



1

La legalidad de los actos relativos a los métodos especiales de investigación criminal

*Legality of acts relating special
methods for criminal investigation*

*Temístocles Lastenio Bravo Tuárez**

* Aspirante de doctorado, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Abogado de los juzgados y tribunales de la República. Universidad Laica “Eloy Alfaro” de Manabí Facultad de Jurisprudencia. Manta -Ecuador. Doctor en Jurisprudencia. Universidad Laica “Eloy Alfaro” de Manabí. Manta -Ecuador. Email: emma830913@gmail.com





Resumen

Los delitos de cuello blanco (también llamados delitos no convencionales) y la criminalidad organizada, son un tema recurrente en las sociedades modernas. Sobre todo, a la hora de investigar los hechos en concreto, una vez que se transgreden barreras territoriales, en busca del material probatorio que lleve a demostrar cada acto. Es en ese terreno que aparecen los métodos especiales de investigación criminal, como formas o mecanismos de enfrentar hechos de esta naturaleza, con una significativa complejidad, tanto en la ejecución y los medios utilizados, formas de participación, estructuras y organización delictual. Temas que para Cuba se vuelven complejos, en tanto sólo se regulan en normativas institucionales y no en las leyes penales sustantivas o adjetivas.

Palabras Claves: Legalidad, métodos especiales, delincuencia organizada, derechos humanos, garantías.

Abstract

White collar crime (also called unconventional crime) and organized crime are a recurring theme in modern societies. Above all, when it comes to investigating the specific facts, once territorial barriers are transgressed, in search of probative material that leads to demonstrate each act. It is in this terrain that the special methods of criminal investigation appear, as forms or mechanisms to face facts of this nature, with a significant complexity, both in the execution and the means used, forms of participation, structures and criminal organization. Issues that for Cuba become complex, as they are regulated only by institutional regulations and not by substantive or adjective criminal laws.

Key Words: Legality, special methods, organized delinquency, human rights, guarantees.



I. Introducción

El fenómeno de la delincuencia organizada en el contexto contemporáneo ha hecho necesaria la aparición de los métodos especiales de investigación criminal, los cuales responden, por un lado, a la utilización de las tecnologías de las comunicaciones y la informática y a nuevos *modus operandi* en la comisión de hechos delictivos. Por otra parte, son organizaciones con estructuras propias, distribución de funciones, asesoradas en todos los frentes propios de una empresa convencional y con una pirámide jerárquica que asegura su continuidad más allá de la presencia de un hombre. Todo ello conlleva a que se trate en la actualidad un Derecho Penal y Procesal Penal con un enfoque más amplio, tanto así, que el autor Muñoz Conde (2003, p. 14) expone:

Que el Derecho Procesal Penal se divide, por un lado, en la misión de investigar los delitos y castigar a los culpables, y por otro, la de respetar en esa tarea determinados principios y garantías que se han convertido en el moderno Estado de Derecho, en derechos y garantías fundamentales del acusado.

Esta afirmación explica un conflicto, relacionado con el respeto a las garantías y los derechos fundamentales del acusado, y, además, con el límite que debe existir en el procedimiento de obtención de los elementos de prueba. Justo en ese momento se pueden utilizar los métodos de investigación criminal, como instrumento del Estado para combatir en un terreno con igualdad de armas, aunque con límites, a la criminalidad organizada.

Los métodos especiales de investigación criminal constituyen una forma de instituir una serie de acciones que coinciden con lo prohibido o lo ilegal, pero que, al ser incluidas en tratados internacionales y llevadas a las legislaciones nacionales, se convierten en legítimas. El Estado ante el avance de la criminalidad organizada los ha implementado, aun

y cuando son, en muchos aspectos, tangenciales con las garantías del debido proceso, basando su legalidad en el cumplimiento de una serie de condiciones que prevé la propia legislación.

En Cuba, las leyes penales, tanto sustantivas como procesales, no incluyen pronunciamiento alguno relativo a estos métodos de investigación criminal, sin embargo, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, mediante el Dictamen 441 de 25 de marzo de 2014, donde se establece lo que se considera *bien* a los efectos de homogenizar la interpretación del delito regulado en el artículo 346 de nuestro Código penal, ha comenzado a referirse a ellos de la misma forma ha salido a la luz el Dictamen 443 de 18 de marzo de 2015 regulando las entregas vigiladas en franca postura de apoyo a la lucha contra el narcotráfico y los delitos subyacentes de tal actividad.

Este es el terreno en el que se desarrolla hoy día el proceso penal cubano en cuanto a los métodos especiales de investigación, con cuestiones por resolver sobre su aplicación efectiva, y el respeto de derechos y garantías procesales.

II. Las garantías procesales frente al poder del Estado

Las garantías procesales como escudos protectores de la intervención del Estado son instrumentos para el resguardo de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, dentro del amplio concepto de *debido proceso*.

Como bien afirman Maier (1989, p. 35): “las garantías procesales son las seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, ya sea limitando ese poder o repeliendo el abuso”; y Ferrajoli (1990, p. 19) “Las garantías son mecanismos jurídicos que impiden un uso arbitrario o desmedido de la coerción penal”. Estas también tienen una

función esencial en el proceso penal como mecanismos de protección de las arbitrariedades que eventualmente puedan surgir en el desarrollo de la investigación penal.

Ahora bien, si se llega al análisis del fenómeno de la delincuencia organizada y la gravedad de los hechos cometidos por ésta, deben ponderarse la utilización de los métodos de investigación criminal con las garantías procesales establecidas, como la del *debido proceso*.

De acuerdo con Anderson (1995, p. 68) el origen de la delincuencia organizada:

Está en determinados factores, por una parte, el vacío de poder o imposibilidad del Estado de asegurar el orden público, y por otro, el control burocrático excesivo y basado en discrecionalidad, sin exactos límites legales y donde los criterios para la toma de decisiones no son claros y a la vez difíciles de monitorear y evaluar, lo cual posibilita el desarrollo de la corrupción en todas sus formas. Estos elementos no restan importancia a la existencia de un mercado ilegal. Este mercado genera considerable cantidad de dinero que puede ser usado en otras actividades”.

La doctrina en materia penal (Muñoz Conde, Jiménez de Asúa, González Cussac, Zaffaroni, Ferrajoli y Binder) se refiere a cómo, bajo la denominación de *delincuencia organizada*, se debe comprender la acción ilícita económicamente motivada y promovida por cualquier grupo, asociación u otra forma de organización integrada por dos o más personas, formal o informalmente organizadas, donde el impacto negativo de dicha actividad podría ser considerado significativo desde una perspectiva económica, social, de generación de violencia, de insalubridad, e inseguridad o del medio ambiente.

Una de las aristas teóricas conceptuales, es la del autor Jiménez de Asúa (1993, p. 4) al manifestar que:

La delincuencia organizada es el grupo estructurado de tres o más personas que durante cierto tiempo actúa convenientemente para asegurar la persistencia de la asociación criminal y la creación de capital limpio producto de la misma mediante el lavado de activos. Para garantizar su existencia, el grupo genera de forma sistemática, mucha violencia, corrupción y obstrucción de la justicia.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en su Artículo 2, literal A, señala que se entiende:

Por grupo delictivo organizado, 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.

Para hacerle frente a este flagelo, la investigación criminal ha implementado nuevas técnicas en las que aprovecha sus ventajas, bajo el argumento de que la lucha que hoy se sostiene es una especie de cruzada, donde las garantías y los derechos se pueden convertir en un elástico que cede sin límites. El cuestionamiento estaría a partir de la delimitación o determinación de a quiénes se les aplicaría la regulación legal de dichos métodos especiales de investigación, los órganos dispuestos para autorizarlos y aplicarlos, el control judicial y su tratamiento posterior.

El análisis no es tan simple para restringirlo al criterio de que ‘todo es válido si se trata de enfrentar el crimen organizado’, pues se interpone el Estado de Derecho y sus garantías legales, donde el debido proceso juega un papel fundamental. En consonancia con ello, Ferrajoli (1995, p. 10) expone que:

El ideal de justicia impone, que el derecho de la sociedad de defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo

sometido al proceso, de manera que ninguno sea sacrificado en aras del otro. Sólo un Derecho Penal reconducido únicamente a las funciones de tutela de bienes y derechos fundamentales puede, en efecto, conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica.

Esos elementos, asociados a la necesidad de aplicación de los métodos de investigación, la legalidad de la actuación, la proporcionalidad, y la efectiva intervención judicial, bien conjugados y aplicados, implicarían una mejor administración de justicia. La legalidad con un carácter fundamental y a la vez limitador de las actuaciones dentro de la actividad probatoria, en tanto significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y reglas previstos en la ley; seguido de la necesidad de la aplicación de éstos métodos según la gravedad de los hechos que se investigan, así como la proporcionalidad en cuanto a su aplicación y la lesión de los derechos que puede acarrear, haciendo hincapié siempre en la resolución judicial motivada que así lo dispone, lograrían un equilibrio esencial para el proceso penal.

III. Los métodos especiales de investigación criminal: la entrega vigilada

La entrega vigilada tiene sus asideros en la Convención de Viena de 1988 en su artículo 11, cuando establece que las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las partes interesadas.

Luego en la Convención de Palermo, como se ha dado en conocer la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional identificó estos procedimientos como técnicas especiales de investigación, aclarando en todo caso que serán de aplicación siempre que lo permitan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno de cada Estado. De una forma llana, se refiere al tránsito de un

cargamento de drogas o estupefacientes que entren, salgan de un país o lo atraviesen, bajo el control secreto de las autoridades y con el objetivo de conocer la ruta y los implicados a ambos lados de la cadena de venta.

- a) Se manejan otros criterios dentro de la propia entrega vigilada, que la subdivide en tres opciones, de acuerdo con Almazán Sepúlveda (2005, p. 5) Entrega vigilada con sustitución o limpia.
- b) Entrega vigilada interna o de destino
- c) Entrega vigilada externa o de origen y tránsito

En la primera se sustituye la carga ilícita por otra similar, pero con sustancias inocuas o lícitas, por su parte, en la segunda, la información viene del Estado que se convertirá en receptor de las sustancias en cuestión, y en tal situación, el requerimiento para activar el procedimiento de la entrega vigilada se plantea a los Estados de origen o de tránsito de la remisión por aquél, mientras que, en la tercera, el procedimiento se da de manera inversa.

Las operaciones bajo cobertura o técnicas de investigación encubierta son armas eficaces en tales empeños, condicionado por la legalidad de su aplicación.

IV. Las operaciones encubiertas

De acuerdo con Prado Saldarriaga (2015, p.89) “Dentro de estas operaciones encubiertas hay variantes entre las que se incluye el agente encubierto, la entrega vigilada y la vigilancia electrónica”.

La doctrina identifica el inicio la aplicación del agente encubierto desde el siglo XV, al decir de Zaffaroni (1998, p. 726): “El surgimiento de esta figura está en la inquisición, y precisa que el agente encubierto se emplea para aumentar la eficacia policial e intenta legitimar la coacción de las instituciones del Estado destinadas a investigar”. Aunque, como se verá más adelante, son de reciente incorporación a las legislaciones

de los diferentes países. Un aspecto interesante, es que tienen diferentes modalidades en cuanto a su aplicación, y adquieren matices según la regulación legal.

En las legislaciones foráneas se encuentran ejemplos sobre cómo definir dichos métodos, y su regulación, tal es así, que en Guatemala, en su Ley contra la delincuencia organizada de 2006, artículo 21, las operaciones encubiertas son definidas como aquellas que realizan *agentes encubiertos* con la finalidad de obtener información o evidencias que permitan procesar a las personas que forman parte de grupos delictivos organizados y su desarticulación mediante el diseño de estrategias eficaces con estricto control del Ministerio Público.

Mientras que la legislación paraguaya, a través de la Ley 1881, en su artículo 82, define las *operaciones encubiertas* como:

Aquellas que posibilitan mantener la confidencialidad de las operaciones de las personas que intervengan en ellas, la utilización de engaños y artimañas, la omisión de impedir la oportunidad de que se cometa un delito y el concurso de agentes encubiertos, quienes pueden asumir transitoriamente identidades y papeles ficticios; con la finalidad de incautarse de estupefacientes y demás drogas peligrosas, acumular elementos probatorios de la comisión de hechos punibles castigados por esta ley, identificar a los organizadores, transportadores, compradores, y demás partícipes del tráfico ilegal, sea en el país o en el extranjero, o de aprehenderlos y someterlos a la justicia.

A pesar de que estos métodos han sido empleados informalmente desde hace años, su recogida en los ordenamientos legales es bastante reciente; desde finales del siglo XX, y ya en pleno siglo XXI. Ejemplo de ello, se encuentra en Argentina, en su Ley 24.424 de 1995, reservada para el tráfico de drogas y regulado en leyes específicas. Otros, sin embargo, la instituyen en los códigos procesales penales como procedimientos

especiales de investigación del crimen organizado, es así en España, en la Ley orgánica 5 de 1999 que modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos 263 bis y 282 bis, también en Perú, en los preceptos 340 y 341 del Código Procesal Penal de 2004. Estos procedimientos encubiertos reúnen los elementos comunes siguientes:

- a) Para su aplicación requieren de una autorización expresa que se decide caso por caso.
- b) La autorización debe ser otorgada de modo formal y por la autoridad competente.
- c) Debe asegurarse la necesidad de la medida y la eficacia de su supervisión por la autoridad.
- d) Tienen como finalidad la identificación o el descubrimiento de los autores y partícipes de delitos de criminalidad organizada y prestar auxilio, con igual finalidad, a las autoridades extranjeras competentes.

Por su propia naturaleza estos procedimientos han recibido duras críticas sobre su carencia de ética procesal y de legitimidad. La dicotomía está dada por estos prejuicios fundados y la experiencia nefasta acumulada por años de las acciones terroristas, la capacidad de infiltración de la corrupción y las nuevas estructuras flexibles del crimen organizado.

El agente encubierto es un medio de amplia utilización en los sistemas jurídicos de varios países. En España definen esta figura como el sujeto, ordinariamente integrado en las fuerzas de seguridad del Estado, especialmente un agente de policía, que utilizará una identidad supuesta a los fines de lograr infiltrarse y obtener la confianza de los otros miembros de la organización criminal.

También deberá, según Pérez Arroyo (1999, p. 228) “Poseer el designio de investigar y descubrir una conducta delictiva en marcha o desarrollo, buscando pruebas, datos e informaciones que ayuden en la desarticulación de una concreta organización criminal”.

En Portugal, el agente encubierto puede ser una tercera persona, ciudadano particular, que actúe bajo supervisión policial. Igual posibilidad brinda la legislación colombiana, a criterio de Ramírez Jaramillo (2010). Mientras que en Argentina se retoman los postulados que enarbola la doctrina española y refiere que agente encubierto solo será el funcionario policial que fingiendo no serlo investiga y se infiltra en una organización criminal cuando otras técnicas hayan fallado o sea previsible su fracaso, según Cafferata Nores (2003).

El agente encubierto encuentra distinciones teóricas que lo enmarcan incluso como *agente infiltrado* o como *agente provocador*. Tal diferenciación se basa fundamentalmente en una cuestión de roles. En el caso del primero ya fue analizado cómo puede ser, en dependencia de lo que regule cada legislación, o un agente policial, o un tercero que se limita a observar el actuar delictivo de un grupo, e incluso a tomar acción en alguna ocasión determinada.

Cuestión distinta ocurre con el *agente provocador*, pues se dice que es el funcionario policial que incita a otro a cometer un delito o crea una situación con actos de autoría o auxilio que determinan al otro a delinquir, lo cual realiza sin intención de lesionar un bien jurídico sino tan sólo para lograr que el provocado sea sancionado.

En el desarrollo de la operación encubierta, según Montoya (1998, p. 159 - 161):

El agente encubierto puede tomar parte en el tráfico jurídico bajo su falsa identidad, realizando todo tipo de actos jurídicos, participar en la comisión de algún delito propio de la organización delictiva y/o actuar como inductor o agente provocador del delito. En cuanto a la responsabilidad penal del agente por estos delitos, se señala, en principio, su impunidad debido a razones de política criminal o diversas causas de justificación.

Se señala también, por Gimeno Sendra (2005, p. 471):

Que la operación con agentes encubiertos restrinja ostensiblemente los derechos fundamentales de la persona investigada, como el amparo domiciliario, la intimidad y el derecho a no auto incriminarse, pues el Estado se vale de un engaño para entrar en la vida privada de un individuo.

Una vez realizada la acción ilícita constitutiva de delito por parte del agente encubierto, se debe decidir qué mecanismo posibilita su exoneración de responsabilidad. Inicialmente están dadas las razones de política criminal que han aconsejado la utilización de este sujeto en la investigación de la criminalidad no convencional, y ello, en principio, justificaría su accionar, por lo que, compartiendo el criterio de Zaffaroni, no sería conveniente otorgar carta blanca a todos los agentes para que cometan delitos de manera indiscriminada en su actuar, pues ello desnaturalizaría el propósito de la institución.

Es por eso que, al decir de Arciniegas Martínez (2007, p. 320):

Se debe prever con claridad los mecanismos de exoneración, normalmente las leyes establecidas al efecto regulan este particular, bien eximiendo de responsabilidad al autor por la concurrencia de una circunstancia eximente o por la apreciación de la excusa legal absolutoria como causa que excluye la punibilidad.

Estos principios, siguiendo el pensamiento de Muñoz Conde (2003) que parte de lo que se denominó inicialmente en la doctrina la Teoría monista, superada en la actualidad, teniendo en cuenta que existen varias causas de justificación, por lo que se pueden resumir en el principio de ausencia de interés, el de interés preponderante, prevalencia del derecho, el de proporcionalidad y el de necesidad.

Por su parte, las causas de justificación también tienen elementos objetivos y subjetivos, toda vez que no es suficiente con que se dé la

justificación en el actuar, sino que el sujeto conozca la existencia de esa justificación.

La causa de justificación se definirá, entonces, como el elemento negativo de la antijuridicidad, por lo cual en este caso la conducta será típica, pero no llegará a constituir un ilícito penal.

Un aspecto medular, que se comparte por el autor Fernández Romo (2014, p. 89):

En la utilización de los agentes encubiertos, lo constituye el derecho del imputado a conocer todos los elementos de cargo y contradecirlos en el acto del juicio oral. Por lo que se deben buscar alternativas que posibiliten someter a debate el testimonio y los indicios presentados por dicha figura, valorando además el riesgo de que se revele su identidad afectando su propia seguridad, lo que traduce en el dilema entre el respeto a derechos y garantías fundamentales como el derecho a la defensa y el principio de contradicción como su manifestación más genuina y la preservación de la seguridad de un ciudadano que se ha puesto al servicio de la sociedad.

V. Las escuchas radioelectrónicas

Los avances científico-técnicos, e informáticos, traen consigo muchas ventajas al desarrollo social y cultural, pero a la vez, implican grandes riesgos a tal punto de dejar expuestos los derechos individuales frente a cualquier agresión. El autor Quintero Ospina (1991, p. 54) asevera que:

Existen varios tipos de interceptación de las comunicaciones, entre las comunicaciones escritas se encuentran las cartas, la que puede ser identificada como medio de comunicación escrito por un emisor a un receptor que lleva información y que puede tener un remitente desconocido, lo que dificulta la investigación; el telégrafo, que se corresponde con el dispositivo de telecomunicación destinado para

la transmisión de señales a distancia y los mensajes, consistentes en encargos de decir algo a alguien, que aunque son las formas más tradicionales de comunicación entre los humanos, no son necesariamente las menos usadas para delinquir.

Dentro de la interceptación de las comunicaciones, especial referencia merece como método especial de investigación criminal, la intervención telefónica, la que es definida por Gimeno Sendra (1997, p. 428):

Como todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez, en relación con el hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento especial, decide, mediante auto especialmente motivado, que por la policía judicial se proceda al registro de llamadas y/o a efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor.

Frente a esta generalización de nuevos métodos de injerencia en la esfera íntima de los ciudadanos, mediante escuchas audiovisuales o auditivas, resulta imprescindible tutelar *la intimidad*, derecho moderno que aparece al compás del desarrollo de estas formas de intrusión en la esfera personal.

Esta tutela es necesaria, además, si se tiene en cuenta que el derecho a la intimidad es un derecho que está expresamente previsto en numerosos documentos de derecho internacional público. En países como Argentina, según expresa Sáez Capel (2016), las intervenciones telefónicas se utilizan como medidas instructoras dentro de un proceso penal, y como son restrictivas del derecho a las comunicaciones privadas, las mismas deben ser judicialmente ordenadas y practicadas bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente con el fin de investigar un delito, para averiguar su autoría y apostar en la etapa oral, determinados elementos de prueba.

Estas escuchas son a menudo indispensables para probar ciertas actividades propias de la criminalidad organizada. Los sistemas son casi unánimes en la posibilidad de realizar escuchas telefónicas, sin embargo, las condiciones son muy estrictas, y según De la Cruz Ochoa (2014, p. 189), dichas condiciones son:

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

Otros elementos a tener en cuenta son los principios que rigen la ejecución de las interferencias de las comunicaciones. Algunos de ellos son el de legalidad, procedibilidad, motivación, proporcionalidad, necesidad e idoneidad. Su análisis lleva a la reflexión de que esta técnica debe estar contenida en ley, existir una sospecha fundada y elementos que indiquen la culpabilidad del sujeto con fuerza tal que se demuestre la necesidad de utilizar esta técnica. De este análisis se puede colegir que la interceptación de las comunicaciones debe ser la última de las alternativas, basando esta conjetura precisamente en su fricción con el derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones y la intimidad.

VI. Una mirada al contexto jurídico cubano

El representante de Cuba desde el año 2013 ante la ONU, presentó los documentos que suscriben a la isla como signataria de los tratados internacionales contra la delincuencia organizada, conocida como Convención de Palermo. En correspondencia con tal postura el Consejo de Estado cubano aprobó el Decreto Ley 316 del 7 de diciembre de 2013, el cual tiene como objetivo ampliar la regulación del artículo 346 del actual Código Penal de Cuba. Dicho artículo en su redacción original se

denomina “Lavado de dinero”, pasando ahora a calificarse como lavado de activos.

Este cambio normativo ocurrió como consecuencia lógica de las recomendaciones dejadas por el Grupo de Acción Financiera (conocido por sus siglas GAFI, actualmente integrado por 33 países¹), organismo que se encarga de elaborar recomendaciones para los países y evaluar los estándares de eficacia en la persecución de estos delitos, creado en la Cumbre del G-7; el grupo de los siete países más desarrollados, celebrada en París en julio de 1989, con el propósito de luchar contra el blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico y el terrorismo.

Al respecto dicho organismo aconseja invitar a los países a adoptar las medidas cautelares o provisionales consagradas en la Convención de Viena que permitan el congelamiento o embargo de bienes para impedir la comercialización, transferencia o disposición de bienes vinculados al proceso por lavado de activos, según su artículo 7. Pronunciamiento que en igual sentido se contrae al comiso de los bienes utilizados o adquiridos mediante el lavado de activos, y adicionalmente consagra que deberían implantar sanciones económicas y civiles y explorar en la búsqueda de procedimientos o figuras jurídicas tendientes a lograr la anulación de aquellos contratos efectuados por las partes, cuando éstas sean concedoras que, frente al tipo contractual, el Estado no puede iniciar acciones que le permitan resarcir los daños.

De igual manera, uno de los aspectos que debe contener una política integral contra el lavado de activos, de acuerdo con lo consagrado en el

1 Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, la Comisión Europea, Dinamarca, España, EE.UU., Finlandia, Francia, Grecia, el Consejo de Cooperación del Golfo Pérsico, Hong Kong, China, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Portugal, la Federación Rusa, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía y el Reino Unido. En las reuniones participan además observadores y organizaciones internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, Interpol y Europol, las Naciones Unidas y la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE).

Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana Contra el Abuso de las Drogas de la Organización de Estados Americanos, en su artículo 4, es el de establecer medidas cautelares (incautación, embargo preventivo) para preservar la disponibilidad de bienes o activos relacionados con los delitos fuente del lavado de activos.

En demostración de la voluntad de Cuba respecto al objetivo común que es la lucha contra el narcotráfico, sus delitos subyacentes y toda forma de delincuencia organizada se aprobó el ya mencionado Decreto Ley, previendo el legislador en este caso, que por las características de la delincuencia en Cuba y de la propia economía el lavado puede estar relacionado con otras actividades delictivas más allá de la organizada.

Así como el Decreto Ley se puede mencionar el Dictamen 341 del 2014, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular donde se fijaron los criterios a seguir en lo referente a lo que a instancias judiciales se consideraría como *bien*. Esta homogenización conceptual se lleva a cabo con el objetivo de alcanzar una interpretación adecuada del artículo 346 del Código Penal colombiano, al expandir el concepto de *bien* a otros objetos que tradicionalmente no eran vistos así. Para ilustrar de una forma más clara lo expresado, el máximo órgano juzgador indica que bien será “los activos de diversa índole, corporales o incorporales, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”.

Esta inclusión o modificación en el ordenamiento legal cubano, al dársele un alcance al delito de lavado de activos que hasta la fecha no poseía, ha condicionado también la entrada en vigor de una disposición que regula las entregas vigiladas. Constituyó el comienzo de las incursiones legislativas cubanas en los métodos o técnicas de investigación criminal. Este inicio lo marca el Dictamen 443 de 18 de marzo de 2015 del consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Si un detalle prendiera los reflectores sobre la norma cubana, es precisamente que un tema tan polémico como este arribe a la cotidianidad jurídica desde contenido en un instrumento como es el Dictamen. Es un paso importante en pos de atemperar las leyes cubanas a las prácticas más actuales, pero no se puede perder de vista que en la aplicación de los métodos especiales de investigación criminal ocurre un constreñimiento de las garantías procesales del acusado. El requisito de legalidad es, por tanto, imprescindible. Una legalidad que, en criterio del autor de este texto, debe estar marcada por su inclusión en normas de alta jerarquía como lo es la ley de procedimiento penal, aunque luego tenga un desarrollo más detallado en normativas de menor rango.

VII. Reconocimiento de los métodos especiales de investigación en Cuba ¿Legalidad de los actos?

La entrega vigilada es aprobada por la instancia que en ese determinado caso esté rigiendo la investigación, corresponde así al Ministerio del Interior, en manos de los jefes de la Dirección General de Investigación Criminal y Operaciones, la Dirección General de la Policía Nacional Revolucionaria o el Fiscal General de la República, y la ejecución de las acciones, diligencias y trámites realizados se harán constar por escrito y, una vez que se obtenga el resultado de su aplicación, formarán parte del expediente de fase preparatoria, conforme a los artículos 108 y 131 de la Ley de Procedimiento Penal cubana.

El Dictamen 443/2015 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular prevé la posibilidad de que se sustituya el producto ilícito total o parcialmente para la ejecución de la entrega. Poniendo especial atención, en estos casos en la cadena de custodia de la prueba y dejando constancia de los motivos que llevaron a tal decisión.

Se regula de igual manera la aplicación de la circunstancia atenuante del artículo 52 ch de la Ley penal sustantiva y la atenuación extraordinaria

colombiana del 54, apartado 1. Esta adecuación le sería aplicable a lo que en la doctrina se conoce como arrepentido.

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

- a) Proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre diversas cuestiones;
- b) Prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que puedan contribuir a privar a los grupos delictivos de sus recursos o del producto del delito. En algunas ocasiones la asistencia se presta sin una base legislativa, sin embargo, si esta asistencia tiene consecuencias en el proceso penal, la legislación es imprescindible.

La Convención también estipula que los Estados deberán considerar las opciones de inmunidad y mitigación de la pena para quienes cooperen con las autoridades. En estos casos los jueces pueden requerir autoridad específica para mitigar las penas de las personas que han sido declaradas culpables pero que han cooperado, incluso pudieran y deberían según cada caso recibir sanciones por debajo de las mínimas establecidas.

La concesión de la inmunidad judicial puede requerir, si se aplica, la promulgación de legislación para crear la facultad discrecional de no enjuiciar en casos apropiados o para estructurar la discreción de que ya dispongan los fiscales. Será necesario prever alguna forma de revisión y ratificación judicial a fin de establecer las condiciones de arreglos oficiosos y garantizar que las decisiones de inmunidad sean vinculantes, según De la Cruz Ochoa (2014).

Regresando a la regulación que ofrece el dictamen del Supremo, se puede precisar que la entrega vigilada se convertiría en una acción de instrucción más, y que una vez concluida se unirá al expediente

de fase. Ello obedece, a que en Colombia no existe un procedimiento independiente para investigar la criminalidad organizada, y cualquier acción que se ejecute, tiene que ser incorporada al expediente de *fase preparatoria* para alcanzar fuerza de prueba en dicho proceso.

La utilización de estos métodos está marcada por una controversia, y es la referida a que si en Cuba existe o no delincuencia organizada. En las entregas vigiladas que ya se analizaron *up supra*, la forma de actuar es distinta. Esta distinción se basa en el hecho de que las entregas se regulan en Cuba independientemente de que exista un desarrollo del narcotráfico. Se debe a que el producto ilícito puede, en muchos casos, venir de otras naciones y utilizar a Cuba como trampolín o puente.

El 10 de noviembre de 2011 el Vice-fiscal general de Cuba aseguró que

En nuestro país, la reaparición de casos de corrupción se ha localizado principalmente en el sector empresarial y en el nivel de dirección intermedio estatal, caracterizándose por la inexistencia de organización delictiva².

Esta aseveración unida al hecho de que tanto la Constitución cubana de 1976 en su artículo 57 sobre la inviolabilidad de la correspondencia, como las proyecciones de política exterior que protegen la inviolabilidad de las comunicaciones, dificultan su aplicación en el proceso penal cubano. El 9 de marzo de 2016 Cuba reivindicó en Ginebra el derecho humano a la intimidad³.

Por su parte el caso de la interceptación de las comunicaciones es regulado en la Ley de procedimiento penal cubano, en los artículos del 228 al 240,

2 Rangel, C. R. (2011) En Cuba no existe delincuencia organizada. *Diario Juventud Rebelde*. Recuperado de: <http://www.juventudrebelde.cu/cuba/2011-11-10/en-cuba-no-existe-delincuencia-organizada/>

3 Pérez, C. (2016) Cuba defiende en Ginebra derecho humano a la privacidad. *Semanario Trabajadores*. Recuperado de: <http://www.trabajadores.cu/20160309/cuba-defiende-ginebra-derecho-humano-la-privacidad/>

donde se refiere a la retención y apertura de correspondencia cuando la autoridad así lo entienda, fundando su decisión en la trascendencia de esa información para la investigación. Es clara también la ley para identificar el tratamiento que se le dará a la correspondencia no pertinente, artículo 239. Esta debe ser devuelta al acusado y no ser incluida por ningún motivo en el expediente de fase.

No obstante, este proceder cuando se utiliza, es posterior a la radicación de una denuncia, lo que no coincide con el accionar de las nuevas técnicas de investigación.

No existe disposición Ley procesal penal colombiana referente al empleo de dichos métodos en una etapa sumarial del proceso. Aunque puede existir un divorcio entre lo que se realiza de forma operativa y lo legislado.

En el caso del agente encubierto es necesario acotar que existen dos realidades igual que en el caso anterior. Una, la que ocurre operativamente, y otra la que acontece a la luz de la sustanciación del expediente.

En este texto ya fueron analizados en epígrafes anteriores la necesidad de que el agente tenga autorización y que los descargos para que formen parte del proceso se hagan de forma oficial y se reproduzcan en el juicio oral, momento donde la prueba alcanza valor según el sistema de enjuiciar.

La Ley de Procedimiento Penal cubano no hace referencia expresa a la vía de incorporar la información obtenida mediante el empleo de agentes. Realizando un análisis de la letra de la norma se puede encontrar cierta relación entre el artículo 180 y el 323 de la mencionada norma penal. Se le dirigen las mismas a regular la prestación de declaración de los testigos de referencia.

Se trata de una norma de extraordinaria importancia para la meritación del testimonio. Razón de su dicho, significa que el testigo exponga el modo en que obtuvo la información que está brindando al Tribunal; si la observó, escuchó, tocó, olió, o percibió el sabor, por ejemplo. De dónde y cómo obtuvo la información el testigo. En este caso el oficial operativo declararía lo que conoció a través de sus agentes y que por cuestiones de seguridad no pueden venir a la sede judicial.

Es entendible este modo de actuar, pero no disminuye la inseguridad para el acusado, que tendrá que defenderse de informaciones suministradas por un sujeto no identificado. El uso de agente encubierto como instrumento de lucha contra la delincuencia organizada es admisible, pero debe prestarse una especial atención cuando su aplicación incluye a la delincuencia tradicional, pues limita las posibilidades de defensa y las constriñe las garantías procesales del encausado.

VIII. Ideas de cierre

- La delincuencia organizada es uno de los flagelos más peligrosos de las sociedades actuales. Los grupos dedicados a tales actividades han superado al Estado y sus tradicionales formas de enfrentamiento al delito. Obligando por esta vía a la institucionalidad a buscar maneras alternativas de enfrentamiento, de ahí la necesidad de la aplicación de los métodos especiales de investigación criminal, de manera legal, controlada y proporcional.
- Los métodos especiales de investigación criminal en el proceso penal representan el intento estatal por alcanzar a los grupos del crimen organizado en lo que se refiere a recursos y accesibilidad. Las operaciones encubiertas fueron reconocidas en la Convención de Palermo, dándole legalidad a las entregas vigiladas, interceptación de las comunicaciones y el agente encubierto.
- La Convención de Palermo y sus países signatarios, han llevado a sus legislaciones nacionales el uso de las operaciones encubiertas.

Es este un principio indispensable para su puesta en práctica, pues la legalidad es un paliativo al hecho de que son una limitante al derecho a la defensa y a otras garantías procesales del encausado.

- El derecho a la defensa se ve limitado con el uso de estos métodos de investigación. Queda claro que, en el caso cubano, el acusado entra al proceso cuando ya existe un cúmulo significativo de material en su contra. El límite de estas operaciones encubiertas con la ilicitud probatoria es muy fino por lo que debe cuidarse cada uno de los requisitos que el derecho internacional exige, comenzando por su legalidad, además de ser utilizadas exclusivamente contra el crimen organizado y no contra la criminalidad convencional.
- Cuba es desde el 2013 signataria de la Convención de Palermo. Como consecuencia lógica de dicha adherencia se han aprobado en el país normas como: el Decreto Ley 316/13 el Dictamen 441/14 y el 443/15, este último reglamenta las entregas vigiladas, no siendo suficiente este tipo de regulación. El resto de los métodos especiales de investigación encuentran nula regulación, al menos no en el sentido en que ellas surgieron en el escenario jurídico, como instrumentos de lucha contra el crimen organizado.

IX. Recomendaciones

Después del estudio de estos métodos de investigación criminal, desde su análisis doctrinal y su contextualización en Cuba, se pueden arrojar a las siguientes recomendaciones:

Primera: Que en futuras modificaciones a la Ley de procedimiento penal cubana, se incluyan de manera expresa estos métodos de investigación criminal, de conjunto con los requisitos necesarios para su aplicación y efectivo control.

Segunda: Que los principios que rijan la aplicación de estos métodos de investigación criminal, sean el de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

Tercera: Que sean los tribunales de justicia los órganos encargados de disponer su ejecución, así como el control de su desarrollo y consecución de su finalidad.

Bibliografía

- Almazán, F. (agosto de 2005). Entrega Vigilada o Controlada: Herramienta Eficaz para Desarticular el Crimen Organizado. En Ponencia al Taller Internacional Entregas (Remesas) Vigiladas: Herramienta Eficaz contra el Crimen Organizado. Naciones Unidas-Oficina Contra la Droga y el Delito. Llevado a cabo en Lima.
- Anderson, A. (1995). *The economic of organized crime*. Cambridge University Press, p. 68.
- Arciniegas, G. A. (2007). *Policía judicial y sistema acusatorio*. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 3ª edición.
- Cafferata, JI. (2003). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina.
- Concepción, C. R. (2011). En Cuba no existe delincuencia organizada. *Diario Juventud Rebelde*. Recuperado de: <http://www.juventudrebelde.cu/cuba/2011-11-10/en-cuba-no-existe-delincuencia-organizada/>. Fecha de la consulta: 16/5/16.
- De la cruz, R. (2014). El proceso penal y la delincuencia organizada: un estudio comparado. En A. Medina, *El Derecho Penal de los inicios del siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional* (p. 189). La Habana, Cuba: Editorial Unijuris.
- Fernández, R. M. (2014). Las Técnicas especiales de investigación criminal en la lucha contra la delincuencia organizada contemporánea. En *El proceso penal y la delincuencia organizada: un estudio comparado. El Derecho Penal de los inicios del siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional*. La Habana Cuba: Editorial Unijuris.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Gimeno, V. (1997). Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del TC y TS. En Sociedad Anónima, *AAVV Derecho Procesal en Vísperas del siglo XXI* (p. 428). Buenos Aires: Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- Gimeno, V. (2005). *Derecho procesal penal*. Madrid: Editorial Colex.
- González, A. (2014). *Las diligencias policiales y su valor probatorio*. Barcelona: Jose María Bosch Editor.

- Jiménez de Asúa, L. (1993). *Principios del Derecho penal*. Parte General. Buenos Aires: Editorial Heliaste.
- Montoya, M. D. (1998). *Informantes y técnicas de investigación encubiertas: análisis constitucional y procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.
- Muñoz, F. (2003). *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2da edición, Buenos Aires.
- Pérez, C. (2016). Cuba defiende en Ginebra derecho humano a la privacidad. *Semanario Trabajadores*. Recuperado de: <http://www.trabajadores.cu/20160309/cuba-defiende-ginebra-derecho-humano-la-privacidad/>
- Pérez, MR. (1999). La prueba provocada como supuesto de prueba prohibida en el proceso penal. *Revista Jurídica de Castilla la mancha*, (núm. 27), p. 228.
- Pérez, J. (2012). *El proceso penal en la sociedad de la información: las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*. Editorial La Ley.
- Prado, V. R. (2008). *La entrega vigilada: orígenes y desarrollos*. Recuperado de: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_66.pdf
- Ramírez, AD. (2010). *El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación* (Tesis, Universidad de Antioquia). Recuperada de: <https://pdfs.semanticscholar.org/1932/dbaf35c9b23c2d278f4cd4231969ad227e3d.pdf>
- Rives, A. (2000). *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Quintero, T. (1991). *Las pruebas en materia penal*. Bogotá: Editorial Jurídica Wilches, p. 54.
- Sáez, J. (2008) Doctrina sobre sobre escuchas telefónicas. Publicado en *Estudio Jurídico Badín y Asociados*. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/352297369/Doctrina-Sobre-Escuchas-Telefonicas>
- Serpa, G. & Ricardes, R. (2011). *Delincuencia transnacional organizada. Lavados de activos, narcotráfico y financiamiento del terrorismo*. Madrid: Editorial Cathedra Jurídica, p. 115.
- VV. AA (Consejo general del poder judicial - España). (2010) *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal*. Especial referencia a la tecno-vigilancia. España: Editorial Consejo General del Poder Judicial.
- Zaffaroni, E. R. (1998). Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana. *Revista de Derecho Penal*, (6).