

# REFLEXIONES JURISPRUDENCIALES

## Artículos de Investigación

En este apartado se incluyen dos artículos de investigación académica que analizan jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, desarrollados por el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, CEDEC. Se trata de breves reflexiones que examinan las decisiones o líneas jurisprudenciales de la Corte a la luz de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional.

### Legitimidad de la figura del “agente encubierto” para enfrentar el crimen organizado

*Por Byron Villagómez Moncayo, Rubén Calle Idrovo y Valeria Garrido Salas*

#### 1.- Introducción

El 8 de diciembre de 2021, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, la CCE o la Corte) emitió la sentencia 13-14-IN/21<sup>17</sup>, mediante la que analizó y negó la acción pública de inconstitucionalidad del art. 483.2 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP)<sup>18</sup>. El inciso del artículo impugnado determina que, bajo ciertas circunstancias, se exime de responsabilidad penal y civil a un agente encubierto; al respecto, en la demanda presentada ante la Corte se solicitó una *vacatio legis* en el COIP<sup>19</sup>. Para la resolución de la demanda, tanto la Presidencia de la República, como la Asamblea Nacional y la Procuraduría General del Estado (en adelante, PGE) presentaron, de manera individual, solicitudes para que se deseche la demanda por improcedente<sup>20</sup>. Adicionalmente, la Corte requirió información sobre el asunto a: Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE), Ministerio de Gobierno, Policía Nacional (en adelante, PN) y Consejo de la Judicatura<sup>21</sup>.

En la demanda presentada, el accionante afirmó que la norma impugnada se contraponen a principios constitucionales como la igualdad ante la ley, el derecho a la vida y la prohibición de restricción de derechos y garantías constitucionales<sup>22</sup>. Además, consideró que se vulnera el deber objetivo de cuidado y la seguridad jurídica, pues -a su criterio- existe omisión doctrinaria y formal que hace que la norma sea propensa a subjetividad<sup>23</sup>. En consecuencia, sugirió que se aplique la *vacatio legis* para la disposición final del COIP dado que considera necesario socializar la norma<sup>24</sup>.

En contraste, la Asamblea Nacional indicó que el Ecuador es parte de instrumentos internacionales que persiguen la cooperación para combatir la

<sup>17</sup> Corte Constitucional del Ecuador [CCE]. *Sentencia 13-14-IN/21*, 08 de diciembre de 2021, 1.

<sup>18</sup> *Código Orgánico Integral Penal* [COIP]. Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Ibid.*, párr. 4.

<sup>21</sup> *Ibid.*, párr. 6.

<sup>22</sup> *Ibid.*, párr. 11-12.

<sup>23</sup> *Ibid.*, párr. 13.

<sup>24</sup> *Ibid.*, párr. 14.

delincuencia organizada transnacional<sup>25</sup>, motivo por el cual el Estado debe tomar medidas que le permitan enfrentar de modo adecuado esta problemática. Asimismo, presentó un análisis de proporcionalidad en torno a la figura de agente encubierto, que determinó su razonabilidad y constitucionalidad como parte de los métodos de investigación extraordinarios, excepcionales e idóneos, que se requieren para combatir al crimen organizado; todo esto, justificado bajo los deberes del Estado y los estrictos parámetros establecidos en la Constitución de la República del Ecuador<sup>26</sup> (en adelante, CRE) y la ley<sup>27</sup>.

Paralelamente, la Presidencia resaltó que los límites para la exención de responsabilidad de un agente encubierto están inescindiblemente ligados a requisitos<sup>28</sup> de inexcusable observancia establecidos en el mismo COIP. Por este motivo, expuso que la exclusión de la antijuricidad es válida, debido a que el agente encubierto actúa en cumplimiento de un deber legal y bajo orden legítima de autoridad competente<sup>29</sup>. Por su parte, la PGE insistió en que un agente encubierto está exento de responsabilidad, de manera excepcional, por los delitos en los que deba incurrir para el desarrollo de la investigación encargada por parte de la FGE. Es así que, los actos de un agente encubierto deben ser proporcionales y adecuados a los objetivos legítimos que se persiguen a través de las operaciones de investigación encubierta<sup>30</sup>. Por otra parte, sobre el pedido de *vacatio legis*, las tres entidades antes mencionadas lo consideraron improcedente, en virtud de que el control de constitucionalidad abstracto no es la acción adecuada para dicha pretensión.

La FGE recalcó la excepción de responsabilidad civil o penal prevista en el art. 483.2 del COIP, pues ésta es restringida y está encaminada a delitos de acción u omisión que ocurren como consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación<sup>31</sup>. De esta forma, dicho organismo subrayó que un agente encubierto se encuentra prohibido de impulsar o cometer delitos que no sean de iniciativa previa de los investigados, es decir, que no puede promover la perpetración de delitos<sup>32</sup>. Por último, la PN informó a la CCE que en 2019 se desarrolló el primer curso de formación de agentes encubiertos; también resaltó que no existen acciones administrativas a funcionarios policiales que se encuentren actuando o hayan actuado como agentes encubiertos<sup>33</sup>.

Tras efectuar el respectivo análisis constitucional, la Corte negó la acción pública de inconstitucionalidad<sup>34</sup>. Al respecto, el presente artículo analizará los principales aspectos de la sentencia 13-14-IN/21, que rechazó la inconstitucionalidad del art. 483.2

<sup>25</sup> Cfr. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional [UNTOC]. Registro Oficial Suplemento 153, 25 de noviembre de 2005.

<sup>26</sup> *Constitución de la República del Ecuador* [CRE]. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

<sup>27</sup> CCE. *Sentencia 13-14-IN/21...*, párr. 15-17.

<sup>28</sup> Cfr. COIP: art. 484. Los requisitos para que la labor de los agentes encubiertos esté exenta de responsabilidad penal o civil son: i) que sea consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación; ii) que guarde la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación; y, iii) que no constituya una provocación del delito.

<sup>29</sup> *Ibíd.*, párr. 24-27.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, párr. 31-32.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, párr. 38.

<sup>32</sup> *Ibíd.*, párr. 39.

<sup>33</sup> *Ibíd.*, párr. 42-43.

<sup>34</sup> *Ibíd.*, 22.

del COIP, relacionada con la figura de agente encubierto. Para el efecto, en la primera sección del texto se presentará la necesidad de dicha figura en el combate del crimen organizado. Seguido, se examinará el régimen normativo vigente y la exención de responsabilidades del agente encubierto en la legislación ecuatoriana. Para finalizar, se presentarán las conclusiones generales del estudio propuesto.

## **2.- La figura del agente encubierto en el contexto del combate al crimen organizado**

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 483 y siguientes del COIP, así como por lo señalado en la sentencia 13-14-IN/21, la figura del agente encubierto está prevista específicamente para actuar y responder frente al crimen organizado; por ello, resulta necesario abordar este concepto para comprender adecuadamente a aquella figura. Al respecto, la Corte señala que no existe una definición unívoca sobre este fenómeno, pero que en todo caso se puede partir de lo establecido por la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional (en adelante, UNTOC), que en su art. 2.a) prescribe lo siguiente:

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<sup>35</sup>.

El citado instrumento internacional cataloga como delitos graves a aquellos que se encuentren sancionados con pena de privación de libertad de al menos cuatro años. Si bien este criterio no atiende a la naturaleza del comportamiento punible, en la misma UNTOC se mencionan algunos delitos en específico, como el blanqueo o lavado de activos, la corrupción (cohecho y concusión) y obstrucción a la justicia. Asimismo, la mencionada Convención cuenta con varios Protocolos complementarios que tratan específicamente sobre crímenes tales como trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, y fabricación y tráfico de armas de fuego y municiones.

En la doctrina, se pueden encontrar nociones que conjugan varios elementos en común que permiten aproximarse a un concepto más o menos asentado de crimen organizado. Así, el profesor mexicano Jorge Chabat señala las siguientes características mínimas de dicho fenómeno:

(1) Actividades criminales de una naturaleza grave cometidas en una forma planeada con la perspectiva de obtener un beneficio; (2) una división del trabajo jerárquica de tipo empresarial y continua que incluye sanciones internas y disciplina; (3) el uso de violencia e intimidación real o implícita; (4) el ejercicio de influencia sobre, o la corrupción de varios funcionarios electos y nombrados u otros pilares de control social y líderes de opinión dentro de la sociedad. Como características adicionales habría que recalcar que el crimen organizado es una actividad no ideológica, esto es, que no posee fines políticos, sino fundamentalmente económicos y que, como una forma de proteger la estructura de la organización, dada su ilegalidad intrínseca, tiene una

<sup>35</sup> UNTOC: art. 2.a).

membresía restringida, la mayoría de las veces sobre una base de confianza étnica, geográfica o familiar<sup>36</sup>.

De otro lado, el especialista español Jorge Jiménez Serrano insiste en que los estudiosos del crimen organizado no han terminado de ponerse de acuerdo en su conceptualización, y que el primer elemento problemático es precisamente el del adjetivo “organizado”<sup>37</sup>. De todas maneras, el citado autor examina las propuestas teóricas más importantes sobre la materia y precisa lo siguiente:

En cierta forma, todo crimen tiene cierto grado de organización con lo cual, establecer los límites entre el crimen organizado y desorganizado resulta muy complicado. No obstante, aquí la palabra “organizado” no se usa tanto en su relación con el “orden” y con la tarea de colocar cada cosa en su lugar siguiendo unas reglas establecidas sino más bien en su relación con la necesidad de coordinar personas y medios adecuados para lograr algún fin. Así podemos llegar a una característica de crimen organizado que sí puede considerarse específica, la de reunión de un grupo de personas. Por tanto, hablamos de crimen organizado cuando en esa organización participan y colaboran más de una persona. Este grupo de personas se organizan en la comisión de delitos estableciendo una continuidad temporal. Su objetivo y deseo es perdurar en el tiempo... el grupo organizado tiene una motivación basada en la obtención de beneficios, de tal manera que su existencia tiene justificación y futuro en la medida en la que sea rentable para sus miembros... En relación con lo anterior, otro instrumento de “trabajo” propio de las organizaciones delictivas se basa en actividades de corrupción de las estructuras legales. La supervivencia de la organización se consigue estando alejada de las autoridades policiales y judiciales y creando una apariencia de legalidad en sus actividades y resultados. Para conseguir esto es necesaria cierta connivencia de instituciones legales o de algunos de sus miembros que presten colaboración e inmunidad a la organización a cambio principalmente de dinero<sup>38</sup>.

De manera concordante y sintética, el reconocido criminólogo estadounidense Jay Albanese ha identificado cuatro elementos concretos y comunes a la mayoría de definiciones relevantes de crimen organizado, a saber: una organización continua, que opera racionalmente buscando beneficios económicos, usando fuerza, violencia o amenaza, y con la necesidad de recurrir a prácticas corruptas para mantenerse inmune frente a la policía y el sistema de justicia penal<sup>39</sup>.

Sin embargo, una cuestión esencial que suele dejarse de lado debido al imaginario tradicional de las bandas y mafias, es que el crimen organizado es un fenómeno profundamente social<sup>40</sup>; esto significa que usualmente existen todo tipo de

<sup>36</sup> Jorge Chabat, «El Estado y el crimen organizado transnacional: amenaza global, respuestas nacionales», *Istor: Revista de Historia Internacional*, n.º 42 (11) (2010): 5, <https://xurl.es/imtb5>.

<sup>37</sup> Jorge Jiménez Serrano, «Crimen organizado: una aproximación al fenómeno», *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, n.º 14 (2015): 23, <https://xurl.es/lle6b>.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 23-24.

<sup>39</sup> Jay S. Albanese, «The causes of organized crime: Do criminals organize around opportunities for crime or do criminal opportunities create new offenders?», *Journal of Contemporary Criminal Justice*, n.º 16 (4) (2000): 411.

<sup>40</sup> Henk van de Bunt, Dina Siegel y Damián Zaitch, «The social embeddedness of organized crime», en *The Oxford Handbook of Organized Crime*, ed. por Letizia Paoli (New York: Oxford University Press, 2014), 321.

interfaces y relaciones entre los ámbitos de la legalidad e ilegalidad, por lo que dichas dimensiones no son de ninguna manera necesariamente antagónicas u opuestas<sup>41</sup>. Por ello, en lugar de pensar que el crimen organizado opera en un “vacío social”, se debe asumir que dicho fenómeno tiene un notorio hábito de interactuar con su entorno social<sup>42</sup>.

De allí que una de las características sociológicas del crimen organizado sea su hondo arraigo social, en virtud del cual las actividades criminales se encuentran vinculadas a las relaciones entre participantes y los entornos institucionales en que ellas se desarrollan<sup>43</sup>; esto implica que tales conexiones y transacciones conllevan aspectos que superan la mera perpetración de ilícitos, y se manifiestan a través de fuertes lazos sociales de mutua confianza y cooperación, originados en vínculos familiares, de amistad, de trabajo, entre otros<sup>44</sup>.

En esta misma línea, los profesores Damián Zaitch y Georgios Antonopoulos explican que en el caso concreto de América Latina ha existido una transformación en las estructuras y operatividad del crimen organizado durante las última tres décadas<sup>45</sup>; así, identifican cuatro fases: 1) Las redes criminales expandieron sus actividades a regiones y países apartados de sus bases geográficas iniciales, fomentando alianzas con otros grupos criminales y abriendo nuevos puertos y rutas; 2) Un fuerte proceso de fragmentación y dispersión de las redes criminales, con crecientes disputas entre facciones que optaron por competir en lugar de cooperar, así como la sustitución de los denominados “capos” por “brokers” (corredores, vínculos o intermediarios); 3) El crimen organizado en varias partes de América Latina ha incrementado la “densidad criminal”, lo que ha significado en algunas áreas una diversificación de las actividades ilícitas, y en otras una expansión del control territorial, todo acompañado de ascendentes niveles de violencia; y, 4) Un aumento del involucramiento de actores legales (agencias estatales, políticos, entre otros) en actividades de crimen organizado.

Estas consideraciones permiten constatar que el crimen organizado es un fenómeno sumamente complejo y que presenta retos extremadamente difíciles para las autoridades policiales y judiciales que pretenden su persecución y sanción. Por este motivo, se ha hecho necesaria la aplicación de métodos y técnicas de investigación especiales y que suponen ciertas excepcionalidades al régimen común de las actuaciones policiales. Normativamente, esto se desprende de la propia UNTOC, que en su art. 20.1 dispone lo siguiente:

Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> *Ibid.*, 323.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Damián Zaitch y Georgios A. Antonopoulos, «*Organised crime in Latin America: An introduction to the special issue*», *Trends in Organized Crime* 22 (2019), 141-147.

sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada<sup>46</sup>.

Por consiguiente y como lo señala la propia CCE en la sentencia 13-14-IN/21<sup>47</sup>, esta prescripción forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano y, por tanto, genera una obligación para el Estado. Como se verá en la siguiente sección, la figura del agente encubierto guarda consonancia con los mandatos constitucionales y responde a fines legítimos, todo lo cual avala su utilización, evidentemente dentro de los límites legales.

### **3.- Régimen de exención de responsabilidades del agente encubierto en la legislación ecuatoriana**

En el ámbito nacional la inserción en la investigación penal de la figura del agente encubierto se da por primera vez en el COIP, encontrándose su regulación en los arts. 483 al 497, como una técnica especial de investigación bajo el término de operación encubierta<sup>48</sup>. De su conceptualización contenida en el art. 483, se desprende que una operación mediante un agente encubierto es un procedimiento especial de investigación secreta de aplicación excepcional, en donde un investigador del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses (en adelante, SEIIMLCF), bajo previa autorización y supervisión de un fiscal, oculta su identidad oficial para infiltrarse en una organización criminal con el objetivo básico de identificar a los participantes, reunir y recoger información, elementos de convicción y evidencia útil para los fines de la investigación. En todo caso, la CCE en idénticos términos en la sentencia 13-14-IN/21, concibe a la figura del agente encubierto de la siguiente manera:

De las referencias legales y doctrinarias expuestas se puede concluir que la figura del agente encubierto, de modo general, es un funcionario policial seleccionado y especializado, que se infiltra por disposición de la autoridad competente, en el caso ecuatoriano por parte de la FGE, en una organización criminal cambiando su identidad, con la finalidad de proporcionar información que permita el enjuiciamiento de los miembros que la componen; por lo que, el empleo del agente encubierto es una técnica de investigación eficaz que permite la obtención de evidencias probatorias e identificación de los involucrados en el delito, ya que, el agente al infiltrarse de modo clandestino a la escena misma del crimen, observa personalmente los hechos delictivos practicados por los autores y partícipes de la organización criminal. Por tanto, no es una técnica ordinaria de investigación, sino es excepcional y su actuación siempre deberá ser proporcional al fin de la investigación<sup>49</sup>.

De lo expuesto se colige que la técnica de la operación encubierta no puede ser utilizada para cualquier tipo de investigación y su esfera de implementación se restringe a organizaciones delictivas; como correlato, su implementación o uso en forma discrecional está vedada y debe estar siempre sujeta a un estricto escrutinio técnico previo a cargo de un sistema especializado de la FGE, como organismo al que

<sup>46</sup> UNTOC: art. 20.1

<sup>47</sup> CCE. *Sentencia 13-14-IN/21...*, párr. 51.

<sup>48</sup> Otra técnica especial de investigación es la entrega vigilada o controlada, prevista en los art. 485 y 486 del COIP.

<sup>49</sup> CCE. *Sentencia 13-14-IN/21...*, párr. 61.

constitucionalmente le corresponde dirigir, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal (art. 195 de la CRE).

La implementación de la operación encubierta a través de la actuación debidamente reglada de un agente especializado se rige por lo dispuesto en el art. 484 del COIP. Apartarse de estos términos implicaría salirse del rol para el cual está concebido el agente encubierto y, por lo tanto, no contar con la cobertura legal prevista para el desempeño de su misión; como es la excepcionalidad en cuanto a responder civil y penalmente, de conformidad con lo prescrito en el inciso segundo del art. 483 del COIP. Así también, una actuación al margen de la ley repercutiría en la validez procesal de las pruebas obtenidas, y en general del operativo en el cual haya participado dicho agente.

Con relación a las reglas concretas que regulan las operaciones encubiertas, por primera vez se contienen claramente en el art. 484 del COIP una serie de presupuestos normativos que, detalladamente, reglamentan una operación de dicha naturaleza a cargo de un agente de policía debidamente seleccionado y especializado. De ella se destacan la dirección exclusiva de las actuaciones del agente encubierto en manos de la SEIIMLCF, la fundamentación de la designación a cargo de la autoridad competente (la FGE), la prohibición de que el agente encubierto ejerza como “agente provocador”, la condición de protección igual que la de los testigos, que las versiones del agente encubierto constituyan elementos de convicción, y la necesidad de obtener autorización judicial a pedido del fiscal en casos de diligencias que así lo requieran, entre otras.

En cuanto al cambio de identidad, tanto la Ley Orgánica de la Gestión de la Identidad y Datos Civiles (art. 97) y su Reglamento (art. 99), en su orden, prescriben lo siguiente:

Art. 97.- Identificación de agentes encubiertos. La Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación otorgará cédula de identidad a los agentes encubiertos con una identidad ficticia, por el período que dure la investigación, con autorización previa de la Fiscalía General del Estado. Los requisitos se establecerán en el Reglamento correspondiente<sup>50</sup>.

Art. 99.- Para el otorgamiento de cédula con identidad ficticia a los agentes encubiertos, se observará lo siguiente: 1. Solicitud y autorización expresa del Fiscal General del Estado con la indicación del tiempo que durará la investigación. 2. Autorización expresa del Director General de la institución responsable del registro civil, identificación y cedulación. 3. Demás procedimientos establecidos por el área competente de la institución responsable del registro civil, identificación y cedulación. 4. Fenecido el tiempo de duración de la investigación, y su prórroga de ser el caso, el Fiscal General informará sobre este particular a efecto de que el documento de identidad conferido bajo estas condiciones sea invalidado. 5. La información contenida en la cédula con identidad ficticia, tendrá el carácter de reservada<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*. Registro Oficial Suplemento 684, 4 de febrero de 2016.

<sup>51</sup> *Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*. Registro Oficial Suplemento 353, 23 de octubre de 2018.

Teniendo en cuenta este marco normativo, cabe indicar que el agente encubierto debe actuar exclusivamente en delitos de acción pública y no de acción privada (que se inician a través de la denominada querrela). En cuanto al régimen de exención por posibles responsabilidades civiles y penales en el transcurso de la ejecución de una operación encubierta, se debe tomar en consideración las precisiones efectuadas por la CCE en la sentencia 13-14-IN/21, al indicar que la responsabilidad penal se desprende cuando al autor o partícipe de una conducta contraria al ordenamiento jurídico penal le es impuesta una sanción contemplada en el COIP<sup>52</sup>; en lo concerniente a la responsabilidad civil, aquella es conceptualizada como la obligación de toda persona de pagar por los daños y perjuicios que cause en la persona o patrimonio de otra<sup>53</sup>.

La figura de la exención contenida en el inciso segundo del art. 483 del COIP adopta la forma de una absoluta excusa absolutoria prevista en un cuerpo normativo con rango de ley, en atención al cumplimiento del principio de legalidad en materia penal; de ello se desprende que en los ordenamientos penales no existen únicamente normas prohibitivas sino también permisivas. En palabras de la CCE, tal figura –la de la exención– representaría un equilibrio entre la igualdad ante la ley (igualdad en su dimensión formal) y la excepcionalidad al poder punitivo del Estado respecto a quienes actúen en calidad de agentes encubiertos<sup>54</sup>. En todo caso, este régimen de exención es independiente y diferenciado de los mandatos legales contenidos en los arts. 30 y 30.1 del COIP; que, en su orden, contienen causas de exclusión de la antijuricidad y actos ejecutados en cumplimiento del deber legal por parte de la o el servidor de la Policía Nacional y de seguridad penitenciaria.

Con todo, el accionar del agente infiltrado, como acertadamente lo indica la sentencia 13-14-IN/21<sup>55</sup>, para fines de aplicación de la exención se relaciona únicamente con aquellos delitos en que deba incurrir o que no haya podido impedir, y condicionada a que sea consecuencia inmediata del desarrollo de la investigación y guardando la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma; *a contrario sensu*, el agente infiltrado será sujeto de sanción –penal o civil– de conformidad con las normas jurídicas pertinentes. De todo esto resulta evidente que la existencia de esta exención –entendida no como impunidad– y dentro de los límites legales estrictamente impuestos, es un beneficio necesario a fin de que el agente infiltrado pueda cumplir a cabalidad su misión dentro de una determinada operación en contra del crimen organizado.

En este punto, en el examen de constitucionalidad realizado por la CCE en la sentencia 13-14-IN/21, se observa que a la exención se la considera como una medida adecuada en atención a un fin constitucionalmente reconocido en el art. 3.8 de la CRE, al considerarse como uno de los deberes primordiales del Estado el garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz y a la seguridad integral; se agrega además en dicho fallo que la exención de responsabilidad cumple con el principio de necesidad<sup>56</sup>. Mención importante es la ejemplificación indicada respecto a distinguir entre una acción exenta de responsabilidad de aquellas que no la están; como en el primer caso, cuando

<sup>52</sup> CCE. Sentencia 13-14-IN/21..., párr. 63.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> *Ibid.*, párr. 79.

<sup>55</sup> *Ibid.*, párr. 72.

<sup>56</sup> *Ibid.*, párr. 77.

una organización criminal ordena cometer un robo, a diferencia del agente infiltrado que conduciendo en estado de ebriedad mata y atropella a una persona.

En cuanto a una posible colisión entre la intervención del agente infiltrado y las garantías de orden constitucional, se debe partir de lo dispuesto en el segundo inciso del art. 11.8 de la CRE, que señala expresamente que “será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”<sup>57</sup>. El vocablo “injustificadamente” da cuenta de que, en efecto, pueden existir medidas que en forma sustentada y motivada –como es el caso de la figura del agente infiltrado– no deban ser consideradas inconstitucionales, si efectivamente se acoplan a los estándares fijado por la CCE<sup>58</sup>.

Así también, la Corte analiza específicamente el conflicto normativo que puede surgir por la existencia de la exención de responsabilidad del agente infiltrado en contra de normas de rango constitucional, como el principio de igualdad formal, razonando que no todo trato diferenciado es inconstitucional<sup>59</sup>; y, agregando que en su libertad de configuración el legislador válidamente puede establecer medidas diferenciadas que deben estar debidamente justificadas y razonadas<sup>60</sup>. Ahora bien, también la CCE es clara en indicar que cuando se trate de medidas o acciones que no se encuentren bajo la consideración de una categoría sospechosa protegida en los términos del art. 11.2 de la CRE –como sería el caso en análisis–, el examen de la distinción o trato diferenciado sería uno de mera razonabilidad<sup>61</sup>. En cuanto a la existencia de un posible tratamiento discriminatorio entre un agente infiltrado con otras personas naturales o jurídicas, la CCE reflexiona en el sentido de que el test desarrollado –integrado por la comparabilidad, constatación y verificación–, no supera el primer elemento como es la comparabilidad, al no estar en semejantes o idénticas condiciones<sup>62</sup>.

Con estas premisas, la Corte pasa a realizar un examen de razonabilidad de las distinciones originadas en la figura de la exención frente a lo dispuesto en la CRE –en especial, al principio de igualdad formal– con base en los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En torno a la idoneidad, la CCE toma en cuenta que uno de los fines constitucionales (art. 3.8 de la CRE) del Estado es garantizar una cultura de paz, seguridad y prevención de todo tipo de violencia, y llega a la conclusión de que se cumple con este primer parámetro<sup>63</sup>. Respecto a la necesidad, la Corte considera en general que la existencia de técnicas especiales de investigación a través de operaciones encubiertas se vuelve imprescindible para combatir al crimen organizado; y agrega que la figura del agente encubierto cumple con dicho parámetro en atención a las funciones que ejerce y a las garantías que concretamente le corresponderían para ejecutar cabalmente su cometido con éxito<sup>64</sup>.

<sup>57</sup> CRE: art. 11.8.

<sup>58</sup> Vid. Felipe Rodríguez Moreno, *El agente infiltrado en el Estado de Derecho y de (In) Seguridad* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2012), 307-308.

<sup>59</sup> CCE. *Sentencia 13-14-IN/21...*, párr. 68.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> *Ibid.*, párr. 68. Vid. CCE. *Sentencia 1-18-IN/21*, 8 de septiembre de 2021, párr. 30.

<sup>62</sup> *Ibid.*, párr. 66 y 67.

<sup>63</sup> *Ibid.*, párr. 70-75.

<sup>64</sup> *Ibid.*, párr. 76-78.

En cuanto al análisis de la proporcionalidad, en el sentido que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional, la CCE estima necesario analizarla estrictamente desde la dimensión de la igualdad formal –entendida como un trato idéntico a sujetos individuales o colectivos que se hallan en la misma situación–;<sup>65</sup> en consecuencia, se observa que un agente infiltrado se vería abocado a cometer hechos ilícitos ordenados por los cabecillas de las organizaciones criminales, a los que necesariamente y vista la situación en que se encuentra el agente no podría ser objeto de reproche penal o civil; estableciéndose para este efecto la causal de exención, como protección reforzada a su accionar y dentro de mismos límites legales contemplados en el COIP, evidentemente sin caer con ello en impunidad o abuso<sup>66</sup>.

#### **4.- Conclusión**

La figura del agente encubierto puede generar inquietudes relacionadas con el hecho de que agentes estatales tengan la posibilidad de actuar, bajo amparo legal, en el cometimiento de delitos; en esto incide también la cobertura legal que les exime de responsabilidades penales y civiles por sus actuaciones. Sin embargo, en la sentencia 13-14-IN/21 la CCE ha dejado claro que esta habilitación prevista en el ordenamiento jurídico está sujeta a unos requisitos sumamente rigurosos, ya que se trata de una técnica de investigación excepcional y que procede exclusivamente en los casos previstos por el COIP. En el presente artículo se ha profundizado sobre los principales criterios desarrollados por la Corte sobre esta cuestión, para lo cual se ha tenido en cuenta esencialmente lo dispuesto en la normativa pertinente y lo señalado por la doctrina especializada. De este análisis se ha podido concluir que el combate al crimen organizado, en línea con los fines constitucionales vinculados a la necesidad de promover una sociedad libre de violencia y una cultura de paz, justifican la existencia de la figura del agente encubierto; y sus actuaciones contarán con la respectiva cobertura legal siempre que se ajusten a las exigencias legales y parámetros constitucionales.

#### **5.- Bibliografía**

##### ***Doctrina:***

Albanese, Jay S. «The causes of organized crime: Do criminals organize around opportunities for crime or do criminal opportunities create new offenders?». *Journal of Contemporary Criminal Justice*, n.º 16 (4) (2000): 409-423.

Chabat, Jorge. «El Estado y el crimen organizado transnacional: amenaza global, respuestas nacionales». *Istor: Revista de Historia Internacional*, n.º 42 (11) (2010): 3-14. <https://xurl.es/jmtb5>.

Didier, María Marta. *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de*

<sup>65</sup> CCE. *Sentencia 7-11-IA/19*, 28 de octubre de 2019, párr. 18.

<sup>66</sup> CCE. *Sentencia 13-14-IN/21...*, párr. 79-81. Para profundizar acerca de la vinculación entre el principio de igualdad y el de razonabilidad, en el derecho comparado ver: María Marta Didier, *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2012), 59-77.

*constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

Jiménez Serrano, Jorge. «Crimen organizado: una aproximación al fenómeno». *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, n.º 14 (2015): 23-30. <https://xurl.es/lle6b>.

Rodríguez Moreno, Felipe. *El agente infiltrado en el Estado de Derecho y de (In)seguridad*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2012.

Van de Bunt, Henk, Dina Siegel y Damián Zaitch. «The social embeddedness of organized crime». En *The Oxford Handbook of Organized Crime*, ed. por Letizia Paoli, 321-342. New York: Oxford University Press, 2014.

Zaitch, Damián y Georgios A. Antonopoulos. «Organised crime in Latin America: An introduction to the special issue». *Trends in Organized Crime* 22 (2019), 141-147.

**Normativa:**

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Registro Oficial Suplemento 153, 25 de noviembre de 2005.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Registro Oficial Suplemento 684, 4 de febrero de 2016.

Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Registro Oficial Suplemento 353, 23 de octubre de 2018.

**Jurisprudencia:**

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 7-11-IA/19*, 28 de octubre de 2019.

— *Sentencia 1-18-IN/21*, 8 de septiembre de 2021.

— *Sentencia 13-14-IN/21*, 8 de diciembre de 2021.