

FLÁVIO CARDOSO PEREIRA

Fiscal del Ministerio Público en Brasil.
Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España.
Especialista en Combate al Crimen Organizado, Corrupción
y Terrorismo por USAL/España.

AGENTE ENCUBIERTO

Y

PROCESO PENAL GARANTISTA:

LÍMITES Y DESAFÍOS



LERNER
Editora S.R.L.

ÍNDICE

Abreviaturas	17
Prólogo	19
Introducción	25

CAPÍTULO PRIMERO LOS DESAFÍOS DEL PROCESO PENAL CONTEMPORÁNEO

<i>I.1. La paradoja: eficacia del ius puniendi versus garantías y derechos fundamentales del imputado. La necesidad de un proceso penal equilibrado</i>	33
I.1.1. TENSION DIALÉCTICA DE FUERZAS Y PROCESO PENAL	33
I.1.1.1. Criminalidad de los nuevos tiempos y la crisis del Derecho Procesal penal	33
I.1.1.2. La tensión de fuerzas: garantías versus eficacia	49
I.1.2. ARMONÍA PROCESAL PENAL: UN OBJETIVO PARA CONCILIAR LA EFICACIA Y LAS GARANTÍAS	65
I.1.2.1. La función primordial del proceso penal	65
I.1.2.2. ¿Es admisible una persecución sin límites en la búsqueda de la eficiencia penal o debe prevalecer un equilibrio procesal penal?	77
<i>I.2. Eficiencia y garantías como vertientes del proceso penal equilibrado</i>	89
I.2.1. LA ABUSIVA INSTRUMENTALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS. UN PELIGRO INMINENTE A LA SEGURIDAD PÚBLICA	89
I.2.2. "EFICIENCIA PENAL": UN CONCEPTO IMPORTANTE	105
I.2.3. LA ARMONIZACIÓN DE FUERZAS Y LA BÚSQUEDA POR UN PROCESO PENAL EQUILIBRADO: UNA SOLUCIÓN IDEAL EN TIEMPOS DE CRISIS DE TENSION	113

I3. El garantismo y la lucha contra el crimen organizado. La posible compatibilización de las garantías y la eficacia del derecho de punir estatal	122
I.3.1. CONSIDERACIONES GENERALES RESPECTO A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	122
I.3.1.1. Evolución histórica y desarrollo como fenómeno criminal	122
I.3.1.2. El concepto de delincuencia organizada. Una cuestión controvertible	134
I.3.1.3. Principales rasgos característicos	145
I.3.1.4. Breves apuntes sobre el tratamiento jurídico de la criminalidad organizada	150
I.3.1.4.1. Medidas de Política-criminal	151
I.3.1.4.2. Medidas sustantivas	156
I.3.1.4.3. Medidas procesales	159
I.3.2. CRIMEN ORGANIZADO Y TEORÍA DEL GARANTISMO	179
I.3.2.1. Algunas notas esenciales sobre el garantismo penal y procesal. La evolución hacia el garantismo "integral" en el proceso penal	179
I.3.2.1.1. El Garantismo y la contribución de FERRAJOLI	179
I.3.2.1.2. El Derecho Procesal penal y la teoría del garantismo	186
I.3.2.1.3. El punto ideal: el garantismo integral y proporcional	190
I.3.2.2. La lucha contra el crimen organizado: Los derechos y garantías fundamentales no son siempre absolutos	204
I.3.2.3. El proceso penal garantista y la búsqueda de un enfrentamiento eficiente al crimen organizado	221

CAPÍTULO SEGUNDO

LA "EMERGENCIA" PENAL Y EL DERECHO PROCESAL PENAL DEL ENEMIGO COMO POSIBLES SOLUCIONES CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO TRANSFRONTERIZO. UNA AFRONTA AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

II.1. El proceso penal de "emergencia" y su relación con el tratamiento jurídico de la delincuencia organizada	227
II.1.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA "EMERGENCIA" COMO RESPUESTA EN LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	227
II.1.1.1. La atención hacia la eficacia y la seguridad	227

II.1.1.2. La "emergencia" penal como posible solución para el control de la criminalidad organizada	231
II.1.1.3. El triste retorno a un pasado sombrío. El cambiar de las cosas después del 11 de septiembre de 2001	235
II.1.2. LA CONCEPCIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO PENAL O PROCESAL PENAL DEL ENEMIGO	241
II.1.2.1. La búsqueda del control de la delincuencia a través del imperativo de ley y orden	241
II.1.2.2. Origen histórico de la concepción del "enemigo"	244
II.1.2.3. Qué significa el Derecho Penal y Procesal penal del enemigo. La polémica contribución de JAKOBS	247
II.1.2.4. Visión crítica respecto a este pensamiento dogmático	254
II.2. El proceso penal y su lectura constitucional: una realidad innegable	265
II.2.1. EL CAMINO ÚNICO PARA OBTENCIÓN DE EFICACIA CON GARANTÍAS: CONSTITUCIÓN Y PROCESO PENAL	265
II.2.1.1. El proceso penal y su fórmula ideal: legitimación del <i>ius puniendi</i> con respecto a las garantías	265
II.2.1.2. La necesidad de una lectura constitucional del proceso penal	270
II.2.1.3. Garantías procesales fundamentales en los pactos y convenios internacionales de derechos humanos	280

CAPÍTULO TERCERO

LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL COMO PIEZA CLAVE EN LA PERSECUCIÓN PENAL

III.1. La investigación criminal: algunas consideraciones generales	287
III.1.1. OBSERVACIONES PRELIMINARES RESPECTO A LA ESENCIA DE LA INVESTIGACIÓN	287
III.1.2. CONTENIDO DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL	292
III.1.3. FUNDAMENTOS Y NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN	298
III.1.4. LA BÚSQUEDA DE UNA INVESTIGACIÓN EFICIENTE. HAY LÍMITES EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR	304
III.1.5. INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y DELINCUENCIA ORGANIZADA	313
III.2. Sociedad de riesgos y la insuficiencia de los actuales medios de investigación criminal	319

III.2.1. ULRICH BECK Y LA SOCIEDAD DE RIESGOS	319
III.2.2. LA INSUFICIENCIA DE LOS ACTUALES MEDIOS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL	324
III.2.3. UNA NECESIDAD INCUESTIONABLE: LA IMPLANTACIÓN DE NUEVAS TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN PENAL	335
CAPÍTULO CUARTO	
EL AGENTE ENCUBIERTO COMO MEDIO EXTRAORDINARIO DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL	
IV.1. <i>Consideraciones generales y puntos críticos</i>	343
IV.1.1. AGENTE ENCUBIERTO: ORÍGENES HISTÓRICOS Y MARCO CONCEPTUAL	343
IV.1.1.1. Un medio de investigación necesario para combatir el crimen organizado	343
IV.1.1.2. El origen histórico de la figura del "agente encubierto"	358
IV.1.1.3. El marco conceptual del agente encubierto y de la técnica de infiltración	362
IV.1.2. EL AGENTE INFILTRADO EN TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES	372
IV.1.3. SUJETO ACTIVO EN LAS OPERACIONES DE INFILTRACIÓN	382
IV.1.4. DISTINCIÓN JUNTO A OTRAS FIGURAS DE INTERÉS: LOS INFOR- MANTES (CONFIDENTES), LOS DENUNCIANTES ANÓNIMOS, LOS AGENTES SECRETOS, LOS "UNDERCOVER AGENTS" Y LOS AGENTES PROVOCADORES	397
IV.1.4.1. El informante	398
IV.1.4.2. El denunciante anónimo	405
IV.1.4.3. El agente secreto	407
IV.1.4.4. Undercover agent	409
IV.1.4.5. El agente provocador	410
IV.1.5. UNA REFERENCIA ESENCIAL: LOS "PENTITI" EN ITALIA	419
IV.1.6. LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO	428
IV.1.6.1. El carácter de medio extraordinario de Investigación criminal	431
IV.1.6.2. Investigación restringida a la delincuencia organizada	434
IV.1.6.3. Uso de identidad ficticia o supuesta y el engaño	437
IV.1.6.4. La voluntariedad del infiltrado en la operación encubierta	447
IV.1.6.5. La necesidad de justificación para una acción encubierta	449
IV.1.7. PRINCIPIOS BÁSICOS EN UNA ACTUACIÓN DE UN AGENTE INFILTRADO	452
IV.1.7.1. Principio de legalidad	453
IV.1.7.2. Principio de especialidad	455

IV.1.7.3. Principio de subsidiariedad	457
IV.1.7.4. Principio de proporcionalidad	460
IV.1.7.5. Principio del control jurisdiccional	462
IV.1.8. LA RESPONSABILIDAD PENAL, CIVIL Y DISCIPLINARIA DEL AGENTE ENCUBIERTO: CONDUCTAS JUSTIFICADAS Y CONDUCTAS PUNIBLES	465
IV.1.8.1. La responsabilidad en el ámbito penal	465
IV.1.8.2. La responsabilidad civil	484
IV.1.8.3. La responsabilidad disciplinaria	486
IV.1.9. ALGUNAS CRÍTICAS RESPECTO AL AGENTE ENCUBIERTO	488
IV.2. <i>Las operaciones encubiertas en la praxis</i>	498
IV.2.1. OPERACIONES ENCUBIERTAS: ESPECIES Y FINALIDAD	498
IV.2.2. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E INFILTRACIÓN POLICIAL	505
IV.2.2.1. Elementos básicos del principio de presunción de inocencia	505
IV.2.2.1.1. Origen histórico	505
IV.2.2.1.2. Concepto y finalidades	508
IV.2.2.2. Valoración de las actuaciones del agente infiltrado a la luz de la garantía de la presunción de inocencia	514
IV.2.3. ALGUNAS HIPÓTESIS DE ACTUACIÓN DE AGENTES ENCUBIERTOS	520
IV.2.3.1. Narcotráfico	521
IV.2.3.2. Blanqueo de capitales	526
IV.2.3.3. Pedofilia o paidofilia	529
IV.2.3.4. Terrorismo	535
IV.2.4. VALORACIÓN CRÍTICA DEL CONTROL DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA A TRAVÉS DE LA UTILIZACIÓN DE AGENTES ENCUBIERTOS	537
IV.2.5. LAS OPERACIONES ENCUBIERTAS: LECTURA DESDE LA REALIDAD ACTUAL	550
IV.3. <i>La espera por soluciones eficaces en el control de la criminalidad</i>	560
IV.3.1. LA NECESIDAD IMPOSTERGABLE DE ESTABLECER UN TRATAMIENTO PROCESAL ADECUADO EN RELACIÓN A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA	560
IV.3.2. LA ESPECIALIZACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE PERSECUCIÓN CRIMINAL, EN ESPECIAL DEL MINISTERIO FISCAL	572
IV.3.2.1. Consideraciones generales sobre el Ministerio Fiscal	572
IV.3.2.2. La creación de Fiscalías especiales	578

CAPÍTULO QUINTO

BÚSQUEDA DE UNA REGLAMENTACIÓN IDEAL Y ESPECÍFICA DE LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO

V.1. <i>Los requisitos básicos para ponerse en práctica una infiltración de un agente encubierto</i>	585
--	-----

V.1.1. LA ESTRUCTURACIÓN DE UN PLAN EFICAZ DE INFILTRACIÓN	586
V.1.2. NECESIDAD LEGAL DE UNA AUTORIZACIÓN FUNDAMENTADA. PONDERACIÓN DE INTERESES Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	598
V.1.2.1. La exigencia de una autorización motivada para empezar la infiltración	598
V.1.2.2. La competencia autorizante	599
V.1.2.3. El control de la operación encubierta	602
V.1.2.4. El contenido de la resolución autorizante	610
V.1.2.5. El contenido original de la resolución y otras diligencias necesarias	613
V.1.3. EL PLAZO DE DURACIÓN DE LA OPERACIÓN ENCUBIERTA	615
V.1.3.1. La necesidad de fijar un plazo determinado para la duración de la infiltración	615
V.1.3.2. El límite temporal de la infiltración policial	617
V.1.3.3. Los riesgos en la operación y su repercusión en la duración de la medida	620
V.1.3.4. La posibilidad de prorrogar las operaciones encubiertas	625
V.1.4. PREPARACIÓN ADECUADA DE LOS AGENTES QUE VAN A INFILTRARSE EN UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL	628
V.1.5. LA BÚSQUEDA DE UN EQUILIBRIO PROCESAL PENAL Y LA ACTUACIÓN DE LOS AGENTES ENCUBIERTOS. ESPECIAL REFERENCIA A LOS "PUNTOS DE EQUILIBRIO" QUE DEBERÁN SER ALCANZADOS	633
V.2. Límites a la actuación del agente encubierto: el criterio de la ultima ratio	638

CAPÍTULO SEXTO

VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS A TRAVÉS DE LA ACTIVIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO

VI.1. <i>El derecho probatorio y el agente encubierto</i>	643
VI.1.1. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL	643
VI.1.2. EL CONCEPTO DE PRUEBA PENAL Y SU CARÁCTER DE DERECHO FUNDAMENTAL	650
VI.1.3. EL VALOR PROBATORIO A SER DADO A LAS PRUEBAS OBTENIDAS POR EL AGENTE ENCUBIERTO	656
VI.1.4. RELEVANCIA DEL TESTIMONIO DEL AGENTE ENCUBIERTO	664
VI.2. <i>Un eterno dilema: las prohibiciones de la prueba en el proceso penal</i>.....	679

VI.2.1. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS	679
VI.2.2. LAS DIFICULTADES PROBATORIAS EN MATERIA DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA. LA PRUEBA PENAL OBTENIDA EN OPERACIONES ENCUBIERTAS	687
VI.2.3. LOS DESCUBRIMIENTOS FORTUITOS O LOS HALLAZGOS CASUALES DEL AGENTE INFILTRADO	697
VI.2.4. EL AGENTE ENCUBIERTO Y LA PRUEBA ILÍCITA	700
VI.2.4.1. Puntos de partida para la comprensión de la teoría de la prueba ilícita	700
VI.2.4.2. En busca de un concepto de prueba ilícita	704
VI.2.5. LA PRUEBA ILÍCITA <i>PRO SOCIETATE</i> Y EL CRITERIO DE LA PROPORCIONALIDAD.....	714
VI.3. <i>El principio de proporcionalidad como limitante fundamental en el uso de agentes infiltrados</i>	720
VI.3.1. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA OBTENIDA EN INFILTRACIONES POLICIALES A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	720
VI.3.2. LA POSIBLE AFECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ACTUACIÓN DE UN AGENTE ENCUBIERTO	747
Conclusiones	775
Bibliografía	781