

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)  
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

## INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

### TEMA: EL AGENTE ENCUBIERTO Y SU APLICACIÓN EN COSTA RICA

**RESUMEN:** El presente informe de investigación analiza desde la doctrina, normativa y la jurisprudencia la figura del agente encubierto, desarrollándose especialmente su aplicación en Costa Rica en el apartado de jurisprudencia, delimitándose su fundamento y su procedimiento conforme a la normativa

## Índice de contenido

1DOCTRINA.....	1
a)Regulación en la legislación costarricense del Agente Encubierto.....	1
2NORMATIVA.....	3
a)Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado y Actividades Conexas.....	3
b)Decreto Ejecutivo N° 31369.....	4
c)CIRCULAR N° 55-2006.....	5
3JURISPRUDENCIA.....	8
a)Fundamento y utilidad del Agente Encubierto.....	8
b)La compra experimental por parte del agente encubierto.....	11
c)Carácter de la intervención del Agente encubierto. Diferencia con el agente provocador.....	18

### 1 DOCTRINA

#### ***a) Regulación en la legislación costarricense del Agente Encubierto***

[ESQUIVEL VARGAS]<sup>1</sup>

"En la legislación costarricense la figura del agente encubierto como modalidad investigativa, se encuentra expresamente regulada únicamente en los artículos 10 y 12 de la Ley N° 7786. Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, para lo cual se usa el término de oficiales encubiertos en lugar de agentes encubiertos, para estos efectos se indica: "en las investigaciones que se conduzcan, en relación con los delitos tipificados en esta ley, las autoridades judiciales podrán infiltrar oficiales encubiertos para que comprueben la comisión de los delitos. Si bien el 11 de enero del 2002 entró en vigencia la ley 8204 Reforma integral a Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, se mantiene en cuanto al agente encubierto, la misma regulación que la ley 7786. La técnica que eligió nuestro legislador a efectos de regular la actuación del agente es muy sencilla, tan solo refiere que las autoridades policiales podrán infiltrar a oficiales encubiertos para que comprueben la comisión de los delitos.

El primer hecho que llama la atención es que en nuestra legislación la puesta en práctica del agente encubierto depende exclusivamente de las autoridades policiales, sin que se de la intervención de una autoridad judicial (caso de Argentina) o al menos de 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. Tampoco se habla de una vigilancia o supervisión, sobre la actuación del agente encubierto durante la investigación, por parte de la autoridad judicial o un representante del Ministerio Público, ni siquiera señala la ley que la persona encargada de recibir la información que va a suministrar el agente encubierto, sea una autoridad jurisdiccional.

Por otra parte se refiere que las autoridades policiales podrán infiltrar oficiales encubiertos, siendo que no se especifica entre autoridades judiciales o administrativas es dable pensar que ambos pueden hacerlo.

Por señalar la ley en forma expresa que las autoridades podrán infiltrar a oficiales encubiertos, se entiende que no puede darse la infiltración como agentes encubiertos de personas particulares, sin embargo no existe norma en nuestra ley de estupefaciente que obligue a dejar algún tipo de registro documental que identifique a la persona que actuó como agente encubierto, por lo cual se da total imposibilidad para controlar si el agente encubierto fue en

realidad un policía o un particular.

Existe total omisión en la ley en cuánto a que sucede en cuanto los delitos cometidos por el agente encubierto en su labor de infiltración.

Por ultimo el artículo 12 de dicha ley también se hace referencia a los agente encubiertos pero tan solo se limita a establecer la obligación que tiene éste, de entregar al Ministerio Público, las sumas de dinero, o valores que reciban de los partícipes de los actos ilícitos, cual es lógico por cuanto constituye prueba material para acreditar los delitos que se están investigando.

Como vemos la figura del agente encubierto en nuestra legislación, presenta una escueta y deficiente regulación, si se toma en cuenta que es una técnica investigativa de avanzada y por las implicaciones que puede acarrear su utilización, debió de ser sometida a una regulación más estricta y por ende más amplia, con la finalidad de evitar que con su aplicación se vulneren derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como la inviolabilidad de domicilio."

## 2 **NORMATIVA**

### **a) Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado y Actividades Conexas.**

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]<sup>2</sup>

#### CAPÍTULO III

##### Policías Encubiertos y Colaboradores

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.

Artículo 11.—En las investigaciones, la policía podrá servirse de colaboradores o informantes, cuya identificación deberá mantener en reserva, con el objeto de garantizarles la integridad. Si alguno de ellos está presente en el momento de la comisión del hecho delictivo, se informará de tal circunstancia a la autoridad judicial competente, sin necesidad de revelar la identidad. Salvo si se estima indispensable su declaración en cualquier fase del proceso, el tribunal le ordenará comparecer y, en el interrogatorio de identificación, podrá omitir los datos que puedan depararle algún riesgo a él o a su familia. Dicho testimonio podrá ser incorporado automáticamente al juicio plenario mediante la lectura, excepto si se juzga indispensable escucharlo de viva voz. En este caso, rendirá su testimonio solo ante el tribunal, el fiscal, el imputado y su defensor; para ello, se ordenará el desalojo temporal de la sala. En la misma forma se procederá cuando el deponente sea un oficial de policía extranjera, que haya participado en el caso mediante los canales de asistencia policial.

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.

**b) Decreto Ejecutivo N° 31369**

[PODER EJECUTIVO]<sup>3</sup>

El Presidente de la República,  
El Ministro de la Presidencia,

El Ministro de Gobernación y Policía y Seguridad Pública, el

*Centro de Información Jurídica en Línea  
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

Ministro de Educación Pública, la Ministra de Justicia y Gracia, la Ministra de la Niñez y la Adolescencia y el Ministro de Turismo

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Constitución Política de la República de Costa Rica; 25, 27, 121 de la Ley General de la Administración Pública, N° 6227 del 2 de mayo de 1978.

DECRETAN:

Artículo 1º– Créase el Frente Gubernamental contra la Pedofilia, como instancia del Poder Ejecutivo para la implementación de mecanismos que permitan prevenir y denunciar actos que tiendan a la explotación sexual y al abuso sexual de los menores de edad, así como a la participación en pornografía infantil, con las siguientes funciones:

h) Fomentar la labor de investigación que realizan el cuerpo de agentes encubiertos, con el fin de desarticular las redes que trafican material pornográfico con menores.

**c) CIRCULAR N° 55-2006**

[PODER JUDICIAL]<sup>4</sup>

Sobre los allanamientos de morada

ASUNTO: Sobre los allanamientos de morada.

A todas las autoridades judiciales del país que tramitan materia penal

SE LES HACE SABER QUE:

El Consejo Superior, en sesión N° 17-06, celebrada el 9 de marzo de 2006, artículo XXXI, dispuso hacer su conocimiento las siguientes recomendaciones de la Comisión de la Jurisdicción Penal, sobre allanamientos de morada:

1) El allanamiento de morada u otros lugares habitados constituye una medida que afecta derechos fundamentales, razón por la cual ha de ser ordenada por el juez competente quien, desde luego, debe valorar las motivaciones de la solicitud planteada por el Ministerio Público y determinar si concurren elementos de juicio suficientes que justifiquen la lesión de tales derechos. Desde esta perspectiva, si el juzgador considera que las investigaciones de las que se da cuenta en la solicitud no permiten sostener siquiera una sospecha fundada de que se cometió o se está cometiendo un delito, su deber es negar la orden de allanamiento, a través de resolución que exponga con claridad los fundamentos de lo decidido. Se trata aquí del control esencial que el juez está llamado a ejercer para valorar si lo peticionado se ajusta a los presupuestos constitucional y legalmente exigidos a fin de afectar con justa causa derechos fundamentales.

(...)

5) Se desprende de lo dicho en los apartados precedentes, que el uso de **agentes encubiertos** o de colaboradores (sujetos particulares) para efectuar compras controladas o vigiladas de drogas, constituye una técnica de investigación lícita que no requiere ser autorizada por el juez penal ni llevada a cabo por el Ministerio Público, sino que puede ser ejecutada por la policía, bajo la dirección funcional del órgano acusador. Sobre este tema, pueden consultarse numerosas sentencias de la Sala Tercera de la Corte, entre ellas la N° 900-99, de 9:47 horas de 19 de julio de 1999, N° 780-01, de 9:15 horas de 29 de agosto de 2001, N° 993-05, de 8:50 horas de 2 de setiembre de 2005; y, de la Sala Constitucional, las resoluciones N° 5573-96, de 11:06 horas de 18 de octubre de 1996 y la N° 5256-03 de 14:34 horas de 18 de junio de 2003. No debe, entonces, confundirse la orden de allanamiento que sí debe ser expedida por el juez, con la práctica de una compra controlada de drogas que no requiere la autorización jurisdiccional, en tanto no importa la lesión de derechos fundamentales. Desde este punto de vista, al momento de realizarse la compra vigilada final (a la que, usualmente, los jueces acostumbran condicionar la práctica del allanamiento), no compete al juzgador determinar si el acto debe ser realizado por un agente

encubierto o por un colaborador (particular), pues esto es propio de la actividad policial y no de la jurisdiccional (artículos 10, 11 y 12 de la Ley sobre Estupefacientes). El juez no "autoriza" u "ordena" una compra controlada ni tiene por qué hacerlo. El allanamiento, conforme a la ley, se decreta porque los elementos con los que ya se cuenta son suficientes para justificar la afectación de derechos fundamentales, con prescindencia de que se ejecute o no una nueva compra vigilada, de tal modo que si dicha última compra no se lleva a cabo por cualquier razón, el motivo para omitir la práctica del allanamiento puede ser de oportunidad, pero no de legalidad, porque de hecho ya fue ordenado en resolución fundada que analizó los distintos elementos probatorios puestos a disposición del tribunal. Conforme se expuso antes, al juez sí le compete extender la orden de allanamiento, pero la ejecución de este acto no se relaciona con la compra vigilada, pues ciertamente el colaborador que efectúe tal compra no es un funcionario al que se le autorice a ingresar en la vivienda, ejecutar requisas, cooperar con los registros o llevar a cabo ninguna otra actuación de carácter policial. Su intervención se limita a someterse, voluntariamente, a una requisita inicial, hacer la compra controlada usando dinero previamente identificado y entregar a las autoridades la droga que adquirió de manos del sospechoso. Ninguna participación tiene el colaborador en los actos lesivos de derechos fundamentales que implican el allanamiento o el registro de viviendas, que sí son los que demandan la previa autorización jurisdiccional y en cuya práctica el juez funge como garante de la legalidad del procedimiento seguido. Desde luego, puesto que el juzgador está presente incluso durante la ejecución de la compra controlada, también debe vigilar que ella se realice sin que signifique una provocación a delinquir o, en fin, que no medie ninguna situación irregular, arbitraria o ilícita; pero determinar quién fungirá como comprador es tarea que compete de modo exclusivo a la policía y al Ministerio Público, en tanto son esos órganos los encargados de la investigación y de definir cuál mecanismo es el más apropiado para asegurar su eficacia. Por último, debe recalcar que la participación de colaboradores (sujetos particulares) o de testigos en investigaciones por tráfico de drogas o de delitos de cualquier naturaleza (v. gr.: en las denuncias por corrupción de funcionarios, donde es usual que los denunciados colaboren acercándose al servidor público para hacer la entrega de dinero que es observada por la policía), es siempre de carácter voluntario y no establece ningún vínculo jurídico laboral o de otra índole entre el Estado y el individuo, que amerite recurrir a una "póliza de riesgos" o a un seguro social. La seguridad del colaborador debe ser garantizada por la misma policía y si llegase a ocurrir algún evento que atente contra la integridad física o la

vida de la persona, la responsabilidad que surgiría para el Estado sería idéntica a la que se derivaría de las lesiones o los daños sufridos por cualquier individuo que deba ser protegido cuando fallan los mecanismos de protección (v. gr.: las lesiones sufridas por un detenido, propiciadas por el descuido de los servidores que lo custodiaban y protegían). Se concluye de lo anterior que no se aprecia justificación jurídica al hecho de negar una orden de allanamiento por la sola circunstancia de que, a fin de realizar una compra vigilada de drogas, la policía pretenda utilizar a un particular como colaborador, pues definir este extremo es tarea que no compete al juez penal, sino a los órganos a los que la ley encomienda la función de investigar los delitos."

San José, 5 de abril del 2006.

### **3 JURISPRUDENCIA**

#### **a) *Fundamento y utilidad del Agente Encubierto***

[SALA TERCERA]<sup>5</sup>

"II.- Fundamento y utilidad de la intervención del agente encubierto. La actuación del agente de investigación o del particular que colabora con la policía en la compra de verificación de droga, constituye la forma más inacabada de investigación policial encubierta, porque en este caso el sujeto se limita a comprar la droga, bajo las mismas condiciones en que cualquier otra persona puede hacerlo; no hay pues, una verdadera y eficaz alteración y ocultamiento de la identidad del oficial por un tiempo determinado; el agente oculta su identidad de policía o de colaborador de la misma a fin de obtener la prueba necesaria para acreditar el delito que se está realizando. Esto tiene particular importancia y utilidad en los denominados delitos de encuentro o de tracto sucesivo, como lo es el tráfico de drogas

(Rey Huidobro, Luis Fernando: El delito de tráfico de estupefacientes, Bosch, Barcelona, 1987, p.p. 221 y 224). El hecho de que, en estos casos, la intervención policial solo viene a aportar elementos de comprobación de la actividad delictiva en curso, es un criterio reiterado en la jurisprudencia de esta Sala: "...en los ejemplos de investigación de delitos relacionados con el tráfico de drogas, se ha considerado que la intervención de la policía es solamente para verificar los hechos que fueron puestos en su conocimiento, hechos que por sí mismos ya constituyen el núcleo del tipo objetivo que se examina en tales casos (venta de droga, almacenamiento, transporte, etc.), y que de por sí significan un atentado o lesión al bien jurídico en tutela..." SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. V-559-F-93. San José, de las nueve horas treinta y cinco minutos del quince de octubre de mil novecientos noventa y tres. En el mismo sentido V-22-F-95, de las nueve horas veinte minutos del veinte de enero de mil novecientos noventa y cinco V-627-F-96, de las nueve horas con cuarenta minutos del veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y seis. V-812-F-96, de las once horas del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y seis; V-121-F-97, de las diez horas diez minutos del catorce de febrero de mil novecientos noventa y siete). En realidad, el agente encubierto se presenta en todos aquellos casos en que se infiltra en una organización, o se tiene contacto incluso ocasional con otra persona dedicada a realizar hechos delictivos, con el fin de poder acumular prueba sobre la existencia del delito y para identificar a sus responsables, sometiéndolos así al proceso penal (véase el voto de esta Sala: V-22-F-95, de las nueve horas con veinte minutos del veinte de enero de mil novecientos noventa y cinco). En consecuencia, su actividad constituye una técnica de investigación necesaria para enfrentar cierto tipo de delincuencia (no convencional o especialmente grave), que se desarrolla en forma altamente organizada, empleando tecnología especializada y sofisticada. Atendiendo a la gravedad de los delitos en los que se puede realizar, la investigación encubierta se presenta como una herramienta útil y adaptada a la naturaleza y dinámica esencialmente clandestina en la que se desenvuelve la actividad delictiva que interesa desentrañar. En otras palabras, es un mecanismo no convencional de investigación, útil y necesario para combatir delitos no convencionales. III.- Jurisprudencia reciente de esta Sala ha señalado que: "...para tener por cierto que una persona vendió drogas a un agente encubierto enviado por la policía, es necesario que esta 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 solo 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 (sic) en que se realizó la negociación, por lo que son testigos del hecho y no testigos de referencia..." SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. V-398-F-97. San José, de las dieciséis horas con treinta minutos del veintinueve de abril de mil novecientos noventa y siete). En lo que interesa, la Sala Constitucional, ante la Consulta Judicial preceptiva que realizara esta Sala, al respecto señaló: "...El Tribunal no se encuentra obligado a hacer comparecer a la audiencia al informante o agente encubierto, por la misma naturaleza de su función, y en virtud del principio de libertad probatoria puede arribar a una decisión con base en otros elementos probatorios; no obstante su versión -la del agente encubierto o informante-, no puede ser introducida al debate por otros medios -a no ser que proceda incorporarla legítimamente por lectura-. Las versiones de la policía respecto del dicho de un agente encubierto no pueden ser utilizadas por el tribunal para emitir un juicio de valor, puesto que en ese caso sí se estaría violando el derecho de defensa, del contradictorio y de inmediación de la prueba, elementos integrantes del debido proceso; desde luego que lo anterior no conlleva a negarle validez al dicho del policía en relación con hechos que le consten personalmente aunque tengan relación con la actividad del agente o informante. Un ejemplo puede aclarar mejor la cuestión: al policía le estará vedado declarar sobre lo que le dijo el informante que ocurrió, por si el vio al informante comprar, dirigirse a determinado lugar, comunicarse con determinadas personas, por ser hechos propios, es válido que informe sobre ello al tribunal y que éste valore su dicho junto con las restantes pruebas recibidas válidamente..." (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 7079-M-97. San José, de las dieciocho horas con treinta minutos del veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y siete [...]). IV.- En el caso que se presenta a revisión, se sabe que intervino un colaborador, quien era el encargado de hacer las compras de verificación de la tenencia y venta de la droga. Con la ayuda de esta persona, los oficiales de la policía antidrogas pudieron individualizar la acción de cada uno de los sujetos que expendía droga en la casa de habitación del encartado E.Q.C. Debe hacerse notar que en este caso los oficiales declararon sobre hechos propios, es decir, sobre acontecimientos que les constan por conocimiento propio, y que fueron debidamente valorados en la sentencia de mérito. Así, en el fallo se da cuenta de que se realizaron varios operativos -vigilancias estacionarias

y compras de drogas- en los que intervino un único sujeto como colaborador. Los oficiales precisan las fechas, horas y lugar de cada operativo, y hacen constar todas estas circunstancias en las actas respectivas, cuya legitimidad y contenido nunca fue cuestionada, y, por el contrario, fueron incorporadas legítimamente a la audiencia oral sin que ninguna de las partes protestara. A su vez, de previo a realizar cada compra, procedieron a revisar al colaborador a fin de constatar que no portara ninguna droga, y acto seguido le entregan uno de los billetes "marcados". Si bien los oficiales no apreciaron el momento preciso de cada transacción, sí observaron de manera ininterrumpida al colaborador cuando se dirigía al sitio indicado y cuando regresaba, siendo que cuando aquél retorna, portaba una "piedra de crack", y les informa y describe al sujeto que se la vendió. A mayor abundamiento, se tiene que en el operativo que culmina con la detención de los encartados -y en el que interviene la Juez de Instrucción respectiva- se localiza cierta cantidad de "piedras de crack" y una fuerte suma de dinero en la casa del acusado Q.C., hallándose además el que se le había entregado al colaborador para que efectuara la compra. Todos estos hechos, como se ha dicho, fueron observados de manera ininterrumpida por los policías que dirigían la investigación, sin que en el análisis de cada deposición se noten divergencias, contradicciones u omisiones que invaliden la fundamentación del fallo de mérito. Por el contrario, la sentencia se encuentra debidamente motivada pues la prueba recibida e incorporada al debate fue analizada de conformidad con las reglas de la sana crítica. En consecuencia, lo procedente es declarar sin lugar la revisión interpuesta. V.- Por último, no obsta decir que recientemente la Asamblea Legislativa promulgó una nueva ley Sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no autorizado y Actividades Conexas (Ley No. 7786 de mayo de 1998, publicada en el Alcance No. 15 del Diario Oficial La Gaceta No. 93, del 15 de mayo de 1998), la que, en sus artículos 10, 11, 12 y 13, se refiere a la intervención de agentes encubiertos y colaboradores o informantes en el curso de las investigaciones relacionadas con los delitos en ella tipificados. Aunque esta ley no es aplicable en la especie, lo que ahí se dispone no es incompatible con lo aquí resuelto, pues, regula la comparecencia del colaborador al llamamiento judicial, cuando se estimare indispensable, sin que ocurra así en todos los casos."

**b) La compra experimental por parte del agente encubierto.**

[SALA TERCERA]<sup>6</sup>

Extracto de la Resolución 0531-99.

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas treinta y cinco minutos del siete de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

"I.- Violación a las reglas de la sana crítica y al debido proceso: Con cita de los numerales 369 inciso d), 443 párrafo primero, 444 y siguientes del Código Procesal Penal y 39 de la Constitución Política, la licenciada A.V.V., defensora de la acusada M.C., reclama la violación a las reglas de la sana crítica, pues a su juicio en la sentencia se "distorsiona" la aplicación de tales reglas, dado que la prueba recibida en la audiencia no puede sustentar la condenatoria dispuesta y lo ha hecho porque no se respetaron las reglas lógicas en los razonamientos de los juzgadores. Agrega que de la prueba evacuada se desprende, sin duda alguna, que la Policía de Control de Drogas inició toda una investigación, con vigilancias previas en la vivienda de la co imputada G.F.H., conocida como la "Negra Piña", precisamente la persona que había denunciado el Delegado Distrital de San Juan de Dios de Desamparados como vendedora de droga. Como resultado de las vigilancias, los oficiales logran identificar a esta acusada como vendedora de droga en su propia vivienda, a la que se acercaban conocidos adictos de la zona por breves momentos y eran atendidos por la ventana y, en ocasiones, ingresaban por un breve lapso a la vivienda. Motivados por estos resultados, deciden realizar compras experimentales y en dos ocasiones diferentes, el agente encubierto de la policía adquiere de F.H. dos "piedras de crack". En la tercera oportunidad que pretenden realizar una compra experimental, su defendida es la que vende, ello para sorpresa de los oficiales, que incluso tenían montado para ese día el operativo para allanar y detener a la otra acusada, operativo que es abortado en razón de que la imputada que buscaban, no se encontraba en la vivienda. A ella iba dirigido el operativo y respecto de ella existían, previo a las compras, otras evidencias, como las vigilancias realizadas. Dentro de este contexto, la venta experimental que hace su defendida en esa ocasión -hecho que no se desconoce- no llega a ser suficiente para configurar una figura

delictiva, dado que esa venta propiamente, se trata de un delito imposible o experimental, en virtud de que obedece a una operación previamente controlada por los oficiales de policía y además, dirigida hacia otra persona. M.C. vende droga que no es de su propiedad, no se encuentra en su vivienda todo lo cual conduce a la recurrente a afirmar que su defendida, en realidad, fue provocada por la policía para realizar esa venta y, en consecuencia, no existe delito alguno que perseguir. Por lo demás, el día de la detención no se le encuentra droga, ni dinero "marcado" ni evidencia alguna que la relacione con la actividad que desplegaba la coimputada F.H. en su vivienda. La prueba recabada en el debate señala que la presencia de su defendida en el lugar de los hechos y su propia participación es meramente circunstancial, pues la que luego vuelve a tener el control sobre la venta de droga, el dinero y la droga misma es la propia G.F.H., verdadera autora de los hechos y objetivo único y principal de la investigación. II.- Siguiendo la misma argumentación, pero estructurando el reclamo como vicios en la aplicación de la ley sustantiva, la recurrente invoca la violación a lo dispuesto por los artículos 45, 71 y 72 del Código Penal, así como errónea aplicación del numeral 61 de la Ley Sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado y Actividades Conexas. De los hechos probados del fallo no se colige que la imputada vendiera droga en forma conjunta con la coimputada F.H., pues ella no desplegó actos que puedan estimarse constitutivos de la venta de drogas, menos aún actuando en forma dolosa y en asocio con la coimputada señalada. En realidad, la única conducta atribuible a su defendida es aquella provocada por el delito experimental y ésta no es punible. En cuanto a la coautoría que se le atribuye, ésta exige una labor conjunta, donde el partícipe tenga acreditada una función específica dentro del hecho principal, pero con pleno dominio del hecho y eso no existe en el caso en estudio. Su defendida no actuó con ánimo de desplegar una conducta delictiva sino que fue provocada por los agentes policiales cuya actividad de investigación se dirigía contra la otra acusada. A su juicio, ni siquiera podría estimarse la participación de la aquí acusada como cómplice, pues tal figura fue eliminada por la nueva legislación, al desaparecer la figura delictiva de favorecimiento para el narcotráfico. Concluye señalando que la conducta de su defendida no es punible y que por ello debe absolvérsele de toda pena y responsabilidad. III. -Esta Sala estima que los reclamos son procedentes pero no por las razones que la recurrente invoca, sino las que se exponen de seguido. Con respecto a los operativos controlados de compra de droga, método de investigación policial de frecuente uso en delitos relacionados con el tráfico y comercialización de drogas, esta Sala se ha pronunciado en forma reiterada y a los efectos de

esta sentencia, resulta relevante retomar lo dicho en el fallo 162-98 de las 11:17 hrs. del 20 de febrero del año anterior, oportunidad en la que se señaló lo siguiente: "(...)II.- En la investigación de los delitos relacionados con el tráfico y comercialización de drogas, la actividad de la policía es de trascendental importancia pues permite no sólo individualizar a los partícipes, sino, antes bien, identificar su forma de operar, sus relaciones, contactos, en fin, la serie de indicios comprobados que legitimarán -de ser procedente- la intervención del aparato jurisdiccional, para ordenar la realización de diligencias probatorias, anticipos jurisdiccionales de prueba y, finalmente iniciar el proceso para juzgar a los responsables. Sabido es que en esta materia resultan de utilidad las llamadas compras controladas de drogas, en las cuales se utilizan colaboradores de la policía que actúan como "agentes encubiertos" es decir, personas que, ocultando su verdadera identidad, se hacen pasar por adictos para tratar de adquirir droga y reforzar, con estas diligencias, la investigación que se realiza. Ha sido reiterada la jurisprudencia, tanto de esta Sala como de la instancia constitucional, que si bien reconoce la utilidad de este tipo de estrategia de investigación, si señala que deben utilizarse y valorarse en el contexto de unas diligencias que al menos arrojen su necesidad y utilidad probatoria. A su realización deben unirse otros elementos, por ejemplo, informes que señalen el punto de interés como reconocido por el tráfico de drogas, vigilancias, los llamados fijos, o seguimientos policiales que refuercen la sospecha de que el ilícito se da y deseable es que, además, en caso de que sea factible, esas vigilancias y fijos se registren audiovisualmente. La Sala Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema en la sentencia 5573-96, de las once horas seis minutos del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y seis, oportunidad en la que señaló: "(...)La rigurosidad que debe tenerse en esta materia de "experimentos" u operativos simulados, se debe a que se trata de preconstitución de prueba contra el acusado. Por ello, el juzgador debe ser exigente en cuanto a la valoración de este tipo de operativos. La intervención en ellos del juez de la fase de investigación, como garante de la legalidad de la prueba es lo recomendable, pero de antemano no podría negarse valor a un operativo encubierto si esta participación del juez no se da. Lo cierto es que, reiterando lo que esta Sala y su jurisprudencia han manifestado, la intervención del juez es indispensable cuando se pretenda incursionar o lesionar derechos fundamentales, por ejemplo, si se pretende realizar un allanamiento; si es necesario realizar una intervención telefónica, en fin, si el operativo incluye la afectación de algún derecho fundamental. En los demás casos, el juez al valorar la prueba obtenida de las investigaciones

policiales, debe ser particularmente exigente respecto de la existencia de indicios que legitimen el operativo encubierto, de modo que no sirva como pretexto para que las autoridades tienten a los sospechosos y los induzcan a ser autores de hechos delictivos que a lo mejor no tenían planeado realizar, actuando como típicos agentes provocadores, porque ese proceder de la policía es inconstitucional (...) Corresponderá en todo caso a los jueces penales decidir si con la prueba obtenida del operativo simulado es suficiente para destruir el estado de inocencia y llegar a la necesaria demostración de culpabilidad" Por su parte, la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido su pertinencia, al tiempo que, al determinar sus alcances probatorios, ha sido especialmente rigurosa si no se acompaña de mayores elementos. Por ejemplo, se ha dudado de su legitimidad cuando además ha fallado la cadena de custodia de la evidencia obtenida en las supuestas compras sentencia 792-97, de las 15:55 del 7 de agosto del año anterior-; ha puntualizado la necesidad de que las compras controladas se respalden en actas en las que, previamente la policía se asegure de haber requisado al agente encubierto e individualizado los billetes y luego, registre el resultado de la compra, la evidencia obtenida y la remita a las autoridades judiciales respetando la cadena de custodia, aunque también se ha admitido que la ausencia de esas actas de antemano no resta valor a las diligencias, si pueden acreditarse por otros medios: "Sin embargo, aunque no es lo más recomendable, perfectamente las transacciones pueden ser probadas por otros medios de prueba, incluyendo billetes previamente identificados -no marcados ante juez- por los testigos; lo cual será posteriormente evaluado por los jueces de acuerdo a las reglas de la sana crítica" -sentencia 548 F-95 de las 9:10 hrs. del 22 de setiembre de 1995-; contextualmente ha reconocido su validez para acreditar

el hecho delictivo, cuando además de las compras, existen vigilancias, seguimientos o fijos de los cuales se ha podido extraer la actividad desarrollada por el imputado -entre otras, sentencias 398-97 de las 16:35 hrs, del 29 de abril y 419-97 de las 9:35 hrs. del 9 de mayo ambas del año anterior. Finalmente, ha reconocido el deber de las autoridades de suministrar la identidad del agente encubierto para que esta persona sea sometida al contradictorio en la fase plenaria, aún cuando ha admitido que si la policía no lo identifica, la declaración de los oficiales que acompañaron al agente encubierto y vigilaron las compras es suficiente para acreditarlas: "Desde luego, para tener por cierto que una persona vendió drogas a un agente encubierto enviado por la policía, es necesario que esta 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 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 aún 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 presenciar el momento preciso en que se realizó la negociación, por lo que son testigos directos del hecho y no de referencia" -sentencia 398-97 ya citada-. Se desprende de lo transcrito, no sólo los argumentos en pro de la legitimidad de tal práctica de investigación policial -expresamente reconocida y autorizada por la actual Ley sobre Estupefacientes, artículos 10 a 13- sino además, su utilidad procesal como medio de comprobación, es decir sus resultados constituyen elementos de prueba que pueden ser utilizados para reforzar o corroborar que determinada persona se dedica a la actividad delictiva investigada si bien en ocasiones pueden ser considerados suficientes, por sí mismos, para fundamentar una sentencia condenatoria, lo que corresponde a los jueces en cada caso concreto y en aplicación de las reglas de la sana crítica determinar, al valorar si los resultados probatorios de tales diligencias, son suficientes para alcanzar el grado de certeza necesario para sustentar una sentencia condenatoria. En resumen, los resultados dependen de cada caso concreto porque en esta materia, sujeta además a la apreciación de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica, no pueden estructurarse fórmulas preestablecidas ni sentarse criterios definitivos. Sin duda alguna la utilidad de tales instrumentos -las compras controladas- se ve aumentada cuando se acompaña de otras diligencias de investigación como vigilancias, filmaciones, seguimientos, intervenciones telefónicas, declaraciones testimoniales de adictos y análisis de la droga obtenida en cada compra, pero la ausencia de las mismas no excluye de antemano que las compras controladas por sí mismas puedan sustentar una condena, situación en la que habrá de ser especialmente riguroso y así lo ha puntualizado esta Sala: "(...) En términos generales, en materia de psicotrópicos, el operativo final constituye un acto policial de comprobación de una actividad delictiva en curso y a la vez, se presenta como un medio de prueba idóneo para sustentar el reclamo del acusado. Empero, por no existir en nuestro sistema de valoración, la tasación de prueba, no puede exigirse que la "venta controlada" contando con la presencia de la autoridad jurisdiccional y con la utilización de billetes previamente identificados, sea el único medio de prueba idóneo para fundamentar un fallo condenatorio por venta de drogas. Debe hacerse notar, que este caso difiere sustancialmente, de los supuestos en que simplemente existe una "precompra" sin

vinculación alguna previa del sujeto investigado por el delito atribuido y en los que no se realiza ningún otro operativo para comprobar la acción delictiva, porque en estos casos, para comprobar la venta de droga, no bastará con el solo dicho del colaborador para acreditar el ilícito (...)" sentencia 1033-98, de las 8:45 hrs. del 30 de octubre de 1998. IV.- Según se ha expuesto, la valoración de la suficiencia de la prueba que deriva de las compras controladas, dependerá de cada caso concreto y es en este aspecto que se estiman insuficientes los razonamientos dados en este asunto como sustento de la condenatoria. En atención a los argumentos de la recurrente, en contra de su defendida sólo existen las dos compras experimentales realizadas por la policía cuando ocasionalmente ella se encontraba en la vivienda de la coimputada F.H., única y principal investigada. Es cierto y la propia sentencia lo reconoce, que la venta hecha por M.C. el 30 de setiembre del año anterior, sorprendió a los oficiales, pues ese día precisamente se iba a efectuar el allanamiento de la vivienda de la acusada F.H. y su detención, dado que por las investigaciones previas realizadas por la policía de control de drogas -en especial las vigilancias efectuadas- habían determinado que a la casa de la acusada concurría gran cantidad de adictos y efectuaban compras de droga desde la ventana, sitio donde era F.H. quien atendía, permitiendo en ocasiones el ingreso de los compradores por breves momentos, al interior de la morada. Es decir, efectivamente toda la investigación previa había permitido visualizar a F.H. como vendedora de drogas, actividad que desplegaba en su casa de habitación, siendo ella la persona denunciada desde al inicio y por ello las dos compras controladas que a ella realizaron el 28 y 29 de setiembre, habían permitido consolidar tales sospechas, al punto de motivar la orden de allanamiento dada para el 30 de ese mes, con participación del juez de garantías, de la defensa y el Ministerio Público, operativo que debió ser cancelado ante la sorpresa que causó el hecho de que no estuviera la acusada sino que apareciera en escena M.C., de quien adquirieron droga ese día y al día siguiente. Para el día del operativo, 2 de octubre, la compra que se realiza la hacen los agentes de manos de F.H., si bien afirmaron que M.C. fue la que entregó la droga. Lo cierto es que una vez hecha la compra, se procede al ingreso autorizado judicialmente a la morada, en la que se encontró gran cantidad de droga -"piedras de crack"- (véanse acta de registro de folio 62 y 63 y actas de decomiso de folios 89 a 92) distribuida en varias partes de la casa, no obstante no se logró recuperar el dinero individualizado. En cuanto a M.C., no se encontró en su poder droga alguna ni dinero de interés para el caso. Con este material de prueba, la sentencia establece que M.C., si bien no era la persona originalmente investigada, por las dos ventas hechas a los oficiales, se puede

establecer que actuaba en conjunto con F.H. y en razón de ello se estima coautora del delito de venta de droga, pero no sustenta en debida forma tal conclusión, la que aparece infundada e insuficiente. Tampoco sustenta cuáles son las razones para estimar que M.C. participaba con co dominio funcional del hecho, en la actividad comprobada ya, que F.H. realizaba en su vivienda, cuando los propios oficiales afirmaron en la audiencia haber sido sorprendidos por la aparición de M.C. atendiendo su visita, pues a la única que habían podido individualizar como dueña y señora del negocio era a F. H. No explica el fallo la presencia de M.C. en esa vivienda, su vinculación con la droga y su rol dentro de la coautoría que le atribuye. En cuanto a la versión de la acusada, en la audiencia declaró y ante las contradicciones en que incurrió se incorporó su dicho en la fase de investigación -proceder autorizado por el numeral 343 del Código Procesal Penal- y, en forma fundada el Tribunal concluye en dar crédito a lo dicho en esa oportunidad frente a lo depuesto en debate y según ello, se acredita el conocimiento que M. C. poseía de que F. H. se dedicaba al expendio de droga en su vivienda, pero a pesar de ello los razonamientos vertidos por los juzgadores no alcanzan a sustentar ni a explorar en forma suficiente todos los aspectos ya señalados. Así las cosas, estima esta Sala que lo procedente es acoger el reclamo y decretar la nulidad del fallo así como del debate que la origina, ordenando la reposición del juicio como corresponde."

***c) Carácter de la intervención del Agente encubierto. Diferencia con el agente provocador***

[SALA TERCERA]<sup>7</sup>

"X.- [...]. Ya esta Sala se ha pronunciado sobre el alcance que cabe darle a los operativos con participación de agentes encubiertos -hoy ya cobijados por la nueva Ley que regula materia de drogas, número 7786 del 30 de abril de este año, en los artículos 10 al 13-, así como respecto de la rigurosidad que debe darse en su apreciación, en la sentencia 162-98, de las 11:17 hrs. del 20 de febrero del año en curso, oportunidad en la que se señaló: "II.- En la investigación de los delitos relacionados con el tráfico y comercialización de drogas, la actividad de la

policía es de trascendental importancia pues permite no sólo individualizar a los partícipes, sino, antes bien, identificar su forma de operar, sus relaciones, contactos, en fin, la serie de indicios comprobados que legitimarán -de ser procedente- la intervención del aparato jurisdiccional, para ordenar la realización de diligencias probatorias, anticipos jurisdiccionales de prueba y, finalmente iniciar el proceso para juzgar a los responsables. Sabido es que en esta materia resultan de utilidad las llamadas compras controladas de drogas, en las cuales se utilizan colaboradores de la policía que actúan como "agentes encubiertos" es decir, personas que, ocultando su verdadera identidad, se hacen pasar por adictos para tratar de adquirir droga y reforzar, con estas diligencias, la investigación que se realiza. Ha sido reiterada la jurisprudencia, tanto de esta Sala como de la instancia constitucional, que si bien reconoce la utilidad de este tipo de estrategia de investigación, si señala que deben utilizarse y valorarse en el contexto de unas diligencias que al menos arrojen su necesidad y utilidad probatoria. A su realización deben unirse otros elementos, por ejemplo, informes que señalen el punto de interés como reconocido por el tráfico de drogas, vigilancias, los llamados fijos, o seguimientos policiales que refuercen la sospecha de que el ilícito se da y deseable es que, además, en caso de que sea factible, esas vigilancias y fijos se registren audiovisualmente. La Sala Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema en la sentencia 5573-96, de las once horas seis minutos del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y seis, oportunidad en la que señaló: "(...) La rigurosidad que debe tenerse en esta materia de "experimentos" u operativos simulados, se debe a que se trata de preconstitución de prueba contra el acusado. Por ello, el juzgador debe ser exigente en cuanto a la valoración de este tipo de operativos. La intervención en ellos del juez de la fase de investigación, como garante de la legalidad de la prueba es lo recomendable, pero de antemano no podría negarse valor a un operativo encubierto si esta participación del juez no se da. Lo cierto es que, reiterando lo que esta Sala y su jurisprudencia han manifestado, la intervención del juez es indispensable cuando se pretenda incursionar o lesionar derechos fundamentales, por ejemplo, si se pretende realizar un allanamiento; si es necesario realizar una intervención telefónica, en fin, si el operativo incluye la afectación de algún derecho fundamental. En los demás casos, el juez al valorar la prueba obtenida de las investigaciones policiales, debe ser particularmente exigente respecto de la existencia de indicios que legitimen el operativo encubierto, de modo que no sirva como pretexto para que las autoridades tienten a los sospechosos y los induzcan a ser autores de hechos delictivos que a lo mejor no

tenían planeado realizar, actuando como típicos agentes provocadores, porque ese proceder de la policía es inconstitucional (...) Corresponderá en todo caso a los jueces penales decidir si con la prueba obtenida del operativo simulado es suficiente para destruir el estado de inocencia y llegar a la necesaria demostración de culpabilidad". Por su parte, la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido su pertinencia, al tiempo que, al determinar sus alcances probatorios, ha sido especialmente rigurosa si no se acompaña de mayores elementos. Por ejemplo, se ha dudado de su legitimidad cuando además ha fallado la cadena de custodia de la evidencia obtenida en las supuestas compras -sentencia 792-97, de las 15:55 del 7 de agosto del año anterior-; ha puntualizado la necesidad de que las compras controladas se respalden en actas en las que, previamente la policía se asegure de haber requisado al agente encubierto e individualizado los billetes y luego, registre el resultado de la compra, la evidencia obtenida y la remita a las autoridades judiciales respetando la cadena de custodia, aunque también se ha admitido que la ausencia de esas actas de antemano no resta valor a las diligencias, si pueden acreditarse por otros medios: "Sin embargo, aunque no es lo más recomendable, perfectamente las transacciones pueden ser probadas por otros medios de prueba, incluyendo billetes previamente identificados -no marcados ante juez- por los testigos; lo cual será posteriormente evaluado por los jueces de acuerdo a las reglas de la sana crítica" -sentencia 548-F-95 de las 9:10 hrs. del 22 de setiembre de 1995-; contextualmente ha reconocido su validez para acreditar el hecho delictivo, cuando además de las compras, existen vigilancias, seguimientos o fijos de los cuales se ha podido extraer la actividad desarrollada por el imputado -entre otras, sentencias 398-97 de las 16:35 hrs, del 29 de abril y 419-97 de las 9:35 hrs. del 9 de mayo ambas del año anterior-. Finalmente, ha reconocido el deber de las autoridades de suministrar la identidad del agente encubierto para que esta persona sea sometida al contradictorio en la fase plenaria, aún cuando ha admitido que si la policía no lo identifica, la declaración de los oficiales que acompañaron al agente encubierto y vigilaron las compras es suficiente para acreditarlas: "Desde luego, para tener por cierto que una persona vendió drogas a un agente encubierto enviado por la policía, es necesario que esta 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 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 aún 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 presenciar el momento preciso en que se realizó la negociación, por lo que son testigos directos del hecho y no de referencia" -sentencia 398-97 ya citada-. En el caso concreto, las compras se encuentran, en varias ocasiones respaldadas por actas, pero su ausencia en otros casos, como los del imputado D.V., no comprometen lo resuelto, pues encuentra respaldo en el propio dicho de los agentes encubiertos que es valorado correctamente y además es corroborado con la restante prueba, proveniente de diversas fuentes -recuérdese que además de los agentes encubiertos y antes de que el operativo policial se unificara, ya la Comandancia de Alajuela reportaba y había realizado fijos, filmaciones y vigilancias, identificando al acusado y a su hermano como vendedores de drogas-. Así las cosas, el motivo debe desestimarse."

#### **FUENTES CITADAS**

- 1 ESQUIVEL VARAS, Juan Pablo. El agente encubierto y el agente provocador de narcotráfico en el derecho penal. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. U.C.R. pp 74-76.
- 2 Asamblea Legislativa. Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado y Actividades Conexas. Ley : 7786 del 30/04/1998 Fecha de vigencia desde: 15/05/1998
- 3 Poder Ejecutivo. Decreto Ejecutivo: 31369 del 09/09/2003 Crea el Frente Gubernamental contra la Pedofilia. Fecha de vigencia desde: 25/09/2003
- 4 Consejo Superior del Poder Judicial. Circular: 55 del 05/04/2006 Sobre los allanamientos de morada. Fecha de vigencia desde: 24/04/2006
- 5 Sala Tercera de la Corte Sentencia: 00583 Expediente: 97-000719-0006-PE Fecha: 19/06/1998 Hora: 8:52:00 AM
- 6 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 0531-99. San José, a las nueve horas treinta y cinco minutos del siete de mayo de mil novecientos noventa y nueve.
- 7 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 000634-98. San José, a las nueve horas con cinco minutos del dos de julio de mil novecientos noventa y ocho.