

Máster Universitario en Derecho Penal y Procesal Penal
2022-2023

Trabajo Fin de Máster

“El Agente Especial como Técnica Especial de Investigación contra la Organización Criminal y la Corrupción en el Perú y España”

Walter Alex Prado Chuchón

Tutor

María Rocío Zafra Espinosa de los Monteros

Madrid, 2023

DETECCIÓN DEL PLAGIO

La Universidad utiliza el programa **Turnitin Feedback Studio** para comparar la originalidad del trabajo entregado por cada estudiante con millones de recursos electrónicos y detecta aquellas partes del texto copiadas y pegadas. Copiar o plagiar en un TFM es considerado una **Falta Grave**, y puede conllevar la expulsión definitiva de la Universidad.



[Incluir en el caso del interés de su publicación en el archivo abierto]

Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada**

RESUMEN

En el presente estudio se analiza la justificación, configuración, operatividad y rendimiento de la figura del agente especial, como técnica especial de investigación, contra del crimen organizado y la corrupción, teniendo como referencia su regulación en la legislación peruana, y que no está permitida en la legislación española; además, se efectúa una comparación con otras figuras similares y se hace hincapié en su diferenciación con el agente encubierto, a partir de lo cual se propone modificaciones de *lege ferenda* sobre dicha figura, a fin de acotar su excesiva amplitud, concentrar su eficacia, mitigar sus efectos negativos en los derechos fundamentales y legitimar su aplicación.

En ese sentido, como marco general y con la finalidad de conocer la importancia y necesidad de regular la figura del agente especial, se desarrolla previamente nociones generales sobre el fenómeno de la organización criminal, tales como su definición, rasgos característicos, tipos de organización criminal y sobre todo su relación con la corrupción, como método de subsistencia y potenciación de su actividad criminal, que pone en riesgo el orden social, económico y político de los estados, con lo que se justifica la necesidad de regular y aplicar la figura del agente especial como método de lucha contra dicho fenómeno y la corrupción.

Palabras Clave

Agente especial, agente encubierto, organización criminal, técnicas especiales de investigación.

DEDICATORIA

A mi amada esposa Sintia Lizana, porque esta investigación tiene impregnada su compañía.

El Agente Especial como Técnica Especial de Investigación contra la Organización Criminal y la Corrupción en el Perú y España

ÍNDICE.....

INTRODUCCIÓN.....

I. LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

1.1. DEFINICION

1.2. LA REGULACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

1.2.1. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

1.2.2. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN ESPAÑA

1.2.3. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN EL PERÚ

1.3. LOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

1.3.1. PLURALIDAD DE TRES O MÁS PERSONAS

1.3.2. REPARTO DE FUNCIONES

1.3.3. VOCACION DE PERMANENCIA EN EL TIEMPO

1.4. TIPOS DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y SU RELACIÓN CON LA CORRUPCIÓN

1.4.1. TIPOS DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

1.4.2. RELACIÓN ENTRE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y LA CORRUPCIÓN

II. LAS TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

2.1. JUSTIFICACIÓN DEL USO DE TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

2.2. REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN EN EL AMBITO INTERNACIONAL Y LOS PAISES DE PERÚ Y ESPAÑA

2.3. EL AGENTE ESPECIAL, DEFINICIÓN, FIGURAS SIMILARES, SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON DICHAS FIGURAS

2.3.1. DEFINICIÓN

2.3.2. FIGURAS SIMILARES AL AGENTE ESPECIAL

2.3.1.1. EL INFORMANTE O CONFIDENTE

2.3.1.2. EL COLABORADOR EFICAZ O ARREPENTIDO

2.3.1.3. EL AGENTE ENCUBIERTO

2.3.3. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL AGENTE ESPECIAL Y OTRAS FIGURAS SIMILARES

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN DEL AGENTE ESPECIAL EN EL PROCESO PENAL PERUANO Y PROPUESTA DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA

3.1. MOTIVOS DE LA REGULACIÓN DEL AGENTE ESPECIAL EN EL PERÚ

3.2. DELITOS EN LOS QUE PROCEDE APLICAR LA FIGURA DEL AGENTE ESPECIAL

3.3. PERSONAS QUE PUEDEN ACTUAR COMO AGENTE ESPECIAL

3.4. PROPORCIONALIDAD CONCRETA PARA AUTORIZAR EL USO DEL AGENTE ESPECIAL

3.5. ESTANDAR PROBATORIO Y OPORTUNIDAD PROCESAL

3.6. AUTORIDAD QUE CONCEDE LA TÉCNICA, CONTENIDO DE LA AUTORIZACIÓN, CONTROL Y DURACIÓN DE LA MEDIDA

3.7. DIFERENCIACION ENTRE EL AGENTE ESPECIAL Y EL AGENTE ENCUBIERTO

3.8. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL AGENTE ESPECIAL Y LA LICITUD DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS CON SU ACTUACIÓN.

3.9. JUSTIFICACIÓN DE LA RECONFIGURACIÓN DEL AGENTE ESPECIAL

3.10. PROPUESTA DE LEGE FERENDA

IV. CONCLUSIONES

V. BIBLIOGRAFÍA

I. LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

1.1. DEFINICIÓN

No existe una definición unívoca de organización criminal y no ha sido posible estatuir la debido a que posee una dinámica cambiante y carácter complejo; esto es así, pues sus características, tales como su tipo de estructura, tipo de actividades delictivas, modus operandi, perfil de sus integrantes y otros, varían según el contexto espacial, temporal y cultural; por lo que, existen múltiples manifestaciones de este fenómeno en cada país, que no son posibles de aprehender en una definición universal.

No obstante, como indica Montoya¹, es fundamental definirla: “(...) ya que permite conocer quién es el enemigo y cuáles son sus características a fin de poder controlarlo. Esto es importante no solo desde el punto de vista práctico, sino también legislativo por cuanto la ley debe contener su definición, ya que ello hace a principios constitucionales ligados a la defensa del juicio y a un proceso justo”.

En ese sentido, la definición básica de organización criminal, que es de uso común en el ámbito internacional, está recogida en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, aprobada el 12 de diciembre de 2000, también conocida como la Convención de Palermo, en cuyo artículo 2.a), se define la expresión “grupo criminal organizado”, con base a sus rasgos característicos más comunes y a su vez mínimos, pues indica:

Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Esta definición supranacional, es la piedra de toque que reconoce la existencia del fenómeno denominado organización criminal y la distingue de otros delitos de organización, como el grupo criminal o banda criminal, que además sirve de base para que, de manera casi armónica, los Estados regulen en sus legislaciones dicho fenómeno y pueda ser prevenido y combatido adecuadamente en el ámbito nacional e internacional.

1.2. LA REGULACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

1.2.1. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

En el plano internacional existen dos ámbitos regionales que, con relación a Latinoamérica, llevan la delantera en la lucha contra el crimen organizado: la Unión Europea y las Naciones Unidas, pero que igualmente están rezagadas respecto del avance

¹ Mario D. Montoya. *Mafia y crimen organizado. Aspectos legales. Autoría mediata. Responsabilidad penal de los aparatos organizados de poder*, 1ª ed. (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2024), pág. 119.

y expansión de dicho fenómeno, pues el crimen organizado se beneficia de la globalización económica que apertura las fronteras en todo el mundo; y, particularmente en el caso de Europa, se beneficia de la creación del espacio Schengen, que suprime los controles fronterizos, permitiendo la libre circulación de personas, bienes y servicios, lo cual le facilita el tráfico de mercancías ilícitas y garantiza menor riesgo de descubrimiento de los delitos y sus responsables.

En ese contexto, la Unión Europea, creó instrumentos jurídicos de armonización de sus regulaciones sobre el crimen organizado, así surgió la Acción Común 98/733/JAI de la UE adoptada por el Consejo el 21 de diciembre de 1998, que propone una definición común sobre delincuencia organizada, delimita los tipos penales que pueden configurar la organización criminal restringiéndolo a aquellos que prescriben como pena mínima cuatro años y no se descarta a los grupos que tienen fines diferentes a los netamente económicos, como las organizaciones terroristas, tal y como se aprecia de su definición prevista en el artículo 1) que señala lo siguiente:

A efecto de la presente Acción común, se entenderá por «organización delictiva» una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.

Por su parte, las Naciones Unidas, inspirada en los enfoques de la Acción Común 98/733/JAI de la UE, creó la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, el 12 de diciembre de 2000, también conocida como la Convención de Palermo, que constituye un tratado multilateral con alcance global, que tipifica la participación en la organización criminal de manera independiente de los delitos específicos conforme a su definición citada en el apartado precedente.

Posteriormente, en el ámbito europeo, surgió la Decisión Marco 2008/841/JAI de 24 de octubre de 2008 que, a diferencia del acuerdo común, restringe la definición de organización criminal para aquellas organizaciones cuyo fin último es la búsqueda del lucro económico, con lo cual excluye a las organizaciones terroristas; y, también le otorga autonomía, pues orientada por la Convención de Palermo, recoge el título de imputación de pertenencia o membresía en la organización criminal, que se configura independientemente de la comisión de los delitos-fin, tal y conforme se aprecia en su artículo 1) que señala:

«organización delictiva»: una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el

objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

1.2.2. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN ESPAÑA

En España, se tipificó la organización criminal como delito autónomo, mediante la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que incorporó el artículo 570bis del código penal, en el capítulo IV) sobre delitos contra el orden público; no obstante que, desde 1999 ya existía una noción legal sobre dicho fenómeno prevista en el artículo 282.bis LECrim, pero que no constituía propiamente un tipo penal sino un concepto operativo para el uso de la figura del agente encubierto. En tal sentido, con la LO 5/2010 el tipo penal de organización criminal, quedó redactado del siguiente modo:

Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

La citada tipificación que realizó el legislador español del delito de organización criminal es más amplia, que los prototipos regulados en la Convención de Palermo y la Decisión Marco 2008/841/JAI, pues no establece un extremo mínimo de gravedad de pena para los delitos-fin que pueden cometerse mediante la organización criminal, pues con el término: “(...) *en los demás casos*”, admite la posibilidad de castigo a supuestas organizaciones criminales dedicados a delitos menores o incluso faltas; en contraposición a la citada legislación supranacional, que limita su configuración a delitos-fin con cuatro años a más de pena de prisión.

Otro aspecto, que no está limitado por el actual tipo penal de organización criminal español es su exclusiva finalidad lucrativa o económica, pues a diferencia de los citados instrumentos internacionales, que emplean el término: “con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”, en el tipo penal español no se efectúa precisión alguna; por lo que, podría incluirse al terrorismo como organización criminal², conforme al segundo párrafo del artículo 570bis del código penal español, que omite el propósito lucrativo en su definición, pues indica: “A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera

² Sin perjuicio que en España las organizaciones terroristas podrían considerarse organizaciones criminales; no obstante, dicho fenómeno tiene su propia tipificación en el artículo 571 y siguientes.

concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”.

De la precitada definición, es posible extraer los principales elementos configuradores del delito de organización criminal en España, los cuales son: i) agrupación de más de dos personas, ii) carácter estable o por tiempo indefinido; y, iii) división de tareas o funciones.

1.2.3. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN EL PERÚ

El artículo 317 del código penal cuyo texto legal fue modificado por el Decreto Legislativo N.º 1244 de 27 de octubre de 2016, recoge actualmente el tipo penal de organización criminal en el Perú, aunque de manera similar a lo que ocurrió en España ya existía desde antes una noción legal de dicho fenómeno, pues en el 2013 se introdujo un concepto de organización criminal solamente para orientar la aplicación de las técnicas especiales de investigación incorporadas mediante la ley 30077³.

En ese sentido, el nuevo texto legal sobre organización criminal prevista en el artículo 317 del código penal, derogó el delito de asociación ilícita que anteriormente estaba tipificado en el mismo artículo, y que también era utilizado para castigar dicho fenómeno; sin embargo, dicho precepto penal fue reemplazado por el actual texto legal que típica el delito de organización criminal como un delito autónomo, manteniendo su ubicación en el título XIV de la parte especial, dedicado a los delitos contra la tranquilidad pública, con el siguiente tenor:

El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido que, de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8).

La pena será no menor de quince ni mayor de veinte años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8) en los siguientes supuestos: Cuando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal. Cuando producto del accionar delictivo de la organización criminal, cualquiera de sus miembros causa la muerte de una persona o le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

Al respecto, es preciso resaltar que, en el precitado texto legal, a diferencia de la técnica legislativa empleada en el artículo 570bis del código penal español, no se deja abierta la posibilidad de configurar organización criminal por cualquier delito e incluso faltas y

³ La definición de organización criminal, prevista en el art. 2 de la citada ley 30077, según el Acuerdo Plenario N.º 08-2019-CIJ/116 de 10 de setiembre de 2019, no desarrolla un tipo penal, ni integra o limita el tipo penal del artículo 317 del Código Penal.

tampoco se sigue la fórmula legal de la Convención de Palermo, que restringe los delitos aplicables, a aquellos que tienen como sanción más de cuatro años de pena privativa de libertad, sino que en el Perú se siguió la técnica de la lista cerrada de delitos susceptibles de configurar organización criminal “*numerus clausus*”, los cuales están previstos en el artículo 3 de la ley N.º 30077.

Asimismo, el citado decreto legislativo también incorporó el artículo 317-B, que tipifica el delito de banda criminal, como tipo penal residual del delito de organización criminal, el cual se aplica cuando no concurre alguno de sus elementos configuradores y cuando no presenta alta complejidad, conforme lo precisa el Acuerdo Plenario N° 8-2007/CJ-116, que señala:

Atendiendo, pues, a lo antes expuesto, cabe señalar que la figura delictiva del artículo 317-B del Código Penal, referida a la banda criminal, sólo debe de aplicarse para sancionar a las estructuras delictivas de constitución básica y cuyo modo de accionar delictivo carece de complejidad operativa y funcional, al estar dedicada a la comisión de delitos comunes de despojo y mayormente violentos como el robo, la extorsión, el secuestro, el marcaje o el sicariato, entre otros

Por otro lado, el tipo penal de organización criminal peruano comparte los mismos rasgos configuradores del delito de organización criminal del código penal español y que son compatibles con la Convención de Palermo, los cuales son: i) tres personas como cantidad mínima de integrantes de la organización criminal, ii) vocación de permanencia en el tiempo y iii) división de trabajo o roles.

1.3. LOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

Los elementos centrales que caracterizan una organización criminal, y que sirven para diferenciarlo de otras figuras similares, son: i) pluralidad de tres o más personas, ii) carácter estable o vocación de permanencia; y, iii) división de tareas o funciones.

1.3.1. PLURALIDAD DE TRES O MÁS PERSONAS

Es un delito plurisubjetivo porque exige la agrupación de tres a más personas que conformen la organización criminal, lo cual no se cumple tan solo con el aspecto numérico, pues debe verificarse que, al menos la cantidad mínima de personas pertenecen o integran la citada organización y no se tratan de simples colaboradores; asimismo, REQUEJO⁴, siguiendo la jurisprudencia española, continúa diciéndonos que no es necesario que todos sus integrantes intervengan en todas las comisiones de los delitos, basta incluso que sea solo uno de ellos quien lo realice, tampoco se necesita que sus

⁴ Carmen Requejo Conde. “Aspectos básicos del delito de organización y grupo criminal. Los diez años de su tipificación en el código penal español”, 1ª ed. (Navarra: Aranzadi, 2020), págs. 39-41.

integrantes se conozcan todos entre sí e incluso es posible que se condene a uno de ellos sin que exista previamente la codena de otros para acreditar la pluralidad de personas.

1.3.2. DIVISIÓN DE TRABAJO, ROLES O REPARTO DE FUNCIONES

Este elemento según ZÚÑIGA⁵, implica la distribución de roles, funciones, derechos y deberes dentro de la organización criminal, con miras a lograr el objetivo final, donde la división del trabajo se realiza en función a la estructura criminal, es así que en una estructura horizontal donde los integrantes tienen el mismo rango la distribución de funciones se realiza de modo horizontal y cuando tienen distinto rango jerárquico se realiza de modo vertical, también nos indica que usualmente la división del trabajo se realiza por la especialización de sus miembros, lo cual conduce a la profesionalización".

1.3.3. VOCACION DE PERMANENCIA INDEFINIDA EN EL TIEMPO

El carácter estable o por tiempo indefinido, es una nota características propia de las organizaciones criminales, que sugiere la idea de que la organización debe estar estructurada de tal modo que pueda perdurar en el tiempo, independientemente de sus integrantes que tienen naturaleza fungible. En ese sentido, sobre esta característica PRADO⁶ nos señala: "La permanencia indica, pues, que la fundación y la vigencia operativa de los grupos criminales es por su propia naturaleza indefinida. Sin embargo, como precisa la doctrina, ello no significa que se trate de un proceso de existencia estática. Todo lo contrario, el ciclo de vida de la criminalidad organizada se desarrolla de manera dinámica y continua. Ella está obligada por su espacio y objetivos a realizar una actividad delictiva constante y con proyección en el tiempo. Esto es, perdurable".

En ese sentido, es irrelevante si la organización criminal cometió un solo delito o ninguno, pues debe analizarse su proyección criminal como apunta ZURITA⁷ quien señala:

Dicha perspectiva de continuidad también va ligada a la proyección criminal, que en otras palabras constituirían el carácter indefinido de la organización. Por citar un ejemplo: en el caso de no poder establecer el carácter estable de la organización, en razón a que no se tienen suficientes pruebas, para determinar dicho carácter, podemos optar por determinar el carácter indefinido, esto nos lleva una la proyección temporal de futuros delitos, es decir, si los sujetos tenían como herramientas como un aparato para impresión de dinero, diseñado para tal fin, además de papel muy similar al papel moneda, como también un tipo especial de pintura. Providos de dichos elementos se podría afirmar que, si nos basamos en criterios comunes de razonabilidad, todos esos instrumentos tienen como resultado la finalidad de

⁵ Laura Zúñiga Rodríguez. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, (Granada: Comares, 2009), pág. 129.

⁶ Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Criminalidad organizada y lavado de activos*, (Lima: Idemsa, 2013), pág. 61.

⁷ Alri Zurita Gutiérrez. *El delito de organización criminal: fundamentos y contenido de injusto*, (Barcelona: Bosch Editor, 2020), pág. 157.

falsificar dinero y consecuentemente los individuos, no pararían, por lo menos hasta ser descubiertos. En otras palabras, si no se pudiera probar el carácter estable queda abierto el carácter indefinido.

Por lo que, como indicamos líneas arriba, en caso que la organización criminal todavía no haya desplegado una actividad delictiva intensa y bien planificada, su carácter de vocación de permanencia indefinida en el tiempo deberá extraerse de su nivel de estructura organizativa y capacidad para delinquir, que en caso sea altamente estructurada nos permitirá inferir que estamos frente a una organización criminal y no ante un grupo criminal de duración transitoria.

1.4. TIPOS DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y SU RELACIÓN CON LA CORRUPCIÓN

1.4.1. TIPOS DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

Existen varios tipos de crimen organizado que, los estudios criminológicos, han dividido según determinados criterios; en ese sentido, Von Lampe⁸, desde el criterio de la actividad delictiva, indica que existen organizaciones criminales dedicadas a mercados ilícitos, delincuencia predatoria y delitos propios del gobierno ilegal, lo que denota su carácter pluriproductivo, conforme se advierte a continuación:

- 1. Los mercados ilícitos**, están referidos a la actividad ilícita de provisión de bienes prohibidos, como el tráfico de drogas, de armas, de migrantes, de especies protegidas y otros; o, prestación de bienes restringidos o gravados, cuya demanda no puede cubrirse totalmente por la vía legal, como el alcohol, tabaco y otros. También incluye la prestación de servicios ilegales como prestamos ilegales o usura, contrabando de residuos, servicio de blanqueo de capitales y otros. Este tipo de actividades se caracterizan por ser consentidas y representan mutuo beneficio entre proveedor y cliente, donde la regla general es que no existen víctimas, excepto en los casos de tráfico de bienes ilegales obtenidos mediante coacción como la pornografía infantil o en caso de servicios violentos como los servicios de homicidios por encargo, entre otros⁹.
- 2. La delincuencia predatoria**, son las actividades ilícitas donde el beneficio económico se obtiene a expensas de personas físicas o jurídicas, como los robos, fraudes, extorsión y otros¹⁰.
- 3. Los delitos propios del gobierno ilegal**, son actividades ilícitas sobre control del territorio donde se instalan y se apropian de funciones regulatorias y de

⁸ Von Lampe citado por Andrea Giménez – Salinas Framis. *Delincuencia organizada transnacional*, 1ª ed. (Madrid: Síntesis, 2020), pág. 34.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid., pág. 37.

ofrecimiento de servicios, que normalmente, realizan los estados o los gobiernos locales, como: i) imposición de reglas a sus subordinados para el desarrollo de actividades ilícitas o uso de la coacción o amenaza para cerrar el negocio de los competidores, ii) ofrecimiento de protección a cambio de un precio. Esta forma de criminalidad se caracteriza por el vacío o ausencia del Estado¹¹.

Por su parte, LUPSHA¹², desde la perspectiva del nivel del desarrollo de las organizaciones criminales, lo que denota su carácter cambiante, las clasifica de la siguiente manera:

La predatoria, en la cual las organizaciones criminales están en la etapa de pandillas que no amenazan al Estado y que son fácilmente controlables por los cuerpos de seguridad, su nivel desarrollo es primitivo y utilizan la violencia contra la sociedad cometiendo delitos de bajo espectro, extorsión y amenazas físicas; **la parasítica**, en la cual la organización criminal corrompe al Estado y cuenta con complicidades dentro de éste, lo cual le permite llevar a cabo el negocio de manera exitosa, pero en la cual el crimen y Estado son dos entidades diferentes, es más sofisticada y utiliza la violencia solo cuando es necesario; y, **la simbiótica**, en donde la organización criminal se apodera del Estado y éste se pone al servicio de la delincuencia. En esta última etapa el crimen organizado y el Estado son prácticamente lo mismo. Las instituciones estatales se criminalizan convirtiéndose en corruptas, articulando servicios recíprocos entre ambos sectores, favoreciendo a que la estructura criminal penetre progresivamente la economía y política.

Asimismo, si consideramos el método que emplean las organizaciones criminales para su subsistencia, podemos clasificarlas como violentas y corruptoras; en ese sentido, utilizan la violencia para conservar el orden impuesto por la organización criminal, pues reprimen violentamente a sus miembros, competidores y a los agentes del Estado, como se destaca en las organizaciones criminales de corte mafiosa, donde según Montoya¹³:

“La conservación del orden es la obligación principal del mafioso, que practicará la represión a fin de crear una adaptación a las normas impuestas por el sistema y representará además el ejercicio del poder mafioso a través de la violencia. En su conducta se verá su ideología hacia el sistema jurídico y la actuación del Estado y su negativa a colaborar con ambos”.

Sin embargo, las organizaciones criminales más sofisticadas no tienden a utilizar la violencia como primer recurso; en su lugar, emplean la corrupción como primer método

¹¹ Ibid., pág. 38-39.

¹² Chabat y Daniel Sansó-Rubert Pascual. "Fenómenos criminales organizados y déficit democrático. Hacia una reinterpretación del nexo político-criminal". En: "*Criminalidad en un mundo global. Criminalidad de empresa, transnacional, organizada y recuperación de activos*", coordinado por Alejandro L. de Pablo Serrano, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), págs. 357-393.

¹³ Montoya. *Mafia y crimen organizado. Aspectos legales. Autoría mediata. Responsabilidad penal de los aparatos organizados de poder*, pág. 39.

para subsistir y potenciar sus beneficios y solo subsidiariamente usan la violencia, tal y como lo advirtió GIOVANNI FALCONE¹⁴ quien dijo:

Yo diría que se amenaza a alguien en cuanto éste puede ser sensible a las amenazas; la mafia tiene su racionalidad. Ella busca reducir al mínimo los asesinatos y, por ello, emplea otros medios. Moviliza hombres de cultura, hombres políticos, parlamentarios y les hace presentar, por escrito, cuestiones sobre la policía, el magistrado actuante, o bien ejerce presiones para que éste sea retirado o cambiado. Sólo, al fin, se decide por el atentado.

1.4.2. RELACIÓN ENTRE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y LA CORRUPCIÓN

Como se describió con anterioridad, el crimen organizado emplea la corrupción como un método de protección, pues así consigue que el Estado se mantenga al margen o incluso intervenga brindando protección a la organización criminal en su actividad delictiva, de modo que la relación entre crimen organizado y corrupción, es de carácter instrumental o de método de protección.

Un claro ejemplo de esta relación la encontramos en Italia de los años 70, donde la organización criminal de la mafia siciliana capturó el poder Estatal, participando de la vida institucional y política del Estado, pues según CACIAGLI¹⁵:

La mafia se convirtió en un verdadero sujeto político cuando empezó a entrar en el mercado de las obras públicas. Eso ocurrió con la complicidad de los representantes de los partidos de gobierno a todos los niveles. Después de haberse enriquecido a costa del Estado, la mafia (igual que los otros tipos de criminalidad organizada, como hemos visto) empezó a enviar directamente a sus hombres a los órganos de poder municipal y regional y a las entidades que dependían de esos órganos, empezando por los bancos públicos, tan numerosos en Italia. El aumento de los gastos públicos en Sicilia se explica con el asalto de los mafiosos a los cargos. Por último, las financiaciones para obras públicas se utilizan hoy para blanquear la enorme cantidad de dinero sucio que posee la mafia.

Asimismo, otra forma de relación entre el crimen organizado y la corrupción, según LUPSHA, se da cuando las élites políticas corruptas explotan a las organizaciones criminales a cambio de impunidad en sus actividades ilícitas; en esta relación, inversa a la anterior, los poderes políticos estatales aprovechando su prevalencia y mayor capacidad de ejercicio de coerción, manipulan a la organización criminal para que actúe como fuente de financiación y enriquecimiento de la élite política y como instrumento de coerción

¹⁴ César Herrero Herrero. Criminología. Parte General y Especial, 3ª ed. (Madrid: Dykinson, 2007), pág. 645.

¹⁵ Mario Caciagli. Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996), pág. 120.

violenta e ilegal contra opositores y disidentes, a cambio de libertad para operar con impunidad¹⁶.

Este tipo de crimen organizado se enquista en los llamados Estados débiles donde la clase gobernante llega al poder a instrumentalizar el aparato estatal para amasar fortuna, al respecto Alejandro Nieto, señala: “Los politólogos occidentales han inventado el término «cleptocracia» que aplican abiertamente a algunos regímenes de países no desarrollados en los que el Estado no tiene otro fin que enriquecer personalmente al reducido grupo que lo ha ocupado”¹⁷.

La ocupación del poder por autoridades y funcionarios con fines de beneficio personal, puede responder a la captura del Estado por una organización criminal preexistente o por la gestación de organizaciones criminales en el mismo seno del Estado, en este último caso, los gobernantes o autoridades y funcionarios conforman una estructura criminal autónoma e independiente de las organizaciones criminales particulares, pero que busca beneficiarse favoreciendo al sector privado o cooperando con otras organizaciones criminales, a cambio de diversos tipos de beneficios ilícitos de carácter lucrativo y no lucrativo, e incluso pueden llegar a realizar actividades delictivas propias de las organizaciones criminales “del sector privado”, entrando en competencia con éstas y/o extorsionando las ganancias ilícitas obtenidas por dichas organizaciones.

Un ejemplo de ésta criminalidad organizada Estatal, es el caso del Perú, donde a partir del año 1990 al 2000, se instauró en el más alto nivel del Estado, una organización criminal liderada por el Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori y su asesor del Servicio de Inteligencia Nacional Vladimiro Montesinos Torres, quienes coparon casi todas las instituciones del Estado con miembros a fines a su organización criminal y mantuvieron sobornados a los funcionarios de los otros poderes del Estado, quienes lograron enriquecerse y mantener el poder por toda una década, mediante actos de corrupción, entregando sobornos a parlamentarios a fin que apoyen a su bancada oficialista, a jueces y fiscales para obtener impunidad y también a medios de comunicación para atacar opositores; asimismo, favorecieron empresas privadas y cooperaron con otras organizaciones criminales, entre otros muchos actos de corrupción.

Asimismo, esta organización criminal de carácter Estatal, también utilizó el aparato del Estado para cometer delitos de tráfico de armas, tráfico ilícito de drogas, extorsión y otros delitos propios de la criminalidad organizada tradicional, tal y como lo recoge Manuel Villoria¹⁸, quien narra lo siguiente:

(...) en el Perú de Fujimori la relación con el crimen organizado alcanzó a la presidencia. De hecho, en 1996 se descubrió un cargamento de cocaína en el avión presidencial. Se cree que la operación trataba de comprar armas con cocaína a Rusia y Bielorrusia. Por otra parte, mediante diversas normas legales, se estableció que el control de la lucha antidroga correspondía al

¹⁶ Daniel Sansó -Rubert Pascual. "Fenómenos criminales organizados y déficit democrático. Hacia una reinterpretación del nexo político-criminal", pág. 374

¹⁷ Alejandro Nieto. *El desgobierno de lo público*, 2ª ed. (Barcelona: Planeta, 2012), pág., 192.

¹⁸ Manuel Villoria Mendieta. *La corrupción política*, (Madrid: Síntesis, 2006) págs., 272-273.

ejército y, de esa forma, se controló por Montesinos todo el sistema de aterrizaje y despegue de aviones con pasta básica de coca a Colombia. A partir de ese momento, Montesinos sometió a todas las empresas exportadoras de droga al pago de un canon. El problema vino cuando uno de los capos - Vaticano- se negó a pagar las cantidades exigidas por el gobierno. En ese momento le detuvieron. Pero el narco denunció en los tribunales que pagaba 50.000 dólares mensuales a Montesinos y a varios militares como peaje por sus vuelos y que éste le avisaba por radio de las incursiones antidrogas.

Por otro lado, otro modus operandi de las organizaciones criminales preexistentes que capturaron el Estado, se centra en las contrataciones públicas que conllevan el gasto de ingentes sumas de dinero por parte del Estado, tal y como lo pone de manifiesto Rose – Akerman, cuando indica: “Actividades como la reparación de vías públicas o la construcción de edificios, que suponen grandes negocios con el Estado, tienen grandes posibilidades de caer bajo la influencia del crimen organizado. Si un gobierno ha sido corrompido por el crimen organizado en relación con sus negocios ilegales, sólo queda un paso para hacer pagos con el objeto de obtener contratos públicos en condiciones favorables”¹⁹.

En ese sentido, en la historia reciente de España, según EIGEN: “En términos globales, el ámbito donde la corrupción es más elevada, en España es el gobierno local. En estos gobiernos, sobre todo los situados en la costa – el caso de Marbella es internacionalmente conocido – o en las inmediaciones de las grandes ciudades, la calificación del suelo urbano es el origen de los mayores casos de corrupción”²⁰; y, en esa misma línea la profesora ZUÑIGA indica: “(...) la recalificación de los suelos como terrenos urbanizables y la especulación inmobiliaria, son otra de las vinculaciones con la gran masa de dinero negro que se mueve en España a partir del crimen organizado (...)”²¹.

II. LAS TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

2.1. JUSTIFICACIÓN DEL USO DE TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

En el contexto actual, como se explicó precedentemente, existen organizaciones criminales que han desarrollado estructuras sofisticadas de organización compleja y alta planificación, que se dedican a cometer diversos tipos de delitos de los que obtienen ingentes sumas de dinero, que les permite contar con poder económico, que es utilizado para procurarse impunidad mediante sus relaciones con funcionarios corruptos

¹⁹Susan Rose – Akerman. *La corrupción y los gobiernos, causas, consecuencias y reforma*, 1ª ed. (Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2021), pág., 33.

²⁰Peter Eigen. *Las redes de la corrupción. La sociedad civil contra los abusos del poder*, 1ª ed. (Barcelona: Planeta, 2004), pág., 148.

²¹Laura Zúñiga Rodríguez. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, (Granada: Comares, 2009), págs. 83-84.

encargados de la persecución penal o potenciar sus actividades ilícitas mediante actos de corrupción con las autoridades de determinado sector económico.

Asimismo, existen organizaciones criminales, que se encuentran ejerciendo el poder político a costa del cual se enriquecen cometiendo diversos delitos relacionados con contrataciones públicas arregladas con grandes empresas y otro conjunto de modalidades delictivas que se mantienen en secreto, las cuales no pueden ser desveladas mediante las técnicas de investigación tradicional; por lo que, en ese escenario de especial dificultad en la averiguación del delito y sus responsables, resulta imprescindible la utilización de técnicas especiales de investigación para obtener información y pruebas que permitan reprimir dichas conductas penalmente.

2.2. REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN EN EL AMBITO INTERNACIONAL Y LOS PAISES DE ESPAÑA Y PERÚ

En el ámbito supranacional, las técnicas especiales de investigación están reguladas en el artículo 20.1 de la Convención de Palermo, donde se promueve la utilización de la entrega vigilada, vigilancia electrónica, operaciones encubiertas y otras técnicas especiales de investigación que los estados legislen. De igual manera la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, en el artículo 50 menciona como técnicas especiales de investigación, la entrega vigilada, la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas, además de otras que admita el derecho interno de cada Estado.

En caso de España están reguladas la entrega vigilada (art. 263 bis CP de la LECrim), el agente encubierto (art. 282 de la LECrim) y la videovigilancia (Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto); mientras que en Perú, el código procesal penal de 2004, regula la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos (art. 340 CPP de 2004) y el agente encubierto (art. 341 del citado código adjetivo)²², como actos especiales de investigación; y, como medidas limitativas de derechos, contempla la observación, vigilancia y seguimiento (OVISE) –aunque esta es una técnica debería figurar en los apartados de técnicas especiales de investigación–, la interceptación e incautación postal, el control e intervención de comunicaciones, allanamiento de domicilio, la incautación y el levantamiento de secreto bancario, reserva tributaria y bursátil, respecto de los cuales San Martín²³, efectúa la siguiente distinción:

En ambos casos se trata, genéricamente, de medidas que, de uno u otro modo, limitan derechos fundamentales materiales, pero las primeras son actos directos de investigación que buscan elementos de información válidos y útiles- con un contenido funcional específico de propender a esclarecer y

²² Ver Acuerdo Plenario N.º 10-2019/CIJ-116 - Poder Judicial.

²³ Cesar San Martín Castro."El proceso penal contra el crimen organizado". En: *Ley contra el crimen organizado (Ley N.º 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*, 1ª ed. (Lima: Instituto Pacífico S.A.C, 2016), pág. 688.

descubrir hechos; y, las restantes son actos de investigación indirectos que levantan obstáculos de carácter constitucional para obtener información relevante.

Asimismo, en el Perú se incorporó el agente especial y las operaciones encubiertas (art. 341 y 341-A del CPP de 2004), como nuevas técnicas de investigación contra el crimen organizado y la lucha contra la corrupción, mediante la ley 30077 de 20 de agosto de 2013.

2.3. EL AGENTE ESPECIAL, DEFINICIÓN, FIGURAS SIMILARES, SEMENAJANZAS Y DIFERENCIAS CON DICHAS FIGURAS

2.3.1. DEFINICIÓN DEL AGENTE ESPECIAL

El agente especial es una técnica especial de investigación, prevista en el numeral 1) del artículo 341 del código procesal penal peruano de 2004, que la define como: “(...) ciudadano que, por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal”.

Al respecto, San Martín²⁴ define dicha técnica como: “(...) aquella persona que otorga información relevante o evidencias incriminatorias del ilícito penal, a razón de su pertenencia o vinculación a una organización criminal; ya sea porque: a) conoce sus actividades, o b) ha colaborado personalmente –sin ser miembro de la organización– en los delitos perpetrados por ella”²⁵; Asimismo, dicho autor afirma que el agente especial es equiparable al delator pues señala: “(...) la figura del “agente especial”–, el cual es un delator, integrante de la organización criminal, designado al efecto”.

Como se puede apreciar, el mencionado autor afirma que el agente especial puede ser un integrante de la organización criminal; o, sin serlo, puede estar vinculado a ella, como colaborador o simplemente es aquella persona que conoce de sus actividades ilícitas. Por ello, es preciso analizar comparativamente esta técnica de investigación especial con otras figuras similares como: el confidente (informante), el colaborador eficaz (delator o arrepentido) y el agente encubierto, a fin de esbozar una definición adecuada y extraer sus propios rasgos característicos y diferenciadores.

2.3.2. FIGURAS SIMILARES AL AGENTE ESPECIAL

2.3.2.1. EL INFORMANTE O CONFIDENTE

Según Vicente Gimeno Sendra²⁶ la utilización del confidente es una práctica habitual en todos los Estado y tiempos, pero que no tiene cobertura legal y lo define como: “El

²⁴ Ibid., pág. 672.

²⁵ Cesar San Martín Castro citado por Víctor Pastor Yaipén Zapata. En: *El delito de organización criminal, injusto de sistema autopoietico*, 1ª ed. (Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C, 2020), pág. 452.

²⁶ Vicente Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. (Navarra: Editorial Aranzadi S.A, 2012), pág. 549.

confidente policial es una persona perteneciente a círculos delictivos, que bien por propia iniciativa, bien por encargo de las autoridades penales, suministra información a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el marco de las primeras diligencias, guiado por el propósito de obtener beneficios económicos o procesales”.

Por otro lado, un concepto más amplio, que contempla a personas que no necesariamente pertenecen al ámbito delictivo, lo encontramos en el Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Terrorismo²⁷, en cuyo apartado 5.1.3, se indica lo siguiente:

El uso de informantes o fuentes humanas para la reunión de información e inteligencia data de tiempo inmemorial. En algunos países, el uso y manejo (“gestión”) de los informantes está centralizado, en tanto que en otros los informantes son los contactos personales no supervisados de agentes individuales. Los informantes pueden obrar por motivos muy distintos. Por un lado, pueden ser “ciudadanos conscientes” que proporcionan información por un sentido de deber cívico o, por el otro, pueden ser delincuentes empedernidos que tratan de eliminar la competencia. La información puede ser proporcionada a manera de palanca para la negociación de alguna ventaja personal o, en la mayoría de los casos, a cambio de dinero.

En ese sentido, desde un concepto amplio, también podemos considerar al denunciante anónimo, como un informante o confidente, pues se tratan de personas que, aunque de manera indirecta, ponen en conocimiento de las autoridades información relevante sobre la comisión de un hecho delictivo y/o de sus autores y cómplices, que lo realizan desde el anonimato al igual que el informante; y, si bien no buscan una recompensa económica o algún otro beneficio directo de las autoridades, no se descarta que actúen motivados por algún tipo de ventaja, como por ejemplo: perjudicar el negocio ilícito de sus competidores, que provocan una competencia desleal en el mercado de las contrataciones con el estado o por venganza o cualquier otro móvil, que no responde necesariamente a su conciencia moral o compromiso ético.

En caso del Perú, se ha regulado cierto aspecto sobre el confidente o también llamado informante o fuente humana, específicamente sobre su anonimato y el valor probatorio de la información proporcionada por el informante, pues se estableció que los datos del informante no tiene ningún valor probatorio, salvo que el informante actúe como testigo en el proceso penal, conforme se desprende del artículo 163.3 del código procesal penal peruano de 2004, que señala: “El testigo policía, militar o miembro de los sistemas de inteligencia del Estado no puede ser obligado a revelar los nombres de sus informantes. Si los informantes no son interrogados como testigos, las informaciones dadas por ellos no podrán ser recibidas ni utilizadas”; en consecuencia, los datos del informante solo sirven para iniciar u orientar actos de investigación, pero no sirven de prueba.

²⁷Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Terrorismo. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Criminal_Justice_Information_Spanish.pdf

2.3.2.2. EL ARREPENTIDO, DELATOR O COLABORADOR EFICAZ

El colaborador eficaz, según el magistrado Jorge Chávez Cotrina²⁸, se trata de: “una persona que se encuentra sometida a una investigación preliminar, proceso penal, o que se encuentra sentenciada por delitos vinculados a organizaciones criminales (y, entre ellos, el delito de trata de personas, corrupción de funcionarios, tráfico ilícito de drogas, entre otros), puede brindar información eficaz y oportuna para desarticular una organización criminal, identificar a los integrantes de las mismas y/o lograr la incautación de bienes, objetos, instrumentos o ganancias a cambio de beneficios dentro de la ley, convirtiéndose en un postulante a colaborador”.

Al respecto, considero necesario incorporar a dicha definición dos aspectos importantes de cara al presente estudio; primero, que el colaborador eficaz, entendido éste como un aspirante a colaborador, al inicio puede tratarse de una persona que no está sometida a una investigación o proceso penal; de hecho, su sometimiento al proceso penal puede darse recién a raíz de su confesión y delación a terceros, conforme se desprende de la propia regulación de la figura del colaborador eficaz, previsto en el artículo 472 del Código Procesal Penal, que señala: “El Ministerio Público podrá celebrar un acuerdo de beneficios y colaboración con quien, se encuentre o no sometido a un proceso penal, así como con quien ha sido sentenciado, en virtud de la colaboración que presten a las autoridades para la eficacia de la justicia penal”.

En segundo lugar, no necesariamente el colaborador eficaz debe pertenecer o haber cooperado en la comisión de delitos en el marco de una organización criminal para que pueda acogerse a la colaboración eficaz, pues de la regulación peruana sobre colaboración eficaz, no advertimos ningún impedimento para que una persona que cometió un delito no vinculado a una organización criminal, pero que tenga información corroborable de la existencia y funcionamiento de alguna organización criminal, pueda brindar dicha información que permita la neutralización de sus acciones delictivas, identificar sus integrantes y/o desarticularla, pues la exigencia de información eficaz, oportuna y corroborable lo es del delito que se delata y no del delito que el colaborador debe reconocer total o parcialmente, lo cual es más notorio cuando se trata de sentenciados aspirantes a la colaboración eficaz, pues generalmente su organización ya está desarticulada, por ende nada impide que pueda delatar a otra organización para obtener sus beneficios procesales.

En ese sentido, si bien es cierto que por lo general quienes poseen la información de la constitución y funcionamiento de las organizaciones criminales son sus propios miembros o colaboradores, no se descarta que ciertas personas por su cercanía con dicha organización o incluso por haber compartido anteriormente un modus vivendi delictivo, conocen de su estructura, integrantes, modus operandi y otros, quienes también pueden

²⁸ Jorge W. Chávez Cotrina. *El crimen organizado en el Perú*, (Lima: Instituto Pacífico S.A.C, 2020), pág. 531.

acogerse a la colaboración eficaz para obtener beneficios premiales de delitos en que han incurrido pero que son ajenos a la referida organización criminal que delata.

Dichas aspirantes a colaboradores eficaces, se diferencian del informante o confidente, porque participan necesariamente del proceso penal, brindando una declaración delatora y entregando o posibilitando la corroboración de su delación. Un ejemplo de este supuesto es el caso de la ciudadana peruana Karelím López²⁹, quien reconoció su participación en el delito de lavado de activos, por recibir dinero ilícito de la familia Pasapera (empresa Termirex), pero que por su actividad de lobista, tuvo conocimiento y reveló la existencia de una presunta organización criminal encabezada por el expresidente peruano Pedro Castillo, integrada por ministros y congresistas, que obtenían dinero de las licitaciones de obras públicas, nombramientos en las direcciones a nivel nacional, ascensos en los institutos armados y reclamos tributarios ante la SUNAT.

Finalmente, otro aspecto de esta figura que, para efectos del presente estudio resulta importante destacar, es que la condición de colaborador eficaz solo es posible cuando el aspirante abandona voluntariamente sus actividades delictivas; esto es, que no puede acogerse a este proceso especial la persona que persiste en la ejecución del delito que delata o si continúa realizando nuevos actos delictivos con la organización o fuera de ella.

2.3.2.3. EL AGENTE ENCUBIERTO

Esta figura es definida por Chaia³⁰ del siguiente modo: “El agente encubierto es aquel funcionario integrante de una fuerza policial o de una fuerza de seguridad que voluntariamente, asumiendo una actividad propia de la repartición, mediante diversas prácticas logra ingresar al núcleo de una célula u organización delictiva para obtener información útil a propósito de impedir la consumación de un delito planificado, para descubrir uno consumado o colaborar en la aprehensión de los autores o partícipes, exponiendo luego el conocimiento adquirido ante las autoridades judiciales correspondientes”.

Mientras que, Espinosa³¹, al referirse sobre el agente especial, concluye que: “En definitiva, el agente encubierto debe ser configurado como un medio de investigación, de prevención, y represión, de carácter extraordinario, que se desarrolla en la fase de instrucción, que dependiendo del grado de infiltración, puede ser constitutivo de restricción de derechos fundamentales y que dirige su actuación a las acciones delictivas pasadas, averiguar las circunstancias del hecho delictivo y la identidad de los autores, es decir, el conocimiento integral de los miembros del entramado organizativo que se investiga.”

²⁹ Redacción RPP (5 de mayo, 2022). *Rafael Vela: "Karelím López es parte de un proceso de colaboración eficaz que está en una fase de corroboración"*, disponible en: <https://rpp.pe/politica/judiciales/rafael-vela-karelim-lopez-es-parte-de-un-proceso-de-colaboracion-eficaz-que-esta-en-una-fase-de-corroboracion-noticia-1403392>

³⁰ Rubén A. Chaia. “La prueba en el proceso penal”. 1ª ed. (Buenos Aires: Hammurabi, 2010), pág. 540.

³¹ Rocío Zafra Espinosa de los Monteros. *El policía infiltrado*. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), pág. 156.

Por su parte, Planchadell³² indica que en esta figura: “Se trata de ocultar la verdadera identidad de un agente especialmente preparado, con la intención de que establezca - introduciéndose de una u otra forma en la organización criminal- una relación de confianza con los miembros de la misma con la intención de obtener información especial y necesaria para satisfacer el interés de persecución de dichos hechos delictivos. En realidad, en este caso el engaño es "doble" pues se mantiene oculta tanto la identidad del sujeto como sus intenciones al "implicarse" en la actividad criminal”.

Mientras que, DELGADO³³, se refiere a la esencia del agente encubierto y el origen de su problemática del siguiente modo: “(...) que la esencia de la figura del AE no es la adopción de una identidad supuesta, sino la ocultación de la condición de agente de la policía judicial, con lo que su análisis debe situarse dentro del ámbito de los métodos secretos de investigación del delito, es decir, aquéllos en los que el Estado accede a la esfera privada del ciudadano sin su conocimiento, y menos aún con su consentimiento. Aquí radica el efecto perverso del AE, de donde nacen la mayor parte de los problemas procesales y los mayores riesgos para el adecuado respeto de los derechos fundamentales del ciudadano”.

2.3.4. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL AGENTE ESPECIAL Y OTRAS FIGURAS SIMILARES

Dado que el agente especial debe ser un particular que está inmerso en una organización criminal, puede tratarse de un ciudadano que conoce de su existencia, funcionamiento e integrantes pero como un observador externo, sin que pertenezca o colabore con dicha organización, en este extremo se asemeja a la condición del informante o confidente, pues el sujeto pertenece al entorno delictivo de la organización criminal pero no comete delitos; in embargo, se diferencia de dicha figura, porque el agente especial no se limita a proporcionar información o datos de interés para la investigación penal, sino que también puede infiltrarse para recabar evidencias que revelen el delito e incriminen a los integrantes de la organización criminal.

Por otro lado, el agente especial también puede tratarse de un particular que integra la organización criminal o que coopera con ella, incurriendo en diversos delitos, por lo que está en condiciones de brindar información sobre su estructura criminal, sus acciones delictivas y otros, en cuyo caso se asemeja al colaborador eficaz o arrepentido, pues no necesita infiltrarse ya que pertenece a la organización criminal y en esa condición proporcionar información a las autoridades de los delitos cometidos y delatar a sus compañeros; no obstante, a diferencia del colaborador eficaz o arrepentido, el agente especial no necesita abandonar las actividades delictivas con la organización criminal,

³² Andrea Planchadell Gargallo. “El agente encubierto en la lucha contra la criminalidad organizada”. En: *Los actos de investigación contra el crimen organizado. Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia*, 1ª ed. (Lima: Instituto Pacífico S.A.C, 2016), pág.,191.

³³ Joaquín Delgado Martín. “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto”. En: *“Problemas actuales de la justicia penal”*, dirigido por Joan Picó i Junoy, (Barcelona: José M.ª Bosch Editor, 2001), pág. 99.

por el contrario, continúa su actuar delictivo con la cobertura de las autoridades, para brindar información y evidencias incriminatorias de manera progresiva y permanente.

En ese sentido, el proceso especial de colaboración eficaz debería aplicarse de manera conjunta con la técnica del agente especial, a fin de que ambas figuras gocen de mayor eficacia, pues por un lado el agente especial no tiene previsto ningún beneficio procesal, lo cual la torna por si sola en inútil, pues nadie desvelaría los delitos en los que participó sin ningún beneficio y con el grave riesgo a su vida y de sus familiares; y, por otro lado, los que aspiran a ser colaboradores eficaces generalmente tienen la dificultad de corroborar sus delaciones porque nunca pensaron ni quisieron que se descubra sus delitos y por ello eliminaron las evidencias, pero por su especial condición pueden obtener nuevas evidencias para coadyuvar con la justicia como agentes especiales, a cambio de un beneficio premial.

Finalmente, teniendo en cuenta la legislación peruana, la posibilidad de infiltración del agente especial lo asemeja al agente encubierto, con la marcada diferencia de que el agente especial puede ser cualquier ciudadano sin ninguna preparación mientras que el agente encubierto necesariamente debe ser un efectivo policial, especialmente capacitado para dicha tarea, además el agente encubierto goza de la exención de responsabilidad penal en su actuación; sin embargo, el agente especial no tiene ningún beneficio regulado.

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN DEL AGENTE ESPECIAL EN EL PROCESO PENAL PERUANO Y PROPUESTA DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA

3.1. MOTIVOS DE LA REGULACIÓN DEL AGENTE ESPECIAL EN EL PERÚ

El 14 de diciembre de 2012, el Poder Ejecutivo presentó ante el Congreso de la República del Perú, el proyecto de ley N.º 1833/2012-PE, “Ley penal contra el crimen organizado”, que, según su exposición de motivos, se realizó con el propósito de proporcionar al Ministerio Público y la Policía, las herramientas que permitan detectar y dismantelar las organizaciones criminales; sin embargo, dicha exposición de motivos no hace ninguna alusión ni desarrolla ninguna justificación sobre la necesidad de incorporar al agente especial como una técnica especial de investigación; inclusive, cuando alude a la técnica del agente encubierto que ya estaba regulado, solo indica que la propuesta de ley busca complementar dicha técnica especial.

En ese sentido, con el propósito de complementar la técnica del agente encubierto, que estaba regulado en el artículo 341 del Código Procesal Penal de 2004, la citada propuesta de ley presentó un texto modificadorio, que proponía incorporar disimuladamente la técnica del agente especial, tal y como se advierte de su propuesta de redacción siguiente:

Artículo 13- Agente encubierto

1. Cuando existan indicios razonables de la comisión de uno o más delitos cometidos a través de una organización criminal el Fiscal, teniendo en cuenta su necesidad para los fines de la investigación, podrá autorizar la

participación de miembros especializados de la Policía Nacional del Perú como agentes encubiertos **y, cuando las circunstancias así lo requieran, la participación de ciudadanos particulares, quienes actuarán bajo identidad supuesta.**

2. Los agentes encubiertos, una vez emitida la disposición fiscal que autoriza su participación, quedan facultados para participar en el tráfico jurídico y social, adquirir, poseer o transportar bienes de carácter delictivo, permitir su incautación e intervenir en toda actividad útil y necesaria para la investigación del delito que motivó la diligencia.

Es así que, en los debates para la aprobación del citado proyecto de ley, no se produjo ninguna discusión sobre la necesidad de incorporación de la técnica del agente especial y los problemas que conlleva su regulación; de ahí que, consideramos que dicha figura se incorporó de contrabando en nuestra legislación, pues siempre pasó desapercibida hasta su inclusión en el artículo 341 del código procesal penal de 2004, que se hizo en mérito a la tercera disposición complementaria modificatoria de la Ley N.º 30077, publicada el 20 agosto 2013 y que tuvo su origen en el citado proyecto de ley N.º 1833/2012-PE, cuyo texto se ha mantenido hasta el día de hoy; y, en lo pertinente, indica lo siguiente:

Artículo 341 Agente Encubierto. -

(...)

El Fiscal, cuando las circunstancias así lo requieran, **podrá disponer la utilización de un agente especial**, entendiéndose como tal al ciudadano que, por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal.

Por otro lado, sobre su rendimiento, podemos tomar como referencia la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1307 que, con ocasión de incorporar la técnica especial de las operaciones encubiertas en la legislación peruana, recopiló información sobre el uso de técnicas especiales de investigación en el año 2016, a partir de lo cual elaboró el siguiente cuadro:

	LIMA	PROVINCIAS
CANTIDAD DE AGENTES ESPECIALES EN TRÁMITE	7	6
CANTIDAD DE AGENTES ESPECIALES EN CONCLUIDOS	14	7
CANTIDAD DE AGENTES ENCUBIERTOS EN TRÁMITE	17	6
CANTIDAD DE AGENTES ENCUBIERTOS EN CONCLUIDOS	4	1
TOTAL	42	20

Fuente: Coordinación Nacional de las Fiscalías Especializadas en Crimen Organizado.

De los citados datos estadísticos, se puede advertir que en el año 2016 se utilizaron las figuras del agente encubierto y agente especial de manera casi equivalente, de lo cual podemos concluir que dichas técnicas sí tienen uso; no obstante, dado que se trata de procedimientos reservados no se tienen datos actuales que permitan evaluar si su utilización se incrementó o no; sin perjuicio de ello, conviene analizar su regulación para postular propuestas de optimización y así mejorar su rendimiento.

3.2. DELITOS EN LOS QUE PROCEDE APLICAR LA FIGURA DEL AGENTE ESPECIAL

La técnica del agente especial puede aplicarse en cualquiera de las investigaciones de los delitos-fines³⁴ que se cometen bajo la cobertura de una organización criminal; y, se incluye su aplicación a los delitos de trata de personas y corrupción de funcionarios previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal³⁵, aunque no se cometan en el marco de una organización criminal, conforme al numeral 1) y 7) del artículo 341 del código procesal penal de 2004.

Al respecto, consideramos que el legislador peruano no hizo uso o aplicó incorrectamente el principio de proporcionalidad en sentido abstracto al momento de regular el uso del agente especial para los delitos de trata de personas y corrupción de funcionarios fuera de una organización criminal, pues el fundamento que justifica la regulación de las técnicas especiales de investigación, es la especial dificultad que implica la investigación de las organizaciones criminales.

En ese sentido, a diferencia de los citados delitos convencionales entre los que se contempla, a modo de ejemplo, el delito de nombramiento ilegal, peculado de uso, cohecho y otros que pueden investigarse mediante las técnicas tradicionales, la organización criminal tienen un modelo organizativo complejo en su estructuración y funcionamientos, cuyo actuar delictivo altera el equilibrio en las relaciones económicas, se vincula con el poder político y busca capturar el Estado, además traspasa las fronteras internacionalizando su actividad delictiva y emplea recursos tecnológicos avanzados; por lo que, constituye una amenaza al orden social, económico y político de los estados, lo que legitima y valida el uso de las técnicas especiales de investigación.

³⁴ El catálogo de delitos en que se puede aplicar es el mismo que se contempla como delitos- fin de la organización criminal, prevista en el artículo 3 de la Ley 30077.

³⁵ Estos delitos son: Nombramiento o aceptación ilegal (art. 381 del CP), concusión (art. 382 del CP), cobro indebido (art. 383 del CP), colusión simple y agravada (art. 384 del CP), patrocinio ilegal (art. 385 del CP), Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares (art. 386 del CP), peculado (art. 387 del CP), peculado de uso (art. 388 del CP), malversación (art. 389 del CP), Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia (art. 391 del CP), Extensión del tipo (art. 392 del CP), Cohecho pasivo propio (art. 393 del CP), Soborno internacional pasivo (art. 393-A del CP), Cohecho pasivo impropio (art. 394 del CP), Cohecho pasivo específico (art. 395 del CP), Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A del CP), Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B del CP), Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (art. 396 del CP), Cohecho activo genérico (art. 397 del CP), Cohecho activo transnacional (art. 397-A del CP), Cohecho activo específico (art. 397-A del CP), Cohecho activo en el ámbito de la función policial (art. 398-A del CP), Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (art. 399 del CP), Tráfico de influencias (art. 400 del CP) y Enriquecimiento ilícito (art. 401 del CP).

Además, es preciso resaltar que la técnica del agente especial afecta derechos fundamentales, pues implica la violación del derecho a la privacidad, intimidad o autodeterminación informativa, la inviolabilidad del domicilio, el libre desarrollo de la personalidad, el secreto de las comunicaciones y otros; por lo que, que su utilización de acuerdo al juicio de proporcionalidad en sentido abstracto, solo corresponde cuando resulta idónea, necesaria y proporcional; en consecuencia, no puede ser utilizada para delitos distintos a los cometidos en el marco de una organización criminal, pues para la persecución de tales delitos ya existen otras técnicas de investigación tradicionales que son menos lesivas e igualmente efectivas.

3.3. PERSONAS QUE PUEDEN ACTUAR COMO AGENTE ESPECIAL

Por otra parte, la norma sobre el agente especial en la legislación peruana también adolece de una regulación muy amplia, porque permite su aplicación no solo a los integrantes de una organización criminal, sino que con el término legal: “*inmerso dentro de una organización criminal*”, dicha figura puede aplicarse a cualquier particular que conozca de la existencia, funcionamiento y/o pueda identificar a los integrantes de cierta organización criminal sin necesidad que la integre o preste cooperación.

Esto conlleva a un segundo defecto en la configuración de dicha técnica especial, pues dicha regulación admite la infiltración de particulares en organizaciones criminales, a razón de que conocen de cerca su actividad delictiva y/o hasta gozan de la confianza de sus integrantes, lo cual es un total despropósito, pues para ello ya existe la figura del agente encubierto.

En ese sentido, si bien dichos particulares podrían estar en una situación ventajosa para infiltrarse en la organización criminal, esas condiciones son plenamente alcanzables por los agentes encubiertos, pues se tratan de efectivos policiales altamente capacitados para infiltrarse en una organización criminal, generando confianza entre sus miembros, a fin de obtener información y evidencias incriminatorias, pero a diferencia de los particulares, con menos riesgos para su vida, integridad y para el éxito de la investigación.

Por lo que, de *lege ferenda*, consideramos que la aplicación del agente especial debe restringirse a los integrantes de la organización criminal que voluntariamente deseen emplear dicha técnica, pues tales personas pertenecen a la organización criminal; y, por ende, no necesitan practicar actos de infiltración que corren el riesgo de fracasar por la escasa o nula capacitación de los particulares, poniendo en riesgo a su persona, su familia y/o la investigación; en consecuencia, en nuestra posición solo deben ser agentes especiales quienes integran la organización criminal, pues ya están insertos en la organización, gozan de la confianza de sus integrantes y conocen o pueden obtener información y evidencias de su accionar delictivo con menores riesgos.

3.4. PROPORCIONALIDAD CONCRETA PARA AUTORIZAR EL USO DEL AGENTE ESPECIAL

Por otro lado, esta figura tiene carácter subsidiario; es decir, no se utiliza en todas las investigaciones de delitos de organización criminal solo por tratarse de dicho delito, sino

únicamente cuando resulta estrictamente necesario; esto quiere decir, que previamente se debe agotar otras técnicas de investigación o no debe existir la posibilidad de aplicar otras técnicas igualmente satisfactorias, conforme lo señala la citada ley 30077, que reserva la aplicación de las técnicas especiales para cuando resulten: “idóneas, necesarias e indispensables para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación. Su aplicación se decide caso por caso y se dictan cuando la naturaleza de la medida lo exija (...)”.

Como se puede apreciar, dicha ley también señala que su uso debe determinarse en cada caso en concreto; esto es, cuando la actuación del agente especial no implique la grave afectación de los derechos fundamentales de los investigados y los riesgos para su personas o allegados no superan al interés en la efectiva persecución penal; para lo cual, el Fiscal debe emplear un juicio de proporcionalidad, tal y como lo señala la citada ley, cuando indica: “Las técnicas especiales de investigación deben respetar, escrupulosamente y en todos los casos, los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad”.

Por lo que, en el citado juicio de ponderación entran en conflicto, la trascendencia de la intromisión que produce el uso de la técnica de investigación en los derechos fundamentales y la relevancia del delito perseguido, tal y como indica, Moreno³⁶, quien señala: “La ordenación y la práctica de estas medidas restrictivas de derechos y libertades fundamentales debe respetar siempre las exigencias del principio de proporcionalidad, como límite de la actuación de los poderes públicos, de modo que habrá de tomarse en consideración no sólo la pertinencia y utilidad que la medida pudiera reportar a los fines del proceso penal, sino también el sacrificio que ésta representa, a la luz de la gravedad de los hechos se persiguen; así pues, se habrá de realizar un juicio de ponderación entre la trascendencia de la intromisión y la relevancia del delito, justificándose solamente cuando se trate de un procedimiento por delito grave.

3.5. ESTANDAR PROBATORIO Y OPORTUNIDAD PROCESAL

Para la aplicación de esta figura el numeral 1) del artículo 341 del código procesal penal, indica que deben existir indicios de la comisión del delito de organización criminal, de trata de personas o de los delitos de contra la administración pública; y, su utilización está considerada para los inicios o primeros momentos de la investigación; esto es, durante la sub fase de diligencias preliminares según la estructura del proceso penal peruano; de estos dos aspectos, se puede inferir que para su aplicación basta una sospecha inicial simple que es el estándar mínimo para dictar medidas limitativas de derechos.

En ese sentido, se ha determinado que el estándar de sospecha inicial simple resulta razonable para adoptar las medidas limitativas de derechos³⁷, como el control de identidad

³⁶ Víctor Moreno Catena, "Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal". En: *Prueba y proceso penal*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), pág. 80.

³⁷ El fundamento 38 del Acuerdo Plenario 3-2019/CIJ-116 de 10 de setiembre de 2019, sobre procedencia de impedimento de salida del país en diligencias preliminares estableció que: “Cuando en sede de diligencias preliminares ya se cuenta con un determinado nivel, siempre dentro de la noción de sospecha inicial simple, de imputación contra una persona debidamente individualizada -incluso más allá del debate

policial, la videovigilancia, la intervención corporal, el allanamiento de domicilio, la exhibición e incautación, el levantamiento de secreto de las comunicaciones, secreto bancario, reserva tributaria y bursátil y otros; por lo que, dado que el agente especial es una técnica que también implica la restricción de derechos fundamentales en fase de diligencias preliminares, igualmente debe exigirse como estándar mínimo la existencia de sospecha inicial simple.

3.6. AUTORIDAD QUE CONCEDE LA TÉCNICA, ACTUACIÓN DEL AGENTE ESPECIAL, CONTENIDO DE LA AUTORIZACIÓN, CONTROL Y DURACIÓN DE LA MEDIDA

El numeral 1) del artículo 341 del código procesal penal de 2004, establece que el Fiscal tiene la facultad de designar y autorizar al agente encubierto, lo que es equiparable al agente especial, para que pueda adquirir, poseer o transportar bienes de carácter delictivo, permitir su incautación e intervenir en toda actividad útil y necesaria para la investigación del delito; como se puede advertir el legislador peruano no enuncia ninguna actuación concreta que puede realizar el agente especial como ocurre en la legislación colombiana³⁸, si no que establece una autorización general para que el agente especial realice cualquier actuación tendiente a proporcionar información y evidencias incriminatorias del delito investigado y sus responsables.

En ese sentido, el Fiscal designa y autoriza al agente especial, mediante una disposición que debe contener la siguiente información³⁹: a) Las identidades reales y la identidad asignada al agente autorizado, siguiendo el protocolo establecido para el efecto, b) precisar los límites de la actuación del agente en el tráfico jurídico y social, c) el período de duración del procedimiento, en observancia del ordenamiento procesal penal vigente, d) la designación del oficial encargado de la supervisión del agente, e) la obligación del

teórico acerca de si debe denominársele "imputado" o no es razonable permitir que en los casos de necesidad y/o urgencia, y para tutelar la propia investigación, desde el criterio rector de eficacia, se dicten determinadas medidas limitativas de derechos".

³⁸ El artículo 242 del Código de Procedimiento Penal de Colombia, aprobado con ley 906 de 2004, reseña algunas actuaciones que puede realizar el agente especial, pues indica: "En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados".

³⁹ El contenido de la disposición está regulado en el artículo 23 del reglamento de circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, agente encubierto y operaciones encubiertas, aprobado por la Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 5321-2015-MP-FN; y, es concordante con el numeral 2) del artículo 341 del código procesal penal de 2004, que señala: "La Disposición que apruebe la designación de agentes encubiertos, deberá consignar el nombre verdadero y la identidad supuesta con la que actuarán en el caso concreto. Esta decisión será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad. Una copia de la misma se remite a la Fiscalía de la Nación que, bajo las mismas condiciones de seguridad, abrirá un registro reservado de aquellas".

agente de informar periódicamente el avance de las actividades realizadas al oficial supervisor para conocimiento del Fiscal que autorizó el procedimiento; y, f) otras disposiciones que el Fiscal considere necesarias para el mejor cumplimiento de los objetivos propuestos; por lo que, dicha figura no se puede aplicar sin previa disposición de designación tal y como se estableció en el Recurso de Nulidad N.º 3020-2015, Junín, que señala:

Dentro de las estrategias para combatir la criminalidad organizada la legislación procesal penal ha incorporado la figura del agente encubierto y agente especial, el primero es un efectivo policial registrado que cuenta con autorización del fiscal. El segundo lo dispone el fiscal y es un ciudadano que por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar evidencias. Ninguna de estas situaciones es aplicable a Caldas Justo ni Rosado Quispe, pues no están registrados como tales, no tienen autorización fiscal y no hay documento que acredite ello.

Asimismo, la autorización del Fiscal de actuación de un particular como agente especial, es objeto de control de legalidad posteriormente a la actuación del citado agente, conforme señala la Corte Suprema en la Apelación 59-2021-Junín, donde estableció lo siguiente:

El control de legalidad que corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria es acotado. Debe establecer, primero, si el agente especial fue nombrado por el Fiscal investigador y, en su caso, con la identidad supuesta pertinente; segundo, si la investigación se circunscribe a las actividades de la delincuencia organizada, de la trata de personas o de los delitos contra la Administración Pública previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal; tercero, si la información que obtenga, temporalmente, se obtuvo dentro del plazo otorgado; cuarto, si la información incriminatoria obtenida fue puesta progresiva y permanentemente a disposición del Fiscal – transmisión de la información–; y, quinto, si la información obtenida importó una limitación de derechos fundamentales, y dentro de las autorizaciones ordenadas por la Constitución, previamente, si la Fiscalía obtuvo el preceptivo mandamiento judicial motivado.

Al respecto, advertimos que resulta inútil la asignación de una identidad supuesta en la técnica del agente especial, con los cambios de identidad y generación de documentos que ello implica, pues el particular que solicita actuar como agente especial es conocido, integrante o cooperador de la organización criminal y se vale de esa situación para informar y desvelar la actividad criminal y sus responsables; por lo que, consideramos que el cambio de identidad, necesario para el agente encubierto, es inútil y no resulta compatible con la figura del agente especial; no obstante, sí debe registrarse al agente especial mediante un código para proteger su identidad en la investigación, como ocurre con la figura del colaborador eficaz; y, de ser necesario, otorgarle protección para garantizar su integridad, su vida y la de su familia.

Por otro lado, la autorización general que se otorga al agente especial no abarca actuaciones que puedan afectar derechos fundamentales; para esos casos, el numeral 6) del citado artículo 341 del código procesal penal, establece que es necesaria una autorización judicial. Sobre este particular, considero que dicha autorización judicial no siempre debe ser previa, sino que en supuestos de situaciones urgentes e inaplazables que ocasionen peligro en la demora, la actuación del agente especial podría ser objeto de una confirmación judicial; esto es, que en situaciones excepcionales puede efectuarse posteriormente el control de legalidad de la actuación del agente especial luego de producida la afectación algún derecho fundamental.

En suma, las actuaciones generales del agente especial están controladas por el oficial encargado de la supervisión del agente y por el fiscal que autorizó dicha medida, para lo cual el agente debe poner en conocimiento de sus actividades, por el medio más adecuado y de manera periódica, a dichas autoridades durante el periodo de ejecución de la citada técnica especial, que puede durar el plazo legal de seis meses prorrogables por igual plazo sin que exista ningún tope; no obstante, rigen los principios de razonabilidad y proporcional en la determinación del plazo. Asimismo, las actuaciones del agente especial que impliquen la afectación de derechos fundamentales son controladas por el juez competente, a quien debe informarse previamente de la necesidad y proporcionalidad de dicha actuación para que sea autorizada, salvo excepciones de peligro en la demora, que permiten el uso de la confirmatoria judicial.

3.7. DIFERENCIACION ENTRE EL AGENTE ESPECIAL Y EL AGENTE ENCUBIERTO

En el Perú, el agente especial tiene una equiparación normativa al agente encubierto, pues la regulación es la misma para ambas figuras; sin embargo, pese a que ambas figuras se tratan de operaciones encubiertas, tienen algunas diferencias, entre ellas, la más notoria es que el agente especial puede ser cualquier particular que califique para la misión de recabar información y pruebas incriminatorias de una organización criminal; pero, el agente encubierto, solo puede ser un efectivo policial debidamente capacitado para tal fin.

Otra diferencia evidente es que, cuando el agente especial es un particular que integra la organización criminal, se trata de un delincuente o criminal que no necesita infiltrarse en la misma, pues es miembro de dicha organización criminal, mientras que el agente encubierto necesita infiltrarse y utilizar la herramienta del engaño para tal fin, tal y como señala Armenta⁴⁰, sobre el agente especial, al indicar que: “En esencia, se permite que agentes de la Policía Judicial actúen bajo identidad supuesta -facilitada por el Ministerio de Interior- y se infiltren en las organizaciones delictivas, para obtener información con la que lograr su desarticulación y la condena de sus miembros.”

En ese sentido, el agente encubierto utiliza como herramienta el engaño de dos formas, primero como identidad supuesta; esto es, cambiando su identidad y fingiendo ser una

⁴⁰ Teresa Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*. 11ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 2018), pág. 176.

persona dispuesta a cometer delitos para infiltrarse en la organización criminal; y, segundo, para mantener oculto su condición de efectivo policial y para ocultar su verdadera intención de obtener información y pruebas de la comisión de delitos y sus responsables, todo ello con la finalidad de cumplir su función de desarticulación de la organización criminal, tal y como indica ESPINOSA⁴¹ quien señala lo siguiente:

Este engaño puede suscitarse en un doble plano: en primer lugar, con respecto a la identidad real que se materializa a través del uso de la identidad supuesta por la que el infiltrado accede al entramado organizativo y forja relaciones de confianza con los miembros de la organización. Y, en segundo lugar, respecto a la verdadera intención de la relación que el agente encubierto mantiene con las personas objeto de la investigación.

Sin embargo, el agente especial, cuanto pertenece a la organización criminal, se diferencia del agente encubierto, en que ya no utiliza el engaño en los dos planos antes aludidos, pues dado que es un integrante de la organización criminal, no necesita usar una identidad supuesta; esto es, que el particular no necesita cambiar su identidad para protegerse o fingir ser otra persona con el objetivo de ganarse la confianza de los otros miembros, ya que es miembro de la organización criminal con su verdadera identidad y personalidad.

En ese sentido, el agente especial, no utiliza el engaño como una herramienta de la técnica de infiltración, sino tan solo como medio de ocultación de su actuación a nombre del estado (condición de agente especial); y, para ocultar su verdadera intención de información, búsqueda y obtención de pruebas incriminatorias con el propósito de obtener algún beneficio procesal, ahí radica su esencia.

No obstante, advertimos que no existe diferencia entre el agente encubierto y los otros supuestos de agente especial regulados actualmente, pues los particulares que no integran la organización criminal, para que puedan actuar como agentes por encargo del estado, en razón a que conocen de la actividad delictiva o cooperan con alguna organización criminal, también necesitan infiltrarse en dicha organización criminal; para tal efecto, deben utilizar el engaño como herramienta de infiltración; esto es, tendrán que emplear una identidad supuesta y ocultar su condición e intenciones, de manera similar a la que lo realiza el agente encubierto.

En ese sentido, sobre la actuación del agente encubierto ESPINOSA⁴² nos indica lo siguiente "(...) el agente encubierto se hará pasar por alguien que no es, para llegar a trazar lazos de confianza con los miembros de la organización que se pretende investigar, con la infiltración policial no solo se suministra una identidad supuesta al agente, sino que se debe preparar una personalidad ficticia que ampare la identidad supuesta frente a la organización. Normalmente, se piensa que el agente actuará como presunto delincuente, pero puede suceder que ocupe cualquier otro puesto dentro de la

⁴¹ Rocío Zafra Espinosa de los Monteros. *El policía infiltrado*. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), pág. 73.

⁴² Rocío Zafra Espinosa de los Monteros. "Medios extraordinarios de investigación contra la criminalidad organizada". En: *Los actos de investigación contra el crimen organizado. Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia*, 1ª ed. (Lima: Instituto Pacífico S.A.C, 2016), pág. 243.

organización para lo que necesitará la preparación suficiente”; por lo que, insistimos que en los casos donde el agente especial no es miembro de la organización criminal, resulta innecesario emplear la figura del agente especial; y, en contraposición, resulta idónea la figura del agente encubierto.

Otra diferencia, radica en el valor probatorio de la declaración en juicio del agente especial y del agente encubierto, pues el agente encubierto es considerado un testigo y su declaración tiene pleno valor testifical, mientras que la declaración del agente especial, que integra una organización criminal, como ocurre con las delaciones de los colaboradores eficaces o arrepentidos, por sí sola no tiene suficiente valor incriminatorio y es considerado prueba sospechosa y peligrosa⁴³.

3.8. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL AGENTE ESPECIAL Y LA LICITUD DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS CON SU ACTUACIÓN

Por otra parte, es preciso señalar que el agente encubierto, según el artículo 341.6 del código procesal penal peruano y el artículo 282 bis 5 de la LECrim española, goza de exención de responsabilidad penal por la comisión de delitos derivados de su actuación, cuando sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito; sin embargo, dicha prerrogativa procesal no fue contemplada en la regulación sobre el agente especial que se legisló en el Perú.

Sobre este particular, Pérez⁴⁴ sostiene que, a raíz de dicha omisión, el agente especial no puede gozar de la exención de la responsabilidad por la comisión de delitos derivados de su actuación e incluso el material probatorio que se obtenga en el contexto de su participación delictiva devendría en inutilizables, pues indica:

La imposibilidad de comunicar mecanismos de exención de responsabilidad penal respecto del agente especial (no policía) en cuanto éste realice labores de investigación encubierta y, con tales fines, deba realizar conductas compatibles con la organización criminal. Disposición legal del numeral 6, del artículo 341° del CPP de 2004, que solo menciona dicha exención para el agente encubierto y que, en ausencia de una regulación expresa en tal sentido, convierte al agente especial en solo un operador de información relativa al delito objeto de investigación; y jamás poder operar en la organización criminal realizando conductas delictivas funcionales a dicha organización.

⁴³ Al respecto, la Casación N.º 277-2021/NACIONAL señala: “Cabe señalar, desde lo que se aceptó en vía casacional, lo siguiente: (i) el valor incriminatorio de un colaborador o coimputado es, por lo común, una prueba sospechosa y peligrosa –tienen una reducida potencialidad persuasiva–, que obliga a extremar las cautelas a la hora de otorgarle suficiente valor incriminatorio, pero válida aunque no suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia, respecto de la cual existe plasmación legislativa en el artículo 158, apartado 2, del CPP”.

⁴⁴ Miguel Rafael Pérez Arroyo. “Lineamientos de actuación del agente encubierto como instrumento de investigación contra el crimen organizado”. En: *Los actos de investigación contra el crimen organizado. Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia*, 1ª ed. (Lima: Instituto Pacífico S.A.C, 2016), pág. 322

Todo lo cual, en verdad, convierte a este agente especial en inoperante estorbo para la investigación por cuanto de ser el caso, la nulidad de actuados procesales haría inútil una evidencia recogida bajo la intervención de este agente especial en cuanto este haya podido realizar conductas punibles, tan igual como si podría hacerlo un agente encubierto.

Sin embargo, consideramos que el citado autor obvia la posibilidad de eximir la responsabilidad penal del agente especial, desde el plano del derecho penal material, en razón de la aplicación de la causa de justificación, prevista en el numeral 8 del artículo 20 del código penal peruano que señala: “El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo” o podría acordarse la exención de pena como parte del acuerdo de colaboración eficaz, previsto en el artículo 475.5 del código procesal penal peruano, mediante una aplicación conjunta de dicha figura y del agente especial; por lo que, consideramos que la citada figura es plenamente operativa y no afecta la validez ni eficacia del material probatorio obtenido mediante dicha figura.

Sin embargo, independientemente de la regulación de la excepción en el ámbito material o procesal penal, es importante tener en cuenta lo señalado por López Barja⁴⁵, quien, al referirse sobre exención de responsabilidad penal del agente encubierto en la legislación española, indica que existen límites constitucionales que sirven para interpretar restrictivamente el artículo 282 bis 5 de la LECrim, pues indica:

No obstante, no debemos olvidar que afortunadamente existen límites constitucionales muy importantes que serán de gran ayuda a la hora de restringir el ámbito de aplicación del apartado 5°. En efecto, interceptar comunicaciones telefónicas, telegráficas o postales, o realizar entradas y registros pueden ser consideradas consecuencias necesarias e incluso proporcionadas con la investigación que se lleva cabo, pero, si el agente encubierto realiza esas actuaciones sin contar con previa y específicamente motivada autorización judicial, estará llevando a cabo acciones delictivas que nunca podrán estar amparadas por la exención de responsabilidad criminal establecida en este apartado 5°.

Al respecto, consideramos que la citada interpretación es muy rígida, pues será en cada caso en concreto que deberá evaluarse, mediante las reglas generales de la prueba irregular y la prueba ilícita, la inutilizabilidad o no de las pruebas obtenidas mediante la actuación del agente especial y el agente encubierto, además del carácter delictivo de su actuación, como ocurrió en un reciente caso jurisprudencial peruano, donde un agente especial grabó una conversación sin autorización judicial previa y la Corte Suprema de Justicia del Perú declaró la licitud del acto de investigación, con base a que no se produjo la vulneración del secreto de las comunicaciones, conforme se advierte de del RECURSO APELACIÓN N.º 59-2021/JUNÍN, que señala:

⁴⁵ Jacobo López Barja de Quiroga, *Tratado de Derecho Procesal Penal*. (Navarra: Aranzadi, 2004), t. 1, pág. 684.

Lo que ocurrió en esta investigación fue que el agente especial “Vico”, en su calidad de tal, grabó subrepticamente tres conversaciones ocurridas en el Despacho del investigado Luis García Robles. (...)

QUINTO: (...) el derecho al secreto de las comunicaciones, como garantía rigurosamente formal, protege la comunicación en sí misma –se predica de lo comunicado–, con independencia de su contenido, respecto de terceros ajenos a la propia comunicación, pero no cuando se trata de los respectivos interlocutores en las conversaciones que ellos mismos graban –se prohíbe la interceptación o el conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas–. Esto último ocurrió en el presente caso, por lo que esas grabaciones no son ilícitas o inconstitucionales. No hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención la retención o grabación, por cualquier medio, del contenido del mensaje. No se advierte, por tanto, que el agente especial “Vico” era ajeno a las conversaciones grabadas. De ser ajeno a ellas, desde luego, en las condiciones de su realización, la grabación no pudo ser posible.

Otra situación muy similar fue resuelta en el mismo sentido por la jurisprudencia italiana, donde se analizó la legalidad de las grabaciones efectuadas por un agente secreto, equipado con aparatos de grabación suministrados por la policía judicial, donde se analizó dos hipótesis; en primer lugar, cuando la policía escucha simultáneamente la conversación y cuando el sujeto se limita a grabar la conversación y lo pone a disposición de la policía, permitiendo su escucha diferida; sobre el particular, primero se analizó el derecho afectado, que se identificó como el derecho al secreto de las comunicaciones y se consideró que su afectación era mínima, tal y como indica CONTI⁴⁶ quien refiere:

Según señala la Corte de Casación, se trata de una actividad que incide sobre el derecho al secreto de las conversaciones y de las comunicaciones, tutelado por el art. 15 de la Constitución. Sin embargo, el grado de lesión al derecho de secreto de las comunicaciones resulta sensiblemente diferente del que se produce con las interceptaciones por terceros. En efecto, las grabaciones de conversaciones llevadas a cabo por uno de los interlocutores con instrumentos de captación suministrados por los órganos de la investigación, son efectuadas con el acuerdo de uno de los participantes en la conversación. Por ello suponen una menor intrusión en la esfera privada. De ahí que, a los fines de la tutela del art. 15 de la Constitución resulte suficiente un nivel de garantía menor, representado por una disposición motivada de la autoridad judicial, que puede ser emitida también mediante un decreto del ministerio público.

3.9. JUSTIFICACIÓN DE LA RECONFIGURACIÓN DEL AGENTE ESPECIAL

Los cuestionamientos en la utilización de particulares, como agentes que buscan infiltrarse en una organización criminal para obtener información y evidencias sobre del

⁴⁶ Carlotta Conti. "Las prohibiciones probatorias en el proceso penal italiano". En: *Justicia penal y derecho de defensa*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), págs.416-417.

delito y sus responsables, tiene que ver con su falta de capacidad para desarrollar una misión de infiltración y camuflaje dentro de una organización criminal, que implica riesgos para su integridad, su vida y la de su familia; y, también se debe a que los particulares desconocen las reglas y garantías del proceso penal, lo que puede poner en riesgo el éxito de la investigación, tal y conforme lo sostiene ESPINOSA⁴⁷, quien indica:

La condición de agente encubierto lleva consigo una serie de riesgos que sólo pueden ser asumibles por un agente de las fuerzas de seguridad de los Estados. En este sentido, consideramos que la actuación de los particulares debe quedar al margen. Otro de los motivos por lo que debemos circunscribir la condición de agente encubierto a los agentes de las fuerzas de seguridad del Estado, es que se presume de su trabajo diario, un conocimiento de las reglas básicas del proceso penal, en cuanto al significado de la limitación de derechos fundamentales. Estas reglas son desconocidas por la mayoría de los ciudadanos. Por ello, el Estado no puede asumir el riesgo de que los particulares se infiltren en determinados entramados criminales pues su actuación podría implicar la limitación, desconocida, de los derechos fundamentales y ello conllevar a declarar nula toda la información obtenida durante la investigación viéndose afectadas todas las expectativas de declarar a los sujetos investigados culpables por no haber conseguido la enervación de la presunción de inocencia.

Al respecto, estamos de acuerdo parcialmente con dicha apreciación, pues autorizar a particulares para infiltrarse en una organización criminal, solo porque a raíz de su situación conocen de las actividades delictivas de alguna organización criminal o cooperan con ella en su actividad ilícita, resulta inidónea e innecesaria, pues ya existe la figura del agente encubierto, que tiene la misma finalidad, resulta más eficaz y representa menos riesgos para la vida e integridad del citado agente y para el éxito de la investigación; toda vez que, dicha técnica contempla que sean agentes policiales altamente capacitados y no particulares sin ninguna o poca preparación, quienes se infiltren en la organización criminal.

Sin perjuicio de ello, es preciso mencionar que no debe soslayarse la importancia de la información y evidencias incriminatorias que están en condiciones de facilitar los propios miembros de la organización criminal, que bajo la figura del colaborador eficaz o arrepentido, están siendo utilizadas como un instrumento de lucha contra la criminalidad organizada, tal y como lo señala Dagdug⁴⁸, quien indica: “Esta clase de declaración se ha empezado a considerar desde hace no mucho tiempo como un instrumento idóneo de lucha contra la delincuencia organizada. La utilización de la declaración del imputado que colabora con la administración de justicia tiene como finalidad medular el conocimiento de los grupos criminales a los que pertenecen, desde sus estructuras, formas de operar, quiénes los componen, y además se utiliza para evitar consecuencias ulteriores,

⁴⁷ Espinosa de los Monteros. *El policía infiltrado*. pág. 79.

⁴⁸ Alfredo Dagdug Kalife. *La prueba testimonial ante la delincuencia organizada*, 1ª ed. (México D.F: Editorial Porrúa, 2006), pág. 199.

como la comisión de nuevos hechos delictivos por parte de una organización criminal determinada.”

En ese contexto, consideramos que la figura del agente especial resulta más eficaz cuando se emplea como complemento del proceso especial de colaboración eficaz, pues en esos casos el sujeto encubierto no necesita emplear actos fraudulentos o engañosos para infiltrarse a la organización criminal y tampoco necesita mezclarse en su entorno evitando levantar sospechas, pues se tratan de verdaderos miembros de la organización criminal que gozan de la confianza de sus integrantes.

Asimismo, se optimiza el rendimiento de la aplicación del agente especial cuando se emplea conjuntamente con la figura del colaborador eficaz, pues permite que los aspirantes a colaboradores eficaces que no tiene la posibilidad de corroborar su delación sobre sus delitos confesados, puedan voluntariamente participar como agentes especiales, con la finalidad de obtener nueva información sobre acciones delictivas presentes o futuras y permitir asegurar el material probatorio para su acreditación, con lo cual obtendrían el beneficio procesal anhelado.

Por otro lado, es preciso indicar que no debe confundirse al figura del agente especial y la colaboración eficaz, pues los aspirantes a colaboradores eficaces o arrepentidos solo brindan datos y evidencias de delitos ya cometidos o que han ocurridos en el pasado, o de alguno que está en desarrollo o planificación, pero respecto de los cuales ya no puede seguir interviniendo, pues para la aplicación de la citada figura, se requiere que el arrepentido haya abandonado voluntariamente su actividad delictiva y renuncie a continuarla, mientras que la técnica del agente especial permite al investigado continuar con la comisión de los delitos en curso y/o participar de nuevos delitos en el futuro, brindando información y evidencias de manera permanente y progresiva, que permitirán procesar y condenar a los máximos responsables de la organización criminal, ejem: el líder, los cabecillas, mandos medios, financistas y otros.

3.10. PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Por todo lo expuesto, consideramos que la figura del agente especial solo debe aplicarse para la investigación de delitos cometidos bajo la cobertura de una organización criminal, entre estos los delitos de corrupción de funcionarios; y, debe emplearse conjuntamente con la figura del colaborador eficaz, a fin de dar la posibilidad al arrepentido de continuar su actividad delictiva dentro de la organización criminal, para obtener pruebas que corroboren sus delaciones y alcanzar algún beneficio procesal.

Asimismo, sostenemos que el agente especial no necesita utilizar la identidad supuesta y tampoco requiere infiltrarse en una organización criminal pues ya pertenece a la misma; de modo que, su rasgo característico, además de ser practicado por un particular que es miembro de la organización criminal, radica en la ocultación de que actúa por encargo del estado y con la intención de obtener información y pruebas que permitan prevenir, neutralizar y reprimir los delitos de organización criminal.

Finalmente, consideramos que la figura del agente especial no debe comprender a los particulares que no integran la organización criminal, pues en esos casos se requiere que los citados particulares utilicen la técnica de infiltración mediante el uso del engaño; no obstante, ya indicamos que el agente encubierto se encuentra con mejores posibilidades de éxito de cumplir dicha tarea; por lo que, considerando éstos aspectos, proponemos la modificación del artículo 341 del código procesal penal peruano, con el siguiente texto:

El Fiscal, cuando se trate de diligencias preliminares que afecten actividades propias de la criminalidad organizada, ~~de la trata de personas, de los delitos de contra la administración pública previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal,~~ y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a miembros especializados de la Policía Nacional del Perú, mediante una disposición y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos (...). El Fiscal, cuando las circunstancias así lo requieran, podrá disponer la utilización de un agente especial, entendiéndose como tal al ciudadano que, **sin modificar su identidad y por su integración a una organización criminal, puede continuar desarrollando las actividades criminales de dicha organización,** a fin de proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal y de sus responsables.

IV. CONCLUSIONES:

PRIMERO. – La organización criminal, como fenómeno cambiante y de carácter complejo, en el ámbito supranacional ha llevado a definirla desde sus rasgos mínimos y más comunes, para que los Estados puedan optimizar su regulación de cara a las particularidades del fenómeno que les toca enfrentar.

SEGUNDO. – Los estudios criminológicos han permitido conocer que las organizaciones criminales emplean la corrupción como un método de protección de sus actividades criminales; por lo que, en su afán de mantener o incrementar su actividad ilícita buscan capturar el poder político o al Estado; por lo que, no solo afectan el orden social y económico, sino que ponen en riesgo la democracia.

TERCERO. – La legitimidad del uso de las técnicas especiales de investigación esta fundamentado en la especial dificultad que significa enfrentar la organización criminal, debido a su modelo organizativo complejo en su estructuración y funcionamiento, su vinculación con el poder político que se garantiza impunidad, el empleo de recursos tecnológicos avanzados y su transnacionalización.

CUARTO. – El agente especial, es una técnica especial de investigación que, permite utilizar a una persona que se encuentra dentro de una organización criminal, para que proporcione información y evidencias incriminatorias que permiten prevenir, neutralizar o reprimir la actividad delictiva de la organización criminal, que se diferencia de las otras

figuras como el agente encubierto, en que es practicada por un particular y no requiere del uso de identidad supuesta.

QUINTO. – La regulación del agente especial en la legislación peruana adolece de una excesiva amplitud, que debe reconfigurarse, restringiendo su uso solo a delitos cometidos por organizaciones criminales y para casos donde el sujeto que debe actuar como agente especial, no se necesite de la técnica de infiltración; esto es, solo debe practicarse por algún miembro de una organización criminal que, en aplicación conjunta con la colaboración eficaz, tenga la intención de obtener algún beneficio, pues para los demás casos es idónea y suficiente la figura del agente encubierto.

SEXTO. – La exención de responsabilidad penal por la comisión de delitos derivados de la actuación del agente especial, puede efectuarse desde el derecho penal material mediante la causa de justificación denominada: “El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo” o mediante una cláusula procesal especial; y, la validez o licitud del material probatorio obtenido dependerá de la aplicación, en cada caso en concreto, de las reglas generales de la prueba irregular e ilícita.

V. BIBLIOGRAFÍA

Armenta Deu, Teresa. Lecciones de derecho procesal penal. 11ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2018.

Caciagli, Mario. Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

Conti, Carlotta. Las prohibiciones probatorias en el proceso penal italiano. En *Justicia penal y derecho de defensa*. Valencia: Tirant lo blanch, 2014.

Chabat y Sansó-Rubert Pascual, Daniel. "Fenómenos criminales organizados y déficit democrático. Hacia una reinterpretación del nexo político–criminal". En *“Criminalidad en un mundo global. Criminalidad de empresa, transnacional, organizada y recuperación de activos”*, coordinado por Alejandro L. de Pablo Serrano. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.

Chaia, Rubén A. “La prueba en el proceso penal”. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

Chávez Cotrina, Jorge W. *El crimen organizado en el Perú*. 1ª ed. Lima: Instituto Pacífico S.A.C, 2020.

Dagdug Kalife, Alfredo. *La prueba testimonial ante la delincuencia organizada*. 1ª ed. México D.F: Editorial Porrúa, 2006.

Delgado Martín, Joaquín. “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto”. En *“Problemas actuales de la justicia penal”*, dirigido por Joan Picó i Junoy. Barcelona: José M.ª Bosch Editor, 2001.

Eigen, Peter. *Las redes de la corrupción. La sociedad civil contra los abusos del poder*. 1ª ed. Barcelona: Planeta, 2004.

Espinosa de los Monteros, Rocío Zafra. *El policía infiltrado*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

Espinosa de los Monteros, Rocío Zafra. “Medios extraordinarios de investigación contra la criminalidad organizada”. En *Los actos de investigación contra el crimen organizado. Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia*. 1ª ed. Lima: Instituto Pacífico S.A.C, 2016.

Gimeno Sendra, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi S.A, 2012.

Giménez–Salinas Framis, Andrea. *Delincuencia organizada transnacional*. 1ª ed. Madrid: Síntesis, 2020.

Herrero Herrero, César. *Criminología. Parte General y Especial*. 3ª ed. Madrid: Dykinson, 2007.

López Barja de Quiroga, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra: Aranzadi, 2004, t. 1.

Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Terrorismo. Nueva York, 2010.

Montoya, Mario D. *Mafia y crimen organizado. Aspectos legales. Autoría mediata. Responsabilidad penal de los aparatos organizados de poder*. 1ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

Moreno Catena, Víctor. Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal. En *Prueba y proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

Nieto, Alejandro. *El desgobierno de lo público*. 2ª ed. Barcelona: Planeta, 2012.

Pérez Arroyo, Miguel Rafael. “Lineamientos de actuación del agente encubierto como instrumento de investigación contra el crimen organizado”. En *Los actos de investigación contra el crimen organizado. Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia*, 1ª ed. Lima: Instituto Pacífico S.A.C, 2016.

Prado Saldarriaga, Víctor Roberto. *Criminalidad organizada y lavado de activos*. 1ª ed. Lima: Idemsa, 2013.

Planchadell Gargallo, Andrea. “El agente encubierto en la lucha contra la criminalidad organizada”. En *Los actos de investigación contra el crimen organizado. Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia*. 1ª ed. Lima: Instituto Pacífico S.A.C, 2016.

Requejo Conde, Carmen. “Aspectos básicos del delito de organización y grupo criminal. Los diez años de su tipificación en el código penal español”. 1ª ed. Navarra: Aranzadi, 2020.

Rose–Akerman, Susan. *La corrupción y los gobiernos, causas, consecuencias y reforma*. 1ª ed. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2021.

San Martín Castro, Cesar. "El proceso penal contra el crimen organizado". En: *Ley contra el crimen organizado (Ley N.º 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*, 1ª ed. Lima: Instituto Pacífico S.A.C, 2016.

Villoria Mendieta, Manuel. *La corrupción política*. 1ª ed. Madrid: Síntesis, 2006.

Yaipén Zapata, Víctor Pastor. *El delito de organización criminal, injusto de sistema autopoietico*. 1ª ed. Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C, 2020.

Zúñiga Rodríguez, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. 1ª ed. Granada: Comares, 2009.

Zurita Gutiérrez, Alri. *El delito de organización criminal: fundamentos y contenido de injusto*. 1ª ed. Barcelona: Bosch editor, 2020.