

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

**LA DOCUMENTACIÓN DE HECHOS DELICTIVOS EN EL  
PERIODISMO DE INVESTIGACIÓN A TRAVÉS DE LAS  
TÉCNICAS DE AGENTE ENCUBIERTO Y AGENTE  
PROVOCADOR Y SU EVENTUAL VALOR PROBATORIO EN  
COSTA RICA**

ADRIANA LUCÍA CASTELLÓN JIMÉNEZ  
A10800

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Costa Rica

2019



22 de mayo de 2019  
**FD-1387-2019**

Dr. Alfredo Chirino Sánchez  
Decano  
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de la estudiante Adriana Lucía Castellón Jiménez, carné A10800 denominado: "La documentación de hechos delictivos en el periodismo de investigación, a través de las figuras agente encubierto y agente provocador y su eventual valor probatorio en Costa Rica" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuse de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA"**.

Tribunal Examinador

<b>Informante</b>	Dr. Álvaro Burgos Mata
<b>Presidente</b>	Dr. Ricardo Salas Porras
<b>Secretario</b>	MSc. José Miguel Zamora Acevedo
<b>Miembro</b>	Dr. Ronald Salazar Murillo
<b>Miembro</b>	MSc. Rita Maxera Herrera

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **10 de junio del 2019**, a las 6:00 p.m. en el cuarto piso de la Facultad.

Atentamente,

  
Ricardo Salas Porras  
Director

RSP/lcv  
Cc: arch. Expediente



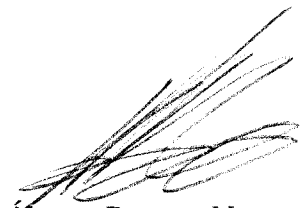
5 de abril del 2019

Dr. Ricardo Salas Porras  
Director del Área de Investigación  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Me dirijo a usted para hacer de su conocimiento mi aprobación para la Tesis titulada: "La documentación de hechos delictivos en el periodismo de investigación, a través de las técnicas agente encubierto y agente provocador, y su eventual valor probatorio en Costa Rica", perteneciente a la estudiante Adriana Lucía Castellón Jiménez, carné A10800.

Queda así constando mi visto bueno, en calidad de director de esta investigación dirigida, para que la estudiante pueda proceder con la respectiva defensa del trabajo.



Dr. Álvaro Burgos Mata  
Director de la Investigación Dirigida.

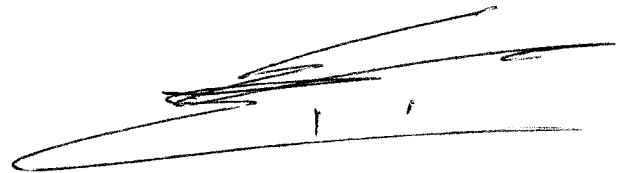
20 de mayo del 2019

Señores del Área de Investigación  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

Me dirijo a usted para hacer de su conocimiento mi aprobación a la Tesis titulada: "La documentación de hechos delictivos en el periodismo de investigación, a través de las técnicas agente encubierto y agente provocador, y su eventual valor probatorio en Costa Rica", perteneciente a la estudiante Adriana Lucía Castellón Jiménez, carné A10800.

La investigación cumple con todos los requerimientos necesarios para constituirse en un trabajo final de graduación completo y bien sustentado. Queda así constando mi visto bueno, en calidad de **lector** de esta investigación dirigida, para que la estudiante pueda proceder con la respectiva defensa del trabajo.



Dr. Ricardo Salas Porras  
Lector de la Investigación Dirigida

San Pedro de Montes de Oca, 3 de marzo de 2019.

Señor

Dr. Ricardo Salas Porras,

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho,

Universidad de Costa Rica.

S.....D

Muy Estimado Profesor:

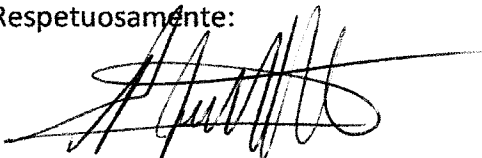
Tengo el agrado de informarle, que he dado lectura plena al trabajo de investigación denominado *"La documentación de hechos delictivos en el periodismo de investigación a través de las técnicas del agente encubierto y agente provocador y su eventual valor probatorio en Costa Rica"*, que ha realizado la egresada Adriana Lucía Castellón Jiménez, carné A10800, el cual estimo que reúne todos los requisitos de forma y de fondo por lo que le he dado mi aprobación.

Quiero agregar además, que el trabajo referido un muy interesante estudio sobre la libertad de información y el trabajo periodístico, valorando su capacidad de aportar prueba en los procesos penales. Para tal efecto hace ver que el periodista investigativo en algunas ocasiones realiza actividades similares a las de un agente encubierto o un agente provocador, con el fin de obtener información susceptible de ser difundida al público.

Finalmente analiza si esa prueba obtenida por la actividad investigativa puede tener validez en el proceso penal, a la luz de las garantías legales y constitucionales que protegen a los imputados, para lo cual profundiza en la legislación y jurisprudencia Chilena, Argentina, Española y Norteamericana entre otras sobre el tema, lo que muestra la seriedad de su trabajo y la amplitud del enfoque del presentado.

Sin duda el trabajo tiene un alto grado de complejidad y hace un aporte significativo al estudio del papel del periodismo investigativo y su posible contribución probatoria a los procesos penales.

Respetuosamente:

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'R. Salazar Murillo', written over a horizontal line.

Dr. Ronald Salazar Murillo

Lector

cc. archivo

2 de mayo de 2019

A quien corresponda:

Yo, María Daniela Sánchez Sánchez, cédula 1-1368-0612, vecina de Montes de Oca, de profesión Licenciada en Filología Española, y que cuento con conocimientos y experiencia en revisión filológica de textos, doy fe de que he revisado la Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho de la estudiante Adriana Lucía Castellón Jiménez, cuyo título es “La documentación de hechos delictivos en el periodismo de investigación a través de las técnicas de agente encubierto y agente provocador y su eventual valor probatorio en Costa Rica”, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

En este proyecto de investigación se han corregido aspectos referentes a la forma, es decir, la estructura gramatical, la redacción (cohesión y coherencia textuales), la acentuación, la ortografía y el léxico. Por tanto, desde mi perspectiva profesional, dicho documento cumple con las normas gramaticales y ortográficas de la lengua española. En cuanto a la revisión del fondo, es decir, su contenido, originalidad y veracidad, esta es responsabilidad exclusiva de la autora y de sus asesores.

Atentamente,



Licda. María Daniela Sánchez Sánchez

Filóloga Española

Céd.: 1-1368-0612

Carné COLYPRO: 61843

## Dedicatoria

A mis amados padres:

A mamá gatto, mi columna vertebral

A papa, mi inspiración

A *Vita*, quien partió del mundo terrenal en medio de este proceso, pero que me acompañó en espíritu durante las largas noches de estudio, porque *“yo vengo de la fuerza de mi abuela, de su inteligencia, de su fe, de su metro cincuenta. De su respeto por los otros, de su esfuerzo por ser bella. Yo vengo de su debilidad por los postres. De sus tartas de maíz. De su insomnio. De su lucha por ser independiente. De su tesón, de su bondad. De su saber escuchar y de sus cuentos”*. (Osorio, A. Anónimas).

Los amo.



## Agradecimientos

Al doctor Álvaro Burgos, director de la tesis, por toda su ayuda y contactos. Al master Ricardo Salas, lector de la tesis, por toda su ayuda y por obligarme a transformar el tema en uno más completo. Al doctor Ronald Salazar, lector de la tesis, por todo su aporte valioso. Al master Miguel Zamora, miembro del comité evaluador y casi lector, por toda la ayuda brindada. A Rita Maxera, miembro del comité evaluador. Al doctor Erick Gatgens, por toda la ayuda brindada. Al dottore Gonzalo Castellón Vargas, por todas las ideas regaladas, los libros prestados, e incluso los regañíos sobrepasados. Al master Giselle Boza, quien me apoyó con este tema desde que estudiaba Comunicación. Al doctor Minor Salas, por todas las sugerencias para las citas bibliográficas. A la doctora Ariana Macaya, quien revisó los cimientos del anteproyecto. A Luis, por todas las ayudadas que nos da como asistente del área de investigación. Al licenciado José Francisco Madrigal, por los libros robados y las asistencias que me dio. A la licenciada Roxana Burgos, compañera del Café Chorale, quien me ayudó con algunos conceptos clave. A la licenciada Vivian Rodríguez Balma, por todas las recomendaciones para hacer tesis. A María José Corrales, gran amiga, que cargó un libro de 800 páginas por toda España, solo para traérmelo. A Mariana Cortés Kandler por sus valiosos aportes filológicos y de forma.

A la licenciada Beatriz Jiménez Araya, mamá, prestamista y mucho más. A tía Patricia y tía Dudy, por chinearne cuando me vieron cansada. A Susana Gómez Hernández, por las porras, los chineos y por apoyarme cuando más triste estaba. A Marino García Serna, por todo el apoyo que me dio mientras fue mi compañero. A Helga Lob, por la superayuda energética. A mis amigos del Café Chorale por las por todo el apoyo.

Al master Mauricio París, por todos los ejemplos que me envió. Al doctor Juan Dalbora, por explicarme detalladamente el tema del delito experimental y contarme sobre ejemplos ocurridos en Chile. A Zeta y Pepperoni por ser siempre *Good boys*. A J. S. Bach y A. Dvorak, compositores infalibles para lograr la concentración.

## **TABLA DE CONTENIDOS**

<b>LISTA DE SIGLAS .....</b>	<b>VI</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>VII</b>
<b>FICHA BIBLIOGRÁFICA .....</b>	<b>IX</b>
<b>EL PERIODISMO DEL ENEMIGO (A MODO DE INTRODUCCIÓN).....</b>	<b>1</b>
<b>I. RAZÓN DE SER DE LA TESIS .....</b>	<b>1</b>
<b>II. ORGANIZACIÓN DE LA TESIS .....</b>	<b>5</b>
<b>III. TEMA .....</b>	<b>6</b>
<b>IV. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN .....</b>	<b>6</b>
<b>V. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....</b>	<b>13</b>
<b>VI. HIPÓTESIS.....</b>	<b>13</b>
<b>VII. OBJETIVOS .....</b>	<b>14</b>
<b>OBJETIVO GENERAL.....</b>	<b>14</b>
<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....</b>	<b>14</b>
<b>VIII. METODOLOGÍA.....</b>	<b>14</b>
<b>CAPÍTULO 1: REFERENTE JURÍDICO DE LA LIBERTAD DE PRENSA .....</b>	<b>16</b>
<b>1.1 PRINCIPIOS QUE RESGUARDAN EL EJERCICIO DEMOCRÁTICO DEL PERIODISMO .....</b>	<b>16</b>
<b>1.1.1 LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....</b>	<b>16</b>
<b>1.2 EL DERECHO A LA INFORMACIÓN .....</b>	<b>24</b>
<b>1.2.1. DIFERENCIA ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN... </b>	<b>24</b>
<b>1.3 SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS FUENTES O EL SECRETO PROFESIONAL DEL PERIODISTA ...</b>	<b>35</b>
<b>1.4. LÍMITES AL EJERCICIO PERIODÍSTICO (DERECHOS DE LA PERSONALIDAD) .....</b>	<b>40</b>
<b>1.4.1 DERECHO A LA INTIMIDAD.....</b>	<b>41</b>
<b>1.4.2 EL HONOR COMO LIMITANTE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN .....</b>	<b>45</b>
<b>1.5 RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN MASIVA .....</b>	<b>49</b>
<b>CAPÍTULO 2: REGLAS PROCESALES QUE PUEDEN AFECTAR EL EVENTUAL VALOR PROBATORIO DE INCURSIONES PERIODÍSTICAS EN COSTA RICA.....</b>	<b>54</b>
<b>2.1 LA TEORÍA DEL <i>GARANTISMO</i> EN EL ESTADO DE DERECHO.....</b>	<b>54</b>
<b>2.2 EL GARANTISMO EN EL DERECHO PROCESAL PENAL Y SU RELACIÓN CON LOS AGENTES....</b>	<b>58</b>
<b>2.3 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE RELACIONADAS CON EL USO DE LOS AGENTES .....</b>	<b>59</b>
<b>2.3.1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....</b>	<b>60</b>
<b>2.3.2 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....</b>	<b>62</b>
<b>2.3.3 DERECHO A LA INTIMIDAD.....</b>	<b>63</b>
<b>2.3.4 DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN .....</b>	<b>63</b>

<b>2.4 VALIDEZ DE LA PRUEBA EN EL PROCESO GARANTISTA .....</b>	<b>65</b>
<b>2.4.1 PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA .....</b>	<b>65</b>
<b>2.4.2 LIMITACIONES PROBATORIAS EN EL PROCESO PENAL.....</b>	<b>67</b>
<b>LOS FUNDAMENTOS DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN .....</b>	<b>68</b>
<b>2.5 LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE .....</b>	<b>73</b>
<b>2.5.1. JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA.....</b>	<b>75</b>
<b>2.5.2 JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA PROHIBICIÓN DE AUTOINCRIMINACIÓN E INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES EN EL DERECHO COMPARADO Y EN COSTA RICA .....</b>	<b>79</b>
<b><u>CAPÍTULO 3: EL AGENTE ENCUBIERTO Y SU FUNCIONALIDAD EN LA INVESTIGACIÓN DELICTIVA .....</u></b>	<b>84</b>
<b>3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS FIGURAS DE <i>AGENTE ENCUBIERTO</i> Y <i>AGENTE PROVOCADOR</i>.....</b>	<b>84</b>
<b>3.2 EL AGENTE ENCUBIERTO .....</b>	<b>89</b>
<b>3.2.1 CONCEPTO DE LA FIGURA .....</b>	<b>89</b>
<b>3.2.2 CONTEXTO Y DESARROLLO DE LA FIGURA DEL <i>AGENTE ENCUBIERTO</i> .....</b>	<b>92</b>
<b>3.2.3 CARÁCTER EXTRAORDINARIO DEL AGENTE ENCUBIERTO .....</b>	<b>103</b>
<b>3.3 MARCO LEGAL DEL AGENTE ENCUBIERTO EN COSTA RICA.....</b>	<b>112</b>
<b>3.3 VALIDEZ DE LA PRUEBA RECABADA A TRAVÉS DEL AGENTE ENCUBIERTO DENTRO DEL PROCESO GARANTISTA.....</b>	<b>116</b>
<b><u>CAPÍTULO 4: EL AGENTE PROVOCADOR Y SU FUNCIONALIDAD INVESTIGATIVA.....</u></b>	<b>127</b>
<b>4.1 CONCEPTO DE LA FIGURA DE INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>127</b>
<b>4.1.1 LA TEORÍA DOGMÁTICA.....</b>	<b>129</b>
<b>4.1 CIMIENTOS TEÓRICOS EN TORNO AL AGENTE PROVOCADOR (DELITO PROVOCADO Y DELITO EXPERIMENTAL) .....</b>	<b>135</b>
<b>4.2.1 EL DELITO PROVOCADO.....</b>	<b>135</b>
<b>4.2.2. EL DELITO EXPERIMENTAL.....</b>	<b>141</b>
<b>4.3 SOLUCIONES A LOS DILEMAS QUE GENERA LA UTILIZACIÓN DE UN AGENTE PROVOCADOR FUERA DE LOS PARÁMETROS DEL DELITO EXPERIMENTAL.....</b>	<b>146</b>
<b>4.3.1 EL TEMA DEL ELEMENTO SUBJETIVO DESDE DOS ÁNGULOS: LA IMPLANTACIÓN DEL DOLO EN EL PROVOCADO Y LA AUSENCIA DE DOLO DE CONSUMACIÓN EN EL AGENTE PROVOCADOR .....</b>	<b>147</b>
<b>4.3.2 EL TEMA DE LA TENTATIVA INIDÓNEA COMO FORMA DE SOLUCIÓN A LA PUNIBILIDAD DEL AGENTE PROVOCADOR .....</b>	<b>150</b>
<b>4.4 ¿BAJO CUÁLES PRESUPUESTOS SE CREAN PRUEBAS CON LA ACTUACIÓN DEL AGENTE PROVOCADOR? .....</b>	<b>155</b>
<b>4.5 MARCO NORMATIVO DEL AGENTE PROVOCADOR EN COSTA RICA.....</b>	<b>159</b>
<b>4.6 EL DOLO COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR ENTRE EL AGENTE PROVOCADOR Y EL INSTIGADOR .....</b>	<b>162</b>

<b>CAPÍTULO 5: PERIODISMO DE INMERSIÓN Y EJEMPLOS DE CÓMO EL PERIODISTA SE CONVIERTE EN AGENTE ENCUBIERTO O AGENTE PROVOCADOR .....</b>	<b>170</b>
<b>5.1 CONCEPTO E HISTORIA DEL PERIODISMO DE INMERSIÓN .....</b>	<b>170</b>
<b>5.2 ESTUDIO DE CASOS EN EL DERECHO COMPARADO .....</b>	<b>172</b>
<b>5.2.1 ANÁLISIS DE CASOS DE PERIODISTAS QUE ACTÚAN COMO AGENTES ENCUBIERTOS</b>	<b>174</b>
<b>5.2.2 ANÁLISIS DE CASOS DE PERIODISTAS COMO AGENTES PROVOCADORES .....</b>	<b>184</b>
<b>5.3 VALORACIÓN DE LOS CASOS.....</b>	<b>195</b>
<b>CAPÍTULO 6: DISCUSIÓN DE LOS PLANTEAMIENTOS INICIALES .....</b>	<b>197</b>
<b>6.1 SECCIÓN 1: ¿TIENEN VALOR PROBATORIO LAS DOCUMENTACIONES DE HECHOS DELICTIVOS REALIZADAS POR PERIODISTAS A TRAVÉS DE LA TÉCNICA DEL AGENTE ENCUBIERTO? .....</b>	<b>200</b>
<b>6.1.1 EL AGENTE ENCUBIERTO Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .</b>	<b>200</b>
<b>6.2 SECCIÓN 2: ¿TIENEN VALOR PROBATORIO LAS DOCUMENTACIONES DE HECHOS DELICTIVOS REALIZADAS POR PERIODISTAS A TRAVÉS DE LA TÉCNICA DEL AGENTE PROVOCADOR? .....</b>	<b>216</b>
<b>CONCLUSIONES SOBRE EL VALOR DE LA INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>233</b>
<b><i>DE LEGE FERENDA</i> .....</b>	<b>236</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>240</b>

## **Lista de siglas**

**CEDH: Corte Europea de Derechos Humanos**

**CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos**

**CPP: Código Procesal Penal**

**ONU: Organización de las Naciones Unidas**

**STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

**STS: Sentencia del Tribunal Supremo**

**TC: Tribunal Constitucional (de España)**

**TIC: Tecnologías de la información y de la comunicación**

**TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

**TEI: Técnicas especiales de investigación**

## Resumen

1. Tema: La documentación de hechos delictivos en el periodismo de investigación a través de las técnicas de agente encubierto y agente provocador y su eventual valor probatorio en Costa Rica.

### 2. Justificación

El presente trabajo final de graduación ofrece el estudio de varios temas que confluyen en el ejercicio del periodismo de inmersión: en primer lugar, se brinda una breve pincelada sobre el ejercicio periodístico y el marco jurídico que lo regula. El segundo subtema trata sobre la funcionalidad a nivel probatorio de dichas figuras frente a un estado de derecho, en este caso, el costarricense. Finalmente, el subtema gira alrededor de dos figuras de investigación policial: el agente encubierto y el agente provocador y sobre casos en la jurisprudencia internacional de periodistas que han realizado investigaciones mediante dichas técnicas.

Este enfoque sobre la naturaleza legal y probatoria de estas intervenciones periodísticas no ha sido desarrollado por la doctrina del derecho que abarca los temas jurídico-periodísticos desde el punto de vista interdisciplinario, ni dentro ni fuera del país. Es por ello que el siguiente trabajo teórico se enfocará en discernir si cuando el periodista incurre en alguna de las figuras de investigación policial, y realiza las documentaciones para extraer la noticia, éstas tienen o no valor probatorio en un sistema garantista como el costarricense.

La importancia de este tema radica en su innovación, puesto que las discusiones jurídicas en torno a las prácticas informativas discurren sobre otros ángulos. Por su parte, el desarrollo de doctrina sobre el delito experimental, el agente provocador y el agente encubierto se relacionan casi de forma exclusiva con los agentes policiales en los operativos antidrogas. Un nuevo ángulo, enfocado en esta práctica de captación de hechos delictivos por periodistas, permitirá extraer conclusiones que no se habían considerado anteriormente y que son importantes para el entorno mediático en el que se vive actualmente.

3. Hipótesis: En la investigación periodística de hechos delictivos es posible que los reporteros incurran en las figuras policiales de agente encubierto o de agente provocador sin tener la facultad para hacerlo; sin embargo, la captación del hecho delictivo a través de una cámara oculta u otro medio electrónico, no tendría valor probatorio ante un eventual tribunal penal.

#### 4. Objetivos generales

Definir si la captación de hechos delictivos por parte de periodistas puede encajar en las figuras de investigación policial: agente encubierto y agente provocador.

Analizar si el material obtenido de dichas figuras, al ser conseguido por periodistas, podría tener valor probatorio en caso de un proceso penal.

#### 5. Conclusiones generales

Para resolver la validez probatoria de las incursiones periodísticas como agente encubierto, o bien en la versión del provocador, requiere que ambas posiciones sean examinadas desde distintos ángulos del derecho penal. Para el encubierto el ángulo es el derecho procesal penal y para el provocador el derecho penal material.

En el caso de la prueba documentada por periodistas encubiertos, su validez dependerá de si a la hora de su intervención los periodistas vulneran o no derechos fundamentales, como la intimidad o el derecho de no autoincriminación. Esto debido a que la ausencia de normativa sobre el agente encubierto en Costa Rica crea un vacío legal en la determinación de cuáles sujetos pueden o no ejercer como infiltrados.

En la situación del periodista como agente provocador, se aplican las reglas procesales existentes para esta figura. Sin embargo, es importante señalar que si el periodista no acata las limitaciones doctrinales impuestas al agente provocador, podría traspasar la delgada línea existente entre un agente provocador y un instigador.

## **Ficha bibliográfica**

### **Ficha bibliográfica:**

Castellón Jiménez, Adriana Lucía. La documentación de hechos delictivos en el periodismo de investigación a través de las figuras agente encubierto y agente provocador y su eventual valor probatorio en Costa Rica. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2019. xi y 251.

Director: Dr. Álvaro Burgos Mata

**Palabras clave:** Periodismo de investigación, libertad de prensa, agente encubierto, agente provocador, prueba ilícita, garantismo, tentativa inidónea, dolo, instigador.



## **El periodismo del enemigo (a modo de introducción)**

### **i. Razón de ser de la tesis**

Empecé la carrera de Ciencias de la Comunicación Colectiva en esta misma universidad, cuando tenía 17 años. Me incliné por esta y no por Derecho por lo versátil que resultaba. Su mayor facilidad consiste en que una vez concluidos los tres primeros años de bloque común, se puede escoger entre varios énfasis; en ese momento, las opciones eran periodismo, relaciones públicas, publicidad y producción. Llegado el momento, escogí el primero.

Durante los cuatro años de carrera universitaria, periodismo es, probablemente, el énfasis que más llama la atención de los estudiantes. Desde el inicio de los estudios, las teorías de la comunicación dejan claro la apabullante influencia que tienen las noticias en la construcción del pensamiento y las conductas de sus públicos.

Este poder de moldura sobre la opinión crea, a su vez, una responsabilidad ética ineludible para estos comunicadores, quienes deben sopesar cuál información colocan en la agenda y qué enfoque se le brinda a la noticia para no producir efectos negativos en la población. Un claro ejemplo es la restricción deontológica que existe sobre cubrir noticias de suicidios, pues informar sobre estos acontecimientos desencadena más de los mismos siniestros en efecto dominó. Dicho fenómeno es conocido como “el efecto Werther”.

Esta influencia negativa de los medios también se puede observar en las consecuencias que devienen de presentar noticias de carácter delictivo con enfoques amarillistas, desensibilizadores y que, prácticamente, privan de todo carácter humano a

quienes se encuentran en procesos judiciales. El exceso de este tipo de prensa tiene alcance en el sentir de los receptores, que puede variar desde una sensación de inseguridad y una deshumanización del acriminado, hasta la solicitud de *mano dura*, que finalmente tiene una repercusión en la política criminal orientada hacia el populismo punitivo.

A nivel doctrinal, este tema se ha desarrollado de forma exhaustiva. La idea principal gravita en torno a que las intervenciones periodísticas de corte populista generan el llamado “juicio paralelo”, un tipo de juzgamiento en el cual el medio de comunicación presenta la noticia a su gusto y el lector procesa esta información y toma una decisión en su fuero interno sobre la culpabilidad de quien se presentó como delincuente. Este tipo de juicio carece de las garantías de un proceso jurisdiccional: no hay contradictorio, prueba de descargo, oportunidad de patrocinio letrado y, por supuesto, tampoco existe derecho a apelación. El debate interno desprovee a la persona de su carácter de ser humano y, como tal, se convierte en un objeto peligroso y amenazante para la sociedad, por lo que debe ser removido completamente de esta.

Sobre el juicio paralelo, la doctrina también ha discutido si este fenómeno constituye una violación del “Principio de inocencia”. La premisa que afirma lo anterior se sustenta en que, por las características mencionadas del juicio mediático, se condena al sujeto pasivo al escarnio público, al ostracismo y a un descrédito generalizado que lo hace pagar una condena social, sin considerar la presunción de inocencia que todos los habitantes poseen.

Este tema, aunque está vinculado con la idea central de esta tesis, no será más que mencionado someramente, pues la violación al principio de inocencia es de carácter simbólico-social, no jurídico. A pesar de que estas condenas públicas pueden ejercer una

presión importante sobre quienes trabajan para el Poder Judicial, finalmente la independencia del juez debe prevalecer para procurar un contradictorio sin la influencia del escarnio social. Puede que lo anterior sea una visión utópica de quien esto escribe, y que existan casos en los cuales el poder de los medios haya influido en el discernimiento de un tribunal. No obstante, un fenómeno de esa naturaleza se torna casi indemostrable, ya que tendríamos que insertarnos en la psique del juez y, además, el sistema penal cuenta con distintos mecanismos para contrarrestar estas situaciones, como el derecho a apelación, la casación y la revisión de la sentencia.

El otro tema harto visto en doctrina es el tema de la ponderación de bienes jurídicos: la libertad de prensa versus derechos de la personalidad. Este tópico se analiza en el capítulo primero, dónde se expone la naturaleza del derecho de prensa y sus límites. Se desprende como idea principal que, como cualquier otro derecho fundamental, la libertad de prensa no constituye un derecho absoluto, ya que sus límites se definen a partir de los derechos de terceros. La intimidad, la imagen y el honor se describen de forma explícita como fronteras a la libertad de prensa. De forma implícita, también se desarrollan como límites a la libertad de prensa aquellos derechos fundamentales que nacen del garantismo penal y que se relacionan con las figuras de los agentes, como el derecho al debido proceso y el principio *nemo tenetur*, ilustrando así la tensa relación antagónica entre la libertad de prensa y la justicia penal.

Ahora bien, en el caso del presente trabajo, se desea ir más allá de este análisis sobre las repercusiones sociales del periodismo judicial y los límites usuales que se han determinado para el derecho de prensa. El objetivo es demostrar que el periodismo de condena –“el periodismo del enemigo”, como se ha planteado en el título– puede constituir

más que de una vulneración simbólica a los derechos del acriminado. Su intervención podría tener repercusiones a nivel más concreto, como cuando se violan los derechos de la personalidad. En el presente trabajo, se revisará un campo poco explorado por el momento: el uso de técnicas de investigación policial que son altamente cuestionadas en sistemas penales garantistas.

Lo anterior se presentará a través de una situación compleja y escabrosa: cuando el periodista interviene activamente en la creación de la noticia a través de participaciones similares a las realizadas por agentes encubiertos o provocadores. De aquí el nombre de la presente introducción: *periodismo del enemigo*, en una clara analogía con el *Derecho penal del enemigo*. Esta postura se ha encargado del resurgimiento de dichas técnicas de investigación criminal, a raíz del pánico generado por movimientos delictivos relacionados con el crimen organizado.

Es innegable que la investigación encubierta sirve como método de denuncia y, por ende, tiene un valor de control social. Sin embargo, requiere que el periodista transgreda círculos de confianza, que oculte sus intenciones reales de exponer la situación en prensa, que utilice plataformas tecnológicas deontológicamente cuestionadas, como la cámara o las grabaciones ocultas y que, en muchas ocasiones, presente la noticia sin el más mínimo sentido del principio de inocencia, haciendo del investigado un criminal con sentencia en firme. De tal suerte, se violan distintos derechos consagrados en la Constitución Política de Costa Rica, tales como la intimidad, la no autoincriminación y el debido proceso.

Aún más peligroso es cuando al periodista no le basta con infiltrarse para obtener las pruebas de un ilícito penal. Inconforme con las posibilidades brindadas por el periodismo investigativo, el periodista recurre a la provocación del delito, con el fin único

de poder captar la situación *in flagranti delicto* para ilustrar la denuncia social, sin tomar en cuenta las repercusiones legales de este tipo de actuación y la posibilidad de que, más bien, sea él mismo quien incurre en una falta delictiva. Ambas formas de reportajes, pero en especial aquella que se asemeja a un delito experimental, suponen una peligrosa sobredimensión de las funciones sociales periodísticas, ya que, más que un vigilante social, el periodista se convierte en un inquisidor criminal, creando así una nueva justicia penal, en la cual cumple el papel de investigador, testigo y juzgador, provocador y hasta instigador.

Es sabido que el amarillismo vende, que la sensación de inseguridad social tiene un efecto en las audiencias similar al de las películas de terror, que asustan a sus seguidores, pero que son vistas por miles de personas. Es por ello que los medios de comunicación pierden cada vez más su norte inicial –ser un freno y contrapeso social– para convertirse en máquinas de venta, de rating y, más recientemente, de clics.

## **ii. Organización de la tesis**

Debido a la diferencia conceptual entre ambos agentes, y para lograr una mejor comprensión de las soluciones a los problemas planteados, la presente tesis se bifurca cuando empieza la explicación de las tácticas investigativas. Por esta razón, se puede leer en el orden del índice, o bien en el siguiente orden:

- Capítulo 1, Capítulo 2, Capítulo 3, Capítulo 5 Sección 2.1 y Capítulo 6 Sección 1 y conclusiones.
- Capítulo 1, Capítulo 2, (se puede omitir este capítulo), Capítulo 4, Capítulo 5 Sección 2.2 y Capítulo 6 Sección 2 y conclusiones.

Si se lee en desorden, pues no se tendrá la espectacularidad de *Rayuela* de Cortázar, pero el lector comprenderá por qué las figuras deben resolverse desde distintos ángulos y por qué las preguntas de investigación se concluyen en dos corolarios.

### **iii. Tema**

La documentación de hechos delictivos en el periodismo de investigación a través de las técnicas de agente encubierto y agente provocador y su eventual valor probatorio en Costa Rica.

### **iv. Antecedentes y justificación**

Para realizar un recuento de los antecedentes del tema de investigación de la presente tesis es importante hacer una división previa de los subtemas que lo componen. El primer subtema gira alrededor de dos figuras de investigación policial: el **agente encubierto** y el **agente provocador**. El segundo subtema trata sobre la funcionalidad a nivel probatorio de dichas figuras frente a un estado de derecho, en este caso, el costarricense. En último lugar, se ofrecerá una breve pincelada sobre el ejercicio periodístico y el marco jurídico que lo regula.

Es menester realizar la subdivisión de temas, puesto que el presente tema de investigación nunca ha sido tratado anteriormente como una sola unidad, mientras que sus componentes sí se han desarrollado a través de doctrina y jurisprudencia. Estos subtemas

serán ampliados en sus respectivos apartados, pero se mencionarán aquí para una comprensión global del tema de la tesis.

Para empezar, se debe indicar que la investigación de hechos delictivos por parte de las instituciones policiales especializadas utiliza dos técnicas de investigación: el agente encubierto y el agente provocador. Ambas figuras nacen en la misma época, a mediados del siglo XVII, y poseen características en común, por lo que, en algunas ocasiones, han sido confundidas. Esta habitual mezcla de conceptos ha obligado a que nazca una doctrina dedicada a señalar la diferencia entre las técnicas. Estas figuras, en especial la del agente provocador, han sido utilizadas con frecuencia para la persecución de delitos relacionados con el tráfico de drogas, por lo cual existe abundante material bibliográfico que relaciona las técnicas de investigación con este tipo de delitos.

En relación con el segundo subtema, se evalúa la validez de la prueba que generan dichas tácticas de investigación policial. Esta validez es examinada dentro de un parámetro de constitucionalidad relacionado con el derecho al debido proceso penal.

Las figuras de agente encubierto y agente provocador son pilares de la investigación policial; sin embargo, la forma en que se implementen pueden poner en cuestión derechos que sacan a la luz el debido proceso en materia penal, por ejemplo, la validez de la prueba. En Costa Rica, este tema ha sido abordado de forma amplia a través de la jurisprudencia que afronta tanto la diferencia entre las figuras como la validez de ambas como prueba en caso de una condenatoria. Ahora, para la comprensión del presente tema de investigación, se deben considerar estos dos subtemas desde la óptica del periodismo de investigación.

El periodismo de investigación es una de las tantas maneras que tiene un profesional en periodismo de recabar información para convertirla en noticia. No es exactamente un género, como lo es el periodismo interpretativo o el periodismo de opinión, sino que es un medio para conseguir la noticia. En este caso, como su nombre lo dice, se logra a través de la investigación proactiva del periodista.

El periodismo de investigación está estrechamente relacionado con la fuente que utiliza el reportero. La fuente puede ser un delator de una organización que le procure la información, como en el famosísimo caso político de Estados Unidos, el escándalo de Watergate, cuyo informante fue conocido como “garganta profunda”. La fuente informativa puede ser también el análisis estadístico de documentos, como en el caso de las recientes y controvertidas noticias sobre Wikileaks y los *Panama Papers*. Por último, y esta es la técnica que más nos interesa, el periodista se expone a sí mismo como testigo de la noticia.

Un profesional en periodismo puede convertirse en testigo de la noticia de dos maneras: una transparente, en la cual no esconde quién es ni a qué se dedica, o bien, lo puede hacer oculto, sin decir cuáles son sus intenciones, ya sea como un periodista de inmersión o a través de captaciones con cámaras o micrófonos ocultos. Este método es relativamente frecuente cuando se trata de la investigación de hechos delictivos, lo cual nos empieza a acercar al tema de este trabajo. Si se trata de un periodista infiltrado, este podría realizar actividades similares a las que haría un agente encubierto o agente provocador, sin ser un ente legitimado a la persecución de delitos, lo cual siembra la pregunta de si su actuar es legal, y esto da pie al presente tema de trabajo de graduación.

Este tema no ha sido investigado puntualmente por la doctrina de derecho que abarca los temas jurídico-periodísticos desde el punto de vista interdisciplinario, ni dentro



ni fuera del país. El desarrollo científico sobre el periodismo desde un punto de vista jurídico se centra en temas más generales que, por supuesto, rozan con vertientes del presente tema.

Como se explicó anteriormente, la práctica periodística abordada desde un punto de vista jurídico ha versado principalmente sobre puntos generales, tales como cuáles deben ser los límites que el ordenamiento jurídico debe instaurar en esta práctica. Dichos límites han sido cuestionados a lo largo de los años. Los puntos cruciales en que se ha centrado la discusión discurren entre si es un ejercicio que debe limitarse jurídicamente, o si, por el contrario, al ser una expresión de la democracia, esta actividad profesional no debería ser limitada, incluso si su práctica llega a transgredir otros derechos de carácter individual.

La principal colisión de derechos, o de bienes jurídicos, que se presenta en el ejercicio periodístico –y probablemente la más discutida– es el de la libertad de información frente al bien jurídico *honor*, protegido por los llamados *delitos contra el honor*.

Esta discusión se centra en la importancia que le brindan los comunicadores a exponer asuntos de “interés público”<sup>1</sup> que pueden denunciar una posible conducta delictiva. La noticia podría convertirse en una difamación calumniosa si el delito no es comprobado o la información fue mal expresada. Quienes apoyan la postura de la libertad absoluta de la práctica profesional consideran que los delitos contra el honor son una limitación a la libertad de información y a la libertad de expresión.

---

<sup>1</sup> Vale aclarar que este concepto no tiene, necesariamente, el mismo alcance que el concepto jurídico homónimo.

Por su parte, quienes abogan por el mantenimiento de estos delitos consideran que el ejercicio periodístico no es inmune a las equivocaciones, mala fe y negligencia de sus profesionales, y que el honor es un bien jurídico vigente que se debe proteger independientemente de la proveniencia de la investidura del agente que comete el ilícito contra este bien jurídico.

Sobre este tema, algunos de los casos más publicitados en Costa Rica podrían ser el de Juan Diego Castro contra el periódico *La Nación* (sentencia 111-98 del Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de San José) y el del periodista Mauricio Herrera Ulloa, que incluso llegó a ser estudiado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 2 de julio del 2004.

Otro gran debate gira en torno a si el interés público puede estar por encima del derecho a la intimidad de la persona. Este tema es tratado a nivel doctrinal, tanto desde el punto de vista de los derechos individuales de las personas, con un giro enfocado al derecho constitucional, como dentro de un tema axiológico de los comunicadores.

Un ejemplo de los matices que ha tomado este tema, y que es más cercano a nuestro tema de investigación, es la discusión sobre el uso de la cámara escondida como recurso investigativo de los periodistas y la posible colisión con el derecho a la intimidad. El desarrollo de este tema es bastante amplio; existe tanto jurisprudencia española al respecto como jurisprudencia estadounidense, ambas abordadas desde una perspectiva constitucional que realiza la ponderación de los bienes jurídicos ya mencionados.

Es importante destacar las implicaciones del uso de la cámara oculta como técnica de documentación de hechos delictivos, pues es una de las herramientas utilizadas por los

periodistas para captar posibles ilícitos penales. La cámara oculta es ampliamente cuestionada dentro del mismo gremio de periodistas y comunicólogos. Ha sido abordada desde perspectivas ético-filosóficas, se ha cuestionado la validez de su función como herramienta de investigación y, por supuesto, se ha discutido cómo colisiona su utilización con los derechos de terceros, por ejemplo, el derecho a la intimidad.

A pesar de no ser una práctica aceptada por algunos sectores del gremio de los comunicadores, se mantiene vigente, en especial por medios de comunicación efectistas. La tendencia ha sido utilizar la cámara oculta tanto para captar situaciones que se dan de forma natural como para documentar ardidess montados por los periodistas que llevan al filmado a cometer un acto, en algunas ocasiones, delictivo.<sup>2</sup>

Al menos en Costa Rica, no se registra que este tipo de documentaciones haya tenido repercusión en los estrados judiciales. Sin embargo, esto podría ocurrir por dos vías. El periodista, por medio de artimañas y emulando un agente encubierto, podría lograr capturar la comisión de un delito y que este pase los filtros de la teoría del delito y de los procedimientos penales a fin de que la persona sea juzgada por los tribunales penales. Esta eventualidad es de nuestro interés, pues es a partir de ella que surgen los temas que se abordarán en esta investigación. La segunda opción es que la cámara oculta sea usada por periodistas que estén realizando investigaciones de forma anónima y que deseen captar hechos de interés público a través de la utilización de esta técnica de documentación, pero que ellos mismos provoquen el hecho delictivo para poder grabarlo *in fraganti*.

---

<sup>2</sup> De ahora en adelante le llamaremos a este tipo de reportaje periodístico “ardid periodístico”, a fin de poder ubicar la situación en concreto, ya que es medular para el presente trabajo.

El siguiente trabajo teórico se enfocará en discernir si el periodista incurre en alguna de las figuras de investigación policial, ya sea la de agente encubierto o de agente provocador, cuando realiza las documentaciones para extraer la noticia. Es importante aclarar que el agente encubierto es una técnica de investigación que procura la infiltración del policía, no la provocación del delito. La actuación del agente provocador está irremediabilmente relacionada con la teoría penal del delito experimental. En este trabajo, se abordará un nuevo ángulo de la discusión sobre las prácticas periodísticas y sus consecuencias jurídicas; en específico, si la técnica periodística de provocar la comisión de un ilícito, para poder captarla con cámara escondida, podría configurar un delito experimental y si el reportero se convierte en un agente provocador.

La importancia de este tema radica en su innovación, puesto que, como ya se explicó, las discusiones jurídicas en torno a las prácticas informativas discurren sobre otros ángulos. Por su parte, el desarrollo de doctrina sobre el delito experimental, el agente provocador y el agente encubierto se relacionan casi de forma exclusiva con los agentes policiales en los operativos antidrogas.

Un nuevo ángulo, enfocado en esta práctica de captación de hechos delictivos a través de las figuras investigativas ya mencionadas, permitirá extraer conclusiones que no se habían considerado anteriormente. Un ejemplo de esto sería el posible valor probativo de los videos realizados por los comunicadores bajo dichas modalidades de investigación. Todo esto deberá estudiarse desde un plano meramente teórico, pues la práctica periodística mencionada aún no ha tenido consecuencias judiciales en Costa Rica.

A modo de síntesis, se justifica la investigación de este tema puesto que no ha sido abordado de forma específica para la técnica de recopilación periodística descrita y es

analizable en dos vertientes: en primer lugar, evaluar si esta acción realizada por el periodista es compatible con la figura del agente provocador o del agente encubierto y su licitud en el ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, determinar si la captura del material periodístico podría considerarse como prueba válida en el caso de un juicio penal.

#### **v. Planteamiento del problema**

¿Tiene el periodista la posibilidad de actuar lícitamente como un agente encubierto o un agente provocador para documentar hechos delictivos? ¿Cuál sería el eventual valor probatorio de esa documentación?

#### **vi. Hipótesis**

En la investigación periodística de hechos delictivos es posible que los reporteros incurran en las figuras policiales de agente encubierto o de agente provocador sin tener la facultad para hacerlo; sin embargo, la captación del hecho delictivo a través de una cámara oculta u otro medio electrónico, no tendría valor probatorio ante un eventual tribunal penal.

## **vii. Objetivos**

### **Objetivo general**

- Definir si la captación de hechos delictivos por parte de periodistas puede encajar en las figuras de investigación policial: agente encubierto y agente provocador.
- Analizar si el material obtenido de dichas figuras, al ser conseguido por periodistas, podría tener valor probatorio en caso de un proceso penal.

### **Objetivos específicos**

- Especificar el marco jurídico que delimita el ejercicio periodístico.
- Examinar si el periodista tiene la posibilidad lícita de actuar como un agente encubierto o un agente provocador.
- Recopilar casos en que periodistas hayan actuado como agente encubierto o agente provocador en el derecho comparado.
- Estudiar el posible valor probatorio de esta documentación periodística en un eventual caso penal a la luz de las teorías de la validez de la prueba.

## **viii. Metodología**

Para el presente trabajo se utilizarán los siguientes métodos de investigación jurídica:

- **Análisis doctrinal:** Para realizar el presente trabajo se requiere estudiar la doctrina en torno a los temas medulares de la presente investigación, en especial sobre el delito experimental, el agente provocador y la prueba espuria.

- Análisis jurisprudencial: Se investigará sobre casos en que la incorporación de prueba espuria no haya permitido dictar un juicio de certeza o bien haya resultado en la anulación de una sentencia penal.
- Recopilación de casos de agente encubierto o de agente provocador en el derecho comparado.
- Análisis de jurisprudencia en el derecho comparado.

Posterior a la realización de las actividades descritas anteriormente, se procederá a extraer las conclusiones del trabajo con base en un método deductivo.

## **Capítulo 1: Referente jurídico de la libertad de prensa**

Para comprender la totalidad de la presente investigación, la cual tiene un carácter interdisciplinario, se torna necesario explicar cuál es el marco jurídico que protege el ejercicio de la profesión periodística. Esta disciplina tiene la particularidad de estar resguardada por principios constitucionales y supraconstitucionales que, como se describirá a continuación, son considerados imprescindibles para el correcto desarrollo de un estado democrático.

A pesar de que el periodismo libre es considerado una piedra angular del estado moderno, la libertad de dicha profesión se ve limitada por otros derechos pues, como sucede con otras prácticas, su ejercicio no tiene carácter absoluto y puede en algún momento lesionar los derechos de terceros. A continuación, se explican los principios legales que dan origen al periodismo y protegen su ejecución, y que permiten que este quehacer tenga un fuero particular con respecto a otras profesiones. El primer axioma es, por supuesto, la libertad de expresión.

### **1.1 Principios que resguardan el ejercicio democrático del periodismo**

#### **1.1.1 Libertad de expresión**

La libertad de expresión es un derecho contemplado en la Constitución Política de Costa Rica y también se encuentra protegida por convenios internacionales sobre derechos fundamentales, como en el artículo 13 de la Convención Americana de los Derechos



Humanos, así como en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De forma local, este derecho se encuentra plasmado en los numerales 28 y 29 de la Constitución Política. Preponderantemente es una libertad que, por estar tutelada en convenios internacionales sobre derechos humanos y, tomando como base las reglas del derecho internacional público, se considera que tiene un rango superior a los derechos contemplados en las legislaciones nacionales, incluso las que poseen rango constitucional.

Para comprender el presente trabajo, es necesario analizar el alcance de esta libertad, ya que en ella reside la posibilidad de manifestación de los ciudadanos en todos sus niveles: político, artístico, religioso, ideológico, entre otros. Además, funciona como base legal del quehacer periodístico y, por tanto, su trascendencia jurídica se vuelve un punto fundamental para esta investigación. Además, de esta libertad se derivan derechos complementarios, como la libertad de información y la libertad de prensa, de vital importancia para entender el fuero que protege al periodismo y que generan ciertas prerrogativas hacia sus profesionales en función de su labor social y de control político.

### Definiciones sobre la libertad de expresión

A continuación se presenta una definición sencilla, pero bastante completa, sobre la libertad de expresión, que posee un enfoque iusnaturalista. Baquedano hace un recuento histórico sobre este derecho y menciona que el pilar de donde nace la libertad de expresión es la libertad de pensamiento, inherente a los humanos como seres pensantes “y siendo el ser humano un ser social, esta libertad de pensamiento debe ser completada con la libertad de poder transmitir ese pensamiento, para comunicar, dar a conocer a otros ese contenido, que

no es otro que la libertad de expresión en todas sus formas”.<sup>3</sup>

Otra definición que es necesario incluir es la que proporciona la Organización de Naciones Unidas (ONU), entidad que nace después de la Segunda Guerra Mundial con el fin de amalgamar las diferentes posiciones de los países y conjugar una política y un derecho internacional:

... la definición realizada por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, conforme al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de modo que comprende tres elementos diferentes: a) el derecho a tener opiniones sin interferencia; b) el derecho a buscar y de recibir información, o el derecho al acceso a la información; y c) el derecho a difundir informaciones e ideas de toda índole sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.<sup>4</sup>

Como se mencionó anteriormente, la ONU nace con el objetivo principal de crear una unidad conceptual con respecto a los derechos fundamentales de los seres humanos, entre los cuales se encuentra el derecho en estudio. Así lo explica Derbshire en un artículo de la UNESCO que trata sobre el concepto de este derecho una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial.

... los países que participaron en la Fundación de las Naciones Unidas reconocieron la libertad de expresión como uno de los valores democráticos fundamentales, indispensables para la coexistencia pacífica entre las

---

<sup>3</sup> María Elena Baquedano, “Un breve recorrido por el derecho a la libertad de expresión”, *Revista del Instituto de Estudios Penales* n.º 10 (agosto del 2014): 211.

<sup>4</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (art. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 4.

naciones; fue así como esa libertad obtuvo el más alto reconocimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 al ser incluida en su preámbulo como una de las cuatro libertades esenciales al fin de que “los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.”<sup>5</sup>

Siempre dentro del marco del derecho internacional público y bajo la línea específica de los derechos fundamentales, se encuentra la definición que brinda la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de ahora en adelante CIDH, sobre la libertad de expresión. La CIDH (citada por Présiga Osorio) en Opinión Consultiva OC-5 indica que “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática lo que lleva a ratificar que la libertad de expresión es un derecho inherente al ser humano en beneficio propio y en pro del bienestar de los demás”.<sup>6</sup>

Esta misma organización internacional realiza una subdivisión de los alcances de la libertad de pensamiento y de expresión que se plasma en su artículo 13:

1) El contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; 2) la libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática; 3) el rol de los medios de comunicación y del periodismo en relación con la libertad de pensamiento y de expresión, y 4) las restricciones permitidas a la libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática 5) La búsqueda, obtención y recepción de información.<sup>7</sup> (El subrayado es mío).

Para profundizar más en el alcance de este derecho, es importante revisar la

---

<sup>5</sup> Helen Derbishire, “Libertad de expresión, libertad primordial”, *El Correo de la UNESCO*. XLVII (1994): 19.

<sup>6</sup> María Eugenia Présiga Osorio y Daniela Tabares Atehortúa, “El buen uso de la libertad de expresión”. *Cuad. Semillero Derecho Int. Derechos Hum.*, Vol. 2, n.º 1, (marzo - septiembre de 2014): 8

<sup>7</sup> *Ibíd.*, 9

funcionalidad que le brindan varios tratadistas a la libertad de expresión, ya que es un derecho cuyo objetivo principal es la materialización del pensamiento y la creatividad humana. Sin embargo, su alcance no se limita a esto, sino que se vuelve transversal con el resto de los derechos fundamentales, pues esta libertad es la que permite la comunicación, la denuncia y el disfrute de los otros derechos.

Sobre esta importantísima función de derecho protector, Saura manifiesta lo siguiente:

... este derecho se configura de modo instrumental para permitir la participación en la sociedad y la intervención en la opinión pública, dado que el ejercicio de este derecho revierte en una ciudadanía activa, que puede exponer sus reclamaciones en materia de derechos humanos y actuar para la protección y la promoción de los derechos humanos.<sup>8</sup>

En este caso, cuando la autora habla de un carácter instrumental, le añade un valor a este derecho, pues no sólo existe para permitir a las personas manifestarse libremente, sino que además tiene la capacidad de convertirse en el medio para denunciar el atropello de otros derechos humanos, o simplemente resguardarlos e incluso exigirlos. La expresión se convierte así en un tipo de derecho protector del resto.

Saura añade que “por ello hay que entender la libertad de expresión como un instrumento intrínseco a la democracia, pero no en el sentido de garantía únicamente de una opinión mayoritaria, sino también de diálogo y de expresión de aquellas opiniones que

---

<sup>8</sup> Nuria Saura Freixes, “Libertad de Expresión y Derechos Humanos. La libertad de expresión y de opinión y el derecho a promover y proteger los Derechos Humanos”, *Cuadernos Constitucionales* n°. 6 (setiembre de 2015): 100

pueden disentir con el *status quo*”.<sup>9</sup> Es importante resaltar que la autora introduce un concepto que hasta el momento se ha tratado implícitamente: la protección que ejerce el derecho de expresión hacia otros derechos fundamentales se gesta dentro de las democracias o estados de derecho. De este concepto se deriva también la relación entre la libertad de expresión y la participación ciudadana, posibilidad de acción exclusiva de los sistemas democráticos.

Para proseguir el análisis de este principio, la doctrina moderna habla de dos dimensiones de la libertad de expresión: una individual y una colectiva o social. La última es la que se ha venido desarrollando al explicar el carácter instrumental de la libertad de expresión frente a la protección de otros derechos fundamentales que se encuentran normados dentro de un estado de derecho. De Carreras expresa que:

... al referirse a la libertad de expresión y de información como derechos fundamentales que tienen protección constitucional, estas libertades tienen una doble dimensión, individual y colectiva, «[...] ligada al pluralismo democrático y a la diversidad de concepciones ideológicas o fácticas, que se plasma en la opinión pública libre». Una concepción que también encontramos como hemos visto anteriormente, en la «función social» que le atribuye el TEDH o la «dimensión social» a la que se refiere la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>10</sup>

Esta función protectora de la libertad de expresión se puede manifestar de dos maneras. La primera es la forma unipersonal, mediante la cual el individuo denuncia el atropello de sus derechos fundamentales, o bien de los derechos de otros. La segunda, que

---

<sup>9</sup> *Ibíd.*, 101.

<sup>10</sup> Lluís de Carreras, *Las normas jurídicas de los periodistas. Derecho español de la información*, (Barcelona, España: Editorial UOC, 2012): 47.

atañe al presente trabajo de investigación, es la forma mediática, es decir, la libertad de expresión que cubre a los medios de comunicación colectiva. “La libertad de prensa se enarbola como el cuarto poder de la sociedad democrática, y por su intermedio se formaliza el diálogo y el intercambio de opiniones que permiten acordar una verdad”<sup>11</sup>.

En razón a esta función de control democrático que realiza la libertad de expresión, es importante tutelar a la profesión que por excelencia hace esta tarea: el periodismo. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “en el sistema del CEDH, la libertad de expresión tiene una finalidad última de garantía del sistema democrático y también del sistema de derechos y libertades que conlleva, puesto que, como ha señalado el TEDH, la prensa lleva a cabo una función de «public watchdog» de la democracia”.<sup>12</sup>

Son muchos los pensadores que colocan al periodista en esta posición de vigilante público del sistema político y el orden social, título que es otorgado reiteradamente a este profesional en un sentido no sólo pragmático, sino también axiológico. De ahí que este derecho se conciba desde una esfera individual y colectiva, es decir, que en “lo individual implica la potestad de cada persona de expresar sus pensamientos, como la de buscar y difundir información de todo tipo, a través de los diferentes medios”.<sup>13</sup>

Es justamente en este punto que nace una línea muy delgada entre lo que es la libertad de expresión y la libertad de información, ya que, como se mencionó al principio

---

<sup>11</sup> Fernando Urioste Braga, *Libertad de Expresión y Derechos Humanos* (Buenos Aires: Editorial BdeF, 2008), 2.

<sup>12</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Sentencia *Observer and Guardian v. United Kingdom*, 26 noviembre 1991, párr. 59.

<sup>13</sup> María Eugenia Présiga Osorio y Daniela Tabares Atehortúa, “El buen uso de la libertad de expresión” *Cuad. Semillero Derecho Int. Derechos Hum.* Vol. 2, n° 1, (marzo - septiembre de. 2014): 8.

de esta sección, la libertad de expresión se considera como una manifestación del pensamiento primario, más que una materialización del procesamiento informativo.

“La titularidad del derecho a la libertad de expresión también involucra el derecho de acceso a la información y de acuerdo a la interpretación que le ha dado la CIDH, a través de la Relatoría Especial y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”<sup>14</sup>. El acceso a la información es, para algunos doctrinales, parte de la dimensión pasiva de la libertad de expresión. Para otros estudiosos, es un derecho complementario a la libertad de expresión, pero que debe considerarse como independiente del primero.

La Constitución Política de Costa Rica tutela ambos derechos de forma individual. La libertad de expresión se describe en los artículos 28 y 29 de la Carta Magna. Por su parte, el derecho a la información se encuentra implícito en los numerales 24, 30, 33 y 46.

No obstante, para algunos organismos internacionales, como la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, simplemente se trata de un mismo derecho que contiene dos dimensiones, una individual y una colectiva. Dentro de esta última es donde, a criterio de la CIDH, se enmarca el derecho a la información y se subdivide en dos aspectos, uno activo y uno pasivo. El activo se ejemplifica cuando el individuo busca la información que le es de interés y el pasivo sería la recepción de información sin buscarla, por ejemplo, aquella que obtiene mediante los medios de comunicación colectiva. Este tema se desarrollará en más detalle en el siguiente apartado.

---

<sup>14</sup> *Ibíd.*, 9.

## 1.2 El derecho a la información

### 1.2.1. Diferencia entre la libertad de expresión y libertad de información

Como se mencionó anteriormente, existen dos corrientes doctrinales sobre la naturaleza de la libertad de información. Una de ellas considera que es un derecho derivado de la libertad de expresión y la otra considera que son dos derechos distintos. En caso de ser libertades distintas, se definirían de la siguiente manera.

Pizarro define la *libertad de información* como el derecho a “comunicar o recibir libremente información veraz, en sentido estricto, por cualquier medio de difusión”<sup>15</sup>. Esto quiere decir que la libertad de información se diferencia de la libertad de expresión en tanto que se utilizan los medios de comunicación colectivos, u otros canales de comunicación de difusión masiva, como instrumento para divulgar la información. Como consecuencia, su propalación es de mucho mayor alcance que si fueran mensajes canalizados por vías no masivas.

Otra diferencia con respecto a la libertad de expresión es que la información que se transmite a través de los medios de difusión tienen la obligatoriedad de ser información veraz. Como explica Pizarro, “la libertad de información alcanzaría protección constitucional en cuanto versa sobre información veraz ... . La libertad de información de hechos se desliza del mundo de lo comprobable”<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Ramón Pizarro, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación: Daños por noticias inexactas o agraviantes*, Vol. 8, 2.<sup>a</sup> ed., (Buenos Aires: Hammurabi, 1999), 78.

<sup>16</sup> *Ibíd.*



Del mismo modo, la Constitución Política de Costa Rica sí realiza una diferenciación entre la libertad de expresión y el derecho a la información. En los numerales 28 y 29, se brinda un concepto de la libertad de expresión más acorde con la visión primaria de este derecho, la cual considera que la expresión es una materialización del pensamiento, ya sea de forma verbal, escrita o metafórica, por ejemplo, una obra de arte. Por su parte, el numeral que gesta la libertad de información tiene un enfoque distinto, puesto que se desprende de la interpretación de varios artículos de la Carta Magna, específicamente, los artículos 24, 30, 33 y 46.

El académico costarricense Alfredo Chirino comenta con respecto al derecho a la libertad de información que “es interesante que los textos constitucionales de la región no contengan una directa referencia del derecho a la información y resulta especialmente digno de mención que las únicas notas hechas por el constituyente acerca del tema de la información lo sean en cuanto al acceso a los departamentos administrativos con el propósito de información”<sup>17</sup>. Lo anterior se puede observar en algunos de los artículos mencionados, que se incluyen a continuación.

#### Sobre el secreto de las comunicaciones

##### **Artículo 24.**

Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la

---

<sup>17</sup> Erick Alfredo Chirino Sánchez. “Libertad de expresión y ley penal” (artículo en línea), Biblioteca de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ecuador: Unesco, 1999);, 119, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29961.pdf>.

ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento. Igualmente, la Ley determinará en cuales casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo.

Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial.

La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.

Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión.

No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación.

*El presente artículo ha sido reformado por ley No. 7607 del 29 de mayo de 1996. La Gaceta No. 115 del 18 de junio de 1996.*<sup>18</sup>

### Sobre el acceso a la información

#### **Artículo 30.**

Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público.

Quedan a salvo los secretos de Estado.<sup>19</sup>

#### **Artículo 46.**

Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.

Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora.

Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial.

Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información

---

<sup>18</sup> Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *Constitución Política de Costa Rica: 7 de noviembre de 1949* (San José: Imprenta Nacional, 1979).

<sup>19</sup> *Ibíd.*

adecuada y veraz; a la libertad de elección y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.

*El presente artículo ha sido reformado por ley No. 7607 del 29 de mayo de 1996. La Gaceta No. 115 del 18 de junio de 1996.*<sup>20</sup> (El subrayado es mío).

Para efectos de esta investigación, se realizó una división de los artículos mencionados supra en dos categorías, la primera sobre el secreto de las comunicaciones, tema que será abordado de forma amplia más adelante, y la segunda sobre el acceso a la información en dos esferas, una en relación con los temas considerados de interés público<sup>21</sup> y la otra enfocada a los particulares como consumidores. Los tres artículos constitucionales mencionan el acceso a la información; no obstante, ninguno de ellos lo regula de forma explícita ni explica en qué consiste la libertad de información, y tampoco conectan este derecho con el periodismo.

Es por lo anterior que la Sala Constitucional se ha visto obligada a desarrollar el principio de libertad de información por medio de la creación de jurisprudencia. Al respecto, la Corte Plena de Justicia de Costa Rica menciona lo siguiente:

Principio de Exactitud de la Información. Es la protección a la autodeterminación informativa de las personas, la cual rebasa su simple ámbito de intimidad. Se concede al ciudadano el derecho a estar informado del procesamiento de los datos y de los fines que con él se pretende alcanzar, junto con el derecho de acceso, corrección o eliminación en caso el que se le

---

<sup>20</sup> *Ibíd.*

<sup>21</sup> El concepto de interés público en este caso es el que se maneja a nivel jurídico. El concepto legal no se aplica de la misma manera que el periodístico, ya que el último tiene una interpretación más amplia.

cause un perjuicio ilegítimo (...).<sup>22</sup>

La primera idea importante a destacar es que el acto de información se califica como una acción de autodeterminación, lo cual brinda al derechohabiente la capacidad de decidir cuál información desea recibir y proveer. Esta posición activa de quien ostenta el derecho es aún más notoria en el caso de los profesionales de los medios de comunicación, quienes determinan cuál situación amerita ser noticia y cuál no. Este filtro sobre qué es de interés público se encuentra, primordialmente, en manos de las grandes corporaciones de comunicación que controlan la *agenda setting*<sup>23</sup>. Esta potestad de determinar qué se informa repercute directamente en los temas que dominarán las audiencias y que, en última instancia, formarán parte de la opinión pública.

Un segundo aspecto importante de la cita anterior es que, al final de esta, se plantea el límite del derecho a la información. Esta finitud propia de todo derecho, aunque sea considerado fundamental, se materializa en tanto la información divulgada pueda causar un perjuicio ilegítimo a otro derecho.

Esta lesión al otro derecho puede ocurrir cuando la información no se apega a la realidad documentada, es decir, que no es completamente veraz. La Sala Constitucional indica que un mensaje puede ser editado, manipulado, tergiversado y un sinnúmero de alteraciones que pueden parcializar la verdad real. Es por ello que la interpretación que realiza el tribunal sobre este extremo es amplia y, además, añade cómo debe ser entregada

---

<sup>22</sup> Poder Judicial, *Principios desarrollados en la jurisprudencia constitucional* (San José, Costa Rica: Poder Judicial, 2014), 41.

<sup>23</sup> La teoría de la *agenda setting* (o teoría del establecimiento de la agenda) propone que los temas de interés público que manejan las masas son moldeados y decididos por los medios de comunicación, los cuales tienen control absoluto sobre qué publican y, por ende, masifican.

la información a las audiencias.

El derecho de autodeterminación informativa tiene como base los siguientes principios: el de transparencia sobre el tipo, dimensión o fines del procesamiento de los datos guardados; el de correspondencia entre los fines y el uso del almacenamiento y empleo de la información; el de exactitud, veracidad, actualidad y plena identificación de los datos guardados; de prohibición del procesamiento de datos relativos a la esfera íntima del ciudadano (raza, creencias religiosas, afinidad política, preferencias sexuales, entre otras) por parte de entidades no expresamente autorizadas para ello; y de todos modos, el uso que la información se haga debe acorde con lo que con ella se persigue; la destrucción de datos personales una vez que haya sido cumplidos el fin para el que fueron recopilados; entre otros.<sup>24</sup>

En este párrafo, la Sala Constitucional vuelve a referirse a los límites del acceso a la información. Entre otros, prohíbe el procesamiento de datos íntimos. Además, en este extracto se menciona una serie de características del individuo que deben considerarse dentro de la esfera de lo personal, por ejemplo, la necesidad de cumplir con un objetivo. En el caso de los medios de comunicación, el fin puede ser informar, denunciar o educar, así como provocar morbo por un tema, objetivo éticamente no aceptable, pero más común de lo que se quisiera.

Finalmente, dentro de las interpretaciones que realiza la Sala Constitucional, se deben contemplar tres aspectos: la prohibición a inmiscuirse en asuntos propios de la intimidad y la veracidad de la información, mencionados en párrafos anteriores, así como el derecho de un tercero a que la información inexacta o completamente falsa sea rectificadas.

---

<sup>24</sup> Poder Judicial 2014, 41.

Respecto de la delimitación del contenido del derecho de autodeterminación informativa es importante acotar que para que la información sea almacenada de forma legítima, debe cumplir al menos con los siguientes requisitos: primero no debe versar sobre información de carácter estrictamente privado o de la esfera íntima de las personas, segundo debe ser información exacta y veraz (sentencia N° 2000-011191) y tercero la persona tiene el derecho de conocer la información y exigir que sea rectificadas, actualizada, complementada o suprimida, cuando sea incorrecta o inexacta, o esté siendo empleada para fin distinto del que legítimamente puede cumplir.<sup>25</sup>

### Libertad de información y prensa

Como se indicó anteriormente, la libertad de información aplicada de una forma activa conlleva a la difusión de mensajes recopilados o documentados. La difusión puede ser a través de canales de poco alcance mediático, por ejemplo, de “boca en boca” o por medio de telefonía, o bien por medios de alto alcance, como la radio, la prensa escrita, la televisión y, actualmente, el Internet.

La libertad de información, al menos como está concebida en Costa Rica, se desprende de la interpretación jurisprudencial que se ha realizado de varios artículos constitucionales, específicamente de los artículos 24, 30, 33 y 46. Entre estos, el artículo 33 no se refiere del todo al acceso a la información, sino que más bien protege de forma explícita el *Principio de igualdad*.

Este último, al ser incluido dentro de la interpretación vía jurisprudencial que se ha

---

<sup>25</sup> Poder Judicial 2014, 41.

realizado sobre el derecho a la información, indica que la intención de la jurisprudencia es que el acceso a la información sea un derecho de todos.

Todos los seres humanos son siempre agentes de comunicación: cuando se realiza un diálogo cotidiano o cuando se transmite una situación al médico de confianza, e incluso cuando se relata ante una autoridad judicial lo visto como testigo en un hecho delictivo; los ejemplos son infinitos. Sin embargo, existe una profesión encargada específicamente de buscar información, procesarla y transmitirla: el periodismo.

Los periodistas son profesionales de la comunicación especializados en buscar información de interés público a través de técnicas especiales, digerir lo recopilado según la audiencia que los consume y transmitirla de la manera más atractiva posible. La forma cambiará según la plataforma utilizada: la radio se llenará de sonidos y descripciones, la prensa escrita concentrará su información principal en los primeros párrafos y la televisión, debido a su costo, resumirá la información y la complementará con imágenes pertinentes. Ni qué decir de las nuevas plataformas que surgen a raíz del desarrollo de las TIC<sup>26</sup>, como el Internet y sus redes sociales, fenómenos que mutan muy rápidamente y que han cambiado por completo las estructuras tradicionales de los medios periodísticos.

Así se convierte el reportero en el agente que, por excelencia, apelará a la libertad de información para llevar a cabo su trabajo, esa labor de *public watchdog* de la democracia que se mencionó anteriormente. La función de vigilante inherente a la profesión se convierte en una potestad, ya que “el derecho a la información, desde otro punto de vista, puede ser considerado un derecho-deber. En tal sentido, corresponde determinar si en la

---

<sup>26</sup> Tecnologías de la información y de la comunicación.



relación de comunicación existe obligación de informar por parte de los medios de comunicación”<sup>27</sup>.

En palabras de Basterra, el derecho a la información tiene su génesis en la carga que condiciona su realización. Cuando una persona tiene un derecho, alguna entidad o persona tendrá el deber de satisfacerlo, y ahí es donde la carga se vuelve obligación para los medios de comunicación. “Se trata de un deber que recae sobre el profesional encargado de difundir noticias o información, que previamente haya investigado y actuado con especial diligencia, asegurando la seriedad del esfuerzo informativo”<sup>28</sup>.

Zaffore indica que “esta noción del deber de información se fundamenta en una relación que, esquemáticamente expuesta, es casi silogística, es decir que si existe un derecho humano universalmente consagrado a la información, consecuentemente aparece el deber de informar por parte del comunicador, en su carácter profesional”<sup>29</sup>.

La prerrogativa de los medios de comunicación no se limita al simple hecho de informar. El poder de manipulación y de creación de opiniones que la prensa posee los obliga a actuar responsablemente. La CIDH (citada por Basterra) ha manifestado que “los medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan”<sup>30</sup>.

El tribunal, asimismo, se refiere concretamente al rol de los medios de

---

<sup>27</sup> Marcela Basterra. *Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2012): 88.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, 89.

<sup>29</sup> Jorge Zaffore, *Información social: Derecho y regulación*, (Buenos Aires: Depalma, 2000), 28 y 29.

<sup>30</sup> Basterra 2012, 90.

comunicación en las sociedades democráticas, y se detiene en la cuestión específica de la responsabilidad social, que tanto medios como periodistas tienen en su carácter de comunicadores de ideas, opiniones e informaciones. Por lo tanto, entendió que se torna imprescindible que éstos sean responsables, recogiendo y transmitiendo opiniones con veracidad, y protegiendo la veracidad del discurso.<sup>31</sup>

Sobre el ejercicio periodístico en Costa Rica, se encuentran dos resoluciones de mucha relevancia. Una de ellas es la que corresponde al caso de Mauricio Herrera contra Costa Rica. Mauricio Herrera es un periodista que, en el momento de la resolución, trabajaba para el periódico *La Nación*. Este caso nace a raíz de la réplica, por parte de Herrera, de unas publicaciones realizadas en un periódico extranjero que señalaban a un alto funcionario diplomático de nacionalidad costarricense como autor de una serie de actos de corrupción.

Dicho político planteó una querrela contra el periodista por los delitos de difamación y calumnia y este fue condenado. La resolución que lo sentenció a él y al medio de comunicación fue apelada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por una serie de violaciones a los derechos fundamentales (algunos más allá de la libertad de información). Esta resolución ha sido un bastión para los periodistas porque en ella se analiza exhaustivamente la protección del discurso de los comunicadores como agentes vigilantes de la democracia.

La segunda sentencia, trascendental para el ejercicio periodístico en Costa Rica, es emitida por la Sala Constitucional y ratificada por la CIDH. Versa sobre el ya mencionado

---

<sup>31</sup> *Ibíd.*

artículo 33 (Principio de igualdad) y la libertad de información como derecho no exclusivo de los periodistas. En resumidas cuentas, el accionante, que era un periodista empírico, apela la obligatoriedad de estar incorporado al Colegio de Periodistas para poder ejercer como tal, en función de que dicha obligación iría en contra de la libertad de información y el principio de igualdad ante la ley.

La sentencia favorable para el accionante tuvo como consecuencia la desaparición de la colegiatura obligatoria. A su vez, esta sentencia eliminó la posibilidad del órgano colegiado de regular el correcto quehacer periodístico. De esta manera, quedó en manos de los tribunales (constitucional y penales) el juzgamiento de las actuaciones de los periodistas en caso de que estas trasciendan los límites que más adelante se explicarán.

### **1.3 Sobre la protección de las fuentes o el secreto profesional del periodista**

A pesar de que la carrera periodística no se encuentra en la lista de profesiones protegidas bajo el fuero del secreto profesional indicadas en el artículo 206 del Código Procesal Penal, esta protección le ha sido otorgada vía jurisprudencia constitucional y se limita a la reserva de sus fuentes de información.

La sentencia que desarrolla el tema del secreto de las fuentes es la número 2008-007548 de la Sala Constitucional. Esta resolución aclara varios puntos importantes sobre la reserva de los informadores: la amplitud de este derecho, su importancia y la diferencia entre este derecho y el secreto profesional que cobija a otros ejercicios liberales.

En una primera definición sobre este fuero especial, la Sala Constitucional expone

en qué consiste y cuál es el alcance del “derecho fundamental al secreto de las fuentes que poseen los periodistas, [que] puede ser definido como la facultad de no revelar las fuentes de la noticia, tanto a la empresa informativa para la que labora, a terceros o a las autoridades y poderes públicos, de manera que tiene una proyección y una eficacia *erga omnes*”<sup>32</sup>. Más adelante se profundizará sobre este punto, específicamente sobre el fuero de protección ante autoridades y poderes públicos.

En primer lugar, se debe identificar a quién protege este fuero. La respuesta intuitiva sería decir que cubre a los periodistas; sin embargo, un análisis más profundo, realizado por la Sala Constitucional, indica que “el secreto de las fuentes de información no protege al informador o al informante sino al conglomerado social que es titular del derecho a recibir información, de modo que es garante de una prensa libre, responsable e independiente”<sup>33</sup>. Con dicha declaración, el Tribunal Constitucional le otorga a la reserva de las fuentes un carácter de derecho social y no individual, como lo sería en una primera y estrecha interpretación del fuero.

Evidentemente, la figura activa a través de la cual se plasma la reserva de las fuentes es el periodista. La sentencia añade que no concibe que este sea un “privilegio injustificado, sino, como se indicó, una condición *sine qua non* para garantizar la libertad de información y, por ende, la formación de una opinión pública libre y del pluralismo democrático”<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: Resolución n.º 2008-7548 del 30 de abril del 2008, 17:37 horas.

<sup>33</sup> *Ibíd.*

<sup>34</sup> *Ibíd.*

Por otra parte, la otra persona amparada bajo esta figura es propiamente la identidad del informante. La fuente periodística no invoca el derecho a mantener el secreto, sino más bien es el protegido directo de la reserva.

En el secreto del informador su objeto no es el contenido de la información que constituye la noticia de la que se impone éste, por cuanto, el fin es publicarla o difundirla, consecuentemente no existe secreto sobre la noticia sino –y ese es el contenido del derecho fundamental de marras- sobre la identidad del informante y cualquier otro dato –documentos en cualquier soporte, notas, grabaciones, filmaciones, etc.<sup>35</sup>

La razón por la cual surge la necesidad de proteger la posibilidad de no revelar de dónde proviene la información que utiliza un comunicador tiene su base en un asunto pragmático: evitar la persecución o represalias contra aquellos que hablan con los reporteros.

El secreto del informador, singularmente, lo faculta para negarse a revelar sus fuentes de información, con lo que el periodista puede preservar la confidencialidad de sus fuentes de información, lo que supone para estas últimas el derecho a permanecer en el anonimato para protegerlas de publicidad no deseada que puede implicarles represalias o molestias innecesarias por ser conocida su identidad, evitándose, así, que su voluntad de suministrar información de interés general y relevancia pública venga a menos y logrando que la información fluya y circule expeditamente.<sup>36</sup>

Es importante aclarar que la reserva de las fuentes se considera un derecho fundamental que, como se explicó anteriormente, se deriva del derecho de información que

---

<sup>35</sup> *Ibíd.*

<sup>36</sup> *Ibíd.*

tiene la colectividad. Por esta razón, no debe confundirse con el secreto profesional que ostentan los trabajadores liberales de carreras como Derecho, Psicología, Contaduría Pública y Ciencias de la Salud. La Sala Constitucional señala que el secreto profesional “tiene, preponderantemente, la naturaleza de un simple deber ético y, en ocasiones, jurídico”<sup>37</sup>.

El secreto de los periodistas, a diferencia del secreto de quienes ejercen una profesión liberal, se configura como un derecho fundamental que, adicionalmente, es garantía institucional de los derechos informativos en una sociedad pluralista y democrática. El secreto del informador tiene un ámbito o radio de protección mucho más amplio, por cuanto, no tiene por fin tutelar la relación o vínculo de confianza entre la fuente de información y el informador –en la mayoría de las ocasiones inexistente- o la esfera intimidad del informante, sino el derecho a la información –darla y recibirla.<sup>38</sup>

Al inicio de este apartado se señaló que el fuero de reserva de los informadores puede incluso ser invocado frente a autoridades y poderes públicos. Como ejemplo de esto, se encuentra la sentencia 4035-2014 de la Sala Constitucional sobre este mismo tópico.

El recurso de amparo fue interpuesto por el *Diario Extra*, en específico en protección del periodista Manuel Estrada, cuyas llamadas fueron interceptadas por el Poder Judicial. El objetivo de la intromisión de las comunicaciones era investigar la participación de un miembro del Poder Judicial como informante del medio, específicamente bajo el delito de divulgación de secretos. Sin embargo, los rastreos en las líneas telefónicas no se limitaron a la funcionaria del Poder Judicial, sino que se extendieron al periodista, lo cual

---

<sup>37</sup> *Ibíd.*

<sup>38</sup> *Ibíd.*

fue considerado por este y por el periódico como una violación a la libertad de información y al secreto de las fuentes.

En respuesta, el Poder Judicial contestó que el objetivo de la investigación era “determinar la identidad de las personas que sirvieron de fuente para la difusión de una serie de noticias de Diario Extra, que culminó con una imputación penal a una funcionaria judicial, a quien se le acusa de ser fuente de información de Diario Extra”<sup>39</sup>. La importancia de determinar esta situación, al margen de si la funcionaria cometía o no un delito, era conocer la procedencia de la fuga de información que “puso en peligro el resultado exitoso de la investigación que en aquel momento se estaba llevando a cabo, dándole la oportunidad y ventaja a los presuntos responsables de su secuestro”<sup>40</sup>.

Según criterio del recurrido, el medio de comunicación utilizaba la libertad de expresión para inmiscuirse en una investigación, que al encontrarse en etapa preliminar, aún era privada y que, al hacer eco de las defensas promulgadas por el medio de comunicación, “en definitiva se estaría creando en los periodistas un grupo privilegiado, que bajo el pretexto del derecho de información y protección de sus fuentes, pueden incluso violar el artículo 24 de la Constitución Política”<sup>41</sup>.

La Sala Constitucional consideró los alegatos del medio de comunicación de recibo, ya que, al intervenir los teléfonos utilizados por los periodistas del medio, sí hubo una vulneración al secreto de las fuentes y, por ende, a la libertad de información. Esto a pesar

---

<sup>39</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: Resolución n.º 4035-2014 del 21 de marzo del 2014, 14:00 horas.

<sup>40</sup> *Ibíd.*

<sup>41</sup> *Ibíd.*, 6.

de que el Ministerio Público tiene la potestad de ordenar interferencias en las comunicaciones.

En un sentido similar se puede indicar que, el rastreo telefónico en este caso, sí podía ordenarlo el Ministerio Público, sin necesidad de una orden judicial, si de la investigación de un ilícito penal se trata, PERO únicamente a los sujetos sospechosos y NUNCA a un tercero ajeno a la investigación, so pena de violar el derecho a la intimidad de este último. Situación agravada, en este caso, porque ese tercero resultó ser además un periodista, y como se verá en el considerando siguiente, tutelado por la libertad de expresión y el derecho de secreto de sus fuentes.<sup>42</sup>

#### **1.4. Límites al ejercicio periodístico (derechos de la personalidad)**

De las características propias de la libertad de información y de la libertad de expresión, se deriva la explicación de por qué no constituyen derechos absolutos. La divulgación, ya sea masiva o no, de una información inexacta o falsa puede causar un daño irreversible e incuantificable a la reputación de una persona física o jurídica, más aún en razón de la capacidad de los medios de comunicación de formar una opinión pública.

A continuación, se profundizará en los derechos que limitan un ejercicio irresponsable de la libertad de expresión e información, especialmente cuando el abuso proviene de los medios de comunicación masiva.

---

<sup>42</sup> *Ibíd.*, 17.



### 1.4.1 Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad se describe de forma implícita en el artículo 24 de la Carta Magna. Este derecho protege, entre otros, el secreto de las comunicaciones, que es parte del espectro de la intimidad. Según la interpretación que se deriva a partir de la jurisprudencia, es importante mencionar lo siguiente sobre este derecho:

La esfera privada ya no se reduce al domicilio o a las comunicaciones, sino que es factible preguntarse si es comprensible incluir “la protección de la información” para reconocerle al ciudadano una tutela a la intimidad que implique la posibilidad de controlar la información que lo pueda afectar. Lo expuesto, significa que el tratamiento electrónico de datos, como un presupuesto del desarrollo de nuestra actual sociedad democrática debe llevarse a cabo afianzando los derechos y garantías democráticas del ciudadano (arts. [sic] 24, 1, 28, 30, 33 y 41 de la Constitución).<sup>43</sup>

En una icónica sentencia de la Sala Constitucional, en torno a la violación de las comunicaciones por parte de los medios de prensa (2005-09139), se define el derecho a la intimidad con el siguiente concepto:

El derecho a la intimidad constituye el derecho del individuo a tener un sector personal, una esfera privada de su vida, inaccesible al público salvo expresa voluntad del interesado ... Se trata de un fuero de protección a la vida privada de los ciudadanos, pues el ámbito de intimidad, formado por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona,

---

<sup>43</sup> Poder Judicial 2014, 41.

que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños, cuyo conocimiento por éstos puede afectar su pudor y su recato...<sup>44</sup>

Dicha sentencia se gesta por un recurso de amparo interpuesto ante la Sala Constitucional por el representante del conocido sacerdote costarricense Minor de Jesús Calvo Aguilar, quien enfrentó procesos penales de alto interés para la prensa nacional. En el ínterin de la investigación judicial en su contra, se filtraron captaciones realizadas por los entes policiales, las cuales fueron publicadas, en varias ocasiones, por *Diario Extra*.

En el alegato, el recurrente consideraba que dichas publicaciones “le ridiculizaban, lesionaban su dignidad y lo desacreditaban moralmente con el único fin de vender el periódico”<sup>45</sup>. Por su parte, el entonces representante de *Diario Extra*, William Gómez, respondió en su defensa que el tema era de interés público<sup>46</sup> y que por ende lo cobijaba la libertad de información. No obstante, la invocación a la libertad de prensa que utilizó el representante del medio de comunicación no fue de recibo para el Tribunal Constitucional.

... por lo que a juicio de la Sala no resulta admisible el alegato del medio periodístico recurrido en el sentido de que las publicaciones objeto de discusión se dieron en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión ya que se trata de información veraz y de interés público, por la condición de figura pública del amparado.

... Estima este Tribunal que debe recalarse que la intervención de comunicaciones telefónicas es un instrumento probatorio que las autoridades

---

<sup>44</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: Resolución n.º 2005-09139 del 8 de julio del 2005, 11:38 horas.

<sup>45</sup> *Ibíd.*

<sup>46</sup> Nuevamente es importante recordar que esta concepto periodístico dista considerablemente del concepto legal homónimo.

judiciales pueden utilizar de manera excepcional y con fines estrictamente procesales.

... de las publicaciones cuestionadas se desprende claramente que éstas pertenecen a la esfera privada del amparado y que no se trata de información de interés público como indica el medio recurrido. Aún si fuera una figura pública, el amparado tiene derecho a que su ámbito de intimidad sea respetado.<sup>47</sup>

Esta sentencia costarricense resume una continua colisión de bienes jurídicos que se gesta en todo estado democrático: la libertad de prensa (o bien el concepto periodístico llamado *interés público*) versus la intimidad. ¿Hasta qué punto puede llegar un medio de comunicación en la profundidad de sus informaciones? ¿Puede el interés público justificar la irrupción en la esfera de la intimidad de las personas, sean figuras públicas o no? Y aún más difícil, ¿quién define qué es de interés público?

El Tribunal Constitucional Español, en su jurisprudencia, ha tratado de contestar a la pregunta de qué información es de interés noticioso, pues la colisión entre la libertad de información y otros derechos fundamentales es constante en su jurisdicción.

Con respecto a la relevancia pública informativa, el TC sostiene que para establecerse la protección constitucional se ha de tener siempre presente la capacidad de los hechos difundidos para contribuir a la formación de la opinión pública. Y para ello, o bien están conectados a la proyección pública de la persona a la que aluden o lo están a alguna de las características del hecho en el que dicho individuo haya estado involucrado.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: Resolución n.º 2005-09139 del 8 de julio del 2005, 11:38 horas.

<sup>48</sup> Fernando Gómez Sáez, "Reportajes de investigación con cámara oculta y jurisprudencia constitucional", *Revista UNED*, Vol. 12 (2013): 304.

Gómez Sáez realiza un compendio de la sentencias constitucionales españolas sobre la disputa mencionada supra entre los dos derechos fundamentales. El articulista llega a la conclusión de que el tribunal, para ponderar si existe o no interés público, realiza un análisis de si la información es relevante para la opinión o si más bien alimenta un morbo comercial. De igual manera valora otros aspectos, por ejemplo, si se trata de un personaje mediático o si el suceso acaece en la privacidad o en el ámbito público.

El TC cita los apartados 65 y 76 de la STEDH, en los que se debate sobre el interés público general, un claro ejemplo de concepto jurídico indeterminado. En el primero de ellos se afirma sin fisuras que, a pesar de la indiscutible notoriedad de la demandante en dicho proceso, la publicación de fotografías y artículos sobre ella en ningún caso puede contribuir a fomentar un debate de interés general para la sociedad, sino más bien satisfacer la curiosidad de un público muy concreto sobre aspectos de su vida privada.<sup>49</sup>

Desde la perspectiva de los periodistas la limitación constitucional supone una graduación a su capacidad de elección de recursos con los que contribuir a la formación de la opinión pública, sin olvidar que, en todo caso, dicha finalidad debe estar presente como justificación de las decisiones que los profesionales de la Información hayan adoptado. En la Sentencia que se comenta se cita, como jurisprudencia de apoyo la idea de que toda intromisión en cualquier otro derecho fundamental debe ser congruente y no resultar exorbitante en atención al fin perseguido...<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> *Ibíd.*, 305.

<sup>50</sup> *Ibíd.*, 309.

### 1.4.2 El honor como limitante de la libertad de expresión y de la libertad de información

El concepto del honor se nutre de contenidos valorativos, los cuales se relacionan y derivan de pautas culturales que varían de acuerdo con las circunstancias históricas. El concepto tiene que ver con aquello que dentro de una comunidad se entiende como debido o indebido, como correcto o incorrecto, como bueno o malo. Todo esto, a su vez, está imbuido de estimaciones y concepciones religiosas, éticas, consuetudinarias y hasta circunstanciales.

Se han elaborado dos teorías para poder determinar el honor: la psicológica (también llamada fáctica) y la normativa. Estas se explican a continuación.

**“Teoría fáctica:** El asunto se debate entre concepciones objetivas o subjetivas que son las que en definitiva determinan el contenido del honor y su consecuente vulneración”<sup>51</sup>. En la teoría fáctica se evalúa lo que la persona siente de sí misma, es decir, el honor se valora mediante un proceso interno, haciendo referencia a la parte subjetiva, o bien, se refiere a lo que opinan las demás personas sobre ella y, por tanto, es algo exterior y hace referencia a la parte objetiva. El derecho al honor trasciende la intimidad de una persona; en consecuencia, si se afecta el honor, se puede dañar la dignidad de la persona como tal.

**“Teoría normativa:** Se basa en que este es un valor inherente a la persona humana con independencia de criterios fácticos o empíricos; sino a través de criterios

---

<sup>51</sup> Hipólito Gill, *Delitos contra el honor*. (Panamá: Litho Impresora Panamá, 2000), 15.

normativos”<sup>52</sup>. Para la teoría normativa, el valor de la persona se determina según el contexto ético y social de la cultura en la que vive o se desarrolla.

En sí, el honor es algo bastante abstracto; es decir, tiende a ser más subjetivo, ya que involucra los valores y la moral que tenga cada persona en su interior, aparte de la sociedad y el estilo de cultura en que esta se desenvuelve. Cabe señalar que todos los individuos tienen honor y es por eso que este tema se lleva a tribunales.

### **Tipos de honor**

Los dos tipos de honor son el objetivo y el subjetivo; ambos conceptos provienen de la teoría fáctica del honor. Es importante conocer bien la diferencia entre uno y otro, pues hay delitos contra el honor que atentan directamente contra cada uno. Hay que tomar en cuenta que el sentimiento de honor se vive de cara a los demás: la estima de una persona es ante todo el hecho de defender a cualquier precio cierta imagen de sí mismo destinada a los demás. Simultáneamente, se vive la paradoja de encarnar una vivencia intrínsecamente personal y la manifestación extrínsecamente social.

En cuanto al honor objetivo (se le podría llamar honor reflejado), este se refiere basado en la representación que la sociedad le hace de un sujeto. Es decir, implica la estimación que tenía la sociedad en cuanto a la honorabilidad del sujeto, de acuerdo a su comportamiento frente a sus congéneres, mientras más prestigio tuviese, el grado de afectación sería mayor, en cambio aquellos que no tuviesen un mínimo de reconocimiento

---

<sup>52</sup> *Ibíd.*, 17.

social, por realizar ciertas conductas “reprobables” socialmente, prácticamente dicho contenido valorativo quedaría reducido drásticamente.<sup>53</sup>

Entonces, por ejemplo, en el delito de la calumnia, se va a afectar directamente el honor objetivo. A partir de un señalamiento que se le hace a la persona, esta ve afectada su imagen de forma social y puede ver dañada, incluso, la relación que tenga con los demás, lo cual trae a su fuero externo un conflicto que no merecía soportar.

Honor subjetivo: El otro aspecto es el honor subjetivo (u honor sentido), es la concepción que cada sujeto tiene de sí mismo y de lo que considera su honor. Este hace alusión a la estimación individual que cada uno tiene de sí mismo...La autoestima o la propia estimación vienen a depender de los componentes subjetivos, personales, internos e incluso patológicos de cada persona.<sup>54</sup>

Para el honor subjetivo, se habla del *animus injuriandi*, entendiendo por este la especial intención del autor de atacar la autovaloración de una persona o de humillar su sentimiento de honor. En este caso, destaca el delito de la injuria, donde se ataca directamente el honor subjetivo de la persona, pues se agrede la concepción que tiene sobre sí misma. Es decir, ve menoscabado su honor personal, por medio de ofensas o ataques constantes, que van deteriorando su fuero interno.

En general, la teoría fáctica es muy criticada debido a la complejidad de determinar en qué grado le afecta al individuo ese atentado a su honor. Además, ambos conceptos al

---

<sup>53</sup> Tomás Vidal Marín. “Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional”. *Revista para el Análisis del Derecho* (2007): 53, [http://www.indret.com/pdf/397\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/397_es.pdf).

<sup>54</sup> *Ibíd.*, 54.

final tienden a ser muy subjetivos, pues van muy de la mano de los valores, la cultura y otros aspectos que se apliquen en la sociedad y, claramente, dicha sociedad no es uniforme.

En la misma línea, Fontán Balestra, otro jurista italiano, añade que, “existen dos dimensiones del honor, en primer lugar, está el *honor subjetivo*, el cual define como “el valor en que cada cual tiene su propia personalidad”<sup>55</sup>. En segundo lugar, está el *honor objetivo* que, según su definición,

... es el juicio que los demás se forman de nuestra personalidad, y a través de la cual valoran. Este juicio puede ser equivocado y en el segundo caso en sentido positivo o negativo. Es decir que en una persona puede ser considerada por los componentes del medio en que vive, en lo que realmente vale, o bien, en más o menos; lo que es consecuencia de que las apariencias no siempre responden a la realidad. Esta distinción es importante, porque la reputación de que el individuo goza en el medio en que se desenvuelve, aun con independencia de la que verdaderamente puede merecer es de inestimable valor.<sup>56</sup>

Con lo anterior, Fontán Balestra explica la importancia del concepto del honor para las personas que, como seres sociales, dependen en buena medida de la apreciación que otros le tengan. Es por esto que el daño al honor objetivo puede traer problemas graves e irreparables de confianza, desenvolvimiento en sociedad, entre otros. Y es justamente en esta explicación donde se resume la importancia de este bien jurídico.

En este punto, cabe aclarar que en nuestro país el bien jurídico *honor* es protegido por el derecho penal. Existe en el Código de Rito una sección especializada en estos delitos

---

<sup>55</sup> Carlos Fontán Balestra. *Derecho Penal. Parte especial*. (Buenos Aires: Abeledo Perrot 2002), 146.

<sup>56</sup> *Ibíd.*



y, dada su naturaleza de ser un valor bastante subjetivo, el Proceso Penal costarricense le otorga el carácter de delito perseguible a instancia privada, es decir, no existe intervención del Ministerio Público.

Sin embargo, en jurisdicciones como la argentina, la española, la estadounidense, entre otras, las lesiones al honor no constituyen delitos penales y se resuelven en tribunales civiles y, en algunos casos, constitucionales.

El honor es un bien jurídico que, para algunos, carece de importancia o, más bien, ha perdido interés por parte de las nuevas generaciones; sin embargo, en Costa Rica se sigue protegiendo vía penal y, pese a su importancia en el eslabón democrático, los periodistas no están exentos de que sus afirmaciones vulneren el honor de una persona y que por ello sean llevados a estrados judiciales. Algunos casos famosos en Costa Rica de periodistas que han sido querellados por sus publicaciones son el de Mauricio Herrera y *La Nación*, así como el de Juan Diego Castro contra Eduardo Ulibarri y *La Nación*, entre otros.

### **1.5 Responsabilidad de los medios de comunicación masiva**

Uno de los temas que genera más controversia entre periodistas y abogados es la responsabilidad legal del periodista. Como se dijo anteriormente, existe una tendencia que se decanta por reconducir los delitos contra el honor a la vía civil, por cuanto publicar datos inexactos es parte del riesgo de la profesión.

El problema principal que se presenta cuando el honor es lesionado por un reportero a través de una noticia tendenciosa es la difusión que esta recibe producto de la penetración

masiva de los medios periodísticos. Además, los productos de comunicación de carácter noticioso tienen una credibilidad inherente que, finalmente, tiene repercusión sobre la opinión pública. Por tanto, una lesión al bien jurídico *honor*, cometida a través de un reportaje, puede tener implicaciones sociales más profundas que cuando no existe una masificación del mensaje.

En Costa Rica, aparte de la tipificación de los delitos contra el honor existente en el Código Penal, el ejercicio periodístico está regulado –limitado– por la Ley de Imprenta de 1902, la cual incluye los delitos de los artículos 146, 149 y 152 del mismo Código. Es importante anotar que, cuando se trata de delitos contra el honor cometidos por la prensa, la competencia le pertenece a un Tribunal Colegiado y no a uno unipersonal, como ocurre cuando el querellado no es periodista.

La Ley de Imprenta amplía el espectro de la responsabilidad de los delitos contra el honor mediante los conceptos de responsabilidad objetiva y de comisión por omisión, ya que designan como corresponsables a los editores o directores de los medios de comunicación, y no de manera exclusiva al periodista que realiza la publicación. No obstante, esta regulación de la Ley de Imprenta es exclusiva a la información que pueda afectar el honor de las personas físicas, lo cual deja un vacío en dicha ley frente a posibles publicaciones inexactas o falsas sobre personas jurídicas.

Como se indicó anteriormente, no es nada despreciable la influencia que tienen los medios periodísticos sobre la creación de temas de interés y opinión pública. Es por esto que su responsabilidad legal es un tema que ha estado en constante polémica, en especial porque limitar a los medios de comunicación siempre se ha considerado una práctica totalitaria e incompatible con un Estado de Derecho.

Bertoni y otros detallan que existe una tensión constante entre la justicia penal y los medios de comunicación de masas<sup>57</sup>. Es una relación de contrapesos, en la cual cada uno de los actores trata de neutralizar al otro, los medios mediante el escrutinio público y la justicia penal mediante el peso de la ley. Como consecuencia, la justicia se enfrenta a dos problemas en relación con lo que se puede considerar como abuso de la libertad de información: en primer lugar, el uso de la veracidad y difusión propias del medio para propalar información no del todo cierta, pero atractiva para el lector y, en segundo lugar, la construcción de juicios de valor para procesos penales que generen interés público.

Pero ¿hasta qué punto llega el impacto de una noticia que denuncie un posible hecho delictivo o el juzgamiento de crímenes, o incluso que examine la eficacia del Poder Judicial? Es decir, si los medios emiten un criterio antes o después de que se juzgue a una persona, se sostiene la tesis de que pueden influir tanto en el dictamen del tribunal como en el de la sociedad y, por tanto, perjudicar al sujeto cuestionado. Este fenómeno se ha llamado *juicio paralelo*.

Villaverde Menéndez (citado por Chirino) indica que esta rama del derecho entra en conflicto con la libertad de expresión, ya que “no cabe duda que se trata de uno de los derechos humanos más importantes, y ese detalle le concede ya un papel y un peso específico en la configuración de la democracia, en el cual implica, sin duda alguna, un elemento constitutivo de dicho régimen político”<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Eduardo Bertoni et al., *Libertad de prensa y Derecho penal*. (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997).

<sup>58</sup> Chirino 2011, 118.

Por tanto, se observa nuevamente cómo en este tipo de publicaciones realizadas por la prensa se genera una colisión de bienes jurídicos (libertad de información versus honor), que aún no ha sido resuelta y se sigue discutiendo en la actualidad, sobre todo por el carácter de termómetro de la democracia que se le otorga a la libertad de prensa.

La protección penal del honor de las personas se vincula a este contenido de tutela y manifiesta lo que pueden llamarse “fronteras exteriores” a la libertad de expresión, precisamente allí donde la expresión del pensamiento debe hacerse llegar escogiendo aquellas formas de expresión que clarifiquen el contenido de pensamiento pero que no hieran o afecten de manera innecesaria el honor de la persona afectada.<sup>59</sup>

Ahora bien, la mayoría de estudios académicos sobre la relación entre los medios informativos y el derecho se basan en los dos temas antes expuestos: los límites al ejercicio periodístico y la influencia de los medios de comunicación en las decisiones jurisdiccionales. Sin embargo, existe un extremo del actuar periodístico que ha sido poco estudiado y consiste en la posibilidad de los medios de comunicación de infiltrarse en situaciones delictivas y si este accionar de los reporteros puede llegar a constituir prueba lícita o no.

Para lo anterior, es necesario explicar brevemente en qué consiste el periodismo de investigación y, de forma más específica, la investigación de inmersión. Cabe destacar que estas infiltraciones pueden ocurrir en situaciones con características delictivas, en las cuales el periodista puede participar de forma pasiva o activa. Además, dado que una de las limitaciones del presente trabajo consiste en que el tema no se ha abordado directamente en Costa Rica, ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia, se torna menester realizar un

---

<sup>59</sup> *Ibíd.*, 124.

recorrido analítico por sentencias de otros países para conocer cómo se han resuelto jurídicamente situaciones como las que se plantean en la presente tesis. Todo lo anterior se expondrá en la siguiente sección.

## **Capítulo 2: Reglas procesales que pueden afectar el eventual valor probatorio de incursiones periodísticas en Costa Rica**

Este capítulo tiene como objetivo presentar otro posible límite del ejercicio periodístico, pues explica las bases que constituyen el actual proceso penal en Costa Rica y cómo sus reglas pueden afectar la prueba producida por la intervención de periodistas en procesos de investigación encubiertos. Para comenzar, se expondrá el concepto de *garantismo* y su relación con el sistema procesal penal regente y cómo este axioma marca la pauta en cuanto al tratamiento que se debe otorgar a quienes se encuentran bajo el escrutinio de los organismos de investigación.

Como segundo punto, se desarrollará el tópico de la validez de la prueba a la luz del sistema penal presentado. Para continuar, se presentará un análisis de la repercusión de estas reglas probatorias vistas desde la óptica del agente encubierto y el agente provocador. Se colocará mayor énfasis en el punto de vista del primero, pues, como se podrá observar, el sujeto provocador se resuelve mejor desde el ángulo del derecho penal material. Además, se valorará tanto la jurisprudencia nacional como la internacional respecto de la validez probatoria en técnicas análogas al agente encubierto, las cuales cuentan con un debido proceso en Costa Rica.

### **2.1 La teoría del *garantismo* en el Estado de Derecho**

Con el nacimiento del Estado Democrático, producto de los procesos revolucionarios que empezaron en Francia a finales del siglo XVIII y que se extendieron tanto a los Estados Unidos como al resto de Europa, se gestan los cimientos de lo que es

una nueva concepción política y social orientados hacia el pacto social, a las ideas individualistas y al Estado de Derecho.

Este nuevo Estado nace bajo los principios de la Ilustración: *igualdad, libertad y fraternidad*, los cuales procuran deshacerse de las diferencias de clases que tan marcadamente existían en los estados monárquicos. “Históricamente, en Europa el Estado de derecho es la forma de Estado que nace de la Revolución Francesa, cuyo objetivo había sido garantizar la libertad y la igualdad de los ciudadanos y acabar con los privilegios del clero y de la nobleza”<sup>60</sup>.

El concepto primario del Estado, que florece después del proceso revolucionario, tiene la siguiente premisa: “La sumisión del poder a derecho (el Estado de derecho) se construye sobre la concepción unitaria de la soberanía como poder *legibus solutus*, de manera que la ley, expresión de esa soberanía, queda al margen de cualquier límite o control”<sup>61</sup>.

Sin embargo, como en todo proceso político, el Estado de Derecho no es uno solo, sino que se ve influenciado por tendencias ideológicas y económicas conforme evoluciona. Ejemplo de ello es el Estado liberal que, aunque mantiene los principios originales de la democracia, cree en una intervención mínima del Estado en los asuntos ciudadanos.

Otra influencia innegable en las constituciones de los nuevos estados es el nacimiento de los *derechos humanos* y, por ende, la renovación del iusnaturalismo. La

---

<sup>60</sup> Marina Gascón Abellán y Alfonso J. García Figueroa, *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales* (Lima: Palestra, 2016), 17.

<sup>61</sup> *Ibíd.*

ideología de los derechos humanos trae consigo una nueva teoría sobre el estado que fue desarrollada inicialmente por el jurista italiano Luigi Ferrajoli, quien en su obra *Derecho y razón* brinda la siguiente definición del término:

Según una primera acepción, «garantismo» designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de «estricta legalidad» SG propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es “garantista” todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.<sup>62</sup>

En otras palabras, el garantismo funciona porque, “como es notorio desde la perspectiva de la filosofía política, los innumerables actos y las diversas enunciaciones sobre la fundación de la Modernidad estuvieron asociados a la idea básica de la necesidad de diluir y de contener a los poderes, principalmente a los punitivos”<sup>63</sup>.

El poder del Estado es inmenso en cualquiera de sus manifestaciones; sin embargo, existe un facultad en específico que es particularmente lesiva para los individuos, el poder punitivo. Este es capaz de cercenar la libertad de quienes violan las restricciones que el criterio legislativo ha descrito como delitos. Debido a lo anterior, el garantismo se torna imprescindible a la hora de contener la facultad punitiva del Estado.

---

<sup>62</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, (Madrid: Editorial Trotta, 1995): 850 y 851.

<sup>63</sup> Salo de Carvalho, “Criminología, garantismo y teoría crítica de los derechos humanos: Ensayo sobre el ejercicio de los poderes punitivos”. *Novum Jus*, n.º 3 (enero del 2009), 164.



No por otra razón, con la invención (en sentido genealógico) de los derechos humanos por parte del liberalismo político, el papel otorgado al derecho penal, al proceso penal y a la política criminal fue el de construir barreras al poder punitivo, limitando al máximo su intervención. El sistema clásico de tutela de derechos y de garantías individuales a través de la acción inhibitoria de los discursos penal y procesal penal armonizó plenamente aquella concepción omisiva del Estado liberal.<sup>64</sup>

El párrafo anterior explica un aspecto de vital importancia para el garantismo: esta tendencia procura que el poder punitivo, a la hora de ser ejercido por los operadores de la justicia, deba respetar, ante todo, los derechos fundamentales de los procesados. En la época en que nace el garantismo, se da a la vez un resurgimiento del iusnaturalismo y de los derechos inherentes a todo ser humano, los cuales van más allá de los derechos individuales o derechos subjetivos.

Asimismo, se amplía la idea de derechos fundamentales, sobrepasando la limitación original impuesta por los derechos individuales. El proceso de creación, reconocimiento y efectividad de los derechos colectivos (derechos sociales y trans-individuales) operó un profundo cambio en las esferas de intervención estatal. Si la reacción de los movimientos ilustrados contra las prácticas inquisitoriales presupone un modelo rígido de garantías como límite al poder punitivo arbitrario y que consolida el derecho y el proceso penal como mecanismos de contención, la segunda era de los derechos (Bobbio), al mismo tiempo en que fragmenta (descaracteriza la unidad), maximiza la axiología de principios originaria con la inclusión de nuevos bienes posibles de reconocimiento y de tutela.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, 151.

<sup>65</sup> *Ibid.*, 152.

## 2.2 El garantismo en el derecho procesal penal y su relación con los agentes

Hasta el momento, se ha explicado cómo el garantismo influyó en la concepción del Estado, en la protección de los derechos humanos y en el Derecho penal como forma de contrarrestar el enorme poder punitivo que puede poseer un Estado sin límites, tal cual sucedió en el sistema inquisitivo. Sin embargo, lo que resultará particularmente relevante para este trabajo es la influencia de esta teoría en el procedimiento penal. El garantismo no puede quedarse de forma exclusiva en el Derecho penal, ya que en “el Proceso Penal se materializa a través de los procedimientos penales que constituyen el instrumento que brinda la solución del conflicto de que se trate, de ahí que los mismo deban aclimatarse a las verdadera exigencias del momento que se aplican”<sup>66</sup>.

Entiéndase que el procedimiento penal se adapta en función de dar vida a las tendencias ideológicas de la época. No existe forma de reflejar el derecho sustantivo, si no es a través de la instrumentalización que proveen los procedimientos. En el caso del proceso penal, esta adaptación no se da solo a través de la norma procesal, sino que requiere una constitucionalización de las garantías, a fin de poder brindarle un carácter supra legal.

En cualquier Ordenamiento Jurídico debe mediar un estrecho nexo entre el Derecho Procesal Penal y el Derecho Constitucional, tomando en consideración que la Constitución de cada país debe darle rango constitucional a elementos fundamentales que deben cumplirse en todo el Proceso Penal. De aquí que se pueda afirmar que cuando ocurre lo anterior,

---

<sup>66</sup> Denis Dayron Lugo et al, *El Sistema de Justicia penal que necesita la modernidad* (Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2012), 52.

se está en presencia del un fenómeno llamado “Constitucionalismo del Proceso Penal”. El mismo conlleva a la inclusión en la Constitución del país de que se trate de todos derechos fundamentales, garantías y principios que conforman el Proceso Penal, de forma tal que puedan ser respetados y cumplidos.<sup>67</sup>

La importancia de la constitucionalización de las garantías del proceso penal no reside en brindarles relevancia y respeto, sino en proporcionar un equilibrio entre los derechos de persecución de los órganos del Estado versus las garantías del imputado.

Es sabido que en el proceso penal moderno, fruto del Estado de Derecho, la constitución adquiere una gran relevancia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel del ordenamiento jurídico, sino porque es materialmente en el Proceso Penal donde los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia Constitucional, al estar integrados –de un lado– por el derecho de penar que ejercita el Ministerio Público y –de otro– por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa.<sup>68</sup>

### **2.3 Garantías constitucionales en el proceso penal costarricense relacionadas con el uso de los agentes**

La presente subsección tiene como objetivo explicar cuáles garantías constitucionales tienen una relación directa con las técnicas de investigación planteadas en este trabajo y que pueden ser vulnerados por los investigadores (ya sean policiales, judiciales o periodísticos) cuando realizan las averiguaciones fuera del debido proceso. De esta manera, se sientan las bases argumentativas que servirán para arribar a las conclusiones

---

<sup>67</sup> *Ibíd.*, 54.

<sup>68</sup> *Ibíd.*, 53.

sobre las repercusiones en la validez de la prueba recabada por los comunicadores.

### 2.3.1 El principio de legalidad

Para iniciar con un breve repaso por algunos de los principios de la teoría garantista, se examinará el principio de legalidad. Esta garantía constitucional tiene una vinculación con los alcances en las actuaciones de quienes realizan una función investigativa dentro del poder judicial.

En primer lugar, cabe recordar por qué existe este principio: “Dado su carácter de organismo público, tanto el Ministerio Público institucionalmente, como los fiscales y demás funcionarios que lo integran, deben actuar respetando estrictamente la legalidad vigente”<sup>69</sup>. El cumplimiento de este principio es vital para garantizar que las actuaciones procesales o investigativas que lleva a cabo el órgano inquisidor sean realizadas acorde a las normas y garantías dictadas por el debido proceso.

“En consonancia con principio de legalidad, la acción penal siempre debe ejercitarse por mandato legal y no dejar su impulso al capricho del Estado ... Es conocido doctrinalmente como «legalidad procesal», «Obligatoriedad», «Oficiosidad», «Necesidad», «Indisponibilidad» e «Indiscrecionalidad»”<sup>70</sup>. Este axioma es fundamental en lo que concierne al impulso de la acción penal, la cual no debe ser arbitraria, sino que está a cargo de un organismo que labora de forma autónoma, como lo es el Ministerio Público.

---

<sup>69</sup> Alex Carroca Pérez, *Manual. El nuevo sistema procesal penal* 3.<sup>a</sup> ed. (Santiago: C y C Impresores, 2005), 24.

<sup>70</sup> Lugo Denis et al 2012, 57.

Con respecto a este principio, Carroca Pérez menciona que “esta sujeción a la ley de procedimiento es la que, por ejemplo, impide que los fiscales puedan utilizar antecedentes o pruebas obtenidas ilegalmente ... y que todas sus actuaciones practicadas fuera de los márgenes de la ley, sean sancionadas con su nulidad”<sup>71</sup>.

Ya ha sido indicado que en la materia procesal la regulación de los actos viene directamente de la ley, lo que significa que en lo básico exceptuado el lógico ámbito de discrecionalidad presente en distintas situaciones, la existencia y efectos del acto deviene de lo establecido en la normatividad pertinente. Las disposiciones de los códigos procesales contienen los requisitos y oportunidades de realización de tales actos, las sanciones por el no cumplimiento de esos requisitos y los efectos que producen.<sup>72</sup>

Como se verá más adelante en un caso en Argentina, el tribunal resolvió que la prueba recabada por un periodista era válida, pues no se le podía exigir que portara una autorización de un juez de garantías. Es importante tener esto en cuenta, pues seguir los parámetro en torno al principio de legalidad aplicado a la utilización de agentes encubiertos o agentes provocadores es, obviamente, una obligación exclusivamente de quienes trabajan para la sección de investigación criminal.

También se podrá observar que, en la mayoría de los países estudiados, se requiere una autorización fundada de un juez de garantías que avale la utilización de estos dos agentes. La razón es que estas técnicas de investigación se consideran altamente lesivas para los derechos fundamentales de los reos y, en razón de esto, se deban usar cuando ya no exista ninguna otra forma de acceder a la información y cuando el bien jurídico en riesgo

---

<sup>71</sup> Carroca Pérez 2005, 25.

<sup>72</sup> José Eduardo Vázquez Rossi, *Derecho procesal penal. Tomo II*. (Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2004), 38.

sea lo suficientemente importante como para permitir el menoscabo de derechos.

Sin embargo, en Costa Rica no existe ese requisito, pues la ley es bastante omisa respecto del uso de estas formas de investigación. A pesar de ello, es importante analizar este principio con base en el derecho comparado y examinar la condición de la ley en Costa Rica y cómo se sitúan los periodistas ante dichas falencias.

### **2.3.2 Principio de proporcionalidad**

Este principio está estrechamente ligado con la explicación que se acaba de ofrecer sobre la necesidad de un aval de un juez de garantías para utilizar los agentes. La fundamentación que realiza dicha autoridad debe basarse, justamente, en un análisis a partir del principio de proporcionalidad. Es decir, los agentes encubierto y provocador, por su tendencia a atropellar derechos fundamentales, deben ser utilizados como una especie de *ultima ratio* investigativa. No debería existir un visto bueno por parte del juez si existe alguna otra forma de descubrir alguna prueba que permita la persecución de los investigados. La segunda razón que debe atender el juzgado bajo este axioma es si el bien jurídico en peligro es lo suficientemente valioso o está en un riesgo inminente como para utilizar esta *ultima ratio* de la investigación. Es por esto que estas técnicas son estelares en la persecución de delitos relacionados con crimen organizado, donde se utiliza como recurso para dismantelar organizaciones que son altamente peligrosas y complejas.

En buena lógica el principio de proporcionalidad debe figurar como postulado necesario de las actuaciones del agente encubierto, de modo que su utilización como medio extraordinario de investigación permanezca

restringida a casos de extrema y diferenciada gravedad como son la hipótesis del terrorismo fundamentalista, el narcotráfico, la criminalidad financiera, la corrupción y el blanqueo de capitales.<sup>73</sup>

### **2.3.3 Derecho a la intimidad**

Para comprender esta garantía, el lector puede remitirse al inicio de este capítulo, donde se explicó que este derecho se extrae del artículo 24 de la Constitución Política y que, por vía jurisprudencial, se ha ampliado su interpretación.

La relación de este principio constitucional con la utilización de los agentes (encubierto y provocador) consiste en la intromisión que, inevitablemente, cometen dichos actores cuando ingresan como infiltrados en las organizaciones y entran en contacto con los ámbitos privados de los sospechosos. Esto se pondera cuando un juez de garantías avala la introducción de los agentes por un asunto de proporcionalidad. El juez realiza la misma valoración que se debe hacer frente a otras técnicas de investigación invasivas de este derecho, como las intervenciones telefónicas y los allanamientos.

### **2.3.4 Derecho a la no autoincriminación**

Esta es una garantía sagrada del sistema acusatorio, posteriormente heredada al

---

<sup>73</sup> Flávio Cardoso Pereira, *El agente infiltrado desde del punto de vista del garantismo procesal penal* (Salamanca: Juruá, 2016), 418.

mixto. Este derecho es conocido en latín como *nemo tenetur se ipsum accusare*, y es aquella prerrogativa que tienen todos los que se encuentren enfrentados a un proceso penal y que les da la facultad de declarar o no en un proceso penal en su contra, sin que su decisión sea considerada como indicio incriminatorio.

En Costa Rica, este derecho se encuentra protegido por el artículo 36 de la Constitución Política. Su interpretación ha sido amplia, pues no solo incluye las declaraciones de carácter judicial, sino todas aquellas acciones realizadas bajo investigación que puedan considerarse como autoincriminación. En el capítulo sobre el agente encubierto, se ampliará cuál es la relación de esta prerrogativa con la utilización de esta figura, así como con otras técnicas de investigación, por ejemplo, las intervenciones telefónicas.

De forma específica, las intervenciones telefónicas se consideran como prueba ilícita cuando se realiza interrogatorios mediante ardid, ya que es muy usual que en dichas entrevistas el acriminado pueda revelar información que lo comprometa. También es común que esta situación se presente cuando el agente encubierto se vincula con los investigados. Es por lo anterior que cabe pensar en una analogía en cuanto a legalidad procesal entre estas dos técnicas de investigación.



## 2.4 Validez de la prueba en el proceso garantista

### 2.4.1 Principio de libertad probatoria

Para disertar acerca de la validez de la prueba en el proceso penal, es necesario realizar un acercamiento a uno de los axiomas medulares de este proceso. El principio de libertad probatoria es el factor que distingue al proceso penal del resto de los procedimientos en otras materias del derecho. Este consiste, básicamente, en que “todo puede ser probado a través de cualquier medio de prueba”<sup>74</sup>. Su razón de ser nace de uno de los objetivos primordiales del proceso penal: la búsqueda de la verdad real. La amplitud de este principio permite medios de prueba que no son contemplados en otras instancias legales donde predomina el principio de prueba tasada.

No obstante, como en casi cualquier circunstancia del derecho, este principio no es absoluto. Tal cual sucede con otras reglas de la disciplina, tiene límites, y estos están asociadas a temas de derechos humanos, normas constitucionales y, por supuesto, el establecimiento de un debido proceso. Respecto del límite al principio de libertad probatoria, Cafferata Nores explica que “esto no significa que se haga prueba *de cualquier modo* –ya que hay que respetar las regulaciones procesales de los medios de prueba–, ni mucho menos «a cualquier precio», pues el orden jurídico impone limitaciones derivadas del respeto de la dignidad humana u otros intereses”<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> José Cafferata Nores. *La prueba en el proceso penal*. 7.<sup>a</sup> ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011), 27.

<sup>75</sup> *Ibíd.*

El principio de libertad probatoria está ligado a la obtención o producción de la prueba, pero también se relaciona con la valoración que el juzgador le otorgue a esta. La libre convicción del juez es lo contrario a la prueba tasada que impera en otras materias, donde ciertos medios de prueba tienen un valor absoluto, tal cual sucede con la confesión.

En todo caso, llamamos la atención que actualmente está absolutamente establecido que la prueba debe ser producida en el propio proceso, por lo que no se permite al juez dictar sentencias carentes de motivación o tomar en cuenta elementos de convicción que conozca fuera del proceso, es decir, conocimiento privado, que es lo que caracterizó a un tercer sistema probatorio, denominado de la *intima convicción* o de la apreciación de la prueba *en conciencia*, que sería actualmente contrario al debido proceso.<sup>76</sup>

Lo importante a rescatar sobre la libertad probatoria es que se trata de un axioma que le brinda al proceso penal características distintas a las de otros procedimientos judiciales. En su belleza está su peligro, pues la creatividad del jurista puede ser muy amplia y encontrar múltiples formas de llegar a la verdad real; sin embargo, estas no deben apartarse de las normas constitucionales y supraconstitucionales sobre el tema. A partir de este riesgo, surgen teorías sobre la validez de la prueba y la obtención de prueba ilegal que serán desarrolladas a continuación para comprender la tercera premisa del presente trabajo.

---

<sup>76</sup> Carroca Pérez 2005, 233.

### 2.4.2 Limitaciones probatorias en el proceso penal

Julio Maier padre del Código Procesal Penal costarricense, diserta acerca del desarrollo teórico sobre este tema dentro del Derecho penal. El profesor argentino concluye que no existe una línea que unifique el pensamiento acerca de las prohibiciones probatorias en los diversos sistemas procesales en el mundo.

Este autor apunta que, en el derecho alemán, se ha descartado seguir una línea pre-constituida sobre qué es prueba ilegal, y que la tendencia es brindar prioridad a la búsqueda de la verdad real. Por su parte, la escuela italiana se decantó por establecer prohibiciones absolutas a través de derechos objetivos y prohibiciones relativas que se relacionan con medios de prueba (por ejemplo, prohibir el testimonio de los parientes de los reos). Finalmente, Maier apunta a que el mayor desarrollo en cuanto a este tópico proviene del derecho anglosajón, con la conocida regla de exclusión, que se explicará más adelante<sup>77</sup>.

Para continuar con una definición del concepto de *prueba ilegal*, se consideran ilícitas “aquellas pruebas que se han obtenido o valorado con vulneración de derechos constitucionales e implican un perjuicio real y efectivo para alguna de las partes del proceso<sup>78</sup>”. Otra forma de explicar el concepto es entender la prueba ilícita como “aquella que en sentido absoluto o relativo, niega la forma acordada en la norma o va contra principios del derecho positivo<sup>79</sup>”.

---

<sup>77</sup> Julio B. J. Maier, “Las prohibiciones de valoración probatoria”. *Nuevo Foro Penal*, n.º 60, (abril de 1999): 136, publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/viewFile/3900/3171.

<sup>78</sup> *Ibíd.* Hugo Luis Amores Vargas. “La prueba ilícita en el proceso penal” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999), 119.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, 16.

Existe amplia doctrina desarrollada sobre este tópico, la cual sirve como base para que, en la práctica, los juzgadores decidan si una prueba puede ser tomada en consideración en sentencia o si, por el contrario, su naturaleza es espuria y debe ser rechazada y descartada del proceso de libre convicción. Es importante señalar que básicamente toda la teoría sobre la prueba ilícita indica que esta se convierte en espuria cuando se obtiene a través de medios que violen derechos fundamentales o constitucionales. Alguna doctrina señala que debe ampliarse a la prueba obtenida por medios contra la legalidad, con lo cual debe entenderse que dicha calificación no debe limitarse a pruebas que contravengan normas de rango constitucional o supraconstitucional.

Esta visión sobre la existencia de la prueba que no puede ser valorada por un tribunal, pues consiste una violación flagrante a los derechos del acriminado, responde a ideas propias de un sistema político. En este caso, responde a un sistema democrático que respeta el Estado de Derecho y que se inclina por procesos penales de naturaleza acusatoria o mixta.

Existen también las posturas que se oponen a esta visión sobre la ilicitud de la prueba. Se basan mayoritariamente en posiciones prácticas que consideran prioritaria la administración de justicia y la búsqueda de la verdad real. Esta visión utilitarista considera que la pruebas no dejan de tener una validez o coadyuvar a la reconstrucción del delito, solo por el hecho de que su obtención haya sido *contra legem*.

### **Los fundamentos de la regla de exclusión**

La regla básica de exclusión de la prueba se basa en el descarte de aquella que sea de cargo, pero que a la hora de su creación o recolección viole las garantías

constitucionales del acriminado. *A contrario sensu*, aquella que beneficie al reo no necesariamente debe ser excluida de la apreciación del juez.

Junto con esta evolución en el derecho continental europeo se desarrolló, en el ámbito del derecho angloamericano un sistema conceptual menos rígido – y seguramente más pragmático- en torno al tema en análisis: la doctrina de la *exclusión probatoria*, o, simplemente, *regla de exclusión*, elaborada por la Corte Suprema de Estados Unidos a partir del fallo *Weeks vs. U. S.* (1914). Este desarrollo, que si bien ha conducido a resultados prácticos similares al de las tesis europeo-continetales, partió, sin embargo, de postulados políticos esencialmente distintos: la regla de exclusión surge como un *método para reforzar la vigencia de ciertos derechos constitucionales* (en el fallo mencionado, la protección del domicilio, papeles privados y efectos personales contra búsquedas y secuestros irrazonables), y no emerge, por el contrario, como una excepción a las facultades de indagación de un Estado en principio no limitado en el desarrollo de esta tarea.<sup>80</sup>

Las garantías constitucionales son, *grosso modo*, aquellas que se encuentran contempladas en las cartas magnas de cada país y que velan por los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, indistintamente si estos se encuentran o no bajo la lupa del poder punitivo del Estado. El respeto al domicilio y a las comunicaciones o el derecho a la intimidad, el derecho a la no autoincriminación, el principio de legalidad y el de proporcionalidad son algunos de los axiomas que se relacionan con la utilización de los agentes y que pueden ser eventualmente vulneradas por quienes pretendan realizar las investigaciones a través de técnicas invasivas.

---

<sup>80</sup> Julio B. J. Maier, “Las prohibiciones de valoración probatoria”. *Nuevo Foro Penal*, n.º 60, (abril de 1999): 137, [publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/viewFile/3900/3171](http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/viewFile/3900/3171).

El sentido de la regla de exclusión consiste en otorgar al proceso penal un carácter ético y acorde a su objetivo principal, la administración de justicia. No se consideraría correcto a un Estado que castiga conductas ilícitas y que, para lograr este objetivo, permita que sus agentes policiales o judiciales cometan acciones contra la ley, tal cual ocurría en el sistema inquisitivo.

Por lo pronto, tales críticas centran excesivamente su artillería en cuestionar el llamado "efecto disuasorio" de la regla de exclusión, olvidando que ella reconoce antes que nada un fundamento ético. Es que, como se ha hecho notar en varias oportunidades, parece bastante claro que el valor "Justicia" se ve seriamente resentido si quienes deben velar porque las leyes sean cumplidas —los policías— son los primeros en violarlas, y quienes tienen como función aplicar e interpretar la ley —los jueces— basan un juicio de reproche penal en la prueba obtenida mediante la comisión de otro delito.<sup>81</sup>

### **Teorías de exclusión de la prueba**

La teoría del fruto del árbol envenenado tiene su origen en el sistema anglosajón, específicamente, en un caso conocido como “Estados Unidos versus Silverthone Lumber”, sobre evasión de impuestos. Los libros con contable fueron secuestrados y copiados por los agentes federales, lo cual rompía las reglas de la cuarta enmienda y, por ende, la prueba fue declarada como ilegal. Es una teoría que parte de un axioma ético de la persecución penal, pues no es consecuente permitir que el poder

---

<sup>81</sup> Alejandro D. Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal* (Buenos Aires: Hammurabi, 2015), 157 y 158.

punitivo persiga a sus justiciados a través de vías que no se consideran legales y que, de ser cometidos por los administrados, serían motivo de sanción. El alcance de la ilegalidad alcanza a todas aquellas pruebas que se deriven del acto ilegal y de allí viene el nombre de la teoría, ya que la ilegalidad se extiende a los frutos de la acción.

La doctrina a la que me estoy refiriendo funciona dentro del siguiente contexto. Si agentes de policía ingresan ilegalmente en el domicilio de una persona, o si interrogan a un sospechoso por medio de apremios, los elementos encontrados en el domicilio allanado o los dichos vertidos por quien ha sido coercionado, no serán admisibles como prueba en contra de quienes han padecido tales violaciones de sus garantías constitucionales.<sup>82</sup>

Sin embargo, esta regla de exclusión tampoco es absoluta y existen varias situaciones que eliminan su aplicación. Se pueden mencionar las siguientes:

**A. Excepción de la prueba jurídicamente independiente:** Esta doctrina es también de origen estadounidense y consiste en que, cuando una prueba tiene una fuente distinta a la prueba espuria, esta no se considera ilegal, a pesar de que estén relacionadas. Miranda Estrampes (citada por Casabianca Zuleta) asegura que “esta teoría no es una excepción a la regla de exclusión, sino una consecuencia de la propia delimitación de la misma regla, ya que ésta indica que la ilicitud se expande únicamente a las pruebas derivadas, por lo que excluyen las pruebas que son independientes”<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> *Ibíd.*, 162.

<sup>83</sup> Paola Casabianca Zuleta, *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, (Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2016), 298.

**B. Excepción del descubrimiento inevitable:** Se considera que la prueba no es espuria cuando se habría descubierto aún sin la intervención judicial irregular. Por ejemplo, si un reo sospechoso de homicidio indica, sin estar su abogado defensor presente, dónde se encuentran enterrados los restos de la víctima y, de esta forma, da con la evidencia incriminatoria. Pero, a la vez, los cuerpos policiales especializados ya estaban en la zona buscando el cadáver y, aún sin la información proporcionada por el acriminado, encuentran la evidencia.<sup>84</sup>

**C. Excepción del hallazgo casual (o *plain view*):** “El hallazgo casual se define como la aparición de hechos nuevos o nuevos sujetos en el curso de una investigación penal, que se presentan por casualidad, sin que hubieran estado incluidos en la resolución mediante la cual se habilitó la restricción de derechos fundamentales”<sup>85</sup>. Este tipo de prueba es muy común en las intervenciones telefónicas, cuando al escuchar una conversación surgen elementos de prueba, pero que provienen de otros delitos que no están siendo investigados formalmente en dicho momento y que para darles seguimiento requieren una ampliación de la resolución judicial inicial.

**D. La excepción de la buena fe:** Esta salvedad a la regla de exclusión es también de origen estadounidense. Consiste en otorgar validez a la prueba cuando los agentes judiciales o quienes provean la prueba lo estén haciendo de buena fe, creyendo que se encuentran amparados bajo la legalidad, aunque no sea así.

---

<sup>84</sup> *Ibid.*, 298.

<sup>85</sup> *Ibid.*, 301.



**E. La excepción de la supresión o inclusión hipotética:** Este es un ejercicio común que realiza la Sala Tercera de Costa Rica y consiste en suprimir la prueba supuestamente viciada para determinar su relevancia. También se puede hacer el mismo ejercicio, pero añadiendo otros medios de prueba no viciados para llegar a la resolución del caso. Si al suprimir la prueba se determina que esto incide en el resultado, se realiza una invalidación de las pruebas relacionadas con el vicio, de forma parecida a la teoría del fruto del árbol envenenado<sup>86</sup>.

## **2.5 La prueba ilícita en el proceso penal costarricense**

De forma específica en Costa Rica, las reglas sobre la obtención de la prueba se encuentran tanto en la Constitución Política como en el Código Procesal Penal. Además, la jurisprudencia ha jugado un papel importante en cuanto al tema, y vía Sala Tercera y Sala Constitucional, se han determinado cuáles reglas de exclusión se adoptan desde otros sistemas legales, como el anglosajón.

Lo más importante es contextualizar el procedimiento penal costarricense como un sistema de carácter **garantista**, en el cual existe una protección supralegal para el imputado que se encuentra bajo el examen del poder punitivo. Por tanto, el seguimiento de las normas constitucionales y procedimentales para la obtención de prueba de cargo es imprescindible para cumplir con los valores del sistema.

---

<sup>86</sup> Campos Calderón et al 2007, 1080.

Como se pudo observar anteriormente, la mayoría de las reglas de exclusión de prueba provienen del sistema *common law* que, a pesar de ser ajeno a nuestra realidad judicial, ha tenido una influencia importante en lo que respecta a la jurisprudencia sobre valoración de la prueba. A modo de ejemplo y como antecedente, en el Código de Procedimientos Penales, en su artículo 150, se hacía referencia a la nulidad de la prueba: “la nulidad de un acto, cuando fuere declarada, hará nulos todos actos consecutivos que de él dependan. Al declararla el tribunal establecerá, además, a qué actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por conexión con el acto anulado”<sup>87</sup>. Ahora bien, este artículo no hace mención directa de la teoría del fruto del árbol envenenado; sin embargo, se puede observar que esa norma sigue las reglas de dicha doctrina anglosajona.

Con la implementación del sistema mixto, a través del Código Procesal Penal de 1998, se ha mantenido la idea de anular la prueba ilegalmente obtenida y aquella que se desprenda (igualmente sin hacer referencia expresa a la teoría del fruto del árbol envenenado) y “a pesar de que en la actualidad, la jurisprudencia hace poca referencia de forma expresa a esta doctrina, en múltiples casos la jurisprudencia penal resuelve asuntos donde se aplica los mismo efectos de dicha doctrina”<sup>88</sup>.

De igual manera, la Sala Tercera y los actuales Tribunales de Apelación de la Sentencia Penal aceptan el uso de las excepciones a la regla de exclusión mencionadas supra, especialmente, la teoría de la prueba independiente.

---

<sup>87</sup> Asamblea Legislativa. Ley n.º 5377 del Código de Procedimientos Penales (19 de octubre de 1973). La Gaceta n.º 218 .

<sup>88</sup> Campos Calderón et al 2007, 1080.

### 2.5.1. Jurisprudencia nacional sobre la prueba ilícita

Antes de realizar un acercamiento a la jurisprudencia costarricense sobre el tema en cuestión, es importante incluir una cita del jurista costarricense Federico Campos, sobre la influencia de dos jurisdicciones en cuanto al desarrollo del tema:

Por otra parte, en el proceso penal costarricense, dos factores han incidido de forma importante durante los últimos años en el tratamiento jurisprudencial de la *prueba ilícita*; en primer término, la creación de la Sala Constitucional a partir del año 1989 y, además, la entrada en vigencia del Código Procesal Penal (en adelante CPP), el cual rige desde enero de 1998. Debido a lo anterior, en ambas instancia, constitucional y de casación penal, se han realizado diversas valoraciones sobre la prueba ilícita, originándose en su seno sentencias que han generado polémica debido a que han excluido o validado diversos medios de prueba cuestionados por su ilicitud.<sup>89</sup>

Con respecto a la postura de la Sala Tercera, este despacho ha recurrido al siguiente concepto y tratamiento de la prueba ilegal, el cual coincide a la perfección con las posturas teóricas mencionadas. La sala manifiesta que “[a] pesar de las discusiones doctrinales sobre el tema de qué se considera prueba ilícita o espuria y cuáles son sus alcances y efectos procesales, es claro que dentro de ese concepto se engloba a todos aquellos elementos de prueba obtenidos en violación a los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos”<sup>90</sup>.

En la misma sentencia, la Sala Tercera cita doctrina sobre la procedencia de la

---

<sup>89</sup> *Ibíd.*, 1053.

<sup>90</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: Resolución n.º 2006-00412 del 10 de mayo del 2006, 15:10 horas.

ilicitud de la prueba:

(...) Este autor reconoce que la ilegalidad de la prueba puede originarse en dos motivos: i) por la irregular obtención de la prueba, a la que pertenece la prueba espuria o ilícita según aquí se desarrolla o ii) por su irregular incorporación al proceso, que es el marco en que se analizan las infracciones a la cadena de custodia, como se verá.<sup>91</sup>

Con respecto a la normativa que sustenta la desvalorización de la prueba espuria en el sistema penal costarricense, la Sala Tercera toma como base los artículos 175 y 181 del Código de Rito y explica su aplicación de la siguiente manera:

Como principio general, establece el ordinal 175 en lo que interesa: *“No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código...”*.<sup>92</sup>

La delimitación del concepto de prueba ilícita tiene vinculación con lo que dispone el artículo 181 del Código Procesal Penal, que ordena: *“Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código”*. Así las cosas, a fin de dictaminar si una prueba es ilegal o espuria, corresponde efectuar un análisis desde dos perspectivas distintas: los mecanismos de obtención de la misma, acorde con los requerimientos formales establecidos en la normativa; y su incorporación al proceso.<sup>93</sup>

Ahora bien, como se explicó al inicio de este subtema, en Costa Rica se han

---

<sup>91</sup> *Ibíd.*

<sup>92</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: Resolución n.º 01098-2014 del 1 de julio del 2014, 15:21 horas.

<sup>93</sup> *Ibíd.*

adoptado las doctrinas del *common law* sobre la prueba ilícitamente obtenida. El principal precursor de esta tendencia es la Sala Constitucional, despacho que realiza una interesante mezcla entre la regla de exclusión del sistema anglosajón y el derecho constitucional al debido proceso, que se encuentra tutelado en el numeral 39.

**Sobre la prueba ilícita, sus derivados (regla de exclusión) y excepciones.- Dentro de una sociedad democrática, todas aquellas pruebas obtenidas, producidas, recolectadas o introducidas al proceso penal, al margen de los cánones legales y previamente establecidos, deberían excluirse de su consideración dentro del proceso penal, tanto por un interés privado de la defensa (en tutela de sus derechos y garantías), como por un interés superior y público, pues sin duda, a la colectividad le debe interesar la correcta aplicación del Derecho. Sin embargo, nuestra legislación como otras distingue entre los vicios que puedan afectar la validez de una prueba, entre aquellos denominados “absolutos” y otros “relativos” ...** Ahora dentro de la primera categoría, es decir, de los defectos absolutos una de las hipótesis alude a la inobservancia de derechos y garantías otorgados al imputado dentro de la Constitución Política o la normativa internacional aplicable; lo que alude a determinadas garantías judiciales que representan un quebranto al debido proceso, entre ellas, la consideración de prueba ilícita como fundamento de las resoluciones judiciales. **Hablamos de prueba ilícita como aquella prueba obtenida, incorporada al proceso o valorada en quebranto de los derechos fundamentales, que conlleva perjuicio para alguna de las partes del proceso.** En el contexto del derecho procesal penal se trata de la lesión al debido proceso (garantía judicial consagrada en el artículo 39 de la Constitución Política y en instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8); pero también del quebranto de otros derechos fundamentales de todo ciudadano: la dignidad, la salud, la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones,

etc. ... Tampoco se acepta como válido utilizar pruebas directamente relacionadas o derivadas de prueba ilícita, que corresponde a la denominada “Teoría del fruto del árbol envenenado”.<sup>94</sup> (El resaltado es mío).

En el anterior párrafo se puede observar como la Sala Constitucional toma en cuenta dos factores para arribar a la conclusión de qué es prueba ilícita. El primer concepto que usa es el anglicismo de la regla de exclusión y, el segundo, el concepto criollo de nulidades absolutas y nulidades relativas. Aunado a la teoría de la Sala Constitucional, la antigua Sala de Casación de la Sala Tercera también aborda el tema de las exclusiones probatorias, incorporando técnicas de cómo debe valorarse la prueba en caso de encontrarse frente a estos problemas de evidencia espuria.

Pese a ello (sea la supresión de la prueba ilícita y sus consecuencias) y dados los intereses involucrados, se crearon varias tesis o posiciones que procuraban conciliar entre los derechos y garantías del individuo sometido al proceso penal y el ejercicio de tutela judicial efectiva dentro de un Estado de Derecho; originando excepciones a esas exclusiones probatorias, proponiendo opciones diversas, entre ellas: la no contaminación de pruebas restantes; la desconexión causal entre la ilícita y otras obtenidas; eliminación de la condición ilícita de la prueba por asumirse el riesgo, etc. Algunas de esas excepciones son: (i) Teoría de la supresión hipotética. Se analiza que una prueba será determinante y su invalidez afectará de manera esencial la motivación del fallo, si eliminada o suprimida, necesariamente la decisión del fallo hubiese sido distinta. Es una ponderación donde se examina si suprimido todo el valor probatorio de la prueba ilícita y sus derivados, la fundamentación sobre el reproche penal subsiste, ya sea, porque la prueba eliminada no era determinante, no era la única disponible, etc.”<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Consulta judicial: resolución n.º 2529- 1994 del 31 de mayo del 1994, 15:06 horas.

<sup>95</sup> Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación: resolución n.º 2011-1487 del 4 de noviembre del 2011, 8:28 horas.

### **2.5.2 Jurisprudencia relativa a la prohibición de autoincriminación e inviolabilidad de las comunicaciones en el derecho comparado y en Costa Rica**

Esta jurisprudencia resulta relevante, puesto que las intervenciones telefónicas se asemejan al agente encubierto en tanto que, en su práctica, podrían vulnerarse dos de las garantías constitucionales mencionadas anteriormente: a) la intimidad (que engloba tanto la intervención de las comunicaciones, correspondencia y demás, así como las infiltración en oficinas, hogares y otros ámbitos de la esfera privada) y b) el derecho a la no autoincriminación.

Es por lo anterior que realizar una analogía de los alcances y limitaciones a nivel probatorio de ambas técnicas de investigación es completamente válido y enriquecedor para el presente trabajo, sobre todo al ser la técnica del agente encubierto un tema escasamente desarrollado a nivel doctrinal y jurisprudencial.

Por ejemplo, con respecto al tema de la autoincriminación en las escuchas domiciliarias, la jurisprudencia en el derecho comparado, específicamente en Alemania, señala que se debe considerar ilegal aquella prueba de intervención telefónica conseguida mediante ardid, ya que lo importante no es la plataforma mediante la que se consiga (sea intervención de teléfonos, interrogatorio directo o uso de un agente encubierto), sino la realización de la interpelación mediante el engaño, sin que el acriminado conozca el objetivo del interrogatorio y la función de quien la realiza.

No obstante, como es la tendencia en la legislación alemana sobre las limitaciones probatorias, siempre existe una vertiente utilitarista (término contrario al

garantismo) que sostiene que, en caso de que el delito sea muy grave, sí se le puede dar validez a la prueba, lo cual “puede acercarse mucho a la lesión del principio *nemo tenetur*. De la «proximidad a este principio» y al «principio del procedimiento» llevado a cabo con lealtad se deriva entonces que un interrogatorio por ardid, sólo es admisible cuando se trata de hechos punibles “de importante significado...”<sup>96</sup>.

En relación con el tema que aquí acontece, existe un parecido innegable entre el uso del interrogatorio mediante ardid y la técnica del agente encubierto. La intervención del infiltrado es pasiva en cuanto no provoca el delito, como lo hace el agente provocador, pero sí podría tener una participación como interlocutor de los acriminados, en la cual obviamente existe un engaño de por medio, pues los investigados desconocen la identidad y finalidad real del agente. Por ende, se genera un interrogatorio mediante ardid.

Por otra parte, la Gran Sala deja entrever que la utilización de un interrogatorio por ardid también podría ser inadmisibles cuando un agente provocador es colocado en la celda de un imputado para espialo, cuando la conversación es grabada en una cinta, cuando una relación amorosa intencionalmente para obtener informaciones y cuando se hace intervenir a una persona en particular, a pesar de que con anterioridad el imputado ya había manifestado en un interrogatorio en forma expresa que no quería hacer declaración alguna sobre la causa.<sup>97</sup>

Es importante acotar que, a pesar de que la cita anterior menciona al agente provocador y no al agente encubierto, ambas figuras se confunden constantemente en

---

<sup>96</sup> Claus Roxin, *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias* (Buenos Aires: Hammurabi, 2008), 64.

<sup>97</sup> *Ibíd.*



la doctrina. Sin embargo, si bien es cierto que el provocador trabaja mediante ardid, lo hace para provocar el delito, y no necesariamente para obtener confesiones de los reos.

### Jurisprudencia nacional

En cuanto a la jurisprudencia nacional, el tema recurrente sobre la intervención de las comunicaciones gravita en torno a la vulneración del bien jurídico *intimidad*, que se encuentra tutelado a nivel constitucional en el artículo 24.

Las resoluciones de la Sala Tercera desarrollan, principalmente, tres puntos medulares respecto de las escuchas telefónicas. La primera razón que los magistrados exponen en sus resoluciones es que esta técnica de investigación es altamente lesiva para el derecho fundamental *intimidad* y que, por esto, requiere que su ejecución cuente con el aval de un juez de garantías. La intervención telefónica “implica como resultado la escucha real de las comunicaciones de las personas, invade al máximo su rango de intimidad, por lo que, de conformidad con el artículo 24 de la Constitución Política y el numeral 9 de la Ley que autoriza las intervenciones telefónicas, se requiere la autorización de un Juez (...)”<sup>98</sup>.

La segunda consiste en que, al ser la intervención telefónica una forma de persecución penal que vulnera derechos tutelados en la Carta Magna y en convenciones de derechos humanos, la omisión de las reglas establecidas para su utilización son vulneraciones al debido proceso y que, por tanto, su desacato implica la anulación de la prueba.

---

<sup>98</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: Resolución n.º 00511-2012 del 16 de marzo del 2012, 11:12 horas.

... la inobservancia del deber de fundamentar la decisión que justifica la afectación de un derecho fundamental, como lo es en el presente caso, el derecho a la intimidad, la libertad y el secreto de las comunicaciones, conforme a lo establecido en el artículo 24 de la Constitución Política, sí constituye una vulneración del debido proceso. Es oportuno aclarar al recurrente que, la exigencia de fundamentar las decisiones judiciales, sobre todo cuando está de por medio un derecho o garantía fundamental, no constituye una mera formalidad, tal y como y como se desprende del fondo de su alegato, ya que un sistema de derecho penal democrático como el que rige en nuestro ordenamiento jurídico, impone que la intromisión estatal en el marco de derechos fundamentales, reconocidos y protegidos constitucionalmente, debe cumplir con todos y cada uno de los presupuestos legales taxativamente establecidos para que sea legítima su vulneración.<sup>99</sup>

Por su parte, la Sala Constitucional ha resaltado la importancia de la ley 7425 como mecanismo para proteger el artículo 24 de la Constitución Política y otorgar un debido proceso a aquellas técnicas de investigación que requieran ingresar en el ámbito de la intimidad del acriminado para tornarse efectivas.

Como complemento a la citada reforma constitucional, la Asamblea Legislativa emitió la "Ley sobre registro, secuestro y examen, de documentos privados e intervención de las comunicaciones" Número 7425 de 1 de agosto de 1994, que regula celosamente las condiciones en que las comunicaciones orales y escritas pueden ser intervenidas, a fin de que, la intromisión en el ámbito de intimidad de una persona determinada no resulte ilegítima. En su artículo 1, dispone que los Tribunales de Justicia podrán autorizar el registro, secuestro o el examen de cualquier documento privado, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos penales

---

<sup>99</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: Resolución n.º 00659-2008 del 13 de junio del 2008, 9:58 horas.

sometidos a su conocimiento.<sup>100</sup>

Ambas posturas forman la base para comprender la necesidad de crear una ley especial en Costa Rica que regule la actuación del agente encubierto, y con mayor razón, la del agente provocador, tal cual ocurre en ordenamientos jurídicos que han servido de marco para el nuestro, como en el español y el argentino.

---

<sup>100</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 03890-2007 del 20 de marzo del 2007, 15:51 horas.

### **Capítulo 3: El agente encubierto y su funcionalidad en la investigación delictiva**

*Entre las amenazas a la paz y a la seguridad en el siglo XXI se cuentan no sólo la guerra y los conflictos internacionales, sino los disturbios civiles, la delincuencia organizada, el terrorismo y las armas de destrucción en masa... Todas ellas pueden socavar a los Estados como unidades básicas del sistema internacional.*

**Kofi Annan, exsecretario de la ONU**

#### **3.1 Antecedentes históricos de las figuras de *agente encubierto* y *agente provocador***

Las opiniones sobre el origen de las figuras de *agente encubierto* y *agente provocador* señalan en distintas direcciones; sin embargo, la mayoría de los autores consultados coinciden en que los primeros registros se remontan a la antigua Roma, bajo el nombre de “colaboración encubierta”. A pesar de la diferencia en la nomenclatura, los fines eran los mismos que actualmente posee la figura, es decir, la obtención de detalles de una actividad delictiva a través de la infiltración de una persona, en concurso con quienes ostentan el poder, para lograr la persecución del ilícito. La diferencia con la actualidad es que esta actividad era un precedente y no propiamente una táctica investigativa con la rigurosidad que exige el derecho contemporáneo.

Sin embargo, los ejemplos de esa época no constituyen un método investigativo propiamente dicho, ni son aplicados por una autoridad, pero si establecen un antecedente a los métodos de investigación utilizados en la

actualidad, y evidencia que, a través de la historia se han practicado técnicas de encubrimiento para lograr describir actos ilegítimos.<sup>101</sup>

“El antecedente histórico más importante del agente encubierto, es por tanto, la institución conocida como *agent provocateur*”<sup>102</sup>. Esta figura de investigación, definida en aquel entonces como *el delator*, empieza a tomar su forma en Francia, durante los siglos XVII y XVIII, en medio del espionaje político de la época absolutista. Su objetivo era que los ciudadanos informaran al príncipe de las sublevaciones o revueltas que se gestaran en su contra.

Quienes ostentaban el poder, procuraban asegurarse su posición, investigando las convecciones íntimas y firmes de los ciudadanos, y estableciendo cuáles de estas resultaban contrarias a la dirección política del mismo Estado, para así determinar los enemigos políticos y mantenerse alerta ante cualquier atentado. Esta situación pone en auge la clase de los **delatores privados**: la necesidad del soberano de reforzar su poder por medio de la identificación y la eliminación de los adversarios del régimen (...) de esta forma los delatores privados actuaban de forma encubierta, se ganaban la confianza de los ciudadanos sospechosos, y lograban determinar si en ellos existe aversión a las tendencias del Estado, y si ese era el caso, lo denunciaban a la autoridad pública.<sup>103</sup> (El resaltado es mío.)

Es importante aclarar, antes de continuar con la explicación de la figura, que en la actualidad se realiza una diferencia conceptual entre las figuras de *agente encubierto* y *agente provocador*. Esta sutil distinción será profundizada a lo largo del presente capítulo;

---

<sup>101</sup> Juan Pablo Esquivel Vargas, “El agente encubierto y el agente provocador de narcotráfico en el derecho penal” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2006), 9.

<sup>102</sup> Flavio Cardoso Pereira, *Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos* (Salamanca: Juruá, 2012), 325.

<sup>103</sup> Esquivel Vargas 2006, 10.

sin embargo, ante la explicación anterior, se debe aclarar que la línea que las divide es tan delgada que, aún en la actualidad, las figuras son confundidas tanto en la jurisprudencia como en la doctrina.

Posterior al absolutismo francés, ambas figuras retoman fuerza con el nacimiento de la criminalidad organizada, especialmente la globalizada, como el tráfico de drogas. Las tecnologías de comunicación y transporte han refinado el arte delictivo organizado, que como consecuencia generó en los cuerpos policíacos la necesidad de renovarse. Aunado a esto, se han generado modificaciones en los instrumentos jurídicos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, celebrada en Viena el 20 de diciembre de 1988.

En la Convención de las Naciones Unidas se buscó la adopción de las medidas necesarias, tanto legislativas como administrativas, para hacer frente a este tipo de delincuencia con la mayor eficacia posible. Así mismo, cabe destacar la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, realizada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, donde se buscó promover la cooperación internacional entre los Estados para prevenir y combatir eficazmente esta clase de delincuencia.<sup>104</sup>

La infestación mundial del crimen organizado obligó a la política a permitir que los cuerpos policiales pudieran, como dicen Gomez de Liñao y Fonseca Herrero (citadas por Cardoso), “incrementar la eficiencia de la lucha contra la criminalidad organizada, existe una tendencia a crear instrumentos extraordinarios”<sup>105</sup>. Es entonces que renace la técnica

---

<sup>104</sup> Andrés David Ramírez Jaramillo, *El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación* (Colombia: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010), 21.

<sup>105</sup> Cardoso Pereira 2016, 313.

investigativa del agente encubierto como una herramienta valiosísima para el desmantelamiento de este tipo de fenómeno. “Téngase presente, además, que el argumento político-criminal es bastante significativo, puesto que la actuación del infiltrado tiene por objeto afrontar situaciones criminales graves”<sup>106</sup>.

En Costa Rica, se empezó a usar la investigación encubierta como herramienta de investigación en el inicio de los años ochenta. Esto ocurre por la veda de compra ilegal de dólares, práctica usual en las calles josefinas. En la averiguación de los casos de compra de dólares de los Estados Unidos, se realizaban compras vigiladas, equivalentes a las que se realizan en la actualidad en la pesquisa de delitos de tráfico de estupefacientes.

Al igual que en el caso del agente encubierto, el origen del agente provocador es bastante discutido por la doctrina. Ambas figuras coinciden en encontrar su antecedente más claro en el derecho griego. Pero, como se dijo al principio del presente subcapítulo, es hasta la Francia del periodo absolutista que nace la expresión de *agent provocateur*.

Esta expresión dice relación con actividades de espionaje político surgidas en Francia bajo los Gobiernos de Luis XIV y Luis XVI, en la que determinados “agentes” promovían disturbios, atentados, con el objetivo de crear un estado en la que se fundamentaran medidas de persecución contra los enemigos del régimen absolutista. Fue conocida la provocación con fines políticos en la época de Luis XIV, con la organización policial a las órdenes del marqués de Argenson, cuya finalidad era, por una parte, la realización de acciones criminales con tintes políticos y por la otra la creación de un clima

---

<sup>106</sup> *Ibid.*, 316.

en el cual se pudiera desarrollar la toma de medidas coercitivas desde el punto de vista social. La institución pasó del espionaje a la provocación.<sup>107</sup>

No fue sólo una estrategia conocida por los franceses, sino que también los españoles la utilizaron en el año 1478, con la Inquisición Española. En este caso, se “hacía uso de personas que incitaban a otras a reconocer su falsa conversión o a llevar a cabo determinados actos para descubrir a otros en contubernio, también para acabar con heresiarcas o con monjes que derivaban desde el catolicismo al protestantismo”<sup>108</sup>.

Sobre el agente provocador existe otro antecedente importante que acontece en Alemania. Muñoz Sánchez, uno de los principales escritores sobre el tema, indica que, desde el punto de vista dogmático, “la recepción de la expresión -Agente provocador- en la Ciencia penal se inicia en Alemania a principios del siglo con el mismo contenido y valor adquiridos en el entorno sociopolítico...”<sup>109</sup>. Es hasta este punto que la técnica del provocador empieza a tomar forma conceptual dentro del desarrollo de la doctrina del derecho penal. “Tal procedencia se expresa de la terminología empleada: la expresión que se utiliza es la originaria de –agent provocateur– que se acompaña alguna vez con el término alemán Lockspitzel (literalmente significa espía –spitzel– que seduce –locken)”<sup>110</sup>.

En cuanto a la figura provocadora en Costa Rica, esta se empieza a utilizar por primera vez cuando se inicia la investigación y persecución del consumo de cocaína en San

---

<sup>107</sup> Felipe Sologuren Insua, “El agente encubierto: ¿Peligro o beneficios en estados democráticos?” (Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2008): 9.

<sup>108</sup> Julián López-Muñoz, *Criminalidad organizada: Aspectos jurídicos y criminológicos* (Madrid: Dykinson, 2015): 157.

<sup>109</sup> Juan Muñoz Sánchez, *El agente provocador* (Valencia: Tirant Lo Blanch 1995), 33.

<sup>110</sup> *Ibíd.*, 34.



José. En principio, no se le llamó *agente provocador*, a pesar de tener el mismo objetivo de instigar la comisión del delito: “se acudió a recibir colaboración por parte de lo que se llamaba “*ganchos*”, que eran particulares de la clase obrera, que se encontraban relacionados con la narcoactividad, pero que, a la vez, trabajaban conjuntamente con la policía”<sup>111</sup>.

Es en los años ochenta cuando, finalmente, la jurisprudencia nacional comienza a brindarle espacio al tema y, por primera vez, se nombra a la técnica de investigación con el nombre de *agente provocador*. Sin embargo, hasta la fecha, tanto la figura de agente encubierto como la de agente provocador son utilizadas indistintamente en la jurisprudencia nacional, lo cual crea un desorden conceptual y una incapacidad para hacer la distinción entre ambas.

## **3.2 El agente encubierto**

### **3.2.1 Concepto de la figura**

El agente encubierto es el sujeto, perteneciente a la policía, que oculta su verdadera identidad con el objetivo de infiltrarse en una organización criminal a fin de obtener la prueba necesaria para dismantelar la asociación ilícita. “Es el policía o quien actúa en su nombre, para poner en descubierto una actividad delictiva que se está generando, se infiltra

---

<sup>111</sup> Mónica Fonseca Jiménez y Laura Salas Boschini, “El delito experimental en materia de narcotráfico” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002): 5.

como participante, pudiéndose hallar tanto en concurso facultativo como en la participación necesaria”<sup>112</sup>.

Otra definición es que “el agente encubierto se configura, junto con la entrega y circulación vigilada, como un instrumento procesal que nace con la vocación de hacer frente a la criminalidad organizada, de forma exclusiva y excluyente”<sup>113</sup>.

Un concepto aún más completo, en relación a la legislación española, dice lo siguiente:

Agente encubierto sería entonces el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, **actúa pasivamente con sujeción a la ley y bajo control del Juez**, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y *modus operandi*, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos.<sup>114</sup> (El resaltado es mío).

El texto subrayado indica dos aspectos que las otras definiciones mencionaban y que son vitales para la comprensión del presente trabajo de investigación. Lo primero es que el agente encubierto actúa de forma pasiva, es decir, en ningún momento coadyuva ni provoca el delito, contrario a la figura del agente provocador. Lo segundo es el control jurisdiccional que la actividad del infiltrado debe tener, como se verá más adelante en función del respeto al debido proceso.

---

<sup>112</sup>Edwin Duarte Delgado, “El agente encubierto en los delitos de narcotráfico”. *Revista Iustitia*, n.º 158, año 14, (2000): 26.

<sup>113</sup>Rocío Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado* (Valencia: Tirant Lo Blach, 2010), 93.

<sup>114</sup>Cardoso Pereira 2016, 329 y 330.

Este control proveniente de un juez, en el caso específico de España y Argentina, parte de que la figura del agente encubierto es un actividad de investigación inusual que se hace necesaria cuando la investigación tradicional no logra llegar a la médula del problema, pero que, por su forma de llevarse a cabo, puede vulnerar derechos fundamentales de los investigados.

Por lo general la doctrina sostiene que este tipo de figuras son técnicas de investigación extraordinarias para la persecución penal de delitos de especial peligrosidad o de difícil esclarecimiento, como los perpetrados por grupos del crimen organizado, utilizadas cuando los métodos tradicionales de investigación han fracasado o no aseguran el éxito para llevar a cabo el juzgamiento de dichas conductas. Por lo tanto, son actuaciones que deben estar sometidas a un especial sigilo y cuidado, procurando la mayor reserva de la información que se recoja, para evitar tanto el peligro para la investigación como para el agente.<sup>115</sup>

Otra definición más amplia para describir esta figura la ofrece Rives Seva en el siguiente fragmento:

... aquella persona que, integrada, de ordinario, dentro de la estructura orgánica de los servicios policiales o de acuerdo a estos, se introduce, ocultando su verdadera identidad, dentro de la organización criminal, con la finalidad de recabar información de la misma y proceder, en consecuencia, a su desarticulación. Es medio personal, que al igual que al infiltrado, el confidente y el delincuente arrepentido, están predispuestos para el descubrimiento de delito.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> Ramírez Jaramillo 2010, 28.

<sup>116</sup> Antonio Pablo Rives Seva. *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. (Pamplona: Editorial Aranzadi, 1996), 16.

### **3.2.2 Contexto y desarrollo de la figura del *agente encubierto***

Para entender a cabalidad la figura de investigación encubierta, es menester hacer un recorrido por la historia de la criminalidad transnacional, fenómeno de desarrollo relativamente reciente y que, hasta la fecha, se encuentra dentro de las agendas políticas para poder mitigar los crueles estragos que han provocado, especialmente en Latinoamérica. Debido a esto, el presente subcapítulo se divide en tres grandes temas: el primero describe en qué consiste la delincuencia organizada; el segundo presenta la teoría del derecho penal del enemigo como guerra abierta contra el crimen organizado y, finalmente, el tercer apartado define el papel del agente encubierto en los dos ámbitos anteriores y su relación con los derechos humanos.

#### **3.2.2.1 *El crimen organizado en el siglo XXI***

Es imposible hablar sobre estas figuras –agente encubierto y agente provocador– sin contextualizar su desarrollo dentro de la lucha contra el crimen organizado. Básicamente, el crimen organizado se podría definir como un grupo de personas sistematizadas con el fin único de delinquir. Si se piensa en las implicaciones limitadas de dicha definición sería fácil deducir que el crimen organizado existe desde tiempos inmemoriales, pues la capacidad de los seres humanos para congregarse y realizar actos en contra de las reglas ha existido desde siempre. Por ejemplo, uno de sus primeros antecedentes registrados se puede encontrar en 1685,

... cuando por primera vez en un texto siciliano, se manejó el término de la mafia. Este término fue evolucionando y, particularmente, en el siglo XVIII

se refirió de manera muy particular, a una organización muy cerrada de tipo de delincencial, incluso hasta nuestros días, este término designa a la vez, a un grupo criminal históricamente radicado en Sicilia y, por otro lado, la mafia, se refiere a un grupo delincencial, de una estructura cerrada, con un enorme potencial violento y, de manera muy particular, también a que tienen relaciones de poder y de fidelidad muy connotadas...<sup>117</sup>

Es después de la época posindustrial, específicamente con el desarrollo de los medios de transporte y de comunicación, que las fronteras entre los países desaparecen. Esto da lugar a un crimen organizado de carácter transnacional, cuyo fin va más allá de delinquir, pues toca la obtención de dinero y de poder. “Una definición pragmática se viene empleando entre miembros de las fuerzas de seguridad el Estado basada en su concepto empírico de *–criminalidad–* adjetivado por *organizada internacional* como elemento diferenciador de la delincuencia organizada o no”<sup>118</sup>. Con lo anterior se entiende que una característica *sine qua non* para catalogar la delincuencia como organizada es que sea de índole transnacional.

López Muñoz indica que, para la doctrina sobre delincuencia organizada, ha sido muy difícil producir un concepto único sobre el tema, dada la diversidad de actividades ilícitas que se pueden catalogar como crimen organizado. Sin embargo, el autor toma la siguiente definición como la más acertada para describir el fenómeno criminal:

... en el Grupo de Trabajo sobre Delincuencia Organizada durante el coloquio celebrado en Saint Cloud de 1998 se definió a la delincuencia organizada como: Cualquier asociación o grupo de personas que se dediquen

---

<sup>117</sup> Israel Alvarado Martínez, “Delincuencia organizada”, en *Procedimientos penales especiales*, ed. Israel Alvarado Martínez (Distrito Federal: Porrúa, 2006), 4.

<sup>118</sup> López-Muñoz 2015, 22.

a una actividad ilícita ininterrumpida y cuyo objetivo sea obtener beneficios, haciendo caso omiso de la existencia de fronteras nacionales.<sup>119</sup>

Las definiciones sobre esta tendencia suelen ser tan escuetas como la anterior, debido a que la pluralidad de actividades que pueden catalogarse como crimen organizado no permiten crear un concepto uniforme. Lo importante es poder definir si una actividad delictiva tiene las características para entrar en esa denominación. Entre los criterios que utiliza la policía para estudiar y definir una actividad como delincuencia organizada se encuentran “la propia organización, su estructura, jerarquía, temporalidad, empleo de la violencia, adaptación al medio, entre otros”<sup>120</sup>. No obstante, a fin de cuentas “el crimen organizado está asociado a la producción de dos tipos de bienes: la protección y la venta de otros bienes y servicios ilegales”<sup>121</sup>.

Para aclarar el tema de la heterogeneidad de actividades que se pueden englobar dentro de este fenómeno delictivo, es menester hacer referencia a los criterios mencionados anteriormente, como la estructura, el uso de violencia, la adaptación al medio, etcétera, porque es justo en el análisis de dichos rubros donde se puede vislumbrar la variedad en las actividades. Por ejemplo, entre las actividades ilícitas dentro de este tipo de criminalidad, se pueden mencionar el narcotráfico, la trata de personas, la corrupción (también conocida como crímenes de cuello blanco), los delitos ambientales, los delitos cibernéticos, el tráfico de órganos, entre muchos otros.

---

<sup>119</sup> Joaquín Delgado Martín, *Criminalidad organizada*. (Málaga: J. M. Bosch Editor, 2001), 53.

<sup>120</sup> López Muñoz 2015, 29.

<sup>121</sup> Manuel Villoria Mendieta, *Crimen organizado y corrupción: Causas y consecuencias en la lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea* (Madrid: Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2012), 66.

Concretamente se ha establecido un sistema de once indicadores, según el cual para considerar que un delito o un grupo delictivo pertenece a la categoría de la delincuencia organizada deberá responder como mínimo a seis de las características enunciadas en la siguiente lista, cuatro de las cuales deben ser necesariamente las que conllevan los números 1, 3, 5 y 11.

1. *Colaboración de más de dos personas.*
2. Cada una de las cuales con funciones específicamente asignadas.
3. *Por un período prolongado o indefinido.*
4. Recurso a algún tipo de disciplina o de control.
5. *Sospechosas de la comisión de delitos graves.*
6. Actuando a nivel internacional.
7. Usando violencia u otras formas de intimidación.
8. Que recurran a estructuras comerciales o de negocios.
9. Implicadas en el blanqueo de dinero.
10. Que ejerzan influencia sobre políticos, medios de comunicación, administración pública, poder judicial o económico.
11. *Motivadas por la búsqueda de beneficio o de poder.*<sup>122</sup>

Este tipo de delincuencia, en especial la que utiliza violencia de por medio, ha sido uno de los grandes problemas para la seguridad ciudadana, particularmente en los países latinoamericanos, donde su estructura económica desigual y su inestabilidad política producen un nicho perfecto para el desarrollo del narcotráfico.

En América Latina y el Caribe, donde centramos en principio nuestra atención, un número apreciable de países de la región padece simultáneamente una situación de debilidad tanto de su régimen político como del Estado que lo contiene, a causa fundamentalmente del subdesarrollo económico. Más en concreto, cierto número de países de la

---

<sup>122</sup> López-Muñoz 2015, 40.

región sufren regímenes democráticos no consolidados y vulnerables, de baja calidad, contenidos en Estados también frágiles. Las dos diferencias obvias con países desarrollados en apuros (o en muchos apuros) son, primero, la debilidad del Estado; y después, que esa suma de debilidades coincide con un grave fenómeno de inseguridad asociado al crimen organizado y la violencia.<sup>123</sup>

Los estragos sociales del crimen organizados son tan diversos como las actividades que pueden catalogarse como tal. La seguridad ciudadana y los índices de homicidios son fiel reflejo de las consecuencias de este tipo de criminalidad en las sociedades. Es posible que estas consecuencias sean las más obvias, sobre todo si los medios de comunicación coadyuvan a la difusión de noticias con alto contenido de violencia.

Otro valor social altamente lesionado por culpa de la delincuencia organizada es la efectividad para mantener el control de los poderes políticos. “De ahí surge la idea de que en la actualidad las organizaciones criminales están retando abiertamente a las instancias públicas por el control territorial, lo cual implica un desafío de primer orden para un sistema democrático”<sup>124</sup>.

El efecto anterior se ve reflejado, finalmente, en el descontento social con el sistema político-democrático, al cual perciben como corrupto e incapaz de proveer seguridad a sus ciudadanos. “Partiendo de esta premisa, se extrae la conclusión de que la democracia en América Latina se ve afectada por las acciones del crimen en aspectos como el

---

<sup>123</sup> Carlos Jiménez Piernas, “Fragilidad institucional frente a crimen organizado y violencia”, en *América Latina: sociedad, economía y seguridad en un mundo global*, coord. Guillermo Fernández de Soto y Pedro Pérez Herrero (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013), 309.

<sup>124</sup> Gunther Maihold. “Crimen organizado y sistema democrático”, en *América Latina: sociedad, economía y seguridad en un mundo global*, coord. Guillermo Fernández de Soto y Pedro Pérez Herrero (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013), 280.



funcionamiento y la legitimación de las instituciones del Estado y la política, con lo que aumenta la disposición de los ciudadanos para optar por soluciones «antidemocráticas»<sup>125</sup>.

La incapacidad de los estados de contener esta invasión criminal los ha obligado a ir más allá de sus fronteras, y es que el derecho penal interno se queda corto en la persecución de este tipo de delito transnacional, especialmente por el principio de territorialidad de la ley penal.

Indudablemente nos encontramos ante un serio problema: una fenomenología criminal que trasciende las fronteras de los Estados nacionales con cada vez más capacidad para hacer frente a los mismos y de incrementar sus ganancias ilícitas y, de otro lado, una ley penal que está creada y aplicada dentro de las frágiles fronteras de los territorios nacionales.<sup>126</sup>

Debido a esto, los Estados se han unido para crear herramientas de persecución penal de carácter internacional a través de las figuras del derecho público internacional, como los tratados internacionales y la pertenencia a las organizaciones no gubernamentales.

Específicamente contra la delincuencia transnacional, la Organización de Naciones Unidas (ONU) tiene una larga historia de acciones para su estudio y prevención. En 1975, durante su V Congreso en Ginebra, Suiza, se trata por primera vez del tema de las nuevas formas y dimensiones de la delincuencia, entre las que se analizó el crimen organizado.

---

<sup>125</sup> *Ibíd.*

<sup>126</sup> Laura Zúñiga Rodríguez. “El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas”, en *Política Criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, (Salamanca: Universidad de Salamanca, 2016): 163.

La segunda vez que la ONU trabajó el tema en específico fue en 1994, en la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada, con sede en Nápoles, Italia. En esta oportunidad, se aprobó la Declaración Política y el Plan de Acción Mundial de Nápoles. Estos, a su vez, dieron lugar a que en 1998 se gestara la Convención Internacional sobre la Delincuencia Organizada Transnacional, la cual fue suscrita por los países en el año 2000 en Palermo, Italia. De allí que sea conocida comúnmente como la Convención de Palermo.

La Convención, suscrita en Palermo en diciembre del 2000, no tuvo como propósito aunar legislaciones penales de las partes, no obstante arrancaba compromisos de adquirir estándares legislativos básicos en materia sustantiva y adjetiva para hacer frente a la delincuencia organizada, siendo su finalidad –promover la cooperación para prevenir y combatir más eficientemente la delincuencia organizada transnacional–.<sup>127</sup>

Además de sentar las bases materiales de la legislación contra el crimen organizado, este instrumento internacional sirvió para definir los aspectos generales del fenómeno criminal, por ejemplo, su estructura y las características para ser considerado un delito transnacional, así como las actividades y delitos pertenecientes a la delincuencia organizada. Tal cual explica López-Muñoz, todos estos aspectos fundamentales que son necesarios para armonizar las legislaciones y jurisprudencias de los distintos países<sup>128</sup>.

---

<sup>127</sup> López-Muñoz 2015, 31.

<sup>128</sup> *Ibíd.*

### ***3.2.2.2 El Derecho penal del enemigo como forma de lucha contra el crimen organizado***

Tal cual se narró en el apartado anterior, el crimen organizado es un fenómeno criminológico de alcance transnacional que causa estragos a nivel social, económico e incluso político. Su incidencia es tan fuerte y tan difícil de controlar que las legislaciones de los países que sufren sus efectos han tenido que modificarse y acoplarse a medidas del derecho público internacional para así lograr una contención internacional.

A pesar de los esfuerzos realizados en conjunto, para los gobiernos ha sido imposible dismantelar el crimen organizado y, por el contrario, la tecnología ha creado nuevas y complejas formas de delinquir. Las consecuencias del crimen organizado se sienten cada vez más en las sociedades, especialmente las latinoamericanas, y además son replicadas por los medios de comunicación masiva, lo cual produce una atmósfera de inseguridad y desprotección estatal. La desesperación de los ciudadanos y sus dirigentes políticos se manifiesta mediante la exigencia de mayores controles, penas más altas, persecuciones efectivas y demás.

Así, pareciera mostrarse que el debido proceso legal, el Estado de derecho y los derechos humanos obstaculizan una solución rápida y efectiva del problema y retardan o limitan la seguridad de la población en general. En otras palabras, ante la descomunal amenaza se prefiere la seguridad personal y en segundo lugar la de la sociedad— por encima de la estabilidad jurídica.<sup>129</sup>

---

<sup>129</sup> Jorge Rivero Evia, *El derecho penal del enemigo: ¿Derecho Penal de la globalización?* (Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2011), 4, <http://www.derecho.uady.mx/tohil/rev25/derechopenal.pdf>.

Ante este panorama, no se puede omitir una referencia a la teoría del Derecho penal del enemigo, original del tratadista alemán Günther Jakobs, la cual tiene una incidencia innegable en la lucha contra el crimen organizado. El escritor alemán desarrolla esta teoría en el 2004, en su libro *La ciencia penal ante los retos del futuro*: “con él, dice el citado penalista, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenazan a sus enemigos, conminado sus delitos con penas draconianas más allá de la idea proporcionalidad, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión del bien jurídico”.<sup>130</sup>

El Derecho penal del enemigo, según su más destacado defensor en el presente Günther Jakobs, se caracteriza por tres elementos:

- a. Se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad; el punto de referencia del ordenamiento penal, se encuentra proyectado hacia el hecho futuro, en lugar de lo que es habitual, en el hecho cometido;
- b. Las penas previstas son desproporcionadamente altas; y
- c. Determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso, suprimidas.<sup>131</sup>

Esta postura del Derecho penal frente a la necesidad de erradicar los delitos que amenazan la seguridad ciudadana presenta una disyuntiva: el respeto a la garantías en el proceso penal versus la eficiencia del sistema de persecución delictiva. Cardoso Pereira llama a esta situación *utilitarismo procesal anti-garantista* e indica que, “[e]n realidad, se

---

<sup>130</sup> Francisco Muñoz Conde. *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, 2ª ed., (Buenos Aires: Hammurabi, 2008), 37.

<sup>131</sup> Rivero Evia 2011, 18.

busca más celeridad y rigor en la aplicación de la ley penal, disminuyendo el respeto y derechos fundamentales de las personas sometidas a la persecución penal”<sup>132</sup>.

Muñoz Conde explica cómo reconocidos tratadistas en materia de Derecho penal manifiestan su preocupación por la creciente ola de persecución del *enemigo*, dejando de lado la médula del Estado de Derecho. Sobre lo concerniente, este tratadista indica que el Derecho penal del enemigo tiene “este carácter de Derecho penal excepcional, derogador de los principios básicos del Derecho penal liberal clásico, pero sobre todo, de los principios básicos del Derecho penal del Estado de Derecho”<sup>133</sup>.

Muñoz Conde señala además que esta tendencia moderna contra el *enemigo* es especialmente visible en delitos como el terrorismo, el crimen organizado, el tráfico de drogas y demás, producto del crimen internacional. “Son estos delitos y sus autores la principal preocupación de los gobiernos actuales, que proceden de la forma más dura y eficaz posible para combatirlos, incluso más allá de los parámetros admisibles en el Estado de Derecho”<sup>134</sup>.

Es importante hacer hincapié en la relación antagónica entre el Derecho penal del enemigo y el respeto por los derechos fundamentales. Dentro del desarrollo de este subtema se ha enfatizado que la persecución de las estructuras criminales que amedrentan actualmente la sociedad, a través del Derecho penal, provoca una clara colisión conceptual con los preceptos que pregona el Estado de Derecho.

---

<sup>132</sup> Cardoso Pereira 2016, 207 y 208.

<sup>133</sup> Muñoz Conde 2008, 39.

<sup>134</sup> *Ibíd.*, 51.

Ante el panorama anterior, la vía constitucional se ha convertido en la muralla que impide que las técnicas de investigación gestadas dentro del Derecho penal del enemigo transgredan los derechos fundamentales de los imputados. Especialmente en España, donde el Tribunal Constitucional ha declarado que el uso de ciertas técnicas de investigación transgrede los derechos humanos, las leyes vigentes han sido de vital importancia.

En España –aunque en los últimos años, salvo en materia de prisión preventiva, no se han hecho reformas procesales específicas– existen prácticas jurisprudenciales que admiten como prueba de cargo contra un acusado la “declaración del coimputado” (cfr. STS del 29/7/98, “Marey”), o la utilización como medio de prueba de grabaciones audiovisuales obtenidas de una forma que, como repetidamente ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo respecto al art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, violan la intimidad porque no respetan determinados principios y garantías.<sup>135</sup>

Esta sentencia, conocida también como *Valenzuela Contreras*, muestra un caso en el que el particular es investigado penalmente mediante la técnica de intervención telefónica y denuncia al Estado español ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por este extremo. Este tribunal “recogió la doctrina que venía desarrollando en la materia frente a otros Estados europeos y consideró que la legislación española no proveía la garantía suficiente para amparar la intervención telefónica y por ello estimó vulnerado el artículo 8.2<sup>136</sup> de C.E.D.H.”<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> Muñoz Conde 2008, 54.

<sup>136</sup> Este artículo protege el derecho al respeto a la vida familiar y privada.

<sup>137</sup> Caviedes Estanislao Escalante Barreto, *La indagación y la investigación en el proceso penal. El agente encubierto y la interceptación telefónica* (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2011), 146.

Este punto anterior es fundamental en la presente investigación, ya que, como se explicará con mayor detenimiento en el próximo capítulo, es a través del amparo constitucional que se ha logrado deslegitimar la intervención periodística mediante las figuras de agente encubierto y agente provocador.

### **3.2.3 Carácter extraordinario del agente encubierto**

Cuando se hizo referencia al concepto de *agente encubierto*, se mencionó en varias ocasiones que la utilización del agente infiltrado es una técnica de uso extraordinario por parte de la policía judicial. Esto significa que se debe apelar a este mecanismo sólo cuando las técnicas de investigación comunes no logran satisfacer la necesidad de la policía; es decir, es una especie de *ultima ratio* de las técnicas de investigación.

El agente encubierto se suma a una lista de técnicas de investigación modernas llamadas por algunos *Técnicas especiales de investigación*. Las anteriores se gestan en un contexto moderno donde las TIC actúan como protagonistas, entre las cuales se pueden mencionar las siguientes:

Entre las T.E.I. establecidas en el contexto internacional y luego implantadas en el C.P.P. colombiano se resaltan los métodos de investigación computarizada, la búsqueda del tipo “red de arrastre”, la observación e infiltración policial, las técnicas de operación encubierta, la aparición de medios técnicos de vigilancia con cámaras, el “gran ataque e interceptación y escuchas” telefónicas, el seguimiento pasivo, la recuperación de datos

dejados al navegar por Internet y el análisis genético que ha cambiado ampliamente las formas de demostrar aspectos biológicos en el proceso.<sup>138</sup>

Todas estas técnicas mencionadas representan un avance indescriptible en la investigación penal, pero todas coinciden en que su uso puede representar un retroceso en materia de respeto a los derechos humanos de los investigados, ya que tienen como común denominador el ingresar en la esfera privada del investigado. Estos medios investigativos pueden registrar los movimientos de una persona, escuchar sus conversaciones telefónicas, indagar la navegación de Internet, tener conocimiento absoluto de sus preferencias y datos personales, etc. Todas estas acciones invasivas de la esfera privada de las personas “no están lejos de procurar un control social de total vigilancia urbana y ciudadana”<sup>139</sup>.

Los dispositivos de vigilancia, seguridad, control y administración de la información, en la sociedad contemporánea, tienen una constante resistencia e implican injerencias en las prerrogativas iusfundamentales de los ciudadanos, tales como, la autodeterminación de la información, el derecho a la intimidad, el derecho al debido proceso y la no autoincriminación en el proceso penal.<sup>140</sup>

Y es que la justificación para utilizar métodos investigativos tan lesivos para los derechos fundamentales se origina en el incremento de la criminalidad organizada y la incapacidad de las fuerzas policiales para detener a estos grupos, “fenómeno que, acompañado de un escenario de violencia y corrupción, presenta un problema mundial que se expande contagiosamente por cualquier ámbito de la realidad, de consecuencias y

---

<sup>138</sup> Escalante Barreto 2011, 58.

<sup>139</sup> *Ibíd.*, 58.

<sup>140</sup> *Ibíd.*, 41.



dimensiones apenas calculables, pero, desde luego, de una intensidad y peligrosidad sin precedentes”<sup>141</sup>.

La limitación de las fuerzas tradicionales de investigación ante grupos criminales de alta complejidad estructural, sumamente violentos y con maquinaria destructiva de alto nivel y poderosa capacidad monetaria, como el narcotráfico o la trata de personas, queda en evidencia al no poder detener este nuevo tipo de delincuencia. El pánico social se apodera, entonces, del inconsciente colectivo. La población empieza a sentirse vulnerable ante la violencia criminal y exige la detención de los grupos que atacan su seguridad. En este punto, la política criminal aparece en el escenario creando las formas que permitirán luchar contra este tipo de delincuencia.

### ***3.2.3.1 ¿Quiénes pueden actuar como agentes encubiertos?***

El sujeto activo de la investigación a través de la figura de agente encubierto varía de una legislación a otra. En algunos casos, existen restricciones de carácter legal que solo permiten que las fuerzas policiales de investigación ejerzan como tales, mientras que, en otros países, no se encuentra regulado de manera expresa.

España, que cuenta con una de las legislaciones que más ha desarrollado tanto el tema del agente infiltrado como otras técnicas de investigación de uso extraordinario, es uno de los países que tiene la figura encubierta regulada. La principal razón para normativizar el uso del agente encubierto es que “estos métodos pasan por la utilización de

---

<sup>141</sup> Miguel Ángel Iglesias Río, *Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002), 1145.

sistemas extraordinarios, que al afectar derechos fundamentales deberán respetar los principios de legalidad por lo que sólo se emplearán medios contemplados por una ley que impida su utilización caso de existir otros medios legales menos lesivos; de proporcionalidad”<sup>142</sup> (el subrayado es mío).

En 1999 se reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando se añadió el artículo que habilita la figura legal del agente infiltrado. Según una memoria de la fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas de Madrid (citado por López-Muñoz), es conveniente delimitar la intervención del infiltrado y diferenciarla del agente provocador “y es precisamente en la actuación policial en donde hay que distinguir dos estadios: 1. La actuación policial que sirve para descubrir una infracción, ya consumada, del delito, y 2. La infiltración policial”<sup>143</sup>. Dicho artículo regula la figura del infiltrado de la siguiente forma:

Artículo 282 bis:

A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo

---

<sup>142</sup> López-Muñoz 2015, 124.

<sup>143</sup> *Ibíd.*,132.

relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre. Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.

- b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.
- d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.
- g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.
- i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.
- m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.

o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.

6. El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.

El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.

7. En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.<sup>144</sup> (El subrayado es mío).

---

<sup>144</sup> “Ley de Enjuiciamiento Criminal”, España, art. 282 bis (1882).

Del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se pueden extraer varios puntos importantes que se han subrayado para facilidad del lector. El primero es que el numeral limita a tal nivel el parámetro de acción del agente encubierto que no sólo indica los dos extremos funcionales de la figura, sino también bajo cuáles supuestos delitos puede actuar. Esta lista de crímenes es taxativa, con lo cual se reduce aún más el alcance de la investigación encubierta, demostrando fehacientemente su carácter extraordinario, como ya se ha dicho en varias ocasiones.

El otro aspecto que es menester resaltar es el respeto al principio de legalidad como columna vertebral en la utilización del agente encubierto. Ya se había mencionado que tanto el principio de legalidad como el de proporcionalidad eran fundamentales para poder utilizar la figura con el menor impacto posible a los derechos humanos del investigado. El principio de legalidad es visible dentro del artículo citado en los siguientes aspectos:

1. Con respecto al modo de realización, es importante aclarar que ni la policía ni la fiscalía tienen en sus manos la decisión final de la utilización de la técnica de investigación. Si bien es cierto que el órgano rector de la investigación (llámese fiscalía, ministerio público, ministerio fiscal u otro) tiene la capacidad de dirigir la investigación penal, en el caso de las técnicas de investigación extraordinarias, su uso debe ser aprobado por el juez de garantías.
2. Para actuaciones específicas del agente encubierto que puedan lesionar los derechos fundamentales del investigado, también se debe tener autorización del juez de garantías.

3. La captación y documentación de comunicaciones debe ser, de igual manera, autorizada mediante resolución fundada por el juez competente. Lo anterior en razón de que la finalidad del uso del agente encubierto no es sólo investigar, sino también recabar prueba que pueda ser utilizada en un eventual juicio penal.

La regulación en cuanto al sujeto activo del agente encubierto, como ya se explicó, ha sido decisión de la política criminal de cada país. Sin embargo, existen varias razones de importancia para apoyar una medida que limite su uso de forma exclusiva a fuerzas policiales de investigación criminal.

Siguiendo esta posición, se exige que las actuaciones policiales estén revestidas del más escrupuloso respeto a los principios constitucionales de dignidad de la personas y a su libre y espontánea determinación, y se prohíbe toda acción coactiva sobre la voluntad ajena, así como la utilización de medios ilícitos o éticamente reprobables, aunque su finalidad fuera la de llegar a lograr mayor efectividad en el cumplimiento de las leyes atinente a la represión y prevención de la delincuencia. Es decir, la absoluta legalidad o licitud es exigible tanto para los fines como para los medios utilizados para lograrlos.<sup>145</sup>

Evidentemente, la legalidad de las actuaciones, el apego a los principios constitucionales y el respeto a los derechos fundamentales son más resguardados si el sujeto activo se limita a un funcionario que tiene no solo el conocimiento sobre el tema, sino también el deber de lealtad y apego a sus funciones.

El otro argumento importante lo desarrolla González-Castell (citado por Cardoso Pereira), quien hace referencia a la regulación portuguesa sobre el tema. Indica que existen

---

<sup>145</sup> Cardoso Pereira 2016, 351.

dos riesgos en permitir que un tercero pueda ejercer como agente encubierto. El primero está relacionado con la posible infiltración de un “agente doble”, o sea un miembro de la propia organización criminal bajo investigación. El segundo se relaciona con la seguridad del individuo que se infiltra en una organización criminal de alto nivel de violencia.

En resumen, se puede afirmar que son cinco las objeciones que el empleo de civiles como infiltrados podrán ocasionar: el grave peligro que corre su seguridad y la seguridad de terceros, así como la propia investigación; el riesgo de que no haya control de los civiles, concretado en una falta de jerarquía de mando: el grave peligro de perder el control de las actividades encubiertas de los civiles; la falta de capacitación y competencia de los particulares; y la utilización problemática de las pruebas recabadas por particulares en una operación encubierta, especialmente en los casos de operaciones transfronterizas.<sup>146</sup>

### **3.3 Marco legal del agente encubierto en Costa Rica**

Tal cual se ha explicado con anterioridad, los agentes en cuestión han carecido, en general, de conceptualización mediante norma positiva, situación que se da también en Costa Rica. En dicho país, la utilización y alcance de la técnica del agente encubierto se ha definido mayoritariamente vía jurisprudencia, lo cual produce un vacío importante en cuanto a su relación con los límites de la figura que se han mencionado hasta el momento y que se desarrollaron por medio de la doctrina. Por ejemplo, sería necesaria una definición de quiénes pueden ser los agentes encubiertos, bajo cuáles circunstancias se puede usar esta figura en las investigaciones penales y, finalmente, cuáles son sus alcances probatorios.

---

<sup>146</sup> Cardoso Pereira 2016, 355.



Sin embargo, la oleada de criminalidad organizada, específicamente el narcotráfico que empezó en la década de 1980, obligó a los legisladores costarricenses a crear en 1998 una ley especial, la número 8204, llamada “Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo”. El tercer capítulo de dicha ley trata sobre el uso de policías encubiertos. A continuación, se presenta un breve análisis de aquellos artículos que mencionan al infiltrado.

Artículo 10: En las investigaciones que se conduzcan, relacionadas con los delitos tipificados en esta Ley, **las autoridades policiales y judiciales podrán infiltrar a oficiales encubiertos** para que comprueben la comisión de los delitos.<sup>147</sup> (El resaltado es mío).

Es importante resaltar, en primer lugar, el carácter extraordinario del uso de la técnica, que se evidencia cuando se permite a las autoridades policiales y judiciales utilizar policías encubiertos específicamente en los delitos que se describen en dicha ley. Como se puede extraer por su nombre, son delitos relacionados con el crimen organizado, lo cual concuerda con la explicación sobre el resurgimiento del agente encubierto y el agente provocador como técnicas especiales de investigación ante la globalización de la delincuencia organizada.

En segundo lugar, se debe analizar la legitimación activa en el uso de la técnica. El numeral no es claro en cuanto a quiénes pueden hacer uso de la figura de agente encubierto, ya que autoriza a dos entidades distintas, la policía administrativa y la judicial, pero no dice

---

<sup>147</sup> Asamblea Legislativa, “Ley 8204 Reforma a la ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo: 26 de noviembre del 2001”, *La Gaceta*, n.º 93 (11 de enero del 2002).

en ningún momento que sea una forma de investigación de uso restrictivo. Por lo tanto, queda el vacío sobre si la norma limita el uso o no. Para quien esto escribe, la interpretación debería ser restrictiva, en primer lugar, por el carácter extraordinario de la técnica y, segundo, porque el capítulo y la norma hablan de policías u oficiales encubiertos, lo cual sí parece restringir al sujeto activo.

Artículo 12.- Los policías encubiertos o los colaboradores policiales, nacionales o extranjeros, que participen en un operativo policial encubierto, deberán entregar al Ministerio Público, para el decomiso, las sumas de dinero, los valores o los bienes recibidos de los partícipes en actos ilícitos, como retribución por la aparente colaboración en el hecho. El fiscal levantará un acta y pondrá el dinero, los valores o los bienes a disposición del Instituto Costarricense sobre Drogas, salvo en casos de excepción debidamente fundamentados.

Este aspecto es importante en cuanto a la cadena de custodia; sin embargo, no aporta mayor información sobre otros aspectos de legalidad que conciernan al presente trabajo.

Una falencia importante de resaltar es que esta normativa no señala la necesidad de una autorización judicial para el uso del agente encubierto, como sucede en España y en Argentina. En estos países, la resolución fundada de un juez de garantías es imprescindible para resguardar los principios de legalidad y de proporcionalidad. En el caso específico de Costa Rica, la utilización del policía infiltrado depende de la decisión del Ministerio Público y no requiere que el juez de la etapa intermedia autorice su utilización, como sí sucede en otros tipos de técnicas de investigación que vulneran los derechos humanos, como el allanamiento o el levantamiento de datos bancarios.

El primer hecho que llama la atención es que en nuestra legislación la puesta en práctica del agente encubierto depende exclusivamente de la autoridades policiales, sin que se de la intervención de una autoridad judicial (caso de Argentina) o al menos un representante del Ministerio Público en su consentimiento (Alemania). Con tal circunstancia pueden originarse actuaciones policiales arbitrarias, autorizándose la implementación de un agente encubierto en los casos en cuales la naturaleza del hecho que se investiga, no pone de manifiesto su necesidad.<sup>148</sup>

Por su parte, a nivel jurisprudencial, la figura del agente encubierto es considerada como una técnica válida y que se puede utilizar para la desarticulación de grupos pertenecientes al crimen organizado. La Sala Tercera hace hincapié en la importancia de la obtención de prueba que pueda someter a los sospechosos a un proceso penal; sin embargo, no ahonda en cuál es el debido proceso para que esta obtención sea lícita, en especial si roza con los derechos fundamentales del inculcado.

En realidad en sentido amplio el “agente encubierto” se presenta en todos aquellos casos en que se infiltra una organización, o se tiene contacto incluso ocasional con otra persona dedicada a realizar hechos delictivos, con el fin de poder al descubierto a esas personas y someterlas a proceso penal, procurándose dos cosas básicas: por un lado obtener la prueba necesaria para acreditar el comportamiento ilícito de esas personas, y por otro tomar las precauciones necesarias para evitar que dichos sujetos alcancen el resultado que se proponían en el caso concreto. Los delitos que mejor se prestan para esta forma de actividad policial son los de encuentro o aquellos que requieren de transacciones sucesivas como el tráfico de drogas.<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup> Esquivel Vargas 2006, 75 y 76.

<sup>149</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación: Resolución n.º 20-F del 20 de enero de 1995, 9:20 horas.

Como se puede observar, tanto la legislación como la jurisprudencia costarricense son omisas en cuanto a los límites de un debido proceso para la introducción del agente infiltrado en la investigación penal. La atención sobre esta técnica ha gravitado principalmente en torno a temas más conceptuales que funcionales.

### **3.3 Validez de la prueba recabada a través del agente encubierto dentro del proceso garantista**

A lo largo de la historia, se han dado cambios cualitativos en la estructura del proceso penal. Es innegable que las sanciones, ya sea dentro de un proceso estructurado o como simple reacción social, datan desde antes de la historia moderna. No es difícil hallar ejemplos en libros antiquísimos, como la Biblia, el Corán, entre otros textos inmortales. Sin embargo, propiamente como proceso penal articulado, su inicio se da en la Antigua Roma, cuando se instauró un sistema coherente con la democracia incipiente. A este momento de la historia procesal penal se le conoce como *sistema acusatorio*. En la actualidad, quedan resabios de dicho proceso, por ejemplo, el principio de publicidad, la oralidad, los recursos de apelación, la denuncia pública, entre otros.

Con la llegada del oscurantismo medieval, el proceso cambió para dar nacimiento al llamado *sistema inquisitivo*. Este sistema se posiciona durante varios siglos y da origen al secretismo, la oculta calumnia, los delatores, el proceso escrito y demás características de este procedimiento indagatorio. Posteriormente, la Revolución Francesa y la instauración de la democracia en Occidente retoman varios de los principios propios del sistema

acusatorio, lo cual vuelve a traer axiomas como el principio de publicidad, el de legalidad y, por supuesto, el padre de los pilares del proceso penal actual, el principio de inocencia.

Este giro ideológico, aunado al nacimiento de los derechos humanos, cambia completamente el sistema procedimental para el juzgamiento de delitos de modo que el derecho penal se concibe como contención del poder punitivo del Estado.

Como es notorio desde la perspectiva de la filosofía política, los innumerables actos y las diversas enunciaciones sobre la fundación de la Modernidad estuvieron asociados a la idea básica de la necesidad de diluir y de contener a los poderes, principalmente a los punitivos. La experiencia proporcionada por los sistemas penales la Baja Edad Media, puso en marcha procesos políticos emancipadores y reforzó movimientos intelectuales críticos sobre la legitimidad y el ejercicio represivo de las agencias inquisidoras punitivas.<sup>150</sup>

Poco a poco, mientras la humanidad recorre las nuevas teorías sobre los derechos humanos, nace una nueva teoría que va de la mano de los sistemas acusatorios modernos y los actualmente conocidos como mixtos: la teoría del garantismo. Esta teoría busca concretar las garantías primordiales que deben ser inherentes al ser humano cuando es enfrentado a un juzgamiento penal y su finalidad es crear una contención ante la inmensidad del poder punitivo.

La teoría del garantismo penal ... presenta un interesante mecanismo de fomento de minimización de los poderes punitivos. De esta manera, visualiza la optimización de los derechos fundamentales desde la perspectiva crítica de la dogmática jurídico-penal, o sea, percibe el sistema normativo

---

<sup>150</sup> Salo De Carvalho, "Criminología, garantismo y teoría crítica de los derechos humanos: Ensayo sobre el ejercicio de los poderes punitivos", *Novum Jus*, Vol. 3, n.º 1, (enero de 2009): 168.

como instrumental eminentemente práctico que debe ser pensado y desarrollado para la resistencia a la dimensión inquisitiva que aparecen en las prácticas judiciales y administrativas cotidianas.<sup>151</sup>

La función del garantismo no es sólo la creación de derechos inamovibles a favor del imputado, sino que además “el aporte garantista ofrece herramientas para la constricción de los poderes punitivos y abre un espacio para la sofisticación de las prácticas forenses cotidianas volcadas a la reducción de los daños a los derechos humanos”<sup>152</sup>.

Es por lo anterior que se vuelve menester examinar la validez de la prueba recabada por el agente encubierto a la luz de la teoría del garantismo, aplicada en el procesal penal. La técnica del agente encubierto, por sus características indagatorias, podría, eventualmente, causar lesiones a los derechos fundamentales tanto subjetivos como procesales. Ejemplo de los primeros serían la intimidad o inviolabilidad del domicilio y el derecho de no autoincriminación y, de los segundos, el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad.

El derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio están estrechamente relacionados; sin embargo, el primero puede tener un espectro más amplio, ya que puede incluir más que el lugar de habitación de la persona, por ejemplo, su correspondencia, sus comunicaciones e incluso su esfera profesional.

Se puede entender que “la intimidad está formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por

---

<sup>151</sup> *Ibíd.*

<sup>152</sup> *Ibíd.*, 169.

afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento”<sup>153</sup>. En Costa Rica, este derecho se encuentra protegido por el numeral 24 de la Constitución Política. El lector puede referirse al Capítulo 1 para una discusión amplia sobre este punto.

En cuanto a la relación del derecho de intimidad con el agente encubierto, se parte de que la infiltración requiere que se invadan ámbitos propios de la intimidad de los investigados.

Por cuanto el agente encubierto tiene como tarea principal ganarse la confianza de la persona investigada, haciéndose pasar como una persona particular sin vínculos con los organismos de investigación penal, el enmascaramiento de su verdadera identidad y función le facilitarían tener acceso a datos de la vida privada del investigado, y así en el desarrollo de su investigación podría tener conocimiento no sólo de información y de elementos de prueba del delito, sino también de aspectos relacionados con la esfera más íntima de la persona, con lo cual se vería prácticamente anulado su derecho a la intimidad, al permitirse una medida casi que permanente e invasiva de su núcleo esencial, sin el cual no se concibe una verdadera realización del derecho a la libertad.<sup>154</sup>

Esta vulneración a la intimidad de los inculcados, mediante el engaño que realiza el encubierto, genera una serie de cuestionamientos no sólo a nivel ético, sino también pragmático, “con base en lo anterior nace la interrogante acerca de la legitimidad o no de la puesta en práctica del agente encubierto, por cuanto en la aplicación del mismo, el agente

---

<sup>153</sup> Poder Judicial 2014, 63.

<sup>154</sup> Ramírez Jaramillo 2010, 98.

se introduce precisamente dentro de esa esfera jurídico privada del investigado”<sup>155</sup>. Sin embargo, como todo derecho, la intimidad no es irrestricta y puede ser limitada ante eventualidades que así lo ameriten, como la imperiosa necesidad de investigar y dismantelar una red criminal.

El domicilio y las comunicaciones solo ceden por una causa justa y concreta. Lo mismo debe suceder con la intimidad en general, pues como indica la Convención Americana de Derechos Humanos, “...nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación...”<sup>156</sup>

Por tanto, la intimidad y otros derechos relacionados, como el domicilio y las comunicaciones, pueden entrar en colisión con otros derechos colectivos, como el acceso a la justicia. En estas circunstancias, es deber de las autoridades judiciales realizar las ponderaciones necesarias para decidir si es inminente la utilización del agente encubierto como forma para llegar a la información, lo cual enfatiza el carácter extraordinario del infiltrado.

Un segundo derecho fundamental que se pone en jaque ante la utilización de un policía infiltrado es aquel que protege la potestad de no autoincriminación de quien está bajo la mira del poder punitivo. En Costa Rica, el derecho de no autoincriminación se encuentra tutelado en el artículo 36 de la Constitución Política: “En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes

---

<sup>155</sup> Esquivel Vargas 2006, 52.

<sup>156</sup> Poder Judicial 2014, 63.



o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad”<sup>157</sup>. Este principio se conoce también por su expresión en latín *Nemo tenetur se ipsum accusare* o el “derecho a guardar silencio”. Dicho axioma tiene como consecuencia directa que la declaración de los imputados se considera como un mecanismo de defensa y no una confesión inculpativa.

La confesión fue un tipo de prueba propia del sistema penal inquisitivo. Quienes ostentaban el poder punitivo llegaban a la confesión mediante técnicas poco ortodoxas, como la tortura. Con la llegada del Estado de Derecho y del sistema mixto, la confesión perdió su valor probatorio y se consideró un obstáculo para arribar a “la verdad real”, ya que confesar ante una tortura no podría considerarse evidencia cierta, sino una forma de salir del sufrimiento. A partir de esta prohibición, se fortalece el derecho de guardar silencio por parte del imputado y se empieza a interpretar de forma amplia.

El **principio de no autoincriminación** se ha identificado con el derecho a no prestar juramento al momento de prestar declaración; en un segundo sentido, se lo ha identificado con el derecho a permanecer callado o derecho al silencio; finalmente, en un sentido más amplio, ha sido asociado al derecho del imputado a que su persona no sea utilizada como fuente de prueba inculpativa en contra de sí misma.<sup>158</sup>

En cualquiera de las manifestaciones anteriores, queda claro que la cooperación de un imputado en el proceso debe ser siempre voluntaria y bajo conocimiento de que existe un proceso penal en su contra.

---

<sup>157</sup> Asamblea Legislativa, *Constitución Política de la República de Costa Rica* (San José: Imprenta Nacional, 1978).

<sup>158</sup> María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, “La prueba”, en *Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II*, (Santiago: Jurídica de Chile, 2008), 75.

La intrusión de un agente encubierto en el ámbito privado del investigado exige que el primero establezca una relación de confianza con el segundo, en donde puede suceder que el inculpatado brinde información comprometedoras al encubierto, sin saber que interactúa con un auxiliar de la justicia, ni que se encuentra en el ojo de una investigación penal. “Por esto debemos entrar a considerar cuándo las conversaciones entre el agente encubierto y el investigado podrían afectar el derecho de éste a no autoincriminarse ni incriminar a sus familiares cercanos”<sup>159</sup>.

La solución que ha encontrado la doctrina a esta disyuntiva de cómo obtener información sin engañar al investigado recae en que el encubierto siempre pueda declarar sobre las pruebas que consiguió de forma reactiva y no proactiva. Por ejemplo, no sería válida la información si esta proviene de un interrogatorio que realiza el infiltrado al inculpatado, pero sí podrían tener valor probatorio todas aquellas actuaciones o conversaciones de las cuales el agente solo fue un simple testigo.

Si el agente encubierto, buscando la confesión del investigado, a través de preguntas le sacara respuestas autoincriminantes, el derecho a la no autoincriminación sería vulnerado en su más alto grado, pues no sólo habría omitido informarle todas las advertencias antes de recibirle tales manifestaciones, sino que como funcionario de la policía judicial encargado en la investigación, habría asumido un papel activo con la finalidad de obtener información autoincriminatoria del investigado; es decir, al preguntarle ejerce cierta forma de presión sobre la voluntad del investigado, lo que se torna incompatible con el derecho a no declarar.<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> Ramírez Jaramillo 2010, 110.

<sup>160</sup> Ramírez Jaramillo 2010, 112.

Del respeto a los derechos del investigado que se acaban de explicar es que nacen los principios procesales que se presentarán a continuación. La necesidad de crear mecanismos instrumentales que permitan valorar si se amerita la utilización del encubierto surge de la eventual vulneración a la intimidad y al derecho de no autoincriminación. Los principios que tutelarían los instrumentos procesales para realizar dicha ponderación son el principio de legalidad y el de proporcionalidad. Así lo explica el tratadista portugués Cardoso Pereira, en su libro sobre el tema en particular:

Como hemos venido haciendo indicación, ya se percibe la importancia de disponer en los ordenamientos jurídicos de una regulación detallada y completa del tema del agente encubierto, exigencia esta que evitaría violaciones al principio de legalidad a la vez que por tratarse de una técnica restrictiva de derechos fundamentales deberán sus requisitos y límites quedar claramente expuestos en una ley penal.<sup>161</sup>

Los *modus operandi* de la táctica del infiltrado “producirán violaciones, por mínimas que sean, a derechos fundamentales delante de la actuación concreta de un agente encubierto que ingresa en una organización criminal mediante el uso de engaño y simulación”<sup>162</sup>. La irrupción a estados privados de los miembros de la organización criminal es lo que constituye una lesión a derechos fundamentales, tales como la intimidad y la abstención de declarar. Sin embargo, la tarea del infiltrado es imposible si no se dan este tipo de intromisiones porque, de lo contrario, no podría recabar la información requerida para la persecución de los delitos.

---

<sup>161</sup> Cardoso Pereira 2016, 608.

<sup>162</sup> *Ibid.*

Es importante aclarar que las infracciones o limitaciones a los derechos fundamentales son posibles, pues estos no son derechos absolutos, sino que tienen límites. “Queda muy claro, pues, que la limitación de un derecho fundamental así como la introducción de su resultado en un proceso exigen el respeto de requisitos constitucionales y de legalidad ordinaria”<sup>163</sup>. De este modo, se pone en discusión un tema trascendental, la viabilidad de lacerar un derecho de carácter supraconstitucional (como los son los derechos humanos) si se siguen los preceptos que la ley y la Carta Magna así dictan.

Efectivamente, parece evidente que por tratarse de empleo de una técnica de uno excepcional y con características invasivas a garantías fundamentales de aquellas personas sometidas a un proceso penal, deberá el contexto probatorio que se pretende utilizar en juicio quedar congruente con las reglas procesales y constitucionales inherentes al Estado de Derecho.<sup>164</sup>

Por lo anteriormente expuesto, resulta obvia la conclusión del tratadista Pozo Pérez, quien manifiesta que:

De otro modo, si actúa *motu proprio*, sin cumplir las previsiones legales, es evidente que los resultados que pudieran obtenerse se encontrarían invalidados porque estaríamos ante una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Resulta claro que integraría un supuesto de prueba prohibida.<sup>165</sup>

El apego a las reglas procesales y garantías constitucionales es el primer requisito para que la prueba recabada por un agente infiltrado tenga valor ante un tribunal penal. Su

---

<sup>163</sup> *Ibíd.*

<sup>164</sup> *Ibíd.*, 609.

<sup>165</sup> Marta del Pozo Pérez, “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Criterio Jurídico*, n.º 6 (2006): 299. ISSN-e 1657-3978.

justificación va de la mano con la necesidad de dismantelar grupos de crimen organizado, en épocas en que la globalización les permite operar de frontera a frontera. “Es necesario, sin embargo, aclarar que deberán ser utilizados preliminarmente todos los métodos tradicionales de búsqueda de la verdad en la investigación, dejando la utilización de este medio extraordinario como *ultima ratio*”<sup>166</sup>.

Una vez que la entidad investigativa ha agotado sus herramientas para poder librar la batalla contra el crimen organizado sin lograr el éxito en su empresa, se puede recurrir a la invasiva técnica del infiltrado. Lo anterior, aunado a la imperiosa necesidad de los Estados modernos de eliminar los grupos de delincuencia organizada, justifica la intervención de un agente encubierto. López Baraja (citado por Cardoso Pereira) expone lo siguiente:

Partiendo de la consideración de que el agente encubierto actúa a priori resguardado por una causa de justificación, concretamente, según nuestro modo de pensar, por el estricto cumplimiento de un deber legal, es claro concluirse que la prueba ha sido obtenida mediante una acción justificada, por lo que en este supuesto la prueba obtenida puede ser eficaz.<sup>167</sup>

En conclusión, el principio de legalidad se refleja en el apego a las normas procesales, que en la mayoría de los ordenamientos tutelan el uso del agente encubierto. Al mismo tiempo, el principio de proporcionalidad se respeta cuando la autoridad judicial realiza la ponderación entre la necesidad de recopilar la información y los derechos fundamentales del inculcado, de donde se extrae si es menester el uso de infiltrado o si

---

<sup>166</sup> Cardoso Pereira 2016, 612.

<sup>167</sup> *Ibid.*, 614.

existe alguna otra forma de acceder a la información requerida. Sin embargo, al existir en Costa Rica una ausencia normativa expresa sobre el uso del agente encubierto, estos derechos estudiados, tanto sustantivos como procesales, quedan al descubierto.

## **Capítulo 4: El agente provocador y su funcionalidad investigativa**

*L'etat c'est moi*

**Luis XIV**

### **4.1 Concepto de la figura de investigación**

El inicio de este capítulo presenta un relato histórico de las figuras concernientes al presente trabajo de investigación. De esta narración contextual se extrae que ambas técnicas están estrechamente relacionadas entre sí; incluso, el primer antecedente registrado del agente encubierto es la figura francesa de “*agent provocateur*”, cuya traducción literal sería *agente provocador*.

Este precedente se origina en la Francia absolutista, cuando el rey infiltraba agentes entre las masas, quienes se encargaban de provocar a las multitudes en contra del rey, con el fin de luego apresarlos como revoltosos. Es vital recordar esta anécdota histórica, pues la figura del agente provocador evoluciona en el tiempo según las necesidades político-penales. En este caso, la técnica nace expresamente con la intención de buscar posibles focos de sublevación política a través de un agente del rey que inducía a las masas a la rebelión, para finalmente castigar a quienes cayeran en esa trampa.

La figura del agente provocador resurge en los sistemas democráticos modernos, por la necesidad de contravenir las nuevas formas de crimen organizado, tal cual se explicó en el capítulo sobre el policía encubierto. Su utilización se ajusta, poco a poco, a las políticas del Derecho penal y del Derecho procesal penal, lo que produce una evolución a nivel conceptual. Esto da origen a varias teorías sobre su alcance tanto material como instrumental.

Uno de los principales tratadistas sobre el tema del agente provocador es el español Muñoz Sánchez, quien se ha dedicado a realizar estudios más profundos y sobre todo más actualizados, tomando en consideración aspectos históricos y dogmáticos del derecho penal material y procesal.

Como punto de partida, el autor señala que “si en cualquier investigación las cuestiones conceptuales son necesarias como planteamiento ... aquí cobra mayor relevancia esta tarea, dado que el concepto de agente provocador no viene regulado positivamente, sino que ha sido objeto de construcción doctrinal y jurisprudencial”<sup>168</sup>.

Este primer señalamiento deja al descubierto un fenómeno que se repite tanto con la técnica del encubierto como del provocador, el cual consiste en que su utilización se ha practicado de hecho, sin regulación normativa expresa que defina ni su concepto ni el alcance de sus actuaciones. Debido a esto, las definiciones de agente provocador provendrán de la doctrina o de la jurisprudencia, esta última como forma de control de uso de tan polémica figura.

La primera idea sobre la evolución funcional del agente provocador y esta última referencia sobre la carencia de norma positiva explican por qué existe una multitud de conceptos sobre esta figura, algunos de los cuales se podrían considerar completamente desactualizados. En razón de lo anterior, Muñoz Sánchez realiza una división de los tipos de conceptos, muy útil para entender la evolución de la figura.

Este autor considera que existen dos tipos de definiciones sobre el agente encubierto, una dogmática y otra que se gesta dentro de la teoría de la política criminal,

---

<sup>168</sup> Juan Muñoz Sánchez, *El agente provocador* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995), 33.



específicamente dentro de la lucha contra el crimen organizado, en la cual se considera al agente provocador como un ejemplo de técnica especial de investigación<sup>169</sup>. Esta última teoría es la que interesa al presente trabajo.

Esta misma línea de pensamiento es compartida por Pérez Arroyo, quien manifiesta que “[e]l significado de agente provocador va tanto de una figura dogmática vinculada a las reglas de punición de la inducción a cometer el delito (ámbito de participación del delito), y Procesal penal, a modo de técnica de investigación encubierta”<sup>170</sup>.

Es por lo anterior que, a diferencia de su figura hermana (el agente encubierto), los conceptos en torno al provocador son menos coincidentes entre sí. En razón de esta dificultad práctica, se procederá primero a explicar la visión dogmática del agente provocador y, en segundo lugar, aquella que transforma a la figura en una técnica especial de investigación contra el crimen organizado, específicamente con la praxis del delito experimental.

#### **4.1.1 La teoría dogmática**

Esta línea de pensamiento separa por completo las dos técnicas de investigación del presente estudio. A su vez, señala dos versiones del agente provocador, una en la cual el provocador consume el hecho delictivo y otra donde este debe hacer lo posible para que su accionar no lesione el bien jurídico tutelado.

---

<sup>169</sup> *Ibíd.*

<sup>170</sup> Miguel Pérez Arroyo, *Derecho penal y Derecho procesal contemporáneo* (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2014), 261.

Una de las definiciones más genéricas sobre el agente provocador y que se puede encasillar en la visión dogmática más simplista es la que indica que este “representa el papel de instigador, pero guiado por la finalidad de lograr que el instigado sea ‘descubierto’ en su accionar delictivo, con el objeto de que sea reprimido por la autoridad”<sup>171</sup>. Este concepto parece retratar a la perfección la función del *agent provocateur* perteneciente al período absolutista francés. Esta definición introduce el verbo *instigar*, acción relacionada directamente con la inducción del elemento subjetivo en el provocado y, por tanto, recurre a la teoría de la participación criminal. Como segundo punto, la definición explica que la finalidad (*dolo*) del agente es que la comisión del delito conduzca a la sanción del provocado. Esta definición es obsoleta para los objetivos del presente trabajo; sin embargo, se incluye porque ayuda a ilustrar la evolución conceptual del provocador.

Otras definición bastante básica sobre el tema es la que brinda Fiore (citado por Garcias Planas), quien define al agente provocador como “aquel que provoca a otro al delito para asegurarse con mayor facilidad y seguridad la prueba, sorprenderle en flagrante delito y hacerle punir”<sup>172</sup>. Es importante señalar que el autor habla del aseguramiento de la prueba, un tema que resulta bastante polémico tanto en la jurisprudencia como en la doctrina y al cual se le dedicará un apartado completo en la presente tesis. Además, no toma en cuenta el deber del agente provocador de evitar el daño al bien jurídico, lo cual produce que esta definición también se considere incompleta.

---

<sup>171</sup> Carlos Creus, *Derecho Penal. Parte General*. 1.ª reimpresión (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998), 349.

<sup>172</sup> Gabriel Garcias Planas, “Consideraciones en torno al agente provocador”, *Revista de Cuadernos de Política Criminal*, n.º 17 (1982): 378.

Por su parte, el tratadista mexicano Rivero Envia señala la principal diferencia entre las dos figuras en estudio: “es indispensable distinguir y nunca equiparar lo que constituye en sentido estrecho un agente provocador de lo que configura un agente encubierto, pues no en todos los casos en que interviene la policía o alguna persona infiltrada por ella para detectar una actividad ilícita, habrá provocación”<sup>173</sup>. Más que una conceptualización del agente encubierto, lo que hace es poner en la mesa la gran diferencia entre las dos figuras en estudio.

Carrara (citado por Cavallero) indica sobre el agente provocador que “se llama así a los que instigan a otro a cometer un delito, no por estar interesados en que éste se consume, o por enemistad hacia el designado como víctima, sino por estarlo en que el delito se cometa o se intente, para que le resulte algún perjuicio al instigado”<sup>174</sup>. Con esta definición, Carrara apunta a dos ejes fundamentales y con resultados muy distintos entre sí. Por un lado, explica que el agente provocador formula en el provocado el elemento subjetivo, pero, por otro, el resultado de esta acción puede ser la consumación del delito o que este quede simplemente en grado de tentativa, dos escenarios que se resuelven de forma muy distinta según las reglas del Derecho penal general.

Como se puede apreciar, todas las definiciones anteriores se limitan a señalar al agente provocador como el generador de una posible acción penal (ya sea como consumación o solo en grado de tentativa) y a delimitar este aspecto como la diferencia básica con el agente encubierto. Por ello, pueden ser encasilladas dentro de lo que Muñoz

---

<sup>173</sup>Jorge Rivera Envia, “Los agentes clandestinos y el debido proceso”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º 28 (julio del 2009): 259.

<sup>174</sup>Ricardo Juan Cavallero, *El delito imposible*, (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1983), 169.

Sánchez considera como definiciones dogmáticas dentro del Derecho penal general, ya que las soluciones a los problemas que plantea el uso de un agente provocador se deben solucionar con las reglas teóricas del Derecho penal material.

Los aspectos a tomar en cuenta para resolver el dilema de la efectividad del provocador abarcan si existe o no consumación del delito, si la acción provocadora queda solo en grado de tentativa, la dirección del dolo en el agente y la posibilidad de punición tanto del provocado como del provocador, entre otros problemas que genera esta técnica tan polémica.

Es importante aclarar que estos conceptos que se encuentran supra no deben ser considerados como erróneos; sin embargo, si se ven individualmente, no ofrecen una visión global de las posibilidades de solución dogmática del agente provocador, lo cual es menester para arribar a un corolario en la presente disertación.

Además, la segunda definición doctrinal maneja la idea de que el agente provocador es tan solo una versión más compleja del agente encubierto, y aunque la diferencia se encuentra en que el primero provoca la acción penal y el segundo no, parte de la premisa de que todo provocador es siempre un encubierto. Lo importante de esta línea dogmática es que nace a raíz de la utilización de las técnicas especiales de investigación a fin de responder a la necesidad de articular formas eficientes para dismantelar el crimen organizado. En razón de esto, al actuar del agente provocador se le debe proveer un fin pragmático, que no podría existir de quedar su actuación en la simple provocación del delito, pues, como se explicará más adelante, esto anularía su capacidad probatoria.

Es importante tener en cuenta lo anterior, ya que las posturas sobre el agente provocador son bastantes amorfas y producen distintas teorías de resolución de los

conflictos materiales que plantea la utilización práctica de la figura. A partir de este momento, se utilizará la doctrina predominante sobre el agente provocador, con el fin de evitar una estéril discusión sobre las distintas teorías y lograr, a partir de la visión predominante, llegar a una conclusión valiosa.

Entonces, para que la implementación de un agente provocador llegue a ser útil a nivel probatorio y no sea descartada por reglas del Derecho penal sustantivo, la política criminal se ha orientado a imponer requisitos a la actuación del provocador. A continuación, se sintetizan dichos requisitos de forma tal que se ofrezca un concepto global y, a la vez, accesible.

Así podemos concluir que las últimas construcciones dogmáticas de la figura del agente provocador acumulan [sic] tres presupuestos conceptuales para determinar la estructura contradictoria del comportamiento provocador:

1. La conducta provocadora tiene como fin inmediato que el autor provocado sea castigado precisamente a casusa de ese hecho.
2. El agente provocador no tiene voluntad de consumación del delito.
3. Tal ausencia de voluntad se manifiesta externamente mediante la toma de las medidas necesarias para neutralizar la acción del provocado.<sup>175</sup>

De forma concordante, Ruiz Antón (citado por Muñoz Sánchez) indica que “para poder tomar como relevante la ausencia de voluntad de producir el desvalor que fundamenta el injusto del delito afectado por su conducta, es preciso que esta se manifieste externamente mediante la inserción de factores encaminados a impedir que efectivamente

---

<sup>175</sup> Muñoz Sánchez 1995, 39.

se produzca el objetivo negativamente valorado por la norma”<sup>176</sup>, o sea “el agente provocador ha de tomar las medidas necesarias para neutralizar la acción del provocado”<sup>177</sup>.

La calificación de “contradictoria” que se le imputa a la estructura de la actuación del provocador parece ser bastante certera, ya que, inicialmente, el agente provocador desea hacer caer en la tentación al autor provocado. No obstante, su dolo no va encaminado hacia la consumación del delito, y es en función de esto que el agente debe tomar control de la situación con el fin de evitar una lesión real al bien jurídico. Es decir, provoca, pero sin llegar a la consumación material.

Siempre en relación con los tres requisitos de comportamiento del agente provocador que se enuncian en la cita de Muñoz Sánchez, se concluye que “sólo será prohibida, la prueba así obtenida (por provocación del delito), en la medida que cualesquiera de los elementos antes expuestos, sean incongruentes o no cumplan. Una vez más, se sujeta tal calificación (de prohibida), y su efecto profiláctico a una previa condición”<sup>178</sup>.

De esta manera, se introduce un cambio en el concepto dogmático: la obligatoriedad de que el agente provocador prevenga la lesión al bien jurídico mediante la toma de medidas preventivas que eviten la comisión del delito y, aún más importante, que el elemento subjetivo del provocador no esté enfocado a la lesión del bien jurídico.

---

<sup>176</sup> *Ibíd.*, 38.

<sup>177</sup> *Ibíd.*

<sup>178</sup> Miguel Pérez Arroyo, *Derecho penal y Derecho procesal contemporáneo* (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2014), 405.

La utilización del agente provocador como técnica de investigación ha reflejado dos posibles escenarios, uno donde sí se genera prueba válida para ciertos delitos y otro donde no existe ninguna posibilidad de que haya prueba, sino que incluso se puede hablar de una posible punición para la actuación provocadora. Estas posibilidades se explican a través de las teorías del delito provocado y del delito experimental, las cuales se analizarán a continuación.

#### **4.1 Cimientos teóricos en torno al agente provocador (delito provocado y delito experimental)**

Para continuar con el estudio del agente provocador, es necesario dar una explicación de dos teorías paralelas respecto de esta figura de investigación. Una de ellas es la del delito provocado y la otra, la del delito experimental, ambas muy importantes para entender los alcances probatorios de la actuación del agente provocador.

##### **4.2.1 El delito provocado**

La teoría del delito provocado, al igual que los conceptos teóricos de las figuras de investigación, nace a través de la creación de doctrina y jurisprudencia, ante una completa ausencia de norma positiva. El desarrollo doctrinal del delito provocado es mayoritariamente de origen español; sin embargo, sus conclusiones son compartidas por el resto de ordenamientos del derecho europeo-continental (romano).

Es importante estudiar esta teoría debido a que explica por qué la intervención del agente provocador en la investigación penal no siempre puede ser considerada como prueba. Las razones por las cuales se da el fenómeno de prueba prohibida parten de la visión dogmática del agente provocador en función de cuándo deben utilizarse las reglas del Derecho penal general, específicamente en relación con la consumación y la tentativa inidónea, así como del dolo y de las reglas de participación criminal, a fin de resolver la validez de la prueba. Caso contrario al agente encubierto, donde se soluciona ese mismo cuestionamiento desde el derecho instrumental.

Una definición inicial sobre el delito provocado es la siguiente:

... aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de las Fuerzas de Seguridad que, deseando la detención de sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación no se hubiera producido aunque de otro lado su compleja ejecución resulte prácticamente imposible por la prevista intervención «ab initio» de la fuerza policial.<sup>179</sup> (El subrayado es mío).

Es importante señalar que, en el delito provocado, es condición que el agente provocador haya implantado en el provocado la voluntad de cometer el delito, es decir, no se trata de una actividad delictiva que nace del provocado, sino que el agente la induce mediante engaño.

Ruiz Antón, destacado profesor y escritor de Derecho penal, realizó varias investigaciones en torno al agente provocador y el delito provocado. Además de definir este

---

<sup>179</sup> Zafra Espinosa de los Monteros 2010, 100.



último, hace una reflexión sobre cuáles son los elementos que lo constituyen, siempre bajo la línea de la definición antes citada. Se hace hincapié en que esta definición es coincidente en el tema del elemento subjetivo y en cuanto a las medidas precautorias.

Tres notas son las que distinguen al delito provocado: *objetivamente* debe existir una provocación, esto es, el agente provocador es el que toma la iniciativa a consecuencia de la cual el provocado se decide a delinquir; desde el punto de vista *subjetivo*, el agente provocador tan sólo aspira a demostrar la intervención en el delito de la persona del provocado y así obtener pruebas convincentes; en tercer lugar, el agente provocador toma las *medidas precautorias* oportunas para evitar que el hecho realizado por provocado alcance el desvalor que fundamenta el injusto del delito en cuestión.<sup>180</sup>

La Sala Segunda del Tribunal Supremo de España fue la jurisdicción que comenzó a definir y a desgranar estos aspectos que componen el delito provocado y a partir de allí es que comienza su construcción doctrinal. Esta instancia hace su primer acercamiento al tema en la sentencia del 12 de junio del 2002 y se cita a sí misma en la resolución del 2 de abril del 2008 (citada por Revello de Toro Cabello).

El delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquel, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o

---

<sup>180</sup> Luis Felipe Ruiz Antón, “La provocación de la prueba y el delito provocado”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 11, (1993): 218, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119310>.

puesta en peligro del bien jurídico protegido.<sup>181</sup> (El subrayado es mío).

Nuevamente, se debe destacar este aspecto de la implantación del elemento subjetivo en el provocado por parte del agente provocador. A fin de cuentas, podría decirse que el delito provocado es la consecuencia material de la incitación a cometer el ilícito que realiza el agente sobre el provocado, que nunca hubiera ocurrido sin la intervención del agente.

Lo anterior es reiterado por la STS (citada por Ruiz Antón), quien insiste que “el delito provocado «exige que la provocación parta de las fuerzas policiales, de forma que inciten a perpetrar un delito a quien no tenía previamente tal propósito, creando así una voluntad criminal y las condiciones para la comisión de un delito»”<sup>182</sup>.

En relación con la falta de voluntad o el vicio sobre esta, la Sala Segunda Española, en sentencia del 22 de mayo de 1993 (citada por Ruiz Antón) indica que la creación de dolo por parte del agente sobre el provocado produce “falta la tipicidad y la culpabilidad, ya que se llega a la conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiera sido por la provocación previa y eficaz del agente desencadenante”<sup>183</sup> (el subrayado es mío).

La consecuencia de esto es la falta de elementos de la teoría del delito, la cual es también abordada por la jurisdicción española en la resolución del 4 de marzo de 1992. En esta resolución, concluyen que el delito provocado “no merece sanción penal porque carece

---

<sup>181</sup> Juan Revello de Toro Cabello, “La delimitación entre provocación policial y delito provocado” ( Trabajo Curso de Experto Universitario, Universidad Internacional de Andalucía, 2013) 9, <http://hdl.handle.net/10334/2498>.

<sup>182</sup> Ruiz Antón 1993, 221.

<sup>183</sup> *Ibid.*

de realidad, al constituir una mera ficción que no entraña ni lesión ni peligro del correspondiente bien jurídico protegido, ya que la situación se encuentra en todo momento bajo control del funcionario que actuó de agente provocador”<sup>184</sup>.

Esta visión anterior no anula el valor probatorio de la acción ejecutada por el provocador, sino que resuelve el dilema desde antes. Al crearse una ficción delictiva para tentar al provocado, no se está nunca frente a la posibilidad real de la consumación de un delito y cualquier acción encaminada hacia una posible consumación es tan irreal como la situación; por tanto, el hecho terminaría siendo atípico.

Aunado a lo anterior, se suma la falta o vicio del elemento subjetivo en el provocado, como factor para considerar que el delito provocado no cumple con los requisitos de la teoría del delito. Tanto la jurisprudencia mencionada como la doctrina sobre el tema coinciden en que se configuran los elementos para que esta acción delictiva se convierta en un delito imposible o un delito putativo.

Es menester recordar que dentro de la definición conceptual sobre el agente provocador se analizaron dos posturas: una dogmática y otra bajo la lupa de la política criminal. En la segunda, se añadía una característica al accionar del agente provocador, que consiste en que el agente debe hacer todo a su alcance para evitar la lesión al bien jurídico.

Al respecto, la Sala Segunda de España agrega otro elemento importante de la teoría del delito provocado, el elemento que Ruiz Antón llamó *precautorio*, según el cual el crimen se torna “de imposible consumación por la intervención ya prevista *ab initio* de la fuerza policial— de otro modo no se hubiera resuelto cometer, ni iniciada su ejecución, lo

---

<sup>184</sup> *Ibid.*

que debe conducir a la impunidad de tal conducta”<sup>185</sup>. En otras palabras, la lesión al bien jurídico no llega a realizarse, pues las fuerzas policiales toman las medidas preventivas para evitar que eso suceda.

La ficción es creada por el agente provocador y su apoyo institucional desde el *iter criminis*, con el afán exclusivo de tentar al provocado para poder conocer su intención de accionar; sin embargo “no se puede punir el delito provocado pues falta materia delictiva que sancionar dado que es una mera ficción, constituyéndose en un delito imposible o putativo”<sup>186</sup>.

En resumen, “[e]l delito provocado es producto de una trama tendenciosa, lo que da lugar a una situación ficticia determinando en la persona del sujeto provocado una voluntad mal formada y no actuando éste, en armonía con su libertad y espontaneidad”<sup>187</sup>.

Bajo los parámetros anteriores parece, apriorísticamente, que la utilización del agente provocador es absolutamente impráctica, pues su intervención activa en la comisión del delito (aunque quede solo en grado de tentativa) anula la posibilidad de crear prueba válida que permita la persecución del sujeto provocado. Sin embargo, tanto en España como en Latinoamérica surge una nueva figura que sí permite el uso del agente provocador de forma lícita y eficientista. Este concepto se conoce como *provocación policial* en España y como *delito experimental* en Costa Rica y otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

---

<sup>185</sup> Ruiz Antón 1993, 221.

<sup>186</sup> Miguel Pérez Arroyo, *Derecho penal y derecho procesal contemporáneo*, (San José: Editorial Jurídica Continental, 2014), 382.

<sup>187</sup> *Ibid.*

#### 4.2.2. El delito experimental

La teoría del delito experimental presenta características muy similares a la de la figuración teórica del delito provocado. La línea divisoria entre ellas es tan delgada que fácilmente se podría concluir que se trata de la misma construcción lógica. Sin embargo, no lo es.

A continuación, se ofrece una primera definición sobre este tema desde una perspectiva básica, pero vital para entender por qué es importante para esta tesis. El delito experimental se presenta “cuando se utilizan agentes provocadores, por parte de las autoridades, en la persecución penal”<sup>188</sup>. Se puede extraer que el delito experimental es la estrategia global de la investigación y que el agente provocador vendría a ser el sujeto que encausa a aquella.

Otra definición que explota el término *experimento* (o sea, que la situación es ficticia, tal cual se acaba de explicar) es la que brinda el profesor chileno Guzmán Dalbora, quien indica lo siguiente:

Delito experimental, pues, es el que sirve como experimento. Expresado con mayor precisión, y para no prejuzgar si constituye un grupo autónomo en las clases de delitos, digamos que se trata de **la realización de actividades que la ley penal describe como delictuosas, emprendidas con el designio de demostrar, comprobar o simplemente descubrir algún punto de interés para el artífice de la experiencia.**<sup>189</sup> (El resaltado es mío).

---

<sup>188</sup> Fonseca Jiménez y Salas Boschini 2002, 46.

<sup>189</sup> José Luis Guzmán Dalbora, “El delito experimental”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 19 (2007): 293, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2602150>.

El hecho de que se trate de una ficción creada por el agente provocador y sus auxiliares es fundamental para entender la razón por la cual el delito experimental no es punible. El delito experimental no produce un delito consumado, tal cual sucede con el delito provocado, debido a que las autoridades judiciales a cargo de la investigación tienen como obligación tomar todas las medidas de precaución para evitar la consumación de este.

Por consiguiente los actos llevados a cabo por el presunto infractor tienen una *idoneidad sólo aparente o parcial*, siendo que en realidad constituyen un intento inútil, porque el resultado al que van dirigidos deviene en un todo inalcanzable y ese todo se entiende porque la imposibilidad de que ocurra el resultado querido por el sujeto, es inherente al delito experimental, nunca bajo ninguna circunstancia, ni aun en un actuar imprudente de los organismos estatales, debiera fracasar la operación. Puesto que hasta el más mínimo detalles ya ha sido tenido en cuenta.<sup>190</sup>

En otras palabras, “la intervención de un «agente provocador», siempre se lleva a cabo *ex ante*, dando lugar a lo que se llama «delito experimental» que escapa a cualquier posibilidad de punición”<sup>191</sup>. Ya sea que el agente provocador o sus auxiliares crean la atmósfera donde no es posible que el provocado pueda consumar el delito, “en esos casos se funda la imposibilidad de punición en la inidoneidad de la conducta del imputado para lesionar el bien jurídico protegido que deviene de los recaudos tomados por la víctima o por la autoridad”<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> Diego Spilotti, “Delito experimental”: 7, consultado el 20 de abril del 2018, [http://www.academia.edu/17014304/El\\_Delito\\_Experimental](http://www.academia.edu/17014304/El_Delito_Experimental).

<sup>191</sup> *Ibíd.*

<sup>192</sup> *Ibíd.*

Estas explicaciones demuestran que el delito experimental es la trampa que el agente provocador y sus colaboradores idean y ejecutan para observar la actuación del provocado, pero manteniendo la situación bajo control para que no pase de un estado de tentativa. Ahora bien, surge la pregunta de cuál es el objetivo real del delito experimental y en qué se diferencia del delito provocado. La clave está en que, en el experimento que lleva a cabo el agente provocador, “lo que se trata de obtener mediante el delito experimental son las pruebas de una actividad criminal previamente existente”<sup>193</sup>. (El subrayado es mío).

En Costa Rica, el tema del delito experimental ha sido tratado a nivel jurisprudencial. Una de las definiciones más recientes sobre el tópico es la utilizada recurrentemente por el Tribunal de Apelación de la Sentencia del Segundo Circuito Judicial. En la sentencia 01488 de noviembre del 2015, se explica el delito experimental de la siguiente forma:

Existe provocación en todos aquellos supuestos en los cuales el agente provoca la consumación de un ilícito que el inducido no se había planteado consumir con anterioridad, y por ello se afirma que se trata de una situación del todo **experimental**. En nuestro ordenamiento no podría ser admisible esta posición de parte de la policía, pues su deber debe dirigirse a descubrir a los autores de hechos delictivos, pero no a realizar mecanismos para tentar a las personas a realizarlos, y menos provocar su consumación en circunstancias en que la persona inducida no se había planteado con anterioridad. Las autoridades públicas no pueden válidamente inducir a otra persona a cometer un primer **delito**, pero la situación es distinta cuando intervienen para acreditar que una persona ya se dedicaba a esa misma actividad ilícita

---

<sup>193</sup> Mónica Fonseca y Laura Salas, “El delito experimental” (2011): 47, consultado en diciembre del 2017, <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/2011/delito-experimental-agente-encubierto-y-agente-provocador/>.

en otras ocasiones o cuando el delito es permanente y la intervención se produce en una fase sucesiva.<sup>194</sup>

Otra definición, un poco más antigua, pero igualmente recurrente y mucho más completa, es la que provee la Sala Tercera en la sentencia 01148 del año 2003, en la cual indica que este concepto ya se ha usado anteriormente por dicha jurisdicción, pero sin anotar en cuáles sentencias previas.

En sentido estricto se da el “**agente provocador**” cuando una persona, sea policía o actuando en nombre de ella, determina la consumación del ilícito, haciendo que otra u otras personas incurran en un delito que probablemente no se habían propuesto realizar con anterioridad, para lo cual puede infiltrarse en una organización manteniendo contacto permanente con las personas que va a inducir o bien tener simple contacto con ellas de manera ocasional. Existe provocación en todos aquellos supuestos en los cuales el agente provoca la consumación de un ilícito que el inducido no se había planteado consumir con anterioridad, y por ello se afirma que se trata de una situación del todo experimental. En nuestro ordenamiento no podría ser admisible esta posición de parte de la policía, pues su deber debe dirigirse a descubrir a los autores de hechos delictivos, pero no a realizar mecanismos para tentar a las personas a realizarlos, y menos provocar su consumación en circunstancias en que la persona inducida no se había planteado con anterioridad. Las autoridades públicas no pueden válidamente inducir a otra persona a cometer un primer delito, pero la situación es distinta cuando intervienen para acreditar que una persona ya se dedicaba a esa misma actividad ilícita en otras ocasiones o cuando el delito es permanente y la

---

<sup>194</sup> Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, Recurso de apelación: Resolución n.º 01488-2015 del 6 de noviembre del 2015, 15:30 horas.



intervención se produce en una fase sucesiva...<sup>195</sup> (El subrayado es mío).

Al igual que en la cita anterior, la Sala Tercera apunta a dos temas fundamentales del delito experimental. Por un lado, el agente provocador incita una situación delictiva que el sujeto provocado no había pensado en realizar y esta acción es reprochable. Sin embargo, si esta provocación se realiza como un experimento para descubrir hechos delictivos anteriores al experimento (por ejemplo, delitos de trato sucesivo o permanentes, y aunque no lo mencionan, también se pueden incluir delitos de mera actividad), la utilización de la figura sí es lícita y por tanto no invalidaría la prueba que esta intervención arroje.

Con base en el desarrollo conceptual del delito experimental realizado por la Sala Tercera y Tribunales Penales, Castillo considera que las características del delito experimental son las siguientes (como se verá, las atribuciones coinciden en general con la doctrina que se ha venido explicando):

- (a) Debe haber un acto de provocación de la policía, de un colaborador de ésta o de un tercero, que hagan nacer la *resolución del autor* de cometer un delito determinado. La intervención de las autoridades encargadas de la investigación, o un colaborador de ellas e incluso de un tercero, es esencial para la figura del delito experimental, pues es lo que le da a la figura la característica de provocación estatal.
- (b) Es necesario un dominio del hecho del instigador, “quien tiene controlado todo el desarrollo de la conducta” sin convertirse en un autor mediato.
- (c) Es necesario un dominio del hecho “aparente” del ejecutor que, sin ser instrumento, inicia el *iter criminis*, pero “lo cierto es que no existe

---

<sup>195</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema, Recurso de casación: Resolución n.º 01148-2003 del 19 de diciembre del 2003, 9:34 horas.

peligro para el bien jurídico ni posibilidad de consumación del hecho, porque su desarrollo está siendo controlado, para evitar precisamente que eso suceda”.

(d) El delito experimental tiene una característica subjetiva, vista desde el ángulo del instigado y consiste en la provocación constitutiva del “delito experimental”. La inducción o la determinación del agente de la autoridad o de la persona en comunicación con ésta debe llevar al provocado a cometer un delito que no se había planteado cometer antes.

(e) La figura del delito “experimental”, según la Sala Constitucional, es “... aplicable –en principio– a cualquier figura delictiva común”.<sup>196</sup>

#### **4.3 Soluciones a los dilemas que genera la utilización de un agente provocador fuera de los parámetros del delito experimental**

Como se puede observar, la intervención de un agente provocador, en la mayoría de las oportunidades, no es tan fructífera a nivel de validez probatoria, como puede ser la actuación de un agente encubierto. La doctrina, en general, es mucho más resistente a la utilización del provocador como técnica de investigación especial, ya que, de no usarse bajo un ambiente en extremo controlado, su resultado parece ser siempre espurio o incluso ficticio.

Según las explicaciones anteriores sobre el delito provocado y el delito experimental, se presenta a continuación una recopilación de las soluciones dogmáticas que se generan con el uso del agente provocador y su análisis de legalidad. Dos de ellas anulan la

---

<sup>196</sup> Francisco Castillo González, *Derecho penal. Parte general. Tomo III* (San José: Editorial Jurídica Continental, 2010), 259.

posibilidad de que exista delito del todo y, por consiguiente, no puede haber prueba de un ilícito inexistente.

#### **4.3.1 El tema del elemento subjetivo desde dos ángulos: la implantación del dolo en el provocado y la ausencia de dolo de consumación en el agente provocador**

A continuación, se explicarán dos situaciones relacionadas con el elemento subjetivo en ambos sujetos del delito provocado. Estas situaciones tienen una incidencia en la punibilidad del delito, tanto para el uno, como para el otro. Además, es importante indicar que la doctrina dominante en Alemania, España e Italia se decanta por una de ellas, específicamente la del dolo en el agente provocador.

Como primer caso, se expondrán las consideraciones sobre la implantación del dolo en el provocado y cómo esta situación causa una alteración o vicio en aquel, lo cual tiene como consecuencia la posibilidad de impunidad del sujeto activo del delito. Este tema ya se había adelantado cuando se explicaron las consideraciones del Tribunal Supremo de España: “Desde el punto de vista objetivo, se exige para la existencia del delito provocado que el hecho no sea fruto de la iniciativa del autor provocado, sino que debe de venir determinado por el agente provocador. Es necesario que –tan sólo llegue [sic] a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente–”.<sup>197</sup>

Se considera imprescindible tomar en consideración la inducción del dolo en el provocado, pues este aspecto de la génesis del elemento subjetivo en el sujeto activo es consecuencia del ardid que se ha elaborado para hacer caer al sospecho en la trampa

---

<sup>197</sup> Muñoz Sánchez 1995, 113.

policíaca. Considera esta postura que “la impunidad del delito provocado viene determinada porque éste es fruto de una trama tendenciosa, lo que da lugar a una situación ficticia, y por ello la persona del provocado no actúa libre y espontáneamente”<sup>198</sup>. Es decir, se manifiesta un vicio en el elemento subjetivo que compone el tipo penal. Esta ha sido la tendencia más reciente para considerar como impune al sujeto activo del delito, con lo cual se elimina cualquier posible práctico del agente provocador, ya que si su objetivo es llevar al provocado a una condena por su actuación, esto no ocurriría bajo esta teoría.

Cosa distinta ocurre cuando se trata de la puesta en práctica de un delito experimental, cuyo objetivo es el descubrimiento de ilícitos ya cometidos, pues estos evidentemente se realizaron con un dolo libre y voluntario por parte del investigado. Por tanto, no existe una alteración en el elemento subjetivo de autor material.

**Teoría del dolo del inductor:** La otra cara del dolo se encuentra en la direccionalidad del mismo por parte del agente y que podría tener un impacto directo en la posibilidad de imputación del provocador. En caso de que se cumplan los elementos previstos para el agente provocador que fueron citados supra (Muñoz Sánchez, nota 175) y el dolo esté dirigido a realizar exclusivamente la ficción sin que haya consumación del delito, sino que quede en grado de tentativa, “se caracteriza porque fundamenta la impunidad del agente provocador en la ausencia del presupuesto subjetivo de la inducción”. Esta idea es reforzada por el jurista costarricense Castillo González, quien afirma lo siguiente:

Para la existencia de la tentativa es necesario que el agente actúe con dolo de consumación. No existe hecho doloso si la voluntad se dirige únicamente a iniciar actos de ejecución, sin querer llegar a la consumación. Tal es el caso

---

<sup>198</sup> Muñoz Sánchez 1995, 115.

del agente provocador, que puede ser autor, coautor, cómplice o instigador, pero que no puso en peligro realmente el bien jurídico tutelado.<sup>199</sup>

En otras palabras, un requisito inexorable para que la actuación del agente provocador sea aceptada bajo este presupuesto, y que su intervención se mantenga fuera del alcance punitivo, es que su intención no debe dirigirse a la consumación del delito. Si, por el contrario, el agente provocador tiene como objetivo la comisión del delito, aunque sea con el fin único de tomar *in fraganti* al incitado, la situación cambia radicalmente, pues el dolo ya no está dirigido exclusivamente hacia la creación de la trampa, sino hacia la lesión del bien jurídico. En este caso, la situación debe medirse bajo las reglas de la teoría de la participación criminal, pues un agente provocador que tiene su dolo dirigido hacia la inducción del otro a cometer un ilícito con el fin de la lesión al bien jurídico, se parece más a la figura del instigador que a la del provocador.

Especialmente relevantes son los casos donde el agente provocador es instigador. El dolo del instigador debe dirigirse a la consumación del hecho principal. Si el autor principal realiza el hecho y éste queda en estado de tentativa, el instigador responderá del hecho realizado en estado de tentativa, aunque su dolo se dirigía a la consumación. Cuando el instigador quiere únicamente que el hecho principal llegue a estado de tentativa hay impunidad del instigador (*agent provocateur*), porque falta la voluntad del consumación.<sup>200</sup>

La teoría de la causación abarca esta postura, considerada como la predominante para solucionar la posible imputación del agente provocador. Indica que, a fin de cuentas,

---

<sup>199</sup> Castillo González 2010, 248 y 249.

<sup>200</sup> *Ibíd.*, 249.

su punibilidad se resuelve desde la tipicidad, donde se analiza la existencia o no del elemento subjetivo en la comisión del delito. Esta es la teoría favorita para resolver este dilema, ya que para poder hacer punible la actuación del provocador se “presupone como fundamento de la participación la lesión típica del bien jurídico por medio del hecho principal ajeno” (Kuper, citado por Muñoz Sánchez)<sup>201</sup>.

De existir ese dolo dirigido hacia la tentativa del delito, es suficiente para que no se den los presupuestos teorizados en la participación criminal, ya que esta misma teoría afirma que el dolo del instigador falta no solo al estar ausente la voluntad de consumación del delito, sino también cuando el resultado típico no es alcanzado por el sujeto activo.

#### **4.3.2 El tema de la tentativa inidónea como forma de solución a la punibilidad del agente provocador**

La teoría sobre la tentativa es bastante amplia, ha estado en constante evolución y, además, ha sido bastante controvertida entre las distintas corrientes que la desarrollaron. Aunque no es un tema central de la presente tesis, sí es importante aclarar su concepto y su vinculación con el delito imposible, como paso fundamental para comprender la incapacidad de castigar penalmente al sujeto provocado por el agente en estudio. De igual manera, esta explicación se extiende a la impunidad del agente.

Lo anterior en razón de que la tentativa inidónea o “el delito imposible supone, en principio, una conducta dolosa dirigida a la consumación que no alcanza a llenar todos los elementos típicos, como en toda tentativa, especificándose porque el fracaso del dolo del

---

<sup>201</sup> Muñoz Sánchez 1995, 56.

agente débese a que la ejecución fue realizada en modo inidóneo”<sup>202</sup>. Pero, antes de entrar en esta explicación, primero se debe hacer un acercamiento al concepto inicial de *tentativa*.

Sobre la tentativa, se puede decir que no existe un concepto único, sino que el tema es extenso y controversial. Cavallero señala que lo que sí se puede determinar es que la mayoría de los conceptos procuran diferenciar la tentativa de la consumación, y que ambos estados son los únicos que el derecho penal permite castigar. Sin embargo, añade que también es importante entender que la tentativa va un paso más allá del *iter criminis*. Castillo González completaría la idea con el argumento de que la tentativa se encuentra temporalmente entre el *iter criminis* y la consumación<sup>203</sup>.

Se podría ofrecer la siguiente definición de la tentativa: “Cuando la conducta dolosa deja atrás los actos preparatorios ingresando en los actos ejecutivos pero sin realizar el tipo objetivo, estamos en presencia de la «ejecución incompleta de un delito»”<sup>204</sup>. Además, “su estructura depende de tres aspectos: 1) el comienzo de ejecución de un delito; 2) el fin de cometerlo (dolo), y 3) la falta de consumación por circunstancias ajenas a la voluntad del autor”<sup>205</sup>.

Sobre el punto 1, es preciso determinar que esta figura está comprendida por una ejecución de actos que ponen en peligro bienes jurídicos. De no existir estas actuaciones dirigidas a cometer el delito, no podría considerarse que se configura una tentativa, pues la situación quedaría en simple *iter criminis*. Dichos actos han de reunir dos requisitos

---

<sup>202</sup> Cavallero 1983, 19.

<sup>203</sup> *Ibíd.*

<sup>204</sup> *Ibíd.*, 26.

<sup>205</sup> *Ibíd.*, 30.

importantes para ser considerados punibles: a) idoneidad, es decir, que tengan eficiencia causal para producir el resultado que se ha propuesto el agente, y b) univocidad, es decir, que deben estar dirigidos en forma inequívoca a la consumación del delito propuesto.

Sobre el punto 2, “el delito tentado preséntase entonces como una conducta que no alcanza a realizar el tipo objetivo por causas ajenas a la voluntad del autor, pero que en lo que atañe al tipo subjetivo no difiere del delito consumado, es decir, se exige el dolo, y en aquellos delitos cuyo aspecto subjetivo no se agota en el dolo”<sup>206</sup>.

Finalmente sobre el punto 3, se debe entender qué es la idoneidad y cuál es el resultado cuando esta no existe. “Por idoneidad debemos entender la eficacia causal, es decir, la capacidad de la acción de provocar el resultado prohibido por la ley”<sup>207</sup>. La acción penal se torna incapaz de realizar la lesión del bien jurídico cuando fallan los siguientes elementos de comisión del delito: “el problema se presenta, al menos en nuestro derecho, con la tentativa, cuando la inideoneidad (sic), por falta absoluta de objeto material de la acción, por inidoneidad absoluta en los medios de comisión del hecho o por la falta de sujeto del tipo penal”<sup>208</sup>.

En conclusión, la tentativa es un estadio del proceso criminal en el que no se alcanza la consumación, pero que comprende, de parte del agente, una voluntad dirigida a la consumación del delito, manifestada a través de la ejecución de actos idóneos e inequívocos que ponen en peligro el bien jurídicamente protegido por el tipo. Su punibilidad depende de la involuntariedad del agente para interrumpir el proceso delictivo o

---

<sup>206</sup> Cavallero 1983, 39.

<sup>207</sup> Muñoz Sánchez 1996, 121.

<sup>208</sup> Castillo González 2003, 100.



evitar su consumación.

Existen varias categorías de tentativa (frustrada, inacabada, etc.), pero la que interesa a este trabajo es la relacionada con el elemento de la idoneidad, llamada en la doctrina *tentativa inidónea*. Como su nombre indica, se relaciona con que los medios de ejecución sean los adecuados para lograr el delito, es decir, se presenta en “los casos en que la acción carece de aptitud para alcanzar la consumación (tentativa inidónea)”<sup>209</sup>.

Este tipo de tentativa también se conoce como *delito imposible*, ya que, si el medio para cometer el injusto no es el propicio, la acción se torna improbable. Al respecto, “entendemos que la expresión *tentativa inidónea* es la que designa con mayor precisión y claridad el instituto jurídico en tratamiento. El denominado delito imposible es, en realidad, un caso de tentativa, encontrándose vinculado su estudio al de ésta”<sup>210</sup>.

La tentativa inidónea o delito imposible es una postura defendida por la teoría objetivista que considera que solo el dolo no es suficiente para la punición del sujeto activo. Feuerbach (citado por Bacigalupo) explica que “la llamada *teoría objetiva* considera que la tentativa es punible por el peligro que ha corrido el bien jurídico protegido. Esta teoría no puede admitir la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea, es decir, aquella que de ninguna manera tenía aptitud para producir la consumación”<sup>211</sup>. Bacigalupo añade que la peligrosidad debe entenderse en dos sentidos: la del medio y la del autor.

Ante las explicaciones ya dadas surgirá la duda de cuál es la relación de estos temas

---

<sup>209</sup> Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal. Parte general*. 2.<sup>a</sup> ed. (Buenos Aires: Hammurabi, 1999), 464.

<sup>210</sup> Cavallero 1983, 81.

<sup>211</sup> Bacigalupo 1999, 464.

con las actuaciones del agente provocador, ya sea desde la perspectiva de la teoría del delito provocado o del delito experimental. Lo importante es que ambas doctrinas consideran que parte del trabajo del agente provocador es evitar, a toda costa, el daño al bien jurídico, o sea la consumación del delito. Para lograr este cometido, queda en manos del provocador, así como de su equipo auxiliar (policía judicial u otro organismo), el control del *iter criminis* y de los actos ejecutorios.

En conclusión, si “el agente quiere que se produzca el acto principal y respecto del mismo actúa dolosamente ... será punible con sólo que el hecho se intente. En cambio, cuando el dolo del agente no abarque la consumación, cuando se proponga (y arbitre a ese fin los medios adecuados) que el delito no pase del grado de tentativa...”<sup>212</sup> no habrá posibilidad de castigo. “Esta dirección doctrinal parte del análisis de si el hecho provocado, debido a las medidas tomadas por el agente provocador para evitar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, integra objetivamente una tentativa idónea, una inidónea, o un delito putativo o aparente”<sup>213</sup>.

El criterio general de la doctrina reconoce dos elementos constitutivos y fundamentales en la estructura típica de la tentativa: un elemento subjetivo y un elemento objetivo. “El elemento del tipo subjetivo de la tentativa (un propósito delictivo exteriorizado en actividad material) es el mismo que le corresponde al delito consumado. Por lo tanto, está compuesto por el dolo del autor y demás elementos subjetivos especiales

---

<sup>212</sup> Cavallero 1983, 527.

<sup>213</sup> Muñoz Sánchez 1995, 49.

de la autoría, si son exigidos por el delito concreto”<sup>214</sup>.

Tal cual sucede con la discusión entre los teóricos subjetivistas y los objetivistas en torno a la punición de la tentativa inidónea, la misma discordia se presenta sobre si la intervención del agente provocador para evitar la lesión produce o no la tentativa inidónea. Muñoz Sánchez afirma que la mayoría de la doctrina (sobre todo la alemana y la española) se decanta por la idea de que el agente provocador, al evitar la lesión del bien jurídico, hace que la acción quede en tentativa inidónea y, por tanto, no es punible. Sin embargo, considera esta postura insuficiente para resolver otros estadios del agente provocador, lo cual sí se logra con la tesis del dolo del inductor.

#### **4.4 ¿Bajo cuáles presupuestos se crean pruebas con la actuación del agente provocador?**

El desarrollo de la teoría del delito experimental puede haber dado un indicio de las circunstancias que validan el accionar del agente provocador. Según la teoría mencionada, esta técnica es utilizable cuando se trata de descubrir delitos que venían desarrollándose antes de la intervención del provocador. Esta tesis tampoco varía en la utilización de la figura española llamada “provocación policial”, que es una técnica de investigación que hace un escrutinio de los delitos preexistentes a la provocación y, por lo tanto, no existe diferencia formal con respecto al llamado delito experimental.

Este tipo de delitos se pueden encontrar en la doctrina penal bajo la denominación de *delitos continuados* o *delitos de tracto sucesivo*, y *delitos de peligro abstracto*. Todos

---

<sup>214</sup> Enrique Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, 2.ª ed. (San José: Editorial Juricentro, 1985), 103.

estos se encuentran dentro del espectro de los delitos de mera actividad. Se entiende por *delito de tracto sucesivo* o *delito continuado* aquel que se compone de acciones delictivas aisladas, pero continuas, y que están encaminados hacia la misma intención delictuosa.

Por su parte, los *delitos de mera actividad* se diferencian del delito de resultado en tanto que el primero nace a raíz de la acción y el objetivo de la acción, y pueden ser por acción u omisión. “En los delitos de mera actividad del injusto típico se agota en la acción (ultimo acto de la acción) del autor, sin que el tipo penal tenga un resultado, en el sentido de un efecto exterior, separado espacial y temporalmente de la acción”<sup>215</sup>. “La importancia de la distinción entre delitos de resultado y de mera actividad está en la relación de causalidad que tiene mucha importancia en los delitos comisivos para efecto de la imputación del resultado al tipo objetivo. No así en los delitos de mera actividad, en los que para determinar la consumación del hecho sólo se requiere examinar la concurrencia de la propia acción del autor”<sup>216</sup>.

Dentro de este mismo espectro, “los delitos de peligro abstracto siempre son de mera actividad cuya punición descansa en la peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico, según la valoración del legislador”<sup>217</sup>. En este caso, lo importante no es el resultado típico, sino la puesta en peligro del objeto material de la acción, o sea, el bien jurídico.

Esta excepción legal y probatoria que la actuación del agente provocador posee al

---

<sup>215</sup> Francisco Castillo González, *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1* (San José: Editorial Jurídica Continental, 2009), 363.

<sup>216</sup> *Ibíd.*, 364.

<sup>217</sup> *Ibíd.*, 363.

develar delitos continuados o de tracto sucesivo es especialmente útil en la persecución de delitos contra el crimen organizado, en particular, el tráfico ilícito de estupefacientes. Tanto así que “la figura del agente provocador es admitida y regulada expresamente por distintos ordenamientos europeos dirigidos al combate del narcotráfico”<sup>218</sup>.

Desde el punto de vista de la política criminal, la figura del agente provocador (visto desde la teoría del delito experimental) toma relevancia por su efectividad en la persecución del narcotráfico. “Los delitos de tracto sucesivo o de encuentro, como el tráfico ilícito de estupefacientes, se muestran como especial punto de mira de esta técnica de investigación. Por esta razón, cada vez es mayor la incursión de agentes de policía a circuitos clandestinos de comercio que simulan ser compradores de productos ilegales adquiriendo el rol de agentes provocadores”<sup>219</sup>.

La solución a la validez de la prueba en estos casos se resuelve en el plano procesal y no el del derecho penal material, como sucede en el caso de las restricciones a la punibilidad de la actuación del autor provocado (tentativa inidónea o tentativa irreal), ya que es asunto de determinar cuál actividad es la que se enjuicia.

En efecto, el Tribunal Supremo viene aplicando la tesis de la provocación policial en los casos en los que el agente provocador induce a una operación de tráfico de drogas, castigando al traficante no por el acto del tráfico

---

<sup>218</sup> Miguel Ángel Núñez Paz y Germán Guillén López, “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º LXI (enero del 2008): 106.

<sup>219</sup> *Ibid.*, 107.

provocado, sino por las actividades preexistentes de tráfico de estupefacientes o por la mera tenencia de droga destinada al tráfico.<sup>220</sup>

El ejemplo anterior es el más sencillo para comprender este punto crucial. Ya sea en Costa Rica o a nivel internacional, la mera tenencia de drogas para la venta es un delito (delito de mera actividad) y, en caso de que el agente provocador realice el delito experimental al tratar de comprar la droga al autor provocado, lo que es punible no es la venta de la droga, sino la tenencia de la misma para su comercio, delito que estaría consumado con la portación de la misma.

En el caso de delitos continuados relacionados con el narcotráfico, como puede ser la venta continua de estupefacientes, el factor probatorio es un poco más complejo, pues es necesario un mayor acervo probatorio que demuestre que se trata de una actividad recurrente.

La presunción jurisprudencial española ha manifestado que “el sujeto que realiza una operación de tráfico de drogas no la hace aisladamente, sino que viene dedicándose a ello habitualmente”<sup>221</sup>. Sin embargo, esto no es más que una suposición, que como cualquier otro hecho, requiere solidez fáctica para poder considerarse como verdad real. Por ello, después de 1990 la tendencia jurisprudencial ha sido la de absolutoria en los casos en que no existe otra prueba que logre demostrar el delito continuado.

---

<sup>220</sup> Muñoz Sánchez 1995, 129.

<sup>221</sup> *Ibíd.*

#### 4.5 Marco normativo del agente provocador en Costa Rica

El vacío normativo sobre la figura del provocador pesa con aún más ahínco que en el caso del agente encubierto, debido a que sobre a esta técnica no se encuentra ninguna norma específica. Toda la delimitación pragmática del provocador se realiza vía jurisprudencial, criterio que ya se había adelantado. Ahora bien, es requisito hacer un breve repaso de la implementación de la figura de investigación en territorio nacional para comprender los aspectos probatorios de su uso.

En la década de los ochenta, se emitió la Ley 6789 del 3 de agosto de 1982. En los artículos 93 y 94 se establecía una exclusividad del Banco Central para la compra y venta de divisas. Toda aquella transacción de divisas fuera de la institucionalidad era considerada una transacción ilegal o del “mercado negro”.

**Artículo 93.-** Solamente el Banco Central de Costa Rica podrá negociar divisas en el territorio nacional; hará esa negociación directamente o por medio de los bancos comerciales del Estado y de los demás bancos del Sistema Bancario Nacional que, al efecto, llegue a autorizar la Junta Directiva del Instituto Emisor. Además, el Banco Central podrá establecer las regulaciones que considere apropiadas para el ingreso y egreso de capitales.<sup>222</sup>

**Artículo 94.-** Toda persona física o jurídica que haya adquirido divisas - cualquiera que sea su origen al día siguiente de su recibo deberá venderlas al mercado oficial, por medio del Banco Central, de los bancos comerciales del Estado y de los demás bancos del Sistema Bancario Nacional autorizados para operar en ese mercado. En el caso de divisas provenientes de

---

<sup>222</sup> Asamblea Legislativa, “Reforma a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, n.º 6789” del 3 de agosto de 1982.

exportaciones se presumirá que estas fueron efectivamente recibidas en la fecha que indican los documentos aportados para obtener la respectiva licencia de exportación, excepto que el interesado demuestre lo contrario, mediante certificación emitida por un contador público autorizado u otra prueba fehaciente.

La misma ley establecía un delito a quien comprara o vendiera moneda extranjera de forma ilegal:

**Artículo 100.-** Será reprimida con prisión de uno a tres años y con diez a cien días multa, la persona física o el personero legal de la persona jurídica que:

- a) Comprare o vendiere divisas o que participare, en cualquier forma, en transacciones del mercado cambiario, sin autorización legal o del Banco Central, aunque lo haga de manera ocasional.
- b) Teniendo autorización legal o del Banco Central para participar en el mercado cambiario retenga o acumule, injustificadamente, saldos en divisas fuera del término establecido en el artículo 94.
- c) Al recibir divisas por concepto de exportaciones, no las negocie en las condiciones y plazos establecidos por la ley, salvo caso fortuito o fuerza mayor, o no declare al Banco Central el monto real de las divisas percibidas por ese concepto.
- ch) Mediante engaño, obtenga del Banco Central o de los bancos comerciales del Estado o de los demás bancos comerciales del Sistema Bancario Nacional, autorizados para participar en el mercado cambiario, divisas del mercado oficial o del mercado libre o dé a ellas un destino diferente del autorizado.
- d) En cualquier otra forma, infringere el régimen cambiario que establece la ley.

A la persona jurídica responsable de cualquiera de los hechos anteriores, se



le impondrá la medida de seguridad consistente en la clausura del establecimiento por el término de diez a treinta días y en caso de reincidencia, se le clausurará definitivamente el establecimiento.

El intermediario será considerado como coautor. La sentencia condenatoria ordenará el comiso, en favor del Banco Central, de las divisas correspondientes.

La acción, por los hechos a que se refiere este artículo será de conocimiento del juez penal, mediante el procedimiento especial de citación directa que regula el Código de Procedimientos Penales.

Pese a lo anterior, en la década de los ochenta existía un fuerte “mercado negro” de compra y venta de dólares. Las divisas eran ofrecidas por compradores informales que se encontraban, principalmente, en el centro de San José. Para lograr un control sobre este ilícito negocio, el Organismo de Investigación Judicial empezó a utilizar policías que fingían la compra o la venta de dólares, convirtiéndolos así en agentes provocadores.

El *modus operandi* era sencillo, un agente policial vestido de civil se acercaba a los vendedores informales para comprar dólares. Cuando el vendedor mostraba los dólares a la venta, este era apresado por el agente en su función de provocador. La intención del agente provocador, en este caso, no era la consumación del delito, sino la obtención de prueba que sirviera para poder llevar un proceso judicial.

Sin embargo, pese a que el procedimiento es idéntico al utilizado en la investigación de delitos de posesión de droga, el resultado es distinto en razón de la naturaleza de los delitos. En el caso de la posesión de droga, no es necesaria la venta de aquella para que se consuma el delito, pues la mera tenencia de droga para la venta consiste en un delito, el cual el agente provocador no está incitando, sino descubriendo. Esta situación no se da en

el caso de la compra y venta de las divisas extranjeras, pues el delito se consuma con la venta y no la posesión.

En esa misma década, la introducción del crimen organizado en el acontecer nacional permitió implementar esta misma vía de investigación para los delitos de tráfico de drogas. En ese entonces, la Ley General de Salud, en su artículo 372, reprimía el tráfico de drogas o sustancias psicotrópicas.

Sufrirá prisión de seis a doce años el que exportare, importare, vendiere, elaborare, distribuyere, suministrare, transportare, traficare en cualquier forma o poseyere para estos fines, drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas cuyo uso pueda producir dependencia síquica en las personas, cuando ello ocurra sin las previas autorizaciones legales o reglamentarias correspondientes<sup>223</sup>.

En Costa Rica, los policías judiciales se hacían pasar por consumidores de drogas y provocaban el delito de venta de droga. Incluso aunque no se consumara la venta, la sola posesión de la droga para la venta cabía dentro del tipo penal.

#### **4.6 El dolo como elemento diferenciador entre el agente provocador y el instigador**

Antes de adentrarse en el estudio del instigador, se torna imperioso realizar una primera aclaración doctrinal sobre la naturaleza de esta condición. El instigador es una calificación que pertenece a la teoría de la participación criminal y no una técnica de investigación, como lo son los agentes estudiados, el informante e, incluso, el arrepentido.

---

<sup>223</sup> Asamblea Legislativa, “Ley 5395: Ley General de la Salud de 30 de octubre de 1973”, *La Gaceta*, n.º 222 (24 de noviembre de 1973).

En la legislación de Costa Rica, la instigación se encuentra mencionada en el artículo 46 del Código de Rito y dice que el instigador es “quien intencionalmente determine a otro a cometer el hecho punible”<sup>224</sup>. El concepto de esta figura de la participación criminal indica que este artículo “castiga la acción de determinar a otra persona a cometer una infracción, más precisamente, reprime a quienes determinen directamente a otro a cometer un hecho, sancionándolos con idéntica pena que estipula para los autores, coautores y cómplices primarios”<sup>225</sup>. Lo más importante de este concepto es “que la esencia de la instigación reside en producir en el otro (que debe reunir todas las características y requisitos exigidos para ser autor) la resolución efectiva de cometer un hecho típicamente antijurídico”<sup>226</sup>.

A nivel doctrinal, esta figura se concibe como la instauración, por parte de un tercero, en hacer nacer en otro la idea de cometer un delito, pero quien domina el hecho delictivo y decide la realización del mismo es el instigado. Mayer (citado por Castillo) explica a este partícipe de este modo: “puede ser que el ataque del instigador al bien jurídico no sea tan intensivo que podamos decir que él hizo el delito, pero sí podemos decir que él hizo al homicida”<sup>227</sup>.

Si existe o no una diferencia entre el instigador y el agente provocador es un tema bastante polémico dentro de la doctrina. Incluso parte de los estudiosos del tema –aquellos que rechazan categóricamente la legalidad del agente provocador– consideran que no existe

---

<sup>224</sup> Asamblea Legislativa, “Ley 4573 del Código Penal: 24 de febrero de 1993”, *La Gaceta*, n.º 63 (1 abril de 1993).

<sup>225</sup> Guillermo Julio Fierro, *Teoría de la participación criminal* (Buenos Aires, Argentina, 2001), 419.

<sup>226</sup> *Ibíd.*

<sup>227</sup> Castillo González 2009, 475.

diferencia entre ellos, ya que el agente provocador es siempre un instigador, incluso cuando se procura que el experimento quede en grado de tentativa.

Ejemplo de lo anterior es Jiménez Huerta (citado por Fierro) para quien “la conducta del agente provocador no es solamente típica, subsumible dentro del dispositivo ampliatorio (instigación), sino que también es antijurídica<sup>228</sup>”. Este autor considera que la actuación del provocador es antijurídica, aún cuando este pertenece a las fuerzas policiales, ya que su actuación no puede enmarcarse dentro del cumplimiento de un deber, “puesto que ella reside en *prevenir*, o en todo caso *impedir*, la comisión de delitos, pero nunca en provocarlos<sup>229</sup>”.

Otro estudioso del derecho penal que coincide con esta postura es Bettioli (citado por Fierro) “para quien los agentes del orden público tienen la obligación de perseguir delitos perpetrados, y no la de suscitar, más o menos malignamente, acciones delictuosas con fines pretendidamente ilícitos<sup>230</sup>”. Cardoso Pereira coincide con esta postura, ya que indica lo siguiente:

El *agent provocateur*, al instigar o inducir otra persona a cometer un delito con el fin de que este pueda ser detenido y puesto a disposición de la Justicia, no puede en consecuencia, al contrario del agente encubierto, invocar para sí la posibilidad de plantear la concurrencia de una causa de justificación. Por esto se puede afirmar que el agente provocador en razón de ser representado por un individuo que conduce su actividad de forma a inducir o instigar la persona sospechosa a practicar actos delictuosos por los

---

<sup>228</sup> Guillermo Julio Fierro, *Teoría de la participación criminal* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001), 467.

<sup>229</sup> *Ibíd.*

<sup>230</sup> *Ibíd.*, 469.

cuales habrá de responder penalmente, con el objetivo principal de obtención de pruebas que vengan a perjudicar el mismo, acaba por violar las garantías esenciales de un Estado social y democrático de Derecho.<sup>231</sup>

Es claro que el objetivo del agente provocador es llevar al provocado a los Tribunales de Justicia para así someterlo a pena, y no la lesión del bien jurídico; sin embargo, aunque luche contra la delincuencia organizada, siempre debe respetar la legalidad. Por ello, la técnica del provocador se ha visto obligada a renacer en muchas ocasiones para lograr acercarse a una figura eficiente y, al mismo tiempo, acorde con los lineamientos del Derecho penal material. Debido a esto, la actuación del agente provocador ha evolucionado al grado que es imprescindible realizar el experimento de forma controlada, a tal nivel que no sobrepase una tentativa inidónea y que, además, solo será considerada como efectiva si busca recabar prueba de delitos que ya se venían cometiendo antes de la intervención.

Si la figura del agente provocador induce a un tercero a cometer un delito que quizás sin la actuación instigadora policial no hubiera surgido materialmente (con el fin de hacerlo merecedor de sanciones penales), ese actuar iría en total disonancia con las garantías procesales de un Estado Democrático de Derecho. Por tanto, la captación del hecho jamás podría ser considerada como prueba válida y, además, el provocador podría acercarse peligrosamente a las características de un instigador, en función de que su dolo estaría dirigido hacia la consumación del delito. Es por esto que “la provocación delictiva es una inducción engañosa, es decir, supone injertar en otra persona el dolo de delinquir, y

---

<sup>231</sup> Cardoso Pereira 2012, 265.

cuando esto se hace con la colaboración policial, se produce el efecto perverso de que la policía lejos de prevenir el delito, instiga a su comisión”<sup>232</sup>.

La otra postura que sí acepta una diferencia entre el agente provocador y el instituto de la instigación criminal se basa, principalmente, pero no de forma exclusiva, en varios aspectos sobre el elemento subjetivo, o sea sobre el dolo. Una tesis considera que el dolo entre estas dos figuras es distinto porque el agente provocador no tiene la intención de lesionar el bien jurídico tutelado, es más, muchas de las acciones del provocador podrían quedar inconclusas, pues con tentar al sujeto activo es suficiente. Así lo explica el doctrinario argentino Guillermo Julio Fierro:

Un amplio sector doctrinal se inclina por la tesis de que estando la conducta del agente provocador encaminada a producir una mera tentativa del delito, dado que la acción no alcanzará a consumarse por cuanto ello será oportunamente impedido, no puede en puridad hablarse de instigación, ya que ésta requiere en el instigador una actuación con dolo de resultado, no de tentativa.<sup>233</sup>

Continuando con el tema, Mezger (citado por Fierro) distingue las figuras nuevamente a través del dolo. “Si el instigador no quiere el resultado y sólo busca el comienzo de la actividad delictuosa, le faltaría el dolo necesario para configurar la hipótesis de real instigación”<sup>234</sup>. Fierro explica esta postura añadiendo la siguiente aclaración:

El caso más común es que el instigador (agente provocador) no quiera el resultado, y sólo provoca la tentativa con el propósito de poner en evidencia

---

<sup>232</sup> *Ibíd.*, 266.

<sup>233</sup> Fierro 2001, 466.

<sup>234</sup> *Ibíd.*

al delincuente y facilitar su apresamiento. La mayoría de los autores coinciden en la inculpabilidad del agente, por cuanto carece de dolo necesario para convertirse en instigador.<sup>235</sup>

Para entender a cabalidad la tesis que sí admite permisiva, es menester adentrarse en un aspecto de la configuración del elemento subjetivo del instigador. En la doctrina, algunos admiten la denominación de *doble dolo* al elemento subjetivo del inductor, ya que este posee dos intenciones; la primera, dirigida a convencer a la otra persona a cometer el delito y la segunda, encaminada hacia la lesión del bien jurídico. “La doctrina exige un doble dolo del instigador. Por un lado, la instigación requiere que el instigador actúe dolosamente respecto a su propia actividad como determinador. Por otro lado, se requiere que el instigador tenga un dolo dirigido a la realización dolosa por el autor del hecho punible consumado”<sup>236</sup>. Es allí donde surge la diferencia con el agente provocador, ya que uno de sus requisitos *sine qua non* es no querer que el hecho delictivo se consuma y, por tanto, no cumpliría con el doble presupuesto necesario en el elemento subjetivo del instigador.

La denominación de *doble dolo* es criticada por algunos como nomenclatura, por considerarla imprecisa y vaga con respecto a la explicación. Parte de la doctrina considera que tan solo se trata de un dolo extendido, el cual se orienta a determinar al autor del delito para conseguir la consumación del delito (situación que no dista conceptualmente de la explicación del *doble dolo*). “El dolo del instigador, que debe abarcar ambos resultados.

---

<sup>235</sup> *Ibíd.*

<sup>236</sup> Castillo González 2009, 511.

Por ello se habla, quizá impropriamente, de un doble dolo<sup>237</sup>. Como se puede apreciar, la crítica al *doble dolo* es de carácter semántico y no conceptual, por lo cual, a efectos prácticos en el presente trabajo, se utilizará *doble dolo* como explicación del elemento subjetivo del instigador.

Para reforzar el punto, Bacigalupo sostiene lo siguiente:

El instigador debe obrar dolosamente; el dolo eventual es suficiente. Vinculado con esa cuestión se encuentra el problema del llamado "*agente provocador*": el que induce con el objeto de hacer incurrir a otro *no en la consumación, sino sólo en tentativa*, es considerado como no punible, pues la inducción —se dice— requiere una voluntad dirigida a la lesión del bien jurídico. En la doctrina esta exigencia se manifiesta en el llamado *doble dolo de la inducción*, por el cual el inductor debe haber querido no sólo la realización de la acción, sino la *consumación* del hecho. En los delitos de tenencia (de armas o de drogas) se requiere que el "segundo" dolo alcance al *agotamiento* del delito. Consecuentemente, si el agente provocador contempla la posibilidad de que la acción del provocado alcance la consumación e, inclusive, una irreparable lesión del bien jurídico, habrá que admitir inducción punible.<sup>238</sup>

Para seguir con las diferencias entre estas dos figuras, es importante ver el concepto de *omni modo facturus est*<sup>239</sup> que explica la determinación de cometer el delito antes de la intervención del instigador y que explica por qué "cuando un sujeto ya se halla decidido al hecho, nunca puede haber instigación"<sup>240</sup>. Este presupuesto se demuestra en los casos de

---

<sup>237</sup> *Ibíd.*

<sup>238</sup> Bacigalupo 1999, 526 y 527.

<sup>239</sup> "Lo haría de todo modos", traducción propia.

<sup>240</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general* 2.<sup>a</sup> ed. (Buenos Aires: EDIAR, 2002), 802.



delito experimental, cuando el sujeto activo es descubierto por el agente provocador en los delitos de tracto sucesivo o de peligro abstracto. Ya que en estos casos el sujeto activo está determinado a realizar estos actos o, incluso, los ha realizado continuamente, existía una determinación delictiva previa a la intervención del agente. Situación contraria a la que sucede con el instigador, quien sí determina a la persona a realizar el delito.

## **Capítulo 5: Periodismo de inmersión y ejemplos de cómo el periodista se convierte en agente encubierto o agente provocador**

### **5.1 Concepto e historia del periodismo de inmersión**

El periodismo, en su práctica, ofrece distintos géneros, uno de los cuales es el periodismo de investigación. Consiste en una participación más profunda del periodista en el tema a tratar, de modo que pueda acceder a una mayor cantidad de datos, historias y emociones para narrar su historia.

En la actualidad, el periodismo de investigación presenta variantes con respecto a la técnica que utiliza el reportero para obtener la información. Entre las modalidades disponibles se encuentra el periodismo de inmersión que, como su nombre indica, requiere una profundización por parte del comunicador en el foco de su atención. “La inmersión conlleva, para el periodista, la aventura de introducirse en una comunidad, una corporación, una empresa o una institución, con el propósito de observar, mientras que el encubrimiento entraña la ocultación de la identidad que puede presentarse con distintos grados o matices”<sup>241</sup>.

El periodismo de inmersión, a su vez, tiene dos variantes: *el periodismo encubierto o de infiltración* y *el periodismo gonzo*. El primero consiste en la infiltración anónima y pasiva de un reportero al medio específico que desea investigar, es decir, la técnica usada por el reportero es la observación y en ningún momento participa como protagonista, sino sólo como testigo. El periodismo gonzo requiere igualmente la participación encubierta del

---

<sup>241</sup> Antonio López Hidalgo y María de los Ángeles Fernández Barrero, *Periodismo de inmersión para desenmascarar la realidad* (Salamanca: Comunicación Social Ediciones y Publicaciones, 2013), 36.

reportero, pero con una actuación activa que modifica el curso de los hechos e incluso lo convierten en protagonista de la historia. En este caso, se considera que la técnica de investigación es la observación más la experimentación.

Como dato histórico, cabe rescatar que el periodismo encubierto nace en el siglo XIX. Su mayor exponente fue la reportera Nellie Bly, quien es considerada en el gremio como una apasionada del género. Su investigación infiltrada más famosa se describe en el libro *Diez días en un manicomio*, el cual cuenta la historia de cómo la periodista ingresó con identidad falsa, haciéndose pasar como paciente, en un hospital sanatorio para mujeres con problemas mentales ubicado en la isla de Blackwell.

Este trabajo sirvió como denuncia de una cantidad de irregularidades y abusos por parte del personal del sanatorio hacia las pacientes que la periodista pudo atestiguar y vivir en carne propia. La inmersión de la periodista sirvió para llevar el tema de los abusos contra las pacientes a los estrados judiciales de Estados Unidos, donde Bly sirvió incluso como testigo y su narración desencadenó una intervención económica por parte del Estado para ayudar al manicomio de la isla.

Con respecto al desarrollo de este tipo de investigación, es importante acotar que, con el surgimiento de las TIC, el periodismo de inmersión se ha nutrido con la utilización de estas para documentar las investigaciones. “Se trata, por ejemplo, de los equipos de filmación, o de los micrófonos ocultos y las minúsculas cámaras de grabación de vídeo o fotografía, favorecidos por la tecnología”<sup>242</sup>.

---

<sup>242</sup> *Ibid.*, 39.

Lo costoso de la múltiple y refinada aparatología necesaria para documentar reportajes y la recurrente discusión ética sobre el uso de recursos como cámaras o micrófonos escondidos, aunado a la posibilidad de caer en una transgresión de la ley, son factores que repercuten en la frecuencia de utilización de los géneros periodísticos anteriormente descritos.

Ahora bien, la importancia de explicar estos conceptos reside en que, según las características del periodismo gonzo y de infiltración, se pueden encontrar similitudes con la forma de proceder del agente encubierto y el agente provocador, técnicas de investigación policial estudiadas en el capítulo anterior. Uno de los objetivos del presente trabajo es realizar un paralelismo entre las técnicas de investigación policial y las periodísticas para poder concluir si las investigaciones realizadas por los periodistas sobre hechos delictivos podrían o no tener valor probatorio de cara al debido proceso instaurado en el proceso garantista costarricense.

Dado que en Costa Rica existe limitada jurisprudencia al respecto, es necesario realizar este paralelismo con casos que han ocurrido en otros países con sistemas jurídicos parecidos al nuestro. Este análisis de derecho comparado servirá de base para concluir cómo se trata el tema del valor de la prueba obtenida por agentes infiltrados o provocadores que no pertenecen a los organismos de investigación policial.

## **5.2 Estudio de casos en el derecho comparado**

Al tratarse este de un trabajo de investigación eminentemente teórico, los casos que se expondrán pertenecen a situaciones reales que ocurrieron en otros países con sistemas

procesales similares al de nuestro país. Es importante realizar nuevamente la aclaración de que en ningún momento se trata de investigaciones periodísticas realizadas en Costa Rica que llegasen a estrados judiciales, puesto que, por el momento, no existen sentencias judiciales que hayan examinado la prueba documentada por un periodista bajo los parámetros que aquí se exponen.

De igual manera, es importante aclarar que, en la mayoría de las sentencias que a continuación se expondrán, los juzgadores no realizan una categorización del trabajo realizado por los periodistas como de “agente encubierto” o “agente provocador”. Sin embargo, se podría argumentar que las actuaciones de los reporteros poseen características similares a las de los agentes estudiados.

Los reportajes encubiertos tienen como particularidad la infiltración del periodista en un medio específico, como una cárcel, un hospital, una institución pública o privada, o incluso una organización criminal. En algunas ocasiones, este acercamiento al medio investigado puede producir que el periodista sea testigo de crímenes y que tenga la posibilidad de documentarlos. Esto no quiere decir que en toda investigación de infiltración el reportero se encuentre en la misma situación. Para el presente trabajo, se utilizarán las situaciones donde el periodista sí se encuentra frente a delitos y que, además, los haya documentado, de modo que el periodista puede comportarse de forma análoga con el agente encubierto.

En el caso del agente provocador, es un poco más difícil de hacer la analogía con alguna técnica periodística específica, pues bien sabemos que, como requisito, el agente provoca la futura situación delictiva, pero no permite que el delito se consuma. En el periodismo gonzo existe, al igual que en el caso del agente provocador, la utilización de un

experimento y de una participación activa del investigador. Sin embargo, el tema de la consumación de los hechos no estaría resuelta, pues este tipo de periodismo, al igual que el periodismo encubierto, puede investigar o documentar hechos que no sean de carácter delictivo. No obstante, de darse una situación en la cual el periodista intervenga en la situación delictiva, se podría pensar que se está frente a un exponente del periodismo gonzo.

### **5.2.1 Análisis de casos de periodistas que actúan como agentes encubiertos**

Este tipo de incursión periodística es la más común de las dos que se explican en el presente trabajo. A modo de ilustración, se tomarán en consideración ejemplos de investigaciones mediáticas encubiertas que, a su vez, hayan desencadenado acciones legales y sus respectivas resoluciones judiciales.

Para un mayor enriquecimiento del tema, se tomaron ejemplos que han sido resueltos en otras jurisdicciones fuera de la penal. Aunque este es un trabajo de investigación que desea establecer la analogía entre procesos penales, estas otras resoluciones tienen un contenido de importancia asociado al tema del derecho a la intimidad, principal tópico en conflicto con el agente encubierto.

### **5.2.1.1 Caso 1**

**País: Argentina**

**Competencia: Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación Argentina, juicio político**

El siguiente caso ocurrió en Argentina durante la década del 2010. El involucrado es un Juez de la República Argentina, cuyas actuaciones supuestamente espurias sobre un caso asociado a la decisión sobre una quiebra fueron captadas por un periodista infiltrado mediante la utilización de una cámara oculta y posteriormente expuestas en un medio de comunicación. Se desconoce quién fue el responsable de la filmación, puesto que el periodista, o la interpósita persona, utilizó una identidad falsa.

Es importante acotar que esta situación no fue conocida por la jurisdicción penal argentina, puesto que este tipo de casos son considerados delitos políticos y tienen una jurisdicción especial. Sin embargo, por la similitud de los procesos y por el razonamiento utilizado por quienes resolvieron, es importante incorporar el caso al presente análisis de derecho comparado.

... el 27 de noviembre del 2003, el juez a cargo de la quiebra del Club Ferrocarril Oeste recibió en su despacho a dos personas con el fin de mantener una entrevista. Una de ellas era conocida del magistrado y oficiaba de intermediario. La acompañaba otra, a quien el juez no conocía. Ésta, con el objeto de obtener la entrevista, había engañado a su vez al intermediario, respecto de su identidad y representación, por lo que logró llegar así ante la presencia del juez. Con una cámara de video oculta, grabó subrepticamente las imágenes y su conversación, sin conocimiento ni consentimiento del juez. Posteriormente, mediante la misma modalidad, grabó otra entrevista

mantenida con el magistrado, en medio de una recorrida por las instalaciones del referido club.<sup>243</sup>

El juicio por responsabilidad política tuvo como objetivo decidir la destitución del juez cuestionado. El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación Argentina fue el despacho encargado de realizar las valoraciones correspondientes a la validez de la prueba obtenida por el periodista encubierto. Entre las consideraciones ofrecidas, cabe destacar lo siguiente:

Recordaron que las garantías constitucionales deben ser resguardadas en los juicios de responsabilidad política. Inmediatamente luego, puntualizaron que nunca se pudo conocer en el proceso la identidad de la persona que produjo la filmación –“denominado por algunos testigos como la fuente de información”- y entendieron que, en las particulares circunstancias de ese proceso, el registro de la grabación y filmación de la conversación mantenida con el magistrado, mediante una “cámara oculta”, había vulnerado la garantía que aquí llamo intimidad. En su criterio, toda persona aunque sea funcionario público, tiene derecho a no ser víctima de un engaño premeditado por parte de un particular que, tras invocar una falsa identidad y una representación falaz, registra la conversación que mantiene con el tercero a través de una cámara oculta.<sup>244</sup> (El subrayado es mío).

Esta resolución sobre la validez de la prueba es coincidente con los axiomas presentados en el primer capítulo sobre la regulación del agente encubierto en las investigaciones de carácter criminal. En ese tipo normativas, que por el momento no existen en Costa Rica, se pondera la necesidad de uso del agente versus los derechos

---

<sup>243</sup> Gustavo E. L. Garibaldi, *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito* (Buenos Aires: AD-HOC, 2010), 301.

<sup>244</sup> *Ibíd.*



humanos del acriminado, lo que arroja como resultado la necesidad de que un juez de garantías avale la intervención del infiltrado.

En este caso, la prueba no se consideró válida, pues la identidad de investigador nunca fue conocida por el juez y, además del engaño, el periodista logró ingresar en ámbitos de privacidad del funcionario, específicamente su despacho. En virtud de lo anterior, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación Argentina llegó a la conclusión de que, tal cual se había obtenido la grabación, se había vulnerado el derecho de intimidad del juez y, por tanto, había una violación a las garantías constitucionales.

Sin embargo, es importante acotar que hubo un voto minoritario que consideró que no se podría despreciar la información obtenida por el solo hecho de haber vulnerado derechos constitucionales. Además, el uso de la cámara oculta como técnica de documentación “fue definida como recurso periodístico, inherente a su función de informar a la opinión pública, que se potencia y adquiere mayor relevancia cuando las imágenes refieren a la actuación de un funcionario público, en este caso, un magistrado”<sup>245</sup>.

Después de esta afirmación, en el voto salvado se ponderó el derecho de expresión y el derecho a la información versus las garantías constitucionales que pueden ser vulneradas por un periodista. Esta discusión que desarrolló el voto salvado no dista mucho de aquellas encontradas en otras jurisdicciones, por ejemplo la española, que consideran que el concepto de “interés público” no es unívoco y que, por tanto, la ponderación entre el derecho a informar y otros derechos siempre deberá hacerse en cada caso.

---

<sup>245</sup> *Ibid.*, 302 y 303.

### 5.2.1.2 Caso 2

**País: Argentina**

**Competencia: Cámara Nacional en lo Civil, reclamos por derechos de la personalidad**

Un programa argentino llamado *Telenoche Investiga* realiza una investigación encubierta, la cual fue difundida por Internet. En este caso, también mediante un periodista infiltrado y haciendo uso de la cámara oculta, se grabó al investigado mientras explicaba “cómo operaba el negocio de traer mujeres que encerraban en boliches y cómo era el arreglo político y policial”<sup>246</sup>. En este caso, la Cámara Nacional en lo Civil acogió el reclamo, donde se alegaba un daño provocado por la difusión del retrato del actor. Dicha jurisdicción consideró que “si bien el tema abordado era de interés público, no es válido avasallar los derechos personalísimos de lo individuos con el fin de alcanzar el objetivo... Existió, luego, un ejercicio irresponsable de la libertad de expresión”<sup>247</sup>.

Este caso presenta similitudes en cuanto al razonamiento con un caso español que se narrará más adelante. En ambos casos, el reclamo lo realiza el actor en una sede distinta a la penal, específicamente la civil, para determinar un daño a la imagen o al honor. En ambos casos, aunque por tribunales de distinto rango (en el caso argentino, un tribunal de primera instancia y en el caso español, un tribunal superior) se considera que este tipo de prácticas de periodistas infiltrados que captan mediante cámara oculta al investigado sí vulneran derechos personalísimos, como el honor o la imagen.

La importancia de destacar este ejemplo en el análisis del derecho comprado reside en que, en Costa Rica, la vulneración al bien jurídico *honor* debe ser resuelta en sede penal.

---

<sup>246</sup> *Ibíd.*, 305.

<sup>247</sup> *Ibíd.*

Por tanto, en este caso y el próximo, el tema de la vulneración al honor en sede civil tan solo consiste en una despenalización de las lesiones contra este bien.

Además, se debe recordar que el honor es uno de los derechos de la personalidad que se ha considerado como barrera infranqueable de la libertad de prensa. Por tanto, estas sentencias en la cuales la infiltración del periodista se considera una vulneración al derecho *honor* se debe considerar como un antecedente al tema planteado.

### **5.2.1.3 Caso 3**

**País: Argentina**

**Competencia: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional**

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en un fallo del 29 de junio del 2006, indicó lo siguiente:

Más allá del mayor o menor grado de acierto que lleve el mecanismo de la cámara oculta para proceder a la filmación a efectos de asegurar su máxima eficiencia probatoria, se trata sencillamente de la documentación en un soporte audiovisual de un hecho histórico acaecido. No cabe equiparar a periodistas y particulares con los funcionarios públicos, en orden a la inexcusabilidad que rige para estos últimos de actuar bajo control jurisdiccional para la realización de medidas como las filmaciones cuestionadas. No existe taxatividad de los medios probatorios, salvo la pertinencia para comprobar el objeto de prueba. No existió violación a la garantía de autoincriminación si las manifestaciones del imputado fueron vertidas antes o durante el proceso y ante una autoridad, y no se ejerció ninguna clase de presión o coacción al efecto, sino que fue el propio titular del derecho de exclusión quien lo citó a su estudio. Corresponde desestimar la violación del secreto profesional, si la divulgación de lo hablado en las

reuniones con el abogado imputado no provino de un acto de este último, sino de los particulares, para quien no rige la prohibición. Resultan validas las grabaciones aportadas por el denunciante en tanto, aunque fueron obtenidas sin el consentimiento de quienes resultaron involucrados, no se contravino norma constitucional o procesal alguna. Por tanto, corresponde el rechazo del planteo de nulidad introducido por la defensa...<sup>248</sup> (El subrayado es mío).

La anterior sentencia es relevante, pues en este caso un Tribunal Penal avala la prueba obtenida mediante el uso de cámara oculta, aduciendo que el periodista, al no pertenecer al aparato judicial, no está obligado a realizar el debido proceso (entiéndase la solicitud del uso del agente encubierto al juez de garantías).

La anterior resolución parece ser un tanto simplista pues, si bien sería absurdo considerar que el reportero debe portar el aval de un juez de garantías para poder realizar investigaciones encubiertas de carácter periodístico, la obligatoriedad del comunicador o de cualquier otro civil de seguir las reglas del debido proceso como si fueran funcionarios judiciales no es el centro de la discusión. Al considerar que el periodista no está obligado a seguir el control jurisdiccional y concluir que por ello la prueba no puede ser considerada como espuria, el tribunal olvida la razón de ser del debido proceso, cuyo objetivo es la protección de los derechos fundamentales de los acriminados, quienes por supuesto no dejan de ser personas, ni pierden sus derechos por estar bajo un proceso judicial.

En este caso, los juzgadores solo analizaron si el imputado había incurrido en una autoincriminación cuando estaba siendo grabado por el periodista encubierto, pero omitieron completamente el estudio sobre el derecho a la intimidad del investigado.

---

<sup>248</sup> *Ibíd.*, 302 y 303.

#### **5.2.1.4 Caso 4**

**País: España**

**Competencia: Tribunal 33 de la Jurisdicción Penal de Barcelona**

La jurisdicción número 33 de la ciudad de Barcelona, España, recibe varias denuncias aisladas sobre anomalías en dos clínicas ginecológicas con licencia para practicar interrupciones voluntarias de embarazos durante el primer y segundo trimestre de gestación. Mediante *notitia criminis*, se avisa sobre la comisión de varias irregularidades en dichas clínicas, por ejemplo, la práctica de abortos fuera del plazo de gestación permitido, comisiones patrimoniales entre los dueños de las clínicas por referir a estas pacientes que no deben ser atendidas, ausencia de los estudios psiquiátricos de rigor antes de la práctica abortiva, falsificación de firmas, suplantación de identidad, entre otros.

A raíz de estas denuncias aisladas, el juzgado penal 33 inicia una investigación penal contra los dueños de las clínicas, algunos de los médicos de la planilla, unos ginecólogos, otros psiquiátricos, así como del personal involucrado en los sucesos. La pesquisa inicia en el 2006. De forma concomitante a dicha investigación judicial, dos medios de comunicación extranjeros realizan sus propias averiguaciones sobre el tema. Uno de ellos es la Televisión Pública Danesa y el otro, el Daily Telegraph de Inglaterra. Ambos medios de comunicación recurrieron a la documentación de entrevistas a través del uso de la cámara oculta.

A pesar de que el Juzgado barcelonés tampoco cataloga las actuaciones de los periodistas como “agente encubierto” o “provocación del delito”, sigue siendo importante incluir esta sentencia, pues los motivos esbozados por el Tribunal para descartar los videos realizados con cámara oculta mantienen la línea jurisprudencia española respecto de esta

técnica. Además, se incluye en la resolución el parecer acerca de la validez de la prueba de los testimonios de los periodistas.

La línea jurisprudencial española es, tal vez, la más estricta en cuanto a las intervenciones periodísticas encubiertas o, en general, de carácter engañoso, como el uso de una cámara oculta, aunque no exista suplantación de personalidad. Desde la famosa resolución de 1992 del Tribunal Constitucional, la cual se explicará más adelante, la mayoría de tribunales del país ibérico, ya sean civiles, constitucionales o penales, han considerado que el uso de la técnica de infiltración más el uso de la cámara oculta vulneran los derechos fundamentales de los investigados, con las respectivas consecuencias que puedan darse en cada una de las competencias por la materia.

Este caso específico sobre las irregularidades en clínicas ginecológicas se conoció en sede penal por una serie de delitos: aborto ilegal, falsedad documental, asociación ilícita e intrusismo profesional. Como se indicó, las denuncias aisladas y las dos investigaciones periodísticas recabadas a través de cámara oculta funcionaron como *notitia criminis* y dieron pie a una investigación por parte del agente fiscal número 33 de Barcelona durante aproximadamente un año.

Sin embargo, tanto los reportajes como las narraciones de los periodistas no fueron considerados, en primera instancia, como prueba válida en el proceso y la fundamentación se basa principalmente en el siguiente párrafo, que a es una cita de otra resolución constitucional sobre el uso de la cámara oculta:

... ilegítimo el uso de la cámara oculta sin el conocimiento y autorización del interlocutor, entendiéndose que supone una intromisión ilegítima en derechos fundamentales como el de la intimidad y libertad personal y el de la

propia imagen. Si se ha considerado ilegítimo el uso de tal técnica periodística en el ámbito de su difusión en medios de comunicación, con mayor razón ha de rechazarse su admisión como medio de prueba lícito en un proceso penal, ni directamente con la reproducción de la grabación (propuesta por alguna otra parte) ni a través de sus autores como testigos de referencia.<sup>249</sup>

Por su parte, los testimonios de los periodistas fueron descartados por el Tribunal de primera instancia con base en estos motivos:

La Audiencia ha pretendido reforzar el carácter impertinente de la prueba testifical propuesta con el argumento de que quienes están en el origen de la grabación mediante *cámara oculta* no pueden ser luego traídos a juicio como “*testigos de referencia*”. Se trataría así de impedir que una prueba inicialmente ilícita pueda ser *convalidada* con la declaración testifical de los periodistas que obtuvieron la grabación de modo subrepticio. ... En el auto de 9 de febrero de 2012, en el que se exponen los argumentos que respaldarían la impertinencia de la prueba testifical propuesta, se dice textualmente que la testifical de los periodistas participantes en el reportaje de la televisión pública “... *en modo alguno supone una prueba directa de los hechos que aquí se juzgan sino, en todo caso, supuso una <notitia criminis> considerada además como inidónea para acordar la reapertura de la causa (entonces sobreseída provisionalmente) por el propio Juzgado de instrucción en su auto de fecha 02-02-2007*”.<sup>250</sup>

Esta resolución inicial fue impugnada ante el superior jerárquico. La Sala de Casación de lo Penal consideró que debía regresarse al momento en que se valoró la pertinencia de la prueba de los reportajes y de los testimonios de quienes lo hicieron. Entre

---

<sup>249</sup> Tribunal Superior, Sala Segunda de lo Penal de España. Recurso de casación: Sentencia n.º 793-2003 del 4 de junio de 2003.

<sup>250</sup> *Ibíd.*

otros factores relevantes para el reenvío del proceso a juicio, se estimó que la fundamentación para anular esta prueba fue poco profunda.

## **5.2.2 Análisis de casos de periodistas como agentes provocadores**

### **5.2.2.1 Caso 1**

**País: Chile**

**Competencia: Tribunal Penal**

En sentencia, se consignó lo siguiente:

... un equipo periodístico del programa de reportajes “En La Mira” del canal de televisión abierta Chilevisión, mantenía información a través de denuncias y por averiguaciones recibidas de diversas fuentes que un grupo de médicos otorgaba licencias médicas falsas, supuestamente coludidos con algunas sociedades de personas cuyo objeto sería defraudar a Fonasa o a las instituciones de salud privadas a través de la obtención de beneficios previsionales indebidos. A objeto de corroborar dicha información, sin que conste que previamente se hubiere recurrido a otros medios menos intrusivos, dos periodistas del referido canal y programa, ocultando sus verdaderas identidades, proporcionando datos no fidedignos acerca de su actividad laboral y con el claro propósito de obtener una licencia médica, portando una cámara oculta concurren entre los meses de julio y agosto de 2003, en calidad de pacientes privados, a la consulta de la psiquiatra M.L.C., que no tiene libre acceso al público, en cuyo interior debía realizarse un acto médico que reviste caracteres de confidencialidad, sin autorización ni conocimiento de la afectada u otra autoridad del recinto, procedieron a su filmación y grabación. Seguidamente, el 14 de julio de 2003, los mismos periodistas concurren a la consulta ubicada en Valenzuela Castillo N° 916, Providencia, en busca del médico M.B.A., encontrándose casualmente



con el médico W.S.V., con idéntica finalidad, en donde uno de ellos sostuvo una entrevista con él, a solas por cerca de 10 minutos, constando en autos la confección de la ficha médica de su paciente, diagnosticándole trastorno del ánimo, depresión y posible trastorno de la personalidad, otorgándole una licencia médica. Mismo procedimiento utilizaron al concurrir a la consulta del doctor R.S.C., ubicada en calle Huérfanos N° 518 departamento 302, comuna de Santiago, en donde el paciente ficticio obtiene la emisión de una licencia por 25 días.<sup>251</sup>

En este ejemplo chileno, no se analiza concretamente la validez del uso de la captación del delito como eventual prueba en un contradictorio. En cambio, la actuación de los periodistas se considera un delito en sí mismo, el cual amerita su correspondiente investigación y juzgamiento. El delito que se atribuye a los periodistas es el 161 del Código Penal Chileno, cuyo tipo penal dice así:

... al que en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.

Igual pena se aplicará a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior.<sup>252</sup>

---

<sup>251</sup> Corte Suprema, Sala Segunda de lo Penal de Chile. Recurso de casación: resolución n.º 57961 del 21 de agosto de 2013

<sup>252</sup> *Ibíd.*

Los periodistas fueron condenados en primera instancia por dicho delito; sin embargo, su recurso fue acogido en Casación. Los magistrados encargados de la revisión determinaron anular la sentencia por un problema de carácter procesal.

El profesor chileno de Derecho penal, Guzmán Dalbora, propone que esta actuación de los periodistas encaja en una actuación similar a la del agente provocador:

El equipo periodístico de un canal de televisión conjetura que cierto médico cirujano, conocido públicamente por participar en programas de una red de la competencia, extiende certificaciones falsas de enfermedad a trabajadores que rebotan de salud. Envía a un periodista a la clínica del profesional con una cámara oculta en su bolso. El hombre se presenta con el pretexto de que precisa una certificación que le permita ausentarse durante algunos días de sus tareas en la oficina donde asegura laborar, a lo que el incauto galeno responde que no se preocupe, que todo está bien y que basta con pagar el costo de la consulta. La ignominiosa escena es transmitida después por el canal en el horario estelar en que se emite los programas de denuncia periodística.<sup>253</sup>

Guzmán Dalbora considera que dicha actuación puede ser realizada por entidades ajenas a la investigación policial; no obstante, añade que este tipo de conductas por parte de periodistas pueden incluso tomarse como instigadoras, además de constituir el delito explicado supra.

Por un campo asimismo friable marchan el periodismo denominado «de investigación», ya que el profesional del ramo, si se da maña en instigar a otro a una acción punible, registra subrepticamente el episodio y lo difunde con toda publicidad, responderá como inductor de esa acción (v. gr., una

---

<sup>253</sup> Guzmán Dalbora 2015, 269.

falsedad documental) y autor de un ataque contra la esfera de intimidad...<sup>254</sup>

Coincidente con algunos otros académicos, la posición de Guzmán Dalbora sobre el agente provocador es bastante crítica, independientemente de si la acción proviene de policías o terceros, como en el caso de los reporteros.

En estas y otras situaciones de análogo jaez, nos hallamos ante distintos sujetos activos: policías, fiscales, parlamentarios, o sea, empleados o autoridades públicas, aunque también ciudadanos privados o titulares de una profesión en el papel de esbirros. La diversidad del agente no debe hacer perder de vista que en todos los casos se trata del desarrollo de un experimento con medios formalmente delictivos.<sup>255</sup>

Guzmán Dalbora no analiza el alcance probatorio de los experimentos provocados por el periodista, pues el penalista considera que las reglas del alcance probatorio del delito experimental son las mismas, independientemente de quién realice de provocador. Sobre este punto, es importante recordar la diferencia entre delito experimental y delito provocado explicada en el capítulo anterior.

Además, no se puede olvidar que, según las reglas probatorias, no puede consistir en prueba válida aquella que es obtenida a través de la comisión de un delito. Esto se encuentra regulado en el artículo 182 del Código Procesal Penal, tal cual fue explicado en el subapartado sobre la prueba ilícita o espuria.

---

<sup>254</sup> *Ibíd.*

<sup>255</sup> *Ibíd.*

### **5.2.2.2 Caso 2**

**País: España**

**Competencia: Sala Constitucional de España**

En el año 2009, la Sala Constitucional de España, emite una famosa sentencia que condena la intervención de una periodista en el ámbito de la intimidad del investigado. La técnica utilizada fue la de entrar en el local comercial con una identidad falsa y sin contar sus intenciones reales. La situación fue documentada a través de la utilización de la cámara oculta.

La periodista doña Lidia González Hermida, contratada por la productora Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., acudió a la consulta de doña Rosa María Fornés Tamarit, esteticista y naturista, haciéndose pasar por una paciente, por lo que fue atendida por ésta en la parte de su vivienda destinada a consulta, ocasión utilizada por la primera para grabar la voz y la imagen de la segunda por medio de una cámara oculta.<sup>256</sup>

El video fue utilizado hasta tres años después de la incursión, cuando se realizó un programa televisivo, donde se denunciaban a supuestos falsos profesionales de la salud. En esta ocasión, se denunció que Rosa María Fornés Tamarit había enfrentado un proceso penal por el delito de intrusismo, que consiste en haber actuado como fisioterapeuta sin ostentar dicho título profesional.

---

<sup>256</sup> Tribunal Constitucional, Sala Primera de España. Recurso de amparo: Sentencia n.1 12/2012 de. 30 de enero del 2012.

El delito de intrusismo, según el Código Penal de España, artículo 403, consiste en lo siguiente:

1. El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses.

Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses.

2. Se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años si el que comete del delito de intrusismo profesional concurrese alguna de las siguientes circunstancias:

a) Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido.

b) Si el culpable ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión<sup>257</sup>.

Este es un ejemplo meramente ilustrativo de cómo la periodista pudo haber realizado una investigación utilizando un ardid que simula la provocación. En este caso, el reportaje no fue utilizado como medio para denunciar a la falsa fisioterapeuta, por lo cual carece de valor para ejemplificar la génesis de una prueba –provocada– por el periodista. Sin embargo, y en vista de la carencia de situaciones similares reales que hayan sido examinadas por un Tribunal Penal a la luz de la validez probatoria, resulta relevante incluir

---

<sup>257</sup> Joaquín Rodríguez de Miguel Ramos, y Pedro Colina Oquendo. *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia*, 5.<sup>a</sup> ed. (Madrid: La Ley, 2015), artículo 403.

las apreciaciones del Tribunal Constitucional que analizó el reclamo del medio de comunicación.

El reclamo de la televisora se genera a raíz de una sentencia de la Sala de Casación Civil que condena al medio de comunicación por el pago de una indemnización a favor de la señora Rosa María Fornés Tamarit (la investigada), quien consideró que la transmisión de las imágenes captadas por medio de cámara escondida, más lo que se dijo en el programa, lesionaban su honor.

La interposición del Recurso de amparo en sede de la Sala Constitucional se dio por parte de los personeros del medio de comunicación que, a su vez, estimaron que la resolución de la Sala de Casación violaba la libertad de expresión de la televisora. Uno de los reclamos de los recurrentes versó sobre la independencia y libertad de los periodistas en decidir cuáles fuentes y medios técnicos utilizar. Este argumento no fue de recibo del Tribunal, que consideró que una libertad absoluta podría conducir a una situación de franca desprotección de los terceros.

Este caso se convirtió en un precedente de gran relevancia en la jurisprudencia española, pues a partir de dicha resolución se generó una amplia discusión donde se ponderaba la libertad de prensa frente a otros derechos fundamentales.

### 5.2.2.3 Caso 3

**País: Portugal**

**Competencia: Tribunal da Relação do Porto, instancia penal**

En mayo de 1997, un programa de televisión portugués (que en la sentencia se denominó bajo el seudónimo de “Z”) presenta un reportaje en blanco y negro sobre la supuesta venta de “Cetraminas”, un medicamento cuya venta se encuentra prohibida, pues aumenta el rendimiento deportivo, pero sus consecuencias a largo plazo pueden ser letales.

En el reportaje, un periodista infiltrado se hace pasar por falso dirigente deportivo y entabla una conversación con el acriminado (un asistente médico) sobre casos de dopaje deportivo y sustancias prohibidas que aumentan el rendimiento de los jugadores. El investigado acepta que posee dichas sustancias y vende al periodista encubierto un lote de pastillas de venta ilegal.

El noticiero realiza una serie de reportajes donde se trata de demostrar que la sustancia vendida por el asistente médico es Cetramina de venta prohibida. A partir de estos reportajes, “se determinó la instauración inmediata de un proceso penal contra la persona del asistente, imputándose, además, la práctica de un crimen de tráfico de estupefacientes. En consecuencia, una semana después, concretamente el 6 de junio de 1997, y en el marco de ese proceso penal, se ordenó y se llevó a cabo la búsqueda del consultorio del asistente para aprehender los productos de estupefacientes que eventualmente se encontraran. Lo que se hizo, obviamente, sin previo aviso...”<sup>258</sup> (Traducción propia).

La investigación penal contra el asistente avanzó hasta la etapa de contradictorio,

---

<sup>258</sup> Tribunal da Relação do Porto. Acórdão n.º 0313418 del 10 de marzo del 2004.

donde se determinó que la prueba obtenida a través de la intervención periodística y mediante el uso cámara escondida era de carácter espurio y fue anulada. La razón principal fue que se obtuvo mediante engaño y contraviniendo las reglas procesales y las garantías constitucionales. Este criterio fue reiterado por el Tribunal da Relação do Porto, máxima autoridad jurisdiccional en materia penal, cuando analizaron la apelación fiscal. Las principales ideas son las siguientes:

Y si la prueba representada por este reportaje en blanco y negro, al haber sido obtenida a través de medio engañosa –cámara oculta–, es nula, no pudiendo ser utilizada, de conformidad con el artículo 126, en los apartados 1 y 2, letra a), del CPP, eso es sólo para el efecto de persecución criminal por el eventual crimen que pretende probar –el delito de tráfico de drogas– porque la prohibición constituye una garantía de defensa, de acuerdo con el artículo 32 de la Constitución.<sup>259</sup> (Traducción propia).

Este último ejemplo es más que ilustrativo para la hipótesis que se maneja en el presente trabajo, sobre todo porque el respectivo Tribunal va más allá de la lesividad de este tipo de actividad periodística y estudia el tema central de la hipótesis: si la prueba tiene validez o no.

En este caso en específico, el Tribunal portugués determinó que la obtención de esta prueba violaba el artículo 32 de su Constitución Política (Principio de defensa), el cual en su inciso 6 versa: “Seran (sic) nulas todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coaccion, atentado a la integridad física o moral de la persona o intromision abusiva en la

---

<sup>259</sup> *Ibíd.*



vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones<sup>260</sup>. Según se extrae del razonamiento de la sentencia, la prueba se obtuvo mediante engaño e infiltrándose en el ámbito de la intimidad del imputado, lo cual se traduce en una violación a su derecho de defensa. Por otra parte, el artículo 126 del Código de Procedimiento Penales indica lo siguiente:

#### Métodos prohibidos de prueba

1 - Son nulas, no pudiendo ser utilizadas, las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción o, en general, ofensa de la integridad física o moral de las personas.

2 - Son ofensivas de la integridad física o moral de las personas las pruebas obtenidas, aunque con consentimiento de ellas, mediante:

a) Perturbación de la libertad de voluntad o de decisión a través de malos tratos, ofensas corporales, administración de medios de cualquier naturaleza, hipnosis o utilización de medios crueles o engañosos;

b) Perturbación, por cualquier medio, de la capacidad de memoria o de evaluación;

c) Utilización de la fuerza, fuera de los casos y de los límites permitidos por la ley;

d) Amenaza con medida legalmente inadmisibles y, así, con denegación o condicionamiento de la obtención de beneficio legalmente previsto;

e) Promesa de ventaja legalmente inadmisibles.

3 - Sin perjuicio de los casos previstos por la ley, son igualmente nulas, no pudiéndose utilizar, las pruebas obtenidas mediante intromisión en la vida

---

<sup>260</sup> Constitución Portuguesa, documento en línea (consultado el 25 de noviembre del 2018), <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/portugalsp.pdf>

privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones sin el consentimiento del respectivo titular.

4 - Si el uso de los métodos de obtención de pruebas previstos en este artículo constituye un crimen, pueden ser utilizadas con el fin exclusivo de proceder contra los agentes del mismo.<sup>261</sup> (Traducción propia).

#### **5.2.2.4 Caso 4**

**País: Costa Rica**

**Competencia: Sala Constitucional, recurso de habeas corpus**

De forma estrictamente ilustrativa, se incorpora una situación jurídica sucedida en Costa Rica que retrata un caso en que unos periodistas pretendieron realizar una investigación como si fueran agentes provocadores.

Explica que en el mes de julio de dos mil nueve, el despacho judicial recurrido lo suspendió de todos los actos como notario, suspensión que le vencía el seis de enero de dos mil diez, pero en el mes de diciembre de dos mil nueve, fue filmado por medio de una cámara escondida, en virtud de que Greivin Moya envió un sujeto que se hacía pasar por un presunto cliente, el cual le solicitó que lo casara, por lo que él al saber que no tenía los documentos de identificación le indicó que fuera al consulado de su país y solicitara un pasaporte, pero según manifiesta, el cliente le comentó que no tenía la novia, ni los testigos, a lo que él le contestó que se los conseguía, pero que había que publicar un edicto de ley en el Boletín Judicial o La Gaceta, tomar huellas digitales y ante el protocolo tomarle una fotografía a ambas personas; sin embargo dicho sujeto se fue y no regresó. Aduce que no cometió delito alguno, por cuanto el acto no se materializó, y que ni siquiera

---

<sup>261</sup> Código de Procedimiento Penal de Portugal, art. 126. Documento en línea (consultado el 26 de noviembre del 2018), [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis).

tiene protocolo por cuanto está en posesión de la fiscalía; no obstante lo anterior el juez recurrido acogió la solicitud de la fiscalía, fundamentado en que no incurra en reiteración delictiva. Considera violentados sus derechos fundamentales. Solicita que se declare con lugar el recurso con las consecuencias de ley, y se ordene de manera inmediata su libertad. Solicita que se acoja el recurso, y se ordene la libertad inmediata<sup>262</sup>.

En este caso, según la narración del recurrente (cabe señalar que no consta ninguna grabación de lo supuestamente acaecido), parece ser que el periodista quiso captar al notario realizando *in frangati* la comisión de un delito, al efectuar un matrimonio sin los requisitos exigidos por la ley. En este caso, no se llevó a cabo el experimento. Según lo indicado en el recurso, era materialmente imposible, ya que el notario no tenía su protocolo. En la sentencia indicada, no se analiza ninguno de los extremos que se han desarrollado a lo largo de este capítulo, pues lo requerido es el levantamiento de la prisión preventiva, asunto que no tiene relación con lo hasta ahora expuesto.

### 5.3 Valoración de los casos

Como se puede apreciar, las sentencias incorporadas en el presente análisis son muy disímiles entre sí en cuanto al fondo; no obstante, tienen elementos en común que vale la pena resaltar, pues son propios de un proceso penal garantista como el costarricense.

En primer lugar, destacan las consideraciones que muchos de estos tribunales realizan sobre los derechos de los investigados, como el derecho a la no

---

<sup>262</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de habeas corpus, resolución n° 05684 - 2010 del 23 de marzo del 2010, 15:01 horas.

autoincriminación, la intimidad e incluso el honor. El respeto a estos extremos se torna un punto fundamental para decidir si la prueba tiene validez en los estrados judiciales.

En segundo lugar, también es importante mencionar las consideraciones que realizan estas jurisdicciones sobre la intrusión periodística con cámaras escondidas, aunque estos tribunales son civiles o constitucionales. Aunque no tienen pertinencia con el análisis de la validez de la prueba penal, sí crean precedentes importantes, como la ponderación entre la libertad de prensa versus el honor.

Finalmente, sobre las sentencias en que los periodistas actúan como agentes provocadores, estas son un poco menos coincidentes entre sí, pues ninguna es abordada desde esta perspectiva específica del periodista como provocador de una acción penal. Sin embargo, la situación que acaeció en Chile (sección 5.2.2.1) es vista por el tribunal desde el ángulo de los periodistas como imputados; no obstante, Guzmán Dalbora estudia el caso y realiza su propio análisis bajo la lupa del delito experimental. Como ya se anotó, el aporte de este profesor chileno es muy enriquecedor para la presente investigación, pues considera que la actuación de los periodistas equivale a un agente provocador e incluso, en determinado momento, insinúa que pueden haber cruzado la delgada línea y haber actuado como instigadores.

Por su parte, la sentencia de Portugal (sección 5.2.2.3) es quizá la más competente al presente trabajo, pues analiza en forma directa la validez de la prueba captada por los periodistas a través de la cámara oculta y realizada mediante engaño y provocación. Lamentablemente, esta sentencia tampoco categoriza a esas actuaciones como delito experimental o delito provocado.

## **Capítulo 6: Discusión de los planteamientos iniciales**

La televisión tiene mucho poder, eso es una verdad casi de perogrullo. Y la cámara oculta es elemento fabuloso, aunque utilizada sin ética es el sumun de la justicia televisada. Y una Justicia televisada es peligrosa porque es una Justicia sin apelación: el espectador lo ve, lo condena, y lo toma como cosa juzgada. Si después el juez real pone en libertad a aquel sujeto que el periodismo nos convenció de que era culpable (tal vez porque el mismo periodista saltó algún paso legal y esto anuló el juicio), entonces el espectador desconfía aún más de la justicia... y la bola de nieve se agranda arrastrando consigo a la ya desprestigiada Justicia y trasladando aún más la función de juez al periodismo, función que no le corresponde.<sup>263</sup>

Gerardo Prat, 2000

Cuando se planteó de forma inicial el requerido anteproyecto de tesis, se pensó en el trabajo desde una unidad conceptual que permitiera desarrollar el tema de la documentación periodística de hechos delictivos bajo una misma visión procesalista. En este plan, primero se expondría el marco legal de la actividad periodística, y, luego, la teoría acerca de los agentes en un mismo capítulo. Finalmente, se presentaría el marco procesal que daría pie a la conclusión del tema. El trabajo se propuso con el siguiente esquema:

1. Capítulo 1: Principios de la libertad de expresión, de información y de prensa y sus límites
2. Capítulo 2: Principios del agente encubierto y del agente provocador
3. Capítulo 3: Periodismo de inmersión: Los periodistas como agentes encubiertos y provocadores en el derecho comparado

---

<sup>263</sup> Gerardo Prat, “Límites éticos y legales de la investigación con cámara oculta”, Buscador Jurídico Argentino Justiniano.com, [http://www.justiniano.com/ciencias\\_aux/camara\\_oculta.htm](http://www.justiniano.com/ciencias_aux/camara_oculta.htm) (consultado el 1 de mayo del 2019).

4. Capítulo 4: La validez de la prueba dentro del sistema garantista

5. Conclusiones

No obstante, conforme se adentró en el estudio de ambos agentes, se observó que, a pesar de que básicamente se diferencian por la función activa de creación del delito del provocador, esta diferenciación hace que las preguntas planteadas como base del presente trabajo se deban resolver desde ángulos distintos del Derecho penal.

La teoría de la prueba ilícitamente obtenida perteneciente al Derecho procesal penal es el punto de partida para determinar la validez de la probatoria producto de la actuación o documentación realizada por un periodista encubierto. Por otro lado, el Derecho penal material y las reglas sobre la provocación del hecho delictivo son las bases para resolver la misma pregunta, pero sobre el agente provocador. Esto da pie a la más importante de todas las conclusiones: este trabajo no contiene una tesis, sino dos.

Para sustentar lo anterior, es importante que exista un cierre (a modo de discusión) para cada uno de los agentes. Por ello, este trabajo final de graduación puede ser fácilmente divisible en dos tesis con una única premisa en común: el marco normativo del ejercicio periodístico. De este modo, se transforma la estructura y morfología del índice provisional, hasta quedar así:

1. Capítulo 1: Referente jurídico de la libertad de prensa
2. Capítulo 2: Reglas procesales que pueden afectar el eventual valor probatorio de incursiones periodísticas en Costa Rica
3. Capítulo 3: El agente encubierto
4. Capítulo 4: El agente provocador y su funcionalidad en la investigación delictiva

5. Capítulo 5: Periodismo de inmersión y ejemplos de cómo los periodistas se convierten en agente encubierto o agente provocador
6. Capítulo 6: Discusión de los planteamientos iniciales
  - a. Sección 1: Validez de la prueba del periodista encubierto
  - b. Sección 2: Validez de la prueba del periodista como agente provocador
7. Conclusiones sobre el aporte del trabajo y de *lege ferenda*

La idea de dividir la discusión final en dos tractos, centrado cada uno de ellos en responder la pregunta de investigación dirigida a los periodistas con cada uno de los agentes, permitirá un mejor discernimiento de la complejidad legal de cada uno de ellos y de por qué se deben contestar desde ángulos distintos, el instrumental y el material.

A su vez y, a modo de introducción a la discusión, es necesario recordar la importancia de la responsabilidad que tienen los medios de comunicación y sus profesionales. Se debe promover un acercamiento a la información que permita a las audiencias conocer y entender la función democrática que tiene un sistema punitivo de índole garantista que no deshumanice a quienes, lamentablemente, terminan siendo víctimas del engranaje social disfuncional.

## **6.1 Sección 1: ¿Tienen valor probatorio las documentaciones de hechos delictivos realizadas por periodistas a través de la técnica del agente encubierto?**

### **6.1.1 El agente encubierto y su relación con los derechos fundamentales**

Como base para concluir el tema de la validez de la prueba recabada por un periodista infiltrado, se debe recordar la relación de vulnerabilidad que existe entre la técnica de investigación del agente encubierto y los derechos fundamentales de los sospechosos, específicamente el derecho a la no autoincriminación y el derecho a la intimidad.

Esta forma de investigación conlleva la inmersión de agentes policíacos o judiciales en redes criminales complejas y el *modus operandi* requiere un ardid por parte del investigador, pues la presentación de su identidad y sus intenciones siempre serán ocultas. Además, cabe la posibilidad de que el infiltrado se convierta ficticiamente en un miembro más de la organización, con lo cual tiene acceso a ámbitos de la intimidad de los investigados, que serían inaccesibles de no ser por esta mentira que teje en concurso con las entidades de investigación criminal.

Cuando se habla de los derechos fundamentales que se encuentran expuestos ante la intervención de un agente infiltrado, entran en escena el tema del derecho a la no autoincriminación y el derecho a la intimidad. La lesión al *nemo tenetur* se genera como resultado del papel engañoso que juega el agente, basado en su identidad falsa y en el juego de confianza que tratará de crear con el observado. Evidentemente, el agente crea un ardid que puede facilitar la confesión de situaciones de carácter delictivo, que de otro modo no ocurrirían.



Es importante recordar que, desde los puntos de vista doctrinal y jurisprudencial, el derecho a la no autoincriminación es amplio y contempla más que la simple confesión directa de la comisión de un delito. Abarca también acciones conexas como la presentación de documentos inculpativos, las declaraciones de familiares, los interrogatorios y otras formas de autoincriminación.

La cercanía del investigador con las estructuras de las organizaciones criminales le permite adentrarse en ámbitos que pertenecen a la intimidad de la persona sujeto de estudio. Las oficinas, las casas de habitación, los ámbitos familiares, la correspondencia, las conversaciones telefónicas, entre otros, son considerados como ámbitos pertenecientes a la privacidad de todas las personas, situación que no se pierde mágicamente al estar bajo el escrutinio de la justicia.

Una postura mayoritaria de la doctrina ha considerado la técnica como truculenta, peligrosa e invasiva; sin embargo, resulta bastante efectiva para el desmantelamiento de organizaciones criminales complejas, como las del tráfico de estupefacientes, la trata de personas, el sicariato, la corrupción y demás tipos de delincuencia que pertenecen al creciente y cada vez más versátil fenómeno del crimen organizado. Además, este se considera como una epidemia delictiva que crece en variedad de actividades y en cantidad de estructuras con la globalización de las comunicaciones y los medios de transporte.

Dichas redes criminales son extremadamente difíciles de desmantelar, ya que son de alta complejidad estructural, a veces de alcance transnacional, y además poseen abundantes recursos económicos. Sin embargo, la lucha es imperiosa, pues sus efectos se sienten a nivel global, su magnitud de violencia es escabrosa y la inseguridad que crean para la población civil es creciente. Debido a esto, la técnica del encubierto se permite como forma

de investigación, bajo un carácter **extraordinario**, y una vez comprobado que no se puede acceder a prueba contundente a través de otras vías de investigación. Para su uso, se requiere una ponderación de los intereses en conflicto.

**¿Quién debe sopesar la necesidad de utilizar un agente encubierto en una investigación?** El director de la investigación. El equivalente al ministerio fiscal será el encargado de valorar si ha llegado el momento de hacer uso de una técnica extraordinaria, puesto que es la entidad que tiene bajo su mando la dirección a tomar y bajo su óptica, la necesidad del proceso. Sin embargo, en otras jurisdicciones y acorde a lo recomendado por la doctrina, no es este organismo quien avala la utilización del agente encubierto. La ponderación de intereses y visto bueno de la técnica extraordinaria son tareas del Juez de garantías.

No en vano se le llama *Juez de garantías* a la autoridad jurisdiccional encargada de sopesar este tipo de peticiones que puedan vulnerar derechos de terceros. Dentro de las valoraciones que debe realizar, se encuentran la garantías constitucionales del investigado que se ponen en riesgo al usar una técnica de investigación invasiva y, por ello, debe decidir si amerita que esto suceda, tomando en cuenta aspectos como la peligrosidad del delito, la complejidad de la investigación, la idoneidad de la técnica, etcétera.

En este momento, comienza el control jurisdiccional sobre la técnica del agente encubierto en algunos ordenamientos jurídicos de corte garantistas. La necesidad de una resolución fundada permite dar un saneamiento previo a la situación lesiva de derechos humanos, establecer los parámetros de funcionalidad del agente (tiempo de uso, acceso a lugares, funciones, entre otros) y, en términos generales, dar pie a un debido proceso.

No cabe duda de lo importante que resulta este proceso de protección a los derechos constitucionales del sospechoso para un sistema que se catalogue como procesal garantista. Pese a esto, y a que el sistema procesal penal costarricense se clasifica como tal, solo posee una “Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo” (Ley 8204) que reglamenta el uso del agente encubierto en su capítulo tercero, artículos 10 y 12, pero esta es omisa en cuanto a su debido proceso, a quiénes pueden ejercerlo y bajo cuáles condiciones.

### **6.1.2 El periodista como agente encubierto**

Entre los dos tipos de agente que se han presentado en esta propuesta, el que es usado más comúnmente en investigaciones periodísticas es el infiltrado. De hecho, como se expuso en su respectivo apartado, existe una historia sobre este tipo de periodismo e incluso un registro de importantes reportajes documentados que han servido como *notitia criminis* y que, a su vez, han permitido al periodismo fungir como vigilante social y así cumplir con los objetivos románticos de dicha disciplina.

Sobre este tipo de reportaje, se considera que “el periodismo de inmersión es un método de investigación, intenta comprender la realidad a partir de la experimentación del investigador, circunstancia que confiere un elevado grado de subjetividad al relato”<sup>264</sup>.

Ahora bien, los casos que se expusieron en la sección 5.2.1 corresponden a investigaciones periodísticas encubiertas que resultaron en que la situación denunciada se

---

<sup>264</sup> López Hidalgo y Fernández Barrero 2013, 23.

llevara a estrados judiciales. Su aporte al trabajo consiste mostrar cómo han resuelto otras jurisdicciones el valor de la prueba obtenida por terceros, en este caso por periodistas, que han actuado de infiltrados. Vale la pena recordar la pertinente aclaración realizada en dicho apartado; a saber, algunos de estos casos no fueron conocidos por despachos de la materia penal. Pese a esa limitante, fueron escogidos porque ilustran el tema central en discusión: **¿el periodista infiltrado vulnera derechos fundamentales de sus vigilados?** A partir de las consideraciones analizadas parece que, en algunos de los casos, la respuesta es afirmativa.

Es menester recordar que, en la mayoría de los casos citados, se habla de vulneración del derecho a la intimidad, punto que se toma en consideración cuando el juez de garantías pondera el uso del agente encubierto. Las principales razones para considerar que existe una lesión a dicho derecho reside en dos puntos principales: el uso de la cámara escondida y su relación con la imagen del investigado, y la inmersión del periodista en ámbitos de la privacidad de los inquiridos, a los cual no habrían tenido acceso si no consumaran el ardid de su identidad y objetivo falsos.

Sobre el uso de la cámara escondida, esta forma de hacer periodismo es condenada por muchos y avalada por pocos, pues al igual que el agente encubierto suponen un engaño a quien está bajo el escrutinio del reportero. La cámara oculta se puede usar perfectamente sin que medie una identidad falsa del periodista, pero aún así siempre queda de por medio el ocultamiento de la cámara y que se están grabando situaciones sin autorización de la fuente, lo cual vulnera aspectos como la imagen o la privacidad. Aspectos que se han determinado reiteradamente como límites que tiene la libertad de prensa.

En este punto, cabe recordar la cita que se encuentra al inicio de este capítulo a modo de epígrafe, la cual se refiere al uso de la cámara oculta como una forma de crear un juicio paralelo y a las posibles consecuencias en la psique y el comportamiento de quienes son televidentes y desconocen los procesos penales. Prat afirma que este tipo de periodismo solo agrava los problemas de confianza que recaen sobre los sistemas judiciales. El periodista, al presentar situaciones de posible carácter delictivo de forma apriorística y sin apego a la rigurosidad que exige un sistema procesal penal, confunde dolosamente a su espectador, pues le hace creer que la persona investigada es culpable de un crimen, cuando el resultado a nivel judicial puede ser distinto.

Incluso, Prat menciona un punto fundamental para este trabajo: la eventualidad de que el resultado a nivel judicial sea favorable para el imputado y contrario a las intenciones periodísticas, y que esta inocencia podría nacer de una nulidad probatoria a causa de la forma de captación del delito que el mismo periodista realizó *contra legem*. En otras palabras, como consecuencia de la violación a un derecho fundamental producto de la filmación oculta del periodista, la prueba podría considerarse espuria.

Es importante recalcar lo anterior, ya que se torna casi indivisible el uso de la cámara escondida y del periodista encubierto. La utilización de esta plataforma parece ser la mejor forma para los periodistas de documentar los hechos delictivos, puesto que es una ilustración sin alteraciones de la actuación *in flagranti delicto* del investigado.

Se rescata de las sentencias que sí se ha condenado la infiltración periodística encubierta y, además, se ha establecido que el uso de la cámara oculta significa un daño a la intimidad, pues expone la identidad e imagen del inquirido. También se consideró lesivo a este mismo bien jurídico la intromisión del periodista encubierto en ámbitos privados del

sujeto pasivo. Según lo extraído de esta investigación de jurisprudencia en el derecho comparado, se consideran parte de los espacios privados lugares como la casa de habitación, los consultorios y las oficinas.

A parte de la opinión de Prat, existen otras posturas en contra del uso de la cámara oculta y, en general, de las actuaciones engañosas de los periodistas. Algunas son aún más estrictas que la de este autor, en especial porque su perspectiva realiza una crítica de los efectos en las audiencias y su confianza en el sistema de este tipo de periodismo. En otras palabras, esta postura pertenece más al análisis del discurso y no ahonda en el tema de la legalidad de la prueba, como si lo hace la siguiente postura:

Más reacio es aún Marc Carrillo (2009:29) catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Pompeu Fabra, que insiste en que la información ha de ser captada de forma legítima, sobre todo jurídicamente, y asegura que la licitud deja de existir, como en el caso de la cámara oculta y con manifiesto engaño hacia el interlocutor, como por ejemplo el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen, e incluso el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.<sup>265</sup>

El planteamiento que surge después de analizar las premisas anteriores es si siempre existe vulneración a la intimidad cuando el periodista trabaja como agente encubierto, pero no utiliza la cámara oculta, ni ningún soporte tecnológico para captar los supuestos delitos, sino que es simplemente un testigo del hecho delictivo. Al respecto, es apreciable que, en una de las sentencias citadas, se descarta tanto la prueba proveniente de la cámara escondida como el testimonio de los periodistas que se infiltraron, debido a que el video subrepticio es solo la plataforma que capta y reproduce el hecho y, al margen de

---

<sup>265</sup> *Ibíd.*

esto, se mantiene la intromisión al ámbito de la intimidad que realiza el periodista al engañar al acriminado con una identidad y un objetivo falsos.

No obstante, también se puede extraer de las sentencias que este criterio no es parejo. Son ubicables sentencias que distan de esta postura legalista y que, por el contrario, consideran oportuna y valiosa la prueba proveniente del periodista encubierto.

En España, que probablemente es el país que ha sido más riguroso en cuanto a la legalidad de la actuación del periodista infiltrado, la tendencia es realizar una balanza entre el *interés público* de la noticia versus los derechos fundamentales citados. Parece que se repite la idea que domina a la doctrina del agente encubierto: la técnica es válida también en el periodismo si no existe otra forma de investigar el hecho delictivo y si la gravedad del delito es tan impactante como para que realmente exista un *interés público* que amerite informar el hecho. “Hasta el momento, la jurisprudencia consolidada apunta a la coexistencia de tres elementos clave para que en estos casos prevalezca la libertad de información sobre el derecho al honor, la intimidad y las propia imagen: que se trate de información relativa a un asunto de interés público, que los hechos difundidos sean veraces y que tengan un finalidad informativa”<sup>266</sup>.

Es importante recordar una aclaración mencionada en el capítulo sobre el periodista como agente infiltrado: estas valoraciones que han realizado los jueces pocas veces se refieren de forma directa a la posibilidad de que las infiltraciones periodísticas sean consideradas como prueba válida de cargo. Por el contrario, tratan sobre la legalidad de la infiltración periodística, es decir, aunque una actividad como esta no se encuentre prohibida

---

<sup>266</sup> *Ibíd.*

por un principio de legalidad, no necesariamente va a resultar en evidencia válida, ya que las reglas procesales sobre las garantías de los imputados son mucho más estrictas.

El tema de la autoincriminación en caso de intervenciones de periodistas infiltrados ha sido menos desarrollado por la jurisprudencia que el derecho a la intimidad. Sin embargo, al ser prácticamente un derecho absoluto de los acriminados, es difícil pensar en que un tribunal pueda considerar válida una prueba en la cual un periodista usa una identidad falsa para realizar un interrogatorio que termina siendo incriminatorio.

Esta situación recuerda al caso de la estadounidense desaparecida en Aruba, Venezuela, Natalee Holloway. Años después del siniestro, su supuesto victimario fue grabado por un periodista encubierto en Países Bajos. El infiltrado le hizo creer al sospechoso que era proveedor de marihuana y que lo iba a contratar para trabajar con él. En la entrevista, el supuesto victimario realizó una confesión diciendo que había tirado el cuerpo de Natalee Holloway al mar; sin embargo, a pesar de que el caso se reabrió, se consideró que dicha confesión era prueba insuficiente e incompatible como para detener al sospechoso.

En el caso 3 del Capítulo 5 (sección 5.2.1.3), se analiza el problema de la autoincriminación y se concluye de forma muy somera que no existe violación a dicha garantía si las declaraciones fueron hechas antes o después del proceso frente a una autoridad jurisdiccional y de forma espontánea. *A contrario sensu*, la ausencia de una autoridad competente, el uso de la coacción o el engaño sí podrían suponer una laceración al derecho de guardar silencio.



Establecido lo anterior, surge la siguiente pregunta: **¿tiene validez la prueba recabada por un tercero fuera de los órganos de investigación judicial?** En los casos explicativos, no se encontró ninguna prohibición expresa que cohibía a terceros de realizar trabajos de agentes encubiertos o de utilizar otra técnica de investigación análoga, como las escuchas telefónicas.

Por el contrario, entre las posiciones encontradas en la jurisprudencia analizada, existe una sentencia argentina, nuevamente el caso 3 (sección 5.2.1.3), que vale la pena recordar. En pocas palabras, esta dice que, al margen de la utilidad y pertinencia de la cámara oculta como método de investigación periodística, no se puede equiparar a los reporteros con los funcionarios públicos judiciales en cuanto a la inexcusabilidad de los últimos a actuar bajo un control jurisdiccional.

En este sentido, el mismo tribunal advirtió en otro momento que “los simples particulares no se encuentran comprendidos por los límites formales establecidos por la ley procesal penal y no parece razonable, como se pretende en el caso, exigirle al periodismo la obtención de una orden judicial para llevar a cabo una investigación ni la imposición de sus derechos al interlocutor antes de conversar con él”<sup>267</sup>. (El subrayado es mío).

Garibaldi, quien analiza dichas citas desde un ángulo bastante crítico y acertado, considera que esta postura de la Cámara Nacional es poco profunda e incluso la cataloga de peligrosa. Considera que esta posición hace una excepción a los medios de comunicación, cuando los límites procesales deben alcanzar no sólo a los funcionarios judiciales, como

---

<sup>267</sup> *Ibíd.*, 305

actores del Estado, sino también a todos los particulares, aunque sea con un parámetro distinto. De lo contrario, dejarían expuestos otros derechos:

Ello permite advertir, por ejemplo, que el mero ingreso mediante engaño de un periodista en cualquier vivienda no invalida *por ese hecho* la prueba obtenida. Porque la protección del domicilio es un límite a la acción del Estado y cualquier particular podría echar mano de una artificio para que le franqueen el ingreso a cualquier sitio, sin con ello cometer delito alguno.<sup>268</sup>

Aunque es pertinente la apreciación de Garibaldi, parece que también es de corto alcance, pues el tratadista parte de la premisa que las garantías procesales existen con el fin único de proteger a los particulares del Poder Punitivo del Estado de ese monstruo coercitivo que implica la inquisición estatal. Pero olvida Garibaldi que muchas de estas garantías están constituidas como derechos en sí mismos y representan bienes jurídicos de los individuos que merecen una protección independientemente de cuál sea la fuente de vulneración.

Con respecto al tema de los límites probatorios aportados por terceros, en un caso planteado en Alemania sobre unas escuchas telefónicas realizadas por el dueño de una empresa dirigida a sus empleados, se indicó respecto de las pruebas que “la Cámara Federal las consideró legítimas. Para ello analizó la posible afectación del derecho a no autoincriminación y del derecho a la intimidad. Sostuvo, sin embargo, que no es cierto que la actividad probatoria desplegada por un particular no esté sujeta a límites formales, lo que representa un gran avance”<sup>269</sup> (el subrayado es mío).

---

<sup>268</sup> *Ibíd.*, 305 y 306.

<sup>269</sup> Claus Roxin, *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias* (Buenos Aires, Argentina: Hammurabi, 2008), 146.

Esta postura es más coherente con los preceptos de un sistema procesal acusatorio, ya que el aporte no es tan rígido como para pretender que personas ajenas a los organismos de investigación puedan acudir a las autoridades jurisdiccionales solicitando recabar pruebas. Sin embargo, tampoco descuida los derechos de los acriminados y plantea la necesidad de que el tribunal valore si hubo afectación a sus derechos fundamentales.

Ahora bien, para contestar a la pregunta **¿requieren los periodistas una resolución fundada para actuar de infiltrados?**, evidentemente, no. No es exigible a los medios de comunicación que cuando deseen realizar una investigación encubierta sigan los mismos pasos que requieren los organismos de investigación oficiales. Incluso, se podría pensar que, si se obliga a los noticieros a someter al escrutinio de un juez penal si dicha investigación amerita o no la incursión de un infiltrado, existiría la probabilidad de una censura previa en caso de una negativa por parte del juez de garantías.

Esta “exclusión de requisito” no reviste al periodista de un fuero especial para poder ejercer como encubierto sin que su actuación tenga repercusiones en otros aspectos del derecho, como lo puede ser una lesión al honor, la imagen o la intimidad, como tantas veces sucede. Tampoco significa que esta excepción valide *ipso facto* como prueba a aquella documentación de hechos delictivos realizados mediante el ardid del encubierto, pues el hecho de que el periodista no esté obligado a cumplir con un principio de legalidad no significa que puede violentar los derechos fundamentales de los investigados sin repercusión a nivel procesal.

### **6.1.3 ¿Qué sucedería en Costa Rica si se presentaran pruebas recabadas por medio de técnicas encubiertas?**

En el presente trabajo no se cuestiona el gran poder y la importancia trascendental que tiene la prensa para realizar una fiscalización de los sistemas políticos democráticos y el papel que juega como vigilante social o denunciante de posibles delitos. Un régimen político que censure a los medios de comunicación no puede ser considerado como una democracia. El punto a considerar es si este trabajo investigativo tiene o no valor como probanza, ya que se realiza bajo técnicas que son consideradas por este mismo sistema democrático como altamente lesivas para los derechos fundamentales y, además, se colocan fuera del control jurisdiccional.

Es importante partir del siguiente hecho: en Costa Rica no existe una regulación que imponga una resolución del juez de garantías como requerimiento para utilizar la técnica del agente encubierto. Situación que llama la atención, ya que otras técnicas de investigación análogas (como la intervención telefónica y el allanamiento) sí requieren que se cumpla un principio de legalidad.

El principio de legalidad y el de proporcionalidad se cumplen, tanto en las intervenciones telefónicas como en los allanamientos, cuando el juez de garantías realiza la ponderación entre la necesidad de utilizar estas razones y la vulneración a los derechos fundamentales de los sospechosos. De este modo, se cumplen ambos principios procesales, presentes como requisito para el agente encubierto en otras jurisdicciones.

La razón por la cual el agente encubierto no requiere dicho trámite en Costa Rica es un misterio. Sin embargo, no sería extraño considerar que esto se deba al poco desarrollo y

acercamiento a esta técnica, situación que se refleja en la jurisprudencia nacional, cuando en reiteradas ocasiones se confunden los conceptos y funciones del agente encubierto y el agente provocador.

No está de más acotar que, en estos casos específicos, el principio de legalidad y el de proporcionalidad están ligados, no se puede cumplir el segundo sin que exista el requerimiento del primero. Evidentemente, al no solicitarse ninguno de los dos axiomas, en consecuencia no existirá fundamentación jurídica que avale el uso de estas técnicas de uso extraordinario contra los investigados.

Visto lo anterior, la consecuente pregunta sería la siguiente: **¿pueden violarse estos principios sin existir un requerimiento legal?** Nuevamente, la respuesta es no. Si los operadores del Organismo de Investigación Judicial no se encuentran obligados a solicitar permiso, mediante fiscalía como dirigente de la investigación, mucho menos lo estarán los periodistas o terceros que estén aportando este tipo de evidencia.

Por tanto, como primera gran conclusión, **cuando los periodistas en Costa Rica están trabajando de infiltrados en una investigación, al existir una ausencia de normativa que obligue la resolución fundada de un juez de garantías, no se incumple el principio de legalidad y, por ende, tampoco el de proporcionalidad, puesto que es imposible realizar una violación a un debido proceso que no está establecido.** Cosa que sí ocurriría en otros países donde existe ley reguladora.

Lo anterior tampoco significa que cualquier documentación de hechos delictivos realizada por un periodista infiltrado sea lícita *per se*. Aunque no se encuentre establecido un debido proceso en una ley especial para la utilización del agente encubierto, siempre es

obligación del Tribunal hacer una valoración sobre si la prueba fue lícitamente recabada conforme a los requerimientos del Código de Rito, especificados en el artículo 181. Una prueba que lesione derechos fundamentales, como la intimidad o el derecho de no autoincriminación, no es lícita, a pesar de que no exista una violación a una ley especial. Cuando se recaba evidencia y, a la vez, se da una vulneración de derechos fundamentales, se genera en la misma acción un menoscabo al debido proceso como concepto general, tema que se estableció en el capítulo sobre la valoración de la prueba en el proceso penal.

Finalmente, para responder a la pregunta central de investigación, **¿tiene valor probatorio en el sistema costarricense una prueba recabada por el periodista mediante la técnica del agente encubierto?**, la respuesta es que, al no existir un proceso específico establecido que sea tanto la génesis del principio de legalidad como del principio de proporcionalidad, no se puede descartar que alguna de la documentación de hechos delictivos por parte del periodista infiltrado pueda ser válida en un proceso penal en Costa Rica.

No obstante, esta validez estará condicionada por dos supuestos. El primero consiste en que la probanza pierde validez si el reportero lesiona alguno de los derechos fundamentales que son blanco de esta técnica al realizar la documentación del posible delito o incluso al infiltrarse en la situación que desea investigar. Si lesiona alguno de los derechos fundamentales, la probanza ya no tendría validez.

El segundo consistiría en que la prueba de un agente encubierto no tiene validez probatoria por sí sola y siempre necesita estar acompañada por otros soportes investigativos, como allanamientos, billetes marcados, entre otros.

Para tales efectos debe tomarse en cuenta que al señalar la Sala Constitucional que la actividad del agente encubierto no puede constituir la prueba única, se está refiriendo lógicamente a que este medio de prueba debe ser realmente confrontado con otros, de los cuales podamos concluir con certeza, según las reglas de la sana crítica, que la persona se dedica a esa actividad ilícita que le fue descubierta. En otras palabras, no es suficiente con que un policía afirme que pudo llegar a comprarle droga a una persona para que deba concluirse con certeza que aquella persona se dedica al tráfico de drogas. Es necesario, además, corroborar que varios policías realizaron en efecto un operativo, mediante el cual vigilaron por algún tiempo la casa del investigado, para apreciar si a ella se acercaban posibles compradores de droga, y luego con billetes previamente marcados por la autoridad se envía a una persona encubierta para adquirir droga, para posteriormente realizar una diligencia de allanamiento, previa orden de autoridad jurisdiccional, donde confirmen aquella indicación del agente encubierto, ya sea por el decomiso de droga, del dinero marcado y de otras evidencias que señalen que aquel sujeto se dedicaba desde antes a la venta de drogas. En igual sentido, en otros casos deberá comprobarse el dicho del agente encubierto con otro tipo de constataciones, como por ejemplo la existencia de gran cantidad de droga en manos de los investigados, que denote que se trata de intermediarios. Pero en esos supuestos no es suficiente la sola y simple versión del agente encubierto, sino que ésta debe relacionarse con otros medios de prueba como los citados, para llegar a conclusiones certeras en este campo. Pero la Sala Constitucional no señala que la actividad del agente encubierto no tenga ninguna validez probatoria, y no podría hacerse esa indicación en un sistema de libre apreciación de la prueba, pues ello debe analizarse conforme a las reglas de la sana crítica sólo caso por caso.<sup>270</sup>

También requeriría que el periodista encubierto esté a la orden de los procesos de

---

<sup>270</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: Resolución n.º 22-1995 del 20 de enero de 1995, 9:20 horas.

investigación, ya que la Sala Tercera también ha indicado que se debe conocer la identidad del encubierto:

... para tener por cierto que una persona vendió drogas a un agente encubierto enviado por la policía, es necesario que ésta última suministre a la autoridad jurisdiccional la identidad del comprador, con el fin de ser sometido al interrogatorio correspondiente en las distintas etapas del proceso, en especial durante el juicio. Para tales (sic) como regla general, no es suficiente la simple versión policial, cuando los policías sólo saben lo que les dijo el agente encubierto. En el presente caso los policías no revelaron el nombre del comprador de la droga, y aun cuando lo conveniente hubiere sido que suministraran la identidad con el fin de interrogarlo, lo cierto es que ellos acompañaron a dicha persona durante el operativo y pudieron precisar el momento preciso en que se realizó la negociación, por lo que son testigos del hecho y no testigos de referencia ...<sup>271</sup>

Por lo anterior, la validez de la prueba en el proceso penal de la documentación de hechos delictivos recabada por el periodista encubierto tendrá que ser evaluada por el juez penal en cada caso concreto, dada una ausencia de reglamentación sobre su debido proceso.

## **6.2 Sección 2: ¿Tienen valor probatorio las documentaciones de hechos delictivos realizadas por periodistas a través de la técnica del agente provocador?**

En esta segunda parte, se presentarán las consideraciones que se extraen después de estudiar el complejo tema del agente provocador, considerando la posibilidad de que un

---

<sup>271</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: Resolución n.º 583-1998 del 19 de junio de 1998, 8:52 horas.



periodista emule esta técnica de investigación. Para lograr este cometido, se utilizó la misma metodología que con el apartado del agente encubierto: se desarrollaron y desmenuzaron las teorías sobre el concepto del provocador, y se analizó su funcionalidad práctica y las soluciones desde la teoría del Derecho penal material.

Como se explicó en el capítulo 4, para evitar un colapso de teorías que complicaran la lectura y el entendimiento de un tema tan oscuro y alambicado dogmáticamente como lo es el del agente provocador, se escogió la teoría dominante, la cual restringe el concepto y le confiere tres requisitos inexorables:

1. La conducta provocadora tiene como fin inmediato que el autor provocado sea castigado precisamente a casusa de ese hecho.
2. El agente provocador no tiene voluntad de consumación del delito.
3. Tal ausencia de voluntad se manifiesta externamente mediante la toma de las medidas necesarias para neutralizar la acción del provocado.<sup>272</sup>

A partir de esta definición nace el resto de subteorías que procuran brindar una solución desde el Derecho penal sustantivo a los problemas de punibilidad que presenta la intervención policial provocadora.

Se torna importante recordar las tres formas de solución puntales presentadas en el pertinente capítulo. La primera es considerada atinada, pero incompleta para resolver aspectos de la punibilidad, y versa sobre la previsión que debe tomar el provocador para tener control de la situación y así evitar la consumación del delito, con el fin de dejar la incitación en estado de tentativa inidónea.

---

<sup>272</sup> Muñoz Sánchez 1995, 39.

Es pertinente traer el tema de nuevo a colación para reafirmar la imperiosa necesidad de que no exista, bajo ninguna circunstancia, una consumación del hecho delictivo. Al usarse la técnica del agente provocador no puede existir una lesión al bien jurídico expuesto en el experimento policial, ya que es inadmisibles pensar en una vía ilegal para llegar a la legalidad.

Para evitar la consumación del delito, los cuerpos de investigación idean una ficción experimental, en la cual tanto el agente provocador como su soporte organizacional, tienen un control de dicha trampa. Es deber de estos tomar las previsiones necesarias para que la acción del sujeto quede en una tentativa inidónea, de modo que se configure la situación como un delito imposible.

La segunda teoría es considerada la ideal para solucionar los problemas de punibilidad inherentes a la figura, puse se constituye sobre el dolo como elemento resolutorio de la tipicidad en los sujetos. El dolo se debe observar en dos vías. En la primera, se interpreta como elemento subjetivo implantado en el sujeto activo del delito, con lo cual se considera viciado el elemento de la voluntad. Según las reglas de tipicidad, no es posible declarar el hecho como tal si no se cumple con los elementos objetivo y subjetivo del tipo penal. Con el planteamiento anterior queda imposibilitada cualquier clase de medida punitiva contra el provocado y, por consiguiente, la técnica pierde valor práctico, pues el objetivo inicial de la investigación es que el experimento sirva para castigar al sujeto.

El segundo planteamiento sobre el dolo está plasmado en los requisitos del agente provocador citados supra y consiste en que la voluntad del agente no debe ir encausada hacia la consumación del delito. Por el contrario, es parte de su obligación tomar las medidas para que esto jamás ocurra. Nuevamente se repite la fórmula pasada: a falta del

elemento subjetivo, no se llega a configurar la tipicidad como paso primero de la teoría del delito. La consecuencia de esta resolución es que, si se cumplen estos requerimientos, no es posible la punición del agente provocador.

En cambio, la existencia de una voluntad dirigida hacia la comisión del delito por parte del agente transformaría la situación radicalmente, colocando a aquel en una posición peligrosamente cercana a las reglas de la participación criminal, específicamente aquellas de la *instigación*.

Este aspecto forma solo una parte de las conclusiones y no se trata a profundidad por ser un tema periférico a los objetivos planteados inicialmente. Sin embargo, cabe destacar que es de vital importancia pues abre una nueva discusión: la posibilidad de que terceros que actúen realizando experimentos similares al delito provocado y que cumplan con los requisitos del agente provocador puedan estar quebrantando la ley a través de la figura de la instigación, prevista en el Código Penal costarricense en sus artículos 46 y 74.

Con la información recientemente expuesta y con base en las reglas procesales que se expusieron en el capítulo 2, se torna evidente que la técnica es poco fructífera para cumplir el objetivo de cualquier investigación oficial, que es crear prueba pertinente para punir actividades ilícitas. Entonces, salta la pregunta **¿para cuáles situaciones es aplicable de forma exitosa la utilización del agente provocador?**

La utilidad del provocador se gesta con la aplicación del delito experimental. Se debe recordar que esta forma de investigación se crea con la ayuda de los organismos de investigación cuando tienen la sospecha de delitos preexistentes. Eso quiere decir que el delito experimental se debe utilizar en casos donde ya se tiene una sospecha de que están ocurriendo delitos continuados o de mera actividad. Un ejemplo podría ser el

desmantelamiento de redes de trata de personas, donde existe una continua privación de libertad de las víctimas o la posesión de droga para la venta que es un delito de mera actividad. La jurisprudencia nacional recalca este aspecto de la siguiente manera:

... no ocurre lo mismo cuando el agente actúa como simulado comprador de las sustancias prohibidas, pues en este caso, su intervención aparece como un factor extrínseco e independiente de la acción delictiva y no elude la adecuación típica y la peligrosidad de la misma. Nos hallamos ante una de esas hipótesis en las que el instigado incurre en responsabilidad penal al haber ya consumado el delito...con la venta de la mercancía, o, en todo caso, con la posesión con destino al tráfico de la misma, destino que ha surgido al exterior a través del ofrecimiento del producto. La intervención del agente dimana en tales supuestos de situaciones criminales ya existentes que presentan una indudable relevancia penal ...<sup>273</sup>

Es importante realizar una breve acotación sobre el uso de la nomenclatura en la jurisprudencia nacional. Existen sentencias en las que se describe el agente encubierto como sujeto encargado de realizar compras controladas de droga para descubrir delitos preexistentes:

En realidad en sentido amplio el "agente encubierto" se presenta en todos aquellos casos en que se infiltra una organización, o se tiene contacto incluso ocasional con otra persona dedicada a realizar hechos delictivos, con el fin de poner al descubierto a esas personas y someterlas a proceso penal, procurándose dos cosas básicas: por un lado obtener la prueba necesaria para acreditar el comportamiento ilícito de esas personas, y por otro tomar las precauciones necesarias para evitar que dichos sujetos alcancen el resultado que se proponían en el caso concreto. Los delitos que mejor se prestan para

---

<sup>273</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: Resolución n.º 801-2003 del 25 de febrero de 2003, 8:00 horas.

esta forma de actividad policial son los de encuentro o aquellos que requieren de transacciones sucesivas como el tráfico de drogas. Pero en este caso no podemos hablar de provocador en sentido estricto, pues ya la persona contactada por la policía había optado por dirigir su comportamiento hacia el hecho delictivo, y en la mayoría de los casos ya había consumado una o varias veces ese mismo delito, y los funcionarios o los agentes encubiertos (puede ser un particular incluso) intervienen con el fin de ponerlo en descubierto y para procurar elementos de prueba indispensables para demostrar que ese sujeto se dedica a esa actividad ilícita.<sup>274</sup>

Este cambio conceptual en la jurisprudencia se puede atribuir probablemente a que quienes redactaron estas sentencias sean de la idea compartida en el capítulo 4 y atribuida a Pérez Arroyo, que indica que todo agente provocador es siempre un agente encubierto. Al no estar provocando los delitos preexistentes, la sala considera que el agente no está actuando como provocador en el descubrimiento de estos delitos, sino como encubierto. No obstante, esta diferencia conceptual es tan sólo un conflicto de vocabulario, pues a fin de cuentas la idea se mantiene: el delito experimental es útil para descubrir delitos preexistentes a la intervención del agente, independientemente de si se considera, desde la teoría, como un sujeto provocador o un encubierto.

Para clarificar este aspecto de los delitos preexistentes, cabe recordar los dos tipos de intervenciones de agentes provocadores que se dieron en Costa Rica, presentados en la sección 4.5. Como se narró en este apartado, en la década de los ochenta se implementó la

---

<sup>274</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto 22-1997, del 20 de enero de 1995, 9:20 horas.

utilización de agentes provocadores para descubrir la venta ilegal de dólares. Un policía se vestía de civil y se acercaba a sospechosos de cometer ese delito y los atrapaban cuando la venta se iba a consumir. En estos casos, las fuerzas policiales se encontraban frente a un delito de resultado y, según lo estudiado, la ficción creada por el provocador no es punible; por tanto, el experimento era infértil.

El mismo caso puede suceder con distinto resultado, con solo cambiar el tipo de penal. Por ejemplo, en vez de comprar dólares, el policía puede hacer el intento de comprar droga. En este caso, el delito de venta de droga no sería punible por las razones explicadas; sin embargo, la posesión de droga para la venta es un delito de mera actividad y con solo el hecho de tener droga para su distribución se comete dicho delito, el cual es descubierto por el provocador.

En razón de lo anteriormente expuesto, el delito experimental solo va a tener eco en casos muy específicos, donde exista un estudio previo de la posibilidad de captar la comisión de un delito preexistente al experimento. Parece poco práctico crear toda la ficción que se requiere para realizar un delito experimental de forma correcta, ya que cabe la posibilidad de que no se logren producir resultados que se puedan llevar a estrados judiciales. No obstante, esta situación parece no ser tan importante para los periodistas o incluso podría ser desconocida, lo cual plantea una nueva duda: **¿consideran los periodistas los requisitos de legalidad cuando realizan una investigación como agentes provocadores?**

Es difícil afirmar o negar esta situación. Si se hace un repaso de la jurisprudencia internacional comentada, cada uno de los casos parece demostrar que los periodistas que realizaron los experimentos no tenían ninguna noción de los requerimientos para que la

figura fuera aprovechable a nivel probatorio y que se encontrara dentro del marco de legalidad, y mucho menos parecieran tener conciencia de los alcances punibles de la figura mal manejada.

Como ejemplo, cabe recordar el caso expuesto en la sección 5.2.2.1. La periodista ingresa en el consultorio de una esteticista y naturista que ejerce como fisioterapeuta sin estar acreditada como tal, con la intención de captar por medio de la cámara oculta el momento en que la falsa terapeuta le brinda a ella, como supuesta paciente, un masaje fisioterapéutico. La escena es documentada y transmitida en televisión española tres años después de lo acontecido. El delito que se pretende documentar es el de *intruismo*, similar a lo que en Costa Rica sería *Ejercicio ilegal de la profesión*, contemplado en el artículo 322 del Código Penal.

Con respecto a este caso, resulta importante señalar dos aspectos. El primero es que el video es transmitido tres años después de la grabación, con lo cual se hace ver que el reportaje no fue utilizado como *notitia criminis*, ni como prueba, pues la naturista ya había cumplido su condena por intruismo cuando se transmitió el reportaje. Lo segundo gravita en que este caso se atendió en vía civil y constitucional por lesión a la intimidad de la investigada, o sea el reportaje nunca tuvo la intención de ser usado como prueba de cargo contra ella por el delito mencionado.

Lo importante de traer a la discusión es si la periodista, al infiltrarse, está realizando una labor pasiva o activa. En caso de la segunda, se podría discutir si esta actuación es similar a la de un agente provocador. Evidentemente, si la periodista tenía conocimiento de que la naturista no tenía licencia para realizar fisioterapias y solicita una sesión para grabar *in flagranti delicto* a la investigada, parte de la intención de la periodista va dirigida a

captar la comisión del delito para poder realizar la denuncia televisiva. No obstante, no toma las medidas pertinentes para dejar el experimento en grado de tentativa inidónea, como lo requieren las reglas del provocador. Ante este descuido de la reportera, es difícil defender que no tenga la intención de que el delito se consuma.

Además de lo anterior, según las reglas estudiadas del agente provocador, aunque la periodista hubiera tomado las medidas para que el delito no se consumara y dejar todo en la ficción requerida del delito experimental, no se encuentra frente a un delito de mera actividad ni de peligro abstracto, ni tampoco parece ser parte de un delito continuado. Por lo tanto, el experimento también hubiera sido infértil a nivel probatorio.

En el caso presentado en la sección 5.2.2.2, acaecido en Chile, se explora la posibilidad de que los periodistas, cuando tratan de hacer de agentes provocadores o de infiltrados y utilizan la cámara oculta, puedan estar cometiendo un delito similar al de *Captación indebida de manifestaciones verbales* (agravada por cumplirse el inciso b), sancionado en el Código Penal de Costa Rica, numeral 198. En Chile, los periodistas fueron condenados por un tipo penal muy parecido a este delito por haber grabado subrepticamente a un médico que supuestamente emitía dictámenes de salud falsos, cuando realizaba uno solicitado por ellos.

Se debe recalcar que, según la narración de los hechos, los periodistas ocultaron su identidad y objetivo e ingresaron al consultorio de dicho médico, lo cual en Costa Rica podría constituirse en un delito de *Falsedad ideológica*. Al igual que en el caso anterior, los periodistas tientan al médico para que les realice un dictamen falso, y así sucede. Todo se capta por medio de cámara escondida y los periodistas son condenados por la grabación oculta.



En este caso, los periodistas tampoco cumplieron el requisito del agente provocador moderno, que exige dejar el hecho en una tentativa inidónea y evitar la consumación. Por el contrario, los reporteros procuraron que si se diera. Nuevamente, parece que el dolo iba dirigido a que el delito fuera cometido. Por lo tanto, en este caso, la prueba tampoco sería válida por la misma razón del caso anterior.

El tercer ejemplo, ocurrido en Portugal, tiene dos variantes con respecto a los otros dos casos. La primera trata sobre el tipo de resolución, pues este es el único de los tres casos que ejemplifica a cabalidad el tema específico de esta investigación. En este caso, el Tribunal realiza un análisis del valor probatorio de la filmación realizada por el periodista y, a partir del reportaje, se abrió una investigación penal contra el investigado.

La segunda variante consiste en que nuevamente la intervención periodística no cumple con los requisitos obligatorios del agente provocador y existe una consumación del delito, pero, a diferencia de los otros casos, además de la venta ilegal de estupefacientes, el agente podría descubrir un ilícito previo de peligro abstracto, como la posesión de psicotrópicos para la venta. Esto es una variable que tendría que estudiarse a la luz de la normativa portuguesa, pues se trataba de medicamentos de venta prohibida en dicho país.

Si el periodista hubiera cumplido con los requisitos del provocador y dejado el experimento en grado de tentativa inidónea, es posible que el experimento hubiera sido fértil en cuanto al descubrimiento de delitos previos y a la recreación de evidencia al respecto.

Al menos en los ejemplos encontrados, es evidente el desconocimiento de los periodistas de las reglas establecidas para el agente provocador. Lamentablemente, en

ninguno de estos ejemplos se establece que el periodista haya provocado el experimento y, a su vez, haya impedido la consumación del delito, por lo que surge la siguiente pregunta: **¿hacia dónde va dirigido el dolo del periodista?**

Es difícil hacer una valoración apriorística del componente subjetivo del periodista y mucho menos es válido responder a esta pregunta a través de una generalización basada en solo tres ejemplos. Sin embargo, se podría pensar, partiendo de una visión de *in dubio pro* periodista, que cuando realizan este tipo de investigaciones, tal solo poseen una intención dirigida a conseguir una prueba que logre castigar a la contraparte. Ahora bien, no se debe dejar de lado que, cuando media el uso de la cámara escondida, podría ser que el periodista sí quisiera la consumación del delito para que este pueda ser grabado y así dar relieve al reportaje.

Esto presenta una situación muy compleja, porque aunque el dolo no esté dirigido necesariamente a la lesión del bien jurídico, sí podría estar dirigido a la consumación del delito (situaciones jurídicas que, para cierta parte de la doctrina, deben verse por separado y, para otra, se trata de lo mismo). Esta vertiente que pondera la punibilidad del provocador es un tópico que también toma fuerza en la doctrina. “Razones de política-criminal aconsejan que es admisible inducir la consumación del delito para probar la responsabilidad del autor, siempre que ello no suponga un daño irreparable para el bien jurídico<sup>275</sup>”, lo cual parece ser una pomada canaria que nace del *eficientismo penal*.

Todas estas vertientes requieren un análisis profundo y pormenorizado, que probablemente exija ver cada caso en forma individual. No obstante, es importante señalar

---

<sup>275</sup> Muñoz Sánchez 1995, 61.

una nueva pregunta: **¿en los casos en que hay consumación del delito, se puede pensar que el periodista juega un papel de instigador más que de agente provocador?**

Como se acaba de explicar, una afirmación en este sentido requeriría un análisis pormenorizado del elemento subjetivo desplegado por el periodista en cada uno de los casos. Sin embargo, para no dejar el tema en una simple pregunta, es importante recordar las reglas de la teoría de la participación criminal con respecto al elemento subjetivo del instigador.

El tema principal con respecto a esta figura es el que algunos doctrinarios llaman *doble dolo*, o bien un dolo encaminado hacia dos objetivos. El *doble dolo* estaría compuesto, en primer lugar, por la intención de instigar a la otra persona a cometer el ilícito y, en segundo término, es la voluntad de quebrantar el bien jurídico.

No es difícil concluir que existe una línea bastante delgada entre el dolo del provocador y el del instigador, tanto así que, como se puede apreciar en el respectivo capítulo conceptual del provocador (Capítulo 4), existen definiciones que homologan ambas figuras. Incluso en la jurisprudencia nacional, también se han registrado posturas que equiparan al provocador y al instigador.

Aventurándose a dar una razón del porqué existe doctrina que no diferencia entre las figuras, se debe recordar que la figura del agente provocador nace como un medio que utilizaban los reyes absolutistas para incitar a la masa y así conocer la fidelidad de su pueblo. Se trataba, obviamente, de instigaciones. La figura se retoma en el siglo XX y se va adaptando según las reglas del Derecho penal material, para que pueda ser usada de forma

útil. Por tanto, en determinado momento de la evolución, sí se daba una consumación del delito, y por eso es que la doctrina no hace mayor diferencia a nivel conceptual.

La técnica del provocador se perfecciona a nivel conceptual y se incorporan los requisitos mencionados al inicio de este apartado, entre los cuales se debe rescatar que el agente provocador no puede tener dolo de consumación del delito. Así se plantea la diferencia radical con la figura de la participación criminal, que al margen de si se llama doble dolo o se explica como un dolo extendido, el hecho es que el instigador sí desea la consumación del ilícito.

Entonces, a lo que conducen estos planteamientos es a considerar la posibilidad de que el periodista, cuando realiza estos actos investigativos, es más un instigador que un agente provocador. No se puede dar una respuesta concreta a esta pregunta sin desarrollar exhaustivamente el tema, pero sí se puede dejar planteada la pregunta y su respectiva hipótesis para una futura tesis: **¿podría ser el periodista un instigador en vez de un agente provocador?** En efecto, si el periodista está determinado a que el delito sea consumado para poder documentarlo y exponerlo a las masas, sí puede ser considerado un instigador.

Si se tiene presente todo lo anterior se presenta clara la solución sistemática del problema del agente provocador: en la medida que aceptamos la exigencia del dolo de consumación para el inductor el agente provocador a la realización de un delito de resultado material en grado de tentativa, y ello por ausencia de tipo subjetivo. Sólo cuando aquél tenga dolo de consumación del hecho principal se sobrepasan los límites de impunidad.<sup>276</sup>

---

<sup>276</sup> *Ibíd.*, 59.

**¿Cómo resuelve la jurisprudencia el tema del valor de la prueba del agente provocador? ¿Podría resolverlo de la misma manera cuando dicha prueba proviene de un periodista?**

Partiendo de los supuestos ya establecidos de cuándo sí es posible que la intervención de un agente provocador resulte en prueba válida, se debe realizar el mismo análisis que se efectuó en el caso del agente encubierto. En este caso, la normativa del agente provocador es aún más omisa que la del agente encubierto, ya que no se encuentra contemplado de forma explícita en las normas que describen el caso del infiltrado.

Recordando la “Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo”, los artículos 10, 11 y 12 regulan la utilización del agente encubierto y demás colaboradores policiales. En una interpretación amplia del término *colaboradores*, se podría incluir tanto al agente provocador como a otras figuras relacionadas con la persecución del crimen organizado, como los informantes y los arrepentidos.

También se podría pensar que el legislador consideró que todo agente provocador es un agente encubierto, como se mencionó en la sección 6.1, cuando se explicó que la jurisprudencia en algunas oportunidades llamaba encubierto al agente que realizaba compras controladas de droga para descubrir delitos previos. Sin embargo, si la técnica del encubierto es delicada y, por ello, se considera importante una regulación precisa y detallada de la figura. Más es así en el caso del provocador, que si no se usa correctamente podría estar atravesando la delgada línea que lo separa de la instigación.

Nuevamente surge la pregunta: **¿el periodista quebranta alguna regla procesal al hacer de provocador?** Evidentemente, los problemas que generan el uso del agente provocador son distintos de los que acarrea el sujeto encubierto. Por ello, a pesar de que el planteamiento original del trabajo requiere que se contesten aspectos procesales, estos serán presentados de una forma más genérica que con el infiltrado.

**Sobre el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad:** Al igual que en el caso del encubierto, al no existir una norma que exija la intervención de un juez de garantías para ponderar la utilización de un agente de esta naturaleza, no existen las exigencias de un principio de legalidad y de proporcionalidad. Por consiguiente, si el periodista produce prueba de un acto de investigación provocado, no debería carecer de valor por estas razones. Lo anterior, obviamente, partiendo del supuesto de que se cumplen los requisitos del delito experimental (requisitos del agente provocador más la existencia de un delito previo que se descubre con dicha intervención).

La otra limitante probatoria que se debe recordar es aquella interpuesta por la jurisprudencia nacional con respecto a ambos agentes. Esta restricción indica que la evidencia de ambos tipos de técnicas solo será válida de ser reforzada con otras, como un decomiso de droga, un testimonio, un allanamiento, la utilización de billetes marcados, entre otros. Esto hace pensar que, si la investigación realizada por el periodista no cuenta con el respaldo de las entidades de investigación y persecución que puedan continuar este trabajo, el fruto del reportaje podría ser, nuevamente, estéril.

... la actividad del agente encubierto no puede constituir la prueba única, se está refiriendo lógicamente a que éste medio de prueba debe ser realmente confrontado con otros, de los cuales podamos concluir con certeza, según las

reglas de la sana crítica, que la persona se dedica a esa actividad ilícita que le fue descubierta. En otras palabras, no es suficiente con que un policía afirme que pudo llegar a comprarle droga a una persona para que deba concluirse con certeza que aquella persona se dedica al tráfico de drogas. Es necesario, además, corroborar que varios policías [sic] realizaron en efecto un operativo, mediante el cual vigilaron por algún tiempo la casa del investigado, para apreciar si a ella se acercaban posibles compradores de droga, y luego con billetes previamente marcados por la autoridad se envía a una persona encubierta para adquirir droga, para posteriormente realizar una diligencia de allanamiento, previa orden de autoridad jurisdiccional, donde confirmen aquella indicación del agente encubierto, ya sea por el decomiso de droga, del dinero marcado y de otras evidencias que señalen que aquel sujeto se dedicaba desde antes a la venta de drogas ...<sup>277</sup>

El quebranto real al debido proceso por parte de un periodista que hace de provocador se encuentra más allá de la vulneración de los delitos fundamentales de la persona que está bajo escrutinio. Si se da una violación a derechos como la intimidad, la no autoincriminación o cualquier otro, la prueba podría sufrir las consecuencias en su validez.

Por tanto, el periodista que actúe como agente provocador no está considerado como ilegal. Sin embargo, como ha quedado establecido, existe la posibilidad de que, cuando el reportero despliega este tipo de actividad investigativa, no tiene el cuidado de que el delito no llegue a su consumación, en cuyo caso, se aplicaría la norma 181 del Código Procesal Penal que prohíbe la prueba derivada de delitos.

Si la consumación del delito en el experimento realizado por un periodista constituye una lesión al bien jurídico o no y si el reportero puede ser sujeto de punibilidad o

---

<sup>277</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación: Resolución n.º 801-2003 del 25 de febrero de 2003, 8:00 horas.

no son temas que, en razón del enfoque y extensión del presente trabajo, quedan pendientes de resolver. Se plantea así una nueva pregunta de investigación para la continuación de este tema en lo que podría ser una tesis de Maestría de quien esto escribe.



### Conclusiones sobre el valor de la investigación

Uno de los principales aportes de la presente investigación consiste en la exploración de un nuevo tema interdisciplinario entre Periodismo y Derecho. En Costa Rica, el desarrollo doctrinal sobre ambos temas ha sido relativamente limitado y bastante reiterativo. Como se mencionó en la introducción del trabajo, la discusión se centra principalmente en el conflicto entre los bienes jurídicos: libertad de información versus intimidad u honor, o bien sobre la vulneración simbólica al principio de inocencia en los juicios paralelos realizados por la prensa.

Además, la presente investigación ofrece un nuevo espectro de posibles límites pragmáticos al ejercicio periodístico, enfocado en cómo su intervención puede ser equiparada con las investigaciones de agentes encubiertos o provocadores. El tema específico de si los periodistas realizan labores parecidas a estos sujetos no ha sido abordado directamente en ningún documento, al menos de los que estuvieron al alcance.

Es posible que hubiera sido necesario elaborar tres tesis en torno a este tema: la primera, para comprobar la analogía entre el periodista y las figuras de investigación y su posible legalidad; la segunda, para analizar su eventual valor probatorio en estrados judiciales, y la tercera, para examinar las posibles repercusiones penales para quienes realicen estos experimentos sin tomar las precauciones requisitorias de los agentes.

En el presente documento se partió de la premisa de que se podía establecer una analogía entre la labor de los periodistas y los agentes de investigación. Sin embargo, una vez que se comenzó el estudio, se evidenció la carencia de documentación que respaldara esta postura, por lo que se convirtió en una propuesta por sí misma.

De igual modo, al analizar el valor probatorio de la documentación recabada por los periodistas, se cayó en cuenta de que, en la jurisprudencia, la discusión giraba más que todo en torno a la punibilidad de los periodistas, no a la validez de la prueba. Por estas razones, hubo que condensar toda esta información de manera tal que resultara coherente el análisis del valor probatorio, que era la hipótesis inicial. Probablemente algunos lectores considerarán que se requiere un análisis más profundo de ciertos aspectos, y se invita a que lo hagan.

Ahora bien, las intervenciones periodísticas encubiertas o provocadoras son relativamente comunes en el medio nacional; sin embargo, no se registra ninguna que haya llegado a tener repercusión en estrados judiciales. A pesar de lo anterior, no es descartable que, a partir de este tipo de coberturas puedan derivar en un proceso penal. De esta posibilidad nace un tercer aporte de la presente tesis: si se diese un caso que sí llegara a tribunales, sería pertinente valorar las posibilidades de que se hayan respetado las reglas del debido proceso y que, por tanto, la prueba recabada por el periodista pueda ser útil en un contradictorio.

Con la llegada de los procesos garantistas apegados a un debido proceso, los requisitos para incorporar prueba legal a los procesos inculpativos son más estrictos. Cuando no se cumplen esos requisitos, la prueba es considerada espuria y por ende se invalida su pertinencia en el proceso penal.

La utilización de prueba espuria afecta los procesos penales en dos sentidos. En primer lugar, puede afectar la declaratoria de certeza en las sentencias de los procesos penales o las anulaciones de las sentencias por utilización de prueba espuria. En un segundo plano, afecta la credibilidad sobre los procesos judiciales a un nivel de percepción pública.

Los aportes anteriores son importantes a nivel social. Al ser relativamente frecuentes las investigaciones periodísticas que utilizan estas técnicas, no se puede descartar que una de ellas, por la gravedad del ilícito, deba ser sometida a un proceso penal. Por lo tanto, un análisis de la viabilidad de que el injusto pueda llegar a la etapa de reproche propia del contradictorio es un aporte social valioso.

A nivel académico, se trata de un aporte investigativo que servirá de base para generar nueva doctrina sobre el tema, ya que no se ha abordado desde la óptica planteada en el presente trabajo en ningún documento con validez científica-jurídica, ni tampoco de manera informal.

También cabe destacar la pertinencia de valorar la actuación del periodista desde un punto de vista técnico, pues es menester cuestionarse si es válido llegar a la legalidad a través de la ilegalidad y cómo podría ser considerado el actuar del reportero. El anterior tema ha sido abordado solo desde perspectivas éticas.

Finalmente, y como contribución adicional producto de la investigación realizada, fue evidente que existe un vacío legal en cuanto a la regulación del uso de los agentes en cuestión, tema que ya ha sido solventado en jurisdicciones similares a la costarricense. En razón de esta falencia normativa es que a continuación, y como último aporte al trabajo, se expone la siguiente *de lege ferenda*.

### ***De lege ferenda***

Una vez realizado el corolario sobre la validez de la prueba recabada mediante un periodista infiltrado o un periodista como provocador, nace una última conclusión alusiva a la carencia de una ley especial sobre el uso de ambas técnicas de investigación y su necesidad en un ordenamiento avocado a proteger las garantías constitucionales.

Como se dejó estipulado desde un principio, al ser este un tema de tesis completamente novedoso y, además, con la limitante de que el tópico del agente encubierto y del provocador han sido poco desarrollados doctrinal y jurisprudencialmente, se requería como método de investigación hacer referencia a otros ordenamientos jurídicos que tuvieran mayor desarrollo en el tema, pero que a su vez mantuvieran similitudes con el sistema penal costarricense.

En un principio, se pensó incluir Estados Unidos dentro de los países con los cuales debía realizarse la analogía. Dicho país es en uno de los sistemas donde el agente encubierto o *undercover agent* es más utilizado, al igual que el agente provocador, pero bajo la denominación de *entrapment* (“atrapamiento”). No obstante, al ser el ordenamiento jurídico norteamericano perteneciente al sistema anglosajón, dista del sistema procesal costarricense, que se denomina “de corte garantista”. Por tanto, la analogía no servía para resolver los objetivos planteados en la presente investigación.

Se escogió España y Argentina como los países para realizar la analogía metodológica. También se incluyeron en el estudio jurisprudencial otros países que poseen el mismo sistema legal, Chile y Portugal. España es el ordenamiento donde el tema de los agentes se encuentra más desarrollado a nivel doctrinal.

Por otra parte, su jurisprudencia ha resuelto constantemente el tema de las intervenciones periodísticas encubiertas. Las resoluciones sobre el tema se han realizado en distintas competencias materiales, pero con preponderancia en el ámbito constitucional. El otro ejemplo que se tomó en consideración es la regulación argentina, la cual en términos procesales ha sido un modelo para la legislación nacional en materia penal. En Latinoamérica, existen otros países que han desarrollado ampliamente la normativa sobre el agente, como Colombia y El Salvador, a través de leyes especiales contra el crimen organizado. Estas también se podrían tomar en cuenta en futuros estudios.

En todas estas legislaciones existe un control expreso sobre el uso de los agentes. Dicha regulación nace de la conciencia de que, en el caso del encubierto, se trata de una técnica de investigación cuyo proceder es efectivo en el desmantelamiento criminal, pero no suele ser considerada dentro del *fair play* inherente a los sistemas garantistas.

Como se dejó establecido, el agente encubierto empieza con un engaño dirigido al investigado, a quien se le hace creer que el policía es cualquier otra persona. Justamente de allí nace su nombre de “encubierto”, pues su identidad real está escondida. También se considera una forma de investigación que vulnera los derechos fundamentales de los posibles inquiridos; de forma específica, se apunta al derecho a la intimidad y al principio *nemo tenetur*.

En vista de estas dos razones, al agente encubierto se le otorga un carácter extraordinario, una especie de *ultima ratio* de la investigación criminal. La necesidad de control sobre el uso del agente se duplica cuando se trata del provocador, pues la técnica es aún más riesgosa por las características explicadas a lo largo de este trabajo.

A partir de estas premisas, se debe construir una legislación especial que defina los parámetros para usar los agentes. En dicha regulación, se debe consignar el sujeto activo, es decir, quiénes pueden encarnar dicho papel. En las legislaciones estudiadas, se decantan por limitar este permiso a figuras que pertenezcan a las fuerzas de investigación judicial o policial.

El segundo aspecto importante de definir es bajo cuáles circunstancias se justifica utilizar estos recursos extraordinarios. Lo anterior debe relacionarse con temas como la gravedad de delito, las posibles repercusiones para los ofendidos (por ejemplo, delitos contra la salud pública), la violencia del crimen y su posible relación con asociaciones delictivas.

El tercer aspecto a considerar es el requerimiento de una resolución fundada por parte del juez de garantías que pondere los bienes jurídicos en riesgo: por ejemplo, la salud pública versus los derechos fundamentales en el caso de los delitos de narcotráfico. A su vez, el aval del juez de garantías debe estar acuerpada por una serie de determinaciones que expongan al mínimo las garantías del sospechoso, por ejemplo, la duración de la intervención y las limitaciones en la obtención de prueba.

Costa Rica carece de estos pasos para revestir al observado de garantías procesales en caso de asediarse con estas formas de investigación criminal. Situación completamente contraria a la postura que este país ha desarrollado en materia de derechos humanos y, de forma más específica, opuesto de los resguardos en materia procesal penal que se encuentran estipulados tanto en el Código de Rito, como en la Constitución Política.

Estos derechos de quienes se encuentran bajo la lupa del poder punitivo no son antojadizos, responden a lo que se ha llamado un “sistema garantista”, avocado a proteger a los sospechosos de la fuerza aplastante que puede tener el poder punitivo. Cualquier extralimitación de esta prerrogativa estatal debería tener una contención que provenga del mismo sistema procesal. De allí surge la exigencia de que en Costa Rica exista una ley especial que regule cómo aplicar el agente provocador, idea que se refuerza con la siguiente cita de Maier, padre del actual código procesal:

Lo expuesto hasta ahora demuestra, en nuestro criterio, la necesidad de reafirmar la inadmisibilidad de la valoración judicial de aquella prueba mediata o inmediatamente adquirida mediante una acción estatal irregular, con total prescindencia de consideraciones complementarias, como la gravedad del hecho atribuido al investigado, o el error del agente de la persecución penal sobre la ilicitud de su actuación. Ello aún más frente a las tendencias deformantes del procedimiento penal que hoy se perciben claramente, y que amplían las facultades de injerencia estatal a niveles que, poco tiempo atrás, no hubieran sido imaginables, tales como la introducción del “agente encubierto” en varias legislaciones, o el desarrollo de nuevos métodos de vigilancia electrónica.<sup>278</sup>

---

<sup>278</sup> Maier 1999,143.

## Bibliografía

### **Doctrina**

Aboso, Gustavo Eduardo. *Criminalidad organizada y Derecho penal*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2019.

Alvarado Martínez, Israel. "Delincuencia organizada", en *Procedimientos penales especiales*, ed. Israel Alvarado Martínez. Distrito Federal: Porrúa, 2006.

Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. 2.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

------. *Lineamientos de la teoría del delito*, 2.<sup>a</sup> ed. San José: Editorial Juricentro, 1985.

Basterra, Marcela. *Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2012.

Bertoni, Eduardo, Alberto Bovino, Fabricio Guariglia y Hernán Gullco. *Libertad de prensa y Derecho penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997.

Cafferata Nores, José. *La prueba en el proceso penal*. 7.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

Campos Calderón, J. Federico, "Las prohibiciones probatorias. Las reglas de exclusión de la prueba ilícita y sus excepciones en el proceso penal (tratamiento jurisprudencial en el ámbito costarricense)", en *Derecho Penal Costarricense. Tomo II*. San José: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2007.

Cardoso Pereira, Flávio. *Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos*. Salamancas: Juruá, 2012.

------. *El agente infiltrado desde del punto de vista del garantismo procesal penal*, 2<sup>a</sup> ed. Salamanca: Juruá, 2016.

Carrió, Alejandro D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2015.



- Carroca Pérez, Alex. *Manual. El nuevo sistema procesal penal*, 3ª ed. Santiago: C y C Impresores, 2005.
- Casabianca Zuleta, Paola. *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2016.
- Castillo González, Francisco. *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2009.
- . *Derecho penal. Parte general. Tomo III*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2010.
- . *Tentativa y desistimiento voluntario*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2003.
- Cavallero, Ricardo Juan. *El delito imposible*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1983.
- Creus, Carlos. *Derecho Penal. Parte General*. 1.ª reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.
- Dayron Lugo, Denis, Jusseley Rodríguez Lima y Pedro Valle Molina. *El Sistema de Justicia penal que necesita la modernidad*. Editorial Académica Española, 2012.
- de la Cruz Ochoa, Ramón. *Crimen organizado: aspectos criminológicos y penales*. La Habana: Editorial Universitaria del Ministerio de Educación Superior de la República de Cuba, 2007.
- De Carreras, Lluís. *Las normas jurídicas de los periodistas: Derecho español de la información*. Barcelona: UOC (Universitat Oberta de Catalunya), 2012.
- Rodríguez de Miguel Ramos, Joaquín y Pedro Colina Oquendo. *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia*. 5.ª ed. Madrid: La Ley, 2015.
- Delgado Martín, Joaquín. *Criminalidad Organizada*. Málaga: J. M. Bosch Editor, 2001.
- Escalante Barreto, Caviedes Estanislao. *La indagación y la investigación en el proceso penal. El agente encubierto y la interceptación telefónica*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2011.

- Fierro, Guillermo Julio. *Teoría de la participación criminal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001.
- Fontán Balestra, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.
- . *Tratado de derecho pena. Parte general*. 2.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1966.
- Garibaldi, Gustavo E. L. *Las modernas tecnología de control y de investigación del delito*. Buenos Aires, : AD-HOC, 2010.
- Gascón Abellán, Marina y Alfonso J. García Figueroa. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra, 2016.
- Gill S., Hipólito. *Delitos contra el honor*. 1.<sup>a</sup> ed. Panamá: Litho Impresora Panamá, 2000.
- Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.
- Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle, “La prueba”. En *Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II*. Santiago: Jurídica de Chile, 2008. ISBN: 978-956-10-1584-5.
- Iglesias Río, Miguel Ángel. *Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.
- Jakobs, Gunther Y Cancio Meliá, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo.*, Madrid: Editorial Civitas, 2003.
- Jiménez Piernas, Carlos. “Fragilidad institucional frente al crimen organizado y la violencia”. En *América Latina: sociedad, economía y seguridad en un mundo global*, coordinado por Guillermo Fernández de Soto y Pedro Pérez Herrero. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013.
- López-Muñoz, Julián. *Criminalidad organizada: aspectos jurídicos y criminológicos*. Madrid: Dykinson, 2015.

- López Hidalgo, Antonio y María de los Ángeles Fernández Barrero. *Periodismo de inmersión para desenmascarar la realidad*. Salamanca: Comunicación Social Ediciones y Publicaciones, 2013.
- Llobet, Javier y Juan Marco Rivero. *Comentarios al Código Penal*. Cartago: Editorial Juricentro, 1989.
- Maihold, Gunther. “Crimen organizado y sistema democrático”. En *América Latina: sociedad, economía y seguridad en un mundo global*, coordinado por Guillermo Fernández de Soto y Pedro Pérez Herrero. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013.
- Moscato de Santa María, Claudia B. *El agente encubierto en el Estado de Derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2011.
- Muñoz Conde, Francisco. *De las prohibiciones probatorias del Derecho procesal penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- Muñoz Conde, Francisco. *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*. 2.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- Muñoz Sánchez, Juan. *El agente provocador*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.
- Joshi Jubert, Ujala. *Los delitos de tráfico de drogas I: Un estudio analítico del art. 368 Código Penal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999.
- Pérez Arroyo, Miguel. *Derecho penal y derecho procesal contemporáneo*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2014.
- Pizarro, Ramón. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación: Daños por noticias inexactas o agraviantes*. Vol. 18, 2.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- Poder Judicial. *Principios desarrollados en la jurisprudencia constitucional*. Poder Judicial, Sala Constitucional, Escuela Judicial. 1.<sup>a</sup> ed. San José: Poder Judicial, 2014.

- Ramírez Jaramillo, Andrés David. *El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación*. Colombia: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010.
- Rivero Evia, Jorge. *El derecho penal del enemigo: ¿Derecho Penal de la globalización?* (Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2011),  
<http://www.derecho.uady.mx/tohil/rev25/derechopenal.pdf>.
- Rives Seva, Antonio Pablo. *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1996.
- Roxin, Claus. *Derecho penal parte general. Tomo I*. 2.<sup>a</sup> ed. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remsal. Madrid: Civitas, 1997.
- . *La evolución político criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen Carcía. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.
- . *Derecho procesal penal*. Traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
- . *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- Soler, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Editorial Tipográfica Editora Argentina, 1976.
- Urioste Braga, Fernando. *Libertad de expresión y derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2008.
- Vázquez Rossi, José Eduardo. *Derecho procesal penal. Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- Villoria Mendieta, Manuel. *Crimen organizado y corrupción: Causas y consecuencias en la lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*. Madrid: Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2012.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general* 2.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002.

Zaffore, Jorge. *Información social: Derecho y regulación*. Buenos Aires, Depalma, 2000.

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

Zúñiga Rodríguez, Laura. “El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas”. En *Política Criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2016.

### **Artículos académicos**

Ambos, Kai. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán fundamentación teórica y sistematización”, *Revista Política Criminal*, Vol. 4 n.º 7 (2009): 1-56, [http://www.politicacriminal.cl/n\\_07/a\\_1\\_7.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_1_7.pdf).

Baquedano, María Elena. “Un breve recorrido por el derecho a la libertad de expresión”, *Revista del Instituto de Estudios Penales*, n.º 10 (agosto del 2014): 211- 266.

Castillo Gonzáles, Francisco. “El agente provocador”. *Revista Judicial*, n.º 16, año IV, (junio de 1980): 78.

de Carvalho, Salo. “Criminología, garantismo y teoría crítica de los derechos humanos: Ensayo sobre el ejercicio de los poderes punitivos”, *Novum Jus*, vol 3, n.º 1, (enero de 2009): 161-200,.

Derbshire, Helen. “Libertad de expresión, libertad primordial”. *El Correo de la UNESCO*, Año XLVII (marzo de 1994): 18-22, [https://perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/darbshire\\_helen.\\_libertad\\_de\\_expresio\\_n\\_libertad\\_primordial.pdf](https://perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/darbshire_helen._libertad_de_expresio_n_libertad_primordial.pdf).

Duartes Delgado, Edwin. “El agente encubierto en los delitos de narcotráfico”. *Revista Iustitia*, n.º 158, año 14, (2000): 24-29.

- Expósito López, Lourdes. “El agente encubierto”. *Revista de Derecho UNED*, n.º 17, (2015): 251-286, <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/16277/14024>.
- García Losada, José. “Técnicas policiales aplicadas en la investigación de la delincuencia organizada. Casuística policia”. *Estudios Jurídicos*, n.º 2004 (2004): 1498-1515, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4044618>.
- Garcias Planas, Gabriel. “Consideraciones en torno al agente provocador”. *Revista de Cuadernos de Política Criminal*, n.º 17, 1982.: 81-90.
- Gómez Sáez, Fernando. “Reportajes de investigación con cámara oculta y jurisprudencia constitucional”, *Revista UNED*, n.º 12 (2013): 293-327.
- Guariglia, Fabricio. “El agente encubierto: ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?”. *Revista de Ciencias Penales*, Año 8, n.º12 (1994): 49-60, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552623>
- Guzmán Dalbora, José Luis. “El delito experimental”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 19 (2007): 289-308, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2602150>.
- Lamarre, Flavia. “Agentes encubiertos y criminalidad organizada: derecho y demagogia”. *Lecciones y Ensayo*, n.º 88 (2010): 175-195, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/lecciones-ensayos/.../12352>.
- Maier, Julio B. J. “Las prohibiciones de valoración probatoria”. *Nuevo Foro Penal*, n.º 60, (abril de 1999): 135-143, [publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/viewFile/3900/3171](http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/viewFile/3900/3171).
- Molina Pérez, Teresa. “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines” *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, N XLII (2009):153-174, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2916235.pdf>.



Vidal Marín, Tomás. “Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional”. *Revista para el Análisis del Derecho* (2007): 1-18  
[http://www.indret.com/pdf/397\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/397_es.pdf).

### Artículos en línea

Antillón Montealegre, Walter, “Definición y evolución del derecho penal: El instigador”, consultado el 15 de septiembre, 2018, <http://www.espanito.com/i-definicion-y-evolucion-del-derecho-penal.htmlpart=31>.

Chirino Sánchez, Erick Alfredo. “Libertad de expresión y ley penal” (artículo en línea). Biblioteca de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ecuador: Unesco (1999): 117-140, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29961.pdf>.

Fonseca, Mónica y Laura Salas. “El delito experimental” (febrero de 2011): 47, consultado en diciembre del 2017, <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/2011/delito-experimental-agente-encubierto-y-agente-provocador/>.

García-Fustel González, Jesús. “Figuras de agente encubierto y confidente visión de la guardia civil”, consultado el 1 de mayo de 2019, [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/comunicaci%C3%B3nGarc%C3%ADa-FustelGonz%C3%A1lez,%20Jes%C3%BA.pdf?idFile=f7cb2112-9d7c-4a2c-9d17-51efae9a0197](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/comunicaci%C3%B3nGarc%C3%ADa-FustelGonz%C3%A1lez,%20Jes%C3%BA.pdf?idFile=f7cb2112-9d7c-4a2c-9d17-51efae9a0197).

Guzmán Flujá, Vicente. “El agente encubierto y las garantías del proceso penal”. Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha (2016): 2-28 consultado el 1 de mayo de 2019, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/6vicente-guzman-es.pdf>.

Houed Vega, Mario, “El Proceso Penal en Costa Rica”, consultado el 15 de octubre del 2017, [http://www.alfonsozambrano.com/doctrina\\_penal/280709/dp-ppenal\\_costarica.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/280709/dp-ppenal_costarica.pdf).



Spilotti, Diego. “Delito experimental”, consultado el 20 de abril del 2018, [http://www.academia.edu/17014304/El\\_Delito\\_Experimental](http://www.academia.edu/17014304/El_Delito_Experimental).

### **Tesis de graduación**

Amores Vargas, Hugo Luis. “La prueba ilícita en el proceso penal” . Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999.

Escobar Barrios, Víctor Hugo. “Análisis jurídico y doctrinario de la situación jurídica del ofendido en el Derecho Procesal Penal Guatemalteco”. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010.

Esquivel Vargas, Juan Pablo. “El agente encubierto y el agente provocador de narcotráfico en el derecho penal”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2006.

Fonseca Jiménez, Mónica y Salas Boschini, Laura. “El delito experimental en materia de narcotráfico”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002.

Gutiérrez Atencio, Deiby. “La censura del debate como reflejo un proceso penal más acusatorio: Propuestas de una política criminal de corte garantista”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2006.

Revello de Toro Cabello, Juan. “La delimitación entre provocación policial y delito provocado”. Trabajo Curso de Experto Universitario, Universidad Internacional de Andalucía, 2013, <http://hdl.handle.net/10334/2498>.

Sologuren Insua, Felipe. “El agente encubierto: ¿Peligro o beneficios en estados democráticos?” Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2008.

### **Normativa nacional**

Asamblea Legislativa. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. San José: Imprenta Nacional, 1978.

- . “Ley de Imprenta n.º 32” del 12 de julio de 1902, disponible en [http://www.kas.de/upload/auslandshomepages/medioslatinos/costa\\_rica/costa\\_rica\\_-\\_ley\\_de\\_prensa\\_e\\_imprensa.pdf](http://www.kas.de/upload/auslandshomepages/medioslatinos/costa_rica/costa_rica_-_ley_de_prensa_e_imprensa.pdf).
- . “Ley 4573 del Código Procesal Penal: 24 de febrero de 1993”, *La Gaceta*, n.º 63 del 1 de abril de 1993.
- . “Ley 5377 del Código de Procedimientos Penales: 19 de octubre del 1973”, *La Gaceta*, n.º 218 del 20 de noviembre de 1973.
- . Reforma a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica n.º 6789: 3 de agosto del 1982”, *La Gaceta*, n.º 45 de agosto de 1982
- . “Ley 8204 Reforma a la ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo: 26 de noviembre 2001”, *La Gaceta*, n.º 93 del 11 de enero 2002.
- . “Ley 5395: Ley General de la Salud de 30 de octubre de 1973”, *La Gaceta*, n.º 222 del 24 de noviembre de 1973.

### **Jurisprudencia costarricense**

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Recurso de casación, Resolución n.º 2006-00412 del 10 de mayo del 2006, 15:10 horas.

- . Recurso de casación, Resolución n.º 20-F del 20 de enero de 1995, 9:20 horas.
- . Recurso de casación, Resolución n.º 22-1995 del 20 de enero de 1995, 9:20 horas.
- . Recurso de casación, Resolución n.º 583-1998 del 19 del junio de 1998, 8:52 horas.
- . Recurso de casación, Resolución n.º 801-2003 del 25 de febrero 2003, 8:00 horas.
- . Recurso de casación, Resolución n.º 1148-2003 del 19 de diciembre del 2003, 9:34 horas.
- . Recurso de casación, Resolución n.º 659-2008 del 13 de junio del 2008, 9:58 horas.

-----. Recurso de casación, Resolución n.º 511-2012 del 16 de marzo del 2012, 11:12 horas.

-----. Recurso de casación, Resolución n.º 01098-2014 del 1 de julio del 2014, 15:21 horas.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Recurso de amparo, Resolución n.º 188 del 9 de octubre de 1984, 2:45 horas.

-----. Recurso de amparo, Resolución n.º 477 del 25 de enero de 1994, 3:36 horas.

-----. Consulta judicial, Resolución n.º 2529-1994 del 31 de mayo del 1994, 15:06 horas.

-----. Recurso de amparo, Resolución n.º 5573 del 18 de octubre de 1996, 11:06 horas.

-----. Acción de inconstitucionalidad: Resolución n.º 2005-09139 del 8 de julio del 2005, 11:38 horas.

-----. Recurso de amparo, Resolución n.º 2008-007548 del 30 de abril del 2008, 17:37 horas.

-----. Recurso de habeas corpus, Resolución n.º 5684-2010 del 23 de marzo del 2010, 15:01 horas.

-----. Recurso de amparo, Resolución n.º 4035-2014 del 21 de marzo del 2014, 14:00 horas.

Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José. Recurso de apelación: Resolución n.º 1488-2015 del 6 del noviembre del 2015, 15:30 horas.

### **Normativa internacional**

Asamblea de la República Portuguesa. *Código Procedimiento Penal de Portugal*, art. 126, consultado 26 de noviembre de 2018, disponible en

[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis)

-----. *Constitución Política Portuguesa*, consultado el 25 de noviembre del 2018, disponible en <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/portugalsp.pdf>.

España. “Ley de Enjuiciamiento Criminal”, art. 282 bis. (17 de setiembre de 1882).

**Jurisprudencia internacional**

Chile. Corte Suprema (Sala Segunda de lo Penal). Recurso de casación. Resolución n.º 57961 del 21 de agosto del 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia del 2 de julio del 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”. Opinión Consultiva OC-5 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Recurso de amparo, Sentencia n.º 12-2012 del 30 de enero del 2012.

España. Tribunal Superior (Sala Segunda de lo Penal). Recurso de casación, Sentencia n.º 793-2003 del 4 de junio del 2003.

Portugal. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão n.º 0313418 del 10 de Marzo de 2004.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso “Observer and Guardian v. United Kingdom” del 26 de noviembre de 1991, párr. 59.