



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**“DEBATE SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO
EN EL ECUADOR”**

Autora

Diana Carolina Arcos Quintana

**Año
2017**



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

“DEBATE SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL
ECUADOR”

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la
República.

PROFESOR GUÍA
Ph.D Diego Alfredo Zalamea León

AUTORA
Diana Carolina Arcos Quintana

Año
2017

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

Diego Alfredo Zalamea León

Doctor en Derecho

CI: 0102265014

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Elsa Irene Moreno Orozco

Doctora en Derecho

CI: 1705403713

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Diana Carolina Arcos Quintana
CI: 1722782800

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar a Dios, por haberme acompañado y guiado, por ser mi fortaleza en los momentos de debilidad y por brindarme una vida llena de aprendizajes, experiencias y mucha felicidad. A mí querida mamita por haber sido padre y madre, por apoyarme en los momentos más difíciles, por siempre tener la confianza en que podía lograr todo lo que me proponga, por la enseñanza de valores y por su lucha constante en todo momento para verme feliz y ser un buen ser humano. A mi tutor, Dr. Diego Zalamea y amiga Johanna quienes han sido mis guías y apoyo dentro de esta investigación.

DEDICATORIA

A todos a quienes amo y fueron mi inspiración para culminar con este logro. Mi madre que me ha dado todo lo que soy como persona, mis valores, mis principios, mi empeño y perseverancia, y todo ello con una gran dosis de amor y sin pedir nunca nada a cambio. Mis abuelitos Bertha y Jorge por haberme criado y mimado como una hija más, a mi hermana María José por estar a mi lado siempre, a mis tíos Consuelo y Santiago por siempre haber creído en mí y brindarme todo su apoyo como segundos padres y mi pequeño Luquitas por haber llegado en el momento perfecto para enseñarme que siempre se debe seguir luchando con una sonrisa a pesar de las adversidades. Sin duda son mis pilares fundamentales en el presente y futuro .

RESUMEN

Esta investigación demostró que la incorporación de la figura del agente encubierto que fue insertada en el Código Orgánico Integral Penal se adecúa a la realidad social del Ecuador. Para llegar a este resultado en el capítulo I se fijaron las bases conceptuales y elementos más destacados de la investigación, dentro del capítulo II se hace un estudio comparado en la Comunidad Andina, ejercicio que permitió tener distintos puntos de vista sobre cada uno de los requisitos del agente encubierto. Sobre esa base se realizó un análisis sobre los costos y beneficios que conlleva esta técnica de investigación y se constató, que dada la necesidad de enfrentar un fenómeno que corroe el orden social se justifica su inclusión. No se niega que haya costos elevados pero los beneficios que se obtiene con la implementación del agente encubierto garantizan la seguridad, paz y armonía de toda la sociedad ecuatoriana.

ABSTRACT

This research showed that the incorporation of the figure of the undercover agent who was inserted in the Código Orgánico Integral Penal conforms to the social reality of the Ecuador. To reach this result in chapter I the conceptual bases and highlights of research is set, within chapter II is a study relative to the Comunidad Andina, exercise that allowed to have different points of view on each of the undercover agent requirements. On that basis was carried out an analysis of the costs and benefits associated with this research technique and it was found, that given the need to confront a phenomenon that corrodes the social order is justified their inclusion. There is no denying that costs there are but the benefits obtained with the implementation of the undercover agent guarantee security, peace, and harmony of all the Ecuadorian society.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I. MARCO CONCEPTUAL	2
1.1 DEFINICIÓN DE AGENTE ENCUBIERTO.....	3
1.2 ELEMENTOS	3
1.3 CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES	4
1.3.1 Convenio contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.....	4
1.3.2 Convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada trasnacional y sus protocolos.....	5
2. CAPÍTULO II. LEGISLACIÓN COMPARADA CON EL PACTO ANDINO	6
2.1 CUADRO COMPARATIVO	7
2.2 ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS.....	9
2.2.1 Autoridad que designa	9
2.2.2 Requisitos personales del agente	11
2.2.3 Requisitos para la aplicación de la técnica	13
2.2.4 Forma de designación	14
2.2.5 Responsabilidades.....	14
2.2.6 Protección	16
2.2.7 Permisos.....	17
2.2.8 Límites	20
3. CAPÍTULO III. JUSTIFICACIÓN DE LA INTRODUCCIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL ECUADOR	20
3.1 COSTOS.....	21
3.2 BENEFICIOS.....	26

3.3 EVALUACIÓN.....	28
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	30
4.1. CONCLUSIONES	30
4.2. RECOMENDACIONES.....	33
REFERENCIAS	34

INTRODUCCIÓN

Esta investigación permite responder a la siguiente pregunta: ¿Se justifica la figura del agente encubierto en la legislación ecuatoriana? Se concluyó que era pertinente su incorporación luego de un pesaje de los costos y beneficios que conlleva la misma.

La metodología de este estudio se fundamentó en el método exegético que permitió desmenuzar la esencia de esta figura procesal y el dogmático que permitió verificar las consecuencias de su inclusión en relación a otras normas del ordenamiento jurídico nacional.

Es relevante el estudio de esta técnica de investigación ya que con el pasar del tiempo así como ha venido evolucionado la sociedad, la tecnología, también se ha desarrollado y ha crecido el crimen organizado. Es así que actualmente estas organizaciones cuentan con gente muy preparada en varios ámbitos, tienen tecnología de punta, y recursos económicos elevados, con lo cual tienen suficientes herramientas para permanecer en la clandestinidad, cometer sus ilícitos, atentar contra derechos fundamentales y burlar el sistema penal. Esta preocupación que asecha a toda la humanidad y ha generado que la comunidad internacional se preocupe y plantee varias posibles soluciones y tratamientos que se pueden otorgar a las mafias criminales.

Entre los mecanismos más promisorios que incluye la legislación transnacional está la figura del agente encubierto como un método nuevo y extraordinario de investigación para combatir específicamente con organizaciones criminales.

La elaboración de esta investigación tuvo varios desafíos, por un lado en el Ecuador el tema no ha tenido un avance doctrinario amplio, la Fiscalía tiene información y datos confidenciales que no han permitido su acceso y la normativa es nueva así que hay poca experiencia.

El Capítulo I se destina exclusivamente a estructurar el Marco conceptual. Se fija un concepto de agente encubierto y del mismo se analizan sus elementos

más importantes: técnica de investigación, organización criminal, objetivo, operaciones encubiertas y autorización judicial, los mismos que serán desarrollados cada uno para obtener una visión más clara, además de los convenios y tratados más relevantes que han permitido la regulación de la figura internacionalmente.

El Capítulo II se destina a responder la pregunta que resume el objeto de investigación: ¿Se justifica la figura del agente encubierto en el Ecuador? Para realizar esta labor se cumple con las siguientes tareas: Primero se hace un estudio comparado de las legislaciones que se encuentran dentro del Pacto Andino. Lo cual permitirá que este trabajo de a conocer como ha venido evolucionando y que trato se le ha dado a esta nueva técnica de investigación en la subregión.

Finalmente con esta comparación se estructuró un análisis de los costos y beneficios que conlleva esta técnica. El resultado fue que sí se justifica la implementación del agente encubierto en el Ecuador.

1. CAPÍTULO I. MARCO CONCEPTUAL

La criminalidad organizada en el mundo entero se tiende a aceptar que es una modalidad delictiva que merece un trato diferenciado y en especial en los métodos que demanda su investigación. Debido a que el diseño de estas sociedades está pensado en impedir que su estructura y funcionamiento interno pueda ser descubierto desde el exterior, las técnicas tradicionales son ineficaces y lo único que consiguen es perpetuar su funcionamiento.

El aplicar métodos que fueron diseñados para la persecución de delitos individuales, lo único que ha permitido es encarcelar a los niveles más bajos de su estructura. Mientras más se asciende en la importancia del sitio que ocupan, más difícil es conocer siquiera su pertenencia y aún peor poder probarla. El tráfico de drogas en el Ecuador es un ejemplo patente del

problema concreto que se genera, durante décadas se ha visto que por varios miles de micro traficantes se ha conseguido encarcelar a uno de los verdaderos dueños del negocio, mientras que en las demás ocasiones se encarcelan tan solo a las mulas y consumidores.

1.1 Definición de agente encubierto

Es el funcionario público que se incorpora de manera encubierta en una organización criminal para investigar y obtener pruebas que permitan conocer a los integrantes, funcionamiento, financiamiento y diferentes acciones que puedan aclarar presuntos hechos delictivos.

1.2 Elementos

Técnica Especial de Investigación.- Es un método o procedimiento diseñado para descubrir un ilícito u obtener elementos probatorios. (Restrepo, 2005, p. 292) La particularidad en este caso concreto consiste en infiltrar un agente dentro de la organización delictiva, con el fin de acceder a información y evidencia que sería imposible de obtener desde fuera de su seno.

Organización Criminal.- Es un grupo de personas que tienen como propósito la obtención de poder y lucro mediante actividades ilícitas. Este concepto lleva inmerso el criterio de cierto nivel de permanencia, una estructura compleja y su dedicación a una o varias actividades ilícitas. Además estas organizaciones están todo el tiempo ejerciendo mando para que colaboradores realicen actos que están sancionados con pena privativa de la libertad

Objetivo.- El fin último es conseguir evidencias que sirvan de sustento en una resolución judicial que permita desarticular su estructura y ponerle fin a una actividad criminal. La importancia de esta técnica investigativa radica en que el involucramiento permite acceder a evidencias que mediante una investigación foránea resultan imposibles de obtener. (Restrepo, 2005, p. 296)

Operaciones encubiertas.- Son acciones de naturaleza investigativa cuya particularidad viene dada porque no permiten que sea conocida o rastreada la identidad de sus ejecutores. La clandestinidad de los responsables de la investigación e incluso del origen de la misión se justifica por la necesidad de salvaguardar su integridad.

Autorización Judicial.- Es el permiso que emite el juez para hacer determinado acto. En el concepto incorporado se resolvió no agregar este elemento, porque no es obligatorio en todas las legislaciones. Hay algunas en las que lo hace la Fiscalía e incluso otras donde es un procedimiento meramente policial, por su trascendencia en este estudio se decidió introducirlo.

1.3 Convenios y tratados internacionales

Varias legislaciones a nivel internacional también le han dado tratamiento a la figura del agente encubierto, como un método de investigación de las organizaciones criminales, estos cuerpos normativos nacen de la necesidad de legitimar procesos investigativos y también para crear vínculos entre los Estados para que conjuntamente puedan combatir contra la delincuencia.

1.3.1 Convenio contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Esta fue la primera convención que incursionó en el tema y establece a la entrega vigilada como “una técnica de cooperación internacional estatal cuyo objeto es prevenir y detectar actividades ilícitas entre organizaciones criminales”(Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 1988). La convención fue útil ya que desarrolló técnicas que ayudaron mediante una investigación a recabar pruebas que sirvieron como medios para desarticular grupos criminales.

1.3.2 Convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada trasnacional y sus protocolos.

Las actividades que regula este convenio son: “blanqueo o lavado de dinero, corrupción, delincuencia organizada transnacional, tráfico ilícito de especies de flora y fauna, y delitos contra el patrimonio cultural” (Camargo , s/f, p. 348). Es así que estos temas fueron discutidos en el foro de las Naciones Unidas, con el propósito de dar solución a los problemas de la delincuencia organizada.

Una de las soluciones propuestas e implantadas fue la tipificación de varios delitos dentro de los Estados que conforman parte de la Convención, los delitos son los siguientes: “participación en un grupo delictivo organizado, blanqueo del producto del delito, la corrupción y la obstrucción de justicia” (Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional). Estos fueron los delitos a los que se aplicó la normativa que consta en el convenio internacional.

Estas convenciones han sido base para la creación de normativa en cada país con respecto a la técnica de investigación y uso del agente encubierto. Cada Estado de acuerdo a sus necesidades ha implementado de manera más específica su normativa, para que de esta forma la figura sea más eficiente. A continuación se estudia como cada país de la Comunidad Andina ha ido desarrollando y fortaleciendo esta figura en sus ordenamientos jurídicos internos, con el fin de lograr combatir con estas estructuras criminales que afectan en muchos casos a toda una sociedad.

La existencia de estos acuerdos supranacionales donde se recoge de manera específica este método de indagación revela que a pesar de que todavía hay discusiones intensas sobre su problema de ilegitimidad, es un mecanismo que se ha impuesto en la comunidad internacional. Además de ser promovido de manera activa por las Naciones Unidas.

2. CAPÍTULO II. LEGISLACIÓN COMPARADA CON EL PACTO ANDINO

Se optó por hacer un estudio comparado en la subregión debido a que es al bloque de integración al cual está inserto nuestro país, además que sus integrantes son los países con los que mayor proximidad cultural tenemos. Para realizar este análisis comparado se ha escogido los indicadores más relevantes que ayudan a comprender de mejor manera la figura en estudio. Esta comparación muestra las distintas modalidades de regular ciertos elementos claves del agente encubierto dentro de este bloque regional.

2.1 Cuadro comparativo

Tabla1.
Cuadro comparativo

	COLOMBIA	ECUADOR	PERÚ	BOLIVIA
AUTORIDAD QUE DESIGNA:	Dirección Nacional o Seccional de Fiscalías	Unidad Especializada de la Fiscalía	Policía informa/ Fiscal designa	Fiscal solicita/ Juez designa
REQUISITOS PERSONALES DEL AGENTE ENCUBIERTO:	Funcionarios de la Policía Judicial / Particulares	Personal del sistema especializado integral y la Policía Judicial	Agentes Policiales/ Ciudadano parte de la organización	Funcionarios de la Policía Nacional
REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA TÉCNICA:	-Existencia de ilícitos. -Indispensabilidad de la técnica. - Gravedad de la conducta.	-Debe existir investigación previa en curso. -Principio de necesidad. -Existir trabajos de previos de inteligencia. -Antecedentes de infracción.	-Fase de Diligencias Preliminares. -Presunción de la existencia de un delito. -Situaciones de riesgo de controlables.	-Informe Policial. -Evaluación de la necesidad de la aplicación de la técnica, entre el Fiscal y el Policía. -Selección y designación. -Tramitación de identidad supuesta. -Requerimiento del fiscal. -Autorización judicial.
FORMA DE DESIGNACIÓN:	Fiscalía mediante orden debidamente fundamentada.	Informe fundamentado en el principio de necesidad	Fiscalía mediante informe con todos los presupuestos	Autoridad jurisdiccional autoriza mediante resolución.
RESPONSABILIDADES:	Penal	Civil y penal	Penal	Civil, administrativa, disciplinaria y penal.
PROTECCIÓN:		Programa de Protección a Testigos	Identidad/ física/ familia.	Identidad/ física/ familia.

<p>PERMISOS:</p>	<p>-Identidad falsa(no particulares) -Integrar organización criminal. -Participar en actividades ilícitas. -Diferir incautación de objetos del delito. -Participar en reuniones del imputado. -Hacer transacciones lícitas o ilícitas con el imputado. -Utilizar medios electrónicos para la vigilancia. -Intervenir en el tráfico legal.</p>	<p>-Identidad falsa. -Integrar organización criminal. -Puede delinquir bajo la identidad falsa. -Puede transportar, adquirir, objetos del delito</p>	<p>-Identidad falsa. -Puede adquirir, transportar objetos e instrumentos del delito. -Diferir la incautación de los instrumentos del delito.</p>	<p>-Identidad falsa. -Infiltrarse en la organización criminal. -Conseguir información relevante para el caso. -Informar al fiscal oportunamente de los hechos.</p>
<p>LÍMITES:</p>	<p>-Se necesita autorización judicial competente para afectar un derecho fundamental o de un tercero. -No puede inducir o provocar a que se cometa un delito que no estaba en ejecución.</p>	<p>-No podrá impulsar delitos. -No podrá utilizar más de dos años la identificación falsa sin previa autorización esta se podrá tener una prórroga de 2 años. -Debe actuar con debida proporcionalidad en el hecho.</p>	<p>-No podrá involucrar al público que no sea parte de la organización criminal en las actuaciones de investigación. -No podrá amenazar o agredir a los miembros de la organización criminal.</p>	<p>-No podrá realizar actos en desproporción a su misión. -Deberá manejar la confidencialidad.</p>

2.2 Análisis de los requisitos

El primer punto relevante que deja en evidencia este cuadro comparativo es la existencia la figura en la totalidad de Estados, una figura que hasta hace unas décadas se tenía reservas sobre su legitimidad hoy en día se ha recogido con unanimidad en esta subregión.

Respecto a los requisitos es un elemento llamativo el nivel de coincidencias que existen entre las cuatro legislaciones. Esta particularidad se debe a que todas ellas se han basado en los Convenios internacionales que antes fueron mencionados, ya que desde el momento en que se suscriben son un marco normativo exigible a cada país, por tanto no es raro que tengan una matriz compartida.

La relevancia de este análisis es que se convierte en un referente concreto para analizar las opciones adoptadas por nuestra legislación.

En Ecuador esta figura se encuentra plasmada en el Código Integral Penal y si bien es cierto no se encuentra desarrollado en todos sus puntos minuciosamente, se avanza en la aplicación y características fundamentales que debe contener.

2.2.1 Autoridad que designa

Dentro de la Comunidad Andina la totalidad de las legislaciones muestran que la Fiscalía es un actor necesario para optar por la técnica investigativa y designar al agente encubierto. Esta realidad es compatible con el proceso de reforma que ha sufrido la región en las últimas décadas tendiente a adoptar el sistema acusatorio oral, dentro de este esquema procesal al ser esta institución la responsable de la investigación, le compete tener un papel protagónico en la utilización de esta técnica.

Existen dos legislaciones que introducen ciertos límites a la actividad de esta institución: en Perú se encuentra que adicionalmente se exige que la Policía Nacional un informe que servirá de antecedente para la decisión que la Fiscalía tome respecto a la adopción de esta técnica de investigación y posterior para la designación del agente encubierto. Mientras que en la legislación boliviana el fiscal será la persona que fundamente y solicite al juez la intervención de un agente encubierto dentro de un determinado caso; mas es el juzgador quien emite la autorización mediante resolución en la cual constará la supuesta identidad del agente encubierto.

Al hablar sobre la autoridad que designa en el Ecuador tenemos que en el Código Orgánico Integral Penal , 2014, art. 483 señala que “En el curso de las investigaciones de manera excepcional, bajo la dirección de la unidad especializada de la Fiscalía, se podrá planificar y ejecutar con el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, una operación encubierta (...)”.

El plan, la ejecución y la designación del agente encubierto está a cargo de la Fiscalía, este es el ente competente para la realización de esta técnica de investigación. En todos los países antes analizados se evidencia que al igual que en Ecuador la Fiscalía cumple un papel muy importante, si bien no en todos es el ente competente para designar, en cada uno de los Estados es parte de la designación.

Opinión.- La razón de ser de que la Fiscalía tenga la dirección es una consecuencia de nuestro esquema procesal y del mandato constitucional que dispone que este es el órgano que tiene las atribuciones para dirigir la investigación y para acusar. Al ser competencias exclusivas de esta instancia, el otorgar esta facultad los otros dos órganos no tendrían atribuciones para hacerlo. Por un lado la Policía autónomamente al margen de la Fiscalía no tiene funciones para investigar un delito, si bien puede realizar ciertas diligencias en delitos flagrantes, distan mucho de tener facultades como para

por su propia cuenta involucrar a un agente encubierto. Por otro lado los jueces no tienen atribuciones para investigar. El único organismo que por su misión institucional puede tener estas atribuciones es la Fiscalía, entonces la posición adoptada por el Ecuador es consecuente con nuestra legislación superior y con nuestro sistema acusatorio o dispositivo oral.

2.2.2 Requisitos personales del agente

Cómo denominador común de todas las legislaciones que regulan características especiales para quien puede asumir este papel está el ser agente policial. Además en el caso de Colombia se agrega la posibilidad de que sea un particular. En el caso de Perú también se abre esta opción; pero siempre que sea parte de la organización delictiva.

En este punto tenemos aspectos diferentes en las legislaciones de los países de la Comunidad Andina, por un lado en Colombia tenemos que los agentes encubiertos pueden ser miembros de la Policía Judicial y además personas particulares, y con respecto a los últimos la ley dice que “deben actuar sin modificar su identidad y que sean de la confianza del indiciado o imputado, o si no la tiene la puede adquirir para la búsqueda y obtención de información relevante, elementos materiales probatorios y evidencia física” (Código de Procedimiento Penal, Ley 906, Diario Oficial 45.658, 2004).

Se han presentado varias demandas de inconstitucionalidad con respecto a este tema, ya que muchos opinan que la labor del agente encubierto solo lo pueden realizar personas especializadas en los temas que se les encomiende. Por otro lado también es interesante referirse a Perú en esta legislación indica que las personas habilitadas para realizar esta técnica de investigación son los agentes policiales y algún ciudadano que tenga relaciones con la organización criminal y que puede colaborar con la policía para desvincular a estas organizaciones. (Martínez, 2009, p. 101) se plantea el cuestionamiento relacionado a una posible contradicción entre ambas disposiciones, por un lado

el agente especial puede tener antecedentes penales debido a sus vínculos con la organización criminal; y por otro lado, ese hecho va a impedir la verificación del presupuesto relacionado con la ausencia de antecedentes penales. Lo antes mencionado se contradice con lo que se encuentra reglamentado, es así, que no debería exigirse que se verifique el presupuesto en cuestión o a su vez no debería ser permitido que una persona que haya sido parte de la organización criminal tenga la facultad de ser agente encubierto, para que ninguno de estos se contraponga.

Finalmente en la legislación boliviana se establece que las personas habilitadas podrán ser solo funcionarios que sean miembros de la Policía Nacional, y estos serán calificados, sin antecedentes disciplinarios ni penales y con idoneidad en las actividades que van a realizar.

¿Qué pasa con el Ecuador en cuanto a los requisitos personales del agente encubierto? Sin lugar a dudas resulta una particularidad para la realidad andina. En la legislación solo menciona que deben ser personas del Sistema especializado integral de investigación o Policías Judiciales; mas no las características que debería tener esta persona.

Opinión.- La autora está de acuerdo con que en el Ecuador sea la Policía Judicial quien tenga el personal autorizado para la labor de agente encubierto, esta entidad tiene varias instituciones dentro de la misma que se dedican al desarrollo y aplicación de técnicas de investigación, internamente existen requisitos y pruebas que se deben cumplir para ser un agente encubierto. A comparación con otras legislaciones como la de Colombia en la que cualquier particular puede ser agente encubierto siempre y cuando se gane la confianza del imputado, o en Perú que puede ser una persona que haya sido parte de la organización criminal. Quien escribe se decanta porque la persona que va a cumplir con esta labor debe tener una formación especial, conocer del tema, ser evaluado psicológicamente, saber sobre las técnicas de investigación, etc. La posición que la legislación ecuatoriana adopta es válida en la aplicación de

esta técnica, dado los riesgos y las exigencias que demanda el infiltrarse, lo más adecuado es contar con un profesional.

2.2.3 Requisitos para la aplicación de la técnica

En los países de la Comunidad Andina existen dos requisitos comunes que se necesita para adoptar la figura del agente encubierto: la existencia de una investigación previa sobre un ilícito y la necesidad de que implemente este tipo de técnica investigativa.

La razón de ser del primer requisito es contar con un sustento mínimo, evita que se aplique casos donde no se cuente elementos mínimos de la existencia de actividades delictivas. La justificación del segundo presupuesto va más allá, guarda relación con las exigencias del caso concreto. No es admisible utilizar de forma arbitraria, se necesita un procedimiento previo que realmente justifique su aplicación.

En los requisitos para la aplicación de esta técnica investigativa la legislación ecuatoriana prevee que antes de aplicar la misma se necesita de una investigación previa, según (Pesántez, 2010, p, 25) la indagación previa se la puede definir como la etapa pre procesal en la que se llevan a cabo actos de investigación; que buscan asegurar elementos para probar la existencia de un hecho y sus participantes en la etapa de juicio. Este requisito va de la mano con el hecho de que se debe tener antecedentes de infracción.

Opinión.- Quien escribe considera que los tres requisitos previos que se necesita para implementar dentro de un proceso penal al agente encubierto como una técnica investigativa son adecuados.

El primer objetivo esencial sería la exigencia de que exista indicios de un delito ya que solo con esto se podría considerar la aplicación de esta técnica.

El segundo objetivo sería que exista una investigación previa, este requisito va mas allá de la mera existencia de un delito, además de la existencia del mismo

se necesita que se practiquen actos que den como resultado pruebas, evidencias y datos que sirvan para descubrir quienes son los presuntos sospechosos. Y finalmente el tercero se aplica cuando la Fiscalía evalúa si existe un principio de necesidad para implementar la técnica del agente encubierto, en caso de que efectivamente existiera esta necesidad, el ente encargado será quién emita un informe aplicando todos los presupuestos y evidencias proporcionadas para justificar la incorporación del agente encubierto en un proceso penal.

2.2.4 Forma de designación

Todos los países requieren de un documento, ya sea informe o resolución donde la autoridad competente aclare los presupuestos que se requiera en cada Estado, los principios a los que van a regirse, la manera en cómo se va a desarrollar la operación, la situación y duración de la misma, con todos estos antecedentes se procederá a dar la autorización para que se aplique esta técnica, y a su vez la designación del agente encubierto. Cada Estado en sus legislaciones tiene los pasos y requisitos que deben constar en el informe y autorización.

Opinión.- El informe que debe realizar la Fiscalía se va a fundamentar en el principio de necesidad ya que es el principio básico que respaldará la importancia de la investigación derivándose de ella que se pueda frenar las graves consecuencias del acto delictivo que está causando gran conmoción social. Por lo que la autora considera que el informe es de vital importancia para que se pueda iniciar el trabajo del agente encubierto.

2.2.5 Responsabilidades

De forma general en todas las legislaciones de los países de la Comunidad Andina el agente encubierto tendrá responsabilidad penal y civil por las actuaciones hechas no encomendadas, por los delitos que causare sin ser

necesarios, por los bienes jurídicos afectados por hechos desproporcionales en relación a las actividades que se le ha encomendado y serán juzgados como se establezca en cada norma.

Es interesante referirse a Bolivia ya que en esta legislación también tendrán responsabilidad los funcionarios públicos que realizan la gestión y designan al agente encubierto con relación a la información e identificación secreta durante el proceso. Los dos serán responsables civil, administrativa, disciplinaria y penalmente de los actos antes mencionados. En Perú el (Código de Procedimiento Penal, art. 341.1) dispuso que en el marco de actuación del agente encubierto abarque actuaciones relacionadas con la: adquisición, transportación de objetos, efectos e instrumentos del delito. Los actos antes mencionados solo pueden realizarse cuando exista una relación directa con el caso en particular, además en sus actuaciones no pueden involucrar o agredir al público ni a las personas que conformen la organización criminal.

Es importante mencionar que el agente encubierto no tendrá responsabilidad penal por ciertas actuaciones que tenga dentro de la investigación, siempre y cuando estas actuaciones estén acorde con lo encomendado por el fiscal y no provoquen el cometimiento de un delito.

Continuando con la misma línea, las responsabilidades que tiene el agente encubierto por sus actuaciones desproporcionales o fuera de las encomendadas acarrearán consecuencias civiles y penales, si bien el Estado le brinda una carta blanca para delinquir, este debe respetar los límites que se le imponga, es así que el agente encubierto podrá ser incluso procesado por su mala actuación.

Opinión.- Quien escribe considera que los actos por los que se le pueda acusar al agente encubierto solo deberían ser cuando éste cometa un acto delictivo bajo su propio nombre, o fuera de las actividades encomendadas. Dependiendo del tipo de investigación en la que este inmiscuido sería difícil

detectar si las acciones que ha cometido son desproporcionales al hecho ya que no todas son iguales.

2.2.6 Protección

Dentro de este punto cada país se maneja diferente, pero en general el fin de todos es proteger la integridad, vida y familia del agente encubierto, es así que en Perú se establece que la protección que se le proporcionara al agente encubierto son de dos mecanismos, la primera, que se oculte la identidad del agente dentro del proceso de investigación y la segunda, una vez terminada la misma, esto con el fin de que no pueda ser agredido por los miembros de las organizaciones criminales y que su vida e integridad no corran peligro. La familia también estará protegida durante todo el procedimiento. Finalmente la legislación boliviana es similar a la de los anteriores Estados, y nos manifiesta que son las siguientes:

- “Grupo de apoyo permanente encargado de su seguridad física.
- Apoyo Psicológico durante y después de la misión de manera periódica, de acuerdo a la pertinencia y las posibilidades de cada Institución.
- Prioridad de la inclusión en el programa de protección a testigos, si fuere necesario.
- Protección permanente a su familia.
- La identidad del Agente Encubierto, se conservará en estricta confidencia y por el tiempo que sea necesario.

En caso necesario y cuando sea imprescindible para resguardar la integridad del Agente Encubierto, podrá cambiar su identidad” (Manual de Técnicas Especiales de Investigación Agente Encubierto y Entrega Vigilada, 2009)

En Ecuador existe un Sistema de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Otros Participantes en el Proceso Penal, dentro de este reglamento se encuentran todas las protecciones que se le brindará al agente encubierto,

cuidando que no sean víctimas de intimidación, represalias, abusos, agresiones etc., tanto a ellos como a su entorno familiar, la protección también va de la mano con el apoyo médico, psicológico, socioeconómico y demás que se enfoquen en satisfacer necesidades, para que de esta manera puedan tener una vida segura y digna en la (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR , 2008, art. 198) menciona que:

“La Fiscalía General del Estado dirigirá el sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, para lo cual coordinará la obligatoria participación de las entidades públicas afines a los intereses y objetivos del sistema y articulará la participación de organizaciones de la sociedad civil. El sistema se regirá por los principios de accesibilidad, responsabilidad, complementariedad, oportunidad, eficacia y eficiencia”

Opinión.- Es fundamental que exista una protección al agente encubierto y su familia, con el sistema de protección de testigos y victimas estos entra dentro de los “otros participantes en el proceso penal”, la protección será en el momento que se esté dando la investigación y después de la misma, de esta manera se precautelarán todos los derechos fundamentales. También debería establecerse algún tipo de seguro económico para la familia en caso de que el agente encubierto fallezca en el cumplimiento de sus funciones, para que de esta forma su familia quede protegida de por vida.

2.2.7 Permisos

Dentro de todos los elementos analizados, los permisos que tienen los agentes son los más similares en los cuatro Estados, todas las actuaciones que tienen permitidas hacerse se basan en un fin común que es la obtención de pruebas fehacientes del delito y la desvinculación de organizaciones criminales. Los actos que realicen, deben estar previamente analizados y estructurados por las autoridades competentes para que de esta forma se efectúe una buena investigación.

Los permisos elementales que tendrá en toda actuación que realice es la obtención de una identidad falsa, esto para precautelar su integridad y la de su familia, podrá también ingresar en la organización criminal con el fin de obtener elementos probatorios que aporten dentro del proceso, en casos que sea necesario tendrá la facultad de delinquir bajo la identidad falsa que se le proporcione, sin que esto conlleve una responsabilidad penal y finalmente podrá transportar, adquirir, objetos del delito. Puede tener más permisos de acuerdo al tipo de investigación que se le asigne, y también en el transcurso de la investigación si necesitara otro recurso para obtención de evidencias.

Las actuaciones del agente encubierto en el Ecuador siempre tendrán límites que deberán ser respetados en todo momento de la investigación, a pesar de este ser parte de una organización criminal, no podrá impulsar el cometimiento de delitos que afecten los derechos en general de todas las personas. En el momento que sea necesario delinquir, deberá actuar con proporcionalidad. La licencia que se le da para actuar con una identidad falsa es por un periodo de máximo dos años, y podría prorrogarse siempre y cuando sea necesario, la Fiscalía evaluará la necesidad de extender el plazo y autorizará o negará el permiso.

Opinión.- Este punto tiene concordancia con la responsabilidad del agente encubierto y los autores consideran que es uno de los más importantes, frente a estos requisitos existen varias posturas:

La primera es la más garantista y la tenemos en la legislación argentina, el agente encubierto tiene el permiso de delinquir en ciertos casos y con autorización judicial pero siempre y cuando no atente en ningún momento contra la vida, integridad y derechos fundamentales de las personas. A quien escribe le parece que Declaración Universal de los Derechos Humanos no fueron pensados para la aplicación de esta figura y esto genera un problema, por ejemplo los hurtos y los robos están incluidos en un derecho humano como es la propiedad, aquí se nota su complejidad ya que en la aplicación práctica

del agente encubierto son una restricción absolutamente fuerte y esto lo haría poco útil a esta técnica de investigación, por tanto el autor no estaría de acuerdo en este punto. Por ejemplo la propiedad es un valor protegido, vacía de contenido a la figura al no permitirle cometer un hurto.

La segunda posición es la proporcionalidad, y consiste en que entre los delitos que comete la organización y se investiga, y el delito que va a cometer el agente encubierto exista una racionalidad, un grado de proporcionalidad, además que en caso de que el agente necesite cometer o impulsar un delito deberá tener una previa autorización del órgano competente. A quien escribe esta postura no le parece suficiente ya que el agente encubierto va a participar diariamente en investigaciones como: lavado de activos, trata de personas, narcotráfico, entre otras. Las organizaciones criminales son grupos organizados que tienen seguridades en su interior y tipos de controles para los nuevos integrantes, el agente deberá cumplir con todos los requisitos en el momento en que se le pida en la organización para que pueda pertenecer a la misma. El no cumplir con la misión encomendada puede generar incluso riesgos para su integridad y no poner en peligro su vida, para esto deberá someterse a pruebas que se le solicita realizar por ejemplo, participar en violaciones, robo, transportación de objetos ilícitos, asesinatos etc., en consecuencia si se necesita una autorización previa para realizar determinado delito, se estaría jugando con el tiempo y se podría entorpecer la investigación.

Anteriormente en el análisis se dijo que parte de los requisitos para que se implemente la técnica del agente encubierto es la investigación previa, con estos resultados el fiscal podrá saber qué tipo de organización criminal, que delito es al que se va a enfrentar el agente, normalmente los delitos para los que califica esta figura son de un alto grado de peligrosidad, por lo cual el autor considera que el agente encubierto debería tener por parte del Estado una carta blanca sin límites para que pueda actuar, siempre y cuando lo haga bajo su identidad falsa, dentro de la organización y para fines encomendados.

2.2.8 Límites

La proporcionalidad es un principio fundamental dentro de estos países, ya que el Estado les proporciona un permiso para delinquir, pero, aun siendo así estos deben actuar precautelando los derechos fundamentales, no es permitido que induzcan al cometimiento de delitos o que sus actos sean desproporcionales a los fines que son encomendados.

Opinión.- En líneas anteriores el autor manifestó que el agente encubierto debería tener una carta blanca por parte del Estado para poder delinquir, pero, esto no quiere decir que este podrá fuera de sus funciones o a su nombre cometer cualquier tipo de delito, en estos casos si debería ser sancionado como manda la ley.

Se tiene consciencia de que es una posición controvertida, que se faculta a cometer ilícitos aún más graves que el giro normal de la organización; más si estas son las pruebas que exige determinada estructura, el no desarticularla implica prolongar la ejecución de estos ilícitos además de sus actividades cotidianas. Además de poner en riesgo a la persona infiltrada. En un tema tan delicado no hay soluciones fáciles y se acepta que hay argumentos respetables en sentido contrario.

3. CAPÍTULO III. JUSTIFICACIÓN DE LA INTRODUCCIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL ECUADOR

En el Ecuador con el pasar de los años se han incrementado los actos delictivos y las organizaciones criminales son más poderosas y tienen nuevos modos de operar, con este antecedente es evidente la preocupación que día a día tiene el Estado por combatir contra la delincuencia organizada. La necesidad de buscar mecanismos efectivos para detener este mal que afecta a la sociedad, explica el motivo por el cuál nace la figura del agente encubierto como una herramienta política criminal. En el ámbito se han realizado juicios

donde muchas bandas se han desarticulado basándose en las evidencias e información proporcionadas por agentes encubiertos como es el caso del crimen organizado Lucchese que afincó sus actividades en el New Jersey y que ha sido llevada al cine en la película "*Find Me Guilty*".

En nuestro país se expide el Código Orgánico Integral Penal el 10 de agosto del 2014 en el cual se permite la realización de operaciones encubiertas como una técnica especial de investigación y lucha contra el crimen organizado, y también contempla la figura del agente encubierto no conceptualmente pero si especifica los elementos de la misma. Es importante señalar que las operaciones que realizará el agente encubierto serán excepcionales, es decir no se podrá utilizar para todas las investigaciones, ni para cualquier tipo de delito.

3.1 Costos

Se discute mucho sobre los costos sociales que se ha implementado dentro de esta figura, en el Ecuador al ser una técnica introducida en el 2014 en el Código Orgánico Integral Penal y por ser un tema netamente confidencial dentro de las entidades quienes están al mando, regulación y ejecución de la misma no se tienen acceso a estadísticas de cómo ha sido el tratamiento y evolución ya en un caso concreto, por este motivo la autora dentro de la investigación analiza cuales son los posibles costos que pueda acarrear la introducción del agente encubierto en un proceso penal.

Afectación a los derechos fundamentales

Es importante primero señalar que los derechos fundamentales según la Comisión Nacional de Derechos humanos "se encuentran plasmados en las constituciones de los Estados, debido a la magnitud e importancia que los caracteriza. Se les denomina así (fundamentales) por la relevancia de los derechos que agrupa el concepto: aquellos derechos que se consideran vitales para el desarrollo individual y social de las personas, con independencia de

factores como condición social, religión, preferencia sexual o nacionalidad. Generalmente los derechos fundamentales son derechos humanos reconocidos por el Estado o los Estados en cuestión, es decir, son derechos humanos positivados” (www.cndh.org.mx)

De las investigaciones con agentes encubiertos se pueden dar varios escenarios en los cuales se verían afectados los derechos fundamentales, como por ejemplo: que el agente encubierto por disposición del grupo delictivo tenga que atentar en contra de la vida de un tercero, que tenga que traficar sustancias sujetas a fiscalización por sí mismo o a terceras personas pudiendo causar graves afectaciones a su salud o a la de los consumidores. Considerando que los Derechos fundamentales están consagrados en la Constitución de la República del Ecuador el Estado debe promover y asegurar su cumplimiento pero, la coyuntura se da cuando actúan los agentes encubiertos, en cuyo caso el mismo Estado les faculta para que vulnerar estos principios.

La justificación del Estado para permitir que el agente encubierto cometa un acto delictivo en pro de la investigación es el Estado de necesidad, pues si bien se daña un bien jurídico, este interés sería igualmente golpeado, porque no es el agente sino la organización quien decide cometer el ilícito. Además existe un interés en juego mayor: evitar ésta y una infinidad de violaciones. Incluso se debe recordar que si las mismas esferas de protección de Derechos humanos como son las Naciones Unidas, han promovido de manera activa la inclusión de esta técnica investigativa, es porque tienen consciencia de que el saldo es positivo para los derechos fundamentales

Derecho a la intimidad y a la no autoincriminación

Una crítica común es que esta técnica violenta estos derecho básicos reconocidos en la Constitución y en el (Código Orgánico Integral Penal , 2014, art. 5). El derecho a la intimidad señalando que:

“toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar. No podrán hacerse registros, allanamientos, incautaciones en su domicilio, residencia o lugar de trabajo, sino en virtud de orden de la o el juzgador competente, con arreglo a las formalidades y motivos previamente definidos, salvo los casos de excepción previstos en este Código”.

El derecho a la intimidad es un principio y como tal no es absoluto, cuando entre en conflicto con otros puede ser relativizado o incluso sacrificado. Este valor tiene una estrecha relación con la vida de una persona de forma individual y especialmente dentro de su núcleo familiar, se refiere al espacio físico que debe ser respetado por todas las personas incluso por el Estado. Es cierto que no se limita esta esfera; mas también lo es que en el ámbito laboral disminuye su relevancia y aún más si esta actividad es delictiva. Además la información que se busca no es personal es referida a actividades ilegales. No se niega esta afectación, pero frente a ella hay bienes jurídicos protegidos como la tutela efectiva.

Por otro lado el derecho a la no autoincriminación también se encuentra establecido en el (Código Orgánico Integral Penal , 2014, art. 5) y manifiesta la “Prohibición de autoincriminación: ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal”.

Es dudoso que exista una violación a este derecho, porque el agente encubierto no va a exigir al procesado confesar el delito, nadie va forzar un reconocimiento. Es cierto que en la interacción diaria podría darse una eventual confidencia; a pesar de que el riesgo es incidental, incluso en ese caso esa información en un buen sistema oral no debería llegar al tribunal. Porque una mera conversación no es pertinente ya que el testimonio sería meramente referencial. Es cierto que el COIP no incluye una mención expresa este tipo de objeciones, sin embargo viola el debido proceso y por tanto debería darse paso a la oposición de acuerdo al artículo 569. Si se admitiese la existencia de un

detrimento incluso así el impacto sería tan bajo y a un interés de menor jerarquía, razón por la cual un ejercicio de ponderación frente a los valores en juego dejarían un saldo positivo a favor de esta técnica investigativa.

Engaño a particulares

Se ha cuestionado que aceptar esta técnica investigativa implica trazar con que el Estado puede engañar a ciudadanos para investigar una infracción y luego encarcelarlos, implica renunciar a mínimos éticos en el ejercicio del poder. Sin lugar a dudas que hay un nivel de simulación y efectivamente se permite al Estado tome un camino sinuoso.

Sin embargo siendo responsabilidad del Estado asegurar el derecho de la ciudadanía a una cultura de paz, seguridad integral, democrática y libre de corrupción de acuerdo al numeral 8 ibídem, es imperativo que a fin de cumplir con sus objetivos se deba incurrir en engaño a particulares (miembros de la organizaciones delictivas) y así inmiscuirse en sus redes asegurando que les acepten en su núcleo y desde ahí, desde el corazón mismo de la organización realizar la investigación y obtener la evidencia necesaria para finalmente desmantelarla y terminar con sus ilícitos.

Así mismo otros terceros pueden resultar víctimas del engaño de identidad del agente encubierto lo cual crearía un daño colateral leve, pues el funcionario público que realiza el operativo debe tener bien en claro que su presencia tanto interna como externa debe generar el mínimo vínculo social, afectivo, económico con terceras personas.

Seguridad

Para escoger un agente encubierto se debe cumplir con parámetros prefijados. Al tratarse de un operativo que puede tener una duración de entre 6 meses a 2 años (en casos especiales y autorizados hasta 4 años) inmerso en una

organización criminal, sin dudas es un escenario donde puede suceder una desgracia; sin embargo por eso se optó por la alternativa de que sea necesariamente una persona del sistema especializado integral de investigación o un policía, esto es un profesional en el área. Es evidente que ciertos oficios conllevan riesgos y esa no es una razón válida para no asumirlos. Desde el punto de vista integral equivaldría a legitimar que el Estado deje a la merced de bandas delictivas a los ciudadanos para evitar el peligro a un funcionario.

El medio en el que se desarrolla una organización delictiva en su generalidad es agresivo, fuerte, peligroso y cerrado, lo que pone en peligro todo el tiempo al agente encubierto. Puede darse el caso de que el sujeto sea descubierto por los miembros de la banda criminal, dando como resultado graves lesiones físicas o su muerte. Incluso puede haber riesgo para sus familiares. De ahí la importancia de los sistemas de protección para víctimas y testigos, la institucionalidad deberá palear en el mayor grado posible esta contingencia.

Permiso del Estado para delinquir

El punto más duro radica en que el Estado se otorgue a sí mismo la facultad de cometer infracciones contra particulares y violentar derechos fundamentales. Quien escribe considera que es deber del Estado garantizar la seguridad social y el bienestar de cada uno de los ciudadanos como se encuentra establecido en la Constitución de la República del Ecuador, entonces visto desde el ángulo solo del delito cometido, la figura sería ilegítima.

El punto determinante para entender esta media de política criminal es establecer si se quiere ver solo el ilícito concreto o si se desea pensar en el futuro. Si se renuncia a prever los sucesos que se vendrá la respuesta es sencilla no hay para que infiltrar a un funcionario.

Si se opta por esta alternativa hay que estar dispuesto a pagar el precio, el costo humano que significa una victimización permanente en manos de una

mafia criminal. Además del dolor de ilimitadamente encarcelar a piezas intercambiables, por ejemplo, la estrategia tradicional es en gran medida responsable de los miles de familias que cada año sufren por que uno de sus integrantes es atrapado como expendedor. Mientras no se comprometa a la estructurara de estas organizaciones todo este sufrimiento es inútil

El Estado ha tomado medidas para que en lo posible no existan afectaciones que vulneren estos derechos. Por ejemplo esta medida es de carácter extraordinario y excepcional solo se aplicara en casos donde una organización criminal cause un daño severo a la sociedad. El agente deberá actuar bajo los lineamientos que se ordene, con proporcionalidad al hecho y bajo el principio de reserva judicial. Esta figura ha sido muy analizada por diferentes Estados, convenios y tratados y se ha llegado a la conclusión de que esta es la técnica más adecuada para combatir con estas grandes organizaciones criminales. Es así que se ha impuesto en el contexto internacional.

3.2 Beneficios

Quien escribe considera que los beneficios que se obtiene con esta técnica de investigación son varios, al ser considerada por muchos tratadistas, investigadores expertos en el tema la herramienta más idónea para combatir a organizaciones criminales que alteran el orden social. Muchos países como los pertenecientes a la Comunidad Andina han adoptado esta técnica hace muchos años atrás dando como resultado la obtención de pruebas que han llevado a la desvinculación de grandes organizaciones delictivas, es por esto que la autora señala a continuación los beneficios más importantes de esta técnica investigativa.

Dotar de pruebas suficientes

El objetivo de esta técnica especial de investigación es identificar a los participantes, reunir y recoger información, elementos de convicción y

evidencia útil que permita al agente fiscal a través de ellos acreditar el hecho constitutivo de la infracción y la presunta responsabilidad penal de las personas investigadas. La fortaleza está en que se pueden obtener un sin número de pruebas que desde el exterior resultan inaccesibles.

El fin mismo de la investigación es el aportar pruebas para que un juzgador condene el acto ilícito, por tanto la operación encubierta se reviste de importancia pues como ya ha mencionado la autora en líneas anteriores esta técnica especial se da en base al principio de necesidad considerando que ya no hay otro mecanismo investigativo que dé como resultado elementos probatorios.

Recuperar ingresos por actos ilícitos

Dentro de las actividades que realizan los grupos delictivos se pueden establecer cada uno de los instrumentos utilizados en el cometimiento del acto ilícito así como los beneficios que obtuvieron del mismo. Al ser de origen ilícito es justo que el Estado pueda recuperarlos, incluso en ocasiones será posible resarcir a los perjudicados o destinar estos recursos para fines legítimos.

Sancionar a los verdaderos responsables

A lo largo de estos años se ha podido evidenciar que muchas de las personas que están en prisión por delitos de narcotráfico, trata, tráfico de armas, etc., son tan solo meros ejecutores, los eslabones más bajos de la cadena criminal. Si bien ellos también son parte de la organización, con la detención de los mismos no se logra que paguen por los actos ilícitos los dueños del negocio. La política tradicional resulta inequitativa asienta la mano a los menos poderosos, está técnica se enfoca en llegar a los mandos medios y altos.

Desestructurar organizaciones criminales

Si el objetivo de una operación encubierta no es de atacar a las personas de estrato más bajo de la pirámide delincuenciales, sino desmantelar su núcleo mismo, la esencia de esta figura es desarticular las estructuras criminales. A través del agente encubierto se va a frenar el cometimiento de actos ilícitos posteriores, pues los cabecillas son identificados, detenidos, procesados, condenados y así la pirámide se desmantelará, ahí radica la importancia de la investigación encubierta. Hasta el momento las técnicas que han resultado efectivas para golpear de forma permanente a estas mafias han sido los agentes encubiertos y los arrepentidos. La razón es que ambos permiten desde el interior ver su funcionamiento.

Esta técnica permite elevar la efectividad del sistema penal. Permite responder en cierta medida a la sociedad por la seguridad que el gobierno debería otorgar. Además se evita efectos colaterales perversos, por ejemplo nuestro país es una muestra del poder de corromper que estas empresas criminales tienen. Mientras no se la desarticule va ser muy difícil evitar que ellas se infiltren y perviertan a muchos funcionarios.

3.3 Evaluación

En cuanto a los derechos fundamentales, la intimidad, y la autoincriminación tanto la Constitución de la República y el Código Orgánico Integral Penal garantizan los mismos en todo momento de la operación encubierta, las personas que están a cargo por ejemplo el Fiscal, Juez, Jefe de operaciones en todo momento van a actuar en base a lo establecido en el ordenamiento jurídico de esta manera se garantiza la seguridad jurídica y un debido proceso. Una técnica como esta no vulnera derechos, por el contrario el objetivo fundamental es impedir que personas pertenecientes a un grupo criminal sigan cometiendo actos ilícitos que causan un grave daño a la sociedad, de esta forma se debe tomar en cuenta que el Estado mediante sus leyes, normas en

todo momento esta precautelado y garantizando los derechos de los investigados y del agente encubierto.

La carta blanca que proporciona el Estado a esta figura y todas las herramientas que tienen que involucrarse para que la investigación tenga resultados óptimos, ante los ojos de muchas personas puede presentarse como engaño, traición, inseguridad, entre otras pero, se debe tomar en cuenta que es el único medio en el cual una persona puede ingresar a un grupo delictivo y realizar una investigación sobre los actos ilícitos como son los casos de extorsión por dinero, tráfico de órganos, tráfico de estupefacientes, etc., en la actualidad estas organizaciones actúan con mañas nuevas que les permite llevar ventaja sobre las técnicas comunes de investigación y actúan con celeridad e ingenio en el momento de delinquir. Es así que el fin justifica a los medios en cuanto a las herramientas que usa el Estado para la introducción de esta figura investigativa.

La autora resalta la importancia de esta figura, por los beneficios que conlleva para toda una sociedad, nuevamente se recalca que por su complejidad solo será usada en casos extremos, cuando se esté causando una fuerte repercusión social. La voluntad del agente encubierto para aceptar esta labor es primordial, ya que con su aceptación se compromete por un lado a cambiar su vida privada por otra completamente diferente, y por otro a acatar varias reglas estrictas y estar al mando de personas quienes guiarán la investigación. Se debe tener bien en claro que si el funcionario público que aceptó todas las condiciones bajo las que va a desempeñar su trabajo las incumple, pierde su calidad como tal y será responsable por los actos cometidos y sancionado como la ley manda.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones

Conclusión general.

Este estudio permite verificar que fue justificada la introducción de la figura del agente encubierto en el Ecuador. A esta postura se llegó luego de un análisis dentro de la Comunidad Andina, así como una verificación de los costos y beneficios dentro de la sociedad ecuatoriana.

Conclusiones específicas.

Capítulo I

Se planteó el marco conceptual que permitió realizar el posterior análisis, en concreto el concepto de agente encubierto y sus elementos.

Se demostró que a pesar de ser una técnica de excepción y de existir críticas contra su funcionamiento, las Naciones Unidas han aceptado y difundido la aplicación de esta técnica entre los países miembros.

Capítulo II

Se concluyó también que la figura del agente encubierto está recogida en la totalidad de los países de la Comunidad Andina. Además se evidenció que en términos generales existen grandes coincidencias entre sus legislaciones. Este hallazgo es relevante porque el análisis da cuenta de la realidad de las naciones con las cuales mayor afinidad cultural tenemos.

Se constó que la introducción del agente encubierto se justifica en el Ecuador. Para llegar a esta conclusión se hizo un análisis comparativo de los costos y

beneficios que conlleva esta técnica investigativa. No se discute que implica ciertas afectaciones a algunos valores relevantes; más el enfrentar un fenómeno como la criminalidad organizada y los beneficios que en concreto trae esta política criminal llevaron a que se acepte su legitimidad.

La figura del agente encubierto es de afectación general, el estudio comparativo demostró que existen coincidencias entre las características de los países de la Comunidad Andina, un punto similar es que todos estos Estados han aceptado que el fenómeno del crimen organizado ha sobrepasado límites y que se le debe dar un trato primordial para poder combatir el mismo, consideran también que los métodos investigativos comunes ya no son suficientes para contrarrestar este problema y con este antecedente han mostrado un interés amplio en la adecuada reglamentación de esta técnica.

Los países de la Comunidad Andina dentro de sus legislaciones tienen leyes y normas que regulan la participación del agente, muchos de los elementos antes mencionados son similares entre las regiones, por ejemplo: la Fiscalía está presente en todos los países como parte de la autoridad que designa, de igual forma la responsabilidad que adquiere el agente encubierto como consecuencia de sus actos puede ser civil o penal, pero existe una particularidad con respecto a las personas que pueden ser agentes encubiertos, en Colombia se establece que podría ser cualquier particular que gane la confianza del imputado y el Perú alguna persona que haya sido parte de la organización criminal, con lo cual la autora no estuvo de acuerdo, ya que es un trabajo que tiene un alto nivel de riesgo y por ende necesitaría que quien realice esta labor sea una persona preparada en todos los aspectos para de esta forma se pueda llevar con éxito la técnica investigativa.

Con el análisis y opinión de cada uno de los requisitos que conlleva el agente encubierto dentro de la legislación ecuatoriana se pudo evidenciar que en la mayoría de los puntos se encuentra detallado el manejo de la misma, si bien no existe mucha doctrina nacional, han sido muy útiles los textos de autores internacionales, tratados, convenios, etc., para deducir que esta figura tiene

bastos beneficios en la lucha contra la desarticulación de bandas criminales. Esta técnica de investigación solo se va a aplicar cuando ningún otro método investigativo encaje en el caso que se va a indagar, también en las ocasiones en que los actos ilícitos que se estén cometiendo causen conmoción social.

Una vez que el agente encubierto haya cumplido con todos los requisitos que se requieren, y haya expresado su voluntad de realizar la labor encomendada, este se somete a varias reglas estrictas y de carácter obligatorio que deberá cumplirlas en todo momento para que se pueda obtener una investigación eficaz.

En cuanto a la carta blanca para delinquir que proporciona el Estado se ha podido constatar que existe mucha controversia entre los autores de varios países, la autora destacó que como primer punto estos casos deben tener una indagación previa muy minuciosa para poder determinar a qué tipo de delito se va a enfrentar este funcionario público ya que no todos los casos ni todas las organizaciones criminales son iguales y se dedican a lo mismo, basándonos en estos antecedentes previos que se obtendrán consideraría proporcionarle una carta amplia al agente encubierto. El hecho de que éste necesite en muchas ocasiones autorización previa para actuar podría entorpecer la investigación por el tiempo que la misma demandaría.

Con lo antes mencionado quien escribe no se encontró de ninguna manera a favor de la vulneración a derechos fundamentales por parte del Estado, por el contrario al considerar esta técnica de investigación como la más idónea para determinados casos consideró que se le debería proporcionar todas las herramientas para que se pueda cumplir con el fin que es la obtención de pruebas fehacientes que determinen el delito, sus participantes y finalmente la desarticulación de las bandas delictivas.

Los costos y beneficios que conlleva la figura del agente encubierto son elevados, ya que por un lado es el permiso que se le da a una persona para delinquir, para engañar a un tercero, entre otras, pero por otro con esta técnica

se está precautelando la vida, integridad de toda una sociedad, se estaría logrando que las verdaderas personas que dirigen estas organizaciones cumplan las condenas que se merecen, y principalmente hacer del Ecuador donde se pueda vivir en paz, con armonía y seguridad. Finalmente con todo lo antes mencionado quien escribe considera que se justifica la introducción del agente encubierto como un método de investigación en casos excepcionales.

4.2. Recomendaciones

Se recomienda que en el futuro se analice otras técnicas de investigación enfocadas en el crimen organizado, en especial la figura del arrepentido o de la colaboración eficaz ya que, en la experiencia comparada es el otro método que se difunde de manera acelerada y a priori parece estar dando resultados alentadores.

Se sugiere que después de unos años se realice un estudio de casos que permite volver a valorar la conveniencia de la introducción del agente encubierto pero, esta vez desde la metodología del estudio de casos para valorar los costos y beneficios pero, ya en casos concretos.

REFERENCIAS

- Anaya, M. (2015). Agente encubierto. Universidad de Salamanca. Recuperado el 19 de Mayo de 2017 de: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/127364/1/TG_AnayaMarcos_Agente.pdf.
- Camargo , P. (2009). Manual de Derecho Penal Internacional. Buenos Aires: Editorial Astrea
- Código de Procedimiento Penal Bolivia. (1999). Ley 1970, Ley de 25 de marzo de 1999.
- Código de Procedimiento Penal. (2004). Decreto Legislativo 957 de 29 de julio de 2004. Perú.
- Código de Procedimiento Penal. (2004). Ley 906, Diario Oficial 45.658. Colombia.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014. Quito.
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. (2008). Decreto Legislativo 0, Registro oficial 449 del 20 de octubre de 2008.
- Expósito, C. (2015). El agente encubierto, Revista de Derecho UNED. (Número 17). España
- Jauchen, E. (2002). Tratado de la Prueba en Materia Penal la sociedad del riesgo. Polít. crim. 2, 2006. Editorial Rubinzal Culzoni.
- Ley Modificatoria a la Ley de Tenencia, Suministro y Tráfico de Estupefacientes. (1995).
- Martínez, S. (2009). La labor del agente encubierto en el sistema penal acusatorio. Bogotá: Grupo Editorial.
- Ministerio Público. (2006).Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada, Bienes delictivos y Agente Encubierto. Aprobado por Resolución 729-2006-MP-FN del 15 de junio de 2006. Perú.
- Naciones Unidas. (1988). Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.
- Naciones Unidas. (2004). Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos

- Núñez, M. (2008). Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas. Universidad de Huelva. México.
- Pesántez, W. (2010). Manual de Oralidad. Quito: Editorial Fiscalía General del Estado. Quito.
- Ramírez, A. (2010). El Agente Encubierto Frente a los Derechos Fundamentales a la Intimidad y a la no Autoincriminación. Universidad de Antioquia, Colombia.
- Riquelme, E. (2007). El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga Recuperado de: http://stj.col.gob.mx/dh/descargables/pdf_seccion/concepto_3_2_2.pdf
- UNODC. (2009). Manual de Técnicas Especiales de Investigación Agente Encubierto y Entrega Vigilada. Bolivia, Sentencia Constitucional 10 de marzo de 2006
- Zalamea, D. (2010). El derecho penal económico: rupturas en la esfera procesal. Quito

