

CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y PROCESO PENAL

Ramón de la CRUZ OCHOA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El arrepentido*. III. *Declaraciones de los coimputados*. IV. *Agente encubierto*. V. *Infiltración policial*. VI. *Entrega vigilada*. VII. *Vigilancia electrónica o intervención de comunicaciones privadas*. VIII. *Derecho a la defensa*. IX. *Protección de testigos*. X. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La “criminalidad organizada” por su desarrollo e impacto en las sociedades, debe ser analizada con nuevos instrumentos jurídicos que permitan tener en cuenta sus diferencias cualitativas con la criminalidad convencional.

Con esta determinación es que podrán justificarse las necesidades de cambios, de carácter jurídico, que se propugnan. Se trata no sólo de los actores del proceso penal, sino también de aquellos órganos del Estado designados para el control económico y financiero. Entiéndase que la noción sobre el fenómeno de la criminalidad organizada debe ser más estrecha, precisa y exigente.

Se necesita una mejor comprensión del fenómeno criminal, lo que no sólo aumentará en forma concreta la efectividad de la persecución, sino que también, en forma general y a largo plazo, podrá contribuir a la más efectiva prevención. Por supuesto sabemos que estos puntos de vista son polémicos, pero como expresó el profesor Jean Pradel en el coloquio celebrado en Guadalajara, México sobre Justicia Penal y Crimen Organizado, en octubre de 1997.¹

¹ *Revue Internationale de Droit Penal*. Association Internationale de Droit Pénal, 3o. y 4o. trimestre de 1998. Paris, France.

Caben muchas políticas procesales, la más liberal consiste en ignorar el crimen organizado y tratar, por consiguiente, al autor de un blanqueo de miles de millones como un vulgar ladrón de manzanas. Esta concepción peca evidentemente de angelismo y resulta inaplicable so pena de contribuir a la lenta, pero segura, descomposición de nuestras sociedades. Por el contrario, hay otra que otorga una prioridad absoluta a la lucha contra el crimen organizado, sin preocuparse de los principios. Esta visión es igualmente inaceptable, puesto que no se puede concebir que una lucha similar desconozca principios tan importantes que forman parte de la esencia misma de nuestras sociedades.

Opino no es aceptable que para la delincuencia tradicional o convencional se adopten criterios propios de Estados democráticos de derecho y sean otros diferentes con relación al terrorismo, narcotráfico y delincuencia organizada, partiendo de la idea de que el delincuente organizado es el enemigo a vencer ya que con ello estaríamos acogiéndonos al derecho penal del enemigo que tanto hemos criticado. No podemos quedarnos en los métodos tradicionales de control del delito, utilizando los mismos procedimientos que para la delincuencia convencional, tenemos que innovar y darle solución a los requerimientos de la política criminal dentro de un régimen de legalidad y efectivo control judicial, no sólo formal como muchas veces ocurre sino real y efectivo.

Esta realidad hace que los sistemas penales contemporáneos se estén transformando rápidamente como respuesta al crimen organizado, algunas veces felizmente y otras como retroceso al garantismo. Desde el punto de vista procesal se están imponiendo principios que hasta el momento habían sido rechazados, por ejemplo, la utilización de agentes encubiertos e incluso de infiltración policial, entregas controladas y otros procedimientos si bien muy utilizados en Estados Unidos de América eran rechazados en Europa y en otros modelos legales, hoy sin embargo prima una tendencia hacia su aceptación.

El peligro cierto de una degeneración del sistema procesal penal obliga, no obstante a someter dichos métodos a controles legales y judiciales rigurosos, habida cuenta de que si bien se posibilita una intervención temprana y eficaz de las investigaciones policiales en el espacio criminal, también hace más fácil, incurrir en comportamientos prohibidos.

Hay que enfrentar con realismo la necesidad de resolver problemas procesales que faciliten la actividad investigativa, las llamadas cláusulas

prémiales para los arrepentidos y colaboradores en el descubrimiento de la actividad delictiva.

Veamos algunas de las innovaciones más importantes, que hoy están recogidas en muchas legislaciones y convenios internacionales.

II. EL ARREPENTIDO

El arrepentido es un individuo perteneciente a un grupo organizado criminal, que decide acudir ante las autoridades penales dispuesto a confesar sus propios crímenes y colaborar con la justicia mediante el suministro de información, que permitirá individualizar los hechos delictivos del grupo y a sus integrantes, fundamentalmente a los miembros destacados de la cúpula directiva. El espíritu colaborador del arrepentido obedece, en la mayor parte de los casos, al objetivo principal de la obtención de beneficios punitivos y protección de su integridad personal y familiar.

El alcance del tratamiento dado al arrepentido varía bastante de país a país. La mayor parte de los sistemas jurídicos solamente concede la impunidad total a los delincuentes que, mediante informaciones suministradas a tiempo, hayan impedido la comisión de infracciones por parte de los miembros del grupo delictivo; otros países exigen el abandono del grupo y el suministro de la información sobre la identidad de otros miembros del grupo, antes de que hayan podido cometer cualquier infracción; en otras legislaciones como la de Chile en ciertos casos basta informar a las autoridades para conseguir la no persecución o hasta la absolucón y en otros casos una atenuación de la pena.

Veamos algunos aspectos de su regulación normativa de los convenios internacionales y en la legislación comparada.

La Convención contra el Crimen Organizado conforme al artículo 26 establece que cada Estado parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados:

- a) Proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre diversas cuestiones, y

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

En algunas ocasiones la asistencia se presta sin una base legislativa, sin embargo si esta asistencia tiene consecuencias en el proceso penal, la legislación es imprescindible.

La Convención también estipula que los Estados deberán considerar las opciones de inmunidad y mitigación de la pena para quienes cooperen con las autoridades, en estos casos los jueces pueden requerir autoridad específica para mitigar las penas de las personas que han sido declaradas culpables pero que han cooperado, incluso pudieran y deberían según cada caso recibir sanciones por debajo de las mínimas establecidas. La concesión de la inmunidad judicial puede requerir, si se aplica, la promulgación de legislación para crear la facultad discrecional de no enjuiciar en casos apropiados. Será necesario prever alguna forma de revisión y ratificación judicial a fin de establecer las condiciones de cualquier arreglo oficioso y garantizar que las decisiones de inmunidad sean vinculantes.

La fundamentación legal del arrepentimiento, implica una compensación de la culpabilidad propia del delito, que encuentra justificación en razones de política criminal y procesalmente tiene su justificación en el principio de oportunidad.

En algunas legislaciones como la española el arrepentido o colaborador de la justicia, va a ser entendido en relación con el delito de narcotráfico y terrorismo, artículo 376 y 579-3 del Código Penal español. También es necesario aclarar que nos referimos al arrepentido en relación con un ámbito claramente delimitado de la criminalidad. Es decir, no nos referimos en ningún caso al arrepentido que pudiera extraerse de la lectura del artículo 21.4² y del Código Penal español donde se trata del arrepentimiento genérico, el cual es una circunstancia atenuante genérica. De igual manera el Código Penal cubano lo trata como una atenuante gené-

² Artículo 21.4. La de haber procedido el culpable antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades y 21.5. La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral.

rica del artículo 52, inciso *ch*,³ lo cual en algunos casos que pudiéramos considerar “arrepentidos” pero donde no existe esta figura en la legislación, es utilizada por los jueces.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia se ha denominado esta circunstancia genérica como la atenuante de auxilio y colaboración con la administración de justicia. Esta colaboración debe entenderse como posible incluso estando detenido y colaborando en el interrogatorio de la fase sumarial o preparatoria. Sin embargo, los tribunales normalmente la aplican de manera muy restrictiva, cuando de lo que se trata es de dar relevancia en la determinación de la pena a una conducta del sujeto consistente exclusivamente en poner en conocimiento de la autoridad judicial su participación pasada, en hechos constitutivos de delitos, ayudar a su esclarecimiento mediante el descubrimiento de otros responsables del delito y suministrar información sobre el grupo criminal.

El requisito de impulso espontáneo que exige la legislación cubana conlleva a confusión, ya que se trata de un aspecto subjetivo. De acuerdo con una sentencia del 22 de septiembre de 2000 del Tribunal Supremo Español que nos parece muy esclarecedora se ilustra así:

...cuando una persona es detenida por los agentes de autoridad y muestra en todo momento una buena predisposición en el sentido de adoptar una actitud de colaboración, como lo demuestra que no se negara en absoluto a que los agentes de la Guardia Civil abrieran la maleta para inspeccionar su contenido, que se mostrara disponible para acompañar a los agentes a la vivienda de Las Palmas... además de suministrar una pormenorizada descripción de los hechos.

La colaboración procesal del culpable suele iniciarse tras la detención por parte de la autoridad policial lo cual muchas veces los tribunales han interpretado como negación del impulso espontáneo, sin embargo, en la práctica es la forma mas usual y eficaz que se tiene para delitos que están relacionados con el crimen organizado o la criminalidad económica.

No se exige un elemento subjetivo o actitud altruista de arrepentimiento, es suficiente que realice una aportación objetiva, seria y eficaz,

³ Artículo 52, inciso *ch*, haber procedido el agente por impulso espontáneo a evitar, reparar o disminuir los efectos del delito, o a dar satisfacción a la víctima, o a confesar a las autoridades su participación en el hecho, o a ayudar a su esclarecimiento.

en los términos legalmente establecidos, para facilitar la persecución de tan graves manifestaciones de criminalidad.⁴

La figura del arrepentido tiene muchos puntos de relación con la bien conocida práctica de “negociar” con los delincuentes, para canjear información útil por benevolencia penal. Sergio García Ramírez en su obra *Delincuencia organizada*⁵ observa que en la Declaración Política y Plan de Acción Mundial contra la Delincuencia Transnacional Organizada, “deberá considerarse la introducción de medidas para alentar a los miembros de organizaciones delictivas a cooperar y prestar testimonio y dentro de los términos del derecho interno, la concesión de un trato por el que se reconozca de algún modo la colaboración que haya prestado a la acusación”.

En Italia los arrepentidos o colaboradores de la justicia son un factor muy importante en la lucha contra la delincuencia organizada. A fines de 1995 se les otorgaba esta categoría a 5000 personas.⁶

En Alemania, la Ley sobre el Comercio de Sustancias Estupefacientes de 1981 faculta al juez en el parágrafo 31 para atenuar la pena o renunciar a la pena prevista cuando el agente ha contribuido de manera determinante de modo que el hecho pueda ser descubierto gracias a su propia aportación, o cuando delitos específicos como el de drogas puedan ser impedidos.

Pero sin duda la polémica que envuelve a esta figura gira en torno al tratamiento que ha de darse a sus declaraciones, pues a nadie se le escapa que ante la posibilidad de un *premio* o *recompensa* consistente en una reducción considerable de la pena, puede dar lugar a abusos de todo tipo. De acuerdo a Benítez Ortúzar⁷ con el que coincidimos, difícilmente puede identificarse la declaración delatoria de un coimputado con la de un

⁴ Granados Pérez, Carlos, “Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado”, *Cuadernos de derecho judicial*, II-2001, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.

⁵ García Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada: antecedentes y regulación penal en México*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

⁶ Andrade Sánchez, Eduardo, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

⁷ El “colaborador con la justicia” en materia de delitos relativos al tráfico de drogas estupefacientes y sustancia psicotrópicas, análisis crítico de la presunta figura premial del artículo 376 del Código Penal, *op. cit.*, bajo la coordinación de Lorenzo Morillas Cuevas.

testigo procesal, esta prueba debe observarse con suma cautela para evitar que nos conduzca a una deformación en materia probatoria.

III. DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS

Una de las características del crimen organizado es que los más culpables y peligrosos personajes raramente hacen el trabajo sucio. A pesar de que los líderes organizativos son los responsables finales de esos delitos, generalmente trabajan con intermediarios y limitan su participación a una actuación no directa. Consecuentemente su culpabilidad usualmente es un control detrás de la escena, por lo cual su participación, generalmente, no puede ser probada por el testimonio de las víctimas o testigos, ni pruebas periciales. De ahí que resulta muy importante para la acusación trabajar con las declaraciones de los coimputados.

Como ha quedado planteado en el punto precedente, la declaración de un sujeto directamente vinculado con el delito plantea una serie de problemas que el simple testigo no da.

No obstante, y ello resulta bien conocido, el testimonio del coimputado es un medio probatorio evidentemente peligroso, la jurisprudencia cuando ha definido su validez, lo ha hecho con extrema cautela por ser un medio “impropio, extraño y especial” (Sentencia del Tribunal Supremo Español del 28 de noviembre de 1990), si bien es prueba legal y racional subordinada al cumplimiento de ciertos requisitos.

Por lo tanto, cuando tengamos clara la cuestión de si son válidas o no estas declaraciones hemos de interrogarnos acerca de cuál es su alcance. Siguiendo la jurisprudencia que señala su idoneidad para destruir la presunción de inocencia en relación con otros sometidos a la misma causa penal está avalada por una profusa jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español (entre otras la del 17 de junio de 1986) y del mismo Tribunal Constitucional Español (sentencia del 2 de abril de 1992).

Habiéndose señalado que en esta clase de testimonios los factores que pueden obstaculizar su credibilidad son la venganza, resentimiento, odio, soborno, obediencia a tercero, ventaja propia, trato procesal más favorable, ánimo exculpatorio u otro similar. En definitiva, su validez para enervar la presunción de inocencia del acusado es perfectamente admisible siempre que no aparezca en ella un motivo o propósito espurio, señaladamente, el de autoexculpación.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español, recordando que el coimputado puede callar o incluso mentir, pues a diferencia del testigo, no tiene la obligación de decir la verdad, manifiesta en su sentencia 115/1998, del 1o. de julio, que “la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo siendo única, como aquí ocurre, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas en contra del recurrente”. En estos casos —continúa diciendo el Tribunal— es necesaria “la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido”, pues “antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente...”.

En Estados Unidos, el país donde es probable exista la mayor experiencia judicial en relación con el crimen organizado, es doctrina reiterada de los tribunales las limitaciones para la admisión de esta prueba, por ejemplo, en el caso *People vs. Mores*⁸ en la Corte del Estado de Nueva York se plantea “un acusado no puede ser condenado por un delito basado en el testimonio de un coimputado si su dicho no es corroborado por otra prueba que conecte al acusado con la comisión del delito”. El requerimiento de la corroboración no puede estar basado en el testimonio de otro coimputado. Más claro, la condena no puede motivarse solamente en testimonios de varios coimputados, es necesaria otra prueba que realmente conecte al acusado con el delito.

En el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, la Regla 156 de Procedimiento Criminal de Puerto Rico se regula el testimonio del coautor y la misma dice: “el testimonio de un coautor será examinado con desconfianza y se le dará el peso que estime el juez o el jurado luego de examinarlo con cautela a la luz de toda la evidencia presentada en el caso. En los casos celebrados por jurado se les instruirá a esos efectos”.

En el caso *Pueblo vs. Negrón Vélez*⁹ el Tribunal Supremo de Puerto Rico expone que la prueba de corroboración del testimonio de un cómplice necesario para la convicción del acusado debe tener las siguientes características:

⁸ *People vs. Mores* 472 N.E. 2d 4, Nueva York 1984 citado en el trabajo de John Jeffries y John Gleeson, “The Federalization of Organized Crime. Advantages of Federal Prosecution”, *Hasting Law Journal*, 1995.

⁹ *Pueblo vs. Negrón Velez* 96 D.P.R. 4319 (1968) tomado de *Práctica forense puertorriqueña. Proceso criminal*, Costa Rica, Lexis Law Publishing, 1998, t. 2.

- No es necesario que se corrobore cada hecho testificado por el coimputado.
- Será suficiente si no requiere interpretación profunda y la dirección del testimonio tiende a relacionar al acusado con la comisión del delito de manera que satisfaga al jurado con que el cómplice esta diciendo la verdad.
- Debe tender a implicar al acusado y, por tanto, debe relacionarlo con un hecho que sea un elemento esencial del delito.

En el Reporte de la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre Crimen Organizado se dice que en algunas legislaciones se admite que un partícipe pueda declarar en calidad de testigo (los llamados testigos de la acusación o de la Corona) el Tribunal a petición del Ministerio Público acepta conferir al interesado el estatus de testigo de la acusación, pero es preciso para ello que suministre informaciones que hayan contribuido al conocimiento de la organización criminal y por supuesto no puede haber cometido un homicidio o haber sido fundador de la organización criminal, si se cumplen estas condiciones se suspende la persecución contra él.

IV. AGENTE ENCUBIERTO

El agente encubierto supone una evolución en la lucha contra la delincuencia organizada. Se caracteriza por su infiltración en dinámicas delictivas, o por el uso de una identidad supuesta, para la consecución de pruebas que inculpen a los sospechosos de actividades delictivas propias del crimen organizado, el agente se integra en la estructura de una organización que tenga fines delictivos para, desde el interior la misma, obtener pruebas suficientes que permitan la condena penal de sus integrantes y, como fin último, la desarticulación de la organización criminal.

Se trata de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada. La legislación española lo permite en los delitos especialmente graves, tales como terrorismo, narcotráfico y criminalidad organizada y sólo podrá emplearse cuando el esclarecimiento de las actividades ilícitas resulte imposible o muy difícil por otros medios de investigación. El empleo del agente encubierto deberá ser autorizado por el

Ministerio Fiscal o si existiese procedimiento judicial abierto, por el juez de instrucción competente. El fiscal o el juez que haya autorizado la actuación del agente encubierto ejercerá el control, pudiendo exigir que le sea comunicada la verdadera identidad del agente infiltrado, así como informaciones periódicas sobre el desarrollo de la investigación.

Este agente encubierto tiene las características que bajo autorización del fiscal o juez puede actuar con un nombre supuesto, constando secretamente el nombre real. En el plenario, cuando testifique el agente, se le podrá facultar para que mantenga su identidad supuesta y puede obviarse cualquier dato que sirva a los fines de identificación.

La Ley 91-1264 de Francia regula la actuación de los agentes encubiertos siempre que su actuación tenga como finalidad la investigación de los delitos relacionados con estupefacientes. Se requiere una autorización del juez o fiscal. La Ley responde a una situación concreta vivida en Francia, en la primavera de 1991 cuando seis aduaneros de Dijon y Lyon fueron procesados, juzgados y condenados por adquisición, posesión, transporte y cesión de estupefaciente cuando en realidad estaban en una operación encubierta. En Italia el decreto del 9 de octubre de 1990 lo autoriza para casos de narcotráfico.

En España el objeto de la investigación del agente encubierto lo constituye, en cualquier caso, la actividad desplegada por la criminalidad organizada.¹⁰ Por lo que son nulos los procedimientos que se llevaran a cabo mediante agente encubierto o provocador y su dinámica de actuación, siempre que el número de personas implicadas en el tráfico de drogas objeto de investigación fuera inferior a tres, por cuanto no constituirían el objeto perseguible por la norma.

Esta limitación se ha de añadir a la forma «permanente o reiterada» que se exige por el precepto de una actividad preexistente que se pretende investigar. Tales extremos aparecían ya en resoluciones como la STS del 9 de octubre de 1987, que destacaba que la actividad policial no había estado en ningún caso «encaminada u orientada a suscitar en persona alguna la idea criminal, sino a investigar, esclarecer y, en última instancia, poner término a una actividad delictiva permanente, no ya libremente concebida e iniciada, sino reiteradamente consumada».

¹⁰ Sanz Delgado, Enrique, “El agente provocador en el delito de tráfico de drogas” *La Ley Penal*, núm., 12, España, enero de 2005.

La técnica de provocación se admite también en general bajo la condición de que es preciso que el agente actúe para poner de manifiesto que el sujeto, por ejemplo, ya se encuentra dedicado al tráfico de drogas, no para provocar infracciones por parte de un individuo que no estaba dedicado a ese tráfico. En los Estados Unidos la jurisprudencia ha creado la defensa de *entrapment* (delito inducido por un agente del gobierno) que significa que si el individuo no se encontraba predispuesto a cometer la infracción será absuelto.¹¹ Tanto la jurisdicción estatal como federal lo permiten. Su objetivo fundamental es prevenir al gobierno de fabricar un delito.¹² Lo mismo rige en Francia y Austria y la jurisprudencia belga admite la misma distinción.

En el caso de España la doctrina entiende que el delito provocado aparece, cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona generalmente, un funcionario policial, que guiado por la intención de detener a los sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente propósito delictivo alguno planeado ni decidido. De acuerdo a Gómez de Liaño¹³ la distinción entre el delito provocado y una intervención dirigida a descubrir las pruebas del delito, se manifiesta en la incidencia sobre personas que, en un principio, no tenían intención de delinquir, que es la esencia del delito provocado.

Mientras en el delito provocado se induce a un tercero a la ejecución de un delito que de otro modo no realizaría, en la actividad dirigida al descubrimiento de pruebas sobre un hecho delictivo, el agente levanta una situación delictiva preexistente, es decir, no existe una tentación criminógena, aunque si el descubrimiento de una actividad punible, fruto de una decisión criminal nacida libre y espontáneamente.

Así, la sentencia del 16 de diciembre de 1992 de la Sala Penal del Tribunal Supremo Español señala que no se da delito provocado desde el momento en que la resolución criminal es libre y la iniciación del *iter*

¹¹ Tribunal Supremo de los Estados Unidos, asunto *Sorrels vs. United States*, 287 U.S. 435(1932, citado en “La relación general. Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”, *Revue Internationale de Droit Penale*, 3o. y 4o. trimestre de 1998.

¹² Véase *López vs. United States*, 73 US 427, 434(1963). Igual en *United States vs. Cecil* 96 Fi 3d 1344 ,1347-49 (10 Cir 1996).

¹³ Gómez de Liaño *et al.*, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de Investigación*, España, Colex, 2004.

criminis arranca de una decisión de voluntad del propio autor, aunque lo haga en la creencia de que los agentes infiltrados estarían dispuesto a cometerlo. Es decir, la existencia del delito provocado exige que la provocación parta de las fuerzas policiales, de forma que incitar a perpetrar un delito a quien no tenía previamente tal propósito, creando una voluntad criminal y las condiciones de un delito de imposible consumación por la intervención *ab initio* de la fuerza policial.

La sentencia del 15 de febrero de 1992 se pronuncia en la misma dirección, entiende que no existió delito provocado, toda vez que los procesados poseían una importante cantidad de hachís con la finalidad de tráfico con anterioridad al ofrecimiento de compra por los supuestos compradores agentes de la autoridad. Ésta es la línea jurisprudencial que ha seguido posteriormente el Tribunal Supremo de España.

V. INFILTRACIÓN POLICIAL

La policía, además de utilizar sus propios funcionarios, también utiliza a cualquier persona que colabora proporcionando información de forma ocasional o de carácter continuo. La técnica de infiltración policíaca en el ámbito delictivo no es nueva. Ese procedimiento se ha venido utilizando por largo tiempo aunque no estuviera previsto en la legislación, es una institución reconocida desde hace bastante tiempo tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. Se trata de los llamados informantes, esta actividad debe entenderse como la de infiltrados que sin conculcar legalidad alguna, se encaminan al descubrimiento de delitos y la acumulación de pruebas, lo cual se dificulta extraordinariamente en la criminalidad organizada, por lo cual se le considera como uno de los instrumentos de investigación penal clave en el combate de la delincuencia organizada. Pueden actuar con retribución de sus servicios por parte del Estado o por ánimo de colaborar con la justicia. Estos colaboradores no buscan la comisión de delitos sino conocer los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve; es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación con una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas.

En tales supuestos no puede entenderse que la actividad policial provoque el delito, sino que utiliza técnicas policiales conducentes al descubrimiento de delitos ya cometidos.

La reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de España —plantea Olmedo Cardenote—¹⁴ establece que estas técnicas de investigación judicial deben ir encaminadas a la revelación y descubrimiento de actividades delictivas previas y preexistentes.

En la Sentencia 44-2001 del mismo Tribunal se afirma que el delito provocado es aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente, miembro de las fuerzas de seguridad, que incita a perpetrar la infracción a quien no tiene previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal.

Siempre debe establecerse la distinción entre delito provocado y delito preexistente descubierto por iniciativa del agente policial, que simula aceptar su participación en el delito para consumarlo o como mecanismo o técnica para descubrir su comisión. Para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el *iter criminis* desde la fase de deliberación a la ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, de tal modo que se incite un delito a quien no tenía previamente tal propósito. El agente no puede provocar la voluntad criminal, sin embargo si la intervención de la fuerza policial se limita a poner en evidencia el delito, la información obtenida es totalmente legal.

En general existen reglas para la utilización judicial de esta información tales como:

1. Admisibilidad del secreto de la identidad de los testigos frente a terceros en la fase policial y judicial instructora, las informaciones y datos incriminatorios que pudieran aportar los “infiltrados” nunca cabría utilizarlos en la forma de “declaraciones anónimas” ni podrían servir de prueba única fundamentadora de una condena.
2. En la fase judicial la parte acusada y su representante siempre pueda conocer qué personas o quienes son los que se manifiestan como eventuales testigos de cargo.

¹⁴ Olmedo Cardenote, Miguel “La provocación del delito y el agente provocador en el tráfico de drogas”, *op. cit.*, coordinada por Morillas Cuevas.

3. Conocida la identidad de tales testigos en el plenario (tanto por el Tribunal como por las partes), pueden permanecer ocultos pero deben estar sujetos al principio de contradicción; o sea, el interrogatorio por parte de la defensa. Pudiendo por tanto permanecer desconocidos para el acusado su domicilio y en especial su imagen física en el acto de juicio oral.

En consecuencia, el juez sentenciador no puede fundamentar la condena en testimonios de personas que no han comparecido en el plenario o, aunque lo hayan hecho, se desconozca su identidad, aun cuando hubieren declarado con anterioridad ante la policía o el juez de instrucción, so pena de vulnerar las garantías de un proceso. Los datos que aporta pueden servir para que la investigación avance.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera válida la utilización de confidentes en la fase de instrucción, así como la permanencia de su anonimato durante esta fase, pero destaca que cuando se quieran utilizar en el juicio como prueba de cargo, para preservar su carácter de prueba, resulta imposible mantener el anonimato. En casos excepcionales, en que peligra la vida de los confidentes, éstos tienen que declarar ante un órgano jurisdiccional con todas las medidas de seguridad, pero siempre se les debe otorgar posibilidades a los acusados o a sus defensores para interrogarlos y garantizar, asimismo, que dicho testimonio no sea la única prueba de cargo. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 20 de noviembre de 1989. Caso *Kotovski vs. Holanda*.

En Estados Unidos de América en la etapa investigativa y de instrucción, la identidad de un informante no tiene que ser revelada, pero la policía para solicitar algún permiso (como el registro de un domicilio) basado en la información otorgada por un infiltrado. Tiene que argumentar las razones de la credibilidad y confiabilidad de la información. Caso *Aguilar vs. Texas* 378 US Supreme Court.1964.¹⁵

¹⁵ Tomada de *Cases and problems in Criminal Procedure*, 2a. ed., Casebooks series Myron Moskowitz, 1998.

VI. ENTREGA VIGILADA

En los casos que las autoridades penales tienen sospecha de que en el interior de un envío a través de la correspondencia se encuentra oculto un género de tráfico prohibido, deben proceder a acordar inmediatamente su detención, apertura y examen. Por supuesto en el desarrollo operacional de esta modalidad puede haber dificultades, los remitentes y destinatarios pueden ser falsos. Por otra parte el solo hecho de que una persona aparezca como destinatario de una remesa o acuda a recoger un envío, no siempre constituye prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que puede alegar un completo desconocimiento sobre el contenido ilícito del envío, de manera que su posible culpabilidad ha de quedar sometida a la prueba de indicios, debiendo existir entre los indicios y el hecho necesitado de prueba un enlace preciso y directo.

La entrega vigilada es útil en particular en los casos en que el contrabando se identifica o intercepta en tránsito para luego entregarse bajo vigilancia a fin de identificar a los presuntos beneficiarios o vigilar su distribución posterior a toda la organización delictiva. Lo más recomendable es promulgar leyes para permitir esta actividad o contemplarla en las leyes de procedimiento penal.

Dada las limitaciones que tiene la detención y entrega de los envíos es que se desarrolla la circulación y entrega vigilada como técnica de circulación. En la circulación controlada en la cual no se detiene el curso del envío, sino que por el contrario una vez comprobada la ilicitud se trata de permitir que las sustancias, equipos y materiales que pueden ser objeto de esta medida, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas especialmente de “blanqueo de dinero” o “blanqueo de capitales” y del tráfico de drogas que circulen por el territorio de un país dado, salgan o entren, no sean interceptados por la autoridad competente o por funcionarios policiales, con el fin de descubrir las pruebas e identificar a todas aquellas personas involucradas en este tipo de delito, así como desintegrar las organizaciones criminales involucradas.

La práctica de estas medidas de entrega vigilada debe acordarse caso por caso, teniendo en cuenta su necesidad y los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades ciertas de vigilancia, y dependiendo de la autoridad actuante, deben comunicarse y aprobarse las actuaciones por el fiscal o juez de instrucción según el ca-

so, de lo contrario se corre el peligro que se declare la nulidad de las actuaciones practicadas.

Estas entregas vigiladas generalmente se realizan por agentes que actúan bajo cobertura, sin manifestar su verdadera identidad.

En síntesis, como resalta, a grandes rasgos, la Sentencia del Tribunal Supremo Español núm. 308/2002, del 22 de febrero, la dinámica investigadora propia de la entrega vigilada suele conllevar: *a)* una autorización justificada de circulación y entrega de la sustancia prohibida; *b)* tal autorización puede otorgarse, y de hecho es una práctica habitual, por el juez competente, que es el del lugar donde el paquete despierta sospechas de contener sustancias estupefacientes; *c)* la circulación está en todo momento controlada por los funcionarios de la policía judicial; *d)* que la entrega se realice por uno de estos agentes haciéndose pasar, con la debida autorización, por funcionario de correos, «legítimo ardid que ningún parecido tiene con la actuación de un agente encubierto a que se refiere el artículo 282 bis L E. Criminal».

VII. VIGILANCIA ELECTRÓNICA O INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS

Estas intervenciones son a menudo indispensables para probar ciertas actividades propias de la criminalidad organizada. Los sistemas son casi unánimes en la posibilidad de realizar intervenciones telefónicas. Sin embargo las condiciones son muy estrictas:

- La decisión debe ser tomada de forma motivada de acuerdo al sistema procesal de cada país por un fiscal o juez que tenga la misión de velar por la legalidad y el respeto a las libertades individuales.
- La decisión sólo debe ser aceptada para ciertas infracciones de especial gravedad.
- Las grabaciones deben ser destruidas después de terminado el procedimiento.

Se trata de una excepción al respeto al derecho fundamental de la inviolabilidad de comunicaciones privadas, lo que es norma permisiva a la trasgresión del bien jurídico tutelado, que es la privacidad o intimidad de las personas.

Lo que trata de garantizar la legislación en la mayor parte de los países es la impenetrabilidad de terceros ajenos a la comunicación, de tal modo que la presencia de un elemento extraño a aquellos entre quienes media la conversación deviene indispensable para configurar la ilicitud. El contenido de una conversación puede llegar al proceso por la vía de su reproducción oral, cuando alguno recuerda fielmente lo conversado, o mediante la entrega de una cinta que recoja textualmente el intercambio de palabras entre los asistentes, no puede establecerse un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma.

Por tanto es diferente la actitud de quien oye-graba una conversación de otros y de quien oye-graba la conversación con otro, por tanto, será totalmente lícito quien graba la conversación con otro, por ejemplo, un infiltrado policial o agente encubierto, para después ser valorada judicialmente.

Vale la pena reseñar la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 25 de enero de 1998 que dispone así:

En el presente supuesto no es que la habilitación careciera de motivación, sino que dicha autorización ni siquiera era precisa ya que –tal como recuerda el Ministerio Público y afirma la Sentencia del 27 de noviembre de 1997, con referencia a la 114-1984 del Tribunal Constitucional hemos de diferenciar el supuesto en que se graba una conversación de otros que atenta el derecho al secreto reconociendo en el artículo 18.3 de la CE de aquel en que se graba una conversación que se mantiene personalmente con otro, pues tal conducta no es contraria al precepto fundamental citado. Por ello la grabación de las palabras del acusado en conversación con el agente infiltrado realizadas con el propósito de su posterior revelación no vulnera derecho fundamental alguno.¹⁶

En España la limitación de la escucha se deja en manos del juez de instrucción, a quien corresponde la ponderación de los intereses en juego, mediante un juicio acerca de la proporcionalidad y necesidad de la medida, que deberá desprenderse una resolución judicial motivada.

Los requisitos son:

1. Proporcionalidad de la misma. Para ello debe cumplirse con un juicio de idoneidad, si se puede cumplir el objetivo propuesto sin que exista otro para obtener los resultados esperados.

¹⁶ Liaño, Gómez de, *op. cit.*, nota 12.

2. Existencia de un delito y de la intervención en él de una o varias personas y de que por la observación telefónica se podrá conseguir información importante para acreditar el delito y la participación en el mismo del delincuente.
3. Explicitación de la justificación mediante la pertinente motivación.

En México la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada faculta a los titulares del Ministerio Público en las entidades federativas a intervenir las comunicaciones privadas. La solicitud debe ser hecha al juez de distrito mediante escrito fundado y motivado del Ministerio Público expresando el objetivo y la necesidad de la intervención, indicios que hagan presumir fundadamente que en los delitos que se investigan participa algún miembro de la delincuencia organizada, hechos, elementos y circunstancias que se pretende probar.

El juez tiene un plazo de 12 horas, contadas a partir de recibida la solicitud. La intervención sólo puede ser para asuntos concretos, el plazo de intervención no puede ser mayor de 6 meses, incluidas las prorrogas.

Las comunicaciones privadas pueden ser de distinto tipo; que permitan comunicación ya sea oral, escrita, por signos, señales, mediante aparatos electrónicos, mecánicos, eléctricos, alámbricos o inalámbricos, sistemas informáticos, etcétera.

El resultado de la instrucción será entregado al juez del distrito al iniciarse el proceso.

En Estados Unidos, la materia regulada en el título III de *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act* de 1968, modificada por *Electronic Communications Privacy Act* de 1986 define: *wire communications* como cualquier transferencia hecha en todo o en parte a través del uso de facilidades para la transmisión de comunicaciones por el aire o través de alambres, cables o cualquier otra forma de conexión entre el punto de origen y el punto de recepción... y operado por un personal encargado de proveer y operar estas facilidades de transmisión”.¹⁷

La información obtenida con violación de la ley no puede ser utilizada ante ninguna autoridad de los Estados Unidos. Sólo fiscales del más alto nivel como el fiscal general, vicesfiscales y otros directivos de la fiscalía

¹⁷ A. Saltzburg, Stephan y J.Capra, Daniel, *American Criminal Procedure. Cases and Commentary*, 6a. ed., Estados Unidos, St. Paul Minn, colección American Cases-book Series, 2000

o fiscales expresamente designados por el fiscal general pueden solicitar a un juez federal de la jurisdicción competente, siempre que la interceptación pueda ser útil en delitos específicos (asesinatos, secuestros, drogas, extorsión, juego, robo) o cualquier otro delito peligrosos para la vida; la propiedad, y con sanción de más de un año de privación de libertad. Las órdenes que autorizan la interceptación tienen que contener todos los detalles de la identidad de las personas y del tipo de conversación que se necesita grabar. La autorización no puede ser por un periodo mayor de 30 días.

VIII. DERECHO A LA DEFENSA

Por supuesto la mayor parte de las legislaciones aceptan la defensa en los casos del crimen organizado, sin embargo el tema tiene algunas especificidades en la legislación en estos casos, un ejemplo de ello es la presencia del abogado en el interrogatorio, en varias legislaciones no se permite en el interrogatorio judicial se trate o no de crimen organizado, por ejemplo: Alemania, Bélgica, Francia, Grecia y Suiza. Casi todas las legislaciones reconocen que el abogado tiene el derecho de visitar a los clientes fuera del interrogatorio. Sin embargo, la entrada de los abogados en estos se demora. En algunos países, por ejemplo, si en un caso ordinario puede entrar a las 24 horas de la detención puede aplazarse a 72 horas en el caso de delitos de terrorismo y tráfico de drogas.

En cuanto al conocimiento del expediente por el abogado, raramente se admite durante la investigación policial de delitos de crimen organizado, salvo en países como Holanda donde el abogado puede tanto asistir al interrogatorio como revisar el expediente; de acuerdo al Código Procesal Penal Holandés la fiscalía o el juez de instrucción puede oponerse a esta comunicación en interés de la preservación de las pruebas. Una vez que el expediente está en la llamada fase preparatoria o de instrucción el derecho del abogado de acceder a las actuaciones es generalmente reconocido salvo en algunos países donde el juez puede limitar ese derecho pero en casos muy graves y por un periodo de tiempo que debe estar claramente establecido.

Otro aspecto es el relativo a los testimonios anónimos, como hemos dicho las pruebas consistentes en declaraciones hechas por testigos anónimos no son evidentemente conformes con el principio de contradicción y desconocen, en consecuencia, los derechos de defensa por lo cual no pueden ser utilizadas en la fase de juicio oral.

IX. PROTECCIÓN DE TESTIGOS

Por testigo según la Resolución del Consejo de Europa del 23 de noviembre de 1995 debe entenderse toda persona, a los efectos de esta protección, cualquiera que sea su situación jurídica, que disponga de información o de datos considerados importantes por las autoridades competentes de las diligencias penales y cuya divulgación pueda ponerla en peligro. Los testigos deberán estar protegidos contra cualquier forma de amenaza, presión o intimidación directa o indirecta, la protección debe ser antes, durante y después del proceso y puede incluir a los padres, hijos u otros allegados. Las autoridades deberían decidir quienes pueden conocer el domicilio y todos los demás elementos de identificación del testigo. En casos excepcionales puede autorizarse a cambiar de identidad.

El crimen organizado, por sus propias características somete a particulares presiones a todos los que gravitan a su alrededor, se trata de individuos implicados en los hechos o de los órganos de represión encargados de conocerlos.

El artículo 24 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional requiere que los Estados adopten medidas apropiadas contra posibles actos de represalia o intimidación.

Similar medida se propone que se haga para las víctimas, ya que su protección es importante dados los perjuicios sustanciales que pueden sufrir a manos de la delincuencia organizada transnacional.

Esta obligación se extiende para abarcar la protección de personas que participan o han participado en las actividades de un grupo delictivo organizado y que posteriormente cooperan con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, o les prestan asistencia, se trate o no de testigos. De no hacerlo así, podrían encontrarse motivos que comportasen re-tratamientos e inhibiciones por parte de posibles testigos y peritos, no deseables en un Estado de derecho.

Es obvio, sin embargo, que las garantías arbitradas en favor de los testigos y peritos no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado; es decir, no pueden violar los principios del proceso penal.

El juez o tribunal debe tener la facultad de apreciar el grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección que considere necesarias, previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

De acuerdo con directrices señaladas por el derecho comparado, se ha entendido imperiosa e indeclinable la promulgación de normas precisas para hacer realidad aquel propósito de protección de testigos y peritos que, además, ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo principio general se hace también patente en la Resolución 827/1993, del 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, concerniente a la antigua Yugoslavia.

En algunos países también está contemplada la protección física o material de los testigos; por ejemplo: en Suecia se entrega un teléfono móvil conectado directamente con la Policía; en Polonia se contempla hasta el cambio de identidad y domicilio; en Holanda se contemplan programas en los que se encuentran fijados los criterios de protección, teniendo en cuenta el miedo por la vida del testigo.

Existen soluciones similares, por ejemplo, en el caso de Finlandia el testigo puede declarar la dirección que desee, como su lugar de trabajo; en Suecia desde la ley de 1994 (Código Procesal Penal) no se revela públicamente la dirección del testigo salvo que sea estrictamente necesario; en Francia, los testigos pueden, con autorización del fiscal de la república o del juez de instrucción, declarar como domicilio la dirección de la comisaría o de la brigada de la gendarmería y los propios policías y gendarmes pueden declarar como domicilio la dirección del lugar donde ejercen sus funciones. Sin embargo, casi ninguna ley permite ocultar su nombre ya que en la práctica equivale a un testigo anónimo. Existe una ley chilena del 30 de enero de 1995 que autoriza al testigo a presentarse con una identidad falsa; en Polonia en caso de peligro grave para el testigo o la familia, el tribunal durante la vista puede decidir mantener en secreto la identidad del testigo y su dirección e incluso puede realizar el interrogatorio en un lugar separado de la sala de audiencia o por circuito cerrado de televisión; en Austria, el tribunal puede autorizar que no se hagan preguntas sobre su identidad y puede ser interrogado a distancia mediante un procedimiento audiovisual. Estos procedimientos se han vuelto bastantes frecuentes en la legislaciones procesales.

Según Andrade Sánchez mediante este programa se resguardaran al testigo y a sus familiares, siempre que hayan aportado datos para la captura de los participantes en organizaciones criminales. En consecuencia, los transfieren a localidades lejanas, otorgándoles nueva identidad, apoyo económico, médico, de educación para sus hijos y nuevos empleos.

En Estados Unidos con el propósito de obtener testimonios en contra de la criminalidad organizada, los fiscales federales de Nueva York, California e Illinois tienen la capacidad para ofrecer inmunidad a personas que, aun habiendo estado involucrado, en la comisión de delitos, acepten testificar contra los miembros de la organización y especialmente de los cabecillas, con el propósito de obtener pruebas testimoniales de las actividades ilícitas de las asociaciones delictivas de alto nivel.

Esta protección es válida contra cualquier acusación por una actividad mencionada en el testimonio. Es muy útil en el crimen organizado y funciona con mucha eficacia ya que puede haber presuntos acusados cuyas pruebas son muy débiles contra él, por tanto, la fiscalía puede negociar su inmunidad a cambio de su declaración.

En Canadá existe una ley llamada Programa de Protección de Testigos de 1996 que establece: *a)* que toda persona que haya proporcionado o convenido en proporcionar información o pruebas, o que participe o convenido en participar en un asunto relacionado con una indagatoria o con, la investigación o enjuiciamiento de un delito y que pueda necesitar protección debido al riesgo, para su seguridad en la indagatoria, la investigación o el enjuiciamiento, o *b)* toda persona que debido a su relación o asociación con una persona mencionada en el inciso a, puede necesitar también protección por las razones indicadas. El Programa incluye protección de identidad y arreglos y acuerdos con otras jurisdicciones.

X. CONCLUSIONES

Tal como hemos expuesto, en muchas legislaciones se han acogido estos medios para ser utilizados en el proceso penal contra el crimen organizado, camino éste que consideramos aceptado y necesario. Lo que debe quedar claro es la necesidad de que estos medios, que podemos considerar extraordinarios, queden sujetos a la legalidad y al más estricto control judicial, ya que son realmente muy agresivos y en caso de no existir un verdadero control judicial sobre su utilización terminaría pervertiendo el proceso penal no sólo contra la criminalidad organizada sino en toda su actuación.