

### III. LAS “NUEVAS” TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

La reforma de 2016 incorporó a la LFDO varias figuras y medidas extraordinarias destinadas a facilitar el descubrimiento de la verdad. El hallazgo de la verdad cuenta como principio o fin —según la perspectiva desde la que se contemple— del proceso penal en los términos de la reforma de 2008 al artículo 20 constitucional. En este sentido, sustenta la legitimidad de la justicia y del quehacer jurisdiccional.<sup>53</sup>

Entre las medidas aportadas por la reforma de 2016 apareció el agente encubierto. El artículo 11 dispone que el titular del Ministerio Público de la Federación —hoy el Fiscal General de

---

<sup>53</sup> Michele Taruffo destaca el valor verdad en el proceso: “ese valor —la verdad— existe y... es relevante... la administración de justicia constituye un sector importantísimo de la vida social y de la actividad del Estado, de modo que en ella debieran reencontrarse los mismos valores de verdad que representan... los criterios constitutivos del correcto funcionamiento del sistema sociopolítico”. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. de Daniela Accatino Scagliotti, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 114 y 115. Advierte: “a menudo el valor de la verdad en el contexto de la administración de justicia es negado por razones *ideológicas*, relativas a la forma en que se concibe la naturaleza y la función del proceso”. *Il proceso civile “adversary” nell’esperienza americana*, Padova, CEDAM, 1979, p. 125. Impugna, a este respecto, el procedimiento adversarial: es “estructuralmente inadecuado, y resulta incluso fuertemente contraindicado para la búsqueda de la verdad, además de fundarse en una ideología de la justicia que no reconoce a la verdad ningún valor positivo”. *Ibidem*, p. 129; es incapaz de garantizar el descubrimiento de la verdad. *Cfr. ibidem*, p. 131. No lo ha entendido así la legislación reglamentaria, desatención que no examinaremos ahora (al respecto, *cfr.* García Ramírez, Sergio, *El procedimiento penal. Constitución y Código Nacional*, con la colaboración de Eduardo Rojas Valdez, México, Porrúa-UNAM, 2018, pp. 193 y ss.).

la República— o el servidor público en quien éste delegue la correspondiente facultad, puede autorizar operaciones encubiertas a fin de investigar “las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación e identidad” —esto último fue incorporado por la enmienda analizada—. Con ese propósito se proporcionará una nueva identidad a los agentes del orden público. El artículo 11 bis previene que “ninguna persona podrá ser obligada a actuar en operaciones encubiertas”.

Esta figura ha merecido la crítica de un importante sector de la doctrina, que suele señalar el detrimento que supone para el derecho a la intimidad. Al final del día, se trata de un agente estatal que finge una identidad diversa, con el objetivo de ganar la confianza de la persona investigada —sobre cuya responsabilidad penal no existe prueba plena—, a la que se hace creer que el servidor público es un particular.

Belem Martínez Bolaños advierte que la figura del agente encubierto se basa en el engaño. Es cierto que otras técnicas de investigación implican necesariamente este elemento, como la vigilancia o la intervención de comunicaciones, pero en el caso del agente encubierto el engaño llevará a que el agente

trabe amistad, confraternice, o simplemente “trabaje” con diversos sujetos a los que terminará conociendo, y ello supone que conversará con ellos, en ocasiones tendrá que entrar en lugares cerrados, incluso domicilios de estas personas, podrá conocer sus comunicaciones, etc., lo que significa que de un solo golpe, el “engaño” pone al agente infiltrado ante la posibilidad de afectar varios derechos fundamentales como son la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, etc.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> “El agente encubierto como medio de prueba extraordinaria contra el crimen organizado”, *Derecho Penal Mínimo. Revista de Análisis Jurídico Penal*, México, núm. 10, octubre 2010, p. 50. Para Flavia Lamarre, “el agente encubierto hunde sus raíces en el sistema inquisitivo. Detrás de esta figura se alza el objetivo final de averiguar la verdad a cualquier precio... El agente encubierto supone la presencia continua del Estado en la esfera de intimidad de una persona, al punto que puede saber mucho más de ella que aquello estrictamente necesario

Los derechos fundamentales no son ilimitados —oración frecuentemente recordada por los legisladores—, pero las restricciones que se les impongan deben satisfacer ciertas condiciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Para atenderlas, lo idóneo es que sea la autoridad judicial la que autorice las restricciones, considerando las circunstancias del caso.

De los preceptos citados se desprende que la LFDO no incluye esta garantía, en tanto faculta al propio titular del Ministerio Público a decidir la procedencia de la medida. Ese titular es una autoridad, que en este caso actúa con parcialidad; por ello es preciso que la potestad de aprobar la restricción a derechos humanos quede en manos de un tercero: el juzgador.

Es evidente que la exclusión de la intervención judicial pretende favorecer la secrecía de la operación y evitar filtraciones de información que pongan aquélla en riesgo, e incluso representen un peligro para la vida de los agentes. Empero, no es posible utilizar esta medida indiscriminadamente; su carácter extraordinario supone que sólo se les utilice cuando no exista otro medio para allegarse evidencia. He aquí otra razón para que el empleo de agentes encubiertos se sujete al control de juzgadores de alto nivel.

Obviamente, el agente encubierto incurrirá en la comisión de conductas típicas, cuando menos a título de delincuencia organizada. En principio, dichos comportamientos no serán constitutivos de delito, porque estarán justificados con base en el cumplimiento de un deber jurídico previsto en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal.<sup>55</sup> Lo anterior no significa que el agente pueda realizar cualquier conducta; su calidad de

---

para obtener una condena judicial”. “Agentes encubiertos y criminalidad organizada: derechos y demagogia”, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, núm. 88, 2010, p. 183.

<sup>55</sup> Beatriz García Sánchez analiza otras opiniones doctrinales en torno a la no configuración de delitos a partir de la conducta de los agentes encubiertos. *Cfr.* “Medios legales en la persecución de la delincuencia organizada eficaces y legítimos”, en Morán Blanco, Sagrario, Roperero Carrasco, Julia y García Sánchez, Beatriz, *Instrumentos internacionales en la lucha contra la delincuencia organizada*, Madrid, Dykinson, 2011, pp.136-138.

servidor público lo coloca en una posición de garante de determinados bienes jurídicos. Además, es necesario observar la finalidad específica de la figura analizada: indagar la existencia de delitos y la responsabilidad de ciertos sujetos. Por ende, es preciso valorar en cada caso la racionalidad de la actuación del agente encubierto, que a su vez permitirá aplicar la excluyente mencionada. Si éste enfrenta el dilema de proteger bienes jurídicos o tener éxito en la investigación encomendada, debe optar por la primera alternativa.<sup>56</sup>

Se incorporaron al artículo 11 bis 1 otras novedades sobre técnicas de investigación, cuya aplicación tampoco requiere autorización judicial, al amparo de una redacción que en algunos casos resulta vaga o ambigua. Así, la fracción I se refiere a “medios e instrumentos y cualquier herramienta que resulten necesarios para la generación de inteligencia”. La aplicación de esta técnica se reduce a lugares públicos. Aquí es posible incluir múltiples acciones, cuya operación será legítima cuando no ponga en juego la vigencia de derechos humanos.

La fracción II menciona la “utilización de cuentas bancarias, financieras o de naturaleza equivalente”. Esta técnica genera varias incógnitas: ¿utilización para qué?, ¿de qué forma?, ¿las cuentas corresponden a sujetos investigados? De ser esto último, sería estrictamente necesaria la intervención judicial. Además, considérese que las acciones que el Estado puede ejercer sobre cuentas de particulares en el desarrollo de una investigación no son más que medios de análisis o, en todo caso, medidas cautelares consistentes en la inmovilización de recursos, lo que dista mucho de constituir una “utilización”.

En la fracción III se alude a la vigilancia electrónica. Las alternativas son diversas, y muestran el valor que puede aportar la

---

<sup>56</sup> *Cfr.*, en similar sentido, Bolaños Martínez, “El agente encubierto...”, *cit.*, p. 60, y Santiago Vasconcelos, José Luis *et al.*, “Operaciones bajo cobertura”, en Herrán Salvatti, Mariano *et al.* (coords.), *Análisis, técnicas y herramientas en el combate a la delincuencia organizada y corrupción. Con fundamento en la Convención de Palermo*, México, Fiscalía General del Estado de Chiapas-Ediciones Coyoacán, 2007, p. 97.

tecnología para la investigación del delito. Ahora bien, la vigilancia no autorizada por un juez sólo será válida cuando se ejerza en lugares públicos; de lo contrario, se invadirá el terreno de los derechos humanos. La fracción IV prevé el seguimiento de personas. Es evidente la utilidad de esta medida, pero preocupa la falta de previsión sobre sus límites temporales u operativos.

La fracción V menciona la colaboración de informantes. No existe claridad sobre el contenido exacto de esta figura. Por supuesto, el Código Nacional de Procedimientos Penales ya considera la prueba testimonial. Por lo demás, la LFDO otorga ciertas ventajas a los integrantes de grupos delictivos organizados que aporten información, tema recogido en los artículos 35 y subsecuentes, que analizaremos *infra*. En fin de cuentas, ¿quiénes son estos informantes? ¿Cuál es su diferencia con los testigos y con los colaboradores? Pudiera resultar inútil esta disposición legal por carencia de contenido específico.

Finalmente, la fracción VI brinda fundamento a la figura de usuarios simulados, cuya naturaleza es similar a la de los agentes encubiertos. No se trata de servidores públicos que simulan incorporarse a las filas de la delincuencia organizada, sino de falsos “clientes”, personas que recurren a los “servicios” proporcionados por las estructuras criminales a fin de generar prueba sobre la responsabilidad de ciertas personas.

Pongamos énfasis en la acción descrita: no se busca obtener prueba o descubrir evidencia, sino generarla, construirla, fabricarla, es decir, provocar un hecho que no existiría sin la intervención del usuario simulado. Por ello es inadecuado llamarla “técnica de investigación”: en realidad no se está indagando la existencia de un delito cometido, sino provocando la realización de una conducta ilícita. De ahí que Manzini considere que la práctica de esta figura constituye una “*semplice commedia*”.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Salama, Maamoun, *L'agente provocatore*, Milán, Dott. A. Giuffrè editore, 1965, p. 26.

La figura del usuario simulado coincide con lo que la doctrina ha denominado “agente provocador”; es más amplio el alcance de este concepto, pero en todo caso se trata de una persona que genera las condiciones fácticas para la aparición de una conducta delictiva cometida por un tercero. El mismo Carrara se refirió críticamente a esta figura: “Es satánico el papel del que induce a Ticio a cometer un delito para denunciarlo y arruinarlo. Y es, además, infamia execrable, cuando ese papel lo representan agentes gubernativos por fines políticos”.<sup>58</sup>

Dado que nos hallamos ante una simulación, en el más literal de los sentidos, cabe preguntarse si es posible sostener que la conducta provocada reúne todos los elementos para ser considerada delictuosa. En la medida en que el comportamiento provocado se presenta en un “ambiente controlado”, no existe posibilidad real de daño o puesta en peligro para el bien jurídico tutelado. La conducta no será típica si, por ejemplo, la víctima de trata de personas es una actriz o un actor que asumen la apariencia de víctimas, o si no existe riesgo para la salud pública cuando se provoca la compra de narcóticos de un falso cliente.

Por ello, Camilo Sampedro Arrubla, quien califica al agente provocador como una “zona de no derecho”,<sup>59</sup> considera que mediante el uso de esta figura únicamente será posible obtener prueba de la tendencia a delinquir de una persona, mas no de la concreta aparición de un delito.<sup>60</sup> En consecuencia, el resultado obtenido no será válido para sustentar la atribución de responsabilidad en un modelo que se basa en el derecho penal de hecho, y que niega, por tanto, la peligrosidad como factor para la imposición de una pena.

Algunos autores estudian el problema con base en el delito imposible, en tanto existe un objeto inidóneo o los medios em-

---

<sup>58</sup> *Programa de derecho criminal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1996, vol. I, pp. 297 y 298.

<sup>59</sup> “El agente provocador frente a la Constitución nacional”, *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Bogotá, vol. XXII, núm. 71, enero-abril, 2001, p. 19.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 22.

pleados pueden tener este carácter en virtud de la situación particular en la que se presentan.<sup>61</sup> Maamoun Salama distingue entre la inexistencia y la invulnerabilidad del objeto. Sostiene que el hecho de que existan los mecanismos para que la conducta no produzca verdaderos efectos lesivos no impide que en abstracto se trate de una conducta idónea, que no pierde esa característica por la presencia de circunstancias exteriores.<sup>62</sup>

El usuario simulado no podría ser un auténtico instigador, porque existe una diferencia importante entre “acelerar” una conducta que eventualmente ocurriría, y generar la idea criminal.<sup>63</sup> En cualquier caso, es temerario sostener que el delito se produciría aun sin la intervención del usuario simulado. Si así fuera, no sería necesario recurrir a esta figura; bastaría la vigilancia en espera de un hecho verdadero.

---

<sup>61</sup> Torres y Marrazzo, “El agente provocador...”, *cit.*, p. 1. Estos autores señalan: “Esta imposibilidad de realización del daño no es accidental, como lo sería si hubiese supuesto una circunstancia sobrevenida durante el curso de la acción, sino que es inicial, preconstituida, estando, desde el principio al fin, excluido el peligro para el interés protegido. Los actos realizados tienen, en todo caso, una idoneidad solamente aparente, ya que el resultado al cual se dirigen es del todo irrealizable. Si cualquier motivo puede determinar la inexistencia del delito por inidoneidad de la acción, la intervención del agente provocador (copartícipe simulado) resta totalmente eficacia a la conducta común y excluye toda posibilidad de daño o peligro para el bien jurídico, ya que su actividad si es inicial y preconstituida, supone y contiene un obstáculo que impide de modo absoluto la consecución del resultado y produce, por consiguiente, la insubsistencia del delito. Desde este punto de vista no cabe duda que podríamos afirmar que la consumación es imposible y la tentativa inidónea”. *Ibidem*, p. 2. *Cfr.*, igualmente, Salama, *L’agente provocatore*, *cit.*, pp. 21-26.

<sup>62</sup> Salama, *L’agente provocatore*, *cit.*, pp. 42-45.

<sup>63</sup> Bolaños Martínez, “El agente encubierto...”, *cit.*, p. 63, y Salama, *L’agente provocatore*, *cit.*, pp. 13 y 77.