiscal decide si opta o no por esta vía o el ejercicio del principio de oportunidad,<sup>87</sup> lo cual es compatible con su facultad de utilizar o no la técnica de investigación del arrepentido, del artículo transcrito se desprende que el presupuesto básico para la procedencia del procedimiento abreviado se parte de la base de que no existe controversia sobre los hechos de la imputación, lo que es justo el piso mínimo del que partiría cualquier posible arreglo con el arrepentido, pues no sería dable ofrecerle un beneficio si estuviera en disputa la existencia del delito y el grado preciso de participación de éste en su comisión, al ser reducido el monto de la condena, la consecuencia lógica de tales aspectos, sobre la que, atendiendo a lo señalado por la Suprema Corte corresponde decidir al juzgador, como en efecto lo ha de hacer en la audiencia a que se refiere este numeral.

Otro aspecto que debe destacarse es que la procedencia de esta vía contempla que se satisfaga el daño a la víctima,<sup>88</sup> cuestión igualmente compatible con la figura del testigo colaborador, toda vez que su regulación en la legislación delincencial organizada sólo alude a los beneficios en la reducción del tiempo de privación de la libertad, sin que en modo alguno forme parte de los mismos algún tipo de exención en este sentido.

---

<sup>87</sup> “Artículo 131 [CNPP]. Obligaciones del Ministerio Público

Para los efectos del presente Código, el Ministerio Público tendrá las siguientes obligaciones:

[...]

XIV. Decidir la aplicación de criterios de oportunidad en los casos previstos en este Código;”

<sup>88</sup> “Artículo 204. Oposición de la víctima u ofendido

La oposición de la víctima u ofendido sólo será procedente cuando se acredite ante el Juez de control que no se encuentra debidamente garantizada la reparación del daño.”

Lo que se concatena con el artículo 202 del mismo ordenamiento,<sup>89</sup> que establece que el Ministerio Público podrá solicitar la apertura del procedimiento abreviado después de que se dicte el auto de vinculación a proceso y hasta antes de la emisión del auto de apertura a juicio oral, en donde caben los supuestos de las tres primeras fracciones del artículo 35 de la ley federal aludida (no exista indagatoria, se indague al arrepentido o ya exista proceso), mientras que el último supuesto relativo a la remisión de la pena se ubica en el ámbito de competencia del juez con funciones de ejecución.

En ese orden de ideas, debe precisarse que aun cuando el mismo numeral en sus tercer y cuarto párrafos establece parámetros de punibilidad, relativos a no haber sido condenado previamente, las medias aritméticas y los máximos posibles de reducción de la pena, que parecerían restrictivos y excluyentes respecto de los beneficios a que se refiere el artículo 35 de la legislación delincencial organizada en la medida en que éste no distingue entre dolo y culpa, en realidad, no los condiciona a la primodelincuencia o a medias aritméticas (que desde luego superan por mucho los delitos especialmente graves de delincuencia organizada), debe decirse que ello es sólo aparente, pues por una parte, estos parámetros del Código serían aplicables para los delitos ordinarios no así para los de la delincuencia organizada vigente, por más que ésta se haya expedido con

---

<sup>89</sup> “Artículo 202. Oportunidad

El Ministerio Público podrá solicitar la apertura del procedimiento abreviado después de que se dicte el auto de vinculación a proceso y hasta antes de la emisión del auto de apertura a juicio oral. A la audiencia se deberá citar a todas las partes. La incomparecencia de la víctima u ofendido debidamente citados no impedirá que el Juez de control se pronuncie al respecto.

Cuando el acusado no haya sido condenado previamente por delito doloso y el delito por el cual se lleva a cabo el procedimiento abreviado es sancionado con pena de prisión cuya media aritmética no exceda de cinco años, incluidas sus calificativas atenuantes o agravantes, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta una mitad de la pena mínima en los casos de delitos dolosos y hasta dos terceras partes de la pena mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión que le correspondiere al delito por el cual acusa.

En cualquier caso, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta un tercio de la mínima en los casos de delitos dolosos y hasta en una mitad de la mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión. Si al momento de esta solicitud, ya existiere acusación formulada por escrito, el Ministerio Público podrá modificarla oralmente en la audiencia donde se resuelva sobre el procedimiento abreviado y en su caso solicitar la reducción de las penas, para el efecto de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas previstas en el presente Capítulo.

El Ministerio Público al solicitar la pena en los términos previstos en el presente artículo, deberá observar el Acuerdo que al efecto emita el Procurador.”

anterioridad al nuevo sistema; distinción que, por lo demás, es indispensable para efectos de la viabilidad de la técnica de investigación, en virtud de que sería común que los delitos sujetos al beneficio excederían la media aritmética que rige la lógica de una criminalidad ordinaria, mientras que las restricciones en los beneficios reducirían el margen de maniobra de la autoridad ministerial.

En el mismo tenor, es compatible con la figura del testigo colaborador lo previsto en el artículo 206 del código procesal penal nacional<sup>90</sup> el que el juzgador no pueda imponer una pena mayor de la planteada por el fiscal y aceptada por el acusado, dando con ello un mayor grado de seguridad para efectos de incitar la colaboración de los arrepentidos, a diferencia de si siguiera un mayor margen de posibilidad de que a pesar de que a cambio de su testimonio se le hiciera un ofrecimiento que al momento de la individualización de la sanción en el anterior sistema, pudiera verse reducido sensiblemente o nulificado, habiendo sido ese motivo de tal colaboración.

Lo cual, por último, no implica que quede fuera del control jurisdiccional, al ser facultad del juzgador el pronunciamiento final sobre el tema, garantizándose el derecho de la víctima a la reparación del daño, pudiendo incluso oponerse a la vía. En el entendido de que aun cuando su actividad encuentra un límite en la restricción de variar el monto máximo de la pena, en la decisión que tomaron las partes sobre la penalidad en concreto, *la decisión del juzgador es necesaria a modo de interdicción a la arbitrariedad*, para verificar no sólo que se cumplan los requisitos legales sino que haya *proporcionalidad* en esa penalidad, atendiendo a las finalidades intrínsecas a la medida, evitando que se impongan penas ínfimas por delitos especialmente gravosos al margen de la calidad de la información

---

<sup>90</sup> “Artículo 206. Sentencia

Concluido el debate, el Juez de control emitirá su fallo en la misma audiencia, para lo cual deberá dar lectura y explicación pública a la sentencia, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, explicando de forma concisa los fundamentos y motivos que tomó en consideración.

No podrá imponerse una pena distinta o de mayor alcance a la que fue solicitada por el Ministerio Público y aceptada por el acusado.

El juez deberá fijar el monto de la reparación del daño, para lo cual deberá expresar las razones para aceptar o rechazar las objeciones que en su caso haya formulado la víctima u ofendido.”

aportada o que ésta valga por la pena que se propone por parte del Ministerio Público.

Por otra parte, los criterios de oportunidad son un mecanismo de canalización de la problemática penal en donde el ámbito de incidencia del fiscal encuentra mayor amplitud y, por tanto, de mayor potencial en su utilización cotidiana como amalgama a la técnica del arrepentido; criterios que se encuentran contemplados en el artículo 21, párrafo séptimo de la Constitución General (“*El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley*”) y regulados en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en el artículo 256, estableciéndose que:

Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público, podrá abstenerse de ejercer la acción penal con base en la aplicación de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido.

Mientras que en la fracción V del mismo numeral se considera como uno de los supuestos de procedencia<sup>91</sup>: “*Cuando el imputado aporte información esencial y eficaz para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, y se comprometa a comparecer en juicio*”, a la vez que, por una parte, en su

---

<sup>91</sup> Los otros supuestos, diversos al escenario de la delincuencia organizada son:

I. Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia;

II. Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares;

III. Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena;

IV. La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo que carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o a la que podría imponerse por otro delito por el que esté siendo procesado con independencia del fuero; Fracción reformada

[...]

VI. Cuando, a razón de las causas o circunstancias que rodean la comisión de la conducta punible, resulte desproporcionada o irrazonable la persecución penal.

antepenúltimo párrafo el numeral acota los alcances de aplicación excluyendo expresamente los delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, violencia familiar, fiscales o “aquellos que afecten gravemente el interés público” y, por la otra, establece como factores de aplicación de estos criterios que: a) se apliquen sobre la base de razones objetivas y sin discriminación; b) valorando las circunstancias de cada caso; c) de conformidad con lo establecido en el propio código y en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o su equivalente y d) su aplicación debe ser autorizada por aquél o en quien delegue esa facultad (penúltimo y último párrafos).

Como se advierte de la lectura de este numeral, la aplicación específica de los criterios de oportunidad queda sujeta a “las disposiciones normativas de cada Procuraduría”, respecto de lo cual, cabe destacar que en el marco de la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia se generaron los *Lineamientos por los que se establecen los criterios generales y el procedimiento para la aplicación de los criterios de oportunidad y de la determinación de la pena que el Ministerio Público solicitará al Juez de Control en la aplicación del procedimiento abreviado* (cuyo extracto se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 9 de febrero de dos mil dieciséis).

En estos lineamientos que homologan la actuación ministerial en el país sobre los criterios de oportunidad complementan los mandatos legales, aportando aspectos que les dotan de operatividad, entre las que destacan dos reglas para cualquiera de los supuestos previstos en el CNPP: a) en relación con “las circunstancias especiales del caso”, el fiscal debe verificar que existen en los registros de investigación datos o medios de prueba suficientes para determinar la procedencia (lineamiento segundo) y b) que previo a su aplicación se haya reparado o garantizado los daños causados, salvo que exista constancia de la manifestación de falta de interés jurídico en dicha reparación por la víctima u ofendido y que al imputado no se le haya aplicado un criterio de oportunidad durante los cinco años anteriores (lineamiento séptimo, fracciones I y II).

En cuanto a la fracción V del artículo 256 del CNPP, que es en el que podemos ubicar al arrepentido, los aludidos *lineamientos* establecen un requisito adicional para la procedencia de los criterios de oportunidad: además de que la información sea esencial para perseguir un delito más grave y el imputado se comprometa a comparecer a juicio, se establece que “la información que proporcione derive en la detención de un imputado diverso” (primer párrafo, lineamiento séptimo), además de incorporar “criterios” que el fiscal debe considerar:

- 1) Que la información que proporcione el imputado sea eficaz para la investigación y persecución de un delito con mayor punibilidad, con lo cual se reitera el mandato del artículo 256, pero además, se añade una segunda posibilidad de procedencia: que el delito no sea más grave sino que se trate del mismo, cuando el lineamiento séptimo establece “o en el mismo hecho que la ley señale como delito”, observando el mismo parámetro de proporcionalidad respecto de delitos diversos, al condicionarse la procedencia: “cuando el imputado haya generado una menor afectación al bien jurídico tutelado o cuando haya tenido una intervención menor que otros imputados” (fracción I)
- 2) Que el imputado acepte de forma expresa y en presencia de su defensor declarar en juicio respecto de la información proporcionada (fracción II, mismo lineamiento).

Con estas acotaciones se salvaguarda la eficacia de la técnica de investigación, pues persigue desarticular organizaciones criminales al condicionar la procedencia hacia los hombres de atrás: los que cometen delitos más graves o del mismo escalafón (cuando el delito es el mismo) que el imputado son responsables de afectaciones más graves al bien jurídico; mientras que al referir que el compromiso de comparecer a juicio debe hacerse expresamente y mediando el defensor se inhibe algún tipo de actuación irregular que merme la aquiescencia del imputado, de modo que posteriormente se retracte o pretenda desvirtuar su aceptación a partir de posibles vicios formales y, con ello, se malogre

la fuente de prueba en el juicio: el testimonio del arrepentido, que es lo que sustentará la condena.

En ese orden de ideas, el diverso numeral 257 del CNPP pormenoriza los efectos de los criterios de oportunidad, en cuanto a que con su aplicación se extingue la acción penal del destinatario (párrafo primero), mientras que para el supuesto específico del arrepentido ese efecto se modaliza para garantizar la eficacia de la medida, sometiéndola a dos filtros “”: 1) no se extingue directamente la acción penal sino que se suspende (al igual que el plazo para la prescripción) hasta en tanto el imputado comparezca a rendir su testimonio y 2) una vez que rindió el testimonio, *“el agente del Ministerio Público contará con quince días para resolver definitivamente sobre la procedencia de la extinción de la acción penal”* (segundo párrafo, mismo numeral), de donde se desprende que:

- a) es el fiscal –y no el juzgador– el que evalúa los méritos del testimonio para efectos de la efectiva aplicación del criterio;
- b) la aplicación del criterio al testimonio no está condicionado a la condena del imputado contra el que declara el arrepentido, no sólo porque no se confiere de esa manera en la regulación, sino porque el plazo de quince días no necesariamente es compatible con la duración del juicio, que es aleatoria.

Estos filtros deben ponerse en relación directa con dos categorías conceptuales –de significación especial y complementaria– contenidas en la descripción normativa del artículo 256: de un lado la esencialidad y eficacia de la medida, a que se hace referencia en la fracción V y, de otro, el supuesto de exclusión de la procedencia del criterio de oportunidad, relativo a los delitos que “afecten gravemente el interés público”, para ser entendidos (la suma de filtros y categorías conceptuales) como un *dispositivo*: como un conjunto de elementos interrelacionados para potenciar la eficacia de la investigación ministerial contra la delincuencia organizada mediante la preeminencia de las decisiones del fiscal, como piezas de rompecabezas que, caso a caso, moldean una estrategia de

desarticulación de la delincuencia organizada como parte de la política criminal del Estado.

Es entendible que quede en la esfera del fiscal y no del juzgador decidir la esencialidad y eficacia de la información que brinda el arrepentido, pues a diferencia del juzgador que sólo conoce de un caso concreto, el fiscal puede tener la visión global tanto de la posición que ocupa el arrepentido en la estructura criminal como de la relevancia de sus acciones en el acumulado de la actividad delincuencia de la organización.

En el mismo tenor, la gravedad de la afectación al interés público es, por regla general, propia de los delitos asociados a la delincuencia organizada, en consecuencia, si se aceptara una visión formalista, prácticamente cualquiera de ellos podría etiquetarse en ese supuesto y, en consecuencia, quedarían excluidos de los criterios de oportunidad, lo que sería un contrasentido, máxime que, como se ha visto los mayores beneficios de cara a desarticular organizaciones criminales enteras (y no sólo a afectarlas superficialmente) pasa por contar con la colaboración de involucrados clave en la estructura criminal y, en consecuencia, que los delitos que se les imputen puedan ser de mayor gravedad.

De ahí que en aras de armonizar la técnica de investigación del testigo colaborador con el desdoble procesal del criterio de oportunidad deba confiarse en el criterio del fiscal para valerse de ella, a lo que abona el que tanto en la legislación penal nacional como en los lineamientos referidos se establecen tres acotamientos para la arbitrariedad en la decisión, ya referidos: 1 la existencia de datos objetivos; el ceñimiento a los lineamientos generales del Procurador y la autorización de éste o de en quien delegue esa facultad.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> Lo cual está previsto en los lineamientos aludidos en los siguientes términos:  
DECIMO. La facultad para autorizar la aplicación de un criterio de oportunidad, podrá delegarse en los servidores públicos con categoría de Subprocurador, titular de unidad, director general o equivalente, o en su caso en determinados ministerios públicos que por sus atribuciones tengan facultades de mando, de conformidad con las estructuras y las disposiciones jurídicas aplicables a cada Procuraduría o fiscalía.  
DÉCIMO PRIMERO. La solicitud de autorización para la aplicación de un criterio de oportunidad, deberá realizarse por escrito y remitirse a través de cualquier medio que garantice su autenticidad

Una vez abordados los pormenores del procedimiento abreviado y de los criterios de oportunidad, surge el cuestionamiento de cuándo optaría el fiscal por uno u otro en el contexto del combate a la delincuencia organizada, respecto de lo cual, lo que puede ser abordado desde un criterio fundamental: cuando los datos que aporta el imputado son útiles pero a criterio del fiscal no solventan el estándar de esencialidad y eficacia, más que extinguir la acción penal serían más susceptibles de una reducción en la pena, máxime cuando se aprecia que, por una parte, ese parámetro queda desligado de la lógica del quantum de penalidad (que es la que rige en el procedimiento abreviado) y, por otra, es susceptible de un mayor margen de intervención judicial para dar por terminada la conflictiva penal, mientras que en el criterio de oportunidad, ubicado en el lindero específico de la acción penal y su extinción, ámbito por antonomasia del fiscal, la labor del juzgador se circunscribe a verificar que estén a salvo los derechos de las posibles víctimas que hubiera a la reparación del daño y al cumplimiento de, por decirlo así, *los contornos normativos de procedencia* de los criterios de oportunidad, esto es, sin revisar el contenido de la decisión en sí (si el caso concreto es más o menos grave para el orden público, si la información que aporta el arrepentido es esencial o eficaz) pues ello ya lo valoró el fiscal, es justo la materia de discrecionalidad del fiscal en aras de una visión del conjunto para perseguir de delitos de mayor envergadura o sentenciar a eslabones de mayor peso en la cadena de mando de la estructura criminal que se pretenda desarticular, acorde a la política criminal delineada desde la oficina de la fiscalía general.

Una posición contraria desvirtuaría la naturaleza de los criterios de oportunidad e indirectamente estaría restando posibilidades de eficacia a la figura del arrepentido al acotar las posibilidades de su medida *procesal* complementaria.

---

al servidor público facultado para su autorización. Dicha solicitud deberá contener un informe ejecutivo debidamente fundado y motivado, de los requisitos que sustentan la solicitud. La solicitud deberá ser resuelta y remitida al Ministerio Público solicitante, por escrito o a través de cualquier medio que garantice su autenticidad en un plazo no mayor a 72 horas a que fue recibida por el servidor público facultado para su autorización.

## SEGUNDO CAPÍTULO: SUJETOS DE PROTECCIÓN

### 2.1. Operatividad de las medidas de protección

Una vez delineadas las cualidades de cada una de las figuras subyacentes en la categoría “testigo protegido” como fuentes de información, en tanto *técnicas de investigación* (independientes, aun cuando puedan converger en los casos concretos y de ahí que sean susceptibles de confusión) toca ahora el turno de hablar de otra de las dimensiones en que estas figuras se proyectan hacia la secuela penal generando efectos de ida y vuelta, pues metafóricamente hablando, “le dan algo al proceso”, inciden en el curso que éste ha de tomar y en esa proporción es que pueden recibir otro tanto de él: *tienen un rol* en el esclarecimiento de los hechos y en el veredicto y a cambio de ello es que pueden ser *sujetos de protección* por parte del Estado cuando se vean amenazados en su vida, su integridad personal o la de sus allegados.<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> Como ha señalado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al hablar de la “relación binómica” que se da entre el testigo y el Estado y el “deber de protección” de éste: “la figura de *“protección de testigos”* nace de una protección binómica, conformada por una parte, por la obligación normativizada que toda persona tiene de cooperar con la Administración de Justicia en los procesos penales, cuando haya presenciado o tenga conocimiento de un hecho delictuoso; y, por otra, del derecho que dicho testificante tiene a que el propio Estado, le brinde una amplia protección a dicho colaborador cuando el prestar auxilio a la justicia suponga una amenaza o riesgo grave para su persona. Luego, dicho deber de protección no se actualiza entre particulares, por el contrario, es un proceso en el que el Estado actúa directamente a través de sus instituciones policiales o de procuración de justicia; por ende, es una obligación del gobernante, salvaguardar, amparar y apoyar a los que, por distintos motivos, colaboran con la justicia en el esclarecimiento del delito que por sus particularidades requiere de un tratamiento especial. Lógico es que dicho deber de protección, en atención a las características inherentes al fenómeno de la DELINCUENCIA ORGANIZADA, también debe hacerse extensivo a los parientes y/o personas cercanas del declarante involucrado, ya que derivado de esa relación de apego, también se encuentra en riesgo su vida e integridad personal.” Amparo en Revisión 740/2011, fallado el 28 de

Así, ante la dramática realidad que se ha vuelto moneda corriente y del común conocimiento de todos en este país y a la que justamente el Estado ha reaccionado, entre otros mecanismos, a través del cambio de enfoque, motivo de estas reflexiones, tales *técnicas de investigación* estarían irremisiblemente condenadas al fracaso si no se vieran complementadas por *medidas de protección*;<sup>94</sup> que impidan que cobre materialidad la presunción más que fundada de que por informar a la justicia la delincuencia les haga “pagar el precio”.

De esta manera, un aspecto propio de las *técnicas de investigación* antedichas es que, aunque no necesariamente en todos los casos, se desdoblén en medidas diversas y de naturaleza variada no sólo para salvaguardar a las personas o para la mejor eficacia de la respuesta gubernamental, sino para la credibilidad misma de todo el sistema: ¿qué mensaje se le mandaría a la sociedad si un testigo de los hechos que opta por cumplir con su deber ciudadano a cambio de ello es *ejecutado*? ¿Qué provecho puede tener para la profesionalización y honorabilidad policíacas que los agentes encubiertos no reciban el respaldo de sus instituciones y antes bien los dejen a su suerte, de modo que entre mejor cumplan con su misión y provean información de mayor calidad mayor será el riesgo de sufrir consecuencias letales?

En ese estado de cosas, es que el poliédrico concepto de “testigo protegido” encuentra aquí otra de sus dimensiones de significado posibles, que, como se ve más adelante, si sólo se queda en su primera acepción significativa, sería vaga e imprecisa, pues no todos los testigos necesitan protección ni todos los protegidos son testigos en sentido estricto.<sup>95</sup>

---

marzo de 2012, por mayoría de tres votos de los ministros integrantes de la Primera Sala. Ponente Jorge Mario Pardo Rebolledo, p. 54.

<sup>94</sup> Que son definidas por la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal (artículo 2, fracción VII) como las acciones “tendientes a eliminar o reducir los riesgos que pueda sufrir una persona derivado de la acción de represalia eventual con motivo de su colaboración o participación en un Procedimiento Penal, así como de personas o familiares cercanas a éste.”

<sup>95</sup> Como se desprende de la simple lectura del artículo 34 de la LFDO: “La Procuraduría General de la República prestará apoyo y protección suficientes a jueces, peritos, testigos, víctimas y demás personas cuando por su intervención en un procedimiento penal sobre delitos a que se refiere esta Ley, así se requiera.” En concordancia con la descripción de “Persona protegida” hace la Ley

Por otra parte, hay que destacar que las medidas de protección que se implementen, al igual que las *técnicas de investigación*, tienen puntos de contacto con la dimensión probatoria en el proceso y con el ejercicio de derechos tanto sustantivos como de índole procesal, específicamente con los de la vida o la integridad, en el caso de los sujetos de protección (como se muestra en este apartado) y en las posibilidades de defensa del acusado y la forma en que el juzgador debe valorar los testimonios que se desahoguen en juicio cuando sean derivados mediados de una medida de esta índole.

Así, la necesidad de la protección puede surgir cuando las personas únicamente tienen un papel de *técnica de investigación* (por ejemplo cuando es necesario proteger la identidad del *agente encubierto*) o ya en su carácter de *rol procesal* en el juicio (cuando la protección del agente se mantiene en la audiencia en la que testifica como testigo de referencia) e incluso durante el proceso o después de concluido ante la pervivencia de la amenaza.

Esto es lo que justifica que la medida de protección tenga como uno de sus presupuestos fundamentales el mantener en secreto la identidad de la persona, de ahí que pueda llegar a confundirse, en una primera aproximación, con un denunciante anónimo, pero que se despeja apenas se tenga presente que sí hay un deponente cierto, individualizado y plenamente identificado, sólo que su identidad se excluye del conocimiento de terceros, ya que es a partir de la identificación de su persona, a través de los datos que le son intrínsecos y que son sus proyecciones tales como el nombre, el domicilio, la ocupación, sus parientes, edad, etcétera, como los criminales pueden coaccionarla para inhibir la *eficacia* de la *técnica de investigación* o la *afectación* que se les genere con motivo del *rol* que

---

Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal, en su artículo 2, fracción IX: "Todo individuo que puede verse en situación de riesgo o peligro por su intervención en un procedimiento penal. Así mismo, dentro de dicho concepto se considerarán a las personas ligadas con vínculos de parentesco o afectivos con el testigo, víctima, ofendido o servidores públicos, que se vean en riesgo o peligro por las actividades de aquellos en el proceso" y con el diverso artículo 15 del mismo ordenamiento que señala a las personas susceptibles de incorporarse al Programa Federal de Protección a Personas, a saber: víctimas, ofendidos, testigos, testigos colaboradores, peritos, policías, Ministerio Público, jueces e integrantes del Poder Judicial, "quienes hayan colaborado eficazmente en la investigación o en el proceso" y otras personas con parentesco o cercanía a las antes mencionadas.

puedan tener en el juicio en que son acusados o para *vengarse* al ser condenados.

Protección que no se limita a mantener la confidencialidad de la persona, ya que el eventual descubrimiento de su identidad por los delincuentes sujetos de investigación o proceso o de las estructuras criminales de que forman parte, puede hacer más necesaria la protección, al ser mayormente susceptibles de un atentado porque ya saben quién es y eso es lo que posibilita saber dónde encontrarla y quiénes son sus familiares y, por tanto, experimentar así el estado de vulnerabilidad. Como señaló la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el vocablo *protección*, “se hace referencia directa a la obligación del Estado de preservar la vida e integridad personal de dicho declarante, ante cualquier sospecha de una potencial afectación”.<sup>96</sup>

En otras palabras, el mantenimiento del secreto de la identidad es en sí mismo una medida de protección, la de mayor efecto preventivo y, por tanto, preponderante y finalidad de muchas otras medidas en concreto que le son subsidiarias, pero no por ello es una especie que agota el género.

En esa tónica es que tales medidas no pueden fijarse a *priori*, mecánica y burocratizadamente; sólo para determinado momento procesal o para un *rol procesal* en específico, pues, si las represalias serían a manos del grupo delincencial los testigos de descargo estarían lejos de necesitar protección, al igual que los testigos que brindaron información que aun cuando esté relacionada con los hechos, lo sea de manera circunstancial o tangencial; mientras que, por lo demás, pueda darse el caso de que los *sujetos de protección* no sean los testigos, sino un perito o incluso el fiscal que sostiene y acredita la acusación o el juez que la resuelve; unidos todos estos supuestos por la misma motivación: que el delincuente pretende impedir que sea castigado, que “logren dañarlo” con motivo de la investigación, la imputación, la acusación e incluso el fallo judicial, o para

---

<sup>96</sup> Amparo en Revisión 740/2011..., p. 53.

vengarse de ellos en concreto a la vez que mandar el mensaje a la ciudadanía y las autoridades de que no deben “meterse con ellos”.

Estas precisiones explican por qué es inadecuado hablar *in genere* del “testigo protegido” y por qué tampoco puede asimilársele con el “testigo oculto”, que sí se refiere al supuesto específico de mantener reservada (en mayor o menor medida) la identidad de una persona que desempeñe un *rol procesal* de testigo,<sup>97</sup> pudiendo haber otros *roles procesales* que igualmente pudieran protegerse con la misma medida e intensidad, de modo que habría víctimas u ofendidos,<sup>98</sup> peritos, fiscales o jueces “ocultos”, a los que en otras latitudes se les ha denominado “sin rostro”.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> En ese tenor, el Tribunal Supremo Español establece dentro de la categoría “testigo protegido” una distinción entre “testigo anónimo” (que no denunciante anónimo) y “testigo oculto”, a saber: “[...] de la categoría general de testigos protegidos pueden distinguirse dos subcategorías en orden al nivel de protección: los testigos *anónimos*, de los que ni siquiera se dan a conocer a las partes sus datos personales; y los testigos *ocultos*, que sí son identificados personalmente con nombres y apellidos, pero que deponen en el plenario con distintos grados de opacidad a la visión o control de las partes procesales. En la subcategoría de los testigos *anónimos*, caben distintas modalidades de anonimato: los supuestos en que el testigo debido a las contingencias o circunstancias particulares del caso no ha podido ser identificado con datos personales y por lo tanto se ignora su identidad dentro del proceso; y aquellos otros supuestos en que sí ha sido identificado y consta su identidad en el proceso, pero por decisión del Tribunal se mantiene secreto y no se da a conocer a las partes, que es lo que al parecer ha sucedido en el caso que ahora se enjuicia. Dentro de la subcategoría de los testigos *ocultos* también caben diferentes posibilidades, según el grado de opacidad u ocultamiento con el que declare en la vista oral el testigo. Es factible que deponga en una dependencia aparte sin ser visto por el Tribunal ni por las partes ni el público, con lo cual sólo sería oído, que fue la forma en que declaró el testigo protegido en esta causa. Pero también es posible que deponga siendo visto por el Tribunal y los letrados, pero no por los acusados ni el público; sistema de semi-ocultamiento que es el que mayor aplicación tiene en la práctica procesal (generalmente mediante el uso de mamparas y biombos). Sin olvidar tampoco otras opciones en las que se oculta simplemente el rostro del testigo (cascos, capuchas, verdugos o diferentes postizos). Todos estos sistemas se complementan en algunos casos con la distorsión de la voz.” STS 649/20918 de 18 de junio de 2010.

<sup>98</sup> Como se desprende del artículo 20, inciso C de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que contempla como uno de los derechos de la víctima o del ofendido el resguardo de su identidad y datos en los casos de delincuencia organizada.

<sup>99</sup> Como en el caso específico de Colombia, en donde: “Los defensores de esta figura aseguran que gracias a ella fue posible la desarticulación de poderosas bandas del narcotráfico como los carteles de Medellín y de Cali, y el encarcelamiento de varios de sus líderes como los hermanos Miguel y Gilberto Rodríguez Orejuela; que también permitió conocer la verdad del proceso 8,000, cuando se supo de la infiltración de dineros de la mafia en la campaña del entonces candidato a la presidencia Ernesto Samper; lo mismo que para desenmascarar gran parte del fenómeno paramilitar. Sus opositores, entre ellos la Organización de Estados Americanos (OEA), consideran que la figura fue un fracaso porque no disminuyó los niveles de impunidad y permitió serias irregularidades como detenciones injustificadas, clonación de testigos, violación al debido proceso y extralimitaciones de funcionarios judiciales, entre otros. Aunque fue creada para juzgar a

En esta tarea de distinción de sujetos y medidas de protección es que en la Ley para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal<sup>100</sup> se advierte que se contemplan *acciones de protección* diferenciadas atendiendo a los momentos y requerimientos específicos, divididas en medidas de asistencia (evitar daños en su situación personal o patrimonial) y de seguridad, siendo las primeras de apoyo en los ámbitos psicológico, jurídico y tramitológico (artículo 17) mientras que las de seguridad (artículo 18), comprenden los rubros de salvaguarda de la integridad (en los aspectos físico, psicológico, patrimonial y familiar); de vigilancia; traslado a distintos lugares; custodia policial móvil y/o domiciliaria; alojamiento temporal y medios económicos para transporte, alimentos, atención médica, etcétera; reubicación de domicilio, residencia lugar de trabajo o estudios hasta el extremo de otorgar una nueva identidad, soportada por la documentación correspondiente.<sup>101</sup>

---

terroristas y criminales de alta peligrosidad, terminó atendiendo delitos comunes. La justicia sin rostro se implementó en Colombia en 1991 bajo el amparo del Estado de Sitio, durante la presidencia de César Gaviria, y funcionó por nueve años. La identidad de los jueces y de los testigos se mantenía en secreto. Los funcionarios judiciales se movilizaban en carros blindados, de vidrios polarizados; sus voces eran distorsionadas y las audiencias se llevaban a cabo en una especie de búnkeres. Su fin, en el año 2000, obedeció a una decisión de la Corte Constitucional, basada en la violación al debido proceso.” “La justicia sin rostro en Colombia: amor y odio” (La Redacción) En *Proceso*. 12 de febrero de 2007. Véase: <http://www.proceso.com.mx/205526/justicia-sin-rostro-en-colombia-amor-y-odio> fecha de consulta: 9 de febrero de 2016.

<sup>100</sup> Sin que pase desapercibido que además de esta ley especializada, en la Ley para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos también se hace referencia a medidas de protección de personas, en los artículos 26 a 31, sin embargo, se hace referencia a las mismas de manera genérica sin la particularización que sí se hace en aquella, reiterando que la información y documentación relacionada con las personas protegidas se mantendrán en estricta reserva, además de prever que el juzgador puede ordenar la incorporación al programa de protección a personas que estime en peligro.

<sup>101</sup> En el caso de Estados Unidos, su connotado programa de protección de testigos esta medida extrema de otorgamiento de una nueva identidad está sujeta a un riguroso filtro por parte del Fiscal General: “Se determinaron criterios estrictos para saber quién podría ser admitido dentro del Programa. Algunos de estos criterios son la indicación clara de que la vida del testigo estaba o sería puesta en riesgo como resultado de su testimonio de modo que no había alternativas diferentes a usar el Programa, el testigo estaría en capacidad de proveer un testimonio significativo y único, la necesidad de la declaración del testigo debería pesar más que el riesgo de poner en peligro al público y, la condena del acusado en cuestión [contra el que declara el testigo] debería tener tal importancia, que apoyaría la administración de justicia penal y ayudaría a alcanzar los objetivos del Fiscal general” Libreros, Jairo. *Referentes Internacionales en materia de programas de protección a testigos, colaboradores de la justicia y personas cercanas a testigos y colaboradores de la justicia*. Bogotá, Atmósfera Política, 2008, p. 42.

También se contemplan medidas específicas para el proceso penal –que la fracción XI del artículo 2 del mismo ordenamiento considera desde el inicio de la investigación y hasta la sentencia de segunda instancia– como se desprende del artículo 18, fracción VIII, que es del tenor siguiente:

VIII. Durante el proceso el Ministerio Público, podrá solicitar las siguientes medidas procesales:

- a) La *reserva de la identidad* en las diligencias en que intervenga la Persona Protegida, *imposibilitando* que en las actas se haga *mención expresa a sus nombres, apellidos, domicilio, lugar de trabajo, profesión o cualquier otro dato que lo ponga en evidencia* en términos de lo dispuesto en la legislación aplicable.
- b) El uso de *métodos que imposibiliten la identificación visual o auditiva de la persona*, en las diligencias en que intervenga. La aplicación de esta medida, no deberá coartar la defensa adecuada del imputado.
- c) La utilización de procedimientos mecánicos o tecnológicos que permitan la *participación de la persona a distancia y en forma remota*.
- d) Se fije como *domicilio* de la persona el del Centro.
- e) Otras que a juicio del Centro sean procedentes para *garantizar la seguridad de la persona*.

A la vez que también se prevén medidas específicas para el arrepentido, en la fracción IX:

IX. Tratándose de personas que se encuentren reclusas en prisión preventiva o en ejecución de sentencia, se tomarán las siguientes medidas:

- a) *Separarlos* de la población general de la prisión, tratándose de Testigos Colaboradores, se asignarán a áreas especiales dentro del Sistema Penitenciario Federal.

b) *Trasladarlo* a otro centro penitenciario con las mismas o superiores medidas de seguridad, cuando exista un riesgo fundado que se encuentra en peligro su integridad física.

c) Otras que considere el Centro para *garantizar la protección* de las personas incorporadas al Programa.

De modo que, en términos de lo antedicho se advierte que la legislación en comento hace distinciones en función de los sujetos y las medidas de protección, a efectos de establecer las que rigen en la vida cotidiana de los involucrados (de manera integral en sus distintas facetas, sin mayor incidencia probatoria y específicamente orientadas a salvaguardarlas de ataques a su integridad, incluyendo en este ámbito a los arrepentidos) respecto de las que específicamente tienen una *incidencia procesal* y, por tanto, entrañan una interacción con los delincuentes lo cual (además de tener relación con la valoración de pruebas y consecuentemente los derechos de defensa), muestra el punto específico en que la secrecía simultáneamente cobra relevancia en sí misma como medida y fin (y que explica el punto medular de la confusión en torno del “testigo protegido”): es en las diligencias –y sus constancias videográficas o escritas– intrínsecamente públicas, en donde la persona es más directamente vulnerable para que se conozcan los datos personales que posibiliten un ataque, al dar la oportunidad a la estructura criminal de saber contra quién dirigirse.<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> Las medidas específicas de protección contempladas en el CNPP son:

“Artículo 126. Entrevista con otras personas.

Si antes de una audiencia, con motivo de su preparación, el Defensor tuviera necesidad de entrevistar a una persona o interviniente del procedimiento que se niega a recibirlo, podrá solicitar el auxilio judicial, explicándole las razones por las que se hace necesaria la entrevista. El Órgano jurisdiccional, en caso de considerar fundada la solicitud, expedirá la orden para que dicha persona sea entrevistada por el Defensor en el lugar y tiempo que aquélla establezca o el propio Órgano jurisdiccional determine. *Esta autorización no se concederá en aquellos casos en que, a solicitud del Ministerio Público, el Órgano jurisdiccional estime que la víctima o los testigos deben estar sujetos a protocolos especiales de protección.*

Artículo 131. Obligaciones del Ministerio Público.

Para los efectos del presente Código, el Ministerio Público tendrá las siguientes obligaciones:[...]

XV. *Promover las acciones necesarias para que se provea la seguridad y proporcionar el auxilio a víctimas, ofendidos, testigos, jueces, magistrados, agentes del Ministerio Público, Policías, peritos*

Así, es que surge el cuestionamiento sobre la pertinencia de la reserva de la identidad, relativo a si basta con que las conductas imputadas al acusado encuadren en alguna de las hipótesis de delincuencia organizada (en el entendido de que ésta ya entraña un régimen constitucional que preestablece la gravedad de las conductas y, por tanto, avala las restricciones a los derechos de los acusados) o es necesario que sean las circunstancias fácticas las que impongan esta medida y de ser el caso, cómo es que ello se evalúa.

Tal cuestión cae por el peso de la propia lógica, la experiencia<sup>103</sup> y la sana crítica: aun cuando *prima facie* pudiera presumirse, no todas las organizaciones

---

*y, en general, a todos los sujetos que con motivo de su intervención en el procedimiento, cuya vida o integridad corporal se encuentren en riesgo inminente; [...]*

Artículo 220. Excepciones para el acceso a la información.

El Ministerio Público podrá solicitar excepcionalmente al Juez de control que *determinada información se mantenga bajo reserva aún después de la vinculación a proceso*, cuando sea necesario para evitar la destrucción, alteración u ocultamiento de pruebas, *la intimidación, amenaza o influencia a los testigos del hecho*, para asegurar el éxito de la investigación, o para *garantizar la protección de personas o bienes jurídicos*.

Artículo 367. Protección a los testigos.

El Órgano jurisdiccional, por un tiempo razonable, podrá ordenar *medidas especiales destinadas a proteger la integridad física y psicológica del testigo y sus familiares*, mismas que podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario, sin menoscabo de lo dispuesto en la legislación aplicable.

De igual forma, *el Ministerio Público o la autoridad que corresponda adoptarán las medidas que fueren procedentes para conferir la debida protección a víctimas, ofendidos, testigos, antes o después de prestadas sus declaraciones, y a sus familiares y en general a todos los sujetos que intervengan en el procedimiento*, sin menoscabo de lo dispuesto en la legislación aplicable.”

<sup>103</sup> En ese sentido, cabe traer a colación las medidas de protección presentadas en el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia: [...] los fiscales tuvieron que basar sus casos en gran medida en declaraciones de testigos oculares o víctimas de los delitos. Dichos testimonios han jugado un papel fundamental en las investigaciones sobre crímenes, especialmente aquellos ocurridos en Bosnia [...] Así, en los casos que se fundamentan en testimonios de víctimas, se observa constantemente el temor a represalias contra los declarantes, como un factor real de vulnerabilidad, porque ello ya había ocurrido en el pasado y además esto incrementaba el miedo a que hubiera hostigamientos, amenazas, asesinatos o que se causaran lesiones personales a los testigos o personas cercanas a ellos. Este contexto hizo evidente la necesidad de establecer medidas de protección que garantizaran la seguridad de las víctimas dispuestas a testificar, de sus familiares y de aquellos que trabajaban en el Tribunal [...] En el caso Dusko Tadic [...] se dio la primera decisión sobre el otorgamiento de medidas de protección, bajo condiciones que fueron tomadas en adelante como modelo [...] Varias categorías de protección en este caso fueron contempladas. Entre ellas se distinguen tres. La primera, implicó confidencialidad para que las víctimas no pudieran ser identificados en público ni por los medios; la segunda medida, quiso evitar una confrontación entre el testigo y el acusado para evitar traumatismos; y la tercera fue garantizar el anonimato para que las víctimas y los testigos no pudieran ser identificados por el acusado.” Libreros, Jairo, ob. cit., pp. 43-55.

criminales tiene la misma organización logística ni son capaces de desplegar acciones de tal capacidad como para socavar la integridad personal de una persona que desempeña un *rol procesal*, pues, por ejemplo, basta pensar en el escenario en que el operativo que llevó a juicio a una banda de secuestradores la desarticuló por completo, de modo que simplemente no quedó nadie más que pudiera coaccionar a aquélla.

Es por esto que incluso en las conductas tipificadas en el marco del combate a la delincuencia organizada, es preciso tener en cuenta las circunstancias del caso y la ponderación de la proporcionalidad entre éstas y la medida en cuestión, para establecer si la presunción de que los *roles procesales* puedan sufrir una agresión a partir de los recursos con que cuenta una estructura criminal tiene posibilidad o no de materializarse, como se explica en el criterio aislado del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito:

PROTECCIÓN DE PERSONAS EN EL PROCESO PENAL. SU OTORGAMIENTO NO DEPENDE DE QUE EL INTERESADO LA SOLICITE NI DE SU SOLA PETICIÓN; ES NECESARIO QUE EL JUZGADOR EFECTÚE UN ANÁLISIS DEL RIESGO Y LA AMENAZA QUE CONCURRAN EN EL CASO CONCRETO. Toda persona tiene derecho a la protección de su integridad y seguridad personal, sin embargo, en términos de la interpretación efectuada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (a partir de la interpretación del artículo noveno del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, particularmente, la obligación de un Estado de salvaguardar a un individuo, surge en específico, por la amenaza y riesgo de que los apuntados derechos puedan verse trastocados. En esa tesitura, los elementos amenaza y riesgo, fungen como presupuesto esencial para fijar la procedencia o no de alguna medida de seguridad; ya que para adoptar una decisión válida y motivada, la autoridad encargada de adoptar y aplicar medidas de protección debe partir de una evaluación detallada sobre la amplitud del riesgo, así como del nivel de amenaza de muerte o daño físico. En ese sentido, con la finalidad de reducir los límites de discrecionalidad y subjetividad, y por estar involucrados bienes y derechos de primer orden como son la vida y la integridad personal, al margen de que el interesado solicite la protección o no –pues no es necesaria su petición e incluso puede oponerse–, y no siendo suficiente para su

otorgamiento el pedirla, el juzgador debe evaluar los elementos para concluir si sobre la persona que debe comparecer a juicio pesa sobre el mismo –o su familia– *el riesgo de un mal grave*, así como procurar identificar, de acuerdo con las constancias que obran en autos y las circunstancias materiales del proceso: el *origen de la amenaza*; el *carácter de la violencia*; el *nivel de organización y cultura de aquel o aquellos que expresan la amenaza*; así como la *capacidad*, los *conocimientos* y los *medios de que disponen para materializar lo que advierten*. Lo anterior, abona elementos racionales de decisión, y sujeta la procedencia de otorgar medidas de protección únicamente para aquellos casos en que exista un *peligro objetivizado*.<sup>104</sup>

Criterio que ayuda a dar contenido y pauta interpretativa respecto de lo establecido en el CNPP (con motivo del otorgamiento de las medidas cautelares):

Artículo 170. Riesgo para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad.

La protección que deba proporcionarse a la víctima u ofendido, a los testigos o a la comunidad, se establecerá a partir de *la valoración* que haga el Juez de control respecto de *las circunstancias del hecho* y de *las condiciones particulares* en que se encuentren dichos sujetos, de las que puedan derivarse la existencia de un *riesgo fundado* de que se cometa contra dichas personas un acto que afecte su integridad personal o ponga en riesgo su vida.

Y que son el correlato de los requisitos establecidos en la legislación federal especializada referida para que una persona sea beneficiaria de la medida (que no necesariamente habría de traducirse en la confidencialidad de su identidad, de ahí que no pueda establecerse equivalencia entre los requisitos a que alude el criterio jurisdiccional citado y los de la ley), en el sentido de que *las medidas de protección*

---

<sup>104</sup> Tesis: I.1o.P.14 P (10a.) Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Libro XXVI, Noviembre de 2013, Tomo 2, pag. 1409. Sobre los criterios para el otorgamiento de medidas de protección el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha establecido que: “Los criterios siguientes, entre otros, deberán ser tomados en cuenta al decidir si un testigo o un colaborador con la justicia puede beneficiarse de medidas o programas de protección: –implicación de la persona a proteger en la investigación y/o en el caso (como víctima, testigo, coautor o cómplice); –importancia de la contribución; –gravedad de la intimidación; –voluntad e idoneidad de ser sujeto a medidas o programas de protección [...] Debe asegurarse la proporcionalidad entre la naturaleza de las medidas de protección a adoptar y la seriedad de la intimidación a la que está expuesto el testigo/colaborador de la justicia.” Libreros, Jairo, ob. cit., pp. 94-95.

*deberán ser viables y proporcionales* a la vulnerabilidad de la persona protegida, la importancia del caso; la trascendencia e idoneidad del testimonio, la capacidad de la persona para adaptarse a las condiciones del programa de protección, la capacidad del agente generador del riesgo para hacer efectivo el daño y otras circunstancias que justifiquen la medida.

Resta sólo la cuestión de establecer si, una vez que se estima que efectivamente el crimen organizado tiene la capacidad de hacer daño grave a una persona con motivo del *rol procesal* que desempeñe, debe optarse entre un abanico de opciones para la salvaguarda del sujeto o si solamente ello puede garantizarse a través de la secrecía de su identidad. En otras palabras, si dado el supuesto, la reserva de la identidad se vuelve un asunto de “todo o nada” respecto de los derechos de defensa del imputado (que se revele su identidad para efectos del juicio e intentar ocultarla fuera de él).

Sobre lo cual debe decirse que sí. Si como resultado del análisis de las circunstancias del caso se ha advertido que la persona es susceptible de sufrir un daño de especial gravedad merced a que la estructura a que pertenecen los delincuentes es capaz de ello, parece un mal remedio que sí se haga del conocimiento público su identidad para acto seguido sustraerlo de la vida cotidiana en que se desenvuelve por un período incierto.

O sea, en este escenario se presenta la confrontación entre una amenaza *real* de daño contra una *especulación* de que, pese a ello, la misma no traerá mayores consecuencias a futuro, de modo que deba excluirse la posibilidad de que la vida de la persona (y de sus familiares) sufra restricciones severas en sus actividades cotidianas o, incluso, que deba cambiar de identidad, para tener el tipo de ocultamiento hacia el grupo criminal que hubiera tenido si desde el principio se excluyera el conocimiento de su identidad verdadera. Parece que ante una situación como la descrita no caben términos medios, máxime con las posibilidades que las tecnologías de la información dan a cualquier persona para que, a partir de un dato relativamente aislado, pueda localizar a cualquier persona (piénsese en las búsquedas en Internet o a través de las redes sociales), ya no se

diga cuando ello se suma a una estructura con los recursos y la intención criminales.

En el entendido de que toda medida de protección, con independencia de su naturaleza, tiene un presupuesto básico de operatividad, derivado de la naturaleza binómica de la relación por la cual el Estado debe salvaguardar la integridad de la persona: ésta se obliga a colaborar para que, a través de su testimonio o de las pruebas que por su conducto puedan allegarse, se logre el fin último de todo este esquema: la desarticulación de las bandas de la delincuencia organizada.<sup>105</sup>

## 2.2. Implicaciones probatorias de los sujetos de protección

Las figuras aglutinadas en el polisémico “testigo protegido” tienen una primera incidencia probatoria en su dimensión de *técnicas de investigación*, de lo que aportan a la materia fáctica del proceso penal, pero ya no como personas que encarnan esa técnica, sino como personas que *desempeñan ese rol procesal de proveedores de información sobre el caso*. No obstante, no sólo afectan al elenco probatorio de esta manera, sino que, cuando su desempeño como *técnicas de investigación* o como *roles procesales* amenaza a esas personas, se les debe blindar, proteger de la materialización del peligro, lo cual, puede incidir en la *forma en que es apreciada* la materia fáctica que aportan, cuestión que, desde luego, puede tener punto de contacto con los derechos de defensa del procesado.

En el apartado correspondiente (*supra*, p. 63 y ss.) se destacó que no sólo las personas que llevan a cabo una *técnica de investigación* pueden ser objeto de

---

<sup>105</sup> Que en la legislación federal especializada multirreferida expresamente se establece como una de las obligaciones de la persona incorporada al programa (artículo 29, fracción III) en el sentido de “Cooperar en las diligencias, que sean necesarias, a requerimiento del Ministerio Público o del juez penal” y cuyo incumplimiento es causa de terminación de las medidas (artículo 34), premisa básica, a su vez, para que le sean concedidas en primer lugar, al signarse un convenio de entendimiento entre el *sujeto de protección* y la autoridad –artículo 27, inciso e), fracción I – en cuanto a “Proporcionar información veraz y oportuna para la investigación y comprometerse a rendir testimonio dentro del juicio.

protección, sino que también pueden serlo los peritos e incluso los fiscales y los jueces (de ahí que se hable de *roles procesales y sujetos de protección* y no sólo de testigos) y que la secrecía de la identidad del *rol procesal* es sólo una de varias medidas posibles, pero que la misma a la vez que es de *ultima ratio* también es la que mayor efecto preventivo y expansivo tiene a favor de sus beneficiarios, en virtud de que su eficacia excluye la necesidad de otras menos discretas y, por ende, efectivas, como el caso de usar permanentemente escolta, permanecer ocultos o cambiar de domicilio, trabajo o estilo de vida; y son menos discretas porque ofrecen a la delincuencia organizada elementos para ubicarlos; sabe quiénes son y tiene los medios para encontrarlos a partir de esa información.<sup>106</sup>

Así, es específicamente respecto de este supuesto de reserva de identidad sobre el que versarán las líneas subsecuentes (el supuesto del “testigo oculto”) y circunscribiéndose a la hipótesis de que se aplica a las personas que deponen en juicio como resultado de haber sido *técnicas de investigación*, dejando fuera, por el momento a otros *roles procesales* que guardarán igualmente la reserva de su identidad (como jueces, peritos o fiscales), al versar el estudio sobre el “testigo protegido,” y su ambigüedad que aquí se ha pretendido aclarar.

Tal secrecía, también se dijo, puede darse a través de la supresión de los datos personales en las constancias del caso así como de los aspectos visuales y auditivos de los beneficiarios, incluyendo la posibilidad de que participen en las actuaciones procesales a distancia y en forma remota.

Pues bien, la cuestión a dilucidar aquí es cómo esa secrecía, en tanto *medida de protección*, incide en la forma en que los sujetos que son sus beneficiarios aportan su información al juicio, cómo es que ello afecta las posibilidades de la defensa y cómo es que el juez debe resolver ante ese escenario en el marco de los principios de inmediación y contradicción que rigen el sistema penal acusatorio.

---

<sup>106</sup> Especialmente si se mueven en el mismo medio, como ocurre con el arrepentido.

Sobre estas temáticas, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que tal medida de protección:

[no...] les otorgue a los referidos testigos protegidos facultades para aportar datos de prueba artificiosos en contra de persona alguna; máxime, que [...] sus depositados detentan un mero valor probatorio indiciario, los cuales, necesariamente deberán ser concatenados con diversos elementos de convicción, y justipreciados por la autoridad judicial de instancia.<sup>107</sup>

De donde se desprende que el Alto Tribunal considera que para esta medida de protección la regla de valoración es más o menos la misma que operaría respecto del testigo colaborador, conclusión que comparto y considero que se puede complementar a partir de las siguientes consideraciones que, además pueden ayudar a contextualizar su operatividad.

El punto básico a tomar en cuenta radica en que la lógica que orienta la dinámica probatoria en el sistema acusatorio está en el *control de la calidad de la información y que ello corre a cargo de las partes* pues, a diferencia del sistema inquisitivo en el que era fundamentalmente la labor del juzgador, es a partir del principio de contradicción que son las partes –Ministerio Público e imputado (junto con su defensa)– las pueden ejercer recíprocamente un control sobre el advenimiento de las probanzas al juicio y sobre el posterior valor y alcance que debe dárseles en la decisión.

Justo en este aspecto del contradictorio estriba la posible afectación que pudiera tener la defensa del procesado cuando se excluye de su conocimiento la identidad del deponente, en tanto que no está en posibilidad de controvertirlo en los mismos términos que lo haría con otros testigos que no disfrutaban esta medida de protección; más específicamente a través del conainterrogatorio en el que pueden justipreciar el valor probatorio del testimonio a partir de las características vinculadas a la persona de las que se deriva su credibilidad. En palabras de Erick Ríos Leyva:

---

<sup>107</sup> Amparo en revisión 374/2013..., p. 90.

Tratándose de los testigos, podemos ver entonces que conocer su identidad pasa a ser un aspecto fundamental. ¿Cómo averiguar qué intereses concretos puede tener en el caso? ¿Cómo saber qué relación tiene con las partes? ¿Cómo saber si sufre alguna enfermedad o condición especial que limita su percepción de los hechos y quizás ocultó en sus declaraciones previas? En este sentido es que se limita la facultad de conainterrogar. El perjuicio se produce no porque no conozco el nombre de quien declara en mi contra, sino porque cierra la puerta a la posibilidad de averiguar aspectos que me permiten cuestionar su credibilidad.<sup>108</sup>

Sobre esta cuestión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en reiteradas ocasiones ha sostenido la importancia de garantizar a los acusados en un procedimiento penal el derecho de defensa que les asiste. Tratándose del examen a testigos, este derecho se fracciona de dos vertientes:

- 1) La tendencia a garantizar el *derecho de contradicción*, es decir, de brindar al inculpado la oportunidad de conainterrogar o contradecir el dicho de los testigos que deponen en su contra y;
- 2) La tendencia a brindar al procesado el derecho de *impugnar la credibilidad e idoneidad de la persona que testifica en su contra*, a fin de evidenciar los intereses o motivos que tiene para hacerlo, para lo cual es imprescindible que se avale la identidad del testigo oculto, ante la autoridad judicial y que

---

<sup>108</sup> Ríos Leyva, Erick. *La admisibilidad de la declaración de testigos por la defensa. Propuesta de un estatuto consistente con un sistema adversarial*. Véase: [http://www.cejamericas.org/congreso10a\\_rpp/ERIOS\\_laadmisibilidaddeladeclaraciondetestigos.pdf](http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/ERIOS_laadmisibilidaddeladeclaraciondetestigos.pdf) fecha de consulta: 13 de enero de 2016. En ese sentido, en la recomendación ya aludida del Comité de Ministros del Consejo Europeo, se destacó que: “Las reglas procedimentales tendientes a asegurar la protección de testigos y de colaboradores de la justicia deberán asegurar el equilibrio necesario en una sociedad democrática entre la prevención de la criminalidad, las necesidades de las víctimas y testigos, y la garantía del derecho a un juicio justo [...] Asegurando que las partes tengan oportunidad suficiente de cuestionar las pruebas suministradas por un testigo/colaborador [...] Cualquier decisión de otorgar el anonimato sólo deberá ser tomada cuando la autoridad judicial competente estime que la vida o la libertad de la persona involucrada o de sus personas cercanas está seriamente amenazada, que la evidencia parece ser importante y que la persona parece creíble. Cuando el anonimato ha sido otorgado a una persona, la condena no deberá basarse exclusivamente o en una medida decisiva sobre la evidencia aportada por testigos anónimos. Libreros, Jairo., ob. cit., pp. 95-96.

se obtengan datos suficientes para calificar su probidad y credibilidad, sin poner en riesgo el resguardo de su identidad.<sup>109</sup>

Dicho tribunal en el caso *Sarkizov vs Bulgaria* (en el cual la condena de los demandantes por el delito de comercio sexual se determinó con base en las declaraciones de dos testigos-víctimas que únicamente comparecieron durante la etapa previa a juicio), sostuvo que existen dos requisitos para que la declaración de un testigo rendida durante la fase de instrucción pueda ser tomada en juicio: en primer lugar, debe existir razón suficiente (justificación) para la inasistencia de dicho testigo y, en segundo lugar, que la condena no *debe basarse únicamente* o de manera decisiva en declaraciones de personas que el acusado no ha tenido oportunidad de examinar, ya que los derechos de defensa se ven limitados.

Además señaló que en principio el acusado en un juicio penal debe tener la oportunidad de impugnar las pruebas en su contra, no sólo conociendo la

---

<sup>109</sup> Tal criterio se puede observar en el caso *Windisch v. Austria*, en el cual, el demandante fue sentenciado a tres años de prisión, tras haber sido considerado culpable del robo a una tienda con base en la declaración de dos mujeres que solicitaron a los policías que mantuvieran su identidad en secreto a fin de otorgarles seguridad por temor a represalias, sin que se presentaran en juicio a pesar de las diversas solicitudes realizadas por el Sr. Windisch para citarlas a comparecer y poder confrontarlas. Ante esto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que el derecho de defensa radica en que el acusado tenga la adecuada oportunidad para enfrentar y cuestionar a un testigo que depone en su contra, sin que pueda considerarse como tal la formulación de preguntas por escrito, ya que este medio no puede sustituir el derecho a interrogar a los testigos de cargo directamente ante el tribunal de primera instancia. Además el tribunal señaló que la defensa se encontró con un obstáculo casi insuperable al ser privada de la información necesaria que permitiera determinar la confiabilidad de los testigos o poner en duda su credibilidad. Véase: Caso *Windisch v. Austria* Solicitud no. 12489/86. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Final, 27 de Septiembre de 1990. Asimismo resulta relevante el caso de *Kostovski v. Holanda* (sentencia de 20 de noviembre de 1989), en el cual el Tribunal estudió si el uso de dos testimonios anónimos como prueba en contra del Señor Slobodan Kostovski –presunto autor del robo a un banco– eran válidos. Tales testimonios habían sido recabados por la policía –y en uno de los casos por el juez de instrucción, pero sin haberse revelado la identidad de los testigos– y posteriormente utilizados en juicio como prueba en su contra a pesar de que ninguno de los testigos había sido escuchado dentro de la etapa de juicio oral, resultaba violatorio de derecho al debido proceso (previsto en los artículos 6.1. y 6.3. de la CEDH). El tribunal resolvió que el grado de anonimato mantenido por el Tribunal Holandés había impedido el derecho a contradecir, pues en tanto que la defensa desconozca la identidad de la persona que pretende cuestionar se encuentra imposibilitada para conocer particularidades del testigo que le permitirían demostrar que el dicho de él o ella no es confiable, es hostil o se tiene motivos para declarar en cierto sentido. Finalmente, señaló que un testimonio anónimo no puede considerarse evidencia suficiente (máxime que el Estado señaló que la condena del solicitante se basó en el testimonio anónimo preponderantemente) para fundar una condena, como en el presente caso. Véase: Caso *Kostovski v Países Bajos* Solicitud no. 11454/85 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Pleno) Sentencia Final 20 de noviembre de 1989.

identidad de sus acusadores para estar en condiciones de cuestionar su probidad y credibilidad, sino para constatar la *veracidad y fiabilidad* de su testimonio, haciendo que sean oralmente examinados ante él.<sup>110</sup>

En el mismo sentido (con motivo de un caso de prostitución de mujeres) el Tribunal Supremo Español consideró:

La jurisprudencia y la doctrina han distinguido [...] dos subcategorías en orden al nivel de protección: los testigos anónimos, de los que ni siquiera se dan a conocer a las partes sus datos personales; y los testigos ocultos, que sí son identificados personalmente con nombres y apellidos, pero que deponen en el plenario con distintos grados de opacidad a la visión o control de las partes procesales.<sup>111</sup>

El mismo tribunal rechaza la validez probatoria del “anónimo”, es decir, en caso de que: “la identidad de los testigos era desconocida por el Tribunal, o para la defensa o para ambos, y su rechazo deriva de imposibilitar una efectiva contradicción (ocasionada por el anonimato, en perjuicio del acusado).”<sup>112</sup> Lo cual se ejemplifica claramente en el ya citado caso de *Kostovski vs Holanda* resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

El solicitante se duele del uso de dos entrevistas en las que se contiene el dicho de dos testigos anónimos como prueba en juicio por el Juzgado de Distrito de Utrecht y el Tribunal de Apelación de Ámsterdam [...] Más aún, tanto el juzgado de distrito como la alzada se encontraron impedidos de observar directamente el comportamiento de los testigos anónimos durante los interrogatorios, debido a la ausencia de los testigos en *audiencia*, y por tanto no tuvieron oportunidad de definir un criterio propio sobre la fiabilidad de los mismos [...] Este Tribunal, luego entonces, concluye que en las circunstancias del caso las limitaciones impuestas a los derechos de la defensa fueron tales que no puede decirse que el Sr. Kostovski gozó de un juicio justo.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> Caso Sarkizov y otros v Bulgaria. Solicitudes 37981/06, 38022/06, 39122/06, y 44278/06. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia final 24 de septiembre de 2012.

<sup>111</sup> STS 2432/2014 del 10 de junio de 2014.

<sup>112</sup> Ídem

<sup>113</sup> Kostovski v. Holanda ob. cit.

En cambio, en el mismo ámbito jurisprudencial europeo sí se acepta como testimonio de quien *sólo está oculto* al declarar en virtud de que:

[pese a] la imposibilidad de la parte de interrogar al testigo protegido en fase de instrucción, éste compareció al juicio oral y pudo ser interrogado por las defensas sobre sus anteriores declaraciones en sede policial. Esta confrontación directamente percibida por el Tribunal supone la plena vigencia de los principios de inmediación, oralidad y contradicción y satisface el derecho de defensa, cumpliéndose las previsiones del art. 714 LECrim y del art. 4.5 LO. 19/94 [...] Referencia al desconocimiento de la identidad del testigo protegido la propia LO. 19/94, establece en su art. 4.3 que si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta ley, posibilidad que no fue utilizada por ninguna de las defensas en el presente procedimiento. En el caso, el examen de lo actuado, y especialmente la lectura del Acta del juicio oral, permite constatar que la identidad de los declarantes (testigos de cargo) fue perfectamente conocida por el Tribunal y por la defensa, así como que esta última pudo hacer las preguntas que tuviera por convenientes a los mismos, pues así se refleja en el Acta (a salvo, evidentemente, de aquellas cuya impertinencia o improcedencia fue estimada por el Juez en el ejercicio de su función). Todo ello determina que la contradicción no pueda entenderse restringida en este supuesto, pese a la controvertida forma de efectuar la declaración.<sup>114</sup>

No obstante, para la valoración de ese testimonio corren a cargo obligaciones para el juzgador, toda vez que:

En estos casos el cuestionamiento del testimonio ha de afectar sólo al grado de convicción alcanzado y por lo tanto a la eficacia probatoria en el caso concreto, dependiendo de la intensidad del ocultamiento del testigo y de las posibilidades

---

<sup>114</sup> STC 64/1994 de 8 de febrero de 1994.

que tuvieron las partes de visualizar y percibir las declaraciones del testigo. No resultando, pues, razonable que las limitaciones en la forma de practicar la prueba puedan determinar en principio una nulidad o total ineficacia del elemento probatorio<sup>115</sup>

En ese tenor, el juez debe justificar la aceptación de calidad de testimonio, pues:

[...] reconociendo que la ocultación del testigo al acusado, y en ocasiones también a su defensa, supone una limitación de la vigencia del principio de contradicción, ha exigido que conste la motivación del órgano jurisdiccional respecto de la medida, de la que se derive la ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos (y peritos) en relación con el proceso penal de que se trate.<sup>116</sup>

De todo lo cual se pueden extraer premisas operativas para valorar indiciariamente el peso específico de los testigos ocultos, de modo que un primer aspecto indeclinable radica en que necesariamente los testigos deben de comparecer a la audiencia del juicio para que se respeten los principios de inmediación y de contradicción.

En segundo lugar, no debe perderse de vista que para estas figuras rigen los parámetros de valoración antedichos en su dimensión de *técnicas de investigación*, con lo cual, se endurece el estándar probatorio para establecer su valía a partir de los aspectos internos del testimonio.

Por lo que hace a los externos, vinculados con la persona del deponente, si bien es cierto que el ocultamiento de los datos de identidad del testigo y aun de su apariencia y voz, restringe las posibilidades de la defensa de controvertir los aspectos propios de las cualidades personales del testigo y de apreciar sus reacciones a los cuestionamientos para desprender de ahí su sinceridad, ello

---

<sup>115</sup> STS 2432/2014, ob. cit.

<sup>116</sup> Tribunal Supremo Español. Jurisdicción: Penal. Sala: Segunda. Sección: Primera Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. Fecha: 19/06/2012.

obedece a las limitaciones intrínsecas que no pueden alienarse de la medida de protección (cuya razonabilidad fue previamente establecida por la autoridad habilitante, según se vio), no obstante, en concordancia con los precedentes internacionales que refieren la validez del testimonio siempre que exista efectivamente la posibilidad de contradecirlo en su veracidad y fiabilidad, ello no tiene el alcance de que no pueda examinarse la *credibilidad y verosimilitud* del deponente, a partir del *cuestionamiento de aspectos vinculados con su calidad de técnica de investigación y que no comprometan su identidad*.

Lo anterior queda de manifiesto al advertir que el interrogatorio cruzado conserva una importancia sustancial al poder controvertir si el deponente ha sido encubierto o colaborador en más de un proceso, si los mismos han versado sobre hechos o incluso estructuras criminales diversas, cómo es que ha podido dar cuenta de hechos que pudieran ser muy variados entre sí o a partir de su lugar en la jerarquía criminal, que justifique las condiciones personales que le permitieron infiltrarse, colaborar o incluso dar cuenta de detalles específicos de tiempo, modo, lugar y circunstancia sobre las imputaciones que ha llevado a cabo, etcétera.

A todo lo cual, como en el caso de los aspectos internos del testimonio a que se hizo referencia recién, deben ser objeto de un análisis riguroso por parte del juzgador para de haber lugar a incertidumbre sobre la *espontaneidad probatoria* opere a beneficio del procesado.

De donde resulta que si se suman las exigencias probatorias aplicables a estos roles procesales tanto desde el punto de vista de las *técnicas de investigación* como de *sujetos de protección* se puede confeccionar un parámetro de contención jurisdiccional para evitar en la mayor medida posible que las restricciones a los derechos fundamentales que en ambas facetas se presentan para los investigados primero y procesados después, se traduzcan en una dislocación entre la *verdad epistemológica y ontológica* en el proceso penal, que se traduzca en que en el río revuelto de la delincuencia organizada haya ganancia de delincuentes o, peor aún, que paguen los testigos en lugar de aquéllos.

### TERCER CAPÍTULO. ROLES PROCESALES

Como señalé en las líneas iniciales de este trabajo, tradicionalmente el análisis de las figuras abordadas se ha hecho desde un enfoque subjetivo, como si describieran a una persona, abordadas poniendo el punto de atención en las características que les son propias y más en particular, a partir de la más compleja de ellas: el *agente encubierto*, para luego establecer por contraste o exclusión lo que es propio y particular de las demás.

Aquí se ha intentado una aproximación distinta, más desde un ángulo *objetivo*, respecto de lo que estas figuras aportan al proceso penal en una visión de conjunto; así más que por su derivación o no de la técnica de infiltración, pueden ser agrupadas y explicadas a partir de tres funciones, que al ser proyecciones de una misma figura, por tanto, no pueden escindirse, antes bien, en la medida en que se profundiza en las implicaciones de cada una de ellas, no se hace más que exaltar su entramado.

Lo desarrollado en los apartados anteriores ha permitido advertir no sólo la polisemia en las figuras que tradicionalmente se agrupan en torno al “testigo protegido”, sino también la polivalencia que cada una de ellas entraña (y que en parte explican esa polisemia), han dejado advertir cómo por la propia complejidad de la delincuencia organizada bordean la ilicitud y vulneración de derechos humanos, sus implicaciones para la vida y seguridad de los involucrados y las consecuencias que provocan en la dinámica de la secuela procesal, específicamente en la valoración de las pruebas en juicio, lo cual es el aspecto específico de este apartado.

Las implicaciones probatorias de las *técnicas de investigación* derivan de dos cuestiones que inciden en la validez o invalidez de los medios de convicción que de ellas se hayan obtenido: a) la legalidad con que éstas técnicas hayan sido llevadas a cabo (que hayan sido ejecutadas conforme a su marco regulatorio) y b) el respeto que en su ejecución se haya observado hacia los derechos humanos de los investigados (es decir, que aun cuando la técnica fuera coherente con su regulación, en su ejecución se transgredieran los derechos de terceros), tanto en su aspecto inmediato (vida privada, autodeterminación informativa, inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones) como de índole procesal (no autoincriminación, derecho a guardar silencio, presunción de inocencia).

En cuanto a la dimensión de *sujetos de protección*, las incidencias probatorias se presentan a partir de las restricciones que la secrecía de la identidad de las personas que tienen un *rol procesal* en el juicio puede generar al acusado para el ejercicio de su derecho de defensa, en el marco del respeto a los principios procesales de contradicción e inmediación, cuya transgresión también vicia aquélla.

A mayor abundamiento, al ser tanto la *técnica de investigación* como el *sujeto de protección* atributos que se constituyen en una persona en función de su vinculación a una secuela penal (desde la investigación hasta, incluso, una vez concluido el juicio, cuando es necesario garantizar la integridad de la persona después del fallo definitivo) es que cuando esa persona interviene en juicio, además de haber tenido aquéllas cualidades también adquiere, de manera concomitante, el cariz de *rol procesal*: desempeña una función en el juicio en que se decidirá sobre la culpabilidad o inocencia de los acusados que contribuyó a investigar y sentenciar respecto de los que es necesario que se les proteja; razones que trascienden a la calidad de la información probatoria que allega al juicio como deponente (cuando el sujeto de protección no es el *juez* o el *fiscal*, pues sus implicaciones son otras, más vinculadas con la imparcialidad o autenticidad de la instancia, como en el caso de la *justicia sin rostro* –supra, p. 56) al ser aspectos que en ese momento particular no pueden disociarse de la

biografía de éstas personas y, por tanto, de cómo es que comparecen al juicio a ejercer su *rol*.

Es por ello que he optado por este concepto de *roles procesales*, pues es justo en el marco del proceso, de lo que aportan a éste, donde se vuelven relevantes las figuras en comentario desde el punto de vista probatorio, ya que su incidencia no se genera en automático, sin ésta mediación procesal: por prohibición expresa las *técnicas de investigación* no pueden ser pruebas directamente en el juicio (lo cual era propio del sistema inquisitivo, no del adversarial) y sin esta dimensión carecen de sentido, no se explican las medidas de protección, pues están condicionadas a la colaboración de las personas con la autoridad, para lograr la desarticulación de las estructuras de la delincuencia organizada, lo que sólo puede suceder a través de la obtención de condenas.

Para aclarar tales entrecruces de *técnicas de investigación* y *sujetos de protección* y su convergencia probatoria en la dimensión de *roles procesales*, tómese como ejemplo un *testigo colaborador*: no deja de ser un arrepentido respecto de los imputados a los que ha ayudado a enjuiciar (*técnica de investigación*), a lo que suma que también sea testigo oculto, dado que la protección de su identidad sea tal vez la única forma de garantizar con cierta expectativa de éxito que no sufrirá de represalias (*sujeto de protección*), todo lo cual incide en las condiciones del depositado que rinde como testigo de cargo y que no puede dejar de ser tenido en cuenta por el juzgador, a modo de distinguir las implicaciones que ello tiene o no en la veracidad de su dicho; en tanto que a la vez que testigo puede ser también coacusado (de modo que su testimonio puede estar motivado por razones distintas al *animus veritatis* que, en general, es de presumirse en todas las declaraciones) y en las restricciones impuestas a la defensa para controvertir la credibilidad de aquél y la verosimilitud de sus afirmaciones. Y así por el estilo con esta y las demás figuras. Veamos.

### **3.1. Implicaciones probatorias de las técnicas de investigación**

La legislación, doctrina y jurisprudencia se han preocupado por establecer los linderos de admisibilidad de las pruebas, su posibilidad de generar consecuencias y con qué intensidad para la toma de la decisión, tópicos que han sido de especial interés en el supuesto de las técnicas antes aludidas, en la medida en que de suyo tensan la cuerda de la legalidad probatoria y que no están exentos de controversia.<sup>117</sup>

Así, el CNPP señala expresamente dos aspectos que son condiciones de posibilidad para la existencia y efectos de las pruebas en el proceso penal, relativas a su licitud y el respeto a los derechos humanos:

#### Artículo 263. Licitud probatoria

---

<sup>117</sup> Argumentos en favor y en contra de la aplicación de restricciones que Lockhart concentra, destacando dentro de los primeros el *fundamento ético* en cuanto a que “la Justicia no puede aprovecharse de ningún contrario a la ley sin incurrir en contradicción”; el *inevitable precio del sistema* respecto a que la eventual impunidad de un delito “es el precio que, fatalmente, se debe de pagar para tutelar intereses más valiosos que el castigo del ilícito [...] la tutela de los derechos del individuo es un valor más importante para la sociedad que el castigo del autor del delito”; *necesidad de preservar los derechos individuales y las garantías constitucionales en función de la jerarquía asignada*, sobre la disputa entre la preservación de los derechos individuales y la seguridad de la sociedad, de modo que deben privilegiarse los derechos porque “la preservación de los mismos se convierte en un imperativo insoslayable para la salud y el buen funcionamiento del sistema [...] la regla de exclusión no es sino el producto de interpretar la Constitución y los tratados equiparados a ella en su justa medida” y el *efecto persuasivo de la exclusión respecto de futuros procedimientos irregulares* “el rechazo de la prueba ilícitamente obtenida desanima a quienes puedan recurrir a esos medios, lo que supone un importantísimo paso para la consecución de un Estado de Derecho”. Mientras que las razones en contra se refieren a que: *la búsqueda de la verdad justifica el empleo de cualquier medio* ya que debe tenerse a “la verdad material como el fin del proceso penal y, por tanto, también de la prueba procesal, en oposición con la denominada verdad formal característica del proceso civil [...] Una vez que la fuente de prueba es incorporada al proceso resulta intrascendente su forma de adquisición”, *el alto costo social de la exclusión*, ya que no sólo se genera impunidad en el caso concreto, sino que “la pena puede perder su finalidad preventiva [...] al no aplicar la regla de exclusión el juez se limita a ejercitar adecuadamente el derecho de la sociedad a defenderse adecuadamente”, el *falso efecto persuasivo* ya que la regla de exclusión no incide en futuros procedimientos irregulares pues “el verdadero destinatario de la regla no es el agente que conduce el allanamiento anómalo o propina torturas [...] debe optarse por denunciar a sus responsables criminalmente, demandarlos por daños y perjuicios, obtener su corrección por vía disciplinaria o cualquier otro mecanismo” y *la exclusión es una regla indiscriminada* en atención a que no distingue entre “procedimientos putativos en los que la policía estima que está actuando correctamente “y los que son deliberadamente practicados en contravención del orden jurídico vigente”. Lockhart, José Francisco. “La ‘prueba ilícita’ en el proceso penal”. En: *Revista Intercambios*. Buenos Aires, Año XVI, N. 16, mayo 2014, pp. 8 a 14.

*Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código.*

#### Artículo 264. Nulidad de la prueba

*Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad. Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto.*

Aspectos que son justo los dos tópicos en los que existe un consenso acerca de la función de diques de contención en la actuación del poder público para sentenciar a los ciudadanos; sin embargo, existen distintas aproximaciones para dar contenido a la forma en que tales linderos han de interpretarse y, en consecuencia, aplicarse a los casos concretos.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha entendido estos requisitos de licitud y respeto de los derechos humanos, identificándolos como dimensiones formales y materiales de la actividad probatoria, vinculando a ésta última las reglas de exclusión:

[...] la nulidad o invalidez de una prueba se encuentra relacionada con el cumplimiento de reglas que rigen la materia probatoria –validez formal o legal–, o con su respeto a los derechos fundamentales –validez material o no arbitrariedad–. Así, respecto del cumplimiento de reglas de la materia probatoria sólo será considerada válida formalmente cuando su ofrecimiento, admisión y eventual desahogo se realicen en cumplimiento con el marco jurídico aplicable [...] Por otro lado, una prueba se considera válida materialmente cuando, siendo legal, se obtenga en forma compatible con los derechos humanos de las personas involucradas en el proceso [...] El incumplimiento de este segundo requisito ha

dado lugar a lo que se conoce como regla de exclusión de la prueba ilícita –directa o indirecta.<sup>118</sup>

Sobre la relación *directa o indirecta* a que alude el Alto Tribunal, de una prueba con el acto contaminante que puede anular su validez, señala Espinosa de los Monteros que:

El efecto directo, supone que será nulo aquello directamente obtenido transgrediendo Derechos Fundamentales. El efecto indirecto va más allá, pues supone que se declare nulo de pleno derecho no sólo lo obtenido con el acto infractor sino todo aquello que derive de él, es decir, todos los actos que pudieran haberse visto afectados, condicionados o influidos por el acto nulo.<sup>119</sup>

En torno de ello, un factor más a considerar consiste en que la exclusión probatoria puede darse con motivo de la *producción* de las pruebas o respecto de su *incorporación* al proceso, como apunta Kai Ambos: “Las primeras regulan o limitan el modo de obtención de las pruebas, las segundas el uso judicial de las pruebas que ya fueron obtenidas.”<sup>120</sup>

Es así que a partir de la combinación de estos tres factores relativos a los *motivos de transgresión probatoria* (ilegalidad/contravención a derechos humanos) *extensión del efecto corruptor* (directa o indirecta) y *generación procesal*

---

<sup>118</sup> Amparo en Revisión 338/2012, fallado el 18 de enero de 2015, por unanimidad de votos de los ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, p. 29. A mayor abundamiento ha establecido el mismo órgano jurisdiccional que “es importante hacer la diferenciación entre las pruebas prohibidas por mandato de ley y las pruebas ilícitas. Las primeras se refieren a aquellas pruebas que están consideradas por prohibición legal; en cambio, las segundas, se consideran ilícitas toda vez que para su obtención se violó alguna disposición del ordenamiento jurídico –constitucional o legal– [...] La prueba ilícita es aquella que se obtiene o practica con infracción al ordenamiento jurídico. Una primera reflexión nos lleva a distinguir entre pruebas ilícitas que se obtienen con infracción a las leyes y las que se obtienen a través de violaciones a garantías constitucionales. La eficacia de las pruebas debe nulificarse en aquellos casos en que la norma que ha sido transgredida, establezca: (i) garantías procesales, (ii) la forma en que se practica la diligencia, o bien (iii) derechos sustantivos a favor de la persona.” Juicio de Amparo Directo Penal 9/2008. Fallado el 12 de agosto de 2009, mayoría de cuatro votos de los ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: José Ramón Cossío Díaz, pp. 430 y ss.

<sup>119</sup> *Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la infiltración policial...*, p. 86.

<sup>120</sup> Ambos, Kai. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán –fundamentación teórica y sistematización.” En: *Política criminal*. Vol. , Núm. 7, julio 2009, p. 6.

(producción/incorporación) es que puede intentarse el análisis de las implicaciones de las figuras en cuestión.

No obstante, cabe destacar que cada una de estas dimensiones de análisis conlleva sus propios problemas de interpretación para establecer si efectivamente las pruebas deben o no ser excluidas de la toma de decisión, subyaciendo a tales cuestiones la tensión entre la perspectiva epistemológica y la ontológica de la verdad que es la materia del proceso penal, relativa a un hecho en el mundo fáctico sobre el que hay que *decidir* su trascendencia penal a partir de la *actividad probatoria*, de modo que si se prepondera la dimensión de seguridad epistemológica (reforzar la pulcritud de las actuaciones probatorias como mecanismo de fiabilidad para afirmar lo que sucedió en el caso) en esos tres aspectos se establecerán exclusiones más rigurosas sobre los *supuestos* que son materia de transgresión, que ese vicio tiene un mucho mayor *alcance* nulificador y que impide su validez en cualquiera de las dimensiones de su existencia.<sup>121</sup>

---

<sup>121</sup> Es igualmente importante destacar el razonamiento que sustenta esta posición, de hondo contenido iusfilosófico, que pondera en amplitud la tutela de los derechos fundamentales, en el tenor siguiente: “Es cierto que tratándose de procesos penales, el costo a asumir por la declaración de invalidez de una prueba es sumamente alto, pues muchas veces, la prueba determinante del proceso puede ser aquella que se obtuvo en contravención de la ley o de la Constitución. Ante esto, debe tenerse en cuenta que estamos ante un problema en el que es necesario decidir qué es lo que constitucionalmente tiene primacía: el respeto a los derechos fundamentales —en este caso, las formalidades esenciales del procedimiento— o bien, la pretensión de que ningún acto quede impune. Esta cuestión es de gran relevancia toda vez que, la obtención ilícita de una prueba supone un incorrecto actuar por parte de la autoridad. Es decir, la acusación en contra de un particular por cometer un delito puede perder relevancia jurídica si la prueba contundente está viciada. Es entonces cuando la probable culpabilidad de tal particular debe ser descartada (en la hipótesis de que no existan pruebas válidas), con independencia de si, de hecho, la persona cometió el delito. La violación de una formalidad por parte del Estado adquiere tal magnitud y gravedad que impide tener por válida la probanza hecha en contravención con las garantías individuales. Esto, —se podría argumentar— genera impunidad [...] Cuando un servidor público comete un hecho ilícito o inconstitucional (como lo es la obtención de una prueba ilícita), un órgano jurisdiccional cuenta con dos alternativas; a saber: convalidar la actuación bajo el argumento de que hay un interés social en que las conductas punibles se sancionen; o bien, dejar de tomar en cuenta la prueba contraria al orden jurídico (bajo el argumento de que el respeto por los derechos individuales no puede ceder ante una pretensión o interés colectivo). Debe aceptarse que cuando ocurre lo primero, el órgano jurisdiccional emite una resolución que, al deber aplicarse en los casos subsiguientes, genera un incentivo perjudicial para el respeto del estado de derecho. Esto, toda vez que las autoridades que violen las normas procedimentales, u obtengan pruebas ilícitamente, recibirán el mensaje de que a su actuación no le sigue consecuencia alguna. Es decir, lo que en realidad es contrario al orden jurídico y de manera más importante, a los derechos fundamentales, termina por soslayarse para todos los casos hacia el futuro. Con lo cual, se genera una permisividad de hecho: las autoridades dejan de estar vinculadas por la Constitución. No es difícil advertir que lo

Por el contrario, cuando se privilegia una aproximación hacia su materialidad ontológica (no importa tanto la formalidad del método con el que se arribó al conocimiento de un hecho, sino al conocimiento de éste y el peso específico que ello tiene), los supuestos de exclusión serán más acotados, para que apliquen sólo en casos muy evidentes o de transgresión garrafal, su alcance estará circunscrito al hecho ilegal de modo que sus efectos trasciendan lo menos posible a otras pruebas que se deriven de la actuación ilícita y se tenderá a favorecer la incorporación en la toma de decisión de la mayor cantidad de probanzas recabadas.<sup>122</sup>

La inclinación hacia uno y otro de los extremos del baremo dialéctico epistemológico/ontológico subyace a las distintas teorías sobre ilicitud probatoria y las reglas de exclusión, comenzando por la más exigente para garantizar la regularidad de las actuaciones probatorias como parámetro de certidumbre probatoria y exigencia deontológica, y tal vez la más célebre y conocida, la del fruto del árbol envenenado<sup>123</sup> proveniente de la Suprema Corte Norteamericana

---

anterior trae como consecuencia la ausencia de estado de Derecho. Las normas emitidas por el legislador y las disposiciones constitucionales se vuelven entonces, meras expectativas o programas políticos, sin posibilidad de hacerse exigibles en sede jurisdiccional. Todo ello, en atención de que dichas normas, de hecho, no vinculan la actuación de las autoridades mismas. Nada más perjudicial que la ausencia de estado de Derecho cuando lo que se pretende es combatir la impunidad.” Juicio de Amparo Directo Penal 9/2008, pp. 434-435

<sup>122</sup> Como ejemplo de la toma de decisión a partir de esta tensión, el Tribunal Constitucional Español razonó: “En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses. Debiéndose optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía por el ordenamiento en su conjunto de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder en la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso. ATC 899/1985, 13 de diciembre de 1985.

<sup>123</sup> Apunta Valeria S. Anselmino sobre la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema Norteamericana que en “Nardone vs. United States”, 308 US 338 (1939), ese Tribunal hace uso por primera vez de la expresión “fruto del árbol venenoso”, al resolver que no sólo debe excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se llega aprovechando la información que surge de tales grabaciones.” Anselmino, Valeria S. “Las garantías constitucionales y la regla de exclusión en el proceso penal.” En: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Año 9, Núm. 42, 2012. Señala Lockhart que “Aplicando la “fruit of the poisonous tree doctrine”, los tribunales de los Estados Unidos entienden que siendo el procedimiento inicial violatorio de las garantías constitucionales, tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o teñidos de la misma

que implica no sólo una declaratoria de nulidad de un acto probatorio en concreto, sino su contagio a los medios probatorios que pudieron recabarse a partir de los elementos demostrativos que se generaron de aquél, aunque la prueba derivada no necesariamente fuera obtenida como una consecuencia necesaria de aquéllas (como sí sucedería en el caso de que un registro ilegal donde se descubren los frutos del delito) y sí haya sido practicada con apego a derecho.<sup>124</sup>

No obstante, como señala José Manuel Alcaide, esa misma fuente jurisprudencial ha matizado los alcances e implicaciones de esta posición, pues “ha instaurado unas reglas o teorías que excluyen a las reglas de exclusión, y como más importantes se pueden exponer las siguientes: la legitimación procesal (*standing*), los frutos del registro, el *inevitable discovery* (descubrimiento

---

ilegalidad, de tal manera, no sólo resultan inadmisibles en contra de los titulares de aquellas garantías las pruebas directamente obtenidas en el procedimiento inicial, sino además todas las restantes evidencias que son el “fruto de la ilegalidad originaria””. Lockhart, José Francisco..., pp. 15-15.

<sup>124</sup> Sobre la exclusión probatoria en el esquema norteamericano Miranda Estrampes hace énfasis en que: Aunque es cierto que en su origen la *exclusionary rule* apareció directamente vinculada a la IV y V Enmiendas de la Constitución de EE UU (caso *Boyd vs US.*, 116 US 616, 1886; y *Weeks vs US*, 232 US 383, 1914), que prohíben, respectivamente, los registros y detenciones arbitrarias sin que exista *causa probable* y las autoincriminaciones voluntarias, sin embargo, con el tránsito de los años la Corte Suprema norteamericana estableció que su verdadero y único fundamento era disuadir a la policía para llevar a cabo actividades de investigación ilícitas (el conocido *deterrent effect*). Este efecto disuasorio aparece consagrado en las sentencias de los casos *US vs Canadra* (414 US 338, 1974) y *US vs Janis* (428 US 433, 1976). En esta última sentencia se declara que << el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas >> y más adelante añade que << la regla por la que se excluye la prueba en violación a la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada... >>. Son, por tanto, razones pragmáticas [...] las que fundamentan en el modelo norteamericano la *exclusionary rule*, encaminada a evitar conductas policiales ilícitas en la obtención de las pruebas (*deterrence of police misconduct*). Estamos, por tanto, ante un remedio de creación judicial que no descartaría la aplicación de otros remedios alternativos (por ejemplo, sanciones penales o disciplinarias) en cuanto demostrasen su mayor eficacia para el logro de esa finalidad disuasoria. Desde esta perspectiva no faltan voces autorizadas en la doctrina estadounidense que cuestionan precisamente la regla de exclusión al no estar comprobado empíricamente que la misma tenga realmente eficacia disuasoria de conductas violatorias de derechos fundamentales que se le atribuye. Es cierto que con este fundamento se produce, como efecto indirecto, un reforzamiento de los derechos reconocidos en las enmiendas constitucionales, pero no es una exigencia constitucional sino que presenta un carácter subordinado o meramente instrumental.” Miranda Estrampes, Manuel. “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones.” En: *Revista Catalana de Seguritat Pública*, Mayo 2010, p. 134.

inevitable), la excepción de la buena fe (*good faith exception*) y la doctrina del nexo atenuado o *tainted purgure*.<sup>125</sup>

Sobre tales excepciones el propio autor explica que el *standing* consiste en que sólo el directamente afectado es el que puede hacerla valer para oponerse a la presentación de las pruebas en juicio; mientras que sobre los frutos del registro el matiz estriba en diferenciar si las pruebas objetadas se obtuvieron como resultado directo del acto inicial o por medios suficientemente distintos de éste (como sucedería en la transgresión al derecho a la intimidad, que sólo puede invocarse por su titular).

En tanto que el descubrimiento inevitable se orienta a que el órgano acusador argumente suficientemente que la prueba cuestionada también se habría obtenido a través de otros medio lícitos, como sería, por ejemplo, en el caso de que el nombre aportado en un testimonio obtenido de forma ilegal también se hubiera conocido a partir de la revisión de documentos que eran parte de las actuaciones que se iban a llevar a cabo de cualquier manera, por ejemplo, en el caso que dio pie a esta doctrina en la jurisprudencia norteamericana (caso *Nix vs Williams* 467 US 431, 1984) en el que:

---

<sup>125</sup> Alcaide González, José Manuel. *La exclusionary rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España -perfiles jurisprudenciales comparativos. Tesis doctoral*. Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona, 2012, p. 128. “Cabe destacar que en uno de los proyectos que conformaron la baraja de iniciativas de ley (la del senador Pablo Escudero) de las que derivó el Código Nacional de Procedimientos Penales en vigor se manejaban no sólo la referencia genérica a la licitud probatoria, sino que se precisaban supuestos excluyentes de nulidad, que ya no se retomó para la redacción definitiva. La propuesta en cuestión era del tenor siguiente:

Artículo 291. Nulidad de prueba ilícita.

Cualquier dato o prueba obtenidos con violación a derechos humanos será nulo.

No se considerará violatoria de derechos humanos, aquel dato o prueba que cubra cualquiera de los siguientes requisitos:

I. Provengan de una fuente independiente, es decir, cuando su naturaleza sea autónoma de la prueba considerada como ilícita y se puede llegar a ella por medios legales sin que exista conexión entre éstas;

II. Exista un vínculo atenuado, o

III. Su descubrimiento sea inevitable, en virtud de que aún y cuando haya sido obtenida por otros medios probatorios a los que le dieron origen.

Las partes harán valer las circunstancias señaladas, en cualquier etapa del proceso y el juez o tribunal tendrá que pronunciarse al respecto.” Véase: [http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Iniciativa/Iniciativa\\_Sen\\_Escudero.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Iniciativa/Iniciativa_Sen_Escudero.pdf) fecha de consulta: 10 de enero de 2018.

[...] durante un interrogatorio ilegal el acusado confesó ser culpable de un homicidio y llevó a la policía al lugar donde había enterrado a la víctima. El Tribunal excluyó las declaraciones del acusado, sin embargo, no aceptó que el cuerpo de la víctima fuera también excluido como resultado del interrogatorio ilegal ya que el mismo se habría descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la declaración por más de doscientos voluntarios según un plan de rastreo que incluía la zona donde finalmente se encontró el cadáver. El Tribunal Supremo Federal norteamericano admitió el resultado de la confesión inconstitucional sobre la base de que, aunque ésta no se hubiera producido, el cuerpo de la víctima habría sido inevitablemente encontrado con tan sólo una pocas horas de diferencia durante la batida policial que estaba teniendo lugar en la zona<sup>126</sup>

Por lo que hace a la excepción de buena fe, implica que no sean excluidas pruebas obtenidas bajo la creencia razonable de que su búsqueda y obtención se ajustaban a la legalidad, a modo de evitar que una prueba correcta y fiable quede excluida por errores de la investigación (como sería respecto de las pruebas obtenidas a partir una orden de cateo que eventualmente resulta contraria a derecho).

Por último, la excepción del nexo atenuado alude a que la regla de excepción sólo es aplicable a las pruebas derivadas del acto ilícito y no a las directamente relacionadas con el acto ilegal (por ejemplo, la anulación de una confesión ilegalmente obtenida, pero no el hallazgo del cuerpo de la víctima localizado a partir de aquélla).<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> Miranda Estrampes, ob. cit., p. 144.

<sup>127</sup> Ibíd., pp. 129 y ss. El mismo autor precitado analiza la decadencia de la vigencia de la regla de exclusión en la jurisprudencia norteamericana, señalando que: “Durante la etapa presidencial de Nixon comienzan a surgir numerosas excepciones que van a flexibilizar la rigidez con que inicialmente había sido formulada la regla de exclusión. Es la época del *balancing test* donde se pondera tanto el interés del ciudadano en el respeto de sus derechos fundamentales como el de la sociedad en un intento por acabar con el crimen, lo que conlleva no poder admitir estrictamente la regla de exclusión [...] durante el mandato de Reagan, se produce el apogeo de la excepción de la buena fe y la confirmación del efecto disuasorio que debe tener esta regla frente a la policía [...] la regla no prohíbe con carácter general la introducción de las pruebas ilícitamente obtenidas en todo proceso o contra toda persona, sino únicamente entra en funcionamiento en aquellos contextos en que se estime que su aplicación va a servir de modo más efectivo para lograr ese efecto disuasorio, por lo que si de la aplicación de esta regla no se deriva de modo claro dicho efecto, entonces su uso en esa situación no se producirá [...] El Congreso norteamericano se pronuncia

A mi parecer, otra forma de denominar el fruto del árbol es la *desconexión de antijuridicidad* proveniente de la jurisprudencia española, que se pronunció por primera vez con motivo de una intervención ilegal de comunicaciones de una persona que derivó en la detención de otra, en el sentido de que:

[...] tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones.<sup>128</sup>

Y una figura de más reciente uso pretoriano nacional, a mi parecer que sólo de énfasis sinonímico, es la denominada “efecto corruptor”; la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado sobre su *incidencia procesal*, estableciendo la distinción entre obtención e incorporación de pruebas, señalando que la ilegalidad en su obtención impide otorgarle valor probatorio,<sup>129</sup> mientras que

---

por primera vez sobre la regla de exclusión en 1995, promulgando la <<Exclusionary Rule Reform Act of 1995>> en la que se regula no como derecho fundamental sino como una garantía objetiva frente a la actuación policial. Bajo el título de <<Admissibility of evidence obtained by search of seizure>>, el Decreto establece una excepción generalizada para las excepciones de buena fe. Es más, la regla de exclusión ha sufrido tantas limitaciones, provenientes fundamentalmente de la buena fe, que la Jurisprudencia ha adoptado una nueva perspectiva desde entonces, de modo que, lo realmente novedoso es encontrar sentencias en las que las pruebas ilícitamente obtenidas no sean tenidas en cuenta por el Juzgado.” *Ibíd.*, pp. 171 y ss.

<sup>128</sup> STC 81/98 de 2 de abril de 1998.

<sup>129</sup> En consonancia con la conceptualización definida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el *caso Florance Cassez*, en el que se pronunció sobre el efecto corruptor en materia probatoria en el sentido de que: Esta Primera Sala entiende por tal efecto a las consecuencias de aquella conducta o conjunto de conductas, intencionadas o no intencionadas, por parte de las autoridades, que producen condiciones sugestivas en la evidencia incriminatoria[...] la conducta de la autoridad produzca un efecto corruptor del material probatorio es necesario que su actuar sea indebido, es decir, que sea efectuado fuera de todo cauce constitucional y legal [...] El material probatorio afectado por el efecto corruptor provoca su falta de fiabilidad, situación que impacta los derechos de la persona acusada, ya que es indudable que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege el derecho que tiene toda persona a que, en caso de ser condenada, su condena no tenga como base evidencia de cuestionable

en el caso de su incorporación, la ilicitud puede ser subsanada para lo cual es necesario “que la prueba no tenga el efecto de viciar otras actuaciones en el proceso. Por el contrario cuando la violación trasciende a tal grado de afectar y viciar otras actuaciones, es necesario que sea anulado el acto a través del cual la prueba es incorporada”<sup>130</sup> Por lo que hace a la exclusión de las pruebas y la relación de su efecto corruptor directo o indirecto, señaló que:

Si existe una relación causal entre la obtención de la prueba ilícita y otras pruebas que no estén afectadas de dicho vicio, las mismas, necesariamente, se deberán considerar ilícitas. Así, las pruebas derivadas (aunque lícitas en sí mismas) deben ser anuladas cuando las pruebas de las que son fruto resultan inconstitucionales. Es necesario apuntar que la prueba sólo será eficaz en caso de que objetivamente pueda advertirse que el hecho en cuestión hubiera tenido que ser descubierto por otros medios lícitos, totalmente independientes al medio ilícito y puestos en marcha en el curso del proceso [...] Lo relevante del asunto en cuestión no es la determinación que, de manera concluyente, pudiera hacerse sobre la problemática procesal de la prueba con causa ilícita. Lo que se pretende es constatar su oposición con las garantías individuales; mismas que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica. Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar las contravenciones de los mismos derechos fundamentales.<sup>131</sup>

---

fiabilidad, especialmente cuando ésta es imputable a la actuación ilegal de la autoridad. Así, cuando la falta de fiabilidad en el material probatorio sea una consecuencia de la arbitrariedad de las autoridades, las cuales no hubiesen tutelado efectivamente los derechos fundamentales Amparo Directo en Revisión 517/2011. Fecha de resolución: 23 de enero de 2013. Ponente: Ministra Olga María Sánchez Cordero de García Villegas. Votación: Mayoría de tres votos, p. 66.

<sup>130</sup> Juicio de Amparo Directo Penal 9/2008..., p.432.

<sup>131</sup> *Ibíd.*, p. 435-436. En el mismo tenor, se encuentran los criterios aislados por los que el Alto Tribunal ha introducido a la creación jurisprudencial la voz “efecto corruptor”: “EFECTO CORRUPTOR DEL PROCESO PENAL. CONDICIONES PARA SU ACTUALIZACIÓN Y ALCANCES. A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la vulneración de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal puede provocar, en determinados supuestos, la invalidez de todo el proceso, así como de sus resultados, lo cual

De donde se advierte que el Máximo Tribunal está en consonancia con la finalidad y alcances de la teoría del fruto del árbol envenenado, o sea, favorece la aproximación epistemológica de verdad en el proceso penal y acepta como excepción el descubrimiento inevitable en la valoración rigurosa del apego al respeto de los derechos humanos de los imputados en las actuaciones.

A partir de estas breves consideraciones es posible abordar las problemáticas específicas de la dimensión probatoria de las figuras en cuestión: el agente encubierto y el arrepentido.

---

imposibilitará al juez para pronunciarse sobre la responsabilidad penal de una persona. Esta Primera Sala considera que el efecto corruptor del proceso penal se actualiza cuando, en un caso concreto, concurren las siguientes circunstancias: a) que la autoridad policial o ministerial realice alguna conducta fuera de todo cauce constitucional y legal; b) que la conducta de la autoridad haya provocado condiciones sugestivas en la evidencia incriminatoria que conlleven la falta de fiabilidad de todo el material probatorio; y c) que la conducta de la autoridad impacte en los derechos del acusado, de tal forma que se afecte de forma total el derecho de defensa y lo deje en estado de indefensión. Así las cosas, cuando el juez advierta la actualización de estos supuestos, deberá decretar la invalidez del proceso y, al no haber otras pruebas que resulten incriminatorias, decretará la libertad del acusado." Época: Décima Época. Registro: 2003563. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1. Materia(s): Penal. Tesis: 1a. CLXVII/2013 (10a.). Página: 537. Amparo directo en revisión 517/2011. 23 de enero de 2013.

**EFFECTO CORRUPTOR DEL PROCESO PENAL. SUS DIFERENCIAS CON LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA.** Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en la tesis aislada 1a. CLXII/2011 de rubro: "PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO.", que toda prueba obtenida, directa o indirectamente violando derechos fundamentales, no surtirá efecto alguno. Asimismo, ha establecido que la ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las adquiridas a partir o a resultas de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales. Tanto unas como otras han sido conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental -las primeras de forma directa y las segundas de modo indirecto-, por lo que, en pura lógica, no pueden ser utilizadas en el proceso penal. A esta cuestión se le conoce como la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, la cual tiene como objetivo eliminar del caudal probatorio aquellas pruebas que hayan sido obtenidas contraviniendo las normas constitucionales, pero que, sin embargo, no afecta la validez del proceso, ya que el juez podrá valorar el resto de pruebas no afectadas, ya sea en ese momento procesal o en una futura reposición del procedimiento. Por el contrario, cuando el juez advierta la actualización de los supuestos que actualizan el efecto corruptor del proceso penal, de acuerdo a lo establecido por esta Primera Sala, no podrá pronunciarse sobre la responsabilidad penal del acusado, ya que el actuar de la autoridad ha provocado condiciones sugestivas en la evidencia incriminatoria que conllevan la falta de fiabilidad de todo el material probatorio, viciando tanto el procedimiento en sí mismo como sus resultados, por lo que procede decretar la libertad del acusado cuando la violación produce la afectación total del derecho de defensa. Época: Décima Época. Registro: 2003564. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1. Materia(s): Penal. Tesis: 1a. CLXVII/2013 (10a.). Página: 537. Amparo directo en revisión 517/2011. 23 de enero de 2013.

Como habíamos señalado previamente, las dimensiones problemáticas de las técnicas de investigación de la actuación del *agente encubierto* que pueden impactar en la valoración de las pruebas (supra, p. 25 y ss.). En complemento de esas consideraciones (sobre las técnicas de investigación) incorporemos ahora la dimensión de *roles procesales*. Veamos.

Dejémoslo claro desde el principio: cualquier consideración sobre la calidad probatoria de las técnicas de investigación en el contexto de la acreditación del fenómeno delictivo, especialmente en uno tan complejo como la delincuencia organizada, demanda una actividad investigadora robusta por parte de la fiscalía, lo que se traduce en que no puede ser admisible que los tipos penales en específico que se asocian a estas estructuras criminales se configuren sólo a partir de estas técnicas de investigación, puesto que su teleología es *facilitar esa labor investigadora, no ser la labor investigadora que motive la sentencia*.

También sería inexacto hablar de las implicaciones probatorias del *infiltrado* sin hacer mayores distinciones de los supuestos que pueden tener trascendencia para ello, pues equivaldría a suponer que su labor es desplegada sólo de una manera y su impacto probatorio no acepta mayores matices.

### **3.2. “Agente encubierto” e incidencia probatoria**

A la luz de lo antedicho, deben deslindarse las tres posibilidades de incidencia probatoria en el actuar del *agente encubierto*:

- a) Sobre la estructura criminal;
- b) Respecto de hechos delictivos concretos de los que tenga conocimiento, y
- c) En tratándose de hechos delictivos específicos que suceden en su presencia o de los que toma parte con su personalidad ficticia.

El primer supuesto es la razón misma de ser del infiltrado, pues como hemos visto, está técnica más que pretender recabar pruebas de un hecho en concreto tiene el propósito de aportar luz en la oscuridad de la simulación y silencio criminales (que su inmersión permita al Estado ver la actividad criminal y a través de los diversos medios de investigación pueda recopilar datos de prueba), saber en dónde buscar, hacia dónde dirigir las facultades investigativas concretas y ordinarias con que cuenta el fiscal. O sea, el infiltrado tiene una función ante todo holística, no orientada a hechos específicos, pues *a priori* se desconocen, sino a dotar a la autoridad de una visión del conjunto de los componentes de la estructura criminal: personas, lugares, objetos, *modus*, ganancias, conexiones con otros grupos, inversiones, etcétera, a partir de lo cual se generarán acciones concretas de prosecución ministerial.

La función del infiltrado es generar una *narrativa criminal*. Sólo puede tener el efecto de *voz narrativa*, o sea, como en una novela, de servir de pauta explicativa, en la especie, sobre cómo es que un hecho delictivo fue conocido por la autoridad y comenzó a indagarlo, porqué se optó por una línea de investigación y no por otra, o cómo es que se llegó a descubrir una o varias pruebas en particular. Nada más. El testimonio de éste puede probar un hecho en concreto pero usarlo para este fin sería un despropósito por sus magros beneficios.

El segundo de esos escenarios se presenta con motivo de lo que el agente se entera, merced a la confianza que se ha ganado de los delincuentes, respecto de hechos ilícitos en concreto que han tenido o incluso que tendrán lugar en circunstancias de modo, tiempo y lugar con las que no tiene vinculación; en este caso, en sentido estricto, es un *testigo de oídas* o de mera referencia, suministrando información a sus superiores como lo podría hacer un *confidente* o un *informante*.

Asumir que el dicho del agente podría ser tomado como testimonio de referencia me parece que es ir demasiado lejos, no tanto por la cuestión de la legalidad de su actuación, debate estéril según lo visto sobre la constitucionalización del combate a la delincuencia organizada, sino porque a la

de por sí ya restricción a derechos humanos que conlleva su actuación se suma la ausencia de supervisión y otros mecanismos de control en la actuación del funcionario; darle peso probatorio a su dicho en esas condiciones, reduciría considerablemente las posibilidades de inhibir la fabricación de pruebas.

Caso distinto a cuando el agente graba una conversación en la que uno de los investigados hace una manifestación sobre hechos delictivos en los que tuvo parte, ya que aquí se disipan las dudas que pudiera haber sobre la credibilidad del dicho del agente y, más bien, la prueba es esa grabación y no tanto su dicho sobre ese hecho, que en todo caso sí puede ser examinado como testigo de referencia sobre las condiciones en particular en que tal grabación fue obtenida y a partir de ello establecer su legalidad y alcance probatorio.

El último de los supuestos se refiere al caso en que siguiendo su impostura el agente ha penetrado tanto en el grupo criminal se ve directamente involucrado en hechos delictivos, sea porque suceden en su presencia o porque, incluso, ha tenido que participar en ellos (*supra*, p. 25 y ss.).

Y sobre la *legalidad*, cada una de estas hipótesis tiene diversas consecuencias probatorias, en el entendido de que tienen la premisa común de que el *agente encubierto* debe apegarse a los lineamientos que le son fijados en la autorización de su investigación, en tanto que constituyen el referente básico de análisis de la legalidad de sus actuaciones, de modo que no sería dable otorgar valor probatorio alguno a las manifestaciones que haga cuando no sea plausible, bajo los parámetros de *necesidad* y *proporcionalidad* aludidos en el primer capítulo, que se allegó de la información en la zona geográfica en que tenía que desenvolverse o en las actividades a las que estaba abocado para infiltrarse.

En esos términos, en los dos primeros escenarios, el testimonio del agente sólo tiene la función probatoria concreta de ser una *notitia criminis* o como precursor de prueba (que sólo sirve para conocer eventuales medios de prueba) sólo contribuye para poner en conocimiento de la autoridad un hecho que es de su competencia investigar y, en modo alguno, puede estimarse que tiene peso

probatorio específico (ni mucho menos como precursor de prueba en su acepción de generar medios de prueba o provocador de ellas): sólo explica cómo es que la autoridad ministerial pudo imponerse de una lógica y operación delictiva (por ejemplo, el blanqueo de las ganancias a través una pirámide Ponzi, los métodos para cobrar derechos de piso, etc.) o de un hecho en particular (qué célula realizó un secuestro, la comisión de un asesinato y dónde se enterró el cuerpo), pero no puede servir de prueba concreta, pues no es algo que al agente le conste por haberlo apreciado a través de sus sentidos; ya que en ese ambiente criminógeno lo mismo puede escuchar verdades que mentiras, de modo que el hecho mismo de que se entere es una pieza de información en sí misma que retransmite a la cadena de mando y es ésta la que va por el medio probatorio producto.

El último de los escenarios es en donde se generan más implicaciones probatorias respecto del testimonio del agente dado que toma participación de la mecánica de los hechos imputados: tiene una relación intrínseca con la forma en que sucedieron las cosas, si se excluye su presencia, no se explicaría cómo sucedió la conducta punible. No se diga cuando se trata de un *agente provocador* cuya participación es consustancial a la detención del inculpado (o incluso en el caso extremo del delito provocado, donde el agente es el perpetrador y posible cómplice del delincuente, respecto del que sería su coacusado).

En ese tenor, para cada uno de estos escenarios resultan aplicables con mayor intensidad los aspectos de *consecuencia necesaria* y *proporcionalidad de la conducta* a que se ha hecho referencia, en la medida en que, a mayor inmersión y peso específico de esta técnica para el conjunto de la investigación, debe serle más exigible que exista precisión en los detalles que vinculan a personas en específico con hechos delictivos en particular y que se expliquen congruentemente, con su misión de infiltración, las condiciones que permitieron que estuviera en posibilidad de conocer o participar directamente (sin que él mismo haya cruzado la línea de la ilegalidad) en actividades criminales como una consecuencia *necesaria* de la actividad investigadora y de manera *proporcional* a la misma. Si excede de tales criterios, debe estimarse que se trata de una prueba

ilegalmente generada que no debe admitirse en el elenco probatorio a partir del cual se tome la decisión.

Ahora bien, está el tema de dilucidar cuál puede ser la extensión de los efectos corruptores sobre las pruebas directas y derivadas, para lo cual, estimo que igualmente deben distinguirse los tres escenarios señalados.

A partir de lo cual, en la dimensión *holística* del agente infiltrado, estimo que la ilegalidad en que pudiera incurrir no puede tener el alcance de viciar las pruebas que se deriven, pues, en tanto que *notitia criminis* y que visión del conjunto, no tiene, en realidad, un peso probatorio específico, se encuentra en el supuesto de excepción a que se refirió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo al descubrimiento inevitable, al ser las acciones de investigación que puso a cargo el fiscal las que habrían de verificar los hechos de los que la técnica sólo sirvió para poner en su esfera de conocimiento. En sentido estricto, en este primer escenario, el *rol procesal* del agente no lleva por sí mismo un elemento de convicción que se relacione directamente con la imputación, es sólo un antecedente histórico fáctico de la actuación de la autoridad.

En el segundo escenario, relativo a que el agente se entere de otros hechos ilícitos, me parece que el criterio del Alto Tribunal, relativo a que la prueba sólo puede ser eficaz en el caso de que objetivamente pueda advertirse que el hecho en cuestión hubiera tenido que ser descubierto por otros medios, totalmente independientes y puestos en marcha en el curso del proceso, debe ponerse en el contexto de los hechos concretos del caso y la desconexión de antijuridicidad a que se hizo previamente referencia, específicamente para deslindar que aun cuando la actuación del agente haya sido ilegal (piénsese que fue debido a que, por cualquier razón, recabó información de una célula de un cartel diverso al que estaba asignado a investigar), las propias facultades oficiosas de investigación del fiscal lo habrían llevado a conocer del hecho de haberlo sabido y que la actuación del agente fue sólo el modo accidental en que ello se supo.

Considérese específicamente el caso en que el agente se entera de un homicidio y con motivo de ello se descubre el cuerpo de la víctima y se recaban objetos en el lugar vinculados con la mecánica de comisión y hasta de la autoría. Por una parte, sería altamente cuestionable que por un tema formal la justicia cerrara los ojos a esa realidad y, por otra, es de encuadrarse este tipo de supuesto en el parámetro fijado por la Suprema Corte, al estimar que sí estaba en el ámbito de posibilidades de la autoridad, por otros medios, enterarse de tales hechos e investigarlos de modo que no es determinante el vicio en que pudo incurrir el agente para alcanzar a estas otras pruebas, en la medida en que el hecho específico de las que se derivan ocurrió en circunstancias de modo, tiempo y lugar totalmente ajenas a la intervención del agente, más o menos en la línea de la desconexión de antijuridicidad a que se ha hecho referencia.

En cambio, es en el tercer escenario en el que, me parece, el criterio de exclusión de pruebas puede y debe aplicarse con mayor rigor, pues a la vez que los parámetros de *necesidad* y *proporcionalidad* alcanzan aquí su mayor intensidad, en tanto que la actividad del agente está íntimamente vinculada con la producción de los resultados ilícitos por los que se juzga a los acusados, resulta cuestionable establecer que habría otra manera, alterna y totalmente independiente, para que los mismos fueran puestos en el conocimiento de la autoridad; lo cual, por lo demás, es totalmente compatible con la visión de especial recelo que debe poner el juzgador para analizar las conductas atribuidas a los acusados en el contexto de esta técnica intrusiva ya que, como se decía, sería llevarla demasiado lejos si: a) se *relajara* la exigencia de legalidad; b) pudiera desdoblarse la actuación del agente respecto de las pruebas que vinculan a los acusados y c) la misma actuación de ésta autoridad esta manchada de ilegalidad. Ya no se diga cuando el agente es el *provocador* de la conducta ilícita o de plano se ubica en el supuesto del *delito provocado*: en ambos casos es consustancial su actuación para que se produzca el resultado material y, en modo alguno, puede haber pruebas válidas independientes.

### **3.3. Implicaciones probatorias y posibles violaciones a derechos humanos.**

Por lo que hace a la otra faceta de incidencia probatoria en esta técnica de investigación, relativa a la violación de derechos humanos en *sentido estricto* (ya que no puede hablarse de actuaciones ilegales de la autoridad en el escenario anterior, sin que ello afecte también derechos fundamentales), retomamos las líneas argumentativas establecidas previamente (*supra*, p. 33 y ss.)

#### **3.3.1. Inviolabilidad del domicilio.**

En cuanto a la *inviolabilidad del domicilio* queda claro que deben distinguirse dos supuestos: cuando la intrusión en el domicilio fue consecuencia necesaria de la investigación (o sea, que en la naturaleza misma del engaño, era de esperarse que el agente estuviera en el domicilio en los términos en que lo refiere), pero sólo para efectos de recabar información, actuación que de suyo no es transgresora de derechos humanos, ya que su restricción bajo esta modalidad ya está implícita.

Sin embargo, en modo alguno es admisible que recopile documentos y objetos relacionados con ilícitos, pues además de que no se estima que ello sea acorde con la esencia de esta figura, debe destacarse que tales descubrimientos no estarían en modo alguno resguardados por una cadena de custodia, por lo que su valor probatorio sería nulo. En todo caso, en la medida en que la salvaguarda del agente y la operación lo permitan, tendría que generarse una orden y práctica de cateo en específico.

El otro supuesto se refiere a cuando la intrusión está fuera de la dinámica misma de la operación, lo que, de suyo sí es transgresor de derechos fundamentales. Es el caso en el que el agente valiéndose del engaño irrumpe en domicilios ajenos a la investigación por no estar directamente conectados con las personas o actividades investigadas o cuando se vale de un “engaño sobre engaño”: a su impostura añade otra (hacerse pasar por un empleado de la compañía de electricidad que fingiendo una revisión en las cargas que pueden

afectar electrodomésticos ingresa a distintas partes del domicilio, por ejemplo), pues ninguno de estos escenarios atiende a la autorización de su investigación y su fachada ni a la lógica intrínseca de la infiltración.

Aquí el parámetro de la *independencia de la fuente* rige con menor intensidad para los dos primeros escenarios a que se hizo referencia antes, ya que es posible que con motivo del ingreso a un domicilio el *agente encubierto* pueda dar cuenta de hechos, aun cuando su actuación fuera ilegal, sólo para efectos *narrativos* o *sobre hechos indirectos* de los que haría las veces de *notitia criminis*, pero no así para el tercer escenario relativo a su vinculación directa con hechos delictivos que tuvieran lugar en su presencia o se generaran con motivo de la irrupción en el domicilio.

### **3.3.2. Inviolabilidad de las comunicaciones**

Algo similar ocurre con *la inviolabilidad de las comunicaciones* como derecho fundamental que puede verse afectado por la actuación del agente, en donde válidamente puede ser objeto de prueba cualquier comunicación en la que haya sido partícipe directo, ya que, como se mencionó previamente, la protección de las comunicaciones es respecto de terceros ajenos, no entre los involucrados, de modo que sería igualmente válido que pudiera grabarlas y fueran incorporadas al proceso, respecto de lo cual, al igual que en el caso de las grabaciones que hiciera en el supuesto previamente desarrollado, el agente puede ser testigo de referencia para evaluar la calidad probatoria de dicha constancia; sin que en el mismo tenor pudiera darse crédito a las manifestaciones que haga el agente respecto del contenido de tales conversaciones sólo a partir de su dicho.

Diferente sería y, por tanto, sí podría surtir efectos probatorios, si existen pruebas periféricas que sustenten la veracidad de lo que afirme el agente (tanto de la existencia de una comunicación como, incluso, de cuál fue su contenido), como son los registros de las llamadas telefónicas que corroboren que efectivamente la

llamada que manifiesta el testigo tuvo lugar, así como su duración, fecha y demás detalles que apunten a corroborar lo manifestado por aquél; pues, como se destacó la cuestión que debe inhibirse, radicalmente, es la posibilidad de que el agente fabrique medios de prueba. Mismo supuesto que aplicaría para el caso en que el agente de cuenta dé una conversación que haya sucedido en su presencia, rigiéndose por la lógica de la mayor rigidez en la valoración a partir de la necesidad y proporcionalidad en su actuación.

### **3.3.3. Vida privada**

En cuanto a la *vida privada*, tal vez sea el derecho que resiente una mayor afectación, pues se configura instantáneamente a partir del conocimiento de lo que se desea mantener alejado de terceros, sin embargo, es una restricción que se debe de tolerar a partir de la naturaleza misma de esta técnica de investigación; en otras palabras, no es debido pretender simultáneamente infiltrar un agente y que no se afecte la vida privada de los investigados, a la luz de que la esencia misma de la criminalidad de manera frecuente entraña el entrecruce de las facetas privada y pública de los delincuentes (a diferencia de lo que ocurre con personas con ocupaciones ordinarias, que tiene un ámbito diferenciado para su desempeño profesional, como un taller o una oficina, que pudieran establecer linderos claros de ambientes en los que tendría que acotarse la infiltración).

De modo que, en todo caso, es la confianza ganada con los delincuentes el pasaporte para que el infiltrado penetre en las dimensiones privadas de sus vidas, ubicándose la posible vulneración de derechos fundamentales sólo respecto de personas ajenas a la investigación, hacia las cuales debe regir la exclusión de la fuente independiente (piénsese, por ejemplo, en un pariente de un investigado que no tiene nexos con las actividades criminales): a modo de *notitia criminis* como en el supuesto del ingreso al domicilio .

### 3.3.4. Autodeterminación informativa

Por lo que hace a la *autodeterminación informativa*, de cierta manera implícita en los demás derechos aludidos, señalábamos que al basarse en la confianza de los interlocutores, que consustancialmente “traiciona” el *agente encubierto*, al igual que la vida privada, los investigados deben tolerar una máxima restricción. Ello no implica, sin embargo, que cualquier tipo de comportamiento por parte del agente deba ser considerado compatible con tal derecho de autodeterminación, ni tampoco pueden perderse de vista que esta dimensión iusfundamental de los gobernados tiene proyecciones evidentes en las prerrogativas procesales de éstos, pues específicamente puede tener trascendencia en el derecho a guardar silencio, a la no autoincriminación, defensa adecuada, presunción de inocencia y al debido proceso.

En la actividad misma (infiltración), que de suyo limita los derechos fundamentales mencionados, ya están involucrándose también aspectos propios de las garantías procesales antedichas, que de ordinario harían su aparición hasta que se entabla la dialéctica procesal, ya sea ante el fiscal en la etapa de investigación inicial o con el juzgador a partir de la audiencia de control (escenario distinto al que se plantearía por las violaciones procesales que pudieran darse con el desahogo concreto de las pruebas en la audiencia de juicio, con la forma en que se desahogaron los interrogatorios al *agente encubierto*, por ejemplo).

Por ende, la esencia misma de la técnica de investigación está en que el presunto delincuente desconoce que interactúa con una autoridad que está investigándola para conocer hechos y medios de prueba de esos hechos que pueden ser usados en su contra y acarrearle una condena; interacción que se da en un contexto diametralmente opuesto al del reconocimiento del carácter del funcionario en cuanto tal (que al margen de la burocracia, contribuye a darle seguridad jurídica al ciudadano): se interactúa con el investigado fuera de oficinas, sin citatorios, sin la asistencia de un defensor, sin que se le informe sobre sus derechos y sobre las implicaciones en su perjuicio.

Lo que conlleva que de ese desconocimiento se desprenda una “indefensión” para el investigado: al no saber que se trata de una autoridad ni de las consecuencias que le puede acarrear lo que diga o haga frente a ella, se acota, sin duda, el margen de *autotutela* o *autoprotección* con que se conduciría *si supiera* que se encuentra en esa situación (pero si lo supiera, la técnica sería un despropósito).

Es de esperarse que cualquier persona que tenga que estar ante una autoridad que puede afectar su libertad busque que su actitud le genere la menor afectación posible, existiendo, por decirlo así una “barrera institucional” (que en la especie se traduce en el marco del proceso penal) que es del pleno conocimiento del ciudadano y que, por lo demás está de manera explícita en los actos de autoridad, pero ese escenario se desmonta con la infiltración.

#### **3.4. Valoración de las posibles violaciones a derechos humanos por parte del “agente encubierto”**

Partiendo de las consideraciones antedichas, las implicaciones procesales de lo que el investigado manifiesta espontáneamente saltan a la vista: habla pudiendo callar, no piensa en las consecuencias de lo que dice sin que haya alguien que lo aconseje para que no lo haga, puede presentarse como culpable debilitando él mismo la presunción contraria y todo ello lo hace en una circunstancia desprovista de los elementos mínimos de formalidad: la autoridad no se ostenta como tal, no media ningún tipo de mandamiento que funde y motive que se haga de su conocimiento (que sí existe, pero que no se le muestra). En pocas palabras, el propio investigado estaría facilitando los medios que le perjudican, lo que puede sintetizarse en que se contraría uno de los presupuestos básicos del derecho penal moderno, contenido en el aforismo *nemo tenetur se ipsum*: nadie puede presentarse a sí mismo como culpable, pues el investigado (como consecuencia de la infiltración) contribuye a su propia imputación.

Dicho lo anterior, es también claro que la restricción de tales derechos fundamentales no implican su anulación, o sea, no cualquier actuación estatal debe ser avalada sólo a partir de la lógica misma de la técnica de investigación, antes bien, la participación judicial que la ordena es orientadora de su medida, de los límites que una vez rebasados conllevan la anulación de su valor probatorio, al afectar proporcionalmente la médula de los derechos humanos que aun en este contexto restrictivo, debe permanecer intocada.

Así, guiándonos por el parámetro fijado por el Alto Tribunal Mexicano y atendiendo a las particularidades de esta técnica de investigación y a su finalidad intrínseca, es posible fijar los linderos de la regularidad en la actuación de la autoridad, aunque sean meramente referenciales y siempre deban de atender a las peculiaridades del caso concreto.

En ese estado de cosas, el punto básico para apreciar la calidad de cualquier manifestación sobre un acto que perciba el *agente encubierto* debe ser su **espontaneidad**, o sea, que tengan lugar sin inducciones o coacciones por parte del agente (si se ve con detenimiento, en este aspecto también radicaría la diferencia entre el *delito provocado* y la actuación del *agente provocador*).

En consecuencia, el énfasis *epistemológico* en oposición al *ontológico* en la verdad en el proceso penal a que se ha hecho referencia, justo se orienta a establecer que la imputación del ciudadano derive de lo que las pruebas dirían por sí mismas, ajenas de cualquier distorsión por una actuación pública que, al ser irregular, genere incertidumbre sobre su espontaneidad (sobre si el resultado hubiera podido ser otro si el método se hubiera aplicado de otra manera) y la amenaza que ello reporta para el respeto de los derechos humanos en el caso concreto y aun con miras al conjunto del estado de derecho.<sup>132</sup>

---

<sup>132</sup> Sobre esta cuestión, nótese la importancia que abiertamente a favor de la máxima tutela ha adoptado el Alto Tribunal, respecto de los derechos humanos en relación con la observancia de la regularidad procedimental, al razonar que: "Cuando un servidor público comete un hecho ilícito o inconstitucional (como lo es la obtención de una prueba ilícita), un órgano jurisdiccional cuenta con dos alternativas; a saber: convalidar la actuación bajo el argumento de que hay un interés social en que las conductas punibles se sancionen; o bien, dejar de tomar en cuenta la prueba contraria al

Así, considero que aun en este contexto probatorio complejo, debe buscarse el mayor grado de salvaguarda posible de la **espontaneidad probatoria**. El más leve indicio de **interferencia o inducción probatoria** por parte del agente infiltrado, debe asumirse como una práctica irregular de la técnica y, en consecuencia, de la transgresión de los derechos fundamentales del investigado y de las proyecciones procesales de éstos, expresadas en las garantías recién señaladas.

Ello pone de manifiesto que es crucial el desahogo del testimonio del *agente encubierto* (para alguno de los tres escenarios de intensidad ascendente en que opera el testimonio del infiltrado, ya explicados: holístico, referencial y directo) como fuente de prueba en la sala de audiencias, para que las partes establezcan su validez, mediante sus interrogatorios cruzados y demás pruebas que presenten en relación con la calidad tanto de esta técnica de investigación como de las pruebas que le deriven.

---

orden jurídico (bajo el argumento de que el respeto por los derechos individuales no puede ceder ante una pretensión o interés colectivo). Debe aceptarse que cuando ocurre lo primero, el órgano jurisdiccional emite una resolución que, al deber aplicarse en los casos subsecuentes, genera un incentivo perjudicial para el respeto del estado de derecho. Esto, toda vez que las autoridades que violen las normas procedimentales, u obtengan pruebas ilícitamente, recibirán el mensaje de que a su actuación no le sigue consecuencia alguna. Es decir, lo que en realidad es contrario al orden jurídico y de manera más importante, a los derechos fundamentales, termina por soslayarse para todos los casos hacia el futuro. Con lo cual, se genera una permisón de hecho: las autoridades dejan de estar vinculadas por la Constitución. No es difícil advertir que lo anterior trae como consecuencia la ausencia de estado de Derecho. Las normas emitidas por el legislador y las disposiciones constitucionales se vuelven entonces, meras expectativas o programas políticos, sin posibilidad de hacerse exigibles en sede jurisdiccional. Todo ello, en atención de que dichas normas, de hecho, no vinculan la actuación de las autoridades mismas. Nada más perjudicial que la ausencia de estado de Derecho cuando lo que se pretende es combatir la impunidad. Por ello, el argumento según el cual las violaciones en la obtención de pruebas, no deben adquirir fuerza tal que permitan destruir las actuaciones derivadas de las mismas, termina por resultar contrario a dos pretensiones de la mayor importancia: por un lado, se incentiva la violación de las formalidades esenciales del procedimiento, con lo cual, se genera mayor impunidad. Por el otro, se dejan de observar los derechos fundamentales del orden constitucional. Esto, aun cuando se alegue la mera violación de la ley, toda vez que la garantía de legalidad también está consagrada constitucionalmente y su alegada violación es, sin duda, revisable en el juicio de amparo. Por tanto, es falsa la pretendida disyuntiva entre el respeto de las garantías individuales (del procesado) y el interés de la colectividad por los valores de seguridad, orden y no impunidad. Ambos fines se logran con la aplicación de la regla de exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas. Como ya se dijo, sólo se logra un estado seguro, exento de impunidad, a partir de la eficacia del orden jurídico; es decir, se logra en la medida en que es posible la aplicación del Derecho en la vida de cualquier ciudadano. El respeto por las reglas es aquello que posibilita que el interés colectivo efectivamente sea satisfecho.” Juicio de Amparo Directo Penal 9/2008..., pp. 434 y 435.

En el entendido de que, por las restricciones ya señaladas, tanto al contexto institucional y de supervisión en que la actuación del agente puede ser controlada y las restricciones a derechos humanos que plantea la infiltración, la idea de la valoración de pruebas debe ser guiada por la máxima de que ante la existencia de indicios que atenten contra la espontaneidad probatoria, debe actualizarse la regla de exclusión, para cuyo propósito el juzgador debe estar especialmente atento y ser riguroso de advertirlos.

Lo cual está en estrecha relación con los parámetros de *necesidad y proporcionalidad* a que ya se ha hecho referencia, que en la audiencia de juicio han de ser sometidos a la “prueba del ácido” por las partes en sus interrogatorios, de modo que no bastará que se señale que tal o cual medio de prueba se obtuvo con motivo de la infiltración o que por la misma el agente supo o participó en hechos a partir de los cuales se fincó la imputación, sino que el agente en su calidad de testigo debe ser capaz de explicar de manera razonable tales extremos, por ejemplo, cómo la dinámica misma de la investigación lo colocó en posición de poder apreciar o participar, cómo y por qué tal o cual actuación fue la idónea para obtener los resultados investigativos concretos (sin que ello se traduzca en una valoración formalista de legalidad, según se ha explicado que no puede ser aplicable al contexto adverso en que se desempeña el agente), además de que la acusación no puede verificarse ni sostenerse sólo a partir de la infiltración ni del testimonio del agente, pues la garantía de la efectiva conservación de la *espontaneidad probatoria* demanda no sólo el análisis de los propios méritos del testimonio del agente, sino de otros medios de prueba que aun indirectamente avalen la realidad de lo dicho por aquél.

Me parece que a partir de este criterio, que a la vez es estricto y atiende a la naturaleza de esta técnica de investigación, se logra mantener la tutela de los derechos humanos involucrados y su proyección procesal, al maximizarse de manera concomitante, que rige con especial intensidad un *in dubio pro reo* en la medida en que se introduzca incertidumbre sobre la espontaneidad probatoria con motivo de la actuación del *agente encubierto*.

### **3.5. Valoración de las posibles violaciones a derechos humanos por parte del “arrepentido”**

Ahora toca abordar el supuesto específico del arrepentido, al cual le son aplicables gran parte de las consideraciones relacionadas con el infiltrado, con algunos matices, precisiones y deslindes.

Antes se dijo que desde cierto punto de vista el *agente encubierto* busca mediante su impostura poseer el mismo tipo de información con que contaría un integrante de la delincuencia organizada, de modo que cuando uno de ellos se arrepiente y colabora con las autoridades, viene a desempeñar un *rol procesal* análogo al del policía infiltrado. Así, en el juicio el testigo colaborador puede proporcionar también información desde un punto de vista *holístico, referencial y directo*: puede aportar una perspectiva de conjunto sobre la estructura criminal, declarar respecto de hechos delictivos específicos de los que se haya enterado con motivo de su andar delictivo y de crímenes concretos en los que haya participado.

Una diferencia muy significativa con al *agente encubierto* es que ninguna de las salvedades y exclusiones que le son aplicables se extienden al arrepentido, en tanto que no se trata de una autoridad, lo cual, desde luego, no quiere decir que esté exento de todas ellas y luego de ciertas matizaciones.

Sin embargo, el camino de valoración probatoria es diferente: mientras que en el caso del encubierto el dilema probatorio en torno a la *espontaneidad probatoria* está vinculado con la validez de lo actuado (justo porque ese carácter de autoridad le impone deberes de legalidad y respeto de derechos humanos), en el caso del arrepentido versa más bien sobre una cuestión de *credibilidad*. En otras palabras, no se trata de si debe o no concederse eficacia al dicho del arrepentido porque éste haya actuado de tal o cual manera bajo ciertos parámetros, sino en función de establecer si efectivamente estuvo en posibilidad

de conocer las cuestiones sobre las que testifica y si la autenticidad de su dicho no está contaminada por la obtención de los beneficios intrínsecos a la colaboración con la autoridad, de modo que busque maximizarlos a costa de incriminar a la mayor cantidad de personas o respecto de la mayor cantidad de ilícitos (y con ello mejorar su posición de negociación de penas incrementar su nivel de protección personal).

Esa es una duda metódica sobre la credibilidad del testigo arrepentido, yace de forma más o menos explícita en las consideraciones tanto teóricas como jurisprudenciales sobre su testimonio. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que:

El “Leiv motiv” de toda la jurisprudencia constitucional en esta materia está constituido por el principio de que la veracidad objetiva de lo declarado por el coimputado ha de estar avalada por algún dato o circunstancia extrema que debe verificarse caso por caso, y ello porque su papel en el proceso es híbrido: es imputado en cuanto a su implicación en los hechos enjuiciados, y es un testigo en relación a la intervención de terceros, pero esta simultaneidad de situaciones desdibuja su condición de tal [...] y su contenido es sospechoso por poder venir inspirado en odio, venganza o premios por ventajas para él derivados de su heteroincrimación, ello no obstante no debe ser magnificado.<sup>133</sup>

En el mismo tenor, la Primera Sala de la Corte Mexicana estableció que la garantía para despejar ese tipo de es la justificación judicial:

---

<sup>133</sup> STC 7/2009 de 7 de enero de 2009. El Tribunal Supremo Español estableció que: “la jurisprudencia de esta sala ha venido estableciendo que las manifestaciones del coimputado constituyen un medio racional de prueba, debiéndose valorar las mismas atendiendo a un conjunto de factores de particular relevancia dada su potencialidad orientadora al respecto: a) personalidad del delincuente relator y relaciones que, precedentemente, mantuviese con el designado por él como copartícipe; b) examen riguroso acerca de la posible existencia de móviles turbios o inconfesables –venganza, odio personal, resentimiento, soborno, mediante o a través de una sedicente promesa de trato procesal más favorable, etc. – que, impulsando a la acusación de un inocente, permitan tildar el testimonio de falso o espurio, o, al menos, restarle fuerte dosis de verosimilitud o credibilidad; c) que no pueda deducirse que la declaración inculpatoria se haya prestado con ánimo de exculpación. Tras el análisis de cada supuesto, a la luz de los enunciados precedentes, el testimonio del coimputado puede cuanto menos llegar a estimarse como constitutivo de esa mínima actividad probatoria de cargo, idónea, por lo tanto –máxime si coincide con otros apoyos probatorios–, para desvirtuar la presunción de inocencia”. STS 57/1990 de 29 de octubre de 1990.

[...] a fin de valorar jurídicamente la eficacia de los depósitos de un testigo colaborador, la autoridad jurisdiccional en todos los casos, deberá establecer de manera fundada y motivada si existe o no adecuación entre los hechos atribuidos al imputado por parte del testigo protegido y, desde luego, que los mismos se encuentren corroborados con diverso sustento probatorio en autos. Esto es, en acatamiento al Derecho Fundamental de suficiente motivación y fundamentación de todo acto de autoridad, en cada caso concreto, el Juez deberá justificar adecuadamente porqué determinó otorgar eficacia jurídica a la imputación formulada por un testigo colaborador, de manera que tiene la obligación de exponer pormenorizadamente los razonamientos idóneos para justificar la determinación que al respecto emita. Dicho en otras palabras, aun y cuando se trate de la declaración emitida por un testigo protegido/colaborador, apriorísticamente no puede darse a su testimonio un valor preponderante por ese simple hecho [...] sus depósitos al estar condicionados a la constatación de efectividad/utilidad por parte de la autoridad jurisdiccional, son constitutivos de meros indicios susceptibles de ser administrados con otros diversos, hasta llegar a constituir en su conjunto prueba plena en términos del numeral 41 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Todo lo cual, implica que al momento de que la autoridad judicial valore el testimonio emitido por un testigo protegido/colaborador, deberá hacer uso de su arbitrio judicial a fin de concederle o no eficacia demostrativa a dicho indicio, debiendo ponderar para dichos efectos todas las demás circunstancias objetivas y subjetivas, que mediante un proceso lógico y jurídico conduzcan a determinar su mendacidad o veracidad, lo que conlleva la necesidad de que la autoridad jurisdiccional corrobore la eficacia de dichos depósitos, precisamente con base en los otros elementos probatorios con el fin de relacionarlos con lo manifestado por el colaborador, a fin de dilucidar si los hechos que éste describe son o no veraces.<sup>134</sup>

---

<sup>134</sup> Amparo en Revisión 374/2013..., p. 85 y ss. Lo cual está en consonancia con lo establecido en el CNPP:

Artículo 265. Valoración de los datos y prueba

El Órgano jurisdiccional asignará libremente el valor correspondiente a cada uno de los datos y pruebas, de manera libre y lógica, debiendo justificar adecuadamente el valor otorgado a las pruebas y explicará y justificará su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios.

De lo cual se extrae que la manera de contrarrestar el posible efecto pernicioso sobre la *espontaneidad probatoria* en el depuesto del colaborador está en su correlación con los otros medios de convicción en los que necesariamente debe tener verificativo, procedimiento por el que se “neutraliza” la trascendencia de motivaciones egoístas que pudiera tener el colaborador que, por lo demás, son inalienables de la figura misma, que se rige por la noción de un contrato sinalagmático, conforme al cual hay obligaciones y beneficios por las relaciones que haga el arrepentido, de modo que sería trivial pretender demeritar el valor probatorio de la información proveniente de este *rol procesal* sólo a partir de ese tipo de motivaciones.

Lo importante no es la motivación, sino que se dé la verificación de lo declarado con la realidad de las cosas, que exista la aludida *espontaneidad probatoria* y que pueda desprenderse a partir de la corroboración de lo afirmado por el testigo con el resto de los medios de convicción bajo la técnica de valoración indiciaria, según lo apuntado por la Suprema Corte.

Para esta valoración es pertinente la distinción de los tres escenarios posibles, efectuada con motivo del *agente encubierto*, pues la corroboración indiciaria deberá ser más intensa en la medida en que se pase de la narración *holística* sobre la estructura criminal, la *referencia* sobre delitos que no le consten directamente al colaborador (pues en estos dos escenarios sus manifestaciones tienen el valor de precursor de prueba, de pistas para investigar) al escenario en que el agente esté *involucrado* en conductas delictivas por las que se siga el proceso, debiendo distinguir aquí dos variantes: que lo sea como coejecutor o como testigo, escenario este último donde pudieran tener más relevancia las motivaciones egoístas del colaborador en aras de obtener la mayor reducción posible de la pena bajo el móvil malentendido de proveer a la autoridad con información con el mayor grado de “utilidad,” mientras que en el escenario del coejecutor la intensidad es menor, aun en la hipótesis de que el arrepentido “acomode” su relato para minimizar su participación y responsabilidad en los hechos y maximizar las de los demás, pues su propio dicho (como sucede con

cualquier versión exculpatória) es una versión a corroborar con otros medios de prueba, en otras palabras, es de esperarse un menor grado de objetividad cuando el testimonio compromete las posibilidades de la propia condena.

Así, es que con estos matices también es aplicable al arrepentido lo antes dicho sobre la valoración del testimonio del infiltrado: cómo es que debe exigirse que sea congruente, no sólo con las demás pruebas, sino también que sea acorde con las condiciones mismas de posibilidad de que el arrepentido pudiera conocer los hechos sobre los que imputa a terceros, de modo que sea objeto de constatación a través de los interrogatorios cruzados y de una valoración estricta del juzgador, de tal manera que se le prive de valor probatorio para fincar condena en caso de incertidumbre sobre la *espontaneidad probatoria* en el depositado del arrepentido.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** El enfoque objetivo del análisis del concepto “agente encubierto” permite advertir la convergencia de categorías diferenciadas (denunciante anónimo, informante, confidente, infiltrado, agente provocador, arrepentido, testigo oculto y testigo protegido) que tienen una polivalencia procesal según sus respectivas particularidades: como técnicas de investigación, sujetos de protección y roles procesales, lo que conlleva que sean igualmente diferenciados y, por tanto, deban analizarse cuidadosamente en sede jurisdiccional las implicaciones de cada una de ellas para la actividad probatoria del Estado y el respeto de los derechos fundamentales de los involucrados (incluso, los de los propios funcionarios públicos).

**SEGUNDA.** En la faceta de técnicas de investigación, el foco de atención está principalmente en dos figuras: agente encubierto, también conocido como infiltrado y el testigo colaborador, igualmente identificado como arrepentido.

Respecto del infiltrado, como aspectos operativos preponderantes a tomar en cuenta puede establecerse que:

1. Por el carácter problemático que la técnica de infiltración puede tener para el respeto de los derechos fundamentales de los investigados y para la seguridad personal del propio agente, debe acudirse a ella como *ultima ratio*, o sea, deben agotarse las capacidades convencionales de investigación y otras técnicas de investigación o justificarse porqué en el caso específico debe acudirse directamente a ella, con base en el análisis de su proporcionalidad.
2. Dada la intrínseca convivencia del infiltrado con el mundo delictivo y para evitar que la actuación del agente se desvíe de su propósito, debe

desplegarse un control sobre su actuar que, dentro de las posibilidades propias del encubrimiento, sea lo más riguroso posible, desplegándose antes, durante y después de su realización. *Antes*, en la autorización misma, en la que no sólo se establezcan las razones de su procedencia, sino que se acote su objeto, duración, el tipo de acciones que se pueden desplegar, a quién se reportarán los avances. *Durante*, a través del superior que funja como su controlador, al que deberá suministrar los avances en la investigación y del que recibirá instrucciones. Y *después*, mediante el control en sede judicial, donde se valorará la legalidad de las actuaciones probatorias y el posible impacto en derechos fundamentales.

3. Para distinguir cuándo la actuación del agente infiltrado se mantiene en el ámbito de la legalidad, o sea, que no sea en sí misma delictiva, debe atenderse a los parámetros de *consecuencia necesaria* (que las acciones que realice estén dentro de las propias del “personaje” que encubre su identidad), *proporcionalidad* (que cuando el agente se vea impelido a participar en una conducta delictiva su intervención se reduzca al mínimo y sea lo menos transgresora posible de los bienes jurídicos) y *no provocación* (cuando el agente más que investigar un delito induce a un tercero a realizarlo y, en consecuencia la conducta que se atribuya a éste sería de resultado imposible)
4. Para realizar la valoración judicial, el juzgador debe tener como premisa, muy clara que, toda vez que la actuación del infiltrado conlleva sumergirse en el mundo de la criminalidad, su actuación, de suyo se despliega en los linderos de la legalidad y de la ilegalidad, que, por ende, los referentes de evaluación para actividades de investigación ordinarias que no están en esa zona de alto riesgo, no son adecuados; pueden usarse sólo como estándares de *contención*, pero con un especial grado de elasticidad que tienda al equilibrio, o sea, sólo cuando se adviertan inconsistencias manifiestas en el actuar del agente se puede desprender que incumplió con

su deber. Sin esa adaptación la gran mayoría de las actuaciones del agente serían contrarias a derecho o en su extremo opuesto, su camuflaje justificaría cualquier desviación en nombre de la investigación, ya no digamos del manido pretexto de seguridad nacional, otrora razón de Estado.

5. En cuanto a la valoración de las afectaciones específicas de derechos fundamentales con motivo de la infiltración:

a) Respecto de la *inviolabilidad del domicilio*: al ser propio de la actuación del encubierto acoplarse a la dinámica de la organización criminal, ello puede llevarlo a estar en lugares públicos y privados, sería un despropósito que para los lugares privados se requiriera de una orden de cateo; caso distinto a lo que sucede en el “engaño sobre engaño” (que el encubierto finja ser otra persona), pues ese proceder está fuera de la naturaleza de la infiltración (que es crear un personaje criminal lo más realista posible), abriendo la puerta a que el agente invente situaciones para justificar que pudiera presenciar determinados hechos.

b) En cuanto al derecho a *la vida privada*, este derecho sufre un quebrantamiento inevitable con la actuación del infiltrado, pues las relaciones criminales no distinguen entre facetas públicas y privadas, antes bien, en gran medida se despliegan a través de estas últimas. Sólo cabe establecer dos acotaciones: que el agente se abstenga de recabar información que en modo alguno tienen que ver con la investigación (como de personas ajenas a ella) y no puede usar libremente la información obtenida; debe suministrarla a sus superiores.

c) Sobre la *intervención de comunicaciones*, el infiltrado no puede hacerla de manera activa (que unilateralmente “pinche” una línea telefónica o acceda a la cuenta de correo electrónico, por ejemplo) pues esas

acciones tienen su propio cauce procesal. La labor del agente es indicar los datos de los aparatos y líneas de comunicación respecto de los que el fiscal debe solicitar la respectiva técnica de investigación. El agente sólo puede conocer pasivamente de las comunicaciones, o sea, de aquellas que se desenvuelvan estando él presente (por ejemplo, que un tercero hable con otro en altavoz).

- d) En cuanto a la *autodeterminación informativa*, relativa al derecho de una persona a saber con quién está interactuando y en función de ello a decidir la información que quiere compartir, cobra relevancia respecto de la validez de las grabaciones de conversaciones que haga el agente, que caen en el supuesto de aportación de comunicaciones entre particulares y, en términos del CNPP, no requieren autorización judicial (a diferencia de la intervención de comunicaciones). Para su idoneidad tales grabaciones deben reunir los requisitos de no ser aportadas anónimamente, ser generadas sin coacción ni inducción y que las personas grabadas estén relacionadas con la investigación.

Por lo que hace al *arrepentido*:

1. Aun cuando a diferencia del caso del infiltrado, las posibles afectaciones a derechos humanos no están presentes, pues, el arrepentido no reviste carácter de autoridad, esta técnica también debe ser de *última ratio*, atendiendo a la impunidad que se genera a favor del arrepentido y, proporcionalmente, en detrimento del derecho a la justicia de las víctimas y ofendidos de los delitos que en específico tal delincuente habría cometido.
2. A diferencia de lo que sucede con el infiltrado, en el caso del arrepentido la legislación nacional ha avanzado en la regulación de sus pormenores, debiéndose destacar que el Máximo Tribunal ya ha establecido que el

otorgamiento de los posibles beneficios está condicionado por la efectividad de la información proporcionada y por el momento procesal en que se allegue. En abundamiento de ello y en el contexto específico del nuevo sistema procesal, no parece razonable que los beneficios se apliquen hasta la individualización de la pena, pues ello implicaría que la sentencia sea el único cauce, de ahí que deben tener preponderancia las facultades del fiscal para optar por el procedimiento abreviado y, más aun, por ejercer el principio de oportunidad; supuestos en los que el juzgador habría de actuar como interdictor de la arbitrariedad para evitar posibles afectaciones a los derechos de la víctima y garantizar que se colman los requisitos legalmente previstos de procedencia. En otras palabras, no estaría en la esfera del juzgador pronunciarse sobre la trascendencia de la información que brinda el arrepentido, eso ya habría sido valorado por el fiscal al optar por estas alternativas siendo él quien tiene la panorámica completa de la estrategia de desarticulación de la estructura criminal.

**TERCERA.** Por lo que hace a los *sujetos de protección*, la procedencia y las medidas específicas que pueden ser aplicadas en su favor, depende de la calidad procesal de los destinatarios, o sea, del rol que juegan para lograr una condena, para lo cual, desempeñan una función tan valiosa los particulares que dan el testimonio como los operadores (y sus allegados) que desempeñando fielmente su profesión se exponen a sufrir de actos de intimidación o de represalia. De ahí que el término “testigo protegido” sea inexacto pues ni todos ni sólo ellos son acreedores de protección.

En ese tenor:

1. Nuestra legislación ha avanzado a través de un ordenamiento específico en los pormenores de las acciones de protección, distinguiendo momentos y requerimientos específicos y un enfoque integral

(seguridad, vigilancia, atención, reubicación, etcétera). En ese tenor, un aspecto indeclinable radica en que necesariamente los testigos deben de comparecer a la audiencia del juicio para que se respeten los principios de inmediación y contradicción.

2. El mantenimiento en secreto de la identidad del sujeto es la medida de protección más intensa y la que tiene un mayor efecto preventivo, no obstante, no puede aplicarse indiscriminadamente por ejemplo, con los jueces o fiscales (en nuestro país no los hay “sin rostro”) y en el supuesto de los testigos ello conlleva posibles afectaciones al derecho de defensa del imputado, distinguiendo su necesidad ante la inviabilidad de otro tipo de medidas graduales (distorsionadores, difuminadores de rostro, biombos, etcétera). En consecuencia, deben considerarse dos factores para decidir sobre la medida: las circunstancias caso a caso y la proporcionalidad de tales circunstancias y las medidas planteadas.
3. En cuanto a las posibles afectaciones de las medidas de protección en la generación de pruebas en audiencia, de estimarse que es obligado restringir el conocimiento de la identidad del testigo, debe tomarse en cuenta que en el sistema acusatorio son las partes las que controlan la calidad de la información probatoria, de ahí que sea preciso evitar que las medidas inhiban la calidad del contradictorio entre ellas, en específico, respecto del interrogatorio cruzado, por lo cual, el desahogo será en condición de armonía entre la secrecía de la identidad del testigo y la posibilidad de impugnar su credibilidad, su veracidad y fiabilidad.

**CUARTA.** La dimensión de *roles procesales*, enfocada al impacto probatorio de las técnicas de investigación, debe entenderse circunscrita a la licitud y nulidad probatoria establecidas en la legislación adjetiva penal nacional, atendiendo a los requisitos de configuración y exclusiones para

posibilitar que una evidencia obtenida con motivo de la actuación del infiltrado pueda sustentar una condena.

Respecto de ello, es de establecerse que:

1. Cualquier consideración sobre la calidad probatoria de las técnicas de investigación en el contexto de la acreditación del fenómeno delictivo, especialmente en uno tan complejo como la delincuencia organizada, demanda una actividad investigadora robusta por parte de la fiscalía, lo que se traduce en que no puede ser admisible que los tipos penales en específico que se asocian a estas estructuras criminales se configuren sólo a partir de estas técnicas de investigación, puesto que su teleología es facilitar esa labor investigadora, no ser la labor investigadora que motive la sentencia.
2. Deben distinguirse tres posibilidades de incidencia probatoria en el actuar del infiltrado: estructura criminal, hechos delictivos de los que tuvo conocimiento y hechos que sucedieron en su presencia o de los que tomó parte. En los dos primeros casos, la función del agente encubierto es proporcionar una “narrativa criminal”, servir de pauta explicativa para que el fiscal direcciona acciones focalizadas de investigación. De tal modo, que respecto de ellos la información que genera el agente encubierto es un precursor de prueba. En el tercero de los escenarios el testimonio del agente por sí cuenta con valor probatorio.
3. Respecto de las implicaciones probatorias y posibles violaciones a derechos humanos:
  - a) En el caso de la *inviolabilidad del domicilio*, la impostura le permite ingresar pero no recopilar objetos, de modo que ningún valor

tendrían como prueba, por lo que estos no podrían generar consecuencias probatorias. Por otra parte, para el escenario en que En el escenario de que ingrese a un domicilio que no está relacionado con la investigación aplicaría la exclusión de independencia de la fuente: su función de narrativa criminal haría las veces de *notitia criminis* para que el fiscal investigue y se haga de elementos probatorios respecto de ese domicilio en particular.

- b) Por lo que hace a la inviolabilidad de las comunicaciones, puede generar eficacia plena respecto de su contenido en el escenario de su recepción pasiva y como testigo de referencia cuando haya tenido conocimiento indirecto de una comunicación que derive en una posterior intervención autorizada judicialmente; siendo aplicables los criterios de necesidad y proporcionalidad en su actuación.
- c) En el caso de la vida privada, debe tenerse en cuenta que es la confianza ganada con los delincuentes el pasaporte para que el infiltrado penetre en las dimensiones privadas de sus vidas, ubicándose la posible vulneración de derechos fundamentales sólo respecto de personas ajenas a la investigación, hacia las cuales rige la misma lógica de la *notitia criminis*: sirve de precursor para desplegar las investigaciones que sirvan para sustentar una eventual condena.
- d) En cuanto a la autodeterminación informativa, aun cuando podría suponerse que del desconocimiento de que se interactúa con una autoridad se desprenda una “indefensión” para el investigado, ese argumento es en realidad irrelevante, pues, si lo supiera la técnica sería un despropósito, por lo que no puede hablarse en estos términos de afectación a derecho alguno.

4. En cuanto al criterio, para la valoración por parte del juzgador de las posibles violaciones a derechos humanos por parte del infiltrado, el punto básico para apreciar la calidad de cualquier manifestación sobre un acto que perciba el *agente encubierto* debe ser su espontaneidad, o sea, que tengan lugar sin inducciones o coacciones por parte del agente (si se ve con detenimiento, en este aspecto también radicaría la diferencia entre la entrega simulada y la actuación del *agente provocador*). El más leve indicio de interferencia o inducción por parte del agente infiltrado, debe asumirse como una práctica irregular de la técnica y, en consecuencia, de la transgresión de los derechos fundamentales del investigado y de las proyecciones procesales de éstos.
  
5. Cuando se le usa como fuente de prueba (que no es su finalidad más productiva) es indispensable el desahogo del testimonio del *agente encubierto* como fuente de prueba en la sala de audiencias, para que las partes establezcan su validez, mediante sus interrogatorios cruzados y demás pruebas que presenten en relación con la calidad tanto de esta técnica de investigación como de las pruebas que le deriven, lo que se hará siempre con las medidas de protección que el caso requiera

**QUINTA.** Mientras que en el caso del encubierto el dilema probatorio en torno a la *espontaneidad probatoria* está vinculado con la validez de lo actuado (justo porque ese carácter de autoridad le impone deberes de legalidad y respeto de derechos humanos), en el caso del *arrepentido* versa más bien sobre una cuestión de *credibilidad*. Si efectivamente estuvo en posibilidad de conocer las cuestiones sobre las que testifica y si la autenticidad de su dicho no tiene como único móvil la obtención de los beneficios intrínsecos a la colaboración con la autoridad, de modo que busque maximizarlos a costa de incriminar a la mayor cantidad de personas o respecto de la mayor cantidad de ilícitos.

Sobre ello:

1. Lo importante no es la motivación del arrepentido, sino que se dé la verificación de lo declarado con la realidad de las cosas, que sólo se logra si hay otras fuentes de prueba que lo corroboren.
2. La utilidad demostrativa empieza cuando se pasa de la narración *holística* sobre la estructura criminal y de la *referencia* sobre delitos que no le consten directamente al colaborador (pues en estos dos escenarios sus manifestaciones tienen el valor de precursor de prueba, de pistas para investigar) a los escenarios en los el arrepentido estuvo *involucrado*, debiendo distinguir aquí dos variantes: que lo sea como testigo o como coejecutor, escenario este último donde pudieran tener más relevancia las motivaciones egoístas del colaborador en aras de obtener la mayor reducción posible de la pena bajo el móvil malentendido de proveer a la autoridad con información con el mayor grado de "utilidad".
3. También debe exigirse que en la valoración del testimonio del arrepentido haya congruencia, no sólo con las demás pruebas, sino también que sea acorde con las condiciones mismas de posibilidad de que el arrepentido pudiera conocer los hechos sobre los que imputa a terceros, de modo que sea objeto de constatación a través de los interrogatorios cruzados y de una valoración estricta del juzgador, de tal manera que se le prive de valor probatorio para fincar condena en caso de incertidumbre sobre la *espontaneidad probatoria* en el deposedo del arrepentido

## BIBLIOGRAFÍA

1. AGUILAR MORALES, L.M., “Reforma constitucional en materia penal de 2008. Antecedentes, objetivos y ejes rectores” en Gómez González, A. (coord.). *Reforma Penal 2008-2016. El sistema Penal Acusatorio en México*. México, INACIPE, 2016.
2. AICAIDE GONZÁLEZ, J.M. *La exclusionary rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España -perfiles jurisprudenciales comparativos. Tesis doctoral*. Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona, 2012.
3. AMBOS, K.i. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán –fundamentación teórica y sistematización.” En: *Política criminal*. Vol. , Núm. 7, julio 2009.
4. Amparo Directo en Revisión 517/2011. Fecha de resolución: 23 de enero de 2013. Ponente: Ministra Olga María Sánchez Cordero de García Villegas. Votación: Mayoría de tres votos: Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=125754>
5. Amparo en Revisión 338/2012, fallado el 18 de enero de 2015, por unanimidad de votos de los ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=139136>
6. Amparo en Revisión 374/2013, fallado el 29 de enero de 2013, por mayoría de 4 votos de los ministros integrantes de la Primera Sala. Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=154278>
7. Amparo en Revisión 740/2011, fallado el 28 de marzo de 2012, por mayoría de tres votos de los ministros integrantes de la Primera Sala. Ponente Jorge Mario Pardo Rebolledo, p. 54. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=133241>
8. “Andreotti, el amo de las sombras” Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2013/05/10/actualidad/1368210149\\_944865.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2013/05/10/actualidad/1368210149_944865.html) fecha de consulta (5 de febrero de 2016).
9. ANSELMINO, Valeria S. “Las garantías constitucionales y la regla de exclusión en el proceso penal.” En: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Año 9, Núm. 42, 2012.

10. Audiencia Provincial de Alicante. Jurisdicción: Penal. Sección: Décima Ponente: Gracia Serrano Ruiz de Alarcón. Fecha: 16/03/2007.
11. BALSAMO, W y Carpizi Jr, G. *Los secretos de la mafia*. Trad. Núria Pujol i Valls. Barcelona, Ediciones Robinbook, 2008
12. BECCARIA, C. *Tratado de los delitos y de las penas*. Porrúa. México. Edición 17ª, 2008.
13. BERMEJO, F. *Breve historia de la cosa nostra. Mafia siciliana e italoamericana*. Madrid, Nowtilus, 2015.
14. CÁLIX VALLECILLO, C.D., "Actuaciones del agente encubierto en el ámbito del blanqueo de capitales. Conductas típicas y su posible justificación." En: *Letras jurídicas*. N. 1, S/F. Véase: [file:///D:/Users/Hmguzman/Downloads/CDCV05%20\(1\).pdf](file:///D:/Users/Hmguzman/Downloads/CDCV05%20(1).pdf) Fecha de consulta: (3 de febrero de 2016.)
15. CALLEJA PEARLS, J. *El agente encubierto. La figura del arrepentido. Protección de testigos. Entrada y registro. Apertura de correspondencia*. Disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/PONENCIA%20JOS%C3%89%20PERALS%20CALLEJA.pdf?idFile=73fec82f-93b7-4229-ada1-7d3a85ebdfaf](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/PONENCIA%20JOS%C3%89%20PERALS%20CALLEJA.pdf?idFile=73fec82f-93b7-4229-ada1-7d3a85ebdfaf) (fecha de consulta: 16 de enero de 2016).
16. CARDOSO PEREIRA, F., *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*. (Tesis doctoral). Salamanca, Universidad de Salamanca, 2012.
17. CARNEVALLI, R. "El derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXV. Valparaíso, Chile, 2010, 2º Semestre.
18. Código Nacional de Procedimientos Penales.
19. Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Transnacional (Convención de Palermo).
20. Causa 91/2004 de 5 de abril de 2005, a cargo del Juzgado Décimosegundo de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal.
21. Caso Kostovski v Países Bajos Solicitud no. 11454/85 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Pleno). Sentencia Final 20 de noviembre de 1989.
22. Caso Sarkizov y otros v Bulgaria. Solicitudes 37981/06, 38022/06, 39122/06, y 44278/06. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia final 24 de septiembre de 2012.
23. DEL POZO PÉREZ, Mª. "El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española". En: *criterio Jurídico*. N. 6, Vol. 1, 2006.
24. DE LA CUESTA ARZAMIENDI, J.L., "El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en: Gutiérrez-Alviz Conradi y M.

- Valcárce López (Dir.). *La cooperación internacional organizada*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001.
25. DICKIE, J., *Historia de la mafia. Cosa nostra, 'Ndrangheta y Camorra de 1860 al presente*. Trad. Jaime Collyer. Barcelona, Penguin RandomHouse, 2015.
  26. ESPINOSA DE LOS MONTEROS ZAFRA, R<sup>a</sup>, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
  27. ESPINOSA DE LOS MONTEROS ZAFRA, R<sup>a</sup>, “Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la infiltración policial”. En: *Temas Socio-Jurídicos*, 2009, vol. 27, n. 57, p.76.
  28. GUARIGLIA, F., *El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?* Disponible en: [file:///D:/Users/Hmguzman/Downloads/Dialnet-EIAgenteEncubierto-2552623%20\(1\).pdf](file:///D:/Users/Hmguzman/Downloads/Dialnet-EIAgenteEncubierto-2552623%20(1).pdf) (fecha de consulta 13 de enero de 2016).
  29. Juicio de Amparo Directo Penal 9/2008. Fallado el 12 de agosto de 2009, mayoría de cuatro votos de votos de los ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: José Ramón Cossío Díaz.
  30. “La justicia sin rostro en Colombia: amor y odio” (La Redacción) En *Proceso*. 12 de febrero de 2007. Disponible en: <http://www.proceso.com.mx/205526/justicia-sin-rostro-en-colombia-amor-y-odio> fecha de consulta (9 de febrero de 2016).
  31. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.
  32. Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal.
  33. Ley de Enjuiciamiento Criminal española.
  34. Ley para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
  35. LIBREROS, J., *Referentes Internacionales en materia de programas de protección a testigos, colaboradores de la justicia y personas cercanas a testigos y colaboradores de la justicia*. Bogotá, Atmósfera Política, 2008.
  36. LOCKHART, J.F., “La ‘prueba ilícita’ en el proceso penal”. En: *Revista intercambios*. Buenos Aires, Año XVI, N. 16, mayo 2014.
  37. STC 7/2009 de 7 de enero de 2009.
  38. MAAS, P., *Sammy The Bull Gravano: mi vida en la mafia (el segundo de John Gotti)*. Trad. Susana Liberti. Miami, Lasser Press, 1997. Disponible en: [http://www.abc.es/hemeroteca/historico-29-01-2005/abc/Ultima/la-traicion-de-un-capo-pone-en-jaque-a-la-mafia-neoyorquina\\_20291068687.html](http://www.abc.es/hemeroteca/historico-29-01-2005/abc/Ultima/la-traicion-de-un-capo-pone-en-jaque-a-la-mafia-neoyorquina_20291068687.html) fecha de consulta (5 de febrero de 2016).

39. MAIHOLD G. y SAUTER DE MAIHOLD, R.M., "Capos, reinas y santos-La narcocultura en México." *México interdisciplinario*. Año 2, n. 3, invierno, 2012.
40. MIRANDA ESTRAMPES, M.I. "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones." En: *Revista Catalana de Seguritat Pública*, Mayo 2010,
41. MONTROYA, J. D., *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis constitucional y procesal penal*. Buenos Aires, editorial Ad Hoc.
42. NÚÑEZ PAZ, M.A. y GUILLÉN LÓPEZ, "Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. LXI, 2008.
43. PAZ RUBIO, J.M., *et. al. La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los tribunales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
44. PÉREZ NUÑEZ, J., "Gobernar Madrid bajo el régimen constitucional de 1837. Regencia de María Cristina." En: *Anuario de historia del derecho español*, N. 84, 2014.
45. PISTONE, J. E. Donnie Brasco. Londres, Hodder & Stoughton, 2006.
46. RÍOS LEYVA, E., *La admisibilidad de la declaración de testigos por la defensa. Propuesta de un estatuto consistente con un sistema adversarial*. Disponible en: [http://www.cejamericas.org/congreso10a\\_rpp/ERIOS\\_laadmisibilidaddeladeclaraciondetestigos.pdf](http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/ERIOS_laadmisibilidaddeladeclaraciondetestigos.pdf) (consulta: 13 de enero de 2016).
47. RIVERO EVIA, J., "Los agentes clandestinos y el debido proceso". En: *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, N. 27, año 2009.
48. Semanario Judicial de la Federación, consultable en sitio web: <https://sif.scjn.gob.mx/sifsist/Paginas/tesis.aspx>
49. Sentencia Penal No. 204/2013, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, Rec 1228/2012 de 14 de marzo de 2013.
50. Sentencia Penal No. 256/2016, Audiencia Provincial de Navarra, sección 2, Rec 543/2014 de 14 de diciembre de 2016.
51. STS RJ 1997/4263, de 20 de mayo de 1997, Tribunal Supremo Español.
52. STC 64/1994 de 8 de febrero de 1994
53. STS 649/20918 de 18 de junio de 2010.
54. STS 2432/2014 del 10 de junio de 2014.
55. Verdú, Daniel. "Muere Tottò Riina, el capo de los capos de la mafia siciliana". *El País*, 17 de noviembre de 2017. [https://elpais.com/internacional/2017/11/17/actualidad/1510901034\\_741628.html](https://elpais.com/internacional/2017/11/17/actualidad/1510901034_741628.html) Fecha de consulta:( 26 de diciembre de 2017).

56. Tribunal Supremo Español. Jurisdicción: Penal. Sala: Segunda. Sección: Primera Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. Fecha: 19/06/2012.
57. TURBERVILLE STANLEY, A., *La Inquisición española*. Trad. de Javier Malagón B. y Helena Pereña. México, FCE, 1948.
58. ZAFFARONI, E. Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana en *Revista de Derecho Penal*. Bogotá, Editorial Leyer, número 6 1998.
59. ZWEIG, S. *Fouché. El genio tenebroso*. (s/t). México, Porrúa, 3ª. Ed., 2006.