



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

**EI AGENTE ENCUBIERTO: ¿PELIGRO O BENEFICIO EN ESTADOS
DEMOCRATICOS?**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor : Felipe Sologuren Insua
Profesora Guía: Myrna Villegas Díaz

Santiago- Chile
2008

“...A través del llamado agente encubierto, el Estado se asociaba con el delito, perdonándose a si mismo, pero no a sus socios...”

(Dr. Sancinetti)

Introducción	6
Capítulo 1: Antecedentes históricos del Agente Encubierto.	
1.1 Antecedentes generales	8
1.1.1 Agente provocador. Ámbito continental	10
1.1.1.1 Responsabilidad del agente provocador	10
1.1.1.2 Responsabilidad penal del sujeto provocado	12
1.1.1.3 Prueba obtenida por agente provocador	13
1.1.1.4 Agente provocador y delito imposible	13
1.1.1.5 Agente provocador y tentativa	14
1.1.2 Agente provocador y entrapment. Ámbito anglosajón	16
1.1.2.1 Test del entrapment	20
1.2 Agente encubierto en Chile	21
Capítulo 2: Concepto del Agente Encubierto.	
2.1 Conceptos doctrinales	28
2.1.1 Conceptos doctrinales chilenos	28
2.1.2 Conceptos doctrinales argentinos	28
2.2 Conceptos legales	31
2.2.1 Ley 20.000	31
2.2.1.1 ¿Quiénes pueden ser agentes?	32
2.2.1.2 Ámbito de actuación	32
2.2.2 Ley 19.974	32
2.3 Conceptos jurisprudenciales	34
2.4. Conceptos en derecho comparado	34
2.4.1 Argentina	34
2.4.2 Alemania	35
Capítulo 3: Agente Encubierto. Contradicción con principios de un Estado de Derecho democrático.	
3.1 Derecho penal	38
3.1.1 Moderno derecho penal	38
3.1.1.1 Contrato social	42

3.1.1.2	Función estabilizadora	42
3.1.1.3	Características de este moderno derecho penal	43
3.1.1.4	La Expansión del derecho penal	46
3.1.2	Derecho penal del enemigo	47
3.1.2.1	Origen	47
3.1.2.1.1	Derecho penal simbólico	47
3.1.2.1.2	Punitivismo	48
3.1.2.2	Características	48
3.1.2.3	Criticas	54
3.1.2.3.1	En primer lugar, no reconoce el carácter de personas a sus destinatarios	54
3.1.2.3.2	En segundo lugar, es un Derecho que tiene de este solo su nombre, es pura coacción	54
3.1.2.3.3	Es un derecho penal de autor	55
3.2	Estado de Derecho	56
3.2.1	Principios de un Estado de Derecho	57
3.2.1.1	Principio de legalidad	57
3.2.1.2	Principio de retribución penal	58
3.2.1.3	Principio de proporcionalidad	59
3.2.1.4	Principio de necesidad y lesividad	60
3.2.1.5	Principio de materialidad de la acción	61
3.2.1.6	Principio de culpabilidad	61
3.2.1.7	Principio jurisdiccionalidad	61
3.2.1.8	Principio acusatorio	62
3.2.1.9	Principio de carga acusatoria de la prueba	62
3.2.1.10	Principio de derecho a defensa	63
3.3	Agente encubierto, derecho penal del enemigo y estado de derecho	64
Capítulo 4: El Agente Encubierto en la legislación.		
4.1	En Chile	67
4.1.1	Ley 20.000	67
4.1.2	Ley 19.974	72

4.2 Derecho comparado	74
4.2.1 Argentina	75
4.2.1.1 Requisitos de procedencia	75
4.2.1.2 ¿Quiénes pueden ser agentes encubiertos?	75
4.2.1.3 Ámbitos de actuación	76
4.2.1.4 Punibilidad del agente encubierto	76
4.2.2 Alemania	77
4.2.2.1 ¿Quiénes son agentes encubiertos?	77
4.2.2.2 Identidad ficticia	77
4.2.2.3 Ámbito de actuación	78
Capítulo 5: El agente Encubierto. Problemas Dogmáticos.	
5.1 Doble Engaño. Limite para el engaño	80
5.2 Conversaciones similares a un interrogatorio. Valor probatorio	80
5.2.1 Otros derechos afectados	87
5.3 Causal de justificación	88
5.4 Delito provocado	91
Conclusiones	93
Bibliografía	99

Introducción

La sociedad en que vivimos se caracteriza por una multiplicidad de interrelaciones entre quienes forman parte de ella, es una sociedad que se ha ido complejizando en todo ámbito, donde las relaciones personales, comerciales, entre otras, no se limitan a fronteras nacionales.

La complejización que ha sufrido la sociedad se traduce en formas más abstractas de comunicación, así como de modos de producción, ha tocado también el derecho penal, por cuanto han surgido nuevos ámbitos de regulación como en materia de delitos informáticos.

A su vez, esta sociedad compleja, interrelacionada, también conoce de fenómenos propios de un mundo globalizado como el narcotráfico, terrorismo, la llamada criminalidad organizada.

La tendencia actual es enfrentar estos fenómenos a través de una legislación rápida y decidida, para que provea más instrumentos para enfrentar de manera frontal estos problemas. Todo ello acompañado de una creciente sensación de inseguridad promovida por los medios de comunicación.

En respuesta a ello, surgen legislaciones que regulan estos tópicos, que se caracterizan por el adelantamiento de la punibilidad (se sancionan los actos preparatorios), y la elevación de las penas, entre otras. Características que se condicen con el Derecho Penal del Enemigo.

Dentro del esquema de estas regulaciones aparece el agente encubierto, como instrumento del Estado en orden a dotar de mayor eficacia a la actividad punitiva del Estado, para poder eliminar a estos problemas de raíz.

Si bien el Estado quiere erradicar estos problemas, surge el debate en torno al medio que ocupa para ello ¿será legítimo cualquier medio para lograr los fines que se propone el Estado?

En virtud de lo anterior, es que el presente trabajo tiene por objeto cuestionarse la legitimidad de la figura específica del agente encubierto, como instrumento eficaz en la consecución de los fines del Estado, pero que debe en su actuar respetar los límites propios de un Estado de Derecho, así como los derechos y garantías de las personas.

Para lograr este cometido, los objetivos que nos hemos propuesto son: analizar los antecedentes históricos de esta institución, tratar de conceptualizarla, tanto a nivel legal, jurisprudencial y doctrinario en el ámbito nacional y comparado, para así ver la necesidad de posibles modificaciones a su actual regulación.

Demostrar en que medida la institución en estudio se relaciona con el Derecho Penal del Enemigo, regulación que explicaremos e indicaremos las críticas que se han esbozado a su respecto, y en definitiva si es adecuada o no esa relación.

Así como visualizar que problemas se pueden presentar en su actuación en relación con los principios de un Estado de Derecho y en relación a determinadas garantías y derechos que pueden verse afectados o conculcados, para que se tengan en cuenta en su regulación, como en su puesta en práctica por las autoridades llamadas a hacerlo, tales como fiscales, jueces y autoridades policiales.

Capítulo 1: Antecedentes históricos del agente encubierto.

Plan de trabajo:

El presente capítulo tratará en primer lugar (i) un análisis general del origen del agente encubierto, (ii) luego se pasará a estudiar el concepto de agente provocador que se relaciona con el origen de la figura del agente encubierto, así como se analizará en el ámbito anglosajón la figura del “entrapment” que también se vincula con las figuras de agente provocador y agente encubierto. Por último, (iii) este capítulo finalizará con el origen de la figura del agente encubierto en Chile, a través del estudio de la historia de la ley de las normas o instituciones que contemplan esta figura, dentro de determinadas figuras penales en nuestro ordenamiento jurídico.

1.1 Antecedentes generales.

El origen del agente encubierto es discutido. Para algunos autores, alusiones a esta figura se contendrían en los relatos bíblicos, particularmente en el Génesis (III, 1-7). Para otros, el origen de esta figura estaría en la antigüedad griega, en las fábulas de Esopo (Esopo, III, fábula V, Aesopus et petulans). Sin embargo, muchos autores coinciden en que el origen del agente encubierto está en la expresión francesa “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. En esta época, los agentes de policía francesa inducían a otros a cometer delitos políticos con el objetivo de eliminar a individuos que eran vistos como peligrosos por el Gobierno. Fue conocida la provocación con fines políticos en la época del Cardenal Richelieu, y sobre todo en tiempos de Luis XIV, con la organización policial a las ordenes 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 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.¹

Los espiones de la policía se denominaban *mouches* o *mouchards*, se dividían en: i) aquellos que trabajaban clandestinamente para los inspectores (*observateur*) y ii) aquellos que operaban abiertamente, sujetos que habían estado detenidos, y que obtenían su libertad a cambio de colaboración (*mouches*). Las fuerzas del orden revolucionario, utilizaron agentes provocadores para descubrir los complots en las prisiones, los cuales se denominaban *moutons de prisons*.

Según Mario Daniel Montoya, el agente provocador fue una presencia constante en la historia política de Francia, durante l'ancien Régime, en la fase revolucionaria y posrevolucionaria.²

Esta figura ha aparecido además en los períodos de la Rusia Zarista, y también existen antecedentes en España en el período de la Inquisición, así como en los países Bajos para hacer efectiva la aplicación de la Ley de Alcoholes³. La figura del agente provocador fue olvidada por la jurisprudencia y doctrina francesa hasta la Segunda Guerra mundial, época en la que resurgió. Luego se desarrollaría en Alemania en la segunda mitad del Siglo XIX al decir de Mario Montoya.

En principio, la figura del agente provocador fue ocupada como una forma de de control, fundamentalmente de intereses políticos.⁴

Para Ángel Rendo, el antecedente histórico más importante del agente encubierto es el agente provocador, que se define como el agente que induce a otro a cometer un delito, contribuye a su ejecución con actos de coautoría, pero lo hace sin intención de lesionar o poner en peligro el bien jurídico afectado, con el objeto de lograr que el provocado pueda ser sancionado por su conducta⁵. Se diferencia del agente encubierto (que se trata en el siguiente capítulo) en que éste

¹ DELL' ANDRO, Renato: "Agente Provocatore". Enciclopedia del Diritto, p 864. Citado en MONTOYA, Mario Daniel. *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis procesal y constitucional*. Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, p. 36.

² MONTOYA, Mario Daniel. *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis procesal y constitucional*. Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, p. 36.

³ CATALAN, Marco; VARGAS, Alejandro. *El agente encubierto en la ley 19.366. Seminario Ley de Drogas*. Memoria de título. Universidad de Chile, Chile, 2000, p.3.

⁴ CATALAN, Marco; VARGAS, Alejandro. ob. cit., p.3

⁵ RENDO, Angel Daniel. "Agente encubierto" en <http://www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm>

es utilizado como parte de una técnica especial para combatir delitos de tracto sucesivo sin víctimas.^{6 7}

1.1.1 Agente provocador. Ámbito continental.

A continuación se expondrá sobre la institución del agente provocador, en el entendido de que esta institución es uno de los antecedentes más importantes de la figura del agente encubierto y por ello nos puede dar luz acerca de esta institución.

1.1.1.1 Responsabilidad del agente provocador

Siguiendo a Mario Montoya, se ha tratado de justificar la conducta del agente provocador a través de:

- 1) el consentimiento prestado, este tiene lugar cuando el agente provocador induce la lesión de un bien jurídico individual y disponible para su titular, o sea, el titular dispone del bien prestando su consentimiento para que sufra el daño. Sin embargo se critica esta solución ya que el ámbito en que generalmente se va desempeñar un agente provocador es aquel destinado a la persecución de delitos que protegen bienes jurídicos colectivos.
- 2) el cumplimiento de un deber, sobre este punto se han producido discusiones, algunos autores sostienen que el agente que lleve a cabo la conducta descrita en el tipo se encuentra justificado por cuanto faltaría en él la voluntad consciente de cometer un delito⁸; mientras otros autores opinan que la conducta esta justificada como cumplimiento de un deber o una orden. La jurisprudencia Francesa sobre la punibilidad del agente provocador ha dicho: a) no es punible y justificado por cumplimiento de un deber u orden, b) no es punible por falta de voluntad y culpabilidad de participar en la producción de un ilícito, y c) es punible por haber participado

⁶ MONTOYA, Mario Daniel, ob. cit, p.38.

⁷ Los delitos de tracto sucesivo, son aquellos compuestos de una multitud de hechos singulares que se ejecutan por la red de traficantes que obran por cuenta de una asociación criminal, donde tanto los ejecutores son intercambiables por los “hombres que están detrás”, así como las operaciones habituales de tráfico y en su conjunto penalmente relevantes. Ver POLITTOF, Sergio “el agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la ley 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas” en Gaceta jurídica, N° 203, año 1997, Mayo, p. 18.

⁸ MONTOYA, Mario Daniel, ob. cit., p. 41.

en el delito provocado, salvo que el ilícito no pudiera ser consumado de ningún modo.

- 3) La orden de la autoridad pública, como por ejemplo lo permite el Código Penal Italiano, en la hipótesis de que el subordinado sigue la orden en la errónea suposición de que es legítima. (Este es un caso particular de error).
- 4) Estado de necesidad, para los autores alemanes no puede justificarse la conducta del agente provocador en el estado de necesidad, ya que ello supondría una ampliación de la facultad de la intervención estatal en los derechos individuales.
- 5) Legítima defensa, si puede justificar la conducta del agente provocador, ya que al ingresar a una determinada organización necesita realizar acciones penalmente típicas para salvaguardar su integridad física o su vida.⁹

En el caso del agente provocador, se dice que este debe ser objeto de una excusa absolutoria, pero la impunidad que implica su concurrencia no está basada en la ausencia de un injusto culpable, sino que en consideraciones político-criminales, ya que en tales casos no es conveniente imponer la pena.

Se ha discutido si la actuación del sujeto provocado no se encuentra justificada por haber sido objeto de una coacción moral. Hay coacción moral cuando el sujeto provocado ha cometido la infracción bajo la presión de un sentimiento de miedo, temor o esclavitud. Para algunos autores la coerción moral es inconcebible desde el punto de vista jurídico, ya que la persona que se encuentra en esta situación tiene la posibilidad de optar entre cometer un infracción o soportar el peligro que ella teme, no es una imposibilidad absoluta, y

⁹ MONTROYA, Mario Daniel, ob. cit., pp. 38-42.

además no es forzada a delinquir de la misma forma que en caso de una coerción física.¹⁰

1.1.1.2 Responsabilidad penal del sujeto provocado

Con respecto a la responsabilidad penal del sujeto provocado, se ha sostenido que la provocación a cometer un delito por agentes de la autoridad no suprime la responsabilidad penal del sujeto provocado que ha cometido la infracción, ya que hay una voluntad delictuosa que es cierta y además no se ha ejercido una presión tal que aniquile su libertad de decisión. Sin perjuicio de ello la provocación de los agentes puede constituir una circunstancia atenuante a favor del acusado.¹¹

La doctrina alemana ha intentado restringir la punición del provocado. Para ello, ha argumentado que la provocación a un hecho delictivo a través de agentes del Estado es contrario a los principios de un Estado de Derecho y también contrario a la dignidad humana, ya que el inducido al cometer el delito se transforma en un mero objeto de la acción estatal con el fin de obtener pruebas, que luego sirven para condenarlo. También han argumentado que debería quedar impune la actuación del sujeto provocado, ya que esta actuación está siendo siempre controlada por la autoridad policial, por tanto, es escaso el peligro que surge de la conducta del provocado¹². Y por último, se ha señalado que la utilización del agente provocador vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad.¹³

Sin embargo, la jurisprudencia alemana, incluso la del Tribunal Constitucional alemán¹⁴, han declarado legal la utilización de agente provocador, ya que es fundamental para enfrentar a la criminalidad organizada, señalando

¹⁰ MERLE, Roger; VITU, André. *La contrainte Morale. Traité Droit Criminel*, P. 464 citado por MONTOYA, Mario Daniel, ob. cit., p. 45.

¹¹ MONTOYA, Mario Daniel, ob. cit., p.46.

¹² FRANZHEIM, Horst. *Der Einsatz von Agents provocateurs zum Ermittlung von Straftatern*. NJW, 1979, p. 2014 citado por MONTOYA, Mario Daniel, ob. cit., p.48.

¹³ MUÑOZ SANCHEZ, Juan. *El Agente Provocador*, p.137 citado por MONTOYA, Mario Daniel, ob. cit., p.49.

¹⁴ BvefG NSTZ 1987, 276.

criterios para su admisibilidad, tales como: a) sospecha y fundamento contra el provocado; b) forma, intensidad, finalidad e influencia del provocador; c) disposición del hecho y actividades propias del provocador.

Por su parte la doctrina francesa señala que la utilización del agente provocador es una modalidad inmoral y deshonrosa de la función policial, y es partidaria de la punibilidad del agente provocador. Mientras que la jurisprudencia francesa considera que es un medio para aclarar un delito, que se caracteriza por la detención del sospechoso cuando lleva a cabo la conducta delictual, y esta al mismo nivel que la interceptación telefónica.¹⁵

1.1.1.3 Prueba obtenida por el agente provocador

En relación con la prueba obtenida por el agente provocador se ha dicho que la solución a ello es su prohibición en el proceso, considerándose que el uso por parte del Estado de agentes provocadores no es acorde con los principios de un Estado de Derecho. La ilegitimidad constitucional de la provocación policial hace que el hecho provocado se excluya como materia de prueba, por constituir un medio probatorio prohibido. En el caso de la Ordenanza Procesal alemana el engaño es un método interrogatorio prohibido.¹⁶

1.1.1.4 Agente provocador y delito imposible

Otro problema que ha planteado esta figura, es su relación con el delito imposible. Para evaluar la idoneidad de los actos, el juez debe transportarse idealmente al momento en que la conducta ha sido comenzada, teniendo en cuenta las circunstancias conocidas por el hombre normal, el control e intervención de la policía no se encuentra entre las circunstancias normales conocidas por el hombre normal, o sino, se inhibiría de la actividad criminal. Entonces cuando los actos realizados son de por sí, normalmente, capaces de producir un hecho prohibido la tentativa es idónea y punible.¹⁷

¹⁵ MONTOYA, Mario Daniel, ob. cit., pp.48-49

¹⁶ MONTOYA, Mario Daniel, ob. cit., p.50.

¹⁷ La tentativa idónea, es aquella que se ejecuta con medios idóneos para alcanzar el resultado típico y contra un objeto material susceptible de ser lesionado por el ataque. Mientras que la tentativa inidónea o delito imposible, es aquella que se ejecuta con medios inidóneos para alcanzar el resultado típico o contra un objeto inexistente. Hay discusión en torno a si

Ahora, en España la jurisprudencia¹⁸ ha sostenido que en el delito provocado, tanto el provocador como el provocado quedan impunes. Se caracteriza la figura del delito provocado por ser una creación artificiosa, en la cual falta la voluntariedad de acción. También señala que la actuación del agente provocador lleva a una tentativa absolutamente imposible o a una tentativa irreal, ya que el riesgo para el bien jurídico es nulo debido a las medidas de precaución tomadas por el provocador, o, porque la trama del suceso es engañosa y carece de realidad.

1.1.1.5 Agente provocador y tentativa

Respecto al problema de la tentativa y su vinculación con la figura del agente provocador, se puede señalar que el elemento constante en la conducta del agente provocador es la ausencia de lesión material del bien jurídico afectado, o sea, no se llega a lesionar el bien jurídico atacado o puesto en peligro mediante una acción punible.

Quien es inducido por el agente, debe llegar sólo hasta la tentativa del delito provocado, ya que el provocador empleará los medios para evitar que se consuma el ilícito. Lo que caracteriza al agente provocador es que su voluntad no está dirigida a la consumación del hecho principal, sino que está dirigida a determinar en el autor (provocado) una tentativa, es decir, el agente provocador actúa con voluntad de desvalor de la acción, mas no con voluntad de desvalor de resultado.

Son elementos del agente provocador no sólo la voluntad de tentativa, sino que además que el provocado resulte convicto en sus actos durante la ejecución del delito.¹⁹

Con respecto a este tópico se han esbozado tres soluciones:

- 1) Si el agente provocador sólo consigue que se lleve a cabo una tentativa, no será punible.

la tentativa inidónea es punible. Ver CURY URZUA, Enrique en *Derecho penal. Parte general*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 576.

¹⁸ El Tribunal Supremo de España ha sostenido invariablemente esta tesis desde el 22 de junio de 1950.

¹⁹ MONTOYA, Mario Daniel, ob. cit., p. 59.

Esto se fundamenta en que el agente provocador no daría entrada en su voluntad a la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción, desvalor de resultado, sino que sólo al desvalor de la acción.²⁰A su vez la doctrina alemana y parte de la italiana, sostienen que cuando el agente provocador quiere del provocado una mera tentativa, no es responsable por que no desea la consumación del delito.²¹

2) Si no alcanza a evitar que se lleve a cabo la conducta del provocado, será punible, pero responderá a título de culpa por el delito que se haya consumado, siempre que el hecho admita forma culposa.

Esto se basa en que el agente provocado lleva a cabo la acción idónea hacia la consumación del delito, mientras que el agente provocador solo desea que el provocado lleve a cabo el delito tentado no en forma inocua sino que se logre calificar como tentativa punible.

Puede darse el caso de que el provocado consuma el hecho, no obstante la vigilancia del provocador, en esta situación será culpable de un delito consumado y el provocador responderá por negligencia.

3) Si el agente provocador quiere la consumación del delito, será punible, y responderá como el provocado por haber participado en la producción del ilícito.

Se ha expresado que el instigador no quiere el delito sino inducir al hecho a fin de probar la conducta del inducido, por lo que trata de evitar que se produzca el evento, faltando de esta forma el dolo propio de la instigación, por ello no es punible el agente provocador. Si el evento tiene lugar no obstante la actividad llevada a cabo por el provocador, este deberá responder sólo a título de culpa. Pero, si en su lugar quiere la consumación del delito, aunque sólo para hacer castigar al provocado, será punible.²²

²⁰ RUIZ ANTON, Luis Felipe. *El Agente Provocador en el Derecho Penal*, p.40 citado por MONTOYA, Mario Daniel, ob. cit., p. 60.

²¹ CALIFANO, Enrico. *L'Agente Provocatore*, p.62 citado por MONTOYA, Mario Daniel, ob. cit., p. 60.

²² MONTOYA, Mario Daniel, ob. cit., p. 60.

1.1.2 Agente provocador y entrapment. Ambito anglosajón.

En la figura del “entrapment”, un elemento central consiste en que el provocado esté de antemano (a la intervención encubierta) decidido a cometer un delito, ya que la jurisprudencia de los Estados Unidos permite la intervención de la policía con el objeto de brindar la ocasión para delinquir, pero si resulta que el sujeto no estaba decidido con anterioridad a cometer el delito, se va excluir la responsabilidad del provocado al haber actuado bajo la presión de los agente policiales.

Según Ruiz Antón, el agente provocador se relaciona de manera indirecta con la figura del entrapment, ya que esta última a diferencia del agente provocador, más que tratar de determinar la responsabilidad del inducido al cometer un ilícito, lo que trata de hacer es precisar en que circunstancias el provocado debe quedar exento de pena, al haber actuado bajo presión de funcionarios policiales.²³

Las técnicas encubiertas en el ámbito anglosajón, y en particular en Inglaterra tienen un origen dificultoso, identificándose con la denominación *watchman*. Estos individuos fueron utilizados como agentes encubiertos desde 1869 por el Chief Contable de Warwckshire, para solucionar el problema de la vagancia, que afectaba esa zona durante esa época.

En los Estados Unidos, este tipo de técnicas era conocido desde 1791, y desde esa fecha en adelante se ha expandido, debido a cambios producidos en las leyes penales²⁴, como también a la naturaleza y patrones de ciertas formas de conducta criminal que requieren el uso de agentes para hacer efectivo el cumplimiento de la ley, siendo utilizados en casos de prostitución, juegos clandestinos, narcotráfico, entre otros. También otro factor que influyó en la extensión de esta figura, fue el fenómeno de la urbanización, ya que para operar eficazmente el agente secreto debe ser desconocido por la comunidad. Ello no ocurría en una sociedad rural, como la fue la norteamericana hasta 1791.

²³ RUIZ ANTON, Luis Felipe, ob. cit., citado por MONTOYA, Mario Daniel, ob. cit., p. 37.

²⁴ MONTOYA, Mario Daniel, ob. cit., p. 78.

En los Estados Unidos, el origen de los agentes encubiertos se relaciona con la Agencia Pinkerton que se infiltraba en las bandas en el oeste norteamericano. Con posterioridad a la guerra civil, se utilizarían por la Oficina Postal y el Departamento del Tesoro para luchar contra robos de correos y falsificaciones. En 1930 empezarían a ser ocupados por el F.B.I.²⁵

El uso de agentes encubiertos en Estados Unidos podría chocar con algunas enmiendas constitucionales:

1) En el caso de La Primera Enmienda,²⁶ que protege la Libertad de expresión, aquí la infiltración de un agente encubierto debe ser restringida y el Estado debe probar que existen causas probables de que los miembros del grupo al cual se quiere infiltrar están comprometidos con determinadas conductas criminales, ya que se debe balancear la necesidad de utilizar agentes estatales con el derecho a expresarse y asociarse libremente, que se vería afectado por la actividad encubierta.

2) La Cuarta Enmienda, protege el derecho de privacidad y garantiza el derecho de toda persona a estar segura contra búsquedas y secuestros irrazonables. Por lo tanto, esta norma constitucional prohíbe actividades de agente encubierto que transgredan las expectativas razonables de privacidad de una persona.

Ha habido fallos de la Corte Suprema tales como “Hoffa v. United States” y “Lewis v. United States” que apoyan la idea de que ninguna de las prácticas encubiertas violan la cuarta Enmienda. La Corte Suprema ha aprobado el uso de agentes encubiertos señalando que:

i) Un agente puede ser empleado para vigilar a una persona no obstante no haya causa probable ni una sospecha razonable de que ha cometido un crimen, o se encuentra comprometido en actividades criminales.

²⁵ MONTROYA, Mario Daniel, ob. cit., p.77-79.

²⁶ Enmienda I de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”.

ii) El agente puede ser amigo personal, socio o extraño con respecto al sujeto investigado.

iii) El agente puede llevar a cabo actividades encubiertas sin ningún límite de tiempo o espacio.

3) La Quinta Enmienda, protege el derecho al debido proceso. Con respecto a este punto se ha sostenido que para encontrar una violación al debido proceso, los métodos empleados por el Estado deben haber sido suficientemente aterradores para transgredir los estándares de una sociedad civilizada. Se postula que se deben tomar en consideración la totalidad de los hechos disponibles para poder determinar si se ha denegado el derecho al debido proceso.

4) Por último, la Sexta enmienda, se refiere al derecho a un asesoramiento legal, el que comprende contar con un abogado defensor durante el proceso. En este caso se puede menoscabar este derecho si se utilizara técnicas encubiertas para obtener información de la defensa. En el fallo “Caldwell v. United States”, de 1953, se ordenó anular un proceso, ya que el investigador de la defensa trabajaba en forma encubierta para la fiscalía, por lo que esta última obtuvo información que reducía las posibilidades de defensa de la contraparte. En este caso, se falló que se violaba la Sexta Enmienda, al usarse información obtenida a través de una técnica encubierta.

Se han planteado reglas para el uso de investigadores encubiertos:

a) El investigador encubierto no puede participar en la preparación de la defensa en un proceso, ni obtener información con respecto a ella.

b) Esta prohibido a un agente encubierto infundirle al acusado desconfianza en su abogado.

c) La función de un agente encubierto debe finalizar antes del juicio del imputado, salvo que se deba continuar con la investigación de delitos no conectados con el enjuiciado.²⁷

²⁷ MONTOYA, Mario Daniel, ob. cit., p. 80-90.

En virtud de lo anteriormente señalado podemos decir que el “entrapment”, consiste en un razonamiento de defensa (defensa del entranpamiento), que se invoca en un proceso judicial frente a un agente provocador, cuando este último indujo a una persona a cometer un crimen, el cual ordinariamente no habría cometido o no estaba dispuesto a cometer, y por tanto el acusado del crimen tiene derecho a que sea absuelto. En todo caso, no puede ser invocada cuando quien induce a la comisión de un delito, es un ciudadano que actúa privadamente y no en calidad de agente de Estado.

En Inglaterra las cortes de ese país no aceptaron esta doctrina, aun habiendo casos de inducción a cometer delitos por parte de agentes de gobierno como el caso “Regina v. Tuley” de 1880. Mientras que en Estados Unidos la doctrina del “*entrapment*” tiene tímidas apariciones de manera conceptual a fines del siglo XIX, recién en el año 1915 con el caso “Woo Wai v. United States”, que trataba sobre la ilegítima importación de mujeres chinas a los Estados Unidos, un acusado que había cometido un crimen quedaría absuelto por la aplicación de la doctrina del “entrapment”. Luego, esta doctrina ha ido lentamente adquiriendo aceptación, en el país del Norte.²⁸

Lo que caracteriza al agente provocador, como ya habíamos señalado, es que, induce a otro a la realización de una tentativa, no a la consumación del delito. Por lo tanto, el delito provocado se caracteriza por:

- a) Realización de una conducta provocadora.
- b) Cuya finalidad es hacer responsable penalmente al sujeto provocado.
- c) Se caracteriza por que el agente provocador toma todas las medidas para evitar que se produzca el daño al bien jurídico que se quiere proteger.

En ese sentido, la jurisprudencia norteamericana sólo considera lícita la intervención de un agente provocador, induciendo a cometer un ilícito penal,

²⁸ MONTOYA, Mario Daniel, ob. cit., p. 91-93.

cuando existe constancia de que el individuo provocado estaba de antemano dispuesto a cometer el delito.²⁹

1.1.2.1 Test del entrapment

Las cortes norteamericanas han desarrollado determinados “*test de entrapment*”, que se centran (i) en el actuar policial, o (ii) en la conducta del acusado, cuando los funcionarios policiales instigan a cometer un crimen, para determinar cuando procede aceptar la doctrina del “entrapment”.

En primer lugar, nos encontramos con el *test objetivo*, este test se centra en la conducta policial e investiga si al actuar policial induciría a cometer un crimen a una persona que normalmente evitaría cometerlo, cediendo a la tentación de perpetrarlo. Esta teoría se fundamenta en el rechazo de los métodos utilizados por el Estado para reunir pruebas contra el acusado. Este test se recogió en los fallos “Sorrels versus United States”, así como en “Sherman versus United States.”

En segundo lugar, podemos señalar el *test subjetivo*. Este test se centra en la conducta del acusado, señala que al provocado se le ha tendido una trampa, esto es, cuando el agente policial influye en su mente inocente la disposición a cometer un crimen, la conducta del individuo provocado no depende de su libre voluntad, quien es realmente inocente y por tanto no puede ser condenado. Sin perjuicio de que si el acusado estaba predispuesto a cometer el delito la actividad provocadora es aceptada y por lo tanto se debe rechazar la invocación de la doctrina del entrapment.³⁰

El “entrapment”, tiene como finalidad exculpar aquellos individuos que son inducidos a un camino equivocado por el impulso de otros, produce el efecto de impedir la total persecución del acusado, de absolver al acusado. Esto se diferencia del tratamiento que se le da al agente provocador en el ámbito continental, que a lo más al ser la actuación de éste ilegítima constitucionalmente, se excluiría como materia de prueba lo obtenido por el agente provocador en su actuación.

²⁹ MONTROYA, Mario Daniel, ob. cit., p.112-113.

³⁰ MONTROYA, Mario Daniel, ob. cit., p. 93-94.

En cuanto al elemento de la “predisposición”, que es central en la aplicación del “entrapment”, se define como la inclinación del acusado a inmiscuirse en prácticas ilegales. Para analizar este concepto Mario Montoya³¹ dice que hay que tener en cuenta diversas circunstancias, que son:

- Antecedentes penales, generalmente es utilizada para rechazar la defensa de entranpamiento (entrapment).
- Antecedentes anteriores no penales, en relación a esto se ha resuelto por tribunales norteamericanos, que una inclinación a un acto no del todo criminal, es de poco valor probatorio para acreditar una predisposición.
- Ilícitos posteriores, se puede acreditar la predisposición si el acusado ha participado en hechos similares al delito por el cual se le acusa.
- Falta de rechazo, esto es, la falta de rechazo de participar en el crimen.
- Reputación, también puede introducirse para probar la predisposición para cometer un crimen y con ello rechazarse la defensa del entrapment.

Por último, se ha intentado definir lo que sería un “entrapment ilegal”, configurándose cuando un agente del estado con el objetivo de reunir prueba para una persecución penal, induce a una persona a comprometerse en actividades criminales mediante el uso de métodos irrazonables, o ejecutados de mala fé, que dañen sustancialmente a individuos o a la sociedad, o que induzcan a una persona dispuesta a comprometerse en una actividad delictual.

Entonces, en al ámbito anglosajón, la actuación del agente provocador va a estar limitada por la doctrina del “entrapment”, constituyendo esta un razonamiento de defensa frente a la actividad del agente estatal.

1.2 El agente encubierto en Chile.

En nuestra legislación la figura del agente encubierto es muy reciente y constituye una novedad para nuestro ordenamiento jurídico, recién se comenzó a

³¹ MONTROYA, Mario Daniel, ob. cit., p. 117-125.

discutir su inclusión en el año 1992, a propósito del proyecto de ley “que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y sustituye la ley 18.403” que es lo que se conoce como ley 19.366.

Al estudiar la historia de la ley 19.366, ya en la Cámara de diputados, mejor dicho en el “Informe de la Comisión Especial del Problema de la Droga en Chile, recaído en este proyecto de ley”, se señala que a juicio de esta Comisión Especial se hace necesario introducir modificaciones a la legislación vigente a fin de hacerla más eficaz en el combate del narcotráfico, dentro de estas modificaciones, entre otras la Comisión Especial señala:

-Incorporar a la actual legislación dos aspectos o *medidas de utilidad* (el énfasis es nuestro), como son el “agente encubierto” y el “informante”, regulando su participación con normas legales y administrativas que precisen su desempeño y debido control.³²

A su vez en el Informe precedentemente citado destaca como una idea matriz o fundamental “el dotar al ordenamiento jurídico de instrumentos que permitan enfrentar con mayor eficacia los problemas derivados del tráfico ilícito y del consumo de drogas estupefacientes, perfeccionando las disposiciones actualmente vigentes”³³

Con lo expuesto más arriba vemos como el legislador considera la figura del agente encubierto como una medida de utilidad y a la vez eficaz en la lucha en este específico caso contra el narcotráfico, a la vez que considera que estas medidas van a perfeccionar el sistema jurídico vigente.

En la Comisión Especial el artículo 34 que faculta la utilización del agente encubierto fue aprobado por unanimidad.³⁴

Por su parte el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia sobre el proyecto de ley comentado, recomienda hacer dos enmiendas al artículo 34 del proyecto de ley, una de ellas es “En lo que respecta al agente encubierto, sugiere reemplazar la forma verbal “*abandona*” por “*oculta*”³⁵, ya que el

³² HISTORIA DE LA LEY 19.366 (D. OFICIAL 23 de Septiembre 1994) ESTUPEFACIENTES. Santiago, Chile, 1994, Vol. I, p.39

³³ Idem, p. 42

³⁴ Idem, p. 54

³⁵ Idem p. 92

artículo original rezaba “Se entiende por agente encubierto el funcionario policial que, debidamente autorizado por sus superiores abandona su identidad oficial y se involucra”³⁶ (inciso 2º artículo 34).

En el primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados el Diputado Le Blanc en su intervención señala “destacamos la incorporación en la legislación de las figuras del agente encubierto de los servicios policiales, del informante y de la delación compensada y la colaboración con la autoridad”³⁷, en la misma sesión el diputado Bosellin en su intervención al referirse a los agente encubiertos expresa que “desde hace muchos años, todas las policías del mundo utilizan a dicho agente”³⁸

Ya en la Cámara Alta, con el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se señala al referirse al artículo pertinente al agente encubierto (artículo 34) que “en cuanto a las figuras de agente encubierto y de informante, indicaron (refiriéndose a las proposiciones del ejecutivo) que corresponden a técnicas generalizada en todas las policías del mundo. La importancia de los agentes encubiertos radica en que son el mejor elemento de prueba del Estado contra el delincuente, por el grado de conocimiento que tiene acerca de la organización.”³⁹

En las sesiones del Senado, el senador Canturias en la sesión 18º del martes 14 de Diciembre de 1993 se refiere al proyecto de ley en comento, señalando que este proyecto recoge experiencias de derecho comparado como son el “agente encubierto” y que ellas “han arrojado resultado positivo en aquellos países en que las han aplicado, y que son necesarias en nuestro ordenamiento para dar una lucha frontal y resuelta con el flagelo del narcotráfico.”⁴⁰

³⁶ Idem, p. 71.

³⁷ Idem, p.120

³⁸ Idem, p.128

³⁹ HISTORIA DE LA LEY 19.366 (D. OFICIAL 23 de Septiembre 1994) ESTUPEFACIENTES. Santiago, Chile, 1994, Vol. II, p. 354.

⁴⁰ Idem, p.400.

A grosso modo, con respecto al breve análisis que hemos hecho de la ley 19.366, en lo tocante a la incorporación de la figura del agente encubierto, podemos señalar que mayor discusión no suscitó la incorporación de una figura como el agente encubierto, en el sentido de ver qué implicancias tiene en los derechos de las personas la introducción de estas especiales técnicas de investigación. Es más, el artículo original del proyecto de ley no sufrió modificaciones sustantivas, producto de la poca discusión que generó.

Concordante con lo anterior son las intervenciones de los legisladores que se han citado precedentemente, que reflejan la aceptación de estas técnicas sin mayor crítica, o más bien dicho, alaban estas técnicas.

El origen de la “agente encubierto” en materia penal es incorporado a nuestra legislación como ya dijimos por la ley 19.366 que sancionaba el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Sin embargo esto no se ha quedado estancado. Con la ley 20.000 ha salido de nuevo al tapete esta figura.

Al estudiar la historia de esta ley- que reemplaza la ley 19.366- ya en el Mensaje del Presidente de la República, con el que se inicia el proyecto de ley que sustituye la ley 19.366 se expresa que reiteradamente el Gobierno ha manifestado su decisión de emprender todas las reformas legislativas que sean necesarias para dotar al sistema judicial y los órganos policiales y de control, de los medios apropiados que les permitan cumplir con el deber de investigar y sancionar adecuadamente todas las conductas delictivas.⁴¹ En el mismo Mensaje se señala lo siguiente “Además de propender al perfeccionamiento de la ley y a su adecuación a la realidad nacional e internacional [...], el Gobierno busca robustecer las penas”⁴², enseguida expresa “Igualmente se contempla una ampliación del ámbito de aplicación de las técnicas de investigación y su mejor regulación”⁴³.

⁴¹ HISTORIA DE LA LEY, LEY 20.000(DIARIO OFICIAL 16 FEBRERO 2005),Santiago. Chile, 2005,Vol I, p.1

⁴² Idem, p.2

⁴³ Idem, p.2

Siguiendo en el Mensaje, en la parte que se refiere a las “medidas de cooperación y técnicas de investigación”, se indica que las técnicas investigativas son una *preocupación especial* de la Cámara de diputados, a la vez que señala que “Además se concede una mayor amplitud para ejercerlas (normas sobre procedencia de técnicas investigativas), puesto que la nueva institucionalidad permite un mayor grado de protección a los derechos que tales técnicas pudieran afectar”, más adelante, “Asimismo, se entrega al reglamento de la ley la regulación de las técnicas investigativas con el propósito de establecer de un modo más preciso sus límites y características”.⁴⁴

De lo señalado en el párrafo anterior, es posible desde ya, notar una mayor preocupación por la eventual afectación de derechos que podría implicar el uso de técnicas encubiertas.

En concordancia con lo anterior el Informe de la Comisión Especial de Drogas, de la Cámara de Diputados, sugiere realizar una serie de modificaciones (en el artículo 28, original del proyecto de ley) en este punto específico del agente encubierto, entre la cuales destaca “1.Delimitar en la ley el tipo de actividades que pueden realizar para ganarse la confianza de los integrantes de una organización criminal”⁴⁵, también se sugeriría la creación de una historia ficticia en el Servicio de Registro Civil u otro organismo.

Ahora si nos vamos a la intervención de los legisladores, el diputado Delmastro, es del parecer que la legislación anterior a la ley 20.000 es imperfecta en cuanto a las técnicas de investigación y destaca (en sesión 56ª, en jueves 19 de Abril y en miércoles 2 de Mayo 2001) que las técnicas de investigación son trascendentes en el tema de la droga, así como que se perfeccionan en este proyecto lo relativo al agente encubierto.⁴⁶El diputado Elgueta, en su intervención, es de la idea que frente al narcotráfico no cabe invocar el principio de la intervención mínima del que hablan los juristas⁴⁷.Por su parte el diputado Palma tiene dudas acerca de cómo se esta enfocando el problema de la represión del

⁴⁴ Idem, p.8

⁴⁵ Idem, p.60-61

⁴⁶ Idem, p.195, 199.

⁴⁷ Idem, p. 225.

narcotráfico, pero no lo hace con respecto las técnicas investigativas, ya que considera que “esta bien lo que se hace en relación con el agente encubierto y con la posibilidad de perfeccionar los procedimientos policiales”⁴⁸

Sin embargo, también hay ciertas voces escépticas, es el caso del Diputado Bustos, quien en la sesiones (sesión 7ª, en Martes 16 de Octubre de 2001) de la Cámara Baja expresa “la mayoría de las disposiciones de esta iniciativa afectan gravemente el Estado de derecho...El ex presidente del Consejo de Defensa del Estado señor Luis Bates, en la parte medular de su artículo crítico, dijo: estamos en presencia de una huida al derecho penal, sin considerar los aspectos sociales, culturales y de salud que deben ser justamente, el fundamento de una política al respecto.⁴⁹ Además critica que el artículo relativo al agente encubierto (que en ese momento es el artículo 30 después de la discusión de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados) señala que quedara exento (el agente encubierto) de las penas que correspondieren a los autores, cómplices y encubridores por cualquier delito, sin hacer ninguna exclusión, por ejemplo excluir los delitos contra las personas⁵⁰.

De lo dicho acerca de la historia de la ley 20.000, es posible desprender que hay una mayor conciencia con respecto a las afectaciones de derechos de estas técnicas encubiertas- como es el caso del agente encubierto-.Si lo comparamos con la discusión del proyecto de ley anterior (ley 19.366), podemos advertir que en la discusión de la ley 20.000 hay un mayor debate con respecto a esta figura, y también se considera que una mejor regulación de ellas son fundamentales en la lucha contra determinados delitos, pero a la vez se logra percibir una mayor conciencia de que la utilización de estas técnicas pugnan con los derechos de las personas en una sociedad democrática.

Sin perjuicio de ello, es patente que en la discusión de ambos proyectos (se hizo un análisis a grosso modo) las técnicas de investigación en la lucha del tráfico de drogas supone un amplio consenso de todos los sectores políticos, habiendo pocas voces críticas.

⁴⁸ Idem, p. 204.

⁴⁹ HISTORIA DE LA LEY, LEY 20.000(DIARIO OFICIAL 16 FEBRERO 2005), Santiago. Chile, 2005, Vol II, p. 372.

⁵⁰ Idem, p.374.

El origen del agente encubierto en el ámbito penal en Chile tiene su aparición a propósito de la legislación penal especial relativa al narcotráfico⁵¹, siendo considerada como elemento fundamental para la persecución de estos delitos, ha evolucionado perfeccionándose en la ley 20.000⁵², ampliándose los elementos con los que cuenta un agente encubierto (por ejemplo creándose una historia ficticia en el Servicio de Registro Civil) y además se ha ampliado su ámbito de actuación en la ley que crea la Agencia Nacional de Inteligencia⁵³, todo ello en aras de un sistema penal que funcione a la perfección.

En definitiva creemos que los antecedentes históricos del agente encubierto nos permiten saber, que esta es una figura que se utilizó al servicio de intereses políticos, pero que ello puede ser reinterpretado en clave actual, ya que es una figura que es utilizada para “eliminar” a aquellas personas (enemigos) que el gobierno o la sociedad ve con malos ojos. Todo ello con la expansión del derecho penal y de sus formas para darle efectividad.

⁵¹ Artículo 34 ley 19.366.

⁵² Artículo 25 ley 20.000.

⁵³ Artículo 32 ley 19974.

Capítulo 2: Concepto de Agente Encubierto.

Plan de trabajo:

Después de haber revisado los antecedentes históricos del agente encubierto, es necesario que entremos a analizar el concepto de esta institución en el presente capítulo.

En él revisaremos el concepto del agente encubierto que nos da nuestra legislación, así como un concepto doctrinario y jurisprudencial de él. También se revisará el concepto de esta institución en el derecho comparado.

2.1 Conceptos Doctrinales.

2.1.1 Conceptos doctrinales chilenos.

Eduardo Riquelme Portilla, señala que el agente encubierto es “aquel funcionario policial que actúa en la clandestinidad, generalmente con otra identidad que desempeñan tareas de represión o prevención del crimen mediante infiltración en organizaciones criminales para descubrir a las personas que las dirigen”.⁵⁴

También se ha dicho que el agente encubierto tiene rasgos comunes que los asemejan a la discutida figura que la doctrina conoce como agente provocador. Polittof, señala que el agente encubierto, es “aquel funcionario policial que oculta su calidad de policía y se infiltra en la organización criminal por encargo, y con autorización de su servicio”.⁵⁵

2.1.2 Conceptos doctrinales argentinos.

El autor argentino Angel Daniel Rendo, nos señala que el agente encubierto es “un empleado o funcionario público que voluntariamente, y por decisión de una

⁵⁴ RIQUELME PORTILLA, Eduardo. “*El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo*”, en Revista Electrónica Política Criminal n°2, A2, 2006, p. <http://www.politicacriminal.cl/>

⁵⁵ POLITTOF, Sergio “el agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la ley 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en Gaceta Jurídica, N° 203, año 1997, Mayo, p. 7-8.

autoridad judicial, se infiltra en una organización delictiva a fin de obtener información sobre la misma en relación a sus integrantes, funcionamiento, financiación”.⁵⁶

El agente encubierto ha sido denominado “topo” por Néstor Pedro Sagues, este autor señala claramente la distinción entre esta figura y el agente provocador que aparece cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente, y que ha sido recogida por la jurisprudencia argentina.⁵⁷

Por su parte, Fabricio Guariglia, expresa que el agente encubierto es “el miembro de las fuerzas policiales que, ocultando su verdadera identidad, busca infiltrarse en organizaciones delictivas con el fin de recabar información”. Además sostiene que esta figura que se introduce en el esquema clásico del procedimiento penal es un nuevo método a utilizar por la reacción penal estatal.⁵⁸

Siguiendo con autores trasandinos José Cafferatas Nores, divisa el agente encubierto dentro de una concepción *Bélica del Proceso penal*, esta consiste en entender el proceso como un *arma* que se utiliza en la *guerra* contra determinadas manifestaciones delictivas que crean especial inquietud y reprobación social tales como el narcotráfico, terrorismo, asociación ilícita, entre otros, es decir, el proceso sirve para *combatir* a esos *enemigos*.

Para José Cafferatas Nores, el agente encubierto junto con otras técnicas de investigación constituyen medios de prueba extraordinarios, que si bien se utilizan en un principio para enfrentar serios problemas a su vez extraordinarios, encierran el grave riesgo de legitimar la ilegalidad en la investigación penal. Según este autor existe en la actualidad una tendencia a que estos medios de prueba extraordinarios se *ordinaricen*.

⁵⁶ RENDO, Angel Daniel. “Agente Encubierto” en <http://www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm>

⁵⁷ SAGUES, Pedro Néstor. “Libertad personal, seguridad individual y debido proceso en Argentina” en *Ius et Praxis*, Talca, Chile, 1999, N°1, pp. 225-226.

⁵⁸ GUARIGLIA, Francisco. “El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal? En <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/guarig12.htm>

Señala además que el agente encubierto es un funcionario público que fingiendo no serlo, se infiltra por disposición judicial en una organización delictiva con el propósito de proporcionar desde adentro, información que permita el enjuiciamiento de sus integrantes, y como consecuencia, el desbaratamiento de esa asociación ilícita; el agente encubierto es aquel funcionario público que simula ser delincuente.

Por último, Cafferatas, señala que el agente encubierto para que pueda utilizarse en un caso concreto debe cumplir con ciertas condiciones. Estas condiciones son: excepcionalidad, taxatividad y sanciones.

1) Excepcionalidad, esto se relaciona con el principio de subsidiariedad en el sentido de que la utilización del agente encubierto se reserva cuando el esclarecimiento de los hechos no es posible lograrlo por vías ordinarias.

2) Taxatividad, solo debe utilizarse en procesos y delitos que taxativamente se autoricen, excluyéndose la posibilidad de que se introduzcan en investigaciones que no tenga carácter penal.

3) Sanciones, el establecimiento de sanciones penales especiales para el agente encubierto que proporcione datos inexactos o formule imputaciones falsas.⁵⁹

Julio Maier, al referirse a la persecución penal estatal y su relación con los derechos humanos, señala que ha habido una relativización de los mismos y de las garantías de las personas frente a la coacción estatal, que se han hecho determinadas leyes que no respetan materialmente las garantías ni los derechos humanos. Y además con el pretexto de que comportamientos graves que necesitan una fuerte reacción estatal, quedan impunes, se crean leyes penales de emergencia para enfrentar esas situaciones, que no se demoran en introducirse en la legislación penal general. De ello para Maier el paradigma es el Agente Encubierto, que este autor nos dice que es una un “policía actor”, hábil para

⁵⁹ CAFERATTA NORES, José. " *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*". Editores del Puerto, Buenos Aires 2000, pp. 221-231.

engañar a quienes se supone viven del engaño y la ocultación, que esta autorizado para cometer hechos punibles pese a ser funcionario estatal, y para cuya conducta de investigador no rigen la reglas de autolimitación que se impone el Estado como, por ejemplo, la necesidad de conseguir autorización judicial para el allanamiento de una morada o prohibición del engaño para conseguir la información del autor.⁶⁰

2. 2 Conceptos legales.

2. 2.1 Ley 20.000

En nuestra legislación encontramos el agente encubierto en el artículo 25 de la ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y también en el artículo 31 de la ley 19.974 que crea la Agencia Nacional de Inteligencia.

El artículo 25 de la ley 20.000 señala *“El Ministerio Público podrá autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores y, a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de esos servicios actúen en alguna de las dos calidades anteriores”*.

“Agente encubierto es el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación.”

“El agente encubierto podrá tener una historia ficticia. La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación deberá otorgar los medios necesarios para la oportuna y debida materialización de ésta.”

“El agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan

⁶⁰ MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal II parte general: Sujetos Procesales*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1ª Edición, 2003, pp. 422-433.

podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma.”⁶¹

Este artículo se encuentra en el Capítulo II que trata de las técnicas de investigación, en el mismo capítulo se trata de las entregas vigiladas o controladas, de la restricción de las comunicaciones y otros medios técnicos de investigación y del agente revelador e informante.

2.2.1.1 ¿Quiénes pueden ser agentes?

En primer lugar, podemos señalar que pueden ser agentes encubiertos no sólo funcionarios policiales, sino también civiles informantes de la policía, a propuesta de los funcionarios policiales, de acuerdo al inciso primero del artículo 25 de la ley 20.000.

2.2.1.2 *Ámbito de actuación*

También se puede señalar con respecto a la definición legal del agente encubierto, el campo de actuación según el inciso segundo del artículo 25 de la ley 20.000, estos son organizaciones delictivas o meras asociaciones o grupos con propósitos delictivos.

Según Eduardo Riquelme Portilla, para esta definición normativa el grupo no necesariamente debe ser una banda de narcotraficantes, sino que basta que sea un grupo de sujetos que se apresten a cometer delitos.⁶²

También es posible señalar que la regulación del agente encubierto indica que éste queda exento de responsabilidad criminal con respecto a los delitos que pudiera cometer, no restringe a ningún tipo de delito y solo hace referencia a que estos delitos sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma.

2. 2. 2 Ley 19.974.

⁶¹ Artículo 25 ley 20.000.

⁶² RIQUELME PORTILLA, Eduardo, art. cit.

Por su parte el artículo 31 de la ley 19974 que crea la Agencia Nacional de Inteligencia también contempla esta institución. El artículo citado reza de la siguiente manera *“Los directores o jefes de los organismos de inteligencia militares o policiales, sin necesidad de autorización judicial, podrán disponer que uno de sus funcionarios, en el ámbito de las competencias propias de su servicio y en el ejercicio de las actividades señaladas en el inciso segundo del artículo 23, oculte su identidad oficial con el fin de obtener información y recabar antecedentes que servirán de base al proceso de inteligencia que se refiera esta ley, para tal objetivo podrá introducirse en organizaciones sospechosas de actividades criminales.”*

“La facultad a que se refiere el inciso primero comprende el disponer el empleo de agentes encubiertos, y todos aquellos actos necesarios relativos a la emisión, porte y uso de la documentación destinada a respaldar la identidad creada para ocultar la del agente.”⁶³

Este artículo se encuentra dentro del título VI intitulado *De los procedimientos especiales de obtención de información*. El artículo 23 inciso segundo de la ley en comento, señala que estos procedimientos estarán limitados exclusivamente a actividades de inteligencia y contrainteligencia que tengan por objetivo resguardar la seguridad nacional y proteger a Chile y su pueblo de las amenazas del terrorismo, el crimen organizado y el narcotráfico.

Es necesario señalar que este artículo que contempla la figura del agente encubierto, puede desempeñarse en tal calidad no sólo funcionarios policiales sino que también miembros militares.

Esta ley da la posibilidad de que el agente encubierto despliegue su actividad por orden del director o jefe de inteligencia militar o policial sin necesidad de autorización judicial.

Además la utilización del agente encubierto destinada a obtener información y recabar antecedentes que servirán de base al proceso de inteligencia, no dice necesariamente relación con un *proceso jurisdiccional*, ya que el proceso de inteligencia va estar compuesto de actividades de inteligencia y

⁶³ Artículo 31 ley 19.974 que crea la Agencia Nacional de Inteligencia.

constrateligencia cuyo objetivo es resguardar un bien jurídico difuso y de difícil delimitación como es la Seguridad Nacional.

También es útil destacar en relación con el artículo 31 de la ley 19.974, el que los agentes encubiertos podrán introducirse para cumplir con su objetivo en *organizaciones sospechosas criminales*, esta expresión normativa da pie para que se pueda utilizar esta técnica encubierta en cualquier organización sospechosa de cometer ilícitos, sin restringir su ámbito de aplicación, en circunstancias de que esta institución debería ser excepcional y taxativa.

2. 3 Conceptos jurisprudenciales.

Para delimitar aún más el concepto de agente encubierto los tribunales se han pronunciado al respecto y lo han diferenciado del agente provocador, señalando que ambas figuras no debe confundirse. Para ello citan el Informe de la Comisión Especial de la Droga emitido para el proyecto de ley 19.366 (antigua ley de Drogas), que señala que el agente encubierto en la medida que no induzca a la comisión de un delito no incurre en ninguna infracción de tipo penal.⁶⁴

Un ejemplo de la diferenciación que hace nuestro máximo tribunal entre agente encubierto y agente provocador, es en la sentencia de fecha 5 de junio del año 2003, en la que se sostiene “el accionar del carabinero como agente encubierto resulto legítima, pues no provocó ni indujo la comisión del delito, sino que solo demostró interés (en la compra de drogas), lo que la ley considera lícito”⁶⁵

2. 4 Conceptos en derecho comparado

2. 4.1 Argentina

En el derecho comparado también encontramos la presencia de esta institución, y también es de reciente data. En el caso argentino la figura del agente encubierto ha sido incorporada por la ley 24.242 que incorpora modificaciones a la *Ley de estupefacientes*, que data del año 1995, y se enmarca dentro de una

⁶⁴ Corte Suprema, rol N° 801-2001, 31 de octubre de 2001.

⁶⁵ Corte Suprema, rol N° 1496-2003, 5 de junio de 2003.

tendencia en la creación de nuevas instituciones que permiten enfrentar eficazmente la criminalidad organizada.⁶⁶

El artículo 31 bis de la ley 23.737(modificada por la ley 24.242), señala que el agente encubierto es aquel agente de las fuerzas de seguridad en actividad, que actuando en forma encubierta se introduce: a) como integrante de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de delitos previstos en esta ley o, b) participen en la realización de algunos de los hechos previstos en esta ley. El agente encubierto de acuerdo al mismo artículo tendrá por finalidad:

- Comprobar la comisión de delitos,
- Lograr individualización o detención de autores, partícipes o encubridores,
- Asegurar medios de prueba necesarios.

2. 4.2 Alemania.

En el ámbito germano la institución en comento también es de reciente data, y ha sido introducida en su regulación legislativa a través de la *Ley para el combate del trafico ilícito de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada* (Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Eerscheinngformen der Organisierten Kriminalitat-OrKG) que data del año 1992.⁶⁷

La legislación alemana define el agente encubierto como aquel miembro del servicio policial que indaga bajo una identidad alterada (legende, “leyenda”), otorgada por un período limitado de tiempo. Esta definición excluye a los miembros de la policía que se hayan infiltrado sólo como producto de la ocasión y también a los *hombres – V*, que son para nosotros los informantes. Esto tiene mucha importancia práctica ya que evidentemente tienen una regulación más intensa en cuanto a los requisitos para poder desarrollar la actividad los agentes encubiertos que los informantes. El problema que se ha suscitado es que los

⁶⁶ MONTOYA, Mario Daniel. *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis procesal y constitucional*. Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, p. 332.

⁶⁷ GUARIGLIA, Francisco, ob. cit.

órganos persecutorios podrían evitar las limitaciones que tiene el agente encubierto mediante el empleo de *hombres – V* (que no son miembros de la policía), en cuanto se podrían saltar las barreras que restringen la utilización de los agentes encubiertos. A esto se ha argumentado que la consecuencia de esta situación sería la imposibilidad de valorar judicialmente la información así obtenida, (por lo *hombres- V*), en circunstancias de que esta situación no esta amparada por la normativa que regula el agente encubierto.

También es importante destacar que la legislación alemana para la creación y mantención de la identidad falsa del agente encubierto, admite la confección, modificación y utilización de los documentos respectivos, cosa que la ley no define, y le ha tocado a la doctrina delimitar esto, señalando que los documentos respectivos son aquellos que habitualmente se utilizan para certificar la identidad, sin que sea posible la alteración de libros y registros públicos.

Además el agente encubierto en el ámbito germano va actuar sobre la base de determinados delitos de tráfico de estupefaciente y de armas, de falsificación de dinero o valores, y en ámbito de protección del Estado, también actúa sobre presupuestos de que el hecho haya sido cometido en forma profesional o habitual o por miembro de banda o grupos organizados, formulas vagas que admite múltiples interpretaciones según la apreciación de Fabricio Guariglia.⁶⁸

Después de haber analizado varios conceptos de agente encubierto, vemos que la mayoría de los autores citados ven desde un aspecto crítico la introducción de esta figura en sus respectivas legislaciones; también podemos indicar que presentan una estructura similar en cuanto a sus ámbitos de aplicación, funciones y modos de operación.

El objetivo principal del agente encubierto es introducirse en organizaciones criminales para obtener información y lograr el enjuiciamiento de sus integrantes logrando que se puedan condenar por actos preparatorios al poder introducirse en grupos o bandas que se apresten a cometer delitos. Además el agente encubierto esta asociado a delitos que implican penas de gran envergadura y la utilización

⁶⁸ GUARIGLIA, Francisco., ob. cit.

de esta técnica implica un menoscabo en la defensa del investigado o del imputado, así como la lesión de otros derechos. Todas características que se relacionan con el adelantamiento de la punibilidad, intensificación de las penas, supresión de garantías, lo que nos permite afirmar que la actividad del agente encubierto hace que el Derecho Penal del Enemigo tenga sustento en la práctica.

Entonces, después de haber revisado varias concepciones de agente encubierto, vamos a entender por agente encubierto aquella técnica de investigación que consiste en la utilización de miembros de fuerzas policiales, militares o civiles en su caso, que a través de la ocultación de su identidad y consecuente creación ficticia de otra, simulan ser delincuentes y se introducen en organizaciones criminales con el objeto de obtener información de la misma- a través del engaño-, para así obtener el procesamiento (o formalización) y posterior condena de los sujetos involucrados en tal organización.

Capítulo 3: El Agente Encubierto y contradicción con principios de un Estado de Derecho

Plan de trabajo:

En el presente capítulo estudiaremos, en primer lugar, algunas críticas que se han esbozado en torno al actual estado del derecho penal, para luego pasar a analizar las características del Derecho Penal del Enemigo, intentaremos señalar que el agente encubierto se enmarca dentro del esquema del moderno derecho penal y posibilita la existencia de un Derecho Penal del Enemigo.

Finalmente se verán las relaciones que surgen entre agente encubierto, Derecho Penal del enemigo y Estado de Derecho, señalando si el agente encubierto dentro de un Derecho penal del Enemigo presenta problemas con la noción de Estado de Derecho.

3.1 Derecho penal.

3.1.1 El moderno Derecho penal.

Para entender la figura del agente encubierto como instrumento de la “expansión”⁶⁹ y por consiguiente manifestación de un Derecho Penal del Enemigo⁷⁰, es de utilidad referirnos a las características del moderno derecho penal.

⁶⁹ SILVA SANCHEZ, *La Expansión del Derecho penal.-Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Edit. Civitas, Madrid, 2001. El autor citado refiriéndose al fenómeno de la expansión “...no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como una agravación de los ya existentes, que cabe enlazar en el marco de la restricción, o la “reinterpretación” de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos “bienes jurídicos- penales”, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios políticos-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término “expansión” (p.20). “No es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva). Sin negar que a tal explicación pueda asistirle parte de razón, creo que sería ingenuo ubicar las causas del fenómeno de modo exclusivo en la superestructura jurídico-política, en la instancia estatal.(p.21). A partir de la p.24 y ss. Silva Sánchez desarrolla las causas de la “expansión” tales como la institucionalización de la inseguridad, la actitud de la izquierda política, entre otras.

⁷⁰ JAKOBS, Gunther; CANCIÓ MELIÀ, Manuel. *Derecho penal del Enemigo* Edit. Civitas, Primera edición, Madrid, 2003.

El siguiente análisis se hará en base a los postulados de Winfried Hassemer; este autor establece la diferencia entre *el viejo y nuevo derecho penal*⁷¹, señalando que el derecho penal moderno ha llegado a un punto en que este se ha convertido en *contraproductivo y anacrónico*, denominándolo “*Dialéctica de lo moderno*”⁷².

En el derecho penal material las reformas actuales se caracterizan por:

- 1) Hay un interés por combatir con toda “celeridad” y urgencia los “problemas” *más ampliamente difundidos por los medios de comunicación* y que por esa razón, son sentidos por la opinión pública como amenazantes: entre estos “problemas” se puede encontrar la criminalidad económica y financiera, el delito ecológico, la delincuencia informática, terrorismo, narcotráfico, pornografía, entre otros.

Silva Sánchez, plantea que el modo de proceder de los medios de comunicación contribuye a la sensación de inseguridad frente al delito, ya que estos transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del mensaje. Además la reiteración y la actitud morbosa con que se examinan determinadas noticias, generan una inseguridad subjetiva que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo.⁷³

- 2) Se caracteriza también por una protección preferente de bienes jurídicos universales en lugar de los tradicionales bienes jurídicos individuales.

A esto Silva Sánchez le denomina “nuevos intereses”, que se deben a la conformación de nuevas realidades que antes no existían, y al deterioro de realidades tradicionalmente abundantes. Esto hace que haya una orientación preferente a bienes jurídicos colectivos y difusos.⁷⁴

- 3) El creciente empleo de delitos de peligro abstracto.

⁷¹ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo, responsabilidad*. Edit. Tirant lo blanch, 1999, p.38.

⁷² HASSEMER, Winfried, ob. cit., p. 40.

⁷³ SILVA SANCHEZ, ob. cit., 2001, pp. 36-37.

⁷⁴ SILVA SANCHEZ, ob. cit., 2001, pp. 25-26.

Con respecto a esta característica, Silva Sánchez, sostiene que estamos frente a una sociedad de enorme complejidad (es una sociedad de riesgo tecnológico), en la que la interacción individual- por las necesidades de cooperación y división funcional- incrementa la posibilidad de que algunos de esos contactos sociales produzcan consecuencia lesivas. Estas últimas, por lo demás se producen en muchos casos a largo plazo, y en un contexto de incertidumbre. Ello hace que los delitos de resultado de lesión se muestren insatisfactorios, de ahí que cada vez más se utilicen delitos de peligro así como su configuración cada vez más formalista o abstracta.⁷⁵

- 4) La eliminación de los diversos grados de imputación jurídico penal (tentativa-consumación, complicidad- autoría).
- 5) Un aumento de las penas con finalidades preventivo generales intimidatorios.⁷⁶

El cambio en el derecho penal no solo se ve desde la perspectiva del derecho penal material, sino que también desde el punto de vista del derecho procesal penal. Las actuales reformas penales se caracterizan por acortar, abaratar y desformalizar el proceso. También estas reformas se caracterizan por eliminar todos los obstáculos que puedan perturbar el proceso sean desde el lado del inculpado, como del lado del defensor.

En concordancia con lo anterior las reformas que favorecen a la víctima se hacen a costa del imputado y del Estado como detentador del monopolio del ius puniendi.⁷⁷

Luego, con respecto al derecho penitenciario, el autor alemán expresa que apenas ha habido reformas en este ámbito. Más bien lo que hay es una tendencia a la desformalización de la posición del interno, lo que implica una marcha atrás a todo lo que significa ayuda, favorecimiento o facilidades de su situación.

Estas tendencias (tanto en el derecho penal material, procesal penal y derecho penitenciario) son apoyadas y fundamentadas en teorías *funcionales* de

⁷⁵ SILVA SANCHEZ, ob. cit., 2001, pp. 29-30.

⁷⁶ HASSEMER, Winfried, ob. cit., pp.30-31.

⁷⁷ HASSEMER, Winfried, ob. cit., p.31.

derecho penal. Estas últimas permiten la adaptación de los instrumentos jurídicos penales a las necesidades de la política criminal. Luego, lo que interesa en un sistema funcional son conceptos tales como orientación a las consecuencias, ponderación de intereses en juego, previsión de peligros y programas flexibles de decisión.

Otra característica de este moderno derecho penal consiste en que se basa en una teoría de la pena de prevención intimidatorio general e individual ; esto Hassemer lo plantea en los siguientes términos: 1) tanto el “sí”, como el “cómo” de la pena, dependen de su efecto, no de la culpa o el merecimiento; 2) por “efecto” se entiende las consecuencias de la pena en el individuo, y secundariamente y desde un punto de vista estratégico, las consecuencias en la evolución de la criminalidad; 3) el individuo que tiene que ser intimidado o castigado, es *sólo un elemento funcional*, que va servir para la imposición de la pena, que tiene como finalidad concreta evitar la criminalidad en el futuro.

Por último, plantea que este moderno derecho penal es favorecido por un planteamiento socio tecnológico y grafica esto con: 1) se utilizan tópicos como “dominio del futuro” en perjuicio de un respuesta adecuada o justa a las cuestiones actuales, ya que se pone el acento en la *prevención* más que en la *retribución*, 2) hay una fé desmedida en la fuerza configuradora de la realidad que puede tener el derecho penal, así como en la posibilidad de conseguir con este derecho penal los objetivos que se pretenden, 3) *la legitimación de las intervenciones por las consecuencias favorables que producen y no por la “justicia” de las mismas (el destacado es nuestro)*, 4) tendencia a sustituir planteamientos personalistas por planteamientos sociales.⁷⁸

Luego de referirse a la situación actual que atañe a Alemania, pasa derechamente a hablar de las características del fenómeno del moderno derecho penal ya no restringido al ámbito germano, sino que como un fenómeno general que se presenta en otras codificaciones penales⁷⁹.

⁷⁸ HASSEMER, Winfried, ob. cit., pp. 32-33

⁷⁹ HASSEMER, Winfried, ob. cit., p. 42.

Para ello este autor plantea las diferencias entre el clásico derecho penal y el moderno derecho penal, o su equivalente, entre el viejo y el nuevo derecho penal.

3.1.1.1. Contrato social

El derecho penal clásico,-lo “clásico” hace referencia a un modelo ideal no delimitado históricamente-, surgió con la muerte del derecho natural. Se pasó de este último a un modelo político, en que ya no era necesario la deducción del orden jurídico a partir de los más altos principios jurídicos, sino a partir del acuerdo entre los propios interesados, que se traduce en la idea de *contrato social*.⁸⁰

En este contrato social, las partes contratantes, obligadas a vivir en sociedad, renuncian a una parte de su libertad natural, para que la libertad de todos quede garantizada. Dentro del modelo del contrato social aparecen como elementos propios la igualdad y la reciprocidad de esta renuncia a la libertad.

Luego, este autor señala que los modelos de contrato social tiene tanto una dimensión horizontal y una dimensión vertical, la primera dice relación con lo que ha sido acordado por las partes contratantes (esto es, la renuncia a parte de la libertad natural); mientras que la segunda sirve para asegurar lo que acordó en la dimensión horizontal. Esto se hace a través del Estado o superioridad, cuya justificación es posibilitar la coexistencia de los contratantes en una situación jurídica, manteniendo los límites de la renuncia a la libertad de forma igualitaria para todos.⁸¹

3.1.1.2 Función Estabilizadora

Dentro de este esquema la función del derecho penal es estabilizadora, ya que pretende evitar las lesiones de la libertad.

De lo dicho, Hassemer, extrae las siguientes consecuencias:

⁸⁰ HASSEMER, Winfried, ob. cit., p. 43.

⁸¹ HASSEMER, Winfried, ob. cit., p. 44.

- a) Sólo la lesión de las libertades aseguradas por el contrato social puede considerarse delito. El concepto de bien jurídico pasa a tener importancia sistémica, por cuanto este pasa a ser un criterio negativo que impide la criminalización ilegítima.
- b) Los límites a la renuncia de las libertades que se han acordado en el contrato social deben quedar precisadas de manera contundente, y evitar modificaciones posteriores de estos límites, así como evitar intervenciones gubernamentales o sociales.
- c) El Estado es una institución derivada de los derechos del ciudadano, y ellos son el límite de su poder. Según este autor hay que limitar el poder estatal del modo más enérgico posible donde más claramente se manifiesta, esta última situación se da en el derecho penal. A partir de ello es que existen los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, así como el derecho a la defensa, a no declarar contra sí mismo, entre otros.

Hassemer, señala que la concepción clásica del derecho penal, si bien es un medio violento de represión, también es un medio de garantía de la libertad ciudadana; y señala como su característica esencial el que es de *última ratio* de los problemas sociales, no la panacea de los mismos.⁸²

El moderno derecho penal lleva a las últimas consecuencias los postulados del derecho penal clásico, mas bien lo “consume”, al decir del jurista germano.

3.1.1.3 Características de este moderno derecho penal

En primer lugar, el moderno derecho penal se caracteriza por que la *protección de bienes jurídicos* consiste en un criterio positivo para justificar decisiones criminalizadoras, a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal clásico, en el cual la protección de bienes jurídicos es un criterio negativo para legitimar la criminalización.

⁸² HASSEMER, Winfried, ob. cit., pp. 45-46.

En segundo lugar, en el moderno derecho penal aparece una *exacerbación de la idea de prevención*, que en el derecho penal clásico tiene un papel secundario, aquí tiene un rol dominante. Ejemplo de ello aparece en los delitos de terrorismo y con la criminalidad organizada que están regulados con criterios de prevención, lo que se traduce en agravaciones de las penas, drásticas ampliaciones de medios coactivos durante la investigación en el proceso penal, entre otros.

En tercer lugar, encontramos *la orientación a las consecuencias*, clásicamente entendida como un criterio complementario para una correcta legislación, se ha convertido para el derecho penal en una de sus características y en su meta dominante, lo que ha llevado a marginar de la política jurídico-penal los principios de igualdad y retribución justa del delito, en razón de que se utiliza el remedio penal como un instrumento de pedagogía social con el fin de sensibilizar a la gente en determinados ámbitos. Es decir, no se pretende que la intervención del derecho penal sea en esos ámbitos “correcta”, sino solo poner de relieve ante la población que hay que respetar esos ámbitos.⁸³

A esto se agrega el hecho de que se considera al derecho penal no como un instrumento de *última ratio*, sino que como primera o sola solución a los problemas sociales.

Esto lleva a la “Dialéctica de lo moderno”, en la que el derecho penal como instrumento de solución de conflictos sociales, no se diferencia de otros instrumentos de solución social, transformándose en un medio de dirección social.⁸⁴

A todo lo anterior, agrega que el moderno derecho penal se manifiesta en determinados *sectores*, en los cuales utiliza ciertos *instrumentos*, que traen a su vez cambios en las *funciones* del derecho penal. Todo lo cual acarrea *problemas y costos*.

⁸³ El autor pone el ejemplo en ámbitos tales como la protección del medio ambiente o la discriminación de la mujer, en que señala que no se pretende que la intervención del derecho penal sea en estos ámbitos adecuada, sino que solo poner de relieve ante la población que hay que respetar el medio ambiente o prohibir la violencia contra las mujeres en HASSEMER, Winfried, ob. cit., pp. 51.

⁸⁴ HASSEMER, Winfried, ob. cit., pp. 47-50.

Sectores, este moderno derecho penal se manifiesta con especial énfasis en la parte especial, tanto de los códigos penales como de la legislación penal especial, que implica normalmente ampliación de las penas, creación de nuevos tipos. Además estas modificaciones van acompañadas de reformas en el proceso penal, pero no en sectores que necesitan ser reformados urgentemente, sino que en todo lo que tiene que ver con la aceleración y facilitación del procedimiento y la agilización de la instrucción.⁸⁵

Instrumentos, con respecto a los instrumentos, de los que se sirve el derecho penal para realizar su función, la protección de los bienes jurídicos es cada vez más una protección institucional, de ello se deriva que los bienes jurídicos que se protegen son universales y no individuales, formulándose de manera vaga y a grandes rasgos. Este es el primer instrumento.

Otro instrumento que utiliza el moderno derecho penal, consiste en la técnica de los delitos de peligro abstracto, en vez de delitos de lesión o de peligro concreto, lo que disminuye las posibilidades de defensa, los presupuestos y limitaciones del castigo.⁸⁶

El autor alemán, señala que tanto los cambios en los sectores de regulación, así como en los instrumentos de los que se sirve el derecho penal, hace que haya cambios en las funciones del derecho penal.

“El derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente las lesiones graves de libertad, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad”⁸⁷.

Hay una tendencia a utilizar el derecho penal como primera o sola ratio, en vez de última ratio, y se pone el énfasis en la prevención del delito, más que a una retribución justa del mismo.

Los nuevos sectores de regulación del derecho penal, los instrumentos y las nuevas funciones que desempeña, acarrearán principalmente dos problemas:

- 1) *el peligro de que el derecho penal sólo de modo deficitario pueda realizarse en la práctica*, el núcleo central de la regulación del moderno

⁸⁵ HASSEMER, Winfried, ob. cit., pp. 52-53.

⁸⁶ HASSEMER, Winfried, ob. cit., pp. 54-55.

⁸⁷ HASSEMER, Winfried, ob. cit., p. 56.

derecho penal como drogas, delitos económicos, presenta un serio déficit crónico para su realización práctica. Esto se debe, según el jurista alemán, a que se está utilizando al derecho penal en ámbitos que no le son propios, desnaturalizándolo. Ello lo reafirma cuando plantea que este déficit crónico en la realización práctica del derecho penal se debe a problemas estructurales, que no se solucionan con un empleo más contundente de los instrumentos jurídico-penales, sino que su utilización lo que hace es agudizar el problema.

2) *que quede reducido a una mera función simbólica*, ello producto una explosiva mezcla de “necesidades” de actuación social, de fé ciega en los instrumentos jurídicos penales como solucionadores de problemas y los déficit enormes que presentan estos instrumentos cuando se aplican en la realidad, hace que el derecho penal se reduzca a una función simbólica, viviendo de la ilusión de solucionar realmente sus problemas, perdiendo sus funciones reales.⁸⁸

Por último, el moderno derecho penal lleva aparejado costos sobre todo en las garantías tradicionales del Estado de Derecho.

Ello se manifiesta en la reducción de posibilidades de defensa que implica los delitos de peligro abstracto; en el reemplazo de categorías tradicionales de autoría y participación, tentativa y consumación, dolo e imprudencia, por términos como “traficar”, “emprender”, lo que amplía la discrecionalidad judicial difícil de controlar, entre otros.

3.1.1.4 La Expansión del derecho penal

Esta breve reseña del moderno derecho penal, nos permite seguir dando pasos para comprender el fenómeno de la “expansión del derecho penal”⁸⁹ como lo ha llamado Silva Sánchez.

⁸⁸ HASSEMER, Winfried, ob. cit., pp. 56-59.

⁸⁹ SILVA SANCHEZ. *La Expansión del Derecho penal.-Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Edit. Civitas, Madrid, 2001, p.17 y ss.

Para el autor recién señalado, en el momento actual se diferencian distintas “velocidades del ordenamiento jurídico”. Una “primera velocidad”, representada por el derecho penal de la “cárcel”, estaría constituida por aquel sector del ordenamiento donde se imponen penas privativas de libertad y se deben mantener de modo estricto los principios políticos criminales, reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La “segunda velocidad” estaría dada por aquel sector en el que se imponen penas pecuniarias o privativas de derechos, donde se podría flexibilizar los principios procesales y reglas de imputación, atendiendo a la menor gravedad. Por último podríamos encontrar una “tercera velocidad” dada por la presencia de penas privativas de libertad, y a pesar de ellas, la flexibilización de los principios políticos criminales así como de las reglas de imputación.⁹⁰

3.1.2 Derecho Penal del Enemigo.

El Derecho Penal del Enemigo es sin duda parte de este fenómeno de la expansión del derecho penal, y ciertamente comparte las características de este moderno derecho penal⁹¹, por ello es que a continuación se explicará brevemente el origen, características, así como algunas críticas que se han vertido sobre él, para luego conectarlo con el agente encubierto como un instrumento que sirve al Derecho penal del Enemigo.

3.1.2.1 Origen

Para Cancio Meliá el origen del derecho penal del Enemigo se encuentra en la combinación de derecho penal simbólico con punitivismo.⁹²

3.1.2.1.1 Derecho penal simbólico

Entendido como fenómeno de neo criminalización que sólo cumple efectos meramente simbólicos, es decir, que determinados agentes políticos solo

⁹⁰ SILVA SANCHEZ, ob. cit., pp. 164-167.

⁹¹ GRACIA MARTIN, Luis. “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del Enemigo” en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología <http://criminet.ugr.es/recpc>, p.2

⁹² CANCIO MELIA, Manuel, Ob., cit., p. 65.

persiguen el objetivo de dar la “impresión de un legislador atento y decidido”⁹³, pero poco efectivo en la práctica, donde predomina una función latente por sobre la manifiesta. Esta hace que el “derecho penal viva de la ilusión de solucionar realmente sus problemas, lo que a corto plazo puede ser gratificante, pero a largo plazo destructivo”.⁹⁴

3.1.2.1.2 Punitivismo

Para Cancio Meliá una cara de la moneda consiste en la dictación de normas penales para dar una sensación de tranquilidad en la población, y que no serán aplicadas (derecho penal simbólico); la otra cara esta en la introducción de normas con el objeto de darle aplicación, lo que conduce a normas penales nuevas que si son aplicadas o al endurecimiento de las penas para las normas ya existentes.

El punitivismo, entonces, se caracteriza por un alcance cualitativo y cuantitativo de la criminalización como único criterio político- criminal.

3.1.2.2 Características

Como es sabido el término Derecho penal del Enemigo, fue acuñado por Gunther Jakobs a mediados de la década de los 80⁹⁵.

Este autor, distingue entre dos estatutos: por un lado un Derecho penal de Ciudadano, y por otro un Derecho penal del Enemigo.

El primero, define y sanciona delitos, o infracciones de normas, que llevan a cabo los ciudadanos de manera incidental y que generalmente corresponden a un abuso en las relaciones sociales en que participan con un status de ciudadano, o sea, de sujetos vinculados por el Derecho⁹⁶. El delito por parte del ciudadano es un desliz reparable, donde aquel no aparece como principio del fin de la

⁹³ SILVA SANCHEZ. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Edit. José Maria Bosch S.A, Barcelona, 1992, p.305.

⁹⁴ HASSEMER, Winfried, ob. cit., p. 59.

⁹⁵ GRACIA MARTIN, Luis, ob.cit., p.2

⁹⁶ GRACIA MARTIN, Luis, ob.cit., p.5.

comunidad ordenada, sino que solo como irritación de esta⁹⁷, y por ello a este ciudadano no se ve como a un enemigo que ha de destruirse, sino que tiene derecho a arreglarse con la sociedad, y tiene el deber de proceder a la reparación (ha dañado la vigencia de la norma), por ende no pierde su status de persona, ya que los deberes tienen como presupuesto la existencia de la personalidad.⁹⁸

El Derecho penal del Enemigo, por su parte, entiende por “enemigos” aquellos individuos que en su comportamiento, ya sea por su actitud, su vida económica por su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho de modo duradero, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal que es necesaria para el tratamiento como persona.⁹⁹

Las actividades y ocupaciones de tales individuos se desarrollan fuera del ámbito de las relaciones sociales consideradas como legítimas, se condicen más bien con actividades que implica la incorporación de estos individuos a organizaciones estructuradas que operan al margen del Derecho. Tales actividades son las de organizaciones terroristas, narcotráfico, tráfico de personas, en general, actividades de la llamada “criminalidad organizada”.

A diferencia de los ciudadanos, los “enemigos” se caracterizan por la habitualidad y profesionalidad de sus actividades, pertenencia a organizaciones enfrentadas contra el Derecho y al servicio de tales organizaciones, estos elementos son los que van a servir de base a las regulaciones específicas de un Derecho penal del Enemigo.

Estos individuos- debido a su comportamiento- representarían peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad¹⁰⁰, tales individuos no ofrecen la garantía cognitiva mínima para poder ser tratados como personas. A ello agrega Jakobs que si ya no existe la expectativa seria, de un comportamiento personal (determinado por derechos y deberes) la persona degenera hasta convertirse en

⁹⁷ JAKOBS, Gunther. *Derecho penal del Enemigo*. Edit. Civitas, Primera edición, Madrid, 2003, p.35.

⁹⁸ GRACIA MARTIN, Luis, ob.cit., p.6.

⁹⁹ JAKOBS, Gunther, ob. cit., p. 39-40.

¹⁰⁰ CANCIO MELIA, Manuel. *JpD*, nº 44, 2002, p.22 citado por GRACIA MARTIN, Luis, ob. cit., p.7.

un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente, esto significa la aparición de un individuo peligroso, del enemigo.¹⁰¹

El fin del Derecho Penal del Enemigo es la seguridad cognitiva. Lo que pretende es la producción en el entorno de condiciones, a través de las cuales, sean eliminados todos aquellos que no ofrecen las garantías cognitivas mínimas necesaria para ser tratadas como personas. Ello a diferencia del derecho penal ordinario que pretende el mantenimiento del orden.

Luego, el Derecho Penal del Enemigo es una regulación de exclusión de los enemigos, es una regulación de guerra o combate, y se justifica en que tales enemigos son no –personas.^{102 103}

Jakobs señala sucintamente cuales son las características de este Derecho Penal del Enemigo:

- 1) Amplio adelantamiento de la punibilidad, el punto de referencia es el hecho futuro, en lugar de un punto retrospectivo en relación al hecho cometido.
- 2) Penas son desproporcionadamente altas, especialmente la anticipación de la barrera de punición no se toma en cuenta para reducir la pena.
- 3) Determinadas garantías procesales son relativizadas e incluso suprimidas.¹⁰⁴

Gracia Martín¹⁰⁵ señala las características de la regulación del derecho penal del enemigo, sobre esta base, y ahondando en ellas, veremos como cada una se cumple en el caso del agente encubierto:

- 1) Tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros. Mediante tales tipos penales

¹⁰¹JAKOBS, Gunther, ob. cit., pp.14 y 36.

¹⁰²GRACIA MARTIN, Luis, ob.cit., p. 8.

¹⁰³Es necesario distinguir en Jakobs entre los conceptos de individuo y persona, el primero pertenece al orden natural, al mundo de la experiencia, mas bien lo define como ser humano, animal inteligente que esta dado por los procesos naturales; mientras que el concepto de persona es una construcción social, que se puede atribuir, y esta dado por los roles que ha desempeñar en la sociedad, es decir por sus derechos y deberes o expectativas normativas. Jakobs dice” unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y conciencia”. Por lo tanto, para la atribución de la calidad de persona a un determinado individuo juega un rol importante la idea de contrato social, ya que su no cumplimiento de modo duradero supone que nunca se ha integrado a tal contrato, y ello justifica su exclusión al ser enemigo de la sociedad. Ver nota 84, pp. 24-25.

¹⁰⁴ JAKOBS, Gunther en “*Estudios de Derecho Judicial*”, Número 20, Ed. Consejo General del Poder Judicial/Xunta de Galicia, 1999 citado por: CANCIO MELIA, Manuel, ob.cit., pp. 79-81.

¹⁰⁵ GRACIA MARTIN, Luis, ob.cit., pp. 8-11.

se criminalizan conductas que son anteriores a la comisión de cualquier hecho delictivo, debido a la falta de seguridad cognitiva de quienes actúan en este ámbito previo, o de conductas que favorecen la existencia de una organización criminal.

Ello es patente en nuestro derecho, donde el agente encubierto puede desplegar su actividad en *organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos*¹⁰⁶, todo ello debido a que en la legislación que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes, la participación en este tipo de organizaciones es punible, aun cuando no se hayan cometido ilícitos, pero tengan propósitos delictivos.¹⁰⁷ Otro ejemplo de esta característica se ve en el caso de la conspiración¹⁰⁸, que al ser un acto preparatorio por regla general no es punible, pero que si lo era en la antigua ley de drogas, que en su artículo 24 sancionaba con presidio menor en su grado medio (de 541 días a tres años); y que también se contempla en el artículo 17 de la ley 20.000, donde se le asigna la pena relativa al delito rebajada en un grado, reflejándose en ello la anticipación de la punibilidad.

Como vemos, aquí el agente encubierto tiene una *relación indirecta* en cuanto al adelantamiento de la punibilidad de los actos preparatorios, ya que va ser uno de los medios de los cuales se sirve el Estado para descubrir y sancionar tales conductas.¹⁰⁹ El agente encubierto puede actuar formando él mismo asociaciones ilícitas a objeto de hacer “caer” a otros traficantes que están descolgados, así como urdiendo actos de conspiración. El adelantamiento de la punibilidad se ve en que a asociación ilícita es un acto preparatorio, que ha sido elevado a la categoría de delito.

2) Una segunda característica es la desproporcionalidad de las penas, ello tiene un doble sentido: por un lado, la punibilidad de los actos preparatorios

¹⁰⁶ Artículo 25 inciso segundo ley 20.000.

¹⁰⁷ A modo ejemplar ver artículo 16 ley 20.000, sanciona “a los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer algunos de los delitos contemplados en esta ley serán sancionados, por este solo hecho....”

¹⁰⁸ La conspiración se configura cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito.

¹⁰⁹ En el mismo sentido véase artículo 31 inciso primero de la ley 19.974, que permite la introducción de agentes encubiertos en *organizaciones sospechosas de actividades criminales*.

no van acompañadas de ninguna reducción de la pena con respecto a los hechos consumados o intentados; y, por otro lado la circunstancia de pertenecer a una organización, es utilizada como una circunstancia agravante.¹¹⁰

Con respecto a esta característica, el agente encubierto también se refleja en una *relación indirecta* con aquella, por cuanto las penas contempladas en la ley de tráfico ilícito de estupefacientes -ley 20.000- son muy altas, luego aquí el agente encubierto tiene un carácter instrumental a fin de que puedan concretarse esas penas.

- 3) Otra característica consiste en que numerosas leyes penales, se denominan abiertamente legislaciones de “lucha o combate”.

Esta característica y modo meramente ejemplar se puede constatar en el caso chileno, que a propósito de la de la ley sobre tráfico de drogas (ley 19.366), el sentir mayoritario de los legisladores responde a la idea de introducir el agente encubierto para dar una *lucha* frontal al narcotráfico¹¹¹.

Luego, el agente encubierto en relación con esta característica también cumple una función instrumental indirecta, es un mecanismo o dispositivo de guerra en esta lucha o combate contra determinados enemigos, en donde prima la eficacia por sobre la razón jurídica.

- 4) Tal vez la característica más importante del Derecho penal del Enemigo, se configura por la considerable restricción de garantías y derechos procesales de los imputados. Gracia Martín,¹¹² señala que se pone en cuestión la presunción de inocencia, se reducen las exigencias para la licitud y admisibilidad de la prueba, se introducen medidas amplias de intervención en las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de

¹¹⁰ Ver artículo 19 letra a) ley 20.000.

¹¹¹ HISTORIA DE LA LEY 19.366 (D. OFICIAL 23 de Septiembre 1994) ESTUPEFACIENTES. Santiago, Chile, 1994, Vol II, p.400.

¹¹² GRACIA MARTIN, Luis, ob.cit., pp. 10-11.

incomunicación, además se amplían plazos de detención policial, entre otras.

En el caso del agente encubierto, esta característica se cumple plenamente, esto se debe que en nuestra legislación se contempla el agente encubierto en la ley 20.000 sobre tráfico de drogas y la ley 19.974 sobre la Agencia Nacional de Inteligencia. En ellas se introduce este medio extraordinario de investigación criminal¹¹³, que es lesivo de determinados derechos que mas adelante se intentará demostrar.

Entre la actividad del agente encubierto y la restricción de garantías hay un relación directa -a diferencia de las características anteriores, donde hay una relación mediata con esta figura- por cuanto su actividad implica en la práctica la supresión de garantías tales como el derecho a defensa, el no declarar contra si mismo, la presunción de inocencia, entre otros.

- 5) También constituye una característica del Derecho Penal del Enemigo, determinadas regulaciones del derecho penitenciario en el sentido de condiciones de clasificación de los internos o las que limitan los beneficios penitenciarios.

Es necesario tener claro que el agente encubierto como institución, no proviene del Derecho penal del Enemigo, sino que de la legislación de emergencia, estando asociado al agente provocador. Sin embargo es un instrumento que le da eficacia y operatividad, y por tanto justifica este Derecho Penal del Enemigo.

¹¹³ CONTRERAS ALFARO, Luis *“Delincuencia organizada: manifestación de un derecho penal de enemigos”* en http://www.uantof.cl/cs_juridicas/diplomadomaterial/Luis%20Contreras/delincuenciaorganizada.ppt

3.1.2.3 Críticas

3.1.2.3.1 *En primer lugar, no reconoce el carácter de personas a sus destinatarios.*

Ya hemos hablado con anterioridad acerca de la distinción que Jakobs hace entre individuo y persona. Para este autor el concepto de persona será puramente normativo, es decir, tal carácter esta dado por el conjunto de derechos y deberes o expectativas normativas que ha de cumplir en sociedad.

Los destinatarios del Derecho Penal del Enemigo son los enemigos, por cuanto estos no tiene la condición de personas, al defraudar de manera duradera las expectativas normativas, convirtiéndose entonces en individuos propiamente tales, a los cuales se le aplica una regulación especial y excepcional.

Ahora, que el Derecho penal del Enemigo se aplique a los enemigos no resultaría tan problemático, si realmente el concepto de persona se remitiera a un concepto normativo, como lo propone Jakobs. Pero ello no es así, ya que como sostiene Gracia Martín,¹¹⁴ el concepto de persona hace referencia a un sustrato ontológico que esta constituido por el hombre empírico individual, y necesariamente la estructura ontológica del ser humano que debe respetar el Derecho, esta constituida por todo aquello que fundamenta la dignidad humana.

En definitiva, tratar los enemigos como no-personas, consiste en negar la dignidad humana, por cuanto el concepto de persona no es normativo, sino que hace referencia a un sustrato ontológico constituido por dicha dignidad.

3.1.2.3.2 *En segundo lugar, es un Derecho que tiene de éste sólo su nombre, es pura coacción.*

Frente a los enemigos el Derecho Penal del Enemigo, reacciona a través de pura coacción, la finalidad de ésta es la seguridad cognitiva, no confirmar la vigencia de la norma. A los enemigos no se le aplica ninguna pena, sino que se les excluye por medios de actos de pura fuerza o coacción.

¹¹⁴ GRACIA MARTIN, Luis, ob.cit, p. 39.

El mismo Jakobs señala “El derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra”.¹¹⁵

Con respecto a esto se ha dicho que, para que una regulación tenga el carácter de Derecho, debe partir de la concepción del hombre como persona responsable y debe respetar la estructura ontológica del ser humano que se constituye por la dignidad humana, esta última no es producto de una construcción normativa, sino que se entiende como algo de lo que es portador en sí mismo todo hombre por el mero hecho de su existencia.

En el entendido anterior la propuesta de Jakobs no constituiría Derecho ya que su aplicación implica desconocer el carácter de persona, a través de un criterio normativo, en vez de aceptar que ella posee un sustrato ontológico.

Aquí es de utilidad recordar la máxima de Roxin según la cual un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también lo debe proteger del Derecho penal¹¹⁶.

3.1.2.3.3 Es un derecho penal de autor.

Manuel Cancio Meliá señala que el Derecho Penal del Enemigo lo que hace es demonizar determinados grupos de infractores, por lo tanto se trataría de un derecho penal de autor, y no de un derecho penal del hecho.¹¹⁷

Esta demonización, a nuestro entender, implica una vuelta a la idea de aplicación de derecho penal a través de delegación de justicia divina,¹¹⁸ se introduce una concepción de lo bueno y malo, se confunde derecho con moral.

Si por un lado, decimos que el agente encubierto se relaciona con características del Derecho Penal del Enemigo, lo que nos permite sostener que estamos frente a esta regulación excepcional.

¹¹⁵ JAKOBS, Gunther, ob. cit., p. 33.

¹¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general*. Civitas, Madrid, 1997, p. 137.

¹¹⁷ CANCIO MELIA, Manuel, ob. cit., pp. 93-94.

¹¹⁸ AGUDELO, Nodier *Estudio preliminar en BECCARIA, Cesare De los delitos y las penas*, Edición Latinoamericana, Bogotá, 1992, p.XVI.

Y por otro, que esta regulación excepcional de acuerdo a nuestro parecer es ilegítima, puesto que las principales críticas reseñadas no se condicen con un derecho penal democrático y un Estado de derecho, al negar la dignidad humana.

Es necesario entonces, que veamos de que manera el agente encubierto como manifestación del Derecho Penal del Enemigo, se relaciona con el Estado de derecho y más específicamente con los principios que lo constituyen.

3.2 Estado de Derecho.

En primer lugar, es necesario hacer el alcance que expresa Enrique Bacigalupo, en el sentido a que se debería renunciar a una definición cerrada y acabada del concepto de Estado de derecho. Lo que si es claro para el autor recién citado, es que el Estado de Derecho se caracteriza “por garantizar la seguridad de los ciudadanos, mediante una vinculación de la actuación del Estado a normas y principios jurídicos de justicia conocidos de tal manera que la misma resulte en todo caso comprensible”.¹¹⁹

La idea de Estado de Derecho dice relación con el “Estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad general, expresada por los representantes del pueblo, en el cual radica la soberanía nacional, en contraposición al Estado absoluto, en el que el Derecho se halla en manos de unos o varios hombres”.¹²⁰

También es importante lo que señala José Cafferatas, para quien, el Estado de derecho lo que hace es fijar marcos legales dentro de los que las actividades deben moverse, precisa roles, asigna responsabilidades y establece garantías que se deben respetar en la búsqueda y logro de la prueba de la culpabilidad.¹²¹

A su vez Ferrajoli, entiende por Estado de Derecho una serie de vínculos y garantías establecidas para la tutela del ciudadano frente al arbitrio punitivo.¹²²

¹¹⁹ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y el Estado de Derecho*. Edit. Jurídica de Chile, Santiago 2000, p.103.

¹²⁰ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Edit. Ariel S.A, Barcelona 1994, pp. 31-32.

¹²¹ CAFERATTAS, Jose “La eficacia de la investigación penal y el Estado de Derecho” en *Eficacia del Sistema penal y garantías procesales ¿contradicción o equilibrio?*, Edit. Mediterránea,, Córdoba, 2002, p.41,

¹²² FERRAJOLI, Luigi . *Derecho y razón .Teoría del garantismo penal*. Edit Trotta, 1997, p.21.

3.2.1 Principios de un Estado de Derecho.

El siguiente análisis que se hará de los principios de un Estado de Derecho, se basa en las ideas de Luigi Ferrajoli.

3.2.1.1 Principio de legalidad.

Se hace una distinción con respecto a este principio, más bien se distingue entre mera legalidad y estricta legalidad.

El subprincipio de mera legalidad, es un principio general de derecho público y dice relación con las condiciones de existencia y vigencia de cualquier norma jurídica, esto es la legitimación formal de una norma penal.

El subprincipio de estricta legalidad, en cambio dice relación con la legitimación sustancial, que condiciona la validez de las normas a la tutela del resto de los derechos fundamentales incorporados en las constituciones.¹²³

Es necesario destacar que Ferrajoli distingue entre la dimensión "formal" y la dimensión "sustancial" de la democracia. La primera, dice relación al modo en que el derecho vincula a los poderes públicos en lo relativo a la forma de su ejercicio. La segunda, versa sobre los contenidos que las decisiones (producto del ejercicio del poder) deben o no deben tener.¹²⁴

El principio de legalidad en relación con el agente encubierto tiene mucha importancia, ya que lo que está en juego es la relación entre derecho y poder.

Si analizamos este principio con respecto al agente encubierto vemos que no presenta mayores problemas con el principio de mera legalidad, por cuanto esta institución se encuentra consagrada en normas jurídicas que han sido validamente emitidas, respetando los procedimientos de formación de leyes.

Ahora si detenemos el análisis en el principio de estricta legalidad, aquí si surgen problemas, ya que se puede sostener que la regulación del agente encubierto es ilegítima sustancialmente, ya que implica la violación del derecho a defensa, de la presunción de inocencia, así como se podrían configurar casos en que se utiliza un método de interrogación prohibido al obtener una confesión del

¹²³ FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., pp. 379-380.

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., pp. 11-12.

investigado sin su consentimiento, mediante el engaño. Lo que se explica en el capítulo V.

3.2.1.2 Principio de retribución penal.

Este principio se sintetiza en la máxima *nulla poena sine crimene*, esto quiere decir, que la consecuencia del delito va a ser la pena, donde esta no es un *prius*, sino un *posteriores*, ni una medida preventiva *ante delictum*, sino una sanción retributiva o *post delictum*.

Para este autor esta primera y fundamental garantía se ve violentada por medidas punitivas ante o extra delictum que van desde las medidas de prevención hasta la prisión preventiva.¹²⁵

Si lo anterior lo relacionamos con la figura del agente encubierto, podemos señalar que este despliega su actividad en un ámbito netamente preventivo, esto es, antes de que nazca a la vida del derecho un ilícito penal, o como vimos se puede introducir en organizaciones que se apresten a cometer delitos.¹²⁶

Lo anterior creemos que es consecuencia de que el agente encubierto es manifestación tanto de un Derecho penal del enemigo como del moderno derecho penal, donde la idea de prevención aparece exacerbada y ello se traduce, entre otras cosas, por ejemplo en el empleo de medios coactivos durante la investigación en el proceso penal.¹²⁷

De acuerdo con lo dicho, la actividad encubierta hace posible que se adopten medidas de prevención en relación con los sujetos investigados como por ejemplo prisión preventiva, por lo que habría una anticipación de la pena.

También lo que produce el agente encubierto es una alteración a las reglas de la penalidad, a las reglas sustantivas penales ordinarias, ya que rompe la relación delito-pena, al quedar exento de pena en su actuar, es decir, implica una alteración a las reglas comunes aplicables a todo delito.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., pp. 368-369.

¹²⁶ Ver artículo 25 inciso segundo ley 20.000.

¹²⁷ HASSEMER, Winfried, ob. cit., pp. 47-50.

3.2.1.3 Principio de proporcionalidad.

Este principio se vincula directamente con la proporcionalidad de las penas. El hecho de que entre la pena y el delito no exista ninguna relación natural, ello no quiere decir que la pena no deba ser adecuada al delito. Más bien, es debido al carácter convencional entre delito y pena, que se exige al legislador y al juez, que la elección de calidad y cantidad de la pena se realice en relación a la naturaleza y gravedad del ilícito.¹²⁸

Bentham,¹²⁹ señala que la idea, en apariencia elemental, de proporcionalidad de la pena al delito, no ofrece ningún criterio objetivo de ponderación, no existen criterios naturales, sino que sólo criterios pragmáticos que acuden a valoraciones ético –políticas o de oportunidad para establecer una relación adecuada entre pena y delito.

Si aterrizamos este principio podemos ver que en las legislaciones donde se contempla el agente encubierto (ley 20.000 y ley 19.974), y con las que se relaciona, se contemplan penas elevadas para quienes incurrir en delitos¹³⁰, también se considera agravante el pertenecer a una organización que se dedica al tráfico de drogas¹³¹. Todo esto ciertamente cabe dentro de un Derecho Penal del Enemigo, ya que una de sus características es la elevación de las penas respecto de determinados delitos, conductas delictivas, conductas desviadas, etc.

Luego, el agente encubierto no infringe directamente este principio, sin embargo, se utiliza en ámbitos donde las penas en juego son de gran envergadura. A título meramente ejemplar, se puede encontrar penas elevadas que sancionan el pertenecer a una organización que tengan propósitos delictivos, y no haya cometido ningún ilícito aún.¹³²

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., pp. 397-398.

¹²⁹ BENTHAM en *Teorías de la penas* citado por FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., p. 398.

¹³⁰ A título ejemplar véase artículo 1º ley 20.000.

¹³¹ Véase artículo 19 letra a) ley 20.000.

¹³² Como el artículo 16 ley 20.000 que contempla el delito de organización que sanciona con presidio mayor en sus grados mínimo a máximo el solo hecho de organizarse o asociarse con el objeto de cometer delitos que esta ley prescribe.

3.2.1.4 Principio de necesidad y lesividad.

El principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales, consiste en que las únicas prohibiciones penales justificadas por su absoluta necesidad, son aquellas establecidas para impedir comportamientos lesivos, que si se le añade la reacción informal que ellos importan, implicarían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas de manera institucional por el derecho penal.

Por su parte, el principio de lesividad se relaciona con el principio anterior en que, la absoluta necesidad de las leyes penales resulta condicionada por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos. Es un principio que ve en el daño causado a terceros las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas.

Ambos principios lo que hacen es limitar la potestad prohibitiva del Estado.¹³³

Si analizamos estos principios en su relación con el agente encubierto, a nuestro parecer, puede surgir algún problema, ya que con el principio de necesidad lo que en definitiva se busca es evitar la inflación penal. Nosotros sabemos que el Derecho Penal del Enemigo se enmarca dentro de la expansión del derecho penal, lo que también trae consigo una inflación penal, luego el agente encubierto es parte de este fenómeno.

Enseguida, lo que el principio de necesidad pretende, es que el derecho penal mantenga su carácter de ultima ratio, de intervención mínima, y además esta intervención mínima sólo se fundamenta en que el comportamiento que se quiere prohibir genere más violencia y lesione con mayor intensidad derechos que son violentados de manera institucional.

Aquí se encuentra el centro del problema, ya que el agente encubierto- y es lo que se intentara demostrar- lesiona mas derechos, es decir genera una

¹³³ FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., pp. 464-467.

violencia institucional mayor, en relación con los comportamientos que se prohíben por el Estado.

3.2.1.5 Principio de materialidad de la acción.

Conforme a este principio, ningún daño por grave que sea, puede estimarse como penalmente relevante sino es el resultado de una acción. Es decir, los delitos no pueden consistir en actitudes o estados de ánimos interiores, ni tampoco en hechos genéricos, sino que deben concretarse en acciones humanas adecuadamente descrita en la ley penal.

Este principio no requiere mayor análisis con respecto a la figura del agente encubierto, ya que no incide la actividad del agente en este principio.

3.2.1.6 Principio de culpabilidad.

Este principio se refleja como el elemento subjetivo o sociológico del delito. Ningún comportamiento humano es valorado como una acción si no es producto de una decisión, en consecuencia un hecho no puede ser castigado, si no es intencional, esto es, realizado con consciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer la conducta o resultado de la misma.

Con respecto a este principio, ciertamente pueden surgir problemas con el agente encubierto, en la medida que dentro de la actividad que este despliega induzca a la comisión de algún delito, o derechamente lo provoque, en este caso, desde el punto de vista del sujeto provocado que ha sido engañado por el agente encubierto, realiza una conducta típica “presionado” por el agente encubierto, y esto se puede deber a que exista error por parte del sujeto que realiza la conducta típica.

3.2.1.7 Principio de jurisdiccionalidad.

El principio de Jurisdiccionalidad señalado por Ferrajoli, consiste en que el proceso es la actividad necesaria para obtener la prueba del delito cometido por un sujeto, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún

delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena.¹³⁴

El principio anterior sirve para criticar la regulación del agente encubierto contemplada en la ley 19.974, ya que se faculta al agente encubierto, sin necesidad de autorización judicial, para introducirse en organizaciones sospechosas de actividades criminales, con el objeto de obtener información y recabar antecedentes que sirvan de base al proceso de inteligencia. En ese contexto surge la pregunta ¿va ser válida la prueba obtenida, si no hay autorización judicial, o juicio regular?¹³⁵

3.2.1.8 Principio acusatorio.

A grandes rasgos el principio acusatorio se caracteriza por la separación del juez y acusación. Esto implica la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y aquellos que desarrollan la función de acusación. Además esta separación es condición esencial de imparcialidad.

A primera vista no es necesario examinar el agente encubierto con este principio.¹³⁶

3.2.1.9 Principio de carga acusatoria de la prueba.

En un modelo acusatorio quien tiene la carga de la prueba es quien realiza la acusación, la carga de la prueba no la tiene ni el imputado ni el juez, este debe valorar la prueba obtenida, para así llegar a la convicción.¹³⁷

Es el Estado quien tiene la carga de la prueba, ya que este es el que va sustentar la acusación. El Estado puede obtener la prueba de diversas formas y una de ellas es a través del agente encubierto.

¹³⁴ FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., pp. 549 y ss.

¹³⁵ Véase artículo 31 inciso primero ley 19.974 “Los directores o jefes de los organismos de inteligencia militares o policiales, sin necesidad de autorización judicial, podrán disponer que uno de sus funcionarios, en el ámbito de las competencias propias de su servicio y en el ejercicio de las actividades señaladas en el inciso segundo del artículo 23, oculte su identidad oficial con el fin de obtener información y recabar antecedentes que servirán de base al proceso de inteligencia que se refiera esta ley, para tal objetivo podrá introducirse en organizaciones sospechosas de actividades criminales.”

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., pp. 567 y ss.

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., pp. 610 y SS.

En el caso de nuestro derecho, con el empleo del agente encubierto puede que se vulnere el derecho a guardar silencio contemplado en el artículo 93 letra g) del Código procesal penal, en el caso de prestar declaración, ya que la actividad del agente encubierto puede significar que el investigado haga una “*declaración informal*” sin saber que la está haciendo, ya que si obviamente supiera de esta intervención no haría tal “*declaración informal*”.

También el agente encubierto causa problemas, si hipotéticamente es invitado por el sujeto investigado a entrar en su domicilio. Es difícil pensar que el agente se niegue a entrar al domicilio, preocupándose de tener autorización judicial (ya que no sabe previamente). Con ello se podría vulnerar el artículo 19 n°4 de la Constitución Política, esto es, el derecho a la intimidad.

3.2.1.10 Principio de derecho a defensa.

El desplazamiento de la carga de la prueba sobre la acusación, implica un derecho a defensa del imputado. El derecho a defensa es un importante instrumento de impulso y control del modelo de prueba acusatorio, consistente en el contradictorio entre hipótesis de acusación y defensa y pruebas y contrapruebas.¹³⁸

Este principio se ve vulnerado por la actuación del agente encubierto, ya que pone en desigualdad de armas a quien está siendo investigado por el agente encubierto, más bien afecta el derecho a defensa. El derecho a defensa comprende un aspecto material y un aspecto técnico, el primero dice relación con la facultad de intervenir en el procedimiento penal y poder desvirtuar la persecución estatal; mientras que el segundo se refiere a contar con la asesoría de un letrado que cuente con los conocimientos jurídicos para hacer frente a la actividad estatal, para así poder igualar las posiciones de ambas partes.

Como señala Alberto Binder el imputado no tiene el deber de declarar la verdad, señala, sea que el imputado declare la verdad o que oculte información, no estará haciendo otra cosa que ejercer su derecho a la propia defensa y de ninguna manera incumpliendo un deber como el que tienen los testigos respecto

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., pp. 613 y ss.

de la declaración. Esto significa que es el imputado quien tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración. Consecuentemente, sólo él determinará lo que quiere o lo que no le interesa declarar.¹³⁹

Es decir, el agente encubierto, en su actuar puede que haga preguntas al investigado para recabar información, y estas podrían considerarse un interrogatorio prohibido¹⁴⁰, ya que el imputado estaría contestando las mismas inducido por el engaño, y sin las formalidades que contempla la normativa procesal para las declaraciones ante la policía.

Por tanto, aquí se menoscabaría su derecho a un debido proceso, ya que no se respetaría el derecho que tiene el imputado a guardar silencio, así como no tendría la posibilidad de solicitar un abogado defensor. En el fondo aparece disminuido el imputado en el procedimiento penal en relación al Estado.

3.3 Agente encubierto, Derecho Penal del Enemigo y Estado de derecho.

Nos referimos a la situación del derecho penal en la actualidad, sintetizando las críticas que señala Hassemer, para ahí ubicar al Derecho Penal del Enemigo.

Características tales como exacerbación de la idea de prevención, implementación de teorías funcionalistas, inflación penal en ciertos sectores del derecho, junto con muchos otros caracteres, son rasgos comunes que posee tanto el moderno derecho penal, y el Derecho Penal del Enemigo.

El agente encubierto a su vez, se relaciona de manera directa o indirecta con características del Derecho Penal del Enemigo, que si bien tiene su origen con anterioridad en las legislaciones penales de emergencia, aparece justificando y dándole operatividad al Derecho Penal del Enemigo.

Ello nos hace preguntarnos por la legitimidad del Derecho Penal del Enemigo, el que al negar la condición de personas a determinados individuos, y no reconocerle el sustrato ontológico inmanente a ellas, pasa a llevar la dignidad humana.

¹³⁹ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Editorial Ad-hoc, 1993, p.179.

¹⁴⁰ Véase artículo 195 del Código procesal penal.

Sin perjuicio de ello, analizamos si la institución del agente encubierto se condice con los principios de un Estado de Derecho democrático, encontrando una respuesta negativa en la mayoría de ellos, por cuanto su utilización implica lesionar más derechos de los que pretende salvaguardar, lesionando por tanto, principios constitutivos de la idea de Estado de Derecho.

Es así como: i) el principio de legalidad en su versión de estricta legalidad no se condice con la institución jurídica analizada, puesto que no se legitima sustancialmente, ejemplo de ello es que la actividad encubierta esencialmente implica no respetar el derecho que le asiste a todo imputado de guardar silencio (artículo 93 del Código Procesal Penal) y a ejercer en esos términos su derecho a defensa (artículo 19 n° 3 de la Constitución Política), lo que al mismo tiempo se relaciona con el principio de derecho a defensa.

ii) A su vez el principio de retribución penal es pasado a llevar en el sentido de la actividad encubierta permite la anticipación de la pena- por ejemplo a través de la prisión preventiva- y con ello la pena pierde el carácter de una sanción inferida con posterioridad al hecho delictivo.

iii) La desproporción de las penas asignadas a los ilícitos en los que el agente encubierto tiene competencia para actuar violenta el principio de proporcionalidad que debe guiar al derecho penal, ya que el principal objetivo de tal agente es lograr que los sujetos investigados sean condenados a tales penas.

iv) El principio de culpabilidad se ve menoscabado cuando el engaño es el principal motivo que induce a actuar ilícitamente al sujeto investigado.

v) Por otra parte, tampoco el agente encubierto satisface el principio de jurisdiccionalidad, en virtud de que la prueba obtenida no va ser fruto de un juicio regular, sino que-tal como acontece a propósito de la ley de la Agencia Nacional de Inteligencia (ley 19.974)- la actividad encubierta puede ser dispuesta sin necesidad de autorización judicial y con el objeto de recabar antecedentes que sirvan al proceso de inteligencia.

vi) De lo dicho puede colegirse que la figura del agente encubierto fue ideada para dar mayor eficacia a la resolución de problemas, pero que a su vez implican el elevado costo de violentar incluso garantías constitucionales de los

ciudadanos. Y por tanto choca con el objetivo del Estado de Derecho, ya que no respeta las garantías que deben sustentar la búsqueda y el logro de la prueba de la culpabilidad.

Capítulo 4: El Agente Encubierto en la legislación.

Plan de trabajo:

El presente capítulo tiene por objeto dar a conocer la regulación legal del agente encubierto, tanto en Chile como en Argentina y Alemania, ello con la finalidad de ver como se ha regulado esta figura en nuestro ordenamiento jurídico y ver las notas características que presenta la misma institución en el derecho comparado, lo que nos puede dar luz sobre el objetivo de esta institución y su función dentro del derecho penal.

4.1 En Chile.

Como ya habíamos señalado anteriormente la figura del agente encubierto se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico en dos cuerpos normativos: 1) ley 20.000 del año 2005, que sustituye la ley 19.366, que sancionaba el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y, 2) la ley 19.974 del año 2004, sobre el sistema de inteligencia del Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia

4.1.1 Ley 20.000.

El artículo 25 de esta ley contempla la figura del agente encubierto. En su inciso primero señala *“El Ministerio Público podrá autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores y, a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de esos servicios actúen en alguna de las dos calidades anteriores”.*

Por su parte el inciso segundo dice: *“Agente encubierto es el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación.”*

Inciso tercero dice: *“El agente encubierto podrá tener una historia ficticia. La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación deberá otorgar los medios necesarios para la oportuna y debida materialización de ésta.”*

El inciso final reza: *“El agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma.”*

Este artículo se encuentra en el Capítulo II que trata de las técnicas de investigación, en el mismo capítulo se trata de las entregas vigiladas o controladas, de la restricción de las comunicaciones y otros medios técnicos de investigación y del agente revelador e informante.

Siguiendo el inciso primero del artículo en comento, podemos señalar que el Ministerio Público puede autorizar la utilización de agentes encubiertos, es decir, se contempla dentro de las facultades del Ministerio Público, en la investigación de los delitos que contempla esta ley.

Esto se deberá encuadrar dentro de la normativa del Código Procesal Penal.

Primero, porque es el mismo artículo 24 de la ley el que así lo ordena *“...y uso de otros medios técnicos de investigación, se podrán aplicar respecto de todos los delitos previstos en esta ley y cualquiera sea la pena que merecieren, de conformidad a las disposiciones pertinentes del Código procesal penal”*¹⁴¹.

Segundo, por cuanto su utilización puede afectar derechos garantizados en la Constitución Política de la República de Chile y deberá ser controlada por el Juzgado de Garantía. Lo anterior en razón del artículo 80 A de la Constitución Política que señala *“El Ministerio Público podrá impartir ordenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que*

¹⁴¹ Artículo 24 inciso primero, ley 20.000 reza así: ” Las medidas de retención e incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros

esta constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, **requerirá autorización judicial previa**". A su vez el artículo 9 del Código Procesal Penal establece "Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá autorización judicial previa".

En definitiva la utilización de agente encubierto por parte del Ministerio Público, necesariamente deberá ser aprobada por el órgano jurisdiccional correspondiente, en la medida que implique afectación de derechos garantidos por la Constitución, como sería el ingreso a la morada de la morada del investigado por el agente encubierto, la grabación de conversaciones, entre otras. Aunque esto implicaría distinguir entre dos *momentos* de la investigación: una primera etapa de "exploración del ambiente", en la que no sería necesaria la autorización judicial previa ya que no se afectaría garantías constitucionales; y una segunda etapa cuando la investigación se dirige contra una persona determinada, donde si sería necesaria la autorización judicial con respecto al agente encubierto.¹⁴²

Es decir, sobre el empleo de agentes encubiertos, bajo esta ley encontramos un control jurisdiccional, en la medida que se afecten garantías constitucionales.

Todavía analizando el inciso primero, se advierte que pueden ser agentes encubiertos no solo funcionarios policiales sino también civiles informantes de la policía, a propuesta de dichos funcionarios. Lo que a nuestro entender no nos parece del todo adecuado, ya que se estaría ampliando la posibilidad de realizar investigaciones "policiales", a quienes no han pasado por estrictos exámenes de ingreso, admisión, evaluaciones psicológicas, entre otras.

El inciso segundo contempla una definición legal del agente encubierto, el campo de actuación son organizaciones delictivas o meras asociaciones o grupos con propósitos delictivos. Con respecto a este punto, como lo habíamos señalado anteriormente, se habla de *meras asociaciones o grupos con propósitos delictivos*,

medios técnicos de investigación, se podrán aplicar respecto de todos los delitos previstos en esta ley y cualquiera sea la pena que merecieren, de conformidad a las disposiciones pertinentes del Código procesal penal"

¹⁴² RIQUELME PORTILLA, Eduardo. "El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo", en Revista Electrónica Política Criminal n°2, A2, 2006, <http://www.politicacriminal.cl/>

o sea, basta para que se pueda introducir un agente encubierto, el que haya dos personas que se apresten a cometer delitos, sin que en la práctica se haya realizado algún ilícito; y donde el solo hecho de pertenecer a la organización es delito y circunstancia agravante¹⁴³.

El inciso tercero del artículo en comento se refiere a la función que le cabe al Servicio del Registro Civil en relación con la identidad del agente encubierto, ya que este organismo público deberá otorgar los medios necesarios para la oportuna y debida materialización de la identidad ficticia del agente.

La función que debe cumplir este organismo no es menor, ya que esta identidad ficticia-mas bien su materialización en la práctica, a través de documentos y registros de datos falsos – permite dar un grado de verosimilitud al engaño que esta montando el Estado. No esta demás decir, que este aspecto no estaba regulado en el artículo 34 de la ley 19.366 que contemplaba el agente encubierto.

El inciso cuarto del artículo 25 define el *agente revelador* como el funcionario policial que simula ser comprador a adquirente, para sí o para terceros, de sustancias sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga. Aquí el legislador quiere diferenciar tajantemente el agente encubierto del agente revelador.

¿Pero cual es la razón de ello? Con la antigua regulación del agente encubierto (de la ley 19.366), no se regulaba el agente revelador, por lo que perfectamente la compra de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, a través del agente encubierto, la podríamos considerar como un hecho provocado, propio de un agente provocador. Es mas, la jurisprudencia se ha pronunciado en ese sentido, ya que la compra de droga unido a otros factores tales como el entorno socio-cultural, la entidad del monto de droga involucrado, o simplemente la operación de compra y venta de droga, son capaces de incitar el delito, de provocar el delito, declarando la intervención del agente encubierto como ilegal.¹⁴⁴La consecuencia de ello es que se limita la actividad del juez, ya que

¹⁴³ Artículo 16 y 19, ley 20.000.

¹⁴⁴ Véase fallos rol 75.214-2001, 61.795-1999, 66.876-2000 todos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

antes contaba con un margen de apreciación que le permitía declarar determinadas conductas del agente encubierto como ilegales, ahora se ve vinculado normativamente a justificar la conducta del agente revelador.

El inciso final del artículo en análisis, indica que el agente encubierto queda exento de responsabilidad criminal con respecto a los delitos en que deba incurrir o que no haya podido impedir, y sólo hace referencia a que estos delitos sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma.

Es importante señalar que la disposición no hace distinción con respecto a los delitos que el agente encubierto pudiera cometer, como señaló el profesor Juan Bustos en la discusión del proyecto de la ley 20.000, que no excluía los delitos contra las personas.¹⁴⁵ Sólo hace referencia a que sean consecuencia necesaria de la investigación y que guarden la debida proporcionalidad con la misma, lo que deberá en definitiva determinar el juez, pero que le da un amplio margen de discrecionalidad.

Si vemos en el derecho comparado, el artículo 31 de la ley argentina sobre estupefacientes n° 23.737 hace punible al agente encubierto, si el delito en el que incurrió pone en peligro cierto la vida o integridad física de una persona, o le impone un grave sufrimiento físico o moral.

Como propuesta de *lege ferenda* estimamos que se debería: 1) incluir un catálogo no taxativo de aquellos delitos en que no se aplique la exención de responsabilidad criminal; o bien, 2) adoptar una disposición similar a la argentina, a la que se ha hecho referencia mas arriba.

Por su parte, el artículo 24 de la ley 20.000, dentro del párrafo 2° “*De la restricción de las comunicaciones y otros medios técnicos de investigación*”, abre la posibilidad de utilizar el agente encubierto sin importar la entidad del delito. Esto es así, ya que la norma citada señala que dentro de otros medios técnicos de investigación distintos a los que ese artículo enumera, y que cabe incluir al agente

¹⁴⁵ HISTORIA DE LA LEY, LEY 20.000 (DIARIO OFICIAL 16 FEBRERO 2005), Santiago. Chile, 2005, Vol II, p. 374.

encubierto, *se podrá aplicar a todos los delitos previstos en esta ley, cualquiera sea la pena que merecerien.*¹⁴⁶

A nuestro entender, esto merece reparos, ya que con esto, se estaría violando el principio de proporcionalidad que rige un Estado de Derecho, y que se hace patente en el derecho penal. En otras palabras, utilizar un medio de investigación tan intenso, en afectación de derechos y en que el Estado tiene que convertirse en criminal para lograr sus objetivos, es desproporcional para estos últimos. Si es discutible la actuación de este frente a “grandes organizaciones criminales”, aún más lo es en el caso de delitos donde hay pocas cantidades de drogas involucradas, donde el delito es de baja entidad, por ejemplo en el caso del microtráfico. La jurisprudencia ha señalado, en algunos casos, que es contrario al Estado de Derecho la intervención del agente encubierto, ya que actúa como instigador forzando la venta de pequeñas dosis de droga.¹⁴⁷

Por último, con respecto al tratamiento del agente encubierto en este cuerpo legal, es necesario señalar que en los artículos 30 y ss, contemplan medidas de protección para los agentes encubiertos (y para testigos, peritos, entre otros) para asegurar la eficacia de su utilización en una determinada investigación.

4.1.2 Ley 19.974.

El artículo pertinente en la materia es el artículo 31, que en su inciso primero dispone: *“Los directores o jefes de los organismos de inteligencia militares o policiales, sin necesidad de autorización judicial, podrán disponer que uno de sus funcionarios, en el ámbito de las competencias propias de su servicio y en el ejercicio de las actividades señaladas en el inciso segundo del artículo 23, oculte su identidad oficial con el fin de obtener información y recabar antecedentes que servirán de base al proceso de inteligencia que se refiera esta ley, para tal objetivo podrá introducirse en organizaciones sospechosas de actividades criminales.”*

El inciso segundo dice: *“La facultad a que se refiere el inciso primero comprende el disponer el empleo de agentes encubiertos, y todos aquellos actos*

¹⁴⁶ Véase artículo 24 inciso primero, ley 20.000.

¹⁴⁷ Véase fallo 75.214-2001 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

necesarios relativos a la emisión, porte y uso de la documentación destinada a respaldar la identidad creada para ocultar la del agente.”

Este artículo se encuentra dentro del título V intitulado “*De los procedimientos especiales de obtención de información*”.

El inciso primero del artículo 31 señala que pueden ser agentes encubiertos, funcionarios policiales y miembros militares, ampliando a estos últimos (con respecto a la ley 20.000) la detentación de esa calidad.

Quienes tienen la facultad de emplear agentes encubiertos bajo el marco de esta ley, son los directores o jefes de los organismos de inteligencia militares o policiales. Pero lo más importante es que pueden disponer de la actividad de un agente encubierto sin necesidad de una autorización judicial, es decir, aquí no hay un control jurisdiccional como en el caso de la ley 20.000. Esto nos parece criticable, ya que la utilización del agente encubierto va quedar sujeto a la discrecionalidad del director o jefe del organismo de inteligencia, sin que esa decisión sea revisada por un órgano jurisdiccional, que puede justificar o rechazar tal decisión. Toda vez que el agente encubierto es un método intrusivo e intenso en la afectación de derechos. Aquí el legislador ingenuamente piensa que el agente encubierto recabará antecedentes sin infringir ningún derecho, como un mero espectador pasivo.

A su vez, siguiendo con el inciso primero del mismo artículo, se señala que se podrá disponer del empleo de agentes encubiertos, en el ámbito de las competencias propias de los servicios de inteligencia y en el ejercicio de las actividades que señala el inciso segundo de artículo 23. Las actividades que se refiere el artículo 23 son actividades de inteligencia y contrainteligencia¹⁴⁸, que tiene por objeto resguardar la seguridad nacional y proteger al país del terrorismo, crimen organizado y narcotráfico.

¹⁴⁸ La misma ley en su artículo 2º define inteligencia como: proceso sistemático de recolección, evaluación y análisis de información, cuya finalidad es producir conocimiento útil para la toma de decisiones; y contrainteligencia como: aquella parte de la actividad de inteligencia cuya finalidad es detectar, localizar y neutralizar las acciones de inteligencia desarrolladas por otros Estados o por personas, organizaciones o grupos extranjeros, o por sus agentes locales, dirigidas contra la seguridad del Estado y la defensa nacional.

Es decir, este artículo abre la posibilidad de utilizar un agente encubierto en delitos que digan relación con terrorismo, narcotráfico y crimen organizado, a diferencia de la ley 20.000, en que su actuación se restringe a los delitos que contempla esa misma ley. Siendo su objetivo el resguardar la seguridad nacional, que es un concepto jurídico difuso y de difícil delimitación.

Además la utilización del agente encubierto, destinada a obtener información y recabar antecedentes que servirán de base al proceso de inteligencia, no dice necesariamente relación con un *proceso jurisdiccional*, lo que hace mas difícil su control en una sociedad democrática.

También es útil destacar en relación con el artículo 31 de la ley 19.974, que los agentes encubiertos podrán introducirse para cumplir con su objetivo en *organizaciones sospechosas criminales*, esta expresión normativa da pie para que se pueda utilizar esta técnica encubierta en cualquier organización sospechosa de cometer ilícitos, sin restringir su ámbito de aplicación, en circunstancias de que esta institución debería ser excepcional y taxativa.

La regulación del agente encubierto en esta ley, no se refiere a la exención de responsabilidad criminal, en el caso de que el agente encubierto en su actividad de recabar información y antecedentes, incurriera en algún delito. Por lo tanto, si el agente encubierto incurre en un delito en el despliegue de su actividad, dicha conducta típica será punible, ya que deben regir las reglas de Derecho Público, por cuanto el agente encubierto puede hacer sólo aquello que le está expresamente permitido.

Por último, el inciso segundo dice relación con la materialización de su identidad ficticia, lo que va permitir desplegar su actividad en la práctica. Tópico que también se regula en la ley 20.000.

4.2 Derecho comparado.

A continuación revisaremos sucintamente el tratamiento legal del agente encubierto en la experiencia comparada.

4.2.1 En Argentina.

En la legislación argentina, la figura del agente encubierto se contempla en la Ley de Estupefacientes¹⁴⁹, específicamente en el artículo 31 bis¹⁵⁰. La incorporación de dicha técnica investigativa se debe a "la insuficiencia de los medios investigativos en los delitos que se refieren al tráfico ilícito de estupefacientes y la consecuente necesidad de hacer más eficaz el sistema penal en la persecución de dichos delitos."¹⁵¹

4.2.1.1 Requisitos de procedencia

Para que sea procedente la designación de un agente encubierto, es necesario que exista una investigación iniciada por una autoridad judicial, no están permitidas las operaciones de "pesca".¹⁵²

También, para la designación del agente encubierto, se exige que esa necesario: 1) la comprobación del delito, 2) impedir la consumación de un delito, 3) la individualización de los autores, cómplices o encubridores, 4) la detención de los mismos, y 5) la obtención y aseguramiento de los medios de prueba.¹⁵³

4.2.1.2 ¿Quiénes pueden ser agentes encubiertos?

La ley señala que serán agentes encubiertos, los agentes de las *fuerzas de seguridad* en actividad¹⁵⁴, produciendo una discusión en el sentido de que no podrían ser agentes encubiertos los funcionarios policiales, ya que en su legislación se define las fuerzas policiales como distintas a las fuerzas de seguridad. Pero, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha reconocido la posibilidad de que funcionarios policiales actúen como agentes encubiertos.

¹⁴⁹ Ley 23.737.

¹⁵⁰ incorporado por ley 24.242 modificatoria de la ley 23.737 en el año 1995.

¹⁵¹ RENDO, Ángel Daniel. *Agente Encubierto* en [http:// www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm](http://www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm), p.2

¹⁵² O también llamadas "expediciones de pesca": son aquellas investigaciones que realiza el agente encubierto sin que exista o este en curso una investigación judicial. Es decir, son aquellas indagaciones que emprende al agente encubierto sin un objetivo preciso ni determinado.

¹⁵³ RENDO, Ángel Daniel. *Agente Encubierto* en [http:// www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm](http://www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm), p.2

¹⁵⁴ El artículo 1 del Decreto Nacional 1273/92, reglamentario de la ley 24.509 sobre Seguridad interior señala que "se entiende por fuerzas de seguridad a la Prefectura Naval Argentina y a la Gendarmería Nacional y **como fuerzas policiales a la Policía Federal Argentina y a las policías provinciales**", por lo tanto se excluiría a los funcionarios policiales como agentes encubiertos.

Un punto importante, dice relación con la designación del agente encubierto, esta debe tener lugar “*si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo*”.¹⁵⁵ Esto, que podría ser interpretado en el sentido de que el agente encubierto es un instrumento de última ratio en la investigación penal, es decir, una vez que se han agotado todas las alternativas, ha sido interpretado por la mayoría de los autores, en el sentido de que se va utilizar (aún que no se hayan agotados otras alternativas), si no hay otras técnicas investigativas que aseguren el éxito de la investigación.¹⁵⁶

4.2.1.3 Ámbitos de actuación

El agente encubierto puede actuar:

- 1) Incorporándose a una organización delictiva, pasa a ser integrante de la organización.
- 2) Participando criminalmente en algún delito relativo al narcotráfico, ya sea realizar conducta delictivas con el objeto de ganar la confianza de los integrantes de la organización criminal, o cumpliendo ordenes de los integrantes de tal organización.

4.2.1.4 Punibilidad del agente encubierto

El artículo 31 ter de la ley 23.737 señala que “*no será punible el agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que este no implique poner en peligro la vida o integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico y moral a otro*”.

Lo anterior, implica que para que la actuación del agente encubierto sea impune, se deben cumplir dos requisitos:

- 1) que exista una relación directa entre el delito que se comete y la actividad encubierta.

¹⁵⁵ Artículo 6 de la Ley 24.242 modificatoria de la ley 23.7373 (Ley de Estupeficientes)

¹⁵⁶ RENDO, Angel Daniel, ob. cit., p.3.

2) el agente se hubiese visto compelido a cometer el delito, es decir, que no tuviera otra alternativa para impedir el fracaso de su misión y, eventualmente, peligro para su propia vida.

Asimismo, el artículo señala los casos en que los delitos en que incurre el agente encubierto son punibles: a) los que ponen en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona, y b) los que imponen un grave sufrimiento físico o moral.¹⁵⁷

Por último, también es necesario señalar, que se contemplan medidas de protección para el agente encubierto, así como el derecho a permanecer activo o a acogerse a un régimen especial de retiro en cuanto a antigüedad y remuneraciones, en caso de que haya sido descubierto.¹⁵⁸

4.2.2 En Alemania

La ley que introdujo el agente encubierto fue la “Ley para el tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada”¹⁵⁹, produciendo modificaciones en la StPO.¹⁶⁰

4.2.2.1 ¿Quiénes son agentes encubiertos?

El agente encubierto es un miembro del servicio policial que indaga bajo una identidad alterada, otorgada por un período limitado de tiempo.¹⁶¹ Por lo tanto se excluyen de esta definición los agentes de policía que se hayan infiltrado ocasionalmente.

4.2.2.2 Identidad ficticia

La identidad falsa recibe el nombre de *Legende*, y para la construcción y mantención v de esta identidad, se admite la confección, modificación y utilización

¹⁵⁷ RENDO, Angel Daniel, ob. cit., p. 7.

¹⁵⁸ Artículo 31 quinquies ley 23.737.

¹⁵⁹ Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität-OrKG del año 1992.

¹⁶⁰ StPO: Strafprozeßordnung, Código procesal penal alemán.

¹⁶¹ Artículo 110a II StPO.

de los documentos respectivos (artículo 110a III). La doctrina señala que estos documentos son aquellos que certifican la identidad tales como identificación personal, pasaporte, licencia de conducir; pero excluye la posibilidad de alterar registros y libros públicos.¹⁶²

4.2.2.3 Ámbito de actuación

El agente encubierto va actuar en los siguientes supuestos:

- a) En el caso de delitos cometidos en el ámbito de tráfico de estupefacientes y de armas, de falsificación de dineros o valores; en el ámbito de protección del Estado; en el caso de hechos cometidos en forma profesional y habitual; y en el caso de hechos cometidos por el miembro de una banda o grupo de otro modo organizado. Que sean de considerable significado, hayan sido cometidos, o exista sospecha de su comisión.
- b) Delitos castigados con una pena privativa de libertad mínima de 1 año, o superior, siempre que exista el peligro de reiteración.
- c) En el caso de delitos de la letra anterior, pero que no haya peligro de reiteración, cuando el especial significado del hecho exiga la intervención y otras medidas resultaren inútiles.¹⁶³

También es importante destacar, que para que actúe el agente encubierto se requiere el consentimiento de la fiscalía, sin embargo sólo puede rechazar o consentir la intervención, mas no puede ordenarla en contra la voluntad de la policía.

Por último, la regulación legal no hace referencia, a los delitos que pudiera cometer el agente encubierto en el desarrollo de su actividad. La doctrina señala que el agente encubierto no puede cometer delitos durante la intervención, y en caso de que esto suceda, se admite la posibilidad de esgrimir un estado de necesidad justificante (parágrafo 34 StGB) o un estado de necesidad disculpante (parágrafo 35 StGB).^{164 165}

¹⁶² GUARIGLIA, Francisco, ob. cit.

¹⁶³ GUARIGLIA, Francisco, ob. cit.

¹⁶⁴ GUARIGLIA, Francisco, ob. cit.

¹⁶⁵ StGB: Strafgesetzbuch, Código penal alemán.

En virtud de lo señalado precedentemente, es posible sostener que en nuestra regulación legal, los delitos en que incurra el agente encubierto y que van a quedar exentos de responsabilidad criminal, no hace ningún distingo en relación a si son delitos contra las personas o no. A diferencia de la legislación argentina que hace punible aquellas conductas que ponen en peligro la vida o integridad física de las personas, o le impone un grave sufrimiento físico o moral.

También podemos indicar que el agente encubierto en Chile no sólo va desplegar su actividad en delitos de tráfico de drogas, sino que también en aquellos casos de terrorismo, crimen organizado, y en definitiva todo aquello que afecte la seguridad nacional. Esto se asemeja en cierto sentido a la regulación legal de Alemania que contempla un amplio abánico de delitos donde puede intervenir el agente encubierto.

Capítulo 5: El Agente Encubierto. Problemas dogmáticos.

Plan de trabajo:

El presente capítulo tiene por objeto analizar algunos problemas dogmáticos que se pueden presentar en la actuación del agente encubierto, y eventualmente la afectación de determinados derechos que ello conlleva.

5.1 Doble engaño. Límite para el engaño.

Con respecto a este punto, se ha planteado que la técnica del agente encubierto implica un doble engaño, tanto de identidad como de intenciones. El agente encubierto, oculta su verdadera identidad, para establecer una relación de confianza con el investigado. Pero también, lo que hace es ocultar sus intenciones, ya que el objeto de esta técnica encubierta es obtener información relevante para la satisfacción de determinados intereses públicos o privados.¹⁶⁶

Se ha discutido en torno al límite del engaño, en el sentido de que en la actividad del agente encubierto, el engaño no puede sobrepasar el mero uso de la identidad ficticia (esto es, la utilización de pasaportes, licencias de conducir o cédula de identidad), no pudiendo utilizar otros medios para ocultar su actividad, como por ejemplo, para lograr que se le permita el ingreso al domicilio del investigado, el agente encubierto se haga pasar por empleado de la administración del edificio en que habita el investigado.¹⁶⁷

5.2 Conversaciones similares a un interrogatorio. Valor probatorio.

Es muy probable que el agente encubierto durante su actuación va desarrollar conversaciones con quien esta siendo investigado, para recabar la mayor información posible. La problemática que se plantea entonces, es que las conversaciones que en ese ámbito se desarrollan serían similares a un interrogatorio, pero sin las formalidades del mismo, como sería por ejemplo que se advirtiera al investigado que se le va a someter a uno.

¹⁶⁶ CONTRERAS ALFARO, Luis, ob. cit.

¹⁶⁷ HILGER, Hans; Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG en "Neue Zeitschrift für Strafrecht". Manchen, 1993 citado por GUARIGLIA, Francisco, ob. cit.

El problema de las conversaciones similares a un interrogatorio se vincula directamente con el principio de “no declarar contra si mismo”, con el derecho a guardar silencio, con el principio “nemo tenetur se ipsum accusare”.

En Alemania, se ha discutido en torno a la aprovechabilidad de los conocimientos adquiridos por el agente encubierto, a través de un diálogo similar a un interrogatorio.

Hay unos que se inclinan por la plena aprovechabilidad de estos conocimientos¹⁶⁸, mientras que otros postulan que sobre estos recae una prohibición de valoración probatoria¹⁶⁹.

Para la primera posición se ha sostenido, que si en el caso de las investigaciones encubiertas, tuviera consecuencias distintas la omisión de advertencia (más adelante veremos la importancia del caso Miranda en la jurisprudencia norteamericana), que para el caso de investigaciones normales, se vería vulnerado el interés del imputado, en el sentido de tener un procedimiento en concordancia con el Estado de Derecho. Esto porque el debido proceso quedaría por debajo de la investigación encubierta.

Por su parte, la jurisprudencia de los tribunales alemanes¹⁷⁰ ha señalado que el deber de advertencia se vincula directamente al principio de que nadie se encuentra obligado en el procedimiento penal a declarar contra si mismo, principio que el tribunal alemán deduce de la dignidad humana, el derecho a la personalidad, y el debido proceso. A mayor abundamiento el tribunal señala que el principio a no declarar contra sí mismo se encuentra positivizado en el ordenamiento jurídico, a través del artículo 14 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Otro argumento que se ha esgrimido para sustentar esta posición, consiste en que de acuerdo a la dogmática procesal alemana, el único proceso comunicativo entre un órgano procesal y un particular que admite la normativa procesal penal alemana (StPO: Strafprozess Ordnung) es el interrogatorio, y este

¹⁶⁸ KLEINCKNECHT, Theodor; MEYER GOBNER, Lutz. *Strafprozeßbrung*. 41ª edición, Munchen, 1994 citado por GUARIGLIA, Francisco, ob. cit.

¹⁶⁹ NACK, Armin. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßbrung*. Munchen, 1993 citado por GUARIGLIA, Francisco, ob. cit.

¹⁷⁰ Fallo de BGH (Bundesgerichtshof: Tribunal Federal Alemán) del 21 de julio de 1994.

es un proceso que se caracteriza por la transparencia. En consecuencia, sólo un proceso comunicativo que respete las reglas establecidas por esta normativa puede considerarse como un interrogatorio admisible, y solo entonces es posible la valoración de la información así obtenida. Por lo tanto, una conversación similar a un interrogatorio llevada a cabo sin advertencia previa de parte del agente encubierto, genera una prohibición de valoración probatoria.

La otra posición, sostiene que las conversaciones que desarrolla el agente encubierto con quien esta siendo investigado, no constituirían interrogatorios, por lo tanto no se sujetarían a las normas procesales que para estos casos establece el ordenamiento jurídico alemán. Más bien, la jurisprudencia ha sostenido que las normas que provee el ordenamiento procesal alemán para los interrogatorios no se aplican a estos “cuestionarios informales” llevados a cabo por la policía.

Esta es de algún modo la solución que ha adoptado la Corte Suprema de los Estados Unidos, para evitar una prohibición de valoración probatoria en caso de declaraciones frente a un agente encubierto (*undercovert agent*), sin que se les haya hecho la advertencia previa (*warning*) exigida por el máximo tribunal a partir del fallo *Miranda versus Arizona* . El máximo tribunal de Estados Unidos ha sostenido que la advertencia previa sólo es aplicable a la “custodial interrogation”, esto es, al interrogatorio efectuado por funcionarios policiales sobre una persona que ha sido detenida o privada de libertad de un modo significativo, donde el imputado se sentirá compelido a hablar si se encuentra en un ambiente que lo presiona a ello (atmósfera coercitiva), si se encuentra en una “*police-dominated atmosphere*”. Cosa que no ocurre cuando el individuo se encuentra encarcelado y habla libremente -con quien cree erróneamente- que es su compañero de celda, en circunstancias de que es un agente encubierto, por lo tanto aquí la Corte rechazó la exclusión de la valoración probatoria, por no existir la atmósfera coercitiva sobre el imputado.

En Argentina también se ha presentado esta problemática, ello debido a que el principio de que “nadie esta obligado a declarar contra si mismo”, esta

reconocido por la legislación trasandina,¹⁷¹ tanto en el ámbito constitucional y legal.

La doctrina ha señalado, que solo la declaración del imputado, obtenida por un procedimiento respetuoso de estas reglas, puede ser valorada ampliamente por los jueces para fundar sus juicios o decisiones sobre la reconstrucción del comportamiento atribuido, objeto del proceso, si, a la vez, respeta demás reglas de garantía que la rigen (asistencia técnica, declaración judicial, conocimiento previo de la imputación).¹⁷²

A partir de lo anterior Fabricio Guariglia, concluye que la información obtenida por un agente encubierto a través de interrogatorios informales no puede ser valorada en un procedimiento penal, prohibición que comprende tanto a la eventual prueba inmediatamente obtenida a partir de dichos del imputado, por ejemplo su confesión respecto de la comisión del delito, como a la prueba mediata, como por ejemplo el botín encontrado mediante dicha información. Esto es el efecto extensivo o doctrina del fruto del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*).^{173 174}

Ahora en el caso de nuestro país, también se puede presentar este problema en torno a la actuación del agente encubierto, por cuanto, en nuestro ordenamiento jurídico el principio “a no declarar contra si mismo” es recogido por los tratados internacionales Pacto de San José de Costa Rica y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos tratados suscritos y ratificados por Chile¹⁷⁵ .

¹⁷¹ Artículo 18 de la Constitución Nacional, artículo 8 n° 2º letra g del Pacto de San José de Costa Rica, artículo 14 n° 3º letra g del Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

¹⁷² MAIER, Julio. *Derecho procesal penal argentino*. Edit Hammurabi, Buenos Aires, 1980, p. 436.

¹⁷³ GUARIGLIA, Francisco, ob. cit.

¹⁷⁴ MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal II parte general: Sujetos Procesales*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1ª Edición, 2003, p. 140 señala “...se ha discutido el alcance de la prohibición: se trata de saber si ella queda circunscripta al resultado *directo* del acto irregular o se extiende, *indirectamente*, a otros resultados de actos regulares, pero que solo pudieron ser llevados a cabo gracias al conocimiento obtenido irregularmente. La Corte Suprema de los EE.UU. consiguió propagar universalmente su terminología para ubicar el problema; llamo la extensión: *doctrina del fruto del árbol venenoso (fruit of the poisonous tree doctrine)*. La ciencia jurídica alemana conoce el fenómeno bajo el rubro de *efecto extensivo (Fernwirkung)*...”

¹⁷⁵ Artículo 14 número 3 letra g) del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8 número 2 letra g) del Pacto de San José de Costa Rica. Ambos son tratados internacionales de Derechos Humanos, por lo que tienen jerarquía constitucional, algunos incluso señalan que tendrían una jerarquía supra constitucional.

Además, la garantía procesal en comento, tiene reconocimiento constitucional, ya que se deriva del artículo 19 n° 7 de la Constitución Política de la República de Chile, que asegura a todas las personas la libertad personal y seguridad individual. Por cuanto, la norma constitucional busca prohibir toda forma de coerción que elimine o restrinja la libertad de decidir acerca de lo que le conviene o desea expresar.¹⁷⁶

Esto se ve reflejado también a nivel legal, el principio “nemo tenetur se ipsum accusare”, se encuentra en el artículo 93 letra g) del Código procesal penal, que contempla el derecho a guardar silencio, que tiene el imputado.

El derecho a guardar silencio como señala Tavolari, esta íntimamente relacionado - como ya hemos indicado anteriormente- con los “Miranda rights”¹⁷⁷, pero con la diferencia que en la experiencia estadounidense, todo lo que diga el imputado podrá y será usado en su contra ante el tribunal. Tavolari dice que el derecho a guardar silencio se contempla en el artículo 93 letra g), artículo que también señala que si el imputado consintiere declarar, no se le podrá imponer hacerlo bajo juramento, regla coherente con el artículo 194 del Código procesal penal, que es la declaración voluntaria del imputado.

En la Constitución de Estado Unidos en su enmienda V quedó establecida la garantía de no ser compelido, en un proceso criminal, a dar testimonio contra si mismo. Con el caso *Miranda versus Arizona* esta garantía alcanzó su máxima extensión, señalando que cuando una persona se halla bajo custodia policial es interrogada, tiene que ser informada de:

- 1) su derecho a guardar silencio;
- 2) lo que diga puede ser usado en su contra;
- 3) su derecho a contar con un abogado presente durante el interrogatorio;
- 4) su derecho a asesorarse con el abogado antes de hablar;

¹⁷⁶ ZAPATA GARCIA, Maria Francisca. *La prueba ilícita*. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004, p.86.

¹⁷⁷ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 169.

5) la posibilidad de tener un abogado pagado por el Estado en caso de carecer de recursos.¹⁷⁸

Por otro lado, en nuestro ordenamiento jurídico, se establece que el Ministerio Público, es el órgano de persecución penal encargado de investigar los hechos que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado.¹⁷⁹

La investigación que realiza este órgano, se divide en investigación desformalizada e investigación formalizada.

La primera, corresponde a la fase en la cual los órganos de persecución penal han tomado conocimiento de la existencia del hecho punible, pero no han concurrido ante el Juez de Garantía a formalizar la investigación en contra de un imputado. Esta fase de investigación es unilateral y reservada, en la cual el Ministerio Público va recopilando antecedentes con el auxilio de la policía.

La segunda, corresponde a aquella etapa en la cual ha concurrido ante el Juez de Garantía a formalizar la investigación en contra del imputado, esto es, le comunica que se desarrolla una investigación actualmente en su contra.

Por su parte, el artículo 7 del Código procesal penal señala que el imputado *es la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia*. Luego, el inciso segundo del mismo artículo señala lo que se entiende por primera actuación del procedimiento como *cualquier diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible*.

A su vez, el artículo 93 del Código procesal penal expresa que *todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes. En especial tendrá derecho a: g) guardar*

¹⁷⁸ ZAPATA GARCIA, ob.cit., p. 90.

¹⁷⁹ Artículo 80 A de la Constitución Política de la República de Chile.

silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento.

Si seguimos la lógica que nos da el Código procesal penal, en caso de que el fiscal del Ministerio Público, autorizara la actuación del agente encubierto en un caso en particular, en virtud del artículo 25 de la ley 20.000, y este agente estatal desarrollara conversaciones similares a un interrogatorio, se vería transgredido el derecho a guardar silencio del imputado. Por cuanto este tiene tal calidad desde que el fiscal inició la investigación, por ende desde que ordenó la actuación de agentes encubiertos, acompañadole desde el primer momento el derecho a guardar silencio en virtud del artículo 93.

Es más, la normativa procesal penal señala, que la policía no puede jamás interrogar autónomamente a un imputado que se encuentra sin su defensor, en ese caso sólo podrá hacer las preguntas para constatar la identidad del sujeto¹⁸⁰, y la declaración que se haga se recibirá luego de comunicados sus derechos, especialmente el de guardar silencio.¹⁸¹

A todo lo anterior se agrega, que se podría considerar que las preguntas que al agente encubierto efectúa al investigado consistiría en un genuino interrogatorio prohibido. El artículo 195 del Código procesal penal señala que están prohibidos los métodos de interrogación y de interrogatorio que menoscaben la libertad del imputado para declarar, no pudiendo ser sometido a ninguna clase de coacción. Mientras que el inciso segundo del mismo artículo, prohíbe todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, señalando varios ejemplos, entre ellos, el engaño. Es precisamente mediante el engaño que el agente encubierto obtiene del investigado la declaración que reproducirá en juicio o que servirá para obtener otras pruebas.¹⁸²

¹⁸⁰ Artículo 91 del Código procesal penal.

¹⁸¹ ZAPATA GARCIA, ob.cit., p. 92.

¹⁸² RIQUELME PORTILLA, Eduardo “*El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo*”, en Revista Electrónica Política Criminal n°2, A2, 2006, <http://www.politicacriminal.cl/>

Por lo tanto la prueba obtenida de esta forma por el agente encubierto, al transgredir el derecho a guardar silencio, -que se puede derivar del artículo 19 n° 7 de la Constitución política, y expresamente consagrado en Tratados Internacionales con rango constitucional- se le aplicaría la regla de exclusión, por ser obtenida con inobservancia de derechos fundamentales, y por ende no podría ser valorada en el procedimiento penal.

5.2.1 Otros derechos afectados

Por último, es necesario señalar que relacionado con lo expuesto anteriormente, podemos señalar que hay una transgresión al derecho a defensa consagrado en la Constitución Política en el artículo 19 n° 3¹⁸³.

Alberto Binder, señala que el derecho a defensa, comprende la defensa material, que es la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesaria para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúa, actividades que pueden sintetizarse en la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo, la de probar los hechos que el mismo invoca, valorar la prueba producida y exponer las razones fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable; y la defensa técnica.^{184 185}

Entonces tenemos que el derecho a guardar silencio, es una manifestación viva del derecho a defensa y asiste al imputado desde los actos iniciales del procedimiento hasta su término. Ello trae como consecuencia la proscripción del sistema procesal penal de todo mecanismo coactivo, al igual que toda argucia, engaño o promesa para obtener la declaración del imputado contra su voluntad.¹⁸⁶

¹⁸³ Artículo 19n°3 inciso segundo de la Constitución Política “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención de letrado si hubiere sido requerida.....”

¹⁸⁴ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Editorial Ad-hoc, 1993, p. 151.

¹⁸⁵ La defensa técnica “consiste en el derecho ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento. Es, en consecuencia, una derivación del derecho de defensa material que surge como consecuencia necesaria de la complejidad del proceso moderno, de su carácter eminentemente técnico-legal y de los intereses en juego. Su fundamento radica en la necesidad de garantizar lo mas posible la igualdad de posiciones en el proceso penal...” en HORVITZ LENNON, María Inés; LOPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, 2002, p.228.

¹⁸⁶ ZAPATA GARCIA, ob.cit., p. 88.

Es decir, al afectar una garantía procesal como el derecho a guardar silencio, también se viola el derecho a defensa, por cuanto el primero es una manifestación del segundo. Ello porque como dice Binder, el imputado es quien determinará lo que le interesa o no le interesa declarar, lo que en último término significa ejercer su derecho a defensa. A partir de ello, la actividad del agente encubierto entonces importaría una violación al derecho de defensa, ya que el imputado estaría “declarando”-motivado por el engaño- al responder las preguntas que le haga el agente encubierto, dejándose al investigado en la indefensión.

Vemos como el agente encubierto puede afectar determinadas garantías constitucionales, y suprime en la práctica, garantías procesales como el derecho a guardar silencio. Ello es característico de un Derecho Penal del Enemigo, donde el agente encubierto pareciera justificar esta regulación excepcional.

5.3 Causal de justificación.

Con respecto a esta temática, a propósito de la regulación argentina del agente encubierto¹⁸⁷- que hemos esbozado con anterioridad- Ángel Rendo,¹⁸⁸ señala que el problema está en dilucidar desde la perspectiva de la teoría del delito si la impunidad del agente estatal corresponde a una faz negativa de algún elemento del concepto del delito o de una eximente penal.

La primera opción, es considerar que se trata de una excusa absolutoria, o sea, una causa personal que excluye la aplicación de la pena, por una cuestión de política criminal. En ese caso la conducta del agente encubierto será típica, antijurídica y culpable, pero no se aplicará la pena.

La segunda opción, es considerar que se trata de una causal de justificación, esto es la faz negativa de la antijuridicidad, por lo cual el hecho será típico, pero no llegará a constituir un injusto penal.

Ángel Rendo estima que la primera opción es la que acoge la legislación argentina al regular la figura del agente encubierto.

¹⁸⁷ El artículo 31 ter de la ley 23.737 señala que “no será punible el agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que este no implique poner en peligro la vida o integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico y moral a otro”.

¹⁸⁸RENDO, Ángel Daniel, ob. cit., p.7-8.

En el caso de Chile Polittof, Matus, Ramírez¹⁸⁹ sostienen que la actuación del agente encubierto esta amparada por una específica causal de exención de responsabilidad que establece el artículo 25 inciso final de la ley 20.000¹⁹⁰. Señalan que esta causal puede verse como una *causal de justificación* cuando aparezca de evidencia la existencia de una situación de necesidad, que haga imprescindible utilizar la provocación a delinquir como (probablemente) el único método utilizable para conseguir la prueba de cargo contra la asociación criminal, respetándose los criterios de de proporcionalidad y subsidiariedad.

También indican que la causal de exención se puede interpretar como como una *causal de exculpación* del agente encubierto, infiltrado en una organización criminal, cuya propia seguridad puede estar en riesgo por no realizar algunos de los delitos propios de la organización o por intentar evitarlos. Además los autores citados expresan que no debe descartarse la posibilidad de que en caso de enfrentamientos entre organizaciones pueda el agente argumentar en su favor las disposiciones generales del Código penal relativas a la legítima defensa y el miedo insuperable.

Para el caso del agente encubierto se han discutido la aplicación de las siguientes causales de justificación:

1) Estado de Necesidad:

Es posible distinguir entre estado de necesidad justificante y exculpante. El primero dice relación con quien ataca el bien jurídico de un tercero, con el objeto de evitar la lesión de uno mas valioso, perteneciente a si mismo o a otro. Mientras que el segundo dice relación con la “no exigibilidad de otra conducta”.¹⁹¹

¹⁸⁹ POLITTOF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, Maria Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, Santiago, 2005, pp. 590.

¹⁹⁰ Artículo 25 inciso final, ley 20.000: “El agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma.”

¹⁹¹ CURY URZUA, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 377-378.

El estado de necesidad justificante se encuentra regulado en el artículo 10 n° 7 del Código penal, y quien se encuentra en situación de necesidad esta justificado si, para superarla, sacrifica el bien jurídico menos valioso, siempre que este consista en la propiedad ajena o en la inviolabilidad de morada, y que no se cuente con otro medio practicable y menos perjudicial para evitarla.¹⁹²

Aquí por ejemplo si el agente encubierto “monta” una asociación ilícita, en la que se realizan compra y venta de drogas, la actuación del agente encubierto no quedaría amparada por esta causal de justificación, ya que estaría sacrificando el mismo bien jurídico que pretende salvaguardar: que es la salud pública. Por lo tanto estaría sacrificando el mismo bien jurídico y no un bien jurídico menos valioso.

2) Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho.

Esta causal se encuentra contemplada en el artículo 10 n° 10 del Código penal.

En relación a esto, se ha sostenido que el agente encubierto puede hallarse, en cumplimiento del deber que le impone la ley en orden a involucrase o introducirse en la organización delictiva o en razón del oficio que lo obliga simular ser parte de dicha organización o estar interesado en el delito, en la obligación de incurrir en conductas típicas, las cuales no serán punibles, concurriendo la causal de justificación aludida. Por cierto que tal eximente de responsabilidad penal, esto es, que el agente haya sido autorizado por sus superiores y que la realización de los actos pertinentes tenga por finalidad identificar a los delincuentes o recoger pruebas que sirvan de base al proceso penal.¹⁹³

Esto puede ser aplicado a la nueva regulación, en caso de la ley 20.000, donde puede acudir a esta causal de justificación, siempre y cuando el agente encubierto cumpla con lo que la ley establece, es decir sea

¹⁹² CURY URZUA, Enrique, ob.cit., p. 379.

¹⁹³ FERNANDEZ, Miguel Ángel “Inconstitucionalidad de responsabilizar penalmente al agente encubierto” en Gaceta Jurídica, n° 217, año 1998, pp. 20-21

autorizado por el Ministerio Público, y los delitos en que incurra cumpla con los criterios de proporcionalidad y subsidiariedad.

3) Legítima defensa:

El agente encubierto podría invocar esta causal en caso de que tenga que incurrir en conductas típicas como medida de autoprotección con la finalidad de no ser descubierto, ya que en ese caso correría riesgo su vida. O en el caso de enfrentamiento entre organizaciones, en el que tenga que incurrir en un delito de homicidio.

5.4 Delito provocado.

Polittof¹⁹⁴ dice que la concepción de un agente encubierto como un contemplador puramente pasivo es utópica. Señala que si se infiltra un agente de policía a una organización criminal, es para trabajar, para hacer algo, y ese algo no podrá consistir únicamente en hacer labores de indagación. Si bien un agente encubierto puede efectuar labores de indagación sin ejecutar actos de colaboración o instigación a la perpetración de hechos punibles, tales casos son excepcionales.

Polittof¹⁹⁵ señala que el agente encubierto se ve, por lo común, obligado a actuar como agente provocador de uno o más hechos delictuosos, a los que induce o colabora.

Hay autores que niegan la licitud del comportamiento del agente provocador. Bettiol expresa que a la policía incumbe prevenir los delitos en vez reprimirlos después de haberlos artificialmente provocados. Dice el propósito de asegurar que el culpable sea llevado ante la justicia no puede justificar un comportamiento que objetiva y subjetivamente ha contribuido a poner peligro o a lesionar el bien jurídico.¹⁹⁶

¹⁹⁴ POLITTOF, Sergio “El agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la ley 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas” en Gaceta Jurídica, n° 203, año 1997, p. 10.

¹⁹⁵ POLITTOF, Sergio, art. cit., p. 10.

¹⁹⁶ POLITTOF, Sergio, art. cit., p. 10.

Por su parte la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos declara la exención de la responsabilidad penal del que comete el hecho a que fue inducido por el agente provocador, cuando hay *entrapment*, esto es, cuando el sujeto realiza la conducta típica inducido por el funcionario, que de de no haber mediado tal persuasión, el individuo no habría realizado tal conducta. Pero si el agente encubierto, solo se limitó a proporcionar oportunidades y facilidades para cometer delitos, que el hechor estaba dispuesto de todas maneras a cometer, la actuación del agente no legitima la conducta del ejecutor.¹⁹⁷

Ahora en el caso de Chile, nuestros tribunales, han reconocido que el actuar de los agentes encubiertos, ha sido propio de un agente provocador, y en tal sentido el delito ha sido provocado por estos, configurándose la instigación punible del artículo 15 n° 2 del Código penal.

Es así como los tribunales han declarado ilegal la intervención del agente encubierto, en caso que la procesada por venta de drogas es analfabeta y pertenece a un estrato socio-económico muy bajo, así como sus limitaciones intelectuales y culturales, son factores- que junto con otros- hacen que la conducta del agente encubierto sea de incitador del delito de tráfico de estupefacientes.¹⁹⁸

También se ha resuelto por nuestros tribunales "...tal técnica policial ha derivado en la practica, en la simple investigación y ubicación de portadores de escasas cantidades de drogas-"microtráfico"-que instigados por el agente policial le venden directamente una dosis de alcaloide, de modo que hasta puede estimarse que el agente encubierto realiza un acto de instigación punible al tenor del articulo 15 n° 2 del Código penal, en cuanto considera autores a "los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo".Sin embargo, no es materia del análisis del fallo en estudio la responsabilidad penal del referido agente inductor.¹⁹⁹

¹⁹⁷ POLITTOF, Sergio, art. cit., p. 11.

¹⁹⁸ Rol 61795-1999 Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

¹⁹⁹ Rol 75.214- 2001 Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

Conclusiones

1. El estudio de los antecedentes históricos del agente encubierto, nos arroja varias luces sobre la institución en comento; en primer lugar, se puede indicar que su origen se da en las legislaciones penales de emergencia, ya sea con el objeto de crear motivos para eliminar a los opositores al régimen (ámbito continental), o bien con la finalidad de terminar con determinadas “plagas” como el narcotráfico, juegos clandestinos, vagancia, entre otras (ámbito anglosajón). En segundo lugar, se puede señalar que su origen se vincula estrechamente con el agente provocador hasta el punto de confundirse con frecuencia el límite entre ambas figuras.
2. El análisis de conceptos legales, doctrinarios y jurisprudenciales tanto nacionales como comparados nos permite sostener que el agente encubierto es aquella técnica de investigación que consiste en la utilización de miembros de fuerzas policiales, militares o civiles en su caso, que a través de la ocultación de su identidad y consecuente creación ficticia de otra, simulan ser delincuentes y se introducen en organizaciones criminales con el objeto de obtener información de la misma- a través del engaño-, para así obtener el procesamiento (o formalización) y posterior condena de los sujetos involucrados en tal organización.
3. Al estudiar el concepto de agente encubierto en relación con el derecho comparado de Argentina y Alemania podemos sostener que la figura jurídica en análisis presenta estructura semejante en cuanto a sus objetivos, funciones, modos de operación y ámbitos de aplicación.
4. No obstante lo anterior, es importante subrayar que tanto en la regulación chilena como alemana el campo de actuación del agente encubierto es bien amplio. Así en Chile el agente encubierto podría desplegar su actividad en casos de terrorismo, crimen organizado y seguridad nacional (ley 19.974) y tráfico de drogas (ley 20.000). En Alemania la actividad encubierta aparece justificada en delitos de tráfico de estupefacientes; de armas; de falsificación de dineros; ámbito de protección del Estado; crimen organizado; delitos castigados con penas

privativa de libertad mínima de 1 año o superior, siempre que haya peligro de reiteración, entre otros.

5. Lo anterior nos hace plantear que el campo de actuación del agente encubierto debe estar delimitado en lo posible a través de una lista taxativa de los delitos en los cuales el agente encubierto tiene competencia para actuar, evitando hipótesis abiertas o amplias, o que haga referencia a conceptos amplios como por ejemplo la seguridad nacional. Esto se fundamenta en el supuesto de que la figura del agente encubierto es excepcional e intensiva en la afectación de derechos, y en tal sentido si su actuación responde a hipótesis limitadas, puede servir como coto al arbitrio de las autoridades autorizadas para invocar esta figura.

6. Al analizar la figura del agente encubierto hace posible que estemos frente a un Derecho Penal del Enemigo, ello en razón de:

- Adelantamiento de la punibilidad, como vimos el agente encubierto tiene por función reprimir conductas que en muchos casos son actos preparatorios, como es el caso del delito de organización contemplado en la ley 20.000, la conspiración que también es punible bajo esa misma ley; son actos preparatorios que han sido elevados a la categoría de delitos. En este sentido, hay un adelantamiento de la barrera punitiva, y uno de los instrumentos que ayudan hacerlo efectivo y concreto es el agente encubierto.

- Desproporcionalidad de las penas, nuevamente aquí aparece el agente encubierto, en las leyes que se contempla esta institución, las penas son sumamente elevadas aún siendo actos preparatorios. El objetivo del agente va a estar constituido por lograr condenar a los sujetos investigados con penas altas.

- Legislaciones de lucha o combate, es claro que la ley 20.000 que sanciona el trafico ilícito de estupefacientes, así como la ley 19.974 sobre el sistema de inteligencia del Estado, donde en ambas se encuentra la figura en comento, son legislaciones de lucha contra determinados enemigos, en el primer caso los narcotraficantes (que cumplen con los requisitos de habitualidad y profesionalidad en sus actividades), y en el segundo, los narcotraficantes, terroristas y el crimen organizado, es decir, quienes pueden afectar la Seguridad Nacional.

-Restricción de garantías y derechos procesales, la actividad encubierta significa- a título ejemplar- un menoscabo en el derecho a defensa de quién esta siendo investigado, pues no puede contar éste con asistencia letrada, lo que provoca una desigualdad de armas en el proceso. Por otro lado, también se vulnera la garantía de “no declarar contra sí mismo”, que tiene reconocimiento a nivel legal y constitucional vía reforma secundaria, al encontrarse en tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile.

7. Por consiguiente, el agente encubierto desarrolla su actividad, de tal manera que hace operativo, así como sustenta un Derecho Penal del Enemigo, lo que nos hace concluir que cuando aquel actúa este pasa del plano teórico al práctico, concretándose en la realidad.

8. Por su parte, el Derecho Penal del Enemigo es objeto de críticas por la mayor parte de la doctrina, por cuanto: es una regulación que no reconoce el carácter de personas a sus destinatarios; más que derecho propiamente, es coacción y es un derecho penal de autor. Entonces, entendemos que esta regulación no se puede legitimar en una sociedad democrática. Luego, si el agente encubierto hace que se manifieste esta regulación, ello constituye más un peligro que un beneficio para las sociedades democráticas como la nuestra, por cuanto puede dar pie o paso a regímenes autoritarios o fascistas. En esas circunstancias la relación que se da entre agente encubierto y Derecho Penal del Enemigo no es adecuada o beneficiosa.

9. Ahora, la actuación del agente encubierto en contraste con los principios de un Estado de Derecho, da cuenta que algunos de ellos se ven violentados por la actividad encubierta. De esta forma en primer término, el principio a derecho a defensa se vulnera si el agente encubierto desarrolla una conversación con el imputado que es similar a un interrogatorio, pero que no respeta su derecho a guardar silencio, y por ende a ejercer de ese modo la defensa; en segundo término, el principio de retribución penal, en donde la actuación del agente encubierto tiene por finalidad la represión de conductas que tiene asociadas penas de gran envergadura: se alteran las reglas comunes a todo delito; en tercer término, el principio de proporcionalidad se ve vulnerado si se permite que actúe el

agente encubierto en casos de escasa incidencia como el microtráfico; en último término, el principio de carga acusatoria de la prueba, se vulnera mediante la forma en que el Estado obtiene pruebas a través del agente policial para lograr la condena de los investigados, ya sea porque puede constituir un método de interrogatorio prohibido al obtener una “declaración informal” del imputado mediante el engaño, o como consecuencia de la investigación el agente deba entrar al domicilio del imputado, sin la autorización judicial correspondiente.

10. En el mismo sentido, los principios del Estado de Derecho responde a la idea de ciertas garantías que se proveen a las personas para limitar el poder punitivo del Estado, y más específicamente garantías que han de respetarse en la búsqueda de la culpabilidad del investigado. Del análisis de los principios en relación con el agente encubierto se puede inferir que la finalidad perseguida por estos se ve soslayada y de paso afecta la idea misma de un Estado de Derecho.

11. Por otro lado, es importante destacar que después de haber estudiado la regulación específica del agente encubierto en Chile, es posible efectuar determinadas críticas:

En primer lugar, en el caso del artículo 25 de la ley 20.000 si el agente estatal incurre en delitos, este va quedar exento de responsabilidad penal, sin hacer distinción con respecto al delito. Aquí, como proposición de lege ferenda creemos:

i) que se deberían excluir de la exención de responsabilidad penal aquellos delitos que atentan contra las personas, para dejar claro y expresamente definido el ámbito de actuación del agente encubierto;

ii) o bien, incluir un catalogo no taxativo de aquellos delitos en que no se aplique la exención de responsabilidad criminal;

iii) o adoptar una disposición similar a la argentina, que como ya señalamos, hace punible la actuación del agente encubierto si es que esta pone en peligro la vida o integridad física de una persona o le impone un grave sufrimiento físico o moral.

En segundo lugar, en el caso de la ley 19.974, se posibilita la actuación del agente encubierto sin necesidad de autorización judicial, sin que haga

necesariamente referencia un proceso jurisdiccional y teniendo como bien jurídico la seguridad nacional, bien jurídico difuso y difícil de delimitar, lo que hace más difícil su control en una sociedad democrática caracterizada por la división de poderes.

12. Por último, la actividad encubierta es intensa, y puede en muchos casos afectar garantías constitucionales. En su actuar es muy probable que se afecte:

- El derecho a defensa (artículo 19nº3 de la Constitución Política), esta situación se da si el agente desarrolla “conversaciones similares a un interrogatorio” con el imputado, ya que va impedir que el investigado tenga siquiera la posibilidad de ejercer su derecho a guardar silencio reconocido en tratados internacionales y como un medio de defensa, y tampoco va tener la facultad de tener asistencia técnica durante la investigación.

- El derecho a la libertad personal y seguridad individual (artículo 19nº7 de la Constitución Política), de aquí podemos derivar el principio a “no declarar contra si mismo”, que se relaciona con el derecho a defensa. Lo que busca el constituyente es prohibir toda forma de coerción que elimine o restrinja la libertad de decidir acerca de lo que le conviene o desea expresar, lo que se ve vulnerado en caso de las “conversaciones similares a un interrogatorio”.

- El derecho a la intimidad (artículo 19 nº 4 de la Constitución Política), en caso que el agente encubierto deba ingresar al domicilio necesariamente para seguir desarrollando la investigación, pero no cuente con la autorización judicial respectiva.

13. Si el agente encubierto llegara a violentar garantías constitucionales como las enunciadas precedentemente hace posible que la prueba obtenida por él sea excluida del proceso penal y con ello el juez se vería imposibilitado a valorarla.

14. En suma, la actuación del agente encubierto en perspectiva en relación con garantías y derechos que eventualmente se pueden afectar va ser un factor que ha de ser tomado en cuenta cada vez que se quiera poner en acción esta figura específica. Lo anterior le corresponde sobre todo a los actores del sistema procesal penal tales como los fiscales, jueces de garantía y también a las autoridades policiales. Ahora, también ha de ser un factor que se debe tomar en

cuenta una vez que el agente encubierto ya actuó, por parte de los defensores, jueces de tribunal oral en lo penal, entre otros.

15. Por lo tanto, la relación entre agente encubierto, Derecho Penal del Enemigo y Estado de Derecho, y además en relación con derechos que se pueden transgredir, nos hace señalar que la institución objeto de este estudio debe ser analizada con mayor atención, puesto que se deberá evaluar en el caso concreto si se justifica la intervención de una herramienta estatal tan poderosa en aras de la eficacia punitiva, o si ya intervino, si esta actuación aparece justificada tomando en consideración su carácter excepcional.

Bibliografía

- 1) BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y el Estado de Derecho*. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- 2) BECCARIA; Cesare. *De los delitos y las penas*. Edición Latinoamericana, Bogota, 1992.
- 3) BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Editorial Ad-hoc, 1993.
- 4) CAFFERATA NORES, José: **a)** *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- 5) **b)** “La eficacia de la investigación penal y el Estado de Derecho” en *Eficacia del Sistema penal y garantías procesales ¿contradicción o equilibrio?*. Edit. Mediterránea, Córdoba, 2002.
- 6) CATALAN, Marco- VARGAS, Alejandro. *El agente encubierto en la ley 19.366.Seminario Ley de Drogas* Memoria de título. Universidad de Chile, Chile, 2000.
- 7) CONTRERAS ALFARO, Luis. *Delincuencia organizada: manifestación de un derecho penal de enemigos* en http://www.uantof.cl/cs_juridicas/diplomadomaterial/Luis%20Contreras/delin cuenciaorganizada.ppt
- 8) CURY URZUA, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. 2 tomos. Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, 1997
- 9) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Edit. Trotta, 1997.
- 10) GRACIA MARTIN, Luis. “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del Enemigo” en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología <http://criminet.ugr.es/recpc>
- 11) GUARIGLIA, Francisco. *El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?* en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/guarig12.htm>
- 12) HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo, responsabilidad*. Edith. Tirant lo blanch, 1999.

- 13) HORVITZ LENON, María Inés; LOPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- 14) JAKOBS, Gunther; CANCIÓ MELA, Manuel. *Derecho penal del Enemigo*. Edit. Civitas, Primera edición, Madrid, 2003.
- 15) JAKOBS, Gunther. *Sociedad, norma y persona en una teoría del Derecho penal funcional*. Edit. Civitas, Madrid, 2000.
- 16) MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal II parte general: Sujetos Procesales*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1ª Edición, 2003.
- 17) MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Edit. Ariel S.A, Barcelona, 1994.
- 18) MONTROYA, Mario Daniel. *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis procesal y constitucional*. Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1998.
- 19) POLITTOF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, Maria Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, Santiago, 2005, pp. 589-592.
- 20) RENDO, Angel Daniel. *Agente encubierto* en <http://www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm>
- 21) RIQUELME PORTILLA, Eduardo. "El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo" en Revista Electrónica Política Criminal nº2, A2, 2006, <http://www.politicacriminal.cl/>
- 22) ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general*. Edit. Civitas, Madrid, 1997.
- 23) RUDI, Daniel Mario. *Protección de testigos y proceso penal*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002.
- 24) SILVA SANCHEZ: **a)** *La Expansión del Derecho penal.-Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Edit. Civitas, Madrid, 2001.
- 25) **b)** *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Edit. José Maria Bosch S.A, Barcelona, 1992.
- 26) TAVOLARI OLIVEROS, Raúl en *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

- 27) ZAPATA GARCIA, Maria Francisca. *La prueba ilícita*. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004.
- 28) Código Procesal Penal.
- 29) Constitución Política de la Republica de Chile.
- 30) Decreto nº778. Promulga Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Diario oficial 29 de abril de 1989)
- 31) Decreto nº873. Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica (Diario Oficial de 5 de enero de 1991)
- 32) Ley 19.974 de 2 de Noviembre del 2004, sobre el Sistema de Inteligencia del Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia.
- 33) Ley 20.000 de 16 de Febrero de 2005 que sustituye la ley 19.366
- 34) HISTORIA DE LA LEY 19.366(D. OFICIAL 23 de Septiembre 1994) ESTUPEFACIENTES. Santiago, Chile, 1994.
- 35) HISTORIA DE LA LEY, LEY 20.000(DIARIO OFICIAL 16 FEBRERO 2005), Santiago. Chile, 2005.
- 36) Gaceta Jurídica nº 203, 1997.
- 37) Gaceta Jurídica nº 207, 1997.
- 38) Gaceta Juridica nº 217, 1998.
- 39) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCVIII, año 2001.

