



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

**AGENTES ENCUBIERTOS Y REVELADORES EN LA LEY
ANTITERRORISTA**

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

JAVIERA ILABACA TURRI

MATÍAS PALMA HERMOSILLA

PROFESORA GUÍA: MYRNA VILLEGAS DIAZ

Santiago, enero de 2017

Contenido

1. Introducción.	4
2. El tratamiento jurídico-penal del terrorismo: el caso chileno y sus deficiencias.	9
2.1. Concepto jurídico penal del terrorismo en actual legislación chilena	12
2.2. Deficiencias del concepto vigente	17
2.3. El terrorismo como un delito que atenta contra el orden democrático.	19
2.4. Precisiones conceptuales en torno a los agentes encubiertos, provocadores y reveladores, y los informantes.	22
2.4.1. Agentes.	25
2.4.2. Informantes.	26
2.5. Proyecto de ley que determina conductas terroristas y su penalidad y modifica los Códigos Penal y Procesal Penal.	27
2.5.1. Principales reformas: definiciones conceptuales e introducción de agentes encubiertos y reveladores.	28
2.5.2. Fundamentos político criminales que sustentan la reforma y la incorporación de agentes encubiertos y reveladores.	31
2.5.3. Principales propuestas legislativas que se han hecho en torno a la figura de los agentes encubiertos y reveladores.	35
3. Tratamiento jurisprudencial de agentes encubiertos, informantes y reveladores en la legislación antiterrorista.	39
3.1. Agentes encubiertos en la jurisprudencia sobre la ley 18.314	39
3.2. Los agentes encubiertos y reveladores en la jurisprudencia de la Ley 20.000: definiciones y requisitos legales.	45
3.3. La Ley 19.974: La lucha contra el terrorismo como objetivo del sistema chileno de inteligencia.	48
4. Agentes reveladores y encubiertos en el derecho comparado.	50
4.1. Tratados y documentos internacionales sobre los agentes encubiertos.	51

4.2.	Tratamiento legal de los agentes encubiertos en España.	57
4.3.	Tratamiento legal de los agentes encubiertos en Colombia.....	63
4.4.	Tratamiento legal de los agentes encubiertos en Estados Unidos.....	67
5.	Problemas de implementación de los agentes encubiertos y reveladores: Los derechos fundamentales y un debido proceso penal.....	74
5.1.	La vigencia de principios y garantías en general, y en el derecho penal chileno en particular.	74
5.1.1.	Derecho a la Intimidad.	75
5.1.2.	Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y del domicilio.	77
5.1.3.	Derecho a la a la presunción de inocencia y la no autoincriminación.....	79
5.2.	El valor probatorio de las declaraciones del agente encubierto o revelador dentro del Juicio Oral y la objetividad del proceso.....	80
5.3.	El riesgo de los delitos provocados.....	82
5.4.	Exención de responsabilidad.....	88
6.	Conclusiones.	91
6.1.	Elementos positivos del Proyecto de Ley, Boletín 9692-07.....	91
6.2.	Derecho penal del enemigo.....	93
6.3.	El riesgo de los delitos provocados.....	94
6.4.	La facultad del Ministerio Público de atribuir el carácter terrorista a un delito común. 96	
6.5.	La efectividad de los agentes encubiertos y reveladores dentro del proceso.....	98
	Bibliografía.....	99

Resumen.

La figura de los informantes y los agentes encubiertos y reveladores, como técnica especial de investigación en el ámbito jurídico nacional e internacional, viene siendo utilizada ya hace algún tiempo y cada vez más profusamente. Actualmente se tramita en el Congreso un proyecto que pretende regular estas figuras en un título nuevo del Código Procesal Penal, expandiendo su aplicación a la persecución de los delitos complejos que el proyecto indica, dentro de los cuales se encuentran los delitos de terrorismo.

A partir de la revisión y análisis de la reglamentación de estas figuras tanto a nivel nacional como comparado, así como también de los pronunciamientos de la jurisprudencia chilena y extranjera a su respecto, esta memoria concluye que la implementación de esas figuras acarrea una serie de problemas relacionados con vulneraciones de derechos humanos y garantías procesales, además de traer aparejado el riesgo de los delitos provocados por estos agentes en el ejercicio de sus funciones. Estos problemas se ven aumentados toda vez que se relacionan con las dificultades de conceptualización que aquejan al terrorismo como delito, por lo que la legitimidad de esta medida intrusiva pasa a ser doblemente cuestionada.

Si bien el proyecto que se analizará -boletín 9692-07- incluye una nueva tipificación del delito de terrorismo, esta tesis se centrará en el estudio y análisis de la figura de los informantes, agentes encubiertos y reveladores, tomando en consideración los demás aspectos del proyecto de ley sólo de manera tangencial. Esto último, con el objetivo de proyectar los problemas que traería su incorporación ya con el estado de cosas actual, que se encuentra ampliamente documentado y estudiado por la doctrina, de modo que podamos ofrecer un panorama lo más completo posible de las consecuencias que una reforma ésta conllevaría.

1. Introducción.

El fenómeno del terrorismo es seguramente uno de los que más preocupación suscita hoy en día desde el punto de vista de la seguridad interior y exterior de los Estados a nivel internacional. Por lo mismo, se ha respondido a este problema con medidas de gran magnitud, empleando con ese propósito recursos de todo tipo, ya sea militares, financieros y, en lo que interesa en esta tesis, también recursos político criminales.

Así, existe una profusa legislación a nivel de sistemas comparados, dictada con la finalidad de contar con herramientas legales que permitan una persecución eficaz que sea capaz de contrarrestar este fenómeno. Estas legislaciones se caracterizan por un desarrollo particularmente intenso de instituciones penales y procesal-penales excepcionales, de las que se puedan servir las policías y los organismos persecutores en el desempeño de sus funciones. Ejemplos de estas instituciones son el congelamiento, decomiso y confiscación de bienes para la represión del financiamiento al terrorismo, medidas de protección de testigos –tales como reconocer procesalmente las declaraciones formuladas antes del juicio, o como otorgar anonimidad a testigos e informantes¹, controles preventivos de identidad, acceso a todo tipo de información referida a cualquier individuo sin requisitos previos o sospechas de comisión de un delito², como así también el empleo de figuras como agentes provocadores, informantes y relevadores, que son en particular las figuras que analizaremos en este trabajo.

Lo anterior ha motivado, como se podría esperar, una intensa discusión acerca de los límites que deben observar los Estados en este afán de sancionar las conductas terroristas, sobre todo desde la perspectiva de la afectación a los derechos fundamentales y procesales de quienes se ven sometidos el ejercicio punitivo del Estado, que en estos casos alcanza incluso situaciones anteriores al inicio de un procedimiento penal propiamente tal.

Es entonces en el marco de esta discusión que ciertos autores han caracterizado estas respuestas estatales dentro de lo que se conoce como “derecho penal de lucha”, es decir,

¹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. 2009. Manual de respuestas de la justicia penal al terrorismo. Nueva York: Naciones Unidas, pp.44-48.

² CANO PAÑOS, M. 2008. Respuestas legales al terrorismo yihadista. El ejemplo de Alemania. Athena Intelligence Journal 3 (1), pp.55-56.

situaciones donde se ha instrumentalizado el derecho penal y procesal penal con el objetivo de llevar adelante una “lucha” contra formas de criminalidad consideradas altamente complejas y nocivas para nuestra sociedad. Desde el minuto en que el derecho pasa a ser un “arma” dentro de un clima global de lucha en contra de determinados delitos de especial relevancia comunitaria, las garantías a que todo sujeto tiene derecho entran en conflicto con la finalidad instrumental de la norma para combatir dichos fenómenos.³

Asimismo, resulta imperioso contextualizar este fenómeno dentro de la creciente expansión del derecho penal, evolución que, según Cancio, puede explicarse en virtud de dos fenómenos: el derecho penal simbólico y el resurgir del punitivismo⁴. El primero de estos está relacionado con la especial importancia que el legislador le otorga a los aspectos comunicacionales en la política a corto plazo en materia de aprobación de normas penales y de respuesta activa de las fuerzas políticas ante fenómenos delictivos, más allá de su real aplicabilidad⁵; se refiere a una criminalización desproporcionada y oportunista que se aparta de los fines tradicionales de la pena ya que ésta pasa a ser un medio de comunicación político sobre el accionar gubernamental en contra de actos reprobados por la sociedad⁶; mientras que el segundo dice relación con “procesos de criminalización ‘a la antigua usanza’, es decir, la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión, es decir, procesos que conducen a normas penales nuevas que sí son aplicadas o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes”⁷.

De la radicalización de ambos fenómenos nace el “derecho penal del enemigo”, al que Jakobs define como un derecho que distingue entre los ciudadanos que siguen las normas establecidas por el sistema, y aquellos respecto de quienes no cabe esperar su sujeción a las mismas,

³ DONINI, M. 2008. Derecho penal en lucha. Lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar. En: Cancio Meliá, M.- Pozuelo Pérez, L. (Coords). Política Criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada. Madrid, Thompson Civitas, pp. 29-75.

⁴ CANCIO, M. 2003. ¿“Derecho Penal” del Enemigo? En: JAKOBS, G y CANCIO, M. Derecho penal del Enemigo, Madrid; Civitas, p.80.

⁵ *Ibíd.*, p. 85.

⁶ NUÑEZ, J. 2009. Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario. *Revista Política Criminal* 4 (8), p. 386.

⁷ CANCIO, ¿Derecho...?, p. 82.

quienes pasan a ser “enemigos” que merecen un trato especial. Así, este “derecho” está caracterizado por 3 elementos: el adelantamiento de la punibilidad, la desproporcionalidad de las penas –las que son excesivamente altas- y la relativización o supresión de determinadas garantías procesales⁸.

En virtud de esto último se autorizan medidas de investigación que vulneran garantías de los investigados en un proceso penal, así Núñez da ejemplos de cómo el Patriot Act de Estados Unidos de Norteamérica es un reflejo de esta lógica de enemigos, en cuanto se autorizan “acciones y medidas tales como la intervención y escucha de comunicaciones telefónicas y electrónicas, registros domiciliarios secretos, la derogación del secreto que envuelve la relación abogado-cliente, la imposición de censura, el juzgamiento de sospechosos en forma secreta, la facultad presidencial de definir que una persona sea juzgada por tribunales militares, la privación del derecho del acusado a elegir un abogado, la posibilidad de que la presunción de inocencia sea desvirtuada por pruebas que tengan ‘un peso razonable’, el ocultamiento de pruebas de cargo de la defensa por razones de seguridad nacional, la improcedencia de impugnación de las sentencias condenatorias ante tribunales de alzada sino sólo ante el secretario de Defensa”⁹.

Nuestro país por supuesto no está ajeno a estas discusiones ni al fenómeno del derecho penal del enemigo, y síntoma de ello es que actualmente se discute en el Congreso chileno el Boletín Número 9692-07, referido a un Proyecto de Ley que reemplaza la ley 18.314 sobre conductas terroristas, y modifica el Código Procesal Penal y el Código Penal, siendo la incorporación de las figuras de agentes encubiertos y reveladores como una facultad investigativa del Ministerio Público en la persecución de delitos organizados o complejos –dentro de los cuales se contemplan los delitos terroristas-, una de las principales novedades respecto del marco jurídico vigente.

A propósito de las modificaciones propuestas en dicho Proyecto de Ley, en la siguiente tesis realizaremos un análisis sustantivo penal y político criminal respecto de agentes encubiertos y reveladores, así como también se examinarán las consecuencias prácticas que su incorporación

⁸ *Ibíd.*, p.87.

⁹ NUÑEZ, Un análisis..., p.8.

pueda tener en los casos en los que históricamente ha tenido aplicación la legislación antiterrorista. Para llevar a cabo este cometido, nos basaremos en las opiniones doctrinales - tanto chilenas como extranjeras- vertidas al respecto, como también en el tratamiento jurisprudencial que estas figuras han tenido en nuestro país y algunas jurisdicciones extranjeras.

De esta manera, se pretende realizar un aporte a la discusión nacional vigente que dé cuenta de los riesgos que la actual intención legislativa conlleva. Asimismo, será un aporte a la disciplina de las ciencias penales en tanto poco se ha escrito en la literatura nacional respecto de los agentes encubiertos y reveladores en materia de delitos terroristas.

Con respecto a lo anterior, esta investigación asumirá como hipótesis que la introducción de agentes encubiertos y reveladores que propone el actual proyecto de reforma da cuenta de una concepción y tratamiento jurídico penal del delito de terrorismo propios de lo que se conoce como derecho penal del enemigo, en virtud de la cual el Estado está dispuesto a relativizar e incluso suspender la vigencia de disposiciones constitucionales respecto de un individuo (o grupo de individuos), así como los principios procesales propios de un Estado de Derecho, bajo el pretexto de defender la seguridad de la población.

A lo largo de este trabajo se pretende demostrar que el principal problema que traería la incorporación de estas figuras, tal y como están siendo presentadas (a pesar de la necesidad de autorización judicial previa) dice relación con la pérdida de derechos y garantías procesales por parte del sujeto o grupo investigado, quien verá mermado, entre otros, su derecho a defensa. Junto con lo anterior, se mostrará cómo estas vulneraciones no vienen acompañadas necesariamente de mayor eficacia en la persecución de conductas terroristas, sino que presentan serios problemas en su aplicación práctica.

Para desarrollar correctamente la investigación propuesta, y atendiendo la dificultad a que se ha enfrentado la doctrina en general al momento de definir y conceptualizar el complejo fenómeno del terrorismo, ofreceremos un concepto operativo del mismo que permita identificar el fenómeno que se pretende neutralizar mediante el empleo de herramientas altamente intrusivas en organizaciones, como lo son los agentes reveladores y encubiertos. Junto con lo anterior, nos detendremos también en el concepto jurídico vigente de terrorismo,

así como en algunos aspectos característicos que ha tenido el tratamiento jurídico penal de terrorismo en Chile.

Del mismo modo, caracterizaremos y definiremos qué es lo que se ha entendido por informantes y también agentes encubiertos y reveladores, presentando, además, los argumentos doctrinales y político-criminales que han avalado o reprochado su integración en los sistemas jurídicos. Respecto a esto último, se realizará una evaluación crítica desde la perspectiva un Estado democrático de Derecho.

Cabe señalar que, si bien la figura de los agentes encubiertos o reveladores, así como los informantes, no se encuentra actualmente permitida en nuestra legislación antiterrorista¹⁰, éstos han sido utilizados igualmente de manera ilegal o a través de analogías con otras figuras contempladas actualmente en la legislación. Es por ello que se analizarán algunos casos en que se ha utilizado esta técnica de investigación, los que arrojan algunas luces respecto a cómo operaría en la práctica.

Para finalizar, abordaremos y analizaremos la vulneración a derechos humanos que supone la incorporación de este tipo de agentes, a propósito del proyecto de ley Boletín 9692-07, que determina conductas terroristas y su penalidad, y modifica los Códigos Procesal Penal y el Código Penal, a la luz de consideraciones dogmáticas, jurisprudenciales y de política criminal.

En vista de lo anterior, esta será una investigación teórica, documental y descriptiva, en la medida en que busca, por una parte, analizar qué supone en términos sustantivos la incorporación de la figura de los agentes encubiertos y reveladores a la investigación de delitos terroristas, así como sus eventuales consecuencias vulneradoras de derechos, y por otra, analiza las consecuencias que su agregación trae a partir de la interpretación de fallos jurisprudenciales.

Ahora bien, esta investigación tiene asimismo una finalidad proyectiva, en tanto que pretende llamar la atención respecto de dichas figuras, anticipando y alertando respecto de las consecuencias jurídicamente relevantes que traería su incorporación a la persecución de delitos terroristas.

¹⁰ Con excepción a lo señalado en los artículos 31 y 32 de la Ley 19.974 sobre el Sistema de inteligencia del Estado y que crea la Agencia Nacional de Inteligencia.

En términos metodológicos, la investigación que se realizará será fundamentalmente de carácter analítico, pretendiendo de esta manera estudiar en profundidad los fenómenos que comprende el tema de investigación. El fenómeno de los informantes y agentes encubiertos y reveladores se abordará entonces tanto desde una perspectiva propiamente sustantiva-ocasión en la que se contrastará la aplicación de dichas figuras con los principios generales del derecho penal- como también desde un punto de vista político criminal. Junto con ello, el análisis comprenderá tanto la realidad chilena como el derecho comparado, de manera que se puedan recoger en la mayor medida posible los avances se han alcanzado al respecto.

2. El tratamiento jurídico-penal del terrorismo: el caso chileno y sus deficiencias.

El terrorismo como fenómeno político y social ha sido tipificado como delito por las distintas legislaciones, tanto internas como internacionales. El tratamiento jurídico penal del mismo se ha desarrollado, en términos generales, en torno a tres modelos: los modelos objetivos, subjetivos o mixtos.

El primero de éstos considera que la *organización terrorista* es el elemento dogmático nuclear del terrorismo, de manera que sanciona como terroristas a quienes cometen delitos comunes perteneciendo a una organización de tal carácter, negando así la posibilidad de castigar el terrorismo individual, al menos en legislaciones como la alemana. Se sostiene que “sólo la organización está en condiciones de desplegar los medios típicos y de plantear la proyección estratégica exigida por la definición típica”¹¹, mientras que el carácter específicamente terrorista de la organización se debe a su “estrategia de comunicación en el sentido de pretender ‘desafiar’ al poder del Estado, radicando allí su peligrosidad más allá del ataque a bienes jurídicos individuales específicos.”¹²

El modelo subjetivo, en cambio, eleva como rasgo definatorio del terrorismo la finalidad con que se realiza el ilícito en cuestión. Estas finalidades se pueden predicar tanto del acto mismo que motiva la intervención penal, como de la organización en el marco de la cual se realizan,

¹¹ CANCIO, M. 2010. Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto. Madrid, Reus, p. 261.

¹² VILLEGAS, M. 2016. Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno. Revista Política Criminal, 11 (21): p. 147.

lo que en definitiva muestra la importancia secundaria que tiene la organización como elemento estructural en este modelo de tratamiento.

La finalidad que el tipo penal considere relevante puede ser, en primer lugar, política, en el sentido de que lo que se persigue con la perpetración del acto es poner en cuestión la vigencia del orden constitucional mismo, como herramienta política de expresión de la soberanía popular.

Por otro lado, ésta puede ser también de intimidación o provocación de terror, la que “puede ser exigida como efecto o resultado de la actividad terrorista [...] o bien como finalidad interna del sujeto”¹³. En definitiva, aquí la finalidad intimidatoria se puede referir tanto al resultado obtenido como consecuencia de la conducta, o bien a una intención subjetiva de quien realiza la acción, como ocurre en la actual Ley 18.314 chilena.

Otra alternativa es que la finalidad también pueda ser coactiva, esto es, que con la realización de la conducta típica se pretenda “obligar indebidamente a la autoridad y/o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de ejecutarlo”¹⁴.

Por último, el modelo mixto combina elementos estructurales (organización terrorista) con elementos subjetivos (finalidad), lo que permitiría, al igual que el modelo anterior, sancionar ambas formas de terrorismo, ya sea individual u organizado.

En el análisis de los más diversos textos legislativos podremos identificar la presencia de alguno de estos modelos en el tratamiento que se le da al delito de terrorismo. Sin embargo, no existe una definición clara ni consensuada respecto de qué es lo que vamos a considerar como terrorismo, es decir, se han podido definir maneras de *cómo se va a tratar el terrorismo* más no ha sido posible entregar un concepto o una definición respecto a *qué vamos a entender por terrorismo*.

En este sentido, el problema de indefinición, incluso más allá de las dificultades doctrinales que pueda suscitar, ha llevado a complicaciones reales manifestadas tanto en el derecho

¹³ *Ibíd.*, p.155.

¹⁴ *Ibíd.*, p.157.

internacional como en el derecho nacional, pues no hay una única forma de entender ni tratar un mismo fenómeno. Así, a modo de ejemplo, podemos señalar que hoy contamos con un sistema jurídico internacional de carácter fragmentario, que cuenta con 14 convenios mundiales referentes al terrorismo internacional o transnacional, que no permiten identificar un concepto claro del mismo¹⁵.

Se puede constatar, no obstante, que existen ciertas características comunes respecto al terrorismo. En primer lugar, se ha entendido que el terrorismo se expresa en la comisión de delitos comunes de especial gravedad en contra de bienes jurídicos básicos –a pesar de que la gama de bienes jurídicos que pueden ser afectados no se encuentra debidamente delimitada-. En segundo lugar, persigue una finalidad, la cual puede ser intimidatoria, coactiva o política. Por otro lado, el terrorismo utiliza los crímenes que comete como medio propagandístico de su motivación, es decir, del proyecto político que motiva e impulsa a quienes llevan a cabo las acciones en cuestión.

A conclusiones similares respecto a las características comunes se arriba cuando se analizan diversos tratados internacionales, considerando que la práctica legislativa en general tiende a dejar de lado el propósito de conceptualizar debidamente el terrorismo y opta por “caracterizar o tipificar **acciones** terroristas”¹⁶.

Por su parte, Manuel Cancio, refiriéndose a la inexistencia de un concepto que genere consenso a nivel internacional, sostiene que el concepto penal nuclear del terrorismo debe estar compuesto por 3 elementos esenciales: “elemento colectivo, intimidación masiva y proyección política estratégica”¹⁷.

En todo caso, es preciso destacar que el terrorismo ha sido entendido como un delito común, no político, de manera tal que lo que resulta reprochable no es el proyecto político que motiva a quienes son acusados como tales, sino que más bien el medio ilegítimo de expresión de sus

¹⁵ *Ibíd.*, p.142.

¹⁶ ZALAUETT, J. 2006. Chile ratifica la Convención Interamericana contra el Terrorismo. *Anuario de Derecho Humanos* 2, p. 181.

¹⁷ CANCIO, M. *et. al.* 2016. Terrorismo, Contraterrorismo y Derecho Humanos. *Anuario de Derechos Humanos* 12, p. 37.

ideales, que consiste en atentar contra las instituciones políticas democráticas, intentando poner en entredicho su vigencia. Este punto resulta crucial, toda vez que únicamente es posible algo así como un delito terrorista cuando nos encontramos dentro de un Estado Democrático, que permite la diversidad y pluralidad de ideas, que está abierto a cambios mediante los medios que la comunidad política se ha fijado, pero que no estará dispuesto a aceptar que mediante medios violentos e ilegítimos se intente socavar un régimen democrático.¹⁸

En definitiva, lo expuesto permite tener en cuenta que el modelo que se adopte a la hora de tipificar los delitos terroristas influye decisivamente en la manera en que se lleva a cabo la investigación penal de los mismos, determinando la manera en que el órgano persecutor lleva a cabo sus diligencias, así como el alcance que las mismas puedan tener. En este sentido, si lo relevante pasa a ser el elemento estructural de la asociación ilícita terrorista, las técnicas investigativas deberán orientarse a la identificación de dichos grupos u organizaciones y sus integrantes, así como su carácter terrorista; mientras que, si se aceptan hipótesis de terrorismo individual, las estrategias de investigación y represión del fenómeno terrorista cambian de perspectiva y medios.

2.1. Concepto jurídico penal del terrorismo en actual legislación chilena

En Chile son dos los instrumentos legales que se refieren al terrorismo: Por una parte, la Constitución Política, en su artículo 9, artículo 16 N°2, artículo 17 N°3 y en su artículo 19 N°7 letra e); y por otro, la Ley N°18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad.

El primero de estos cuerpos normativos establece, en su artículo noveno, una estrecha relación entre el fenómeno social y político del terrorismo y los derechos humanos, ya que señala que las conductas terroristas son, por esencia, contrarias a los derechos humanos¹⁹.

Para cierta parte de la doctrina este precepto permitiría arribar a la conclusión de que existe una indisoluble relación entre el fenómeno del terrorismo y los derechos humanos. Dentro de los suscriptores de esta visión encontramos a Andrés Domínguez, quien define al terrorismo

¹⁸ VILLEGAS, M. 2006. Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal. *Revisa Política Criminal* 1 (2), p. 7.

¹⁹ Artículo 9: “El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. Una ley de quorum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad.”

como “una conducta violenta –armada o no- que engendra temor o intimidación, atentando contra la vida o la integridad personal, o la salud física o moral, o la libertad de las personas, de la población del Estado, orientada por un móvil que puede ser político, social, filosófico, ideológico o religioso, transgrediendo las prescripciones del derecho humanitario, en particular por el empleo de medios crueles y bárbaros, el ataque a objetivos inocentes o que no pueden tener interés militar alguno”²⁰.

De la lectura de la definición recién entregada, pareciera concluirse que el bien jurídico protegido por la norma que tipifica el terrorismo serían los derechos humanos, de manera que la estructura típica y el tratamiento general que la legislación común o especial realice al respecto deberían derivarse de esta definición. En esta misma línea, algunos han manifestado que los bienes jurídicos protegidos serían los vinculados al derecho a la indemnidad, pues “ello sitúa el delito de terrorismo exactamente en su medida: una violencia al orden constitucional y democrático y una violación esencial a los derechos del hombre. Y ese es el marco en donde la legislación ha de moverse si quiere respetar el principio de primacía constitucional y si quiere ser fiel a la naturaleza de las cosas y no caer en el exceso o en la arbitrariedad. Cualquier ley que tenga por objeto bienes jurídicos de menos trascendencia no debe ser incluida en la legislación antiterrorismo, de lo contrario la norma deviene en inconstitucional”²¹.

Una visión más aceptada en la doctrina penal mayoritaria considera que las legislaciones antiterroristas protegen un bien jurídico *colectivo* más que uno individual, en virtud de ser el terrorismo un atentado sistemático en contra de los derechos humanos fundamentales. Así, dado que es el Estado de Derecho el llamado a resguardar los derechos y libertades de la

²⁰ DOMÍNGUEZ, A. 1990. Terrorismo y Derechos Humanos. Comisión Chilena de Derechos Humanos. Santiago, p.10.

²¹ FUENZALIDA, S. 2007. La aplicación de la ley antiterrorista al dirigente mapuche Victor Ancalaf Llaupe. Un modelo de sentencia injusta. En: AYLWIN, J y YÁNEZ, N (editores). El gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el “nuevo trato”: Las paradojas de la democracia chilena. Santiago, Lom Ediciones, p. 460.

ciudadanía, la única violencia capaz de representar una amenaza seria a la vigencia de los mismos es “la que cuestiona el modo de organización del Estado”²².

Así entonces, resulta evidente la importancia que tiene el determinar cuáles son los bienes que debieran entrar al catálogo de protección de la legislación antiterrorista, en el entendido que esto no resulta una cuestión baladí, sino que más bien expresa una toma de posición del Estado respecto de qué derechos o instituciones resultan fundamentales para su estructura social y política, de manera que su vulneración por alguna de las conductas contemplada en la Ley 18.314 pone en peligro el régimen democrático mismo.

En definitiva, se puede concluir que el artículo 9 de la Constitución, a pesar de considerar el terrorismo como un fenómeno particularmente nocivo, no adopta definición alguna del mismo, de manera que ordena al legislador a determinar, mediante una ley de quorum calificado, las conductas que serán constitutivas de terrorismo.

Junto a lo anterior, el artículo 9 de la Constitución, en su inciso segundo, establece una inhabilidad por 15 años a quienes resulten responsables de delitos terroristas, para ejercer ciertos cargos y funciones, al mismo tiempo que señala que no procederá el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo. Esto da cuenta del tratamiento penal más severo que se le otorga a quienes son condenados por delitos de esta especie, pues establece un plazo especial de inhabilidad para el desarrollo de ciertas actividades, y junto con ello restringe la posibilidad de indulto.

Además, la Constitución establece un castigo adicional para el condenado por conductas terroristas, quienes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 N°3, pierden su calidad de ciudadano.

Por lo demás, el artículo 16 N°2 de nuestra Carta Fundamental, dispone que el derecho de sufragio se suspende “*por hallarse la persona acusada (...) por delito que la ley califique*

²² TERRADILLOS, J. 2010. El Estado de Derecho y el Fenómeno del Terrorismo. En: SERRANO-PIEDRASAS, J; DEMETRIO, E (Directores). Terrorismo y Estado de Derecho. Madrid, Iustel, p. 272.

como conducta terrorista”. De acuerdo al Instituto Nacional de Derechos Humanos²³, esta disposición contradice el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ambos ratificados por el Estado de Chile, pues, excede el evento acotado de “*condena, por juez competente, en proceso penal*” establecido el artículo 23.2 de la Convención Americana que permite contemplar restricciones al ejercicio de derechos políticos.

Por último, el artículo 19 N°7 letra e) establece tratamiento especial para la apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad de imputados por estos delitos, pues dicho recurso deberá ser conocido por un tribunal compuesto exclusivamente por miembros titulares; asimismo, la sentencia que acoja el recurso en contra de una prisión preventiva deberá ser decidida unánimemente, y no por mayoría simple como ocurre en los delitos comunes; y, mientras dure la libertad, el imputado estará siempre sujeto a las medidas de vigilancia que la ley contempla. A juicio del INDH, “la existencia de estos requisitos constitucionales reforzados para la obtención de la libertad provisional se aparta de la función estrictamente cautelar que debe tener la prisión preventiva”²⁴.demostrando una vez más el tratamiento especialmente gravoso que se le otorga a los delitos terroristas.

La normativa anterior permite dar cuenta de la particular detención con que el legislador constitucional trató el fenómeno del terrorismo, cuestión que resulta muy peculiar en el derecho comparado, y ha sido objeto de críticas importantes, que se centran en problematizar la hipertrofia normativa que en este ámbito exhibe nuestra Constitución, lo que a juicio de Mañalich, da cuenta de “un auténtico programa de constitucionalización del estatus jurídico de la criminalidad terrorista, representativo de una anomalía desde el punto de vista del derecho constitucional comparado.”²⁵ Programa en que se encuentra encerrada la intención de reprimir

²³ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Informe sobre Cuestiones a Considerar en una Reforma a la Ley Antiterrorista a la Luz de la Observación de Casos Realizada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos. Santiago, p.2.

²⁴ *Ibíd.*, p.3.

²⁵ MAÑALICH, J. 2015. El Terrorismo Ante el Derecho Penal: La Propuesta Legislativa del Gobierno como Retroceso. Anuario de Derecho Público 2015, p. 160.

formas de resistencia política que se tuvieron a la vista al dictar tanto la ley 18.314 en 1984, como el texto constitucional de 1980.

Por otro lado, respondiendo a la tendencia general a nivel internacional, nuestra legislación no ha definido propiamente el terrorismo, sino se ha limitado a otorgar una serie de elementos que permitirían identificar que estamos en presencia de este injusto penal. En este sentido, el artículo 1° de la Ley 18.314, señala en su inciso primero: *“Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2°, cuando el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”*.

El sistema que establece la Ley consiste entonces en señalar una serie de delitos comunes, contemplados en su artículo 2°, los cuales adquieren connotación terrorista en caso de que se pueda identificar que concurre, además, el elemento subjetivo señalado en el artículo 1°. En este sentido, se ha clasificado este requisito subjetivo de la finalidad de producir temor en la población, como un elemento subjetivo del tipo, el cual es “distinto del dolo, toda vez que va más allá de las exigencias objetivas del tipo.”²⁶

Lo anterior permite llegar a dos conclusiones: Por un lado, se sostiene que lo que ha de constatar conforme a la regulación chilena no es que el imputado se haya representado la posibilidad de que su conducta provoque el temor descrito en el artículo 1° de la Ley 18.314, sino que, por el contrario, se debe constatar que la conducta misma haya sido llevada a cabo con la finalidad de producir dicho temor, esto es, que el terror es el efecto buscado por el autor mediante la conducta realizada.

Por otro lado, se sostiene también que no es necesario que este efecto de provocar terror en la población efectivamente haya tenido lugar para que podamos hablar de un delito de carácter

²⁶ HERNÁNDEZ, H. 2010. Alcances de la Ley N° 18.314 que Determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad. Informes en derecho, Doctrina Procesal Penal 8, p. 57.

terrorista, sino que “sólo la persecución del mismo le confiere a la conducta el carácter de delito terrorista”.²⁷

Lo anterior tiene consecuencias probatorias ampliamente conocidas en la jurisprudencia nacional, y es que como señala el profesor Hernández “se debe acreditar más allá de toda duda razonable no ya sólo que el agente conocía (y aceptaba) positivamente el posible efecto atemorizador de sus conductas en la población o en una parte de ella, sino que dicho efecto era precisamente lo que perseguía”²⁸, lo cual ha resultado en la práctica sumamente difícil para los organismos persecutores chilenos. Prueba de esto es que, tras la modificación introducida a la ley 18.314 por la ley 20.467 de octubre del año 2010, hasta la fecha sólo han existido dos condenas por delitos terroristas, ambas respecto de una misma persona, por delitos realizados en las zonas de Temuco y Victoria, a las que nos referiremos con detalle más adelante.

Para concluir, cabe señalar que es el Ministerio Público el encargado de determinar la calificación jurídica que se le otorga los hechos delictivos que imputa en la audiencia de formalización. En ese sentido, en virtud de su carácter exclusivo de órgano persecutor, puede orientar sus investigaciones y formalizar a los acusados por hechos constitutivos, a su juicio, de delitos terroristas, no siendo dicha decisión susceptible de control por parte del Juez de Garantía sino hasta una audiencia posterior de relativa a revisión de medidas cautelares²⁹.

Esta facultad discrecional del Ministerio Público en la calificación jurídica de los hechos se vuelve controversial cuando se tienen en cuenta las deficiencias que el actual concepto de terrorismo rige en nuestro país, cuestión que será revisada a continuación, y las dificultades en su determinación, así como también por el régimen procesal especial y extraordinario que desencadena la atribución a un delito del carácter de terrorista.

2.2. Deficiencias del concepto vigente

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ HORVITZ, M y LOPEZ, J. 2003. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 541.

Este fenómeno de la existencia de muy pocas condenas por delitos terroristas a pesar de su uso intensivo en contra de grupos particulares, se puede explicar en parte importante por los problemas sustantivo-penales asociados al concepto de terrorismo vigente en la legislación chilena.

En primer lugar, se sostiene por la doctrina que la ley 18.314 cuenta con una descripción típica de terrorismo demasiado amplia, lo que en definitiva supone una contravención a los principios de legalidad y tipicidad. Esta amplitud se puede apreciar si se observa que nuestra legislación carece de algún baremo que permita al juzgador discriminar en cuanto a los medios que se deben emplear en la persecución de la finalidad terrorista. Así, Villegas señala que “el legislador da por acreditada la finalidad de causar temor a la población o parte de ella en base a los medios empleados, los que dada la ausencia de restricción pudiera ser cualquiera, incluyendo medios que carezcan de cualquier potencialidad lesiva para formar parte de una estrategia de violación masiva y sistemática a derechos humanos fundamentales”³⁰

En segundo lugar, debido a esta amplitud del tipo penal, se percibe también un espacio de discrecionalidad importante al momento en que el juez tiene que diferenciar un delito terrorista de otros delitos comunes. En este sentido, el Informe de Fondo de la Comisión IDH del año 2010, donde ésta analiza el tipo penal del terrorismo en Chile, señala que “El artículo 1 de la Ley antiterrorista no incluye una explicación sobre cuáles medios pueden considerarse de naturaleza tal o con efectos tales que conviertan un delito común en un delito terrorista. De esta manera, la distinción entre un delito común y un delito terrorista, quedan a la completa discrecionalidad del juez en cada caso concreto.”³¹

La descripción que realiza Zalaquett sobre el uso que se le da al concepto del terrorismo resulta sumamente ilustrativa de las deficiencias del mismo, pues señala que “[e]n la práctica, terrorismo ha pasado a ser una condena categórica de objeto indeterminado, como una

³⁰ VILLEGAS, M. 2013. Algunos comentarios sobre el concepto de “terrorismo” de la Ley 18.314. Informes en Derecho, Doctrina Procesal Penal 12, p. 189.

³¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2010. Informe de Fondo N° 176/10., párrafo 137.

sentencia condenatoria en blanco, a la cual se puede agregar el nombre del condenado, a voluntad”³².

Por último, en cuanto al concepto de terrorismo adoptado por la legislación nacional, se ha acusado una excesiva psicologización del mismo, lo que a juicio de Mañalich³³ puede apreciarse en dos características de la ley 18.314. En primer lugar, resulta determinante, como ya se señaló, que para atribuir carácter terrorista a alguno de los delitos contemplados en el art. 2° de la Ley, dicha conducta debió llevarse a cabo con la finalidad atemorizante del art. 1°, siendo este propósito en particular lo que imprime el carácter terrorista del delito, y no la conducta como tal. Junto con lo anterior, resulta además fundamental notar que la finalidad en cuestión, que vendría a determinar el carácter terrorista del delito, consiste en la producción de temor en la población, o parte de ella, con lo que se puede entender el porqué de la dificultad de acreditar, desde el punto de vista probatorio, el carácter terrorista de alguna de las conductas descritas en el art. 2 de la Ley 18.314.

2.3. El terrorismo como un delito que atenta contra el orden democrático.

Como vimos anteriormente, nuestra Constitución Política sostiene que el terrorismo, por esencia, es contrario a los derechos humanos, y más concretamente, contra el orden democrático de una comunidad. En esta sección profundizaremos en esta idea, de manera que podamos contar con un criterio que permita identificar la magnitud que tienen que exhibir los medios y la conducta delictual para que sean calificados de delitos auténticamente terroristas, desde el punto de vista el bien jurídico protegido.

Tal como señala el Terradillos, es crucial notar que el terror del que estamos hablando cuando nos referimos al fenómeno del terrorismo es el que se sigue de una amenaza tal a nuestros derechos, que creemos que su vulneración es una posibilidad latente. En este sentido, la

³² ZALAUQUETT, J. 1990. Conceptualización del terrorismo: Un punto de vista normativo. Instituto Interamericano de Derechos Humanos 11, p. 44.

³³ MAÑALICH, El terrorismo..., p. 158.

violencia terrorista es una que sea capaz de cuestionar directamente el modo en que estos derechos son protegidos, esto es, el Estado de Derecho Democrático.³⁴

Esto último pone en relieve la importancia de constatar la vigencia de un Estado democrático para que sea posible calificar de terrorista la violencia que le hace frente. En este sentido, es desde este punto de vista que Terradillos establece la distinción entre violencia de opresión y violencia de emancipación, con la finalidad de demostrar el hecho de que, junto con los medios, los objetivos que se persiguen con determinados actos violentos también son relevantes, hasta el punto de que condicionan la valoración misma de los medios empleados.³⁵

La clasificación entre violencia de opresión y violencia de emancipación se deriva de la constatación de que la violencia terrorista persigue objetivos políticos, y que, por lo tanto, la conceptualización de este fenómeno no puede dejar de lado un análisis de los objetivos de esta violencia. Así, la violencia de emancipación es aquella que se dirige a la implantación o profundización de los contenidos sustantivos de un Estado democrático de Derecho, mientras que la violencia de opresión es aquella orientada a la sustitución de ordenamientos democráticos por modelos totalitarios.

La manera en que opera esta distinción es evidente: La violencia, aún grave en cuanto a magnitud, que está orientada a el derrocamiento de un régimen totalitario, o a fortalecer la insurrección de los oprimidos contra el tirano, no genera terror, sino por el contrario, la esperanza de la liberación, de manera que el elemento central del terrorismo -difundir temor en la población- está ausente. Ahora bien, es claro que, aunque el objetivo sea la resistencia contra un régimen totalitario, si la violencia es indiscriminada y masiva, el elemento del terror de todas maneras estará presente, por lo que sería un error sostener que siempre que hay violencia emancipadora hay ausencia de terrorismo.³⁶

³⁴ TERRADILLOS, El Estado..., p. 272.

³⁵ *Ibíd.*, p. 275.

³⁶ *Ibíd.*, p. 277.

Por otro lado, la violencia de opresión, atendido los objetivos que persigue, será siempre terrorista en la medida que exhiba una mínima estructura organizativa, puesto que su objetivo es precisamente sustituir el orden democrático por el imperio del terror.

En síntesis, para los criterios propuestos por Terradillos no resulta suficiente una definición del terrorismo concentrada sólo en la finalidad de aterrorizar como la contenida en la Ley 18.314, sino que es necesaria una ulterior interpretación normativa del concepto, como es el intento de poner en entredicho nuestro sistema democrático.³⁷ Esta interpretación de carácter subjetiva, que deber ir siempre acompañada de un elemento objetivo que tome en cuenta la envergadura de los medios empleados, es lo que nos permite en definitiva delimitar el ámbito de lo que consideraremos como violencia terrorista.

Para el caso chileno, lo anterior cobra relevancia sobre todo en el marco del conflicto territorial que sostiene el pueblo mapuche con el Estado chileno. En efecto, la calificación de la protesta mapuche, que en ocasiones asume formas violentas, como criminalidad terrorista, ignora que las demandas históricas de este pueblo, cuando se han intentado canalizar por vías institucionales, han sido enfrentadas muy deficientemente por los gobiernos chilenos, lo que, a juicio de Pairicán, ha resultado ser uno de los motivos más importantes que explican la fuerza con que se han impulsado las voces autodeterministas, que suelen legitimar formas de violencia política como mecanismos de protesta eficaces para las aspiraciones del pueblo mapuche.³⁸ Esto último permite ofrecer una reconstrucción histórica orientada a interpretar la violencia de las organizaciones mapuche como auténtica violencia de emancipación, siendo entonces necesario revisar, al menos a nivel del terror como elemento central del concepto de terrorismo, la calificación que el Estado chileno ha sostenido de este tipo de conductas.

En concreto, y de manera más general, se puede sostener que la aplicación de la ley antiterrorista en Chile ha tenido como destinatarias organizaciones y grupos sociales cuyas formas violentas de protesta difícilmente puedan catalogarse como criminalidad terrorista en el sentido antes indicado, ya sea por la ausencia de una afectación de derechos fundamentales personalísimos, o bien por la ausencia en la legislación chilena del requisito de una finalidad

³⁷ *Ibíd.*, p. 278.

³⁸ PAIRICAN, F. 2014. Malon. La rebelión del movimiento Mapuche 1990-2013. Santiago, Pehuén Editores, pp. 67-92.

política en los delitos terroristas, como vimos anteriormente, de modo que con su aplicación expansiva respecto de estos grupos se busca en realidad asegurar gobernabilidad y eficiencia en la persecución de conductas que resultan política y socialmente problemáticas³⁹, al costo de relativizar la vigencia de garantías y derechos fundamentales.

Lo anterior sólo es posible gracias la amplitud que se puede observar en la descripción típica del delito terrorista en el ordenamiento chileno, lo que permite perseguir conductas que distan mucho de exhibir una gravedad que la doctrina típicamente asocia a estos delitos.⁴⁰ Así entonces, incorporar figuras como agentes encubiertos y reveladores en la persecución de estos delitos “terroristas” viene a agravar una situación que ya en la actualidad ha sido fuertemente cuestionada, ya sea por autores nacionales como por organismos internacionales.

2.4. Precisiones conceptuales en torno a los agentes encubiertos, provocadores y reveladores, y los informantes.

Así como anteriormente se precisó conceptualmente lo que se entenderá por terrorismo en esta tesis, haremos lo mismo respecto de las figuras cuyo análisis es el objeto principal de esta tesis, de manera que se pueda distinguir entre las distintas facultades y características que, en general, se les asocia en el contexto del derecho nacional como a nivel comparado.

Actualmente estas figuras se encuentran reguladas los siguientes cuerpos legales: en el artículo 226 bis del Código Procesal Penal⁴¹; los artículos 369⁴² ter y 411 octies⁴³ del Código Penal;

³⁹ IRIARTE, J. 2016. El delito terrorista: Bases conceptuales para justificación punitiva. Estudios Jurídicos Democracia y Justicia 5, p. 40.

⁴⁰ AYLWIN, J. 2010. La aplicación de la ley n°18.314 que “determina conductas terroristas y fija su penalidad” a las causas que involucran a integrantes del pueblo mapuche por hechos relacionados con sus demandas por tierras y sus implicancias desde la perspectiva de los derechos humanos. Informe en Derecho, p. 19.

⁴¹ Incorporado por el artículo 2 N° 21 de la Ley 20.931 que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos, y señala lo siguiente:

Artículo 226 bis.- Técnicas especiales de investigación. Cuando la investigación de los delitos contemplados en la ley N°17.798, en el artículo 190 de la ley N°18.290 y en los artículos 442, 443, 443 bis, 447 bis, 448 bis y 456 bis A del Código Penal, lo hicieren imprescindible y existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de la participación en una asociación ilícita, o en una agrupación u organización conformada por dos o más personas, destinada a cometer los hechos punibles previstos en estas normas, aun cuando ésta o aquella no configure una asociación ilícita, el Ministerio Público podrá aplicar las técnicas previstas y reguladas en los artículos 222 a 226, conforme lo disponen dichas normas.

Además, cumpliéndose las mismas condiciones establecidas en el inciso anterior y tratándose de los crímenes contemplados en los artículos 433, 434, inciso primero del 436 y 440 del Código Penal y de los delitos a que hace referencia el inciso precedente, el Ministerio Público podrá utilizar las técnicas especiales de investigación consistentes en entregas vigiladas y controladas, el uso de agentes encubiertos e informantes en la forma regulada por los artículos 23 y 25 de la ley N°20.000, siempre que fuere necesario para lograr el esclarecimiento de los hechos, establecer la identidad y la participación de personas determinadas en éstos, conocer sus planes, prevenirlos o comprobarlos.

Asimismo, cumpliéndose las condiciones señaladas en los incisos anteriores y tratándose de los delitos contemplados en la ley N°17.798, podrán utilizarse, además, agentes reveladores.

Para la utilización de las técnicas referidas en este artículo, el Ministerio Público deberá siempre requerir la autorización del juez de garantía.

⁴² Incorporado por el artículo 1 N°18 de la Ley 19.927 que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, y señala lo siguiente:

Artículo 369 ter, Código Penal: Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 366 quinquies, 367, 367 ter, 374 bis, inciso primero, y 374 ter, y la investigación lo hiciere imprescindible, el tribunal, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de esa persona o de quienes integren dicha organización, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de comunicaciones. En lo demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal.

Igualmente, bajo los mismos supuestos previstos en el inciso precedente, podrá el tribunal, a petición del Ministerio Público, autorizar la intervención de agentes encubiertos. Mediando igual autorización y con el objeto exclusivo de facilitar la labor de estos agentes, los organismos policiales pertinentes podrán mantener un registro reservado de producciones del carácter investigado. Asimismo, podrán tener lugar entregas vigiladas de material respecto de la investigación de hechos que se instigaren o materializaren a través del intercambio de dichos elementos, en cualquier soporte.

La actuación de los agentes encubiertos y las entregas vigiladas serán plenamente aplicables al caso en que la actuación de los agentes o el traslado o circulación de producciones se desarrolle a través de un sistema de telecomunicaciones.

Los agentes encubiertos, el secreto de sus actuaciones, registros o documentos y las entregas vigiladas se regirán por las disposiciones de la ley N° 20.000.

⁴³ Incorporado por el artículo 1 N°4 de la Ley 20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución, y señala:

Artículo 411 octies, Código Penal: Previa autorización del juez de garantía competente, el fiscal podrá autorizar, en las investigaciones por los delitos previstos en el presente párrafo, que funcionarios policiales se desempeñen como agentes encubiertos y, a propuesta de dichos funcionarios, que determinados informantes de esos servicios actúen en esa calidad.

Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos indicados en este párrafo, y la investigación lo hiciere imprescindible, el tribunal, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de esa persona o de quienes integren dicha organización, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de

los artículos 31⁴⁴ y 32⁴⁵ de la Ley 19.974 sobre el Sistema de inteligencia del Estado y que crea la Agencia Nacional de Inteligencia; el artículo 33 inciso primero, letra a)⁴⁶ de la Ley 19.913 que crea la Unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, y en el artículo 25 de la Ley 20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas,

A propósito de lo anterior, una primera distinción que es importante hacer, es respecto al carácter público o privado de la persona que provee la información que finalmente utilizará el

comunicaciones. En lo demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal.

Estas técnicas podrán ser utilizadas por el fiscal sea que se trate de una persona, un grupo de personas o una organización delictiva que hubiere cometido o preparado la comisión de los delitos señalados en este artículo.

En todo aquello no regulado por este artículo los agentes encubiertos e informantes se regirán por las disposiciones respectivas de la ley N° 20.000.

⁴⁴ Artículo 31 de la 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 a que se refiere 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.

⁴⁵ Artículo 32 de la Ley 19.974: *Los directores o los jefes de los organismos de inteligencia del Sistema podrán recurrir, sin necesidad de autorización judicial, al uso de informantes, entendiéndose por tales, a las personas que no siendo funcionarios de un organismo de inteligencia, le suministran antecedentes e información para efectuar el proceso de inteligencia.*

⁴⁶ Artículo 33 letra a) de la Ley 19.913: *Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, serán aplicables respecto de los delitos establecidos en los artículos 27 y 28, todas las normas de la ley N° 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y las que contenga cualquier otra ley que la sustituya o modifique, que se refieran a las siguientes materias:*

a) Investigación: se comprenden, especialmente, la colaboración de organismos del Estado, la facultad del Ministerio Público para efectuar actuaciones fuera del territorio nacional o sin previo conocimiento del afectado y la cooperación internacional en general; levantamiento del secreto bancario; gratuidad de los antecedentes requeridos durante la investigación;

técnicas especiales de investigación, como la entrega u operación vigilada, la utilización de agentes encubiertos e informantes, la interceptación de comunicaciones y demás medios técnicos; protección de las personas que hayan colaborado con la investigación, incluyendo el resguardo de su identidad e imagen, cambio de identidad, secreto de determinadas actuaciones, registros o documentos como medida de protección cuando exista riesgo para su seguridad, sanciones en caso de infracción, y posibilidad de prestar testimonio de manera anticipada.

ente persecutor. En base a este criterio, es posible distinguir entre agentes, por un lado, e informantes, por otro.

2.4.1. Agentes.

Cuando se habla de “agente”, la persona que entrega la información relevante para la investigación en cuestión es necesariamente un funcionario policial, que desarrollará determinadas diligencias investigativas conforme a normas establecidas, las cuales nos permiten a su vez distinguir entre agentes encubiertos, reveladores o provocadores.

Así, cuando hablamos de un agente “*encubierto*”⁴⁷, nos referimos a un miembro de la policía que “se infiltra en una organización criminal participando del entramado organizativo bajo identidad supuesta, para detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores.”⁴⁸

Ambas características, tanto la identidad ficticia como la facultad de infiltrarse en una organización, pueden encontrarse en la normativa nacional, que contempla, como es el caso del artículo 25 de la Ley 20.000, disposiciones dirigidas a que el Registro Civil chileno provea los documentos necesarios para la creación de esta identidad ficticia. Lo mismo ocurre en el caso del artículo 369 ter del Código Penal, que regula el uso de agentes encubiertos en el ámbito de la persecución de delitos sexuales contra menores de edad, y el artículo 33 de la Ley 19.913 que regula el uso de esta figura en materia de lavado y blanqueo de activos, los que se remiten a la regulación contemplada en la Ley 20.000.

Otra norma que contempla este tipo de agentes, es la Ley 19.974, sobre el sistema de inteligencia del Estado y que crea la Asociación Nacional de Inteligencia, que en su artículo 31 permite la utilización de estos agentes, sin necesidad de autorización judicial alguna ni orden del Ministerio Público, cuestión en la que nos detendremos más adelante.

⁴⁷ Para revisar un análisis en profundidad sobre la regulación chilena respecto agentes encubiertos, ver: CARRASCO, B y LOPEZ, M. 2013. Agente encubierto. Análisis crítico de su regulación en la legislación nacional. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 221p.

⁴⁸ ESPINOSA, R. 2000. El Agente Encubierto en el Ordenamiento Jurídico Español. [En Línea] Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad Castilla-La Mancha. <<http://www.cienciaspenales.net>> [Consulta: 08 noviembre 2016]

Por otro lado, cuando nos referimos a agentes “*reveladores*”, su definición legal en el artículo 25 de la Ley 20.000 nos indica que se trata de un funcionario policial que simula ser comprador o adquiriente, para sí o para terceros, de determinados bienes, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de los mismos. Así, se trata de un funcionario que, fingiendo estar de acuerdo con otras personas, las mueve a cometer acciones delictivas con la intención de evitar su consumación una vez comenzada su ejecución y poner a los hechos a disposición de la justicia penal, al tener pruebas en sus manos para hacerlos castigar.⁴⁹

Por último, los agentes “*provocadores*”, que han sido objeto de extensas disquisiciones en el derecho español, se caracterizan como funcionarios policiales que incita la realización de un determinado hecho, o crean las condiciones de hecho que motivan al sujeto investigado a realizarlo.⁵⁰ Si bien el empleo de esta figura no está permitido legalmente ni en España ni Chile, la jurisprudencia española ha dado espacio a su empleo, fundamentalmente a través de su distinción respecto al delito provocado, figura que será revisada más adelante.

2.4.2. Informantes.

Por su parte, un “informante” (conocido en otros ordenamientos como confidente) es un particular que provee información a las policías respecto a una organización o grupo delictivo, por lo que la principal distinción que cabe hacer respecto a los agentes, es la ausencia de la condición de funcionario. Así, lo que mueve a los informantes para llegar a proveer esta información son acuerdos que generalmente se alcanzan con las policías gracias a los que se ven beneficiados en alguna medida ya sea con algún beneficio o remuneración, o bien excepcionalmente los motiva la intención de aportar de manera desinteresada a la investigación de un hecho punible.⁵¹

Es importante poder distinguir la figura del informante y la del arrepentido, siendo este último un particular que previamente formó parte de la organización o grupo delictivo que es objeto de la investigación, de manera que su carácter de colaborador con la entidad policial

⁴⁹ POLITOFF, S. 1998. El agente encubierto y el informante ‘infiltrado’ en el marco de la Ley N° 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. En: Politoff, S y Matus, J, Coords., Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes Santiago, Lexis Nexis. p. 54.

⁵⁰ ESPINOSA. R. El Agente... p. 5.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 7 y ss.

sobreviene en determinado momento. Así, esta colaboración suele venir acompañada de algún tipo de recompensa, como típicamente lo contempla el artículo 4 de la Ley 18.314, que contempla una reducción de pena en hasta dos grados para el caso del arrepentido que colabora eficazmente en una investigación.

Por último, también conviene notar que tanto nuestro ordenamiento como algunos ordenamientos extranjeros admiten la posibilidad de que informantes cumplan el rol de agentes encubiertos, tal como está contemplado en el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal de Colombia⁵², o incluso reveladores, como lo establece la Ley 20.000 en su artículo 25 y el artículo 411 octies del Código Penal.

La circunstancia anterior ha suscitado importantes cuestionamientos, los cuales revisaremos más detenidamente a propósito del tratamiento jurídico que se les da a los agentes encubiertos en Colombia.

2.5. Proyecto de ley que determina conductas terroristas y su penalidad y modifica los Códigos Penal y Procesal Penal.

En octubre de 2014, algunos senadores de la República ingresaron un proyecto de ley -Boletín 9669-07- pretendía que sustituir el texto de la ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, a fin de dar mayor protección a la ciudadanía y fortalecer la paz social.

De igual forma, en noviembre de 2014 ingresó al Congreso un proyecto de ley, iniciado por parte del Gobierno, que tiene por objeto sustituir la Ley 18.314 y realizar una serie de modificaciones al Código Penal y Procesal Penal.

Finalmente, ambos proyectos quedaron refundidos en éste último, identificándose como Boletín 9692-07.

⁵² COLOMBIA. Congreso de Colombia. 2004. Código Procedimiento Penal. Agosto de 2016. “Art. 242. *Cuando un fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos penales con trascendencia jurídica (...)*”

2.5.1. Principales reformas: definiciones conceptuales e introducción de agentes encubiertos y reveladores.⁵³

El ya mencionado Proyecto de Ley introduce una serie de modificaciones al Código Penal y al Código Procesal Penal. En primer lugar, y aportando un importante cambio sistemático a la legislación, propone trasladar el tratamiento jurídico penal del terrorismo a la legislación común del Código Penal, derogando la actual Ley 18.314, mediante la incorporación de dos nuevos tipos penales: la “asociación ilícita terrorista”, y la “delincuencia terrorista”. Al respecto, la Presidenta señala en el mensaje del Boletín que *“el proyecto de ley asume que el delito de asociación criminal terrorista se consuma por el sólo hecho de organizarse con independencia de los delitos graves que se cometan, lo que trae una percepción de mayor gravedad de las penas por el concurso real que atrae, en el evento de consumarse efectivamente aquellos delitos ‘base’”, al mismo tiempo que considera que “[l]a perpetración de esos crímenes debe perseguir socavar o destruir el orden institucional democrático, imponer exigencias a la autoridad política, arrancar decisiones de ésta, afectar gravemente al orden público o infundir temor generalizado de pérdida de derechos fundamentales”.*

En segundo lugar, dispone de una serie de medidas de investigación de carácter especial cuando se trata de delitos complejos, dentro de los cuales encontramos: (i) un aumento del plazo de investigación, hasta 3 años; (ii) la autorización, por parte del juez de Garantía, de entregas vigiladas de los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos complejos; (iii) el Ministerio Público podrá solicitar al juez de garantía que decrete ciertas medidas cautelares, sin comunicación previa al afectado, antes de la formalización de la investigación (arraigo nacional, ordenar medidas cautelares reales respecto de bienes, valores o dineros provenientes de los delitos materia de la investigación, recoger e incautar la documentación y los antecedentes necesarios para la investigación); (iv) el plazo para efectuar la formalización de la investigación podrá ser ampliado por el juez de garantía hasta por el término de cinco días cuando el fiscal así lo solicite; entre otras.

⁵³ En esta sección todas las referencias se entienden hechas al Boletín 9692-07, disponible en < https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10106&prmBL=9692-07 > [Consulta: 17 octubre 2016].

Del mismo modo dentro de las reformas que el Proyecto de Ley en cuestión propone, se encuentra la inclusión de un nuevo párrafo en el Código Procesal Penal denominado “*Diligencias y medidas especiales de investigación para delitos organizados o complejos*”. Dentro de este grupo de delitos se encuentran comprendidos los contemplados en la Ley 18.314, así como también al lavado de activos, tráfico de estupefacientes, entre otros.

Respecto de este tipo de delitos, y excepcionalmente respecto de otros crímenes en que “se justifique fundadamente por parte del Ministerio Público que, por sus especiales características, se dificulte su investigación al punto de hacer indispensable el uso de medidas especiales de pesquisa”, se podrá hacer uso de las figuras de **agentes encubiertos y agentes reveladores**. Estas figuras, que como vimos ya están contempladas en nuestra legislación respecto de otros delitos, quedarían ahora contempladas también en el siguiente artículo del Código Procesal Penal:

Artículo 226 H. Agente encubierto y agente revelador. Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una o más personas hubieren cometido o participado en la preparación o comisión, o que ellas prepararen actualmente la comisión o participación, en un hecho constitutivo de alguno de los delitos contenidos en el artículo 226 A, el juez de garantía, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar a funcionarios policiales determinados para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores.

El mismo artículo se encarga de definir qué entenderá por cada uno de estos agentes, siendo **agente encubierto** aquel “*funcionario policial que oculta su identidad y se involucra o introduce en las organizaciones delictivas o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con objeto de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación*”. Estos podrán tener una historia ficticia, para lo cual la ley les otorga los medios necesarios para la materialización y verosimilitud de la misma. Por otro lado, son **agentes reveladores** aquellos funcionarios policiales que “*simulan requerir de otro la ejecución de una conducta delictiva con el propósito de lograr la concreción de los propósitos delictivos de éste*”.

Cabe señalar que el proyecto dispone la necesidad de contar previamente con una autorización del juez de Garantía respectivo, la que delimitará el ámbito de actuación y la duración, que en todo caso no podrá exceder de 180 días, aunque prorrogables si concurren los requisitos para que proceda esta medida especial de investigación.

Asimismo, siguiendo la regla general de los actuales artículos 227 y 228, deberán consignarse los resultados de la actuación de los agentes, así como también la fecha y el contenido de las resoluciones judiciales que la autorizan.

Una de las modificaciones al Código Penal relevantes para los objetivos de esta tesis está indicada en el artículo 10 del Proyecto de Ley, el cual agrega un nuevo numeral al artículo 10 de dicho cuerpo legal, y que establece una nueva causal eximente de responsabilidad en los siguientes términos: *“14. El que ejecutare el hecho instigado por maniobras, ardidés o estrategias de los agentes encubiertos o reveladores de la policía o de cualquiera concertado con ella”*.

Por último, y en el mismo sentido dispuesto en la Ley 20.000, se establece una exención de responsabilidad criminal favorable a los agentes encubiertos y reveladores respecto de aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre y cuando éstos se hayan cometido en el marco de la autorización judicial respectiva y sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma.

En todo caso, cabe precisar que, hasta la fecha, esta modificación legislativa no alcanzaría a los agentes encubiertos y reveladores regulados en el artículo 226 bis del Código Procesal Penal, pues éstos fueron incorporados al cuerpo normativo recién en julio de 2016, es decir, casi un año después de haberse iniciado la tramitación de este proyecto de ley; como tampoco alcanzaría a los agentes encubiertos e informantes regulados en la Ley 19.974, que anteriormente analizamos.

2.5.2. Fundamentos político criminales que sustentan la reforma y la incorporación de agentes encubiertos y reveladores.

Para justificar la necesidad de sustituir la Ley 18.314 e introducir las modificaciones ya señaladas al Código Penal y Procesal Penal, el Ejecutivo ha sostenido, principalmente, dos razones: en primer lugar, por un problema de legitimidad democrática, el que se expresa en la ilegitimidad de origen que le afecta, y en la ineficacia en que ha caído. Se habla de ilegitimidad de origen en virtud al haber sido primitivamente orientada a sancionar la oposición insurreccional e ideológica.

Mientras que se habla de un problema de ineficacia en tanto la aplicación selectiva que se le ha dado a la misma la ha teñido de ilegitimidad, y los tribunales han dejado de aplicarla en la práctica.

Y, por otro lado, la segunda razón dice relación con los numerosos problemas que la aplicación de esta ley ha traído: aumento desproporcionado de penas; extensión a delitos contra la propiedad; dificultad probatoria de los elementos subjetivos del tipo –tal como se señaló anteriormente-; utilización de testigos protegidos, debilitando la capacidad de la defensa para refutar las pruebas ofrecidas en la acusación, entre otros.

El proyecto entonces pretende hacerse cargo de estos problemas y del rechazo internacional generalizado existente, para lo cual considera necesario tener a la vista los fenómenos internacionales recientes y las amenazas globales que hoy nos afectan, toda vez que el problema hoy es con creces superior al previsto hace 30 años.

Para entender la lógica que subyace al Proyecto hay que situarse en las consideraciones que el Ejecutivo tiene respecto al contexto actual, quien inicia la presentación del mensaje señalando que en nuestro país ha existido actividad terrorista *básica, pero sistemática*, y que los últimos atentados en el metro de Santiago y otros actos en la vía pública han originado una nueva, a la que se debe reaccionar de manera que se puedan prevenir de una manera legítima, democrática y eficaz.

Para esto, entiende que el terrorismo es un *fenómeno global y no nacional*, de manera que nuestra legislación debe ser capaz de responder tanto al terrorismo transnacional como al interno.

Asimismo, entiende que la legislación antiterrorista debe alejarse de los vicios del derecho penal del enemigo, evitando centrarse en grupos específicos, al mismo tiempo que debe respetar los derechos humanos elementales y los principios de un Estado Democrático.

Por lo demás, considera al terrorismo como criminalidad organizada, pero, no obstante, considera necesario *legislar sobre el fenómeno del terrorismo individual, que se produce en el contexto de una afiliación de ideas y propósitos terroristas, en el marco de la globalización de redes horizontales como una nueva forma de criminalidad terrorista*.

Respecto a las razones que justifican, en específico, la incorporación de agentes encubiertos y reveladores como medida especial de investigación para delitos clasificados como complejos, no encontramos ningún argumento ni explicación alguna sobre la necesidad o el vacío específico que estarían llenando, simplemente se limita a señalar la introducción de esta medida investigativa como una medida especial destinada a la investigación de delitos complejos que ahora estará regulada en la legislación común, evitando de este modo la dispersión normativa que hoy existe en materia de medidas intrusivas.

A nuestro parecer, esto responde a la lógica de seguridad ciudadana que ha impulsado los últimos proyectos de ley que se han tramitado en el Congreso en materia de delincuencia. Como se señala popularmente *“los derechos humanos y el Estado de Derecho pasaron de moda, ahora se viene la era de la Seguridad Ciudadana”*. Es decir, esta medida intrusiva de investigación da cuenta de la reacción que los Gobiernos del último tiempo han tenido respecto del supuesto aumento de la delincuencia y, particularmente en relación a la materia en estudio, respecto del aumento de supuestos “atentados terroristas” en la Araucanía y las distintas explosiones de artefactos en algunos lugares públicos de la capital.

De acuerdo con lo anterior, nos encontramos frente a respuestas excesivas, que más que mantener concordancia legislativa y proporcionalidad en las penas, se enfoca, tal como propone la lógica de la Seguridad Ciudadana, en acabar con la sensación de inseguridad que se

ha instalado en la opinión pública nacional: Ley 20.931 que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos, Ley 20.770 que modifica la ley del tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte, son algunos de los ejemplos, que junto a este proyecto, dan cuenta de este fenómeno.

La política de la Seguridad Ciudadana tiene, según Díez Ripollés⁵⁴, algunas ideas motoras que permiten comprender el surgimiento de este modelo penal que reemplaza al modelo garantista antes vigente. Entre éstas encontramos el protagonismo de la delincuencia clásica apoyada en un creciente sentimiento de inseguridad ciudadana, el que ha pasado a ser un tema importante dentro de las agendas legislativas; se incluye, también, la inclusión de los intereses de las víctimas como guías del debate político criminal, el populismo y la politización de las decisiones legislativas concernientes al ámbito penal donde “la experiencia cotidiana del pueblo, su percepción inmediata de la realidad y los conflictos sociales han pasado a ser un factor de primera importancia a la hora de configurar las leyes penales, y pugna por serlo también en la aplicación legal. Lo novedoso, sin embargo, no es que tales experiencias y percepciones condicionen la creación y aplicación del derecho, algo legítimo en toda sociedad democrática, sino el que demanden ser atendidas sin intermediarios, sin la interposición de núcleos expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva. Los portadores de esos nuevos conocimientos son la opinión pública creada por los medios populares de comunicación social, las víctimas o grupos de víctimas y, en último término, el pueblo llano”⁵⁵. Estas son algunas de las ideas que lideran el modelo de Seguridad Ciudadana que permiten explicar claramente el fundamento que está detrás del proyecto de ley aquí analizado.

Sin perjuicio de lo anterior, Díez Ripollés señala explícitamente como idea motora del modelo, una que es plenamente aplicable a la discusión aquí sostenida, la que él llama “*la ausencia de recelo ante el poder sancionatorio estatal*”, donde el derecho penal moderno,

⁵⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J. 2004. El nuevo modelo penal de la Seguridad Ciudadana. Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología 6, p. 6 y ss.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 11.

construido sobre la base de un derecho penal mínimo, da paso a un modelo que admite la posibilidad de renunciar a las “cauteladas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales, a cambio de una mayor efectividad en la persecución del delito (...) Ello permite a las fuerzas políticas establecer una relación inmediata entre las demandas populares y la configuración del derecho penal, y recolectar, ello mediante, los importantes réditos políticos que esta pretendida democracia directa suministra.”⁵⁶. Es justamente aquello lo que se puede apreciar con las últimas iniciativas legislativas importantes que han tenido en nuestro país en materia penal, o con las políticas que los gobiernos municipales han impulsado en materia de seguridad, perfeccionando y expandiendo sistemas sofisticados de televigilancia, que incluso han motivado la interposición de recursos de protección por parte de vecinos que sienten vulnerado su derecho a la privacidad.⁵⁷

Asimismo, la pretensión de incluir agentes reveladores y encubiertos da cuenta de cómo se inserta la lógica de “derecho penal del enemigo” en nuestro sistema punitivo. Es más, el mismo Jakobs, ideólogo de este modelo de derecho, cita como ejemplos de medios de investigación la “intervención de las telecomunicaciones, otras investigaciones secretas y la intervención de investigadores encubiertos”⁵⁸.

Esto da cuenta –a pesar de la pretensión explícita del proyecto- de una concepción especial del Estado que, en primer lugar, desconoce la dignidad humana mediante su instrumentalización y su cosificación, esto en virtud de que se suprime todo tipo de límites al ejercicio de la potestad punitiva estatal, pasando éste a ser un ejercicio directo de pura coacción que sirve, además, para la exclusión⁵⁹. En segundo lugar, el Estado se ve dispuesto a distinguir entre dos tipos de sujetos y de organizar sus normas e instituciones de acuerdo a cada uno de ellos: así,

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 17.

⁵⁷ MATUS, J. y RIVERA, V. 2016. Alcalde Alessandri anuncia instalación de globos de televigilancia en Santiago. [en línea] La Tercera. 3 de diciembre del 2016. <<http://www.latercera.com/noticia/alcalde-alessandri-anuncia-instalacion-globos-televigilancia-santiago/>> [consulta: 14 diciembre 2016].

⁵⁸ JAKOBS, G. 2008. “¿Derecho penal del enemigo?”, estudio acerca de los presupuestos de juridicidad. En: CANCIO, M y FEIJOO, B. (eds.). Teoría Funcional de la pena y la culpabilidad. Thompson Civitas, Navarra, pp.58-59.

⁵⁹ NUÑEZ, Un análisis..., p.19.

comprende la existencia de un Derecho Penal del Ciudadano que otorga un tratamiento penal más benigno (en relación a la cuantía de las penas) y respetuoso de garantías procesales a aquellos ciudadanos que transgreden ciertas normas de comportamiento que no son consideradas de especial gravedad, mientras que otorga un tratamiento penal agravado, vulnerando los principios de proporcionalidad, y con mayor propensión a violentar garantías procesales y derechos a aquellos “enemigos” que incumplen normas de comportamiento que aseguran bienes jurídicos considerados especialmente relevantes para la sociedad. Es justamente esto último lo que vemos tanto en la legislación antiterrorista vigente como en la intención del Proyecto de Ley de incorporar agentes encubiertos y reveladores como técnica de investigación, sobre todo si consideramos –como se explicará más adelante- que es el Ministerio Público el encargado de determinar la calidad del delito que se imputará, es decir, será el ente persecutor quien decidirá si el delito investigado reviste la calidad de terrorista, y por ende, si el sujeto investigado puede pasar a ser considerado un “enemigo” desde el punto de vista del derecho penal, para así poder emplear un método de investigación tan intrusivo y perjudicial para sus derechos y garantías como serían los agentes encubiertos y reveladores.

2.5.3. Principales propuestas legislativas que se han hecho en torno a la figura de los agentes encubiertos y reveladores⁶⁰.

Tal como se señaló al principio de este capítulo, este no ha sido el primer intento legislativo que pretende incorporar agentes encubiertos y reveladores para efectos de la investigación y persecución de los delitos terroristas.

Un mes antes de que ingresara el proyecto de ley recientemente aludido, ingresaron algunos senadores de nuestro país el Boletín 9669 que pretendía sustituir la ley N° 18.314, a fin de dar mayor protección a la ciudadanía y fortalecer la paz social. Dicho proyecto –que luego fue refundido con el ya estudiado- también pretendía introducir la figura de los agentes encubiertos e informantes, tomada de la Ley 20.000 y considerada *como un medio idóneo y eficaz para penetrar agrupaciones ilícitas con fines terroristas y detectar a sus partícipes o suministrar la información necesaria para la detección de acciones encaminadas a la*

⁶⁰ En esta sección todas las referencias se entienden hechas a los Boletines 9692-07 y 7207-7 disponibles en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10106&prmBL=9692-07 y https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7605&prmBoletin=7207-07 respectivamente. [Consulta: 17 octubre 2016].

planificación de atentados con carácter terrorista, señala, asimismo, que se encuentra inspirado en el mensaje originalmente ingresado por el Gobierno de Sebastián Piñera (Boletín 7207-07).

Lo anterior es ilustrativo de un elemento estructural clave en la criminalidad terrorista asumido por los dos proyectos en cuestión, aunque no está recogida por nuestra normativa vigente. Se refiere al vínculo entre los delitos de carácter terrorista y la necesaria existencia de organizaciones con la capacidad de llevarlos a cabo. En este sentido, las propuestas legislativas que analizamos asumen que la función principal del agente encubierto será la de recopilar información tanto de las mismas agrupaciones como de sus integrantes. Esta, como se verá más adelante a propósito de los casos de delitos provocados, ignora el riesgo manifiesto de que, si no se los limita debidamente en sus atribuciones, no hay nada que impida que en la práctica los agentes encubiertos centren su actividad en la investigación de individuos, más que en organizaciones, lo que en definitiva equivale a la posibilidad de que las herramientas que se intentan introducir tengan un alcance mayor incluso que el que prevé el legislador, siendo entonces una tarea fundamental la de delimitar con precisión el ámbito de aplicación de este tipo de métodos.

Concordando con lo señalado respecto a la Seguridad Ciudadana –aunque no explícitamente– el mensaje del proyecto justifica la modificación de la ley en los problemas de aplicación que ha demostrado tener la actual Ley Antiterrorista, en virtud del alto estándar probatorio materializado en el “dolo”⁶¹ terrorista y por la falta de herramientas eficaces de investigación. Estas serían razones suficientes para una modificación del tipo en estudio, pues el proyecto tiene como uno de sus objetivos el incorporar *métodos investigativos apropiados para la pronta detección de cualquier tipo de atentado terrorista, la desarticulación y neutralización de las organizaciones ilícitas terroristas y el control sobre actividades sospechosas de financiamiento del terrorismo, adecuando la normativa a los estándares internacionales*. Así, se pretende dar respuesta a los recientes actos terroristas y a las más de 200 explosiones de bombas ocurridas en el último tiempo.

⁶¹ La doctrina ha sostenido que la psicologización del concepto de terrorismo en la legislación chilena tiene lugar, en vez de un “dolo terrorista”, a través de lo que se denomina como un elemento subjetivo del tipo. Al respecto, ver: VILLEGAS, Los delitos..., p. 14 y ss.

A diferencia del proyecto mocionado por la Presidenta, éste no contaba con el requisito de autorización judicial previa, sino bastaba la autorización del Ministerio Público para que agentes se desempeñaran como encubiertos y reveladores. Otra clara diferencia que presenta es que disponía que, si el Ministerio Público estimare que existe riesgo para la seguridad de los agentes encubiertos, informantes, testigos, peritos y, en general, de quienes hayan cooperado eficazmente en el procedimiento, podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto de uno o más intervinientes, en los términos que dispone la citada norma. En estos casos, el plazo establecido en el inciso tercero del artículo 182 del Código Procesal Penal podrá ampliarse hasta por un total de seis meses.

Por otro lado, en septiembre de 2010, el presidente de aquel entonces, Sebastián Piñera, ingresó el Boletín 7207-07, un proyecto de ley que tenía por objeto “actualizar la ley N° 18.314, incorporando métodos investigativos apropiados para la pronta detección de cualquier tipo de atentado terrorista, la desarticulación y neutralización de las organizaciones ilícitas terroristas y el control sobre actividades sospechosas de financiamiento del terrorismo, que han demostrado en nuestro país y en otras naciones, ser mecanismos exitosos en la lucha contra la droga y el lavado y blanqueo de activos”⁶². La fundamentación del proyecto se funda en la necesidad de utilizar nuevos métodos de investigación que resulten efectivos para enfrentar un delito complejo y con caracteres transnacionales como es el terrorismo, de manera que se acude a ejemplos de experiencia comparada que han demostrado ser eficaces como técnicas de persecución.

Dentro de las modificaciones que propone, y atendida la eficacia demostrada en la legislación comparada, se encuentra la incorporación de agentes encubiertos y de informantes a la Ley, 18.314, como una técnica de investigación efectiva y concordante con los convenios internacionales ratificados por Chile. Así, el inciso primero del artículo 21 de dicho proyecto señala: “*El Ministerio Público podrá autorizar a funcionarios policiales para que se*

⁶² Mensaje Boletín 7207-07. [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7605&prmBoletin=7207-07> [Consulta: 29 diciembre 2016], p.1.

desempeñen como agentes encubiertos y, a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de esos servicios actúen en esa calidad”⁶³.

En la disposición recién citada encontramos una primera diferencia respecto de los dos boletines anteriormente estudiados, en cuanto permite la actuación de informantes, es decir, de particulares, como agentes encubiertos. Este último es definido como *“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*”⁶⁴. Como se puede apreciar, las facultades otorgadas al agente encubierto por este proyecto resultan plenamente coincidentes con las otorgadas por el proyecto hoy tramitado en el Congreso, Boletín 9692-07.

Por su parte, los informantes son definidos como aquel que *“suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o que, sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa en los términos señalados en alguno de los incisos anteriores*”⁶⁵.

Una segunda diferencia respecto del Boletín 9292-07 dice relación con la ausencia de autorización de judicial previa, concordando así con lo pretendido en el proyecto de ley contenido en el Boletín 9669-07.

Al igual que los dos proyectos anteriormente estudiados, se establece una causal de eximición de responsabilidad respecto de los delitos en aquellos agentes encubiertos o informantes hayan incurrido o que no hayan podido impedir, siempre que estos sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma

⁶³ *Ibíd.*, p.16.

⁶⁴ *Ibíd.*, p.16.

⁶⁵ *Ibíd.*, p.16.

Este proyecto de ley no sufrió ningún movimiento de tramitación desde su presentación, de manera que aún se encuentra en el primer trámite constitucional en el Senado.

3. Tratamiento jurisprudencial de agentes encubiertos, informantes y reveladores en la legislación antiterrorista.

Si bien nuestra legislación antiterrorista vigente no admite el uso de agentes encubiertos, reveladores ni informantes en la investigación de delitos de terrorismo, han existido casos en que se ha utilizado esta figura, aunque las autoridades policiales y el Ministerio Público han analogado su tratamiento al de figuras distintas, como la del arrepentimiento eficaz contemplado en el artículo 4° de la Ley 18.314. En la siguiente sección analizaremos dichos casos al mismo tiempo que realizaremos un análisis y recopilación jurisprudencial respecto del tratamiento que nuestros Tribunales le han dado a esta figura en el caso de la Ley 20.000 sobre tráfico de estupefacientes, en el entendido de que esta regulación se ha tomado como base para la aplicación de agentes encubiertos en otros ámbitos del ordenamiento jurídico chileno, tal como mencionamos anteriormente en el apartado 2.4.

3.1. Agentes encubiertos en la jurisprudencia sobre la ley 18.314

Los casos que a continuación se comentarán tienen una particularidad única, donde solamente resultó condenada la persona infiltrada y todos los demás acusados fueron absueltos.

Nos referimos, en primer lugar, a la causa tramitada en el Juzgado de Garantía de Victoria, RIT N° 1134-2009, donde se siguió un procedimiento abreviado en contra de R.C.A. Se le acusaba, junto a otros seis comuneros Mapuche, de ser autor de delitos de asociación ilícita terrorista e incendio de cosa mueble, y de ser cómplice del delito de homicidio frustrado reiterado terrorista en perjuicio de tres adultos y un menor de edad. Respecto de los demás imputados, eran acusados también por delito de robo con intimidación reiterado, pero no se le atribuyó participación a R.C.A sobre de este último.

Ya una primera cuestión que salta a la vista es que el Ministerio Público señaló en su acusación que respecto al acusado en cuestión concurrían las atenuantes del artículo 11 N°6, de conducta anterior irreprochable; la atenuante del artículo 11 N°9, por haberse denunciado y confesado el delito, respecto del delito de incendio; y, por último, la atenuante especial del

artículo 4° de la Ley 18.314, de atenuación punitiva por colaboración con la justicia, o “*arrepentimiento eficaz*”, respecto de los delitos de homicidio frustrado y de asociación ilícita terrorista.

El Tribunal, mediante sentencia de fecha 22 de octubre de 2010, determinó que los hechos ocurridos el 10 y 11 de octubre de 2009, que tenían por objetivo detener y quemar camiones, particularmente los que transportaban combustible desde Argentina, fueron planificados, organizados y concertados por el acusado y otros comuneros mapuche, existiendo una distribución de tareas y funciones en el lugar de los hechos.

Señaló en su considerando noveno⁶⁶ -acogiendo la tesis de la Fiscalía- que todos estos hechos probados, junto a otros que han sucedido en la zona, han originado un **ambiente de temor en la población**, especialmente a quienes conducen camiones, a verse razonablemente expuestos a ser atacados por sujetos armados, organizados, utilizando armas, de noche, en lugares estratégicos, en acciones que atentan contra la vida, la integridad, el patrimonio y la seguridad pública y privada. Asimismo, estima que los hechos específicos en controversia tuvieron la **finalidad de producir en un parte de la población el temor justificado de ser víctimas de delitos de la misma especie dada la naturaleza y efectos de los medios empleados en la ejecución de los delitos, por un mismo modus operandi** (obrar en grupo, de noche, uso de armas de fuego, artefactos incendiarios).

⁶⁶ STG de Victoria, de 22 de octubre de 2010, RIT 1134-2009, Considerando Noveno: “(...) *Todos los hechos descritos, más otros que han sucedido en la zona, han originado un ambiente de temor en la población, tanto regional como provincial, o en parte de ella, como lo es en las comunas de mayor ocurrencia, Collipulli, Ercilla, Victoria, Temuco, Vilcún, Padre Las Casas, especialmente en quienes conducen camiones de transporte de carga, sus acompañantes y propietarios, dueños y trabajadores de predios agrícolas y forestales, y últimamente, personas naturales que utilizan las vías y carreteras públicas para desplazarse con sus vehículos por nuestra región, en el sentido de verse razonablemente expuestos a ser atacados por sujetos armados, que debidamente organizados y utilizando armas, principalmente de noche, en lugares escogidos previamente, planifican y ejecutan coordinada y con asignación de funciones y tareas, acciones que atentan contra la vida, la integridad, el patrimonio y la seguridad pública y privada.*”

De igual forma, los hechos realizados los días 10 y 11 de octubre de 2009 por los acusados y demás sujetos que integraban el grupo armado que los ejecutó directamente, han tenido por finalidad producir en una parte de la población el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie dada la naturaleza y efectos de los medios empleados en la ejecución de los delitos, en donde vía un mismo modus operandi esto es obrando en grupo, aprovechando las condiciones naturales de la nocturnidad, dotados y haciendo uso de armas de fuego, empleando artefactos y medios incendiarios con poder destructivo y aptitud de lesionar personas y dañar cosas, atacando selectiva pero indiscriminadamente a quienes circulan por bienes nacionales de uso público, todo ello en una misma y única zona del país, esto es, en sectores importantes de la región”.

En su sentencia dispone que de los antecedentes, las declaraciones vertidas en el juicio, **la declaración del imputado**, y los demás medios de prueba presentados, se concluye que un grupo de individuos se concertó para cometer ilícitos con armas de fuego; así, actuando premeditadamente y en forma organizada, cortaron árboles para interrumpir vías, dispararon a vehículos, atacaron pasajeros, robaron y quemaron camiones, con el claro propósito de materializar sus objetivos, principalmente quemar camiones y así demandar reivindicaciones sociales relacionadas con el conflicto mapuche, ocasionando un gran temor a las víctimas y a la población. Por este mismo objetivo de causar temor, considera que se trata de delitos terroristas, y existe, más allá de toda duda razonable, asociación ilícita terrorista en grado de consumado, homicidio frustrado reiterado terrorista e incendio de cosa mueble.

Termina condenando a R.C.A a 61 días de presidio menor en su grado mínimo por el delito de asociación ilícita terrorista; a 541 días de presidio menor en su grado medio por el delito de homicidio frustrado reiterado terrorista; y a 3 años y un días de presidio menor en su grado máximo y una multa de 5 UTM por el delito de incendio de cosa mueble; a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos, cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y a la pena de inhabilitación por 15 años del artículo 9° de la Constitución Política. No obstante, se le otorga el beneficio de Libertad Vigilada durante el tiempo de las condenas.

Este caso se vincula con el procedimiento abreviado seguido ante el Juzgado de Garantía de Temuco, causa RIT N° 5748-2009, donde también fue acusado R.C.A de ser autor del delito señalado en el artículo 2 N°2 de la Ley 18.314, por apoderarse de un bus de transporte público realizando actos que pusieron en peligro la vida, integridad corporal o la salud de los pasajeros y tripulantes; de ser autor del delito de amenazas de homicidio de carácter terrorista reiteradas, con armas, respecto de los tripulantes del bus, pasajeros y choferes; y tres delitos de Daños simples, delito previsto y sancionado en el artículo 487 del Código Penal.

El Tribunal, al final del considerando primero⁶⁷, estimó que, a partir de la prueba rendida en autos, y de no haber sido controvertida la calificación de los delitos como terroristas, se

⁶⁷ STG de Temuco, de 14 de septiembre de 2012, RIT 5748-2009, Considerando Primero: “(...) *Todos los hechos descritos, mas otros que han sucedido en la zona, han originado un ambiente de temor en la población, tanto*

concluye que los actos causaron el temor necesario para configurar el requisito del artículo 1 de la Ley 18.314. Así, considerando -nuevamente- la atenuante de arrepentimiento eficaz, lo condenó a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, más accesorias, por cada uno de los delitos imputados. Sin embargo, acto seguido el Tribunal le concede el beneficio de Remisión Condicional de la pena, bajo observación del Centro de Reinserción Social de Temuco.

La cuestión a primera vista parece pacífica: uno de los acusados sometido a dos procedimientos abreviados, dos confesiones conforme al artículo 4° de la Ley 18.314, y dos condenas que contemplan los beneficios de la figura en cuestión. Ahora bien, lo que significó un vuelco en las circunstancias de este caso, fueron las declaraciones posteriores R.C.A en el marco de los juicios orales seguidos en contra de los demás imputados por los delitos ya descritos, que pusieron en entredicho la legalidad del actuar de Carabineros, en la medida que significaron admitir el empleo ilegal de informantes infiltrados en comunidades mapuche.

En efecto, en una de las audiencias del juicio oral seguido por el primero de los casos aquí estudiado, que tuvo lugar en el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, causa RIT N° 91-2013 en contra dos comuneros mapuche -menores de edad al momento de los hechos, por lo que fueron juzgados de acuerdo a la legislación común-, R.C.A., testificó por parte del Ministerio Público señalando haber sido un *“informante o actuar como agente informante en la Coordinadora [Coordinadora Arauco Malleco] para desarticularla y a cambio lograr beneficios sobre una detención en el regimiento de Coyhaique por hurto de material de*

regional como provincial, o en parte de ella, como lo es en las comunas de mayor ocurrencia, Collipulli, Ercilla, Victoria, Temuco, Vilcún, Padre Las Casas, especialmente en quienes conducen camiones de transporte de carga, sus acompañantes y propietarios, dueños y trabajadores de predios agrícolas y forestales, y últimamente, personas naturales que utilizan las vías y carreteras públicas para desplazarse con sus vehículos por nuestra región, en el sentido de verse razonablemente expuestos a ser atacados por sujetos armados, que debidamente organizados y utilizando armas, principalmente de noche, en lugares escogidos previamente, planifican y ejecutan coordinada y con asignación de funciones y tareas, acciones que atentan contra la vida, la integridad, el patrimonio y la seguridad pública y privada. De igual forma, los hechos realizados el 28 de julio del 2009 por el acusado junto a otros sujetos que integraban el grupo armado que los ejecutó directamente, han tenido por finalidad producir en una parte de la población el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie dada la naturaleza y efectos de los medios empleados en la ejecución de los delitos, en donde vía un mismo modus operandi esto es obrando en grupo, aprovechando las condiciones naturales de la nocturnidad, dotados y haciendo uso de armas de fuego, con aptitud de lesionar personas y dañar cosas, atacando selectiva pero indiscriminadamente a quienes circulan por bienes nacionales de uso público, todo ello en una misma y única zona del país, esto es, en sectores importantes de la región. Se trata de delitos terroristas pues buscan la finalidad posicionar en la sociedad o comunidad dentro de la cual se encuentra inserto el sujeto pasivo el temor de padecer un delito de las mismas características.”

guerra”. Señaló haber sido instruido en medidas de inteligencia e infiltración por la Dirección de Inteligencia Policial de Carabineros, DIPOLCAR, y haber comunicado a dicha institución la intención de atentar en contra de bus de “Tur Bus” un día antes de que se cometieran los hechos.

En dicha audiencia de juicio señaló que participó como testigo en la reconstitución de escena, luego fue formalizado. A una de las preguntas planteadas por parte de la defensa de los imputados señaló que: *“Al principio quería dar información para blanquear su imagen, no entregó la información completa del atentado porque en el fondo quería participar en el delito. Señaló que no es una ventaja vivir en las condiciones actuales, con medidas de protección. (...) La delación compensada se la ofrecieron después de declarar, no antes de cometer el delito. En su momento en la Dipolcar le dijeron que lo ayudarían por la condena de la Fiscalía Militar, ahora sabe que no lo pueden ayudar porque son cosas independientes”*.

En esta ocasión el Tribunal terminó por absolver a los acusados de los cargos de delito de asociación ilícita, homicidio frustrado reiterado e incendio por cosa mueble. Es decir, ante los mismos hechos, ni aún el testimonio de un condenado fue suficiente para tener por acreditada la participación más allá de toda duda razonable de los otros dos acusados en cuestión.

Esta no fue la primera vez que un Tribunal de nuestro país absolvió a los imputados por ambos casos presentados, a pesar de contar con la confesión de R.C.A y sus dos sentencias condenatorias. Para entender este fenómeno resulta esclarecedor lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Temuco en causa Rol 791-2013, que confirma lo resuelto en primera instancia en cuanto a estimar que no resulta suficiente la declaración de un acusado acogido al beneficio de la delación compensada ya que, según señala en su considerando quince, y entre otras razones, *“por tratarse del testimonio, de quien tiene interés objetivo en el resultado del proceso, su declaración ofrece una duda razonable acerca de su credibilidad, conllevando, por ende, la exigencia jurisprudencial antes citada, de una actividad probatoria adicional que lo corrobore cuando se pretende, sobre ellas, fundar una condena penal”*.

Si bien no se trataba de un agente policial, la función que señala cumplir R.C.A. para con la Dirección de Inteligencia de Carabineros es la propia de un informante en los términos que describe la Ley 20.000 en sus artículos 23 a 25: se infiltró dentro de una agrupación mapuche,

obtuvo información respecto de las actividades que pretendía hacer, identificó a sus participantes e informó de ello -y de algunos de los hechos con anterioridad a su comisión- a la Dipolcar. Cabe hacer notar que esta figura del informante no está contemplada en las propuestas contenidas en el boletín 9692-07, por lo que, aún si dichas modificaciones fuesen incorporadas, este tipo de prácticas de las policías seguirían siendo ilegales.

Como consecuencia del carácter ilegal de estos métodos, R.C.A. no contaba (ni pudo haber contado) con autorización judicial alguna ni fue beneficiario de las garantías que el actual proyecto establece a favor de los agentes encubiertos sino todo lo contrario, resultó ser el único condenado por delitos terroristas, y su testimonio no fue suficiente para condenar a los demás acusados. En definitiva, no salió favorecido él -a pesar de obtener beneficios y penas sustitutivas- ni tampoco se vio evaluada correctamente la labor investigativa de las policías pues no lograron acreditar, mediante otros medios distintos a la confesión, los delitos que imputaban, debido a los problemas probatorios que ocasionan las figuras premiales como las contenidas en el artículo 4 de la Ley 18.314.

Con todo, es importante destacar que ésta no ha sido la única vez que el Estado chileno intenta infiltrarse, ya sea personalmente o bien mediante terceros distintos a las policías, en agrupaciones de manera ilegal, teniendo como objetivo su desarticulación o bien la captura de sus miembros en un delito flagrante.

El 2016 salió a la luz la noticia de un agente de la Central Nacional de Informaciones (CNI), J.R.A., se infiltró en el Movimiento Izquierda Revolucionaria (MIR) en el año 1989, y quien está hoy en día está siendo acusado como el presunto autor del homicidio de dos jóvenes pertenecientes a dicha agrupación, a quienes habría encomendado la misión de instalar una bomba en unas torres de alta tensión, informando de dicha circunstancia a la CNI para frustrar el intento. En aquella ocasión uno de los jóvenes falleció, producto de múltiples heridas de bala, en el lugar de los hechos; mientras que el otro murió cinco meses más tarde.

Al respecto el abogado Cristián Cruz señaló al portal Cambio21 que "este caso respondió a una situación completamente organizada por los servicios de inteligencia del Estado. Buscaba infiltrarse en organizaciones sociales, en su mayoría de izquierda, para luego hacer creer a los

jóvenes que el infiltrado, en este caso Miguel, después de preparar a los jóvenes los manda a hacer acciones de sabotaje”⁶⁸.

De acuerdo a las informaciones hasta ahora reveladas se puede concluir que nos encontramos, nuevamente, ante un caso de agentes encubiertos actuando sin ningún tipo de autorización legal y donde, lamentablemente, las consecuencias fueron de extrema gravedad.

Estos casos -y es de presumir que son muchos más- dan cuenta que las agencias de investigación y persecución penal de nuestro país están dispuestas a utilizar medios ilegales para lograr su cometido, especialmente cuando se trata de delitos de especial gravedad, o de asociaciones reconocidas como antagónicas a los intereses del Gobierno, o a importantes grupos económicos, como serían en este caso la Coordinadora Arauco Malleco y, en su tiempo, el MIR.

Pretender legalizar una situación de facto, una herramienta investigativa que, como se ha visto, ya ha sido utilizada y con resultados negativos, parece ser el ejemplo vivo de que nuestro legislador se deja guiar por el modelo de la Seguridad Ciudadana y por los principios del derecho penal del enemigo, pues está dispuesto a sacrificar los derechos de un otro visto como enemigo de la sociedad, de un rebelde de lo preceptuado, en pos de la eficiencia de la persecución penal y la tranquilización de los sentimientos de inseguridad que hoy abundan en la ciudadanía.

3.2. Los agentes encubiertos y reveladores en la jurisprudencia de la Ley 20.000: definiciones y requisitos legales.

El ámbito en el que actualmente las figuras de los agentes encubiertos y reveladores, así como también informantes reciben aplicación legal en Chile, es fundamentalmente en la Ley 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. En particular, la figura de los agentes encubiertos y reveladores, así como de los informantes, se encuentra regulada en el art. 25 de este cuerpo legal.

⁶⁸ REYES, F. 2016. Asesino infiltrado en el MIR: “hubo acciones recurrentes por parte de miembros del Ejército en el MIR”, explica el abogado. [En Línea] Cambio 21. 1 de septiembre de 2016. <<http://www.cambio21.cl/cambio21/site/artic/20160831/pags/20160831172757.html>> [Consulta: 10 diciembre 2016].

En este artículo se definen ambas figuras, al mismo tiempo que se fija al Ministerio Público como el organismo encargado de la autorización de estas técnicas de investigación. Asimismo, se establece una norma de exención de responsabilidad penal por los delitos en que estos agentes 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.

En cuanto a las definiciones, esta norma no varía mucho de lo que se propone en el proyecto ya analizado, manteniendo prácticamente inalterada la definición de agente encubierto contenida en la Ley 20.000, y ampliando el alcance de las actividades del agente revelador, que en el caso de la Ley 20.000 se reducen a simular ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga.

Un aspecto que resulta alarmante de esta regulación, es que el Ministerio Público sea el organismo encargado de autorizar el empleo de agentes encubiertos o reveladores. Esto, porque el empleo de dichas técnicas pone en evidente riesgo la vigencia de las garantías procesales del individuo que es objeto de las diligencias investigativas. En este sentido, se ha sostenido que esta regulación sería contradictoria con las normas legales y constitucionales que exigen autorización judicial para poder llevar a cabo diligencias que afecten garantías constitucionales, como lo son los art. 83 de la Constitución Política, y 9 del Código de Procedimiento Penal.⁶⁹ Lo anterior resulta aún más problemático si se nota que el requisito de procedencia establecido en este artículo ha motivado reiteradamente la interposición y posteriormente concesión de recursos de nulidad contra sentencias condenatorias, principalmente debido a que las policías emplean estas figuras, en ocasiones, aún sin que tenga lugar una autorización por parte del Ministerio Público.

Así, se han acogido recursos fundados en la causal del art. 373 letra a) del Código Procesal Penal,⁷⁰ bajo el argumento de que la actuación de funcionarios policiales sin previa

⁶⁹ RIQUELME, E. 2006. El Agente Encubierto en la Ley de Drogas. La Lucha Contra la Droga en la Sociedad del Riesgo. Revista Política Criminal, 1 (2), p. 9.

⁷⁰ Esto es, por haberse infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

autorización del Ministerio Público vulneraría la garantía del debido proceso consagrada en el art. 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política. Esto ha ocurrido, por ejemplo, cuando las policías han llevado a cabo la técnica del agente revelador cuando el plazo por el que había sido autorizada ya se encontraba cumplido.⁷¹ En este caso, la Corte Suprema sostuvo además que toda la prueba reunida como consecuencia de la aplicación de esta figura, como lo fueron en este caso las evidencias incautadas con la posterior entrada y registro del domicilio del imputado, adolecía de ilicitud, por lo que no cabía que fuese empleada en nuevo juicio que vendría a enmendar el ya anulado.⁷²

Otra preocupación de la jurisprudencia en lo que se refiere a la autorización por parte del Ministerio Público de este tipo de diligencias, tiene que ver con el deber de registro al que están sujetos los fiscales, según establece el artículo 227 del Código Procesal Penal, conforme al cual se debe dejar registro de todas las diligencias investigativas, de manera que la defensa pueda estar al tanto de ellas y así se le de aplicación al principio de objetividad en la investigación.

En este sentido, ha habido casos en los que, luego de la autorización oral para el empleo de las técnicas de agente encubierto o revelador, por parte del fiscal en cuestión, no se deja registro de ésta. Al respecto, la Corte Suprema Chilena ha sido enfática en sostener que, por urgente que sea la diligencia que se autorizó verbalmente, es indispensable que, tanto fiscales como jueces de garantía según sea el caso, dejen constancia de dichas autorizaciones. De esto se desprende, por lo demás, que *“si la defensa impugna la existencia de la orden, corresponde que el órgano que dispone del registro donde aquella consta, proceda a su exhibición o incorporación, porque es quien se encuentra en situación de demostrar su existencia, máxime si se trata de una constancia que ha dejado una autoridad de ese mismo órgano. Exigir lo contrario, supone pedir la prueba de un hecho negativo.”*⁷³

⁷¹ SCS de 7 de abril del 2014, Rol 3501-2014.

⁷² SCS de 7 de abril del 2014, Rol 3501-2014. Considerandos Octavo y Décimo.

⁷³ SCS, de 6 de junio del 2012, Rol 2985-2012. Considerando Noveno. En el mismo sentido, SCS, de 7 de abril del 2014, Rol 3501-2014. Considerando Noveno.

En definitiva, es necesario notar que, al menos en términos de requisitos legales de procedencia, el Proyecto de Ley que actualmente se tramita en el Congreso significa un avance en el ámbito de la legislación contra el narcotráfico, toda vez que dejan en manos de los jueces de garantía la autorización para proceder a realizar este tipo de diligencias.

3.3. La Ley 19.974: La lucha contra el terrorismo como objetivo del sistema chileno de inteligencia.

Luego de revisar la manera en que los informantes y agentes encubiertos se han empleado en investigaciones de delitos terroristas, así como el tratamiento de estas figuras en el marco de la Ley 20.000, resulta importante observar que actualmente la legislación chilena permite el empleo de agentes encubiertos e informantes como mecanismo de lucha contra el terrorismo, pero en un contexto distinto al de la normativa penal.

Como ya vimos anteriormente, las figuras de los agentes encubiertos y los informantes se encuentran contemplados en los artículos 31 y 32 de la Ley 19.974 sobre el sistema de inteligencia del estado y que crea la Agencia Nacional de Inteligencia, los que pueden ser empleados contra organizaciones terroristas en virtud del artículo 8 letra f) de la misma ley, que establece como función de dicho organismo *“Disponer la aplicación de medidas de inteligencia, con objeto de detectar, neutralizar y contrarrestar las acciones de grupos terroristas, nacionales o internacionales, y de organizaciones criminales transnacionales.”*

Así, los servicios de inteligencia policial podrían infiltrar organizaciones terroristas en el marco de operaciones impulsadas por la ANI, la que para estos efectos no requiere autorización judicial ni del Ministerio Público, a diferencia de lo que ocurre en los demás ámbitos donde se emplean estos métodos. Precisamente por ello es que en este punto resulta del todo relevante destacar que en ningún caso estas operaciones debiesen reemplazar en sus atribuciones al Ministerio Público como organismo constitucionalmente legitimado para llevar a cabo investigaciones penales, las que además tienen lugar en el marco de una estructura institucional diseñada para resguardar las garantías procesales de quienes son objeto de dichas investigaciones, cuestión que toma particular relevancia cuando se trata de medidas tan intrusivas como las que estamos estudiando.

En vista de lo anterior, es clave poder distinguir las diversas funcionalidades que tienen organismos como la ANI y el Ministerio público, lo que nos debe llevar a concluir que aquella información recolectada en el ejercicio de las funciones de la primera (que junto con el empleo de agentes encubiertos e informantes tiene permitidas otras medidas intrusivas, contenidas en el artículo 24 de la Ley 19.974), no puede ser posteriormente empleada por el segundo como prueba de cargo en un procedimiento penal, contrariamente a lo que ha ocurrido en Chile.

Un ejemplo que permite ilustrar lo anterior es lo ocurrido en la causa RIT 99-2014, fallada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, donde un grupo de activistas mapuche fue acusado de ser autores y encubridores del delito de incendio en lugar habitado del artículo 475 N°1 del Código Penal, donde precisamente se discutió acerca de la posibilidad de incluir como prueba de cargo una serie de antecedentes recogidos bajo el amparo de los procedimientos del artículo 24 de la Ley 19.974.

En este caso se trataba de prueba obtenida en base al monitoreo de comunicaciones telefónicas, así como fotografías y documentos, diligencias que fueron autorizadas por la Corte de Apelaciones de Valdivia conforme al artículo 25 de la Ley 19.974. En opinión del Juzgado de Letras y Garantía de Río Bueno⁷⁴, no cabía admitir como prueba de cargo estos antecedentes, excluyéndola por haberse obtenido con vulneración de la garantía constitucional de libertad e intimidad. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Valdivia⁷⁵ sostuvo que tal vulneración no existía, atendiendo al hecho de que las diligencias habían sido autorizadas judicialmente, y que cuando el Ministerio Público accedió a los antecedentes, éstos ya no tenían el carácter de secreto, en aplicación del artículo 38 de la Ley 19.974, que permite al Director o Jefe de cada organismo de inteligencia eximir determinados antecedentes del carácter de secretos.

En efecto, para el caso de las medidas del artículo 24 de la Ley 19.974 se requiere una autorización judicial -a diferencia de lo que ocurre con los agentes encubiertos e informantes regulados en los artículos 31 y 32- que sólo procede en alguna de las hipótesis del artículo 8, cuestión que no tuvo lugar en el caso, ya que ni siquiera se imputaron delitos de carácter terrorista.

⁷⁴ Esta causa se llevó ante el Juzgado de Letras y Garantía de Río Bueno con el RIT 73-2013.

⁷⁵ SCA de Valdivia, de 10 de julio 2014, Rol 345-2014.

Lo anterior permite plantear dos reparos. En primer lugar, cabe preguntarse si acaso es pertinente admitir prueba recolectada conforme a las disposiciones de los artículos 24 y 25 de la Ley 19.974, aun cuando exista autorización judicial previa y se emplee en la persecución de delitos terroristas, en el entendido de que este cuerpo legal fue concebido con la finalidad de resguardar la seguridad nacional de Chile, y no para el desarrollo de investigaciones criminales. Así, resulta problemático sostener que basta con una autorización judicial para que la información recolectada por este medio se pueda ocupar como prueba de cargo en un juicio de materia penal, precisamente porque no fue ese el contexto que el tribunal en cuestión tuvo a la vista al momento de acceder a la solicitud, sino uno donde el bien a ponderar es la seguridad nacional, circunstancia que necesariamente afecta la ponderación que se llevó a cabo para conceder la autorización.

En segundo lugar, la conclusión alcanzada respecto de las diligencias del artículo 24 es todavía más contundente en el caso de los agentes encubiertos e informantes, al no requerirse autorización judicial alguna para este caso, en virtud de los artículos 31 y 32 de la Ley 19.974. En este sentido, el riesgo de vulneraciones a garantías fundamentales es manifiesto en el supuesto de que, luego de una investigación llevada a cabo por un organismo de inteligencia policial para los fines propios de seguridad nacional, se pretende con posterioridad ocupar los antecedentes recopilados como prueba de cargo en un procedimiento penal.

Así entonces, en nuestra opinión no cabe considerar las atribuciones contempladas en la Ley 19.974 como hipótesis de empleo agentes encubiertos o informantes en casos de delitos contemplados en la Ley 18.314, aun cuando existen casos donde los tribunales han admitido esta posibilidad, tal como el que reseñamos anteriormente.

4. Agentes reveladores y encubiertos en el derecho comparado.

Para realizar un adecuado análisis de las consecuencias que se derivarían de la introducción de la incorporación de agentes encubiertos y reveladores como método de investigación de los delitos complejos en general, y en particular de los delitos terroristas, es de suma importancia revisar aquellas legislaciones que ya cuentan con estas figuras y cuyas Cortes de Justicia han podido pronunciarse respecto a los efectos y requisitos que deben cumplirse en su aplicación.

Atendido lo anterior, en este capítulo llevaremos a cabo un análisis de derecho comparado, enfocado fundamentalmente en los organismos que en cada caso están encargados de autorizar operaciones encubiertas, así como los requisitos que existen y los plazos por los cuales se extienden estas autorizaciones. Junto con ello, revisaremos también la existencia de informantes en las distintas legislaciones, los principales problemas que ha identificado la jurisprudencia en el uso de estas herramientas.

Para esto, en esta ocasión partiremos refiriéndonos a los instrumentos internacionales de mayor relevancia en la materia, que han servido de guía para las naciones en sus propósitos legislativos. Enseguida revisaremos el caso de tres países que pueden resultar esclarecedores en el análisis de las consecuencias que traería la inclusión de estas herramientas para nuestro país. En primer lugar, nos referiremos al tratamiento que España le ha otorgado a la utilización de agentes encubiertos en materia antiterrorista, por ser esta legislación la fuente de inspiración más próxima que nuestros legisladores han encontrado en los últimos años. Luego nos referiremos a la legislación de Colombia en relación a la utilización de agentes encubiertos y reveladores en su lucha contra el terrorismo y el narcotráfico, por tratarse de una legislación cercana a la chilena, que ha tenido que hacer frente a una serie de expresiones tanto de narcotráfico, como del así llamado terrorismo de izquierda.

Para finalizar, nos avocaremos al estudio de lo que ha ocurrido los Estados Unidos de Norteamérica, país que ha actuado reactiva e influyentemente en esta materia a partir de los atentados de septiembre del año 2001, impulsando con fuerza el uso de agentes encubiertos e informantes para la persecución de casos de terrorismo en la última década y media

4.1. Tratados y documentos internacionales sobre los agentes encubiertos.

A la fecha existen tres convenciones de las Naciones Unidas en las que podemos encontrar una referencia los agentes encubiertos como método de investigación, nos referimos a la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena 1988), la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2001), y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (Mérida, 2003).

La primera de estas convenciones, sobre el narcotráfico, no se refiere directamente a las operaciones encubiertas como una técnica de investigación, pero en el capítulo referido a las otras formas de cooperación y capacitación, insta, en el artículo 9 N° 1 letra c)⁷⁶, a los Estados Parte a crear equipos conjuntos para dar eficacia a la convención, cuyos funcionarios miembros deben sujetarse a las autorizaciones y a las legislaciones internas correspondientes. Si bien no se habla específicamente de este tipo de agentes, podemos vislumbrar un atisbo de los mismos en cuanto concibe la existencia de grupos conformados por funcionarios del Estado encargados de reprimir y descubrir organizaciones narcotraficantes de manera que se pueda dar eficacia al convenio.

Por otro lado, encontramos una referencia directa y explícita en el Convenio contra la Delincuencia Organizada Transnacional, respecto de las operaciones encubiertas en el artículo 20 N°1⁷⁷ sobre Técnicas Especiales de Investigación. En él llama a los Estados Parte a hacer uso de esta medida intrusiva cuando lo considere el medio necesario -y compatible con los principios fundamentales de su ordenamiento- para poder combatir esta especie de delincuencia.

Este tratado establece una relación indirecta entre ambos los delitos de terrorismo y de delincuencia organizada transnacional al señalar en su preámbulo su convencimiento en que la Convención “constituirá un instrumento eficaz y el marco jurídico necesario para la cooperación internacional con miras a combatir, entre otras cosas (...) los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo”.

⁷⁶ Artículo 9 N°1, letra c): “Cuando sea oportuno, y siempre que no contravenga lo dispuesto en su derecho interno, crear equipos conjuntos, teniendo en cuenta la necesidad de proteger la seguridad de las personas y de las operaciones, para dar efecto a lo dispuesto en el presente párrafo. Los funcionarios de cualquiera de las Partes que integren esos equipos actuarán conforme a la autorización de las autoridades competentes de la Parte en cuyo territorio se ha de llevar a cabo la operación. En todos esos casos las Partes de que se trate velarán porque se respete plenamente la soberanía de la Parte en cuyo territorio se ha de realizar la operación”.

⁷⁷ Artículo 20 N°1: “Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”.

Por último, en la convención de 2001 contra la corrupción, se refiere a operaciones encubiertas en términos muy similares a los encontrados en la convención analizada en el párrafo anterior. Así, en su artículo 50 N°1⁷⁸ sobre Técnicas Especiales de Investigación, contempla las operaciones encubiertas, la vigilancia electrónica y la entrega vigilada como medios eficaces para combatir eficazmente la corrupción.

Como se puede ver, ninguno de los convenios aquí reseñados se refiere directamente a los delitos terroristas, sino que más bien se refieren a los agentes encubiertos en el marco de intentos orientados a combatir otras formas de criminalidad, por lo que resulta pertinente preguntarse si acaso los convenios referidos a ellos se han referido a esta técnica especial de investigación. Respecto al terrorismo encontramos entonces una referencia indirecta relacionada con la delincuencia organizada transnacional, lo que permitiría concluir que se entiende al terrorismo desde un modelo objetivo que impediría la persecución del terrorismo individual.

Por otra parte, en los instrumentos regionales destinados a regular la acción de los Estados frente al terrorismo, tales como la Convención Interamericana contra el Terrorismo y la Decisión Marco Europea sobre la lucha contra el terrorismo, tampoco encontramos referencia alguna sobre técnicas especiales de investigación.

Sin embargo, en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea del año 2000, se admite la posibilidad de utilizar investigaciones encubiertas en su artículo 14, el cual dispone lo siguiente:

“1. El Estado miembro requirente y el Estado miembro requerido podrán convenir en colaborar para la realización de investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa (investigaciones encubiertas).”

⁷⁸ Artículo 50 N°1: “A fin de combatir eficazmente la corrupción, cada Estado Parte, en la medida en que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y conforme a las condiciones prescritas por su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias, dentro de sus posibilidades, para prever el adecuado recurso, por sus autoridades competentes en su territorio, a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales”.

2. *La decisión sobre la solicitud la tomarán en cada caso las autoridades competentes del Estado miembro requerido ateniéndose a su Derecho interno y a los procedimientos nacionales. Los Estados miembros acordarán la duración de la investigación encubierta, las condiciones concretas y el régimen jurídico de los agentes de que se trate, ateniéndose a sus respectivos Derechos internos y procedimientos nacionales.*

3. *Las investigaciones encubiertas se realizarán de conformidad con el Derecho y los procedimientos del Estado miembro en cuyo territorio se realicen. Los Estados miembros interesados colaborarán para garantizar la preparación y supervisión de la investigación encubierta y la adopción de medidas para la seguridad de los agentes que actúen de manera encubierta o con identidad falsa.*

4. *Todo Estado miembro podrá declarar, al efectuar la notificación prevista en el apartado 2 del artículo 27, que no está vinculado por el presente artículo. Dicha declaración podrá retirarse en cualquier momento”.*

Si bien no se refiere explícitamente a investigaciones por delitos terroristas, su denominación genérica la hace extensiva a éstos y por ende aplicable. Asimismo, se puede arribar a dos conclusiones: en primer lugar, que la regulación referida a los requisitos de procedencia así como también respecto a la investigación encubierta misma están entregadas al Estado miembro donde se vayan a realizar dichas diligencias, siendo enteramente aplicables las disposiciones internas relativas a los agentes encubiertos. Y segundo, que el Convenio contempla la posibilidad de que un Estado miembro decida no sujetarse a este artículo, previéndose la posibilidad de revertir esta decisión en cualquier momento.

Por otro lado, si nos referimos a legislaciones más específicas en el ámbito del terrorismo, encontramos que del análisis del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, encontramos que no existe referencia alguna a la técnica en análisis, sino que se hace una referencia genérica a las medidas de prevención que los Estados Parte deben adoptar, dentro de las cuales se menciona, en el artículo 15⁷⁹, la coordinación de

⁷⁹ Artículo 15: “Los Estados Partes cooperarán con la prevención de los delitos previstos en el artículo 2, en particular:

medidas administrativas y de otra índole adoptadas para impedir la comisión este tipo de delitos. En el mismo sentido se expresa el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo en su artículo 18 N°3⁸⁰, y el Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear en su artículo 7 N°1 letra b)⁸¹.

Si bien no encontramos una mención explícita a los agentes encubiertos como método de investigación para los delitos terroristas, hay que tener en cuenta que la idea matriz que gira en torno a este tipo de delito -y en torno a otros también considerados de especial gravedad- es la de *lucha*. La inclusión de este concepto en el lenguaje y la mentalidad de los legisladores trae consecuencias considerables y que permiten entender por qué se pretende extender el alcance de las funciones del agente encubierto a otros delitos distintos de aquellos para los que fue originalmente contemplado.

Para comprender las implicancias que esto pudiera tener, resulta útil referirnos a las conclusiones a las que ha arribado Donini, quien señala que nos encontraríamos ante una nueva dogmática del derecho penal, donde ya no se debe hablar de derecho penal del enemigo propiamente tal -que considera un no derecho-, sino más bien de un derecho penal de lucha, que es derecho legítimo. En el ámbito propiamente sustantivo del derecho penal de lucha, destacan por un lado la tipificación de delitos asociativos, que pretenden ser la reacción a una realidad en la que los vínculos que unen a las organizaciones que llevan a cabo las conductas

B. Mediante el intercambio de información precisa y corroborada, de conformidad a su legislación interna, y la coordinación de medidas administrativas y de otra índole adoptadas, según proceda, para impedir que se cometan los delitos previstos en el artículo 2”.

⁸⁰ Artículo 18 N°3: “*Los Estados Partes reforzarán su cooperación en la prevención de los delitos enunciados en el artículo 2 mediante el intercambio de información precisa y corroborada, de conformidad con las disposiciones de su legislación interna, y la coordinación de medidas administrativas y de otra índole adoptadas, según proceda, para impedir que se cometan los delitos previstos en el artículo 2 (...).*”

⁸¹ Artículo 7 N°1: “*Los Estados Partes cooperarán:*

B. Mediante el intercambio de información precisa y corroborada, de conformidad con su legislación interna y en la forma y con sujeción a las condiciones que aquí se establecen, y la coordinación de las medidas administrativas y de otra índole adoptadas, según proceda, para detectar, prevenir, reprimir e investigar los delitos enunciados en el artículo 2 y también con el fin de entablar acción penal contra las personas a quienes se acuse de haber cometido tales delitos. En particular, un Estado Parte tomará las medidas correspondientes para informar sin demora a los demás Estados a que se hace referencia en el artículo 9 acerca de la comisión de los delitos enunciados en el artículo 2, así como de los preparativos para la comisión de tales delitos que obren en su conocimiento y asimismo para informar, de ser necesario, a las organizaciones internacionales.”

criminales mencionadas más arriba son constantes y duraderos en el tiempo, de manera tal que se puede sancionar la pertenencia a organizaciones que pueden subsistir mucho más allá de que el imputado haya sido condenado.

Por otro lado, destaca también la anticipación de la tutela penalmente reforzada a actos de preparación, o meros acuerdos. Estas son normas cuya finalidad es evitar la ocurrencia del hecho lesivo, más que sancionarla.

Ahora bien, estos dos fenómenos sustantivos son más bien vehículos para que opere el derecho penal de lucha en la sede donde se desenvuelve con más vigor: el derecho procesal. El derecho penal de lucha queda así caracterizado por el empleo de herramientas procesales como medidas cautelares, facultades intrusivas, interrogatorios, detenciones, etc., que son empleadas como auténticas armas para combatir determinados crímenes. La tipificación de estos delitos, en definitiva, “sirve para anticipar toda una serie de intervenciones procesales, utilizables con función de contraste, o de lucha [...] antes de que subsista la prueba de la comisión de cualquier delito-fin.”⁸²

Concluye, entonces, que la normalización del derecho penal de lucha es contraria al garantismo, en cuanto restringe la vigencia del principio de legalidad que ampara la totalidad del derecho penal, y pasa a ser funcional a fines neutralizadores externos. Esto porque la finalidad de lucha contenida en la norma excede el campo definitorio propio de la misma: “la regla es un instrumento para neutralizar situaciones externas a ella, y por tanto fuera de su cabida definitoria”⁸³.

Lo que en definitiva señala el autor, es que la norma penal sustancial pasa a ser una fuente de legitimación de acciones de contraste en la medida en que la finalidad de lucha pasa a instrumentalizar las garantías sustantivas y procesales. Esto sería justamente lo que estaría ocurriendo -como se verá más adelante- con la utilización de esta técnica de investigación, pues ellas están respondiendo a un fenómeno generalizado de lucha que pretende valerse de

⁸² DONINI, Derecho..., p. 40.

⁸³ *Ibíd.*, p.11

todo medio disponible con independencia a las consecuencias que podría traer en materia de derechos fundamentales.

4.2. Tratamiento legal de los agentes encubiertos en España.

Como se señaló anteriormente, la legislación española ha sido fuente de inspiración para nuestros legisladores en materia de legislación antiterrorista. Esto se puede constatar incluso en el proyecto de ley que nos encontramos analizando, por ejemplo, en el Primer Informe de comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del 10 de diciembre del 2014, En el que se consideraron los informes realizados por la Biblioteca del Congreso Nacional, que se detienen en el análisis de la legislación antiterrorista de España, entre otros países⁸⁴.

El Código Penal español trata el terrorismo en el capítulo VII denominado “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos terroristas”. Así, en lo principal define al delito de terrorismo en el artículo 571 como *“la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivos o de mercancías, cuando se llevaren a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:*

1º Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

2º Alterar gravemente la paz pública.

⁸⁴ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. 2014. Legislación antiterrorista y métodos especiales de investigación: Chile, EEUU, España y Perú. [En línea] <https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/categorias?id=7&pag=18&K=2&sort=fecha_desc> [Consulta: 13 diciembre 2016], 26 p. Trabajo citado en el Primer Informe de comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del 10 de diciembre del 2014, durante la tramitación del proyecto de ley Boletín 9692-07, disponible en: <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10106&prmBL=9692-07> [Consulta: 13 diciembre 2016].

3° *Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.*

4° *Provocar un estado de temor en la población o en una parte de ella.*

De esta definición se concluye que adoptan un modelo mixto según lo comentado al principio de esta presentación, ya que requiere el elemento organizacional y la finalidad al mismo tiempo.

En cuanto a los métodos de investigación, la Ley de Enjuiciamiento Criminal admite la utilización de agentes encubiertos para los casos de delincuencia organizada en su artículo 282 bis, párrafo primero: *“A los delitos previstos en el artículo anterior y cuando se trata de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismo. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad”*.

Cabe señalar, en primer lugar, que para la LeCrim el terrorismo es una forma de crimen organizado; luego, que este artículo fue incorporado a la legislación mediante la “Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la LeCrim., en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionado con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves”⁸⁵, regulando una actividad que ya era admitida por la jurisprudencia de los principales tribunales españoles, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, y respondiendo a la obligación contenida en la Convención de las Naciones

⁸⁵ PERALS CALLEJAS, J. 2014. El agente encubierto. La figura del arrepentido. Protección de testigos. Entrada y registro. Apertura de correspondencia. [En línea] En: PONENCIA Tráfico de drogas. Aspectos sustantivos y procesales: 9 de junio del 2014. Madrid, Ministerio Fiscal. <https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/ponencias_formacion_continuada/> [Consulta: 29 diciembre 2016], p.5.

Unidas del 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas⁸⁶.

Una primera diferencia que podemos encontrar respecto a la regulación que pretende otorgarse en Chile mediante el proyecto de ley en estudio, dice relación con las calidades que puede adoptar el agente: en España únicamente se habla de agentes *encubiertos*, mientras que en Chile hablamos de agentes *encubiertos* y *reveladores*, cada uno con funciones propias y distintas.

Tanto en Chile como en España el agente encubierto cumpliría funciones similares, toda vez que en Chile se define a éste como “*funcionario policial que oculta su identidad y se involucra o introduce en las organizaciones delictivas o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con objeto de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación*”. La diferencia estribaría respecto al agente revelador, que en Chile está definido como quien “*simula requerir de otro la ejecución de una conducta delictiva con el propósito de lograr la concreción de los propósitos delictivos de éste*”. En cambio, la doctrina española ha señalado que son dos las funciones que puede desempeñar un agente encubierto: primero, el descubrimiento de una infracción ya consumada del delito, de manera que “si el delito ya se ha iniciado, la actuación policial sólo va a influir en el grado de perfección o agotamiento del mismo, bien porque se limita a su descubrimiento y constatación de su fase consumativa, bien porque origina su frustración si la intervención se produce antes de que el delito se consuma”⁸⁷. En segundo lugar, puede infiltrarse para descubrir a los miembros de una organización y desarticular una red aparentando ser interesados, para así descubrir el delito y sus autores, y su actuación no tiene una influencia en la resolución delictiva de los autores, ni en la consumación de los delitos⁸⁸.

Cabe señalar que nuestra figura del agente revelador puede asemejarse, en algún sentido, a otra figura aceptada por la jurisprudencia española más no regulada en su legislación, nos

⁸⁶ *Ibíd.*, p.5-6.

⁸⁷ MOLINA PEREZ, T. 2009. Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines (y II). Anuario Jurídico y Económico Escurialense XLII, p. 155.

⁸⁸ *Ibíd.*, 156-164.

referimos al *agente provocador*, es decir, aquel funcionario policial que provoca el delito una vez que el autor del mismo ya cuenta con la intención de consumarlo, es decir, ya ha comenzado el iter críminis. En este caso, no debe cumplir con los requisitos previos de autorización judicial ni debe operar bajo una identidad ficticia, sino solamente se limita a cumplir su misión de averiguación del delito y sus autores. La jurisprudencia ha sido concluyente al aceptar esta figura, diferenciándola del delito provocado -al cual nos referiremos más adelante-, tal como señala la Sentencia del Tribunal Supremo N° 1119/2004, de fecha 5 de octubre de 2004: *“Sin embargo, no cabe identificar ni confundir el delito provocado con el que ha venido en denominarse “delito comprobado”, que tiene lugar cuando la actividad policial, sin quebrar legalidad alguna, pretende descubrir delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo, como suelen ser los de tráfico de drogas, toda vez que en estos supuestos el agente infiltrado no busca ni genera la comisión del delito, sino allegar las pruebas de una ilícita actividad ya cometida o que se está produciendo, pero de la que únicamente se abrigan sospechas. En el delito provocado, no se da en el acusado una decisión libre y soberana de delinquir. En el delito comprobado esa decisión es libre y nace espontáneamente (véanse, entre otras muchas, SS.T.S. de 8 de julio de 1.994, 2 de octubre de 1.994, 14 de febrero y 30 de diciembre de 1.995, 21 de enero de 1.997, 9 de diciembre de 1.998, 3 de febrero y 16 de abril de 1.999 y 19 de febrero de 2.003).”*

Una segunda diferencia respecto al proyecto chileno dice relación con el plazo durante el cual pueden desempeñarse en sus funciones. El actual proyecto estima una duración de 180 días prorrogables si concurren los requisitos para que proceda esta medida especial de investigación. La legislación española, en cambio, contempla, hacia el final del artículo 282 bis 1⁸⁹, un plazo de 6 meses prorrogables relativos a la duración de la identidad falsa que se le otorga al agente encubierto.

⁸⁹ Artículo 282 bis 1: *La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.*

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto.

Como se puede ver, el plazo es el mismo en el caso español, además de contar ellos con una disposición que habilita a los agentes encubiertos a mantener la identidad falsa durante su testificación, siempre que cuente con autorización judicial motivada⁹⁰. A nuestro juicio dicho plazo parece excesivo, y únicamente podría encontrar justificación bajo el supuesto que España, y los países europeos en general, tiene que lidiar con terrorismo transnacional, por lo que las investigaciones tienden a tomar más tiempo que el usual.

No obstante parecemos excesivo el plazo, la legislación española cuenta con un amplio sistema de control judicial de la investigación en lo que respecta a los agentes encubiertos, ya que exige -además de la autorización judicial previa-, en el apartado 3 del artículo en comento, contar con autorización judicial para poder ejercer actuaciones que traigan como consecuencia vulneraciones o afectaciones a derechos fundamentales⁹¹. Al mismo tiempo, el agente encubierto español debe ir aportando la información obtenida a la brevedad al conocimiento del organismo quien autorizó sus funciones, la cual se aportará íntegramente al proceso para ser valorada por el juez competente⁹².

Lo anterior da cuenta de lo controlado que pareciera estar el ejercicio de un agente encubierto en comparación a la propuesta chilena, la que solamente alude al plazo y la autorización judicial previa, sin precaver aquellos casos en que los derechos fundamentales de los

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

⁹⁰ Artículo 282 bis apartado 2: *Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.*

Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

⁹¹ Artículo 282 bis apartado 3: *Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.*

⁹² Artículo 282 bis apartado 1: *La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.*

sospechosos investigados puedan verse afectados, situación que -como veremos en el siguiente capítulo- es sumamente probable.

Al igual que el agente encubierto y revelador en Chile, el agente encubierto español está exento de responsabilidad penal respecto de aquellos actos que, en cumplimiento de sus funciones, sean consecuencia de la investigación, sean proporcionales con la finalidad de ésta y, a su vez, no constituyan un delito provocado⁹³. La jurisprudencia española ha sido constante al declarar ilegítimo los delitos provocados, así se puede observar en la sentencia del Tribunal Supremo N° 1992/1993 de fecha 15 de septiembre de 1993, en la que señala que: *“para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación -en realidad, una forma de instigación o inducción- parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el “iter criminis”, desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista “ab initio” intervención policial. Esta clase de delito provocado, tanto desde el punto de vista de la técnica penal -por el carácter imposible de su producción como desde el más fundamental principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), y hasta desde el de la lícita obtención de la prueba (art. 11.1 LOPJ) debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune”*.

Por último, ambas legislaciones entienden al agente encubierto como un medio de investigación disponible para casos de delincuencia organizada, así lo dispone el pretendido artículo 226 A⁹⁴ del Proyecto de Ley aquí estudiado, como también lo señala el artículo 282

⁹³ Artículo 282 bis apartado 5: *El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.*

⁹⁴ Artículo 226 A. *Ámbito de aplicación.* Las disposiciones de este título serán aplicables, en todo caso, a la investigación de los delitos previstos en los artículos 106, 108, 121, 122, 366 quinquies, 367, 367 ter, 374 bis, inciso primero, 411 bis, 411 ter y 411 sexies, todos del Código Penal; los contemplados en la Ley que determina las conductas terroristas; los crímenes contemplados en la Ley N° 20.000; el delito de lavado de activos contenido en la Ley N° 19.913; los delitos de los artículos 1 letra d) y e), 4° letras a) hasta d), 5° letras a) y b) y 6° letra c) de la Ley N° 12.927, sobre Seguridad del Estado y, excepcionalmente, a la investigación de todos aquellos crímenes en que se justifique fundadamente por parte del Ministerio Público que, por sus especiales

bis en su apartado N° 4, el que otorga una definición de delincuencia organizada limitándose a la asociación de tres o más personas para realizar de forma reiterada o permanente delitos tales como el terrorismo, tráfico ilícito de órganos humanos, falsificación de moneda, trata de seres humanos, entre otros.

4.3. Tratamiento legal de los agentes encubiertos en Colombia.

Hemos elegido Colombia por ser uno de los países en los que se han utilizado agentes encubiertos que se han infiltrado en las popularmente conocida Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), los cuales incluso han sido presentado como testigos en juicios chilenos⁹⁵ en un intento del Ministerio Público de comprobar -infructuosamente- el carácter terrorista de algunos hechos acontecidos en la Araucanía, y de comprobar supuestas vinculaciones entre las FARC y la Coordinadora Arauco Malleco (CAM) en Chile.

Colombia, tal como pretende hacerse en Chile, trata al terrorismo en su Código Penal, principalmente en dos artículos, cada uno de ellos referido a diferentes situaciones. El artículo 144, por una parte, está referido a los denominados “actos de terrorismo” y señala lo siguiente: *“El que, con ocasión y desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de doscientos cuarenta a cuatrocientos cincuenta meses, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta a trescientos sesenta meses”.*

características, se dificulte su investigación al punto de hacer indispensable el uso de medidas especiales de pesquisa.

En ningún caso podrá fundarse una condena por algún delito diferente de aquellos comprendidos en el inciso precedente en medios de prueba obtenidos en conformidad con las disposiciones de este párrafo.

⁹⁵ STG de Victoria de 22 de octubre de 2010, RIT N° 1134-2009, y STG de Temuco, de 14 de septiembre de 2012, RIT N° 5748-2009.

Como puede apreciarse este tipo penal está referido a los delitos cometidos en situación de conflicto armado, razón por la cual se encuentra sistemáticamente incluido dentro del Título II sobre delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

Por otro lado, el artículo 343, incluido dentro del Título XII de delitos contra la Seguridad Pública, se refiere al terrorismo al tipificar el “concierto para delinquir” señalando que: *“Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho meses a ciento ocho meses.*

*Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, **terrorismo**, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferreros y conexos, o Financiamiento del Terrorismo y administración de actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho a dieciocho años y multa de dos mil setecientos hasta tres mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

La pena privativa de libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir”.

De acuerdo a los modelos de tipificación de los delitos de terrorismos antes vistos, puede concluirse que nos encontramos ante un modelo subjetivo respecto del artículo 144, y un modelo objetivo respecto del artículo 343.

Respecto a la actuación de los agentes encubiertos, esta se encuentra regulada en el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal colombiano, el que señala en su inciso primero que: *“Cuando un fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas”.*

Encontramos acá la primera gran diferencia tanto con lo preceptuado en España, como con lo que se pretende en Chile, en tanto ambos países requieren de autorización judicial previa a la actuación de los agentes encubiertos. Esta autorización es de gran relevancia si se tiene en cuenta lo intrusivos que pueden llegar a ser estos agentes en las esferas de intimidad de los investigados, pudiendo verse vulnerados sus derechos fundamentales. El juez, de acuerdo a todo Estado de Derecho y sistema democrático, debe ser el tercero imparcial encargado de analizar la necesidad y proporcionalidad de una medida de investigación tan intrusiva como ésta, sobre todo considerando que *“el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe a los Estados parte la injerencia en la vida privada de las personas que se hallan dentro de la jurisdicción del Estado, y requiere que los Estados protejan a esas personas por ley de la injerencia arbitraria o ilícita en su vida privada”*⁹⁶ de manera que la misma ONU consiente en que estas actividades encubiertas, que recolectan información y se inmiscuyen en la vida privada de los sospechosos, deben ser supervisadas por organismos independientes -caso en que no sería el mismo Director de Fiscalía en tanto institución encargada de la investigación- y examinadas judicialmente⁹⁷.

Respecto de este último punto, y a pesar de no requerir autorización judicial previa, el ordenamiento colombiano sí dispone de un proceso de revisión judicial de la legalidad formal y material del procedimiento luego de cierto plazo una vez concluida la operación encubierta⁹⁸.

Una segunda gran diferencia radica en el tipo de delitos a los cuales está limitada esta facultad investigativa. En este caso no se realiza ningún distingo al respecto, por lo que puede asumirse que no se restringe a casos de delincuencia organizada, sino a todo tipo de investigación que plantee ciertas dificultades.

⁹⁶ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. 2009. Manual de respuestas de la justicia penal al terrorismo, Nueva York, Naciones Unidas, p.54.

⁹⁷ *Ibíd.*, p.54.

⁹⁸ Artículo 242 inciso 4: *“En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos”*.

El artículo 242 del Código de Procedimiento Penal continúa señalando quiénes están facultados para desempeñarse como agentes encubiertos y cuáles son las funciones que pueden desempeñar, disponiendo que: *“En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos penales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados”*.

Se vislumbra aquí una tercera diferencia respecto del proyecto estudiado, en tanto admite que particulares cumplan las funciones de agente encubierto en dicha calidad. Asimismo, contempla una hipótesis plenamente aplicable a los casos estudiados conocidos por los Juzgados de Garantía de Victoria y Temuco, en donde R.C.A actuó como infiltrado en algunos grupos mapuche y terminó siendo el único condenado: el inciso segundo del artículo 242 señala que *“podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado, o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos probatorios y evidencia física”*.

Lo anterior no ha sido pacífico sino más bien ha planteado ciertos problemas relacionados con su constitucionalidad. De acuerdo a la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 242, con sentencia C-543 de 2008 de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia de fecha 28 de mayo de 2008, *“los particulares no pueden actuar como agentes encubiertos porque esta figura corresponde a una actividad de policía judicial que hace parte del concepto de administración de justicia y los particulares no están habilitados para desarrollarlas de conformidad con lo previsto en el artículo 116 constitucional”*, al mismo tiempo que considera que *“[i]ncluso la agencia encubierta en particulares, tal y como está concebida, adolece de reglas que claramente hacen inmensamente peligrosa la figura para los*

ciudadanos puesto que no se precisa si tal labor del particular debe ser voluntaria o si la misma puede revestir el carácter de obligatoria; no se indica si la agencia encubierta sería transitoria o si existirían particulares dedicados a servirle de manera permanente a estado como agentes encubiertos, convirtiendo una medida excepcional en una regla general; no se prevén sistemas de protección para el particular, o si su condición es o no reservada para todo el proceso; ni siquiera se delimita en qué eventos, cómo y de qué manera se puede acudir a las agencias encubiertas por particulares como si es precisado en las legislaciones foráneas; estas y otras cuestiones hacen que acudir a los particulares para que desarrollen agencias encubiertas sean inmensamente peligrosas dentro de un estado que se precia de ser social y democrático de derecho (...)”.

Estas alegaciones han sido planteadas en variadas ocasiones, la mayoría de las cuales no han sido resueltas por la Corte Constitucional por considerar que no se plantea debidamente el problema de constitucionalidad⁹⁹, de manera que en todos los casos, incluido el anterior, ha terminado por inhibirse de proferir fallo de fondo por no reunirse los requisitos pertinentes.

Respecto al plazo de investigación, el plazo vigente en la legislación colombiana es el más extenso entre los estudiados pues alcanza una duración de un año, prorrogable por otro más¹⁰⁰.

En definitiva, puede concluirse que el agente encubierto colombiano cuenta con mayores facultades de actuación, tanto por la amplitud del plazo en que puede ejercer sus funciones, como por no limitarse a delito alguno en específico ni requerir autorización judicial. En ese sentido, consideramos que la propuesta chilena -comparativamente hablando- resulta más acorde a los principios de un Estado democrático de Derecho que la legislación actual de Colombia al respecto.

4.4. Tratamiento legal de los agentes encubiertos en Estados Unidos.

⁹⁹ Véase las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, Rol C-591 de 2005, C-1260 de 2005, C-606 de 2006, y C-587 de 2011.

¹⁰⁰ Artículo 242 inciso 5: “*En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un periodo superior a un año, prorrogable por un año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido resultado alguno, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente*”.

Luego de la promulgación del Patriot Act, en Estados Unidos el delito de terrorismo se encuentra definido actualmente en la sección 2331 del Título 18 del United States Code (en adelante USC), donde se contempla tanto una definición de terrorismo internacional como de terrorismo doméstico.

Para efectos de esta tesis, es necesario remitirse a la definición de terrorismo doméstico, conforme a la cual se contempla un espectro amplio de posibles delitos base, siempre que cumplan con la condición de ser delitos que atenten contra la vida humana. Luego, este delito base recibe su calificación terrorista en función de la intención con que fueron perpetrados, la que puede ser de intimidar o coaccionar a la población, de influenciar las políticas públicas de un gobierno mediante la coacción o intimidación, o bien de afectar la conducta de un gobierno con actos que involucren destrucción masiva, asesinatos o secuestros.¹⁰¹

Ahora bien, para revisar cómo tiene lugar en Estados Unidos el empleo de agentes encubiertos en el marco de la investigación y persecución del terrorismo doméstico, hay que remitirse la Parte II del Título 28 del *United States Code*, que regula las funciones y atribuciones del Federal Bureau of Investigation (FBI), organismo que funciona bajo el mando del Department of Justice (en adelante, DOJ). Así, conforme a la sección 533 del Título 28 del USC, el General Attorney de la DOJ cuenta, respecto del FBI, con la facultad de destinar oficiales a la detección y persecución de crímenes realizados contra Estados Unidos, dentro de los cuales se pueden entender incluidos los delitos de terrorismo doméstico.¹⁰²

¹⁰¹ “(5) the term ‘domestic terrorism’ means activities that
(A) involve acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State;
(B) appear to be intended-
 (i) to intimidate or coerce a civilian population;
 (ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or
 (iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and
(C) occur primarily within the territorial jurisdiction of the United States.”

¹⁰² “The Attorney General may appoint officials
(1) **to detect and prosecute crimes against the United States;**
(2) to assist in the protection of the person of the President;
(3) to assist in the protection of the person of the Attorney General;
(4) to conduct such other investigations regarding official matters under the control of the Department of Justice and the Department of State as may be directed by the Attorney General.”
[el destacado es nuestro].

Como se ve, la Ley ha adoptado al respecto una definición sumamente amplia, que termina dotando al Attorney General de la DOJ de un amplio marco de discrecionalidad para poder regular la actividad del FBI. En virtud de esta facultad, el Attorney General dicta *Guidelines* que deben ser observadas por la policía u organismo encargado de perseguir la conducta de que se trate, que en el caso del terrorismo corresponde al Federal Bureau of Investigation (FBI). Así entonces, el empleo de agentes encubiertos se encuentra regulado en “*The Attorney General’s Guidelines On Federal Bureau of Investigation Undercover Operations*” (en adelante, los *Guidelines*).

Estos *Guidelines* regulan una serie de aspectos del empleo de agentes encubiertos, como el procedimiento de autorización para que un funcionario policial pueda desarrollar actividades encubiertas, los resguardos para evitar que las personas objeto de operaciones encubiertas sean víctimas de situaciones de *Entrapment*¹⁰³, y el monitoreo y control de las actividades encubiertas desarrolladas por agentes.

Antes de revisar la regulación en cuestión, cabe hacer notar que los funcionarios que pueden desarrollar investigaciones encubiertas son tanto los agentes del FBI como cualquier agente de policía local o estatal que se encuentre trabajando bajo la dirección y control del FBI,¹⁰⁴ por lo que el empleo de estas técnicas involucra en potencia a cualquier funcionario policial de Estados Unidos, cuestión que en la práctica se ve ampliada aún más con el empleo de informantes que también trabajan para el FBI o demás policías bajo dirección y control del FBI.

Ahora bien, respecto a la autorización para iniciar operaciones encubiertas, así como la extensión o renovación de la misma, ésta le compete por regla general al Agente Especial a Cargo, y excepcionalmente a la dirección del FBI (FBIHQ) cuando concurra alguna de las circunstancias fiscales o sensibles contempladas en el apartado C de la sección IV de los *Guidelines*. Para que el Agente Especial a Cargo autorice una operación encubierta, debe tener en cuenta estándares como el riesgo de afectar indebidamente a individuos, daños a la

¹⁰³ Ver *infra*, p. 82 y ss.

¹⁰⁴ ESTADOS UNIDOS. Attorney General. 2002. Attorney General’s Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations. Mayo de 2002., Sección IV-B.

propiedad, pérdidas económicas, así como también el riesgo de que producto de las operaciones el estado pueda ser responsable civilmente, o que los agentes involucrados en las operaciones encubiertas puedan verse involucrados en conductas ilegales. Al respecto, los *Attorney General's Guidelines on General Crimes, Racketeering Enterprise and Terrorism Enterprise Investigations* establecen que “*El FBI no debe dudar en usar ninguna las técnicas legales que sean consistentes con esta guía, incluso si son intrusivas, cuando este nivel de intrusividad está justificado a la luz de la seriedad de un crimen o la solidez de la información indicando su realización actual o su potencial realización futura. Este punto debe ser particularmente observado en la investigación de crímenes terroristas y en la investigación de empresas de carácter terrorista.*”¹⁰⁵

Como se puede ver, la situación en Estados Unidos en lo que se refiere al resguardo de garantías a propósito de la autorización de operaciones encubiertas es aún más precaria que lo que ocurre en Chile en el marco de la Ley 20.000, donde es el Ministerio Público el encargado de prestar este tipo de autorizaciones, por lo que -al menos- cabe algún estándar de control previo, y también respecto del mismo Ministerio es posible evaluar su desempeño en virtud del principio de objetividad que reviste la actividad investigativa del Ministerio Público. En Estados Unidos es la misma agencia policial la que autoriza el empleo de este tipo de herramientas, de manera que no hay control alguno respecto a si la operación autorizada es capaz de observar las garantías mínimas de un debido proceso.

Respecto al elemento del tiempo a lo largo del cual se puede extender el uso de agentes encubiertos, se constata que la autorización de operaciones encubiertas prestada por el Agente Especial a Cargo se puede extender por un plazo de seis meses, prorrogables por seis meses adicionales, no pudiendo realizarse estas operaciones por un plazo mayor a un año, a menos que una nueva extensión sea aprobada por el FBIHQ¹⁰⁶. Lo anterior se restringe cuando el encargado de autorizar la operación es el FBIHQ, en cuyo caso se pueden extender por un

¹⁰⁵ ESTADOS UNIDOS. Attorney General. 2002. *Attorney General's Guidelines on General Crimes, Racketeering Enterprise and Terrorism Enterprise Investigations*. Mayo de 2002, p.7. Traducción libre.

¹⁰⁶ ESTADOS UNIDOS. Attorney General. 2002. *Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations*. Mayo de 2002, Sección IV-G.

máximo de seis meses.¹⁰⁷ Es pertinente hacer notar que esta es la misma extensión que puede alcanzar una operación encubierta en la legislación española, con la decisiva diferencia de que en esta última es necesaria una autorización judicial previa, que tiene como objetivo precisamente revisar la proporcionalidad de lo intrusivo de la medida, así como asegurarse de un efectivo resguardo de garantías procesales mínimas, siendo necesaria una autorización judicial cada vez que el agente encubierto vaya a realizar actos que vulneren garantías fundamentales, como ya se vio más arriba.

En cuanto a la exención de responsabilidad por incurrir en conductas ilícitas, los *Guidelines* establecen un procedimiento de autorización para el momento en que el agente en cuestión considera necesario incurrir en este tipo de conductas, conforme al cual la misma procede sólo en virtud de las siguientes consideraciones:

- a) Cuando se busca obtener información o evidencia necesaria para el éxito de la investigación, la que no estaría razonablemente disponible sin la participación en la actividad ilegal.
- b) Cuando se busca establecer o mantener la credibilidad de la identidad ficticia del agente.
- c) Cuando es necesario para prevenir el riesgo de muerte o daño físico serio.¹⁰⁸

Junto con esto, los *Guidelines* también contemplan la posibilidad de autorizaciones para los casos en que el agente encubierto debe incurrir en actividades ilegales en defensa propia, e incluso considera la posibilidad de autorizaciones ex-post, para los casos en que el agente encubierto se encuentre imposibilitado de requerir una autorización.¹⁰⁹

Al revisar las hipótesis de exención de responsabilidad por conductas ilícitas también vuelve a ser evidente la discrecionalidad con la que cuenta el FBI, en la medida en que la autorización

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid, sección IV-H.

“(a) to obtain information or evidence necessary for the success of the investigation and not reasonably available without participation in the otherwise illegal activity; (b) to establish or maintain credibility of a cover identity; or (c) to prevent death or serious bodily injury.”

¹⁰⁹ Ibid.

de este tipo de actos tampoco está sujeta a control judicial previo alguno, como sí existe en España, como ya se vio anteriormente, respecto a las actuaciones del agente encubierto que son vulneratorias de garantías.

El riesgo que supone la discrecionalidad del FBI en materia de autorización de conductas ilícitas se ilustra en buena medida si se consideran los casos en que el FBI ha autorizado a informantes -que no son personas con capacitación policial especializada- a realizar conductas ilícitas, llegando a contabilizarse 5.658 autorizaciones en el año 2011.¹¹⁰

Por último, conviene referirnos en específico a la situación en que se encuentra Estados Unidos respecto a los casos de *Entrapment*, que son analogables a los delitos provocados en la jurisprudencia española y chilena.

Resulta que los *Guidelines* de hecho contemplan, en su sección V-B¹¹¹, algunos casos en que el agente encubierto puede conseguir autorización para incentivar a que el sujeto objeto de la investigación realice un delito, esto es, funcionar bajo la lógica del agente provocador, bajo las siguientes condiciones, copulativas:

- a) Cuando la naturaleza ilegal de la actividad está razonablemente clara para el potencial imputado.
- b) Cuando la naturaleza de cualquier incentivo ofrecido es justificable en vista de carácter de la transacción ilegal en la cual el individuo está invitado a involucrarse.

¹¹⁰ HEATH, B. 2013. Exclusive: FBI allowed informants to commit 5,600 crimes. [En línea] Usa Today. 4 de agosto del 2013. <<http://www.usatoday.com/story/news/nation/2013/08/04/fbi-informant-crimes-report/2613305/>> [Consulta: 08 noviembre 2016].

¹¹¹ “As a result, no undercover activity involving an inducement to an individual to engage in crime shall be authorized unless the approving official is satisfied that –

- (1) The illegal nature of the activity is reasonably clear to potential subjects; and
- (2) The nature of any inducement offered is justifiable in view of the character of the illegal transaction in which the individual is invited to engage; and
- (3) There is a reasonable expectation that offering the inducement will reveal illegal activity; and
- (4) One of the two following limitations is met:
 - (i) There is reasonable indication that the subject is engaging, has engaged, or is likely to engage in the illegal activity proposed or in similar illegal conduct; or
 - (ii) The opportunity for illegal activity has been structured so that there is reason to believe that any persons drawn to the opportunity, or brought to it, are predisposed to engage in the contemplated illegal conduct.”

- c) Cuando hay una expectativa razonable de que ofreciendo el incentivo se podrá revelar la actividad ilegal.

Ahora bien, las hipótesis anteriores tienen aplicación siempre que se pueda comprobar alternativamente alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Hay información que indica que el sujeto está involucrado, lo ha estado, o se involucrará en la actividad ilegal propuesta, o alguna similar.
- b) La oportunidad para la actividad ilegal ha sido estructurada de tal manera, que hay razones para creer que cualquier persona que sea expuesta a la misma este predispuesta¹¹² a involucrarse en la conducta ilegal contemplada.

No obstante los requisitos establecidos por el Attorney General en los *guidelines*, lo cierto es que en la práctica ha tenido lugar a una serie de casos en los que, en definitiva, las personas condenadas no hubiesen incurrido en delito alguno si no fuese por la inducción del agente encubierto o informante del FBI. En este sentido, los profesores Norris y Grol- Prokopcsyk han contabilizado, desde el atentado del 11 de septiembre del año 2001, un total de 317 casos de terrorismo doméstico en los cuales han intervenido agentes encubiertos o informantes bajo la dirección del FBI¹¹³. Así, luego de identificar una serie de indicadores de *Entrapment* en base a la jurisprudencia revisada, los profesores descubrieron que en 98 de los 317 casos estaban presentes más de 7 indicadores, lo que es indicativo de cuán recurrente son los casos de este tipo en Estados Unidos.

Esto termina por ratificar cuán expuesta se ve la ciudadanía frente a los organismos encargados de perseguir conductas terroristas, sobre todo en el contexto de una amplia discrecionalidad que permite llevar a cabo diligencias que evidentemente ponen en entredicho la vigencia de garantías procesales, so pretexto de proteger al país de la amenaza del terrorismo.

¹¹² El concepto de oportunidad aquí empleado, será tratado con más detalle en el apartado 4.2 de esta tesis.

¹¹³ NORRIS, J y GROL-PROKOPCZYK, H. 2015. Estimating the Prevalence of Entrapment in Post 9/11 Terrorism Cases. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 105 (3). Northwestern University School of Law, p.144.

5. Problemas de implementación de los agentes encubiertos y reveladores: Los derechos fundamentales y un debido proceso penal.

En este capítulo revisaremos los problemas que se han suscitado a raíz del empleo de agentes encubiertos y reveladores en la investigación penal, y en particular en la persecución del terrorismo.

En primer lugar, revisaremos cómo se ven afectados los distintos principios y garantías que informan el procedimiento penal, poniendo atención en lo que ocurre tanto en la investigación de un hecho constitutivo de delito, así como también en lo que respecta al procedimiento penal propiamente tal.

Junto con ello, nos referiremos al problema de los delitos provocados en particular, en vista de que es quizá el fenómeno que más dudas genera desde el punto de vista de los riesgos que trae incorporar las figuras estudiadas a nuestro sistema jurídico.

5.1. La vigencia de principios y garantías en general, y en el derecho penal chileno en particular.

Bien es sabido que en la actualidad nos encontramos ante una constante tensión cuando se trata de hablar de delitos y seguridad ciudadana: se trata de equilibrar los principios y garantías de un proceso penal justo, y al mismo tiempo garantizar niveles de eficacia satisfactorios de acuerdo a una política criminal cada vez más centrada en resultados sean capaces de hacer sentir segura a la ciudadanía.

Es justamente sobre esta dualidad que consideramos que la incorporación de agentes encubiertos y relevadores como método de investigación de delitos complejos, y particularmente de delitos terroristas- en atención, como ya se ha dicho, de su carácter indefinido-, conlleva una inclinación de la balanza a favor de la búsqueda de eficacia penal, en desmedro de una gama de principios y garantías procesales que tanto nuestro derecho interno como el derecho internacional han establecido en favor de los imputados.

Cabe tener en mente que nuestro legislador considera que “los sistemas de enjuiciamiento criminal son los más elocuentes indicadores de grado de respeto por los derechos de las personas que existe en un ordenamiento estatal, o dicho de otro modo, que el autoritarismo se

revela en la forma en que los poderes públicos encaran el reproche a las conductas desviadas o a las formas de comportamiento anómico”¹¹⁴ , de manera que las conclusiones a las que se arribarán en este capítulo serán, siguiendo al legislador, demostrativas de la concepción de Estado de Derecho que está imperando en la actualidad, la que -con la inclusión de esta medida intrusiva- más se acerca a los principio de un proceso inquisitivo que a los de uno garantista, donde el fin de castigar a los culpables aplicando la ley sustantiva estaría justificando un medio vulneratorio de derechos, sin miramiento por las implicancias que ello tendría, considerando que el agente encubierto y revelador busca encontrar la verdad incluso - como se verá- al precio de crear verdades que sean de la conveniencia del persecutor, de modo que el imputado deviene en un mero recurso desde donde obtener pruebas que permitan condenarlo, lo que era una de las características básicas de la persecución penal en el antiguo proceso inquisitivo¹¹⁵.

5.1.1. Derecho a la Intimidad.

Si bien no se trata de un principio o garantía propios del procedimiento penal, nuestra Constitución Política asegura en su artículo 19 N°4 el derecho al respeto y protección a la vida privada y a la honra de su persona y familia. Para la doctrina este derecho se ha comprendido como “(...) un derecho de la personalidad que no puede ser vulnerado en caso alguno o por persona o autoridad alguna, incluyendo aquellos que gocen de inviolabilidad (...). El concepto de “vida privada” está directamente vinculado a la “intimidad”, a ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la intervención o presencia de terceros (...)”¹¹⁶.

¹¹⁴ FREI, E. 1995. Mensaje del Ejecutivo, Código Procesal Penal. Edición 2014, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 12.

¹¹⁵ DUCE, M y RIEGO, C. 2002. El Proceso Penal y su reforma en Chile. En: Introducción al nuevo sistema procesal penal, Volumen I. Santiago, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, p.50.

¹¹⁶ EVANS DE LA CUADRA, E. 1999. Los derechos constitucionales, Tomo I. Segunda Edición Actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 212 - 213.

Este derecho está además vinculado con otros derechos constitucionales, dentro de los cuales encontramos al derecho a la libertad general del artículo 1 de la Constitución, la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas (artículo 19 N° 5) y la prohibición de autoincriminación en materia penal (artículo 19 N° 7, letra f).

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José) establece este derecho en su artículo 11 N°2 al señalar que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación, y, en el mismo sentido, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Consideramos que el agente encubierto o revelador que se infiltra en un grupo respecto del cual se tienen sospechas de realizar actos terroristas, es susceptible de vulnerar este derecho en cuanto se tiene que ganar la confianza de los miembros de la organización, para lo cual se vale del engaño y la falsificación de su identidad, pues sólo así puede tener acceso a información privada del o los investigados. Con este medio de investigación no solo tiene acceso a informaciones y pruebas sobre el delito que se supone cometerá, sino también accede a información privada y relacionada a la esfera de intimidad de la persona. Es decir, el Estado se infiltra a sabiendas de la vulneración del núcleo esencial del derecho a la intimidad, contraviniendo lo expresamente preceptuado por el Pacto de San José y la Declaración de Derechos Humanos.

Por lo demás, hay que considerar que el conflicto mapuche que tiene lugar en la Región de la Araucanía ha dado lugar a varios intentos de aplicar la ley antiterrorista, en algunos casos fructíferamente. En ese sentido, cabe tener presente que se trataría de comunidades o lof mapuche que generalmente se encuentran vinculadas sanguíneamente, de manera que la infiltración podría llegar a afectar también el derecho de intimidad de los familiares no relacionados directamente con el acto investigado.

Como se señaló anteriormente, esta vulneración afectaría el núcleo esencial del derecho, de manera que no se trata de una limitación aceptada en el marco de un Estado de Derecho, constituyendo una primera razón para considerar al agente encubierto y revelador como una institución ajena a los principios democráticos que uniforman nuestra legislación vigente.

5.1.2. Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y del domicilio.

Como señala la doctrina, el “derecho a la inviolabilidad del domicilio permite establecer un reducto físico inmune a la intromisión no consentida de un tercero, mientras que la inviolabilidad de las comunicaciones protege la libertad y el secreto de todo tipo de comunicación privada, sin exclusión alguna e independiente de su formato”¹¹⁷. Este derecho está establecido en el artículo 19 N°5, el que asegura “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.

Las formas de entrada y registro a lugares cerrados están reguladas en el Código Procesal Penal en los artículos 205 y siguientes, mientras que la interceptación de comunicaciones está regulada en los artículos 222 y siguientes. De acuerdo al primero de éstos, para que un funcionario del Estado pueda ingresar a un recinto cerrado debe contar con consentimiento expreso del propietario o encargado del lugar, al mismo tiempo que el funcionario debe individualizarse y entregar un certificado que acredite el registro, su identificación y la de los demás miembros involucrados y de quien hubiere ordenado la entrada.

Como puede verse ninguna de éstas condiciones se vería satisfecha en el caso de un agente encubierto que ingresa en cumplimiento de sus funciones al domicilio de uno de los investigados, situación en la que también puede encontrar elementos probatorios útiles al proceso. En primer lugar, el consentimiento del propietario estaría viciado por el engaño que media la relación que mantendrían, por lo que podría concluirse que la entrada es ilícita, así como toda prueba derivada de ésta. Además, no se cumple con ningún requisito de

¹¹⁷ GARCÍA PINO, G., y CONTRERAS VASQUEZ, P. 2014. Diccionario Constitucional Chileno. Cuadernos del Tribunal Constitucional 55, p. 572.

certificación, ni autorización judicial específica que permita la entrada, pues sólo se cuenta con la autorización genérica para actuar como agente (caso distinto al español, donde -según lo visto- requerirían una autorización especial para poder llevar a cabo esta labor).

Respecto al secreto de las comunicaciones nos podemos encontrar ante dos situaciones, pues están las conversaciones privadas mantenidas en presencia del agente, y está, por otro lado, el caso de la interceptación de las comunicaciones.

En el primer de los casos lo que se estaría vulnerando sería el derecho a la intimidad y, en su caso, el derecho a la no autoincriminación, el que se verá más adelante. Mientras que en el segundo de los casos, probablemente nos encontraremos en una situación de ilegalidad que teñirá la prueba obtenida de ilicitud si la interceptación de comunicaciones no cuenta con la específica autorización previa.

La jurisprudencia española, que es más bien tendiente a negar todo tipo de vulneraciones a derechos fundamentales por parte de los agentes encubiertos; diferencia entre lo que sería la grabación de una conversación entre el agente y el investigado, de la grabación de una conversación ajena por parte del agente, y, en la sentencia del Tribunal Supremo 1564/1998 de fecha 15 de diciembre de 1998 (cuyo criterio fue ratificado en sentencia del mismo tribunal número 1354/2005, de fecha 16 de noviembre de 2005), señala que: “dicha autorización [de intervención telefónica] ni siquiera era precisa ya que -tal como recuerda el Ministerio Público y afirma la Sentencia de 27-11-97 con referencia a la 114/84 del T. Constitucional - hemos de diferenciar el supuesto en que se graba una conversación de otros, que atenta al derecho reconocido en el art. 18-3 de la C.E. , de aquél en el que se graba una conversación que se mantiene personalmente con otro, pues tal conducta no es contraria al precepto fundamental citado, dado que -según dice la combatida- dicha norma se dirige inequívocamente a garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros ajenos a la comunicación misma. Por ello, la grabación de las palabras del acusado en conversación con el agente infiltrado realizadas con el propósito de su posterior revelación y a virtud de la citada autorización judicial no vulnera derecho fundamental alguno”.

Por nuestra parte no podemos sino estar en desacuerdo con este criterio jurisprudencial, pues en nuestro país se debe tener presente que el artículo 195 del Código Procesal Penal establece

una serie de métodos prohibidos de investigación e interrogación, disponiendo en el segundo inciso que: *“Se prohíbe, en consecuencia, todo método que afecte la memoria o capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, o la administración de psicofármacos y la hipnosis”*. Teniendo en cuenta que el agente encubierto y revelador se vale del engaño para lograr su cometido, es dable concluir que la grabación de las comunicaciones mantenidas con él es prueba ilícita y constituyen una vulneración de derechos respecto del investigado.

5.1.3. Derecho a la a la presunción de inocencia y la no autoincriminación

Otro de los derechos que podrían verse vulnerados con el empleo de agentes encubiertos y reveladores es el derecho sería el de derecho a la presunción de inocencia, que en su consagración en la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y al juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Al respecto, es importante notar aquí que la palabra presunción está empleada en el sentido que ésta tiene en el ámbito del derecho probatorio, lo que es determinante en la medida en que es el derecho procesal penal mismo el que debe entenderse como un sistema orientado a reconstruir la verdad, y por lo tanto dotado de grados crecientes de sospecha de que el imputado ha efectivamente participado en el hecho punible que se le atribuye. En este sentido, la presunción de inocencia es, más que un obstáculo al normal desarrollo del juicio, un obstáculo para que se le impongan penas al imputado sin que ellas se deriven de un juicio donde se haya podido demostrar su culpabilidad.

El sentido en que esta garantía podría verse mermada, es el modo en que son obtenidas las pruebas orientadas a destruir la presunción de inocencia del imputado, cuando se emplean este tipo de agentes. Así, es importante considerar hipótesis en las que la persona o el grupo investigado puede efectuar declaraciones autoincriminatorias, que posteriormente son introducidas de alguna manera al juicio. De esta manera, al ocultar su calidad, el agente encubierto puede recopilar todo tipo de antecedentes, como asimismo conseguir diversas

pruebas, ya sea documentales o materiales, sólo gracias al engaño del que es objeto el imputado, vulnerando de esta manera uno de los aspectos de la presunción de inocencia, que es que no se puede obligar a una persona a suministrar prueba que pueda servir para condenarla.

En base a lo anterior se puede apreciar que la lógica bajo la que opera la figura de los agentes encubierto y provocador, significa un importante riesgo también desde el punto de vista del derecho a presunción de inocencia, sobre todo en lo que se refiere a su vinculación con el derecho a no autoincriminación.

5.2. El valor probatorio de las declaraciones del agente encubierto o revelador dentro del Juicio Oral y la objetividad del proceso.

Como podrá haberse inferido, el agente encubierto podrá ser un testigo dentro del proceso penal, o bien, los agentes encubiertos o reveladores, en caso de haber estado involucrado en la comisión de un delito, será un imputado más en el juicio penal llevado en contra de los demás acusados por delitos terroristas, quienes habrán sido previamente investigados mediante la infiltración de dicho agente.

Esta última situación nos plantea el doble rol que desempeña el agente durante el juicio penal: por un lado será un imputado cuya defensa se orientará a comprobar su calidad de funcionario policial que cuenta con autorización judicial para desempeñarse como agente encubierto o revelador, y que sus actuaciones resultan proporcionales a las necesidades de la investigación, de manera que se le conceda el beneficio de eximición de responsabilidad respecto del delito que hubiere cometido o no hubiere impedido. Mientras que por otro lado, será testigo en contra de los demás acusados, pretendiéndose que su testimonio sea una pieza clave por parte del Ministerio Público para demostrar la culpabilidad de éstos.

Es justamente este último rol el que plantea problemas dentro del proceso, pues se tratará de un testigo que tiene un interés objetivo y directo en el resultado del juicio, lo que podrá traer como consecuencia una disminución en el valor probatorio de su testimonio, o bien, dudas respecto a la objetividad del proceso en sí mismo.

La doctrina penal internacional y la jurisprudencia en general, han coincidido al señalar que las declaraciones de un coimputado ofrecen una duda razonable en cuanto a su credibilidad pues, como señala el Tribunal Supremo de España en sentencia del 14 de febrero de 1995 (RJA 818/1995), “(...) *el vicio que hace inatendible la declaración del coimputado...es la mendacidad. Los móviles espurios tales como el odio, la venganza, la enemistad, la autoexculpación, el soborno, el resentimiento, o el deseo de obtener ventajas y beneficios penales o carcelarios se constituyen en causas de invalidación aunque no absolutas*”. Esta falta de credibilidad obliga entonces al Ministerio Público a probar por otros medios los hechos acusados.

Si se acoge la tesis planteada a lo largo de este trabajo, en el sentido que la prueba obtenida durante el proceso investigativo por parte del agente encubierto o revelador, puede estar viciada de ilegalidad por las razones antes otorgadas, entonces el problema es doble: nos encontraremos ante declaraciones de un testigo y coimputado que no son suficientes para condenar a un acusado, y ante otras pruebas cuyo vicio de ilegalidad hace imposible su utilización durante el Juicio Oral.

Por otro lado, parte de la jurisprudencia internacional ha señalado que este tipo de declaraciones podría poner en duda la imparcialidad del proceso penal. En el mismo sentido han fallado nuestros tribunales, así, la Corte de Apelaciones de Temuco ha señalado, haciendo referencia a sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos referidas a la colaboración de “arrepentidos” en proceso contra la Mafia italiana, que “(...) *la utilización de sus declaraciones plantea, sin embargo, algunos delicados problemas ya que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse los beneficios que la ley italiana concede a los "arrepentidos" o incluso de tratarse venganzas personales. La naturaleza, a veces, ambigua de dichas declaraciones y el riesgo de que una persona pueda ser acusada y detenida en base a afirmaciones no controladas y no siempre desinteresadas no deben, por lo tanto, subestimarse. Por estos motivos, indica que, las declaraciones de los "arrepentidos" deben ser corroboradas por otros elementos de prueba; además, los testimonios indirectos deben ser confirmados por hechos objetivos. Es de destacar que de nuevo, en 2004, el Tribunal volvió a pronunciar al respecto (STEDH Cornelis v Netherlands, de 25 de mayo de 2004) señalando*

que el uso de tales declaraciones pueden poner en tela de juicio la imparcialidad del proceso contra el acusado y es capaz de elevar cuestiones delicadas como, por su propia naturaleza, estas declaraciones están abiertas a la manipulación y puede ser hecho puramente con el fin de obtener las ventajas que ofrece a cambio, o por venganza personal. La naturaleza a veces ambigua de tales declaraciones y el riesgo de que una persona puede ser acusado y juzgado sobre la base de acusaciones no verificadas que no son necesariamente desinteresado no debe, por lo tanto, ser subestimado”¹¹⁸.

Esto nos permite cuestionarnos legítimamente sobre la efectividad de esta medida intrusiva como un medio investigativo, pues la efectividad de los resultados de dicha investigación puede ciertamente ser puesta en duda en el momento que la ley establece para presentar la prueba ante el Juez que dictará sentencia, el Juicio Oral, y asimismo puede verse afectada la imparcialidad del proceso en virtud de las razones recién expuestas.

5.3. El riesgo de los delitos provocados.

Como ya se vio en el capítulo anterior, uno de los problemas más recurrentes en el derecho comparado es el de los delitos provocados, ya sea a propósito de operaciones de agentes encubiertos, reveladores o provocadores, o bien cuando los organismos encargados de la investigación en el procedimiento penal se sirven de informantes.

Es ciertamente un riesgo toda vez que el agente encubierto o revelador podría excederse de sus funciones meramente investigativas considerando que, en su calidad de funcionario de la policía, busca asegurar resultados y eficacia, es decir, tiene un interés directo en el resultado de la investigación y del posterior juicio en que actuará a modo de testigo e imputado a la vez. Así, considerando que cuenta con un eximente de responsabilidad que le asegura una absolución al término del juicio, no es irracional pensar que pueda provocar un delito para cumplir la finalidad original de descubrir e impedir el mismo.

Esta situación no es nueva sino ha sido objeto de discusión desde hace largo tiempo, incluso Riquelme señala que, desde el origen de esta figura, en el periodo del absolutismo francés, ella ha presentado este riesgo, pues se ofrecía una recompensa a aquellos informantes que

¹¹⁸ SCA de Temuco, 23 de octubre de 2013, Rol N° 791-2013, Considerando Treceavo.

mantuvieran a los gobernantes al tanto de los pasos de sus opositores. Esta recompensa, y en definitiva el interés directo en el resultado, los habría llevado “del espionaje y la delación hacía la provocación de actividades subversivas contra el régimen”¹¹⁹. Si bien hoy no se ofrece una recompensa propiamente tal, si hay un trabajo y un sueldo de por medio que pueden actuar como incentivos, pues se intentará dar demostraciones de efectividad en el ejercicio de las funciones a modo de asegurar el puesto y con ello poder mantener el nivel de vida acostumbrado.

Cabe tener presente que la mayor cantidad de discusión ha girado en torno al agente encubierto y/o provocador en materia de ley de drogas, de manera que se debe hacer una precaución de especial relevancia: la provocación en materia de drogas haría relación respecto de un delito que el narcotraficante suele hacer -por su carácter de tracto sucesivo-, cual es hacer una transacción de drogas a cambio de dinero. Eso es lo que hace reiterativamente un delincuente de este tipo. En los delitos terroristas, en cambio, no necesariamente tenemos un solo tipo de delitos que se reitere una y otra vez, sino que pueden ser varios. Así un terrorista puede hacer detonar una bomba un día, y secuestrar un avión al otro. Sin embargo, nada asegura que al tercer día vuelva a cometer alguno de aquellos delitos, por lo que la provocación adquirirá mayores niveles de connotación, pues la distinción usual que suele darse en la doctrina comparada -y que se verá a continuación- entre delito provocado, considerado ilegítimo, y agente provocador, considerado legítimo, se torna difusa.

A continuación, profundizaremos en torno a esta problemática, mostrando lo difícil que ha resultado delimitar jurisprudencialmente la existencia de delitos provocados, así como también la recurrencia con que éstos tienen lugar en las diversas jurisdicciones. Por tratarse de jurisdicciones donde este fenómeno se encuentra más documentado, para este análisis nos enfocaremos en particular en España y Estados Unidos.

A modo de aclaración preliminar, es importante señalar que aquello que se conoce como delito provocado en el habla hispana, es conocido como entrapment en el derecho anglosajón, de manera que ambos fenómenos serán tratados en esta sección.

¹¹⁹ RIQUELME, El agente..., p.15.

En primer lugar, la figura del entrapment se utiliza para aquellos casos en que, conforme a la opinión jurisprudencial dominante en Estados Unidos, el gobierno induce al imputado a realizar un delito, en circunstancias en que el imputado no tenía predisposición para realizarlo, de modo que sin la intervención estatal el delito en cuestión no hubiese tenido lugar¹²⁰. A su vez, para que la conducta del gobierno califique como inducción, éste no debe limitarse a solamente haber presentado la oportunidad al imputado, sino que además debe haberlo persuadido para perpetrar el delito, siendo que no se encontraba listo para ello¹²¹.

La doctrina del entrapment ha recibido dos formulaciones: una subjetiva y otra objetiva. Por un lado, la formulación subjetiva de la teoría del entrapment es la que goza mayor aceptación jurisprudencial a nivel federal, y puede sintetizarse en la pregunta por si acaso el imputado se encontraba predispuesto o no a cometer el crimen cuando fue abordado por el agente¹²².

Esta formulación ha sido fuertemente criticada por la doctrina, en primer lugar, mostrando lo poco operativa que resulta en la práctica si se considera que la idea de predisposición en la que descansa es inexistente, toda vez que cualquier persona puede ser virtualmente inducida a realizar cualquier crimen, siempre que la relación entre el potencial beneficio versus el potencial riesgo sea la adecuada¹²³.

En segundo lugar, también se ha criticado esta formulación desde el punto de vista de la prueba que debiese ofrecerse para acreditar esta supuesta predisposición, sobre todo en el contexto del terrorismo, ya que, tomando en cuenta el contenido político del delito en cuestión, la prueba podría reducirse a demostrar la adhesión del imputado a alguna ideología o

¹²⁰ ESTADOS UNIDOS. United States v. Jacobson, 503 U.S. at 554. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/503/540.html> (Consultado el 09 noviembre 2016).

¹²¹ ESTADOS UNIDOS. United States v. Wright, 921 F.2d 42, 45. Disponible en <https://casetext.com/case/us-v-wright-342> (Consultado el 09 noviembre 2016).

¹²² RONALD, A.; LUTTREL, M.; KREEGER, A. 1999. Clarifying Entrapment. The Journal of Criminal Law & Criminology, Vol. 89 (2), p. 408.

¹²³ *Ibíd.*, p. 407.

religión pretendiendo así esclarecer qué tan predispuesto se hallaba a los objetivos terroristas en cuestión¹²⁴.

Por otro lado, la formulación objetiva se puede sintetizar en la pregunta por si acaso excedió o no el gobierno los límites aceptables en sus intentos por motivar al imputado en la realización del delito¹²⁵, de manera que esta alternativa establece un criterio centrado en la conducta del gobierno más que la del imputado, evitando que este último sea sometido personalmente a escrutinio, preguntándose más bien por si acaso la conducta del gobierno hubiese sido suficiente para llevar a un individuo hipotético a delinquir¹²⁶. A pesar de que la Corte Suprema de Estados Unidos nunca la haya sostenido, esta formulación ha sido defendida sobre todo por el mundo académico, y adoptada además por el Model Penal Code estadounidense de 1962¹²⁷.

Como se puede notar, la formulación objetiva permite esquivar las consideraciones dogmáticas en torno a autoría y culpabilidad que a todas luces suscita la formulación subjetiva, transformando el problema más bien en uno de debido proceso, siendo el objetivo de los jueces establecer un límite a la investigación cuando se emplean agentes policiales o informantes.

Ahora bien, existen importantes críticas a esta formulación, sobre todo basadas en que es imposible establecer un estándar universal para evaluar la conducta del agente o del informante que intervino en el delito. Así, podría suceder que imputados que, en efecto, son responsables del delito en cuestión, se vieran absueltos debido a que el tribunal ya habría establecido a priori que la intervención estatal era inadecuada; o viceversa, esto es, fijar un estándar tan alto, que prácticamente la teoría del entrapment dejase de ser operativa, permitiendo formas sumamente agresivas de intervención estatal¹²⁸.

¹²⁴ SAID, W. 2010. The Terrorist Informant. Washington Law Review, Vol. 85, p. 697.

¹²⁵ RONALD, LUTTREL, KREEGER. Clarifying..., p. 409

¹²⁶ CARLON, A. 2007. Entrapment, Punishment, and the Sadistic State. Virginia Law Review, Vol. 93, p. 1091

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 1090.

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 1091.

Luego de una somera revisión de la doctrina anglosajona del entrapment, resulta evidente que la principal dificultad en su aplicación es la de delimitar las formas aceptables de intervención estatal en el iter críminis respecto de intervenciones estatales que interfieren tan decisivamente en la conciencia del imputado, que llegan a poner en duda la imputabilidad del delito, de manera que, al hecho de que se trata herramientas tan intrusivas en el sistema de garantías constitutivas de un debido proceso penal, se le suma el de que resulta bastante complejo establecer límites que configuren el uso jurídicamente aceptable de las mismas.

En este sentido es que el estudio de Norris y Grol-Prokopczyk resulta decidor de la situación concreta en que se encuentra el uso de agentes policiales o informantes en las investigaciones penales estadounidenses. Como fue mencionado en el capítulo anterior, el estudio identificó una serie de indicadores que permitiesen mostrar cuán probable era la hipótesis del entrapment en cada caso de terrorismo posterior a los atentados del 11 de septiembre del 2001 en los Estados Unidos. Estos indicadores fueron recogidos de la jurisprudencia disponible, así como de los patrones observados en la revisión de los supuestos casos de entrapment en las acusaciones por delitos terroristas.

Lo que más llama la atención de este estudio fue que, aún con todos los casos en que se detectó la concurrencia de un gran número de indicadores, luego de los atentados del 2001 nunca se ha acogido una defensa fundada en la doctrina de entrapment en Estados Unidos, de manera que la misma no es una defensa que resulte operativa en el contexto de los delitos de terrorismo, a pesar de ser prácticamente el único mecanismo jurídico con que el imputado puede hacer frente a una acusación por delitos terroristas donde fueron empleados agentes policiales o informantes durante la investigación.

Por su parte, España ha desarrollado una diferenciación jurisprudencial entre lo que sería el delito provocado, que surge como consecuencia de la intervención ilegítima del agente, y el agente provocador, que propicia la fase final de consumación de un delito de tracto sucesivo para así poder intervenir y capturar a los culpables in situ.

Así, el Tribunal Supremo señaló que existen tres características particulares que debe reunir un delito para ser considerado provocado: *“objetivamente debe existir una provocación, esto es, el agente provocador es el que toma la iniciativa a consecuencia de la cual el provocado se*

*decide a delinquir; desde el punto de vista subjetivo, el agente provocador tan sólo aspira a demostrar la intervención en el delito de la persona del provocado y así obtener pruebas convincentes; en tercer lugar, el agente provocador toma las medidas precautorias oportunas para evitar que el hecho realizado por el provocado alcance el desvalor que fundamenta el injusto del delito en cuestión.”*¹²⁹

A su respecto el criterio ha sido unánime al declarar que el delito es procesalmente inexistente porque toda la actuación del sujeto ha sido objeto de manipulación por parte de un agente del Estado y no ha existido tipicidad, culpabilidad ni lesión de bien jurídico alguno.¹³⁰

Por el contrario, el agente provocador sí lo considera aceptado en cuanto este ayuda a ejecutar un delito, usualmente de peligro abstracto o bien de tracto sucesivo, donde la intencionalidad ya estaba presente en el sujeto. La principal diferencia que tendría respecto de un agente encubierto es que no se encontraría reglado por el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que no requeriría de autorización judicial previa ni de una identidad ficticia para operar, por lo que se dice que funcionaría al amparo de los artículos 282 y siguientes del mismo cuerpo legal en cuanto busca averiguar un delito y descubrir al delincuente¹³¹. Como no se encuentra regulado expresamente, pero sí se encuentra aceptado por la jurisprudencia, la razón que la dogmática española ha dado para justificar la impunidad del agente provocador es “la ausencia de un dolo encauzado a la consumación efectiva o material del delito”¹³², y es justamente esa carencia de voluntad en la consumación lo que lo diferencia de un inductor común. En ese sentido, se han configurado dogmáticamente tres presupuestos que identifican al agente provocador: “a) La conducta provocadora tiene como fin inmediato que el autor

¹²⁹ RUIZ, L.1993. La provocación de la prueba y el delito provocado. Las garantías del estado de derecho. Anuario de la Facultad de Derecho 11, p. 218.

¹³⁰ ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Supremo N° 1992/1993, de fecha 15 de septiembre de 1993: “Esta clase de delito provocado, tanto desde el punto de vista de la técnica penal -por el carácter imposible de su producción como desde el más fundamental principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), y hasta desde el de la lícita obtención de la prueba (art. 11.1 LOPJ) debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune”.

¹³¹ PERALS CALLEJAS, J. El agente... p.21-23.

¹³² NUÑEZ M., y GUILLÉN, G. 2008. Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas. Anuario de derecho penal y ciencias penales LXI, p. 148.

provocado sea sancionado precisamente a causa de ese hecho; b) el agente provocador no tiene voluntad de consumación del delito y c) tal ausencia de voluntad se manifiesta externamente mediante la toma de medidas para neutralizar la acción del autor provocado”¹³³.

Se concluye, en definitiva, que no existen mayores discusiones respecto a las diferencias entre delito provocado y agente provocador en la jurisprudencia española.

Cabe entonces preguntarse si este criterio resulta aplicable a nuestro país de manera tal de asemejar a los agentes provocadores españoles con los agentes reveladores que pretende incorporar en nuestra legislación el proyecto de ley aquí estudiado, ya que éste tiene por función requerir de otro la ejecución de una conducta delictiva con el propósito de lograr la concreción de los propósitos delictivos de éste. En ese sentido, no encontraríamos mayores diferencias (salvo que el agente revelador estaría sujeto al requerimiento de autorización judicial previa y quedaría impune en virtud de la exención de responsabilidad establecida).

Sin embargo, surge el riesgo del delito provocado tanto en el agente encubierto -que no estaría facultado a “ayudar a la consumación del delito”-, como en el agente revelador, pues, como se señaló anteriormente, no resulta propio hablar de los actos de terrorismo como un delitos de tracto sucesivo -sin perjuicio de lo que podría decirse respecto de la asociación ilícita terrorista-, ni delitos de peligro abstracto, por lo que ya no sería correcto hablar de una supuesta licitud por sólo ayudar a consumir un delito que ya se tenía planeado, sino que podría ocurrir -como al parecer ocurrió en el caso del agente infiltrado en el MIR, comentado en capítulos anteriores- que cualquiera de estos dos agentes induzca desde un comienzo a cometer un delito, aproximándose al delito de instigación¹³⁴, delito contemplado en el artículo 15 N°2 del Código Penal, siendo por lo tanto ilícita la actuación escapando de los criterios de proporcionalidad exigidos por la ley.

5.4. Exención de responsabilidad.

Las modificaciones al Código Procesal Penal propuestas por el proyecto de ley 9692-07 también consideran, en su artículo 226 H, la implementación de una causal de exención de

¹³³ *Ibíd.*, p.152.

¹³⁴ RIQUELME, El agente..., p.14.

responsabilidad para los agentes o informantes que incurran en actividades ilícitas en el desempeño de sus funciones, cuestión muy relacionada con el problema de los agentes provocadores revisado en el apartado anterior.

Ahora bien, si se pretende proyectar el efecto que tendría esta exención para el caso de los delitos terroristas, es importante mencionar que la posibilidad de hacer operativa esta exención, así como la de asegurar su legitimidad, dependen en gran parte de la capacidad que se tenga de delimitar el ámbito de conductas en que el agente pueda incurrir en la investigación de una organización terrorista, o de un hecho constitutivo de delito terrorista.

Satisfacer esta condición es particularmente complejo cuando hablamos de criminalidad terrorista, ya sea conforme a la legislación actualmente vigente, como hemos visto a propósito de la Ley 18.314, que ha sido criticada en reiteradas ocasiones debido a la amplitud de los tipos penales, así como la predominancia de criterios subjetivos en la identificación de conductas constitutivas de terrorismo, o bien en el marco de la tipificación propuesta en el proyecto de ley boletín 9692-01, que contempla un abanico sumamente extenso de conductas punibles como delitos terroristas, cuestión que ha llevado a la doctrina a acusar una banalización del concepto de terrorismo en la propuesta legislativa del ejecutivo.¹³⁵

En síntesis, cabe plantear la interrogante de si acaso no se vería dificultada la tarea de delimitar el ámbito en el que el agente o informante puede verse exento de responsabilidad penal al incurrir en conductas ilícitas, al momento de evaluar la exención de responsabilidad en el marco de la legislación antiterrorista. En concreto, la dificultad está en determinar las conductas ilícitas que pueden ser legítimamente incluidas en la causal de exención de responsabilidad aplicable a agentes o informantes.

Respecto de la Ley 20.000 se ha sostenido que el agente encubierto se verá exento de responsabilidad sólo respecto de delitos que se relacionen directamente con la actividad ilícita desarrollada por la asociación u organización investigada,¹³⁶ lo que tiene una amplia

¹³⁵ MAÑALICH, El terrorismo... p. 169.

¹³⁶ ZAVIDICH, C. El Agente Encubierto y su Responsabilidad. Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. [En línea] Ministerio Público de Chile, p. 6. <http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/articulo_25_ley_20000_agente_encubierto_CZ.pdf> [Consulta: 29 diciembre 2016].

aplicación práctica, sobre todo respecto a agentes reveladores, que suelen adquirir, poseer, transportar, guardar o portar drogas, todas acciones consideradas ilícitas en el marco de la Ley 20.000¹³⁷.

De esta manera, existió y existe un claro consenso en cuanto a que de ninguna manera cabe incluir a los “delitos de sangre” en aquellos contemplados por esta causal en el marco de la Ley 20.000, al punto de que fue explícitamente discutido durante su tramitación legislativa.¹³⁸

Frente a la exención de responsabilidad penal a los agentes e informantes que actúan legalmente y dentro de los márgenes que la propia Ley establece, la Corte Suprema ha advertido en reiteradas ocasiones la posibilidad de que, en virtud de esta disposición, el agente o informante en cuestión incurra en alguna hipótesis de instigación o inducción,¹³⁹ lo que, a nuestro juicio, es indicativo del rigor y sentido restrictivo con que se debe dar aplicación a este tipo de normas, de modo que se evite en la mayor medida posible la ocurrencia de hipótesis de delitos provocados. La pregunta es si acaso esta precisión puede tener lugar en el caso de la legislación antiterrorista, teniendo en cuenta los defectos mencionados de la tipificación actualmente vigente.

En efecto, se hace evidente la dificultad que tendría la jurisprudencia al momento de delimitar el ámbito de aplicación de esta exención, principalmente debido a la amplitud de las conductas que pueden ser calificadas, y en general la gravedad que este tipo de crímenes suponen respecto a la vigencia de derechos humanos y las formas democráticas de la sociedad. De esta manera, debe ser una preocupación fundamental el que esta exención no llegue a significar un riesgo importante para personas que se pudieran ver afectadas por las conductas ilícitas de los agentes o informantes. En este sentido, resultará decisiva la manera en que se establezca el estándar de proporcionalidad entre las conductas del agente o informante, y los objetivos buscados a través de la investigación, sobre todo el de recoger los antecedentes necesarios para la investigación.

¹³⁷ SCS de 1 de agosto del 2016, Rol 35555-2016.

¹³⁸ Historia de la Ley 20.000. Primer informe de la Comisión de Constitución, p. 408.

¹³⁹ SCS de 6 de junio del 2012, Rol 2958-2012, considerando séptimo; SCS de 29 de enero del 2015, Rol 31242-2014, considerando cuarto; SCS de 12 de enero del 2016, Rol 26838-2015, considerando cuarto; SCS de 1 de agosto del 2016, Rol 35555-2016, considerando quinto.

6. Conclusiones.

A lo largo de esta tesis hemos presentado un análisis de las figuras de informante y agente encubierto y revelador, tanto a nivel de su aplicación nacional y extranjera, donde se revisaron sus requisitos y funciones, como también en lo relativo a los problemas y riesgos que tiene su empleo en la práctica forense. A continuación, se presentarán las conclusiones a las que se arriban especialmente cuando se trata de incorporar esta institución como un medio de investigación de los delitos terroristas, toda vez que consideramos que se trata de una medida absolutamente innecesaria e ilegítima en virtud de las consecuencias que traería en materia de derechos y garantías, y sobre todo si se consideran los problemas de conceptualización y formalización que afectan a los delitos terroristas.

6.1. Elementos positivos del Proyecto de Ley, Boletín 9692-07.

De acuerdo a lo observado en las legislaciones de España, Colombia y Estados Unidos, podemos concluir que existen algunos elementos favorables en el Proyecto de Ley que pretende incluir a agentes reveladores y encubiertos para la investigación de delitos complejos, y en especial, de delitos terroristas.

El primero de los elementos rescatables es el relacionado con el plazo durante el cual pueden los agentes policiales desenvolverse como agentes encubiertos o reveladores. El plazo propuesto en Chile –de 180 días, prorrogables si se cumplen nuevamente los requisitos- se encuentra dentro de los parámetros de las legislaciones españolas y estadounidenses, siendo menor que el comprendido por Colombia. A pesar de parecernos un plazo excesivo, atendida las afectaciones a que se ven expuestos los derechos y garantías de los sospechosos investigados, consideramos que contar con un plazo acotado de actuación –comparativamente hablando- es un factor importante y rescatable del proyecto en cuestión que no se haya optado por un tiempo tan extenso como el comprendido por la legislación colombiana.

A pesar de considerar que es un error la incorporación de estos agentes, y ante la posibilidad cierta de que se apruebe esta medida por las razones de Seguridad Ciudadana y por el ánimo de lucha que se involucra en los delitos de terrorismo, creemos, sin embargo, que una buena regulación de los mismos debería contemplar plazos de actuación que no resulten excesivos, como una manera de atenuar –aunque insatisfactoriamente- la grave afectación que trae

aparejada. En ese sentido, se debería proponer rebajar el plazo a 90 días prorrogables por una sola vez en caso de concurrir nuevamente las condiciones que hacen necesaria la utilización de esta medida intrusiva.

En segundo lugar, consideramos adecuado el requisito de autorización judicial previa al desempeño como agentes encubiertos o reveladores. Este requisito resulta ser un avance respecto del actual tratamiento que tienen estas figuras en la Ley 20.000, donde actualmente se permite el empleo de estos medios investigativos, la que dispone en su artículo 25 que será el Ministerio Público el encargado de autorizar a los funcionarios policiales y a los informantes a desempeñarse como agentes encubiertos o reveladores.

En virtud de la afectación a derechos y garantías que trae aparejado este método de investigación, creemos que la nueva propuesta –que será también aplicable a los delitos contemplados en la Ley 20.000- resulta acorde a lo preceptuado en el artículo 9 del Código Procesal Penal referido a las diligencias de investigación que pueda privar, restringir o perturbar los derechos que la Constitución asegura tanto a los imputados como a terceros. En ese sentido, puede presumirse que la exigencia de autorización judicial previa será beneficiosa para el sujeto que será investigado, pues exigirá al ente persecutor contar con sospechas fundadas para poder solicitar la autorización de esta medida intrusiva, las que estarán sujetas al análisis y criterio de un tercero imparcial –el Juez de Garantía competente- que, se supone, deberá velar por la protección de los derechos y garantías de todos los ciudadanos que podrían llegar a verse afectados por una medida de tal magnitud.

Ahora bien, no es correcto considerar que la autorización judicial para desempeñarse como agentes encubiertos y reveladores alcanza a toda otra actuación que pueda llevarse a cabo en el ejercicio de sus funciones. Así, toda actuación del agente encubierto o revelador dentro de su proceso investigativo que cumpla lo exigido en los términos del artículo 9 del Código Procesal Penal debiera ser, al menos, autorizada por el juez de garantía competente.

Respecto a lo anterior, consideramos que la legislación española resulta más satisfactoria en materia de control judicial de la actuación de los agentes, ya que exige, justamente, autorización judicial previa cada vez que se vaya a privar, restringir o perturbar un derecho o garantía.

Para finalizar, un último elemento a rescatar dice relación con quiénes estarán facultados para desempeñarse como agentes encubiertos o reveladores, atribuyendo dicha calidad tan solo a funcionarios policiales y excluyendo, por tanto, a particulares del ejercicio de dicha labor. La exclusividad otorgada a los agentes del Estado salva al Proyecto de las críticas que pudieren surgir, las que, como vimos anteriormente, han sido objeto de grandes cuestionamientos en la legislación colombiana y estadounidense.

Por lo demás, se puede concluir que este último punto niega la posibilidad de contar con informantes particulares que puedan desenvolverse como agentes encubiertos o reveladores, cuestión que hoy es permitida por la Ley 20.000, por lo que no podrían acogerse a la eximente de responsabilidad que los ampara.

No obstante lo anterior, es importante recordar que los particulares sí podrían efectuar labores de colaboración con la policía, semejantes a las de un informante, toda vez que pueden acogerse a la figura del arrepentimiento eficaz, lo que significa una atenuación punitiva por colaboración con la justicia, donde un integrante del grupo criminal comunica y filtra información de las actividades delictivas de la organización a la policía. Este, como se vio, fue el *modus operandi* que se empleó en los casos reseñados a propósito del uso de informantes en el marco de la Ley 18.314, donde fue un particular el que desempeñó dicha función.

6.2. Derecho penal del enemigo.

Atendida las características propias de “derecho penal del enemigo”, cabe afirmar, entonces, que la técnica especial de investigación aquí estudiada puede ser explicada por una lógica de enemigos o bien resulta acorde a los principios de un Estado democrático de Derecho.

De acuerdo a todas las vulneraciones a derechos y garantías antes estudiadas es posible concluir que esta pretensión legislativa sí responde a esta lógica y puede, por lo tanto, enmarcarse dentro del llamado derecho penal del enemigo, lo que trae una serie de consecuencias dogmáticas y prácticas relevantes.

El derecho penal del enemigo implica, de acuerdo a lo señalado a lo largo de esta tesis, desconocer la dignidad humana en tanto instrumentaliza e cosifica al hombre. Esto en virtud del espíritu que impregna las normas penales que el Estado comienza a dictar, las cuales se orientan a identificar al transgresor de normas como un sujeto distinto al ciudadano común

que, por ende, debe ser tratado de manera distinta y, debido a su especial peligrosidad, se justifica una disminución de sus garantías procesales y una mayor afectación de sus derechos para así poder garantizar los derechos y la seguridad de aquellos ciudadanos que se sujetan a las normas establecidas.

En virtud de lo señalado, resulta perentorio concluir que la regla investigativa que se pretende incluir en el Código Procesal Penal debe ser interpretada de manera restrictiva y acorde a los principios de proporcionalidad y principio de presunción de inocencia que guían nuestro sistema penal. Así, los jueces de garantía encargados de autorizar este tipo de actuación policial deberán tener en cuenta los problemas y riesgos que conlleva la implementación, por lo que el análisis de las razones que fundan la solicitud de los órganos persecutores deberá ser estricto para evitar que los sospechosos investigados vean sus derechos y garantías injustamente violentados.

6.3. El riesgo de los delitos provocados.

Hemos visto en los capítulos tres y cuatro que uno de los efectos más problemáticos con los que se ha encontrado la jurisprudencia a nivel comparado en la aplicación, a los delitos de terrorismo, de las herramientas de los agentes encubiertos o reveladores, así como también de informantes, es la dificultad en cuanto a delimitar una intervención legalmente admisible por parte de las Fuerzas de Orden y Seguridad respecto de actuaciones que terminan por inducir a actividades delictivas ahí donde no hubiesen existido si no es por la intervención de las mismas.

El problema en concreto radica en determinar hasta qué punto le es imputable una conducta delictiva a una persona, cuando ésta ha sido objeto de maniobras de un tercero orientadas a inducirla o influenciarla a realizar dicha conducta. Si bien es cierto que el proyecto de ley intenta hacerse cargo de esto agregando una nueva causal eximente de responsabilidad al artículo 10 del Código Penal, la que considera precisamente que el imputado haya sido objeto de ardides o manipulaciones de agentes policiales, consideramos que el problema de delimitar la intervención que es legalmente admisible a un agente o informante sigue vigente, en la medida en que aún hay que establecer en qué momentos concurre la causa de justificación

propuesta por el proyecto de ley, con todas las potenciales vulneraciones de garantías significaría el establecer un estándar demasiado alto para la concurrencia de la misma.

En este sentido, una de las principales preocupaciones que surgen en el contexto nacional en particular a propósito del empleo de agentes encubiertos o reveladores en la investigación de delitos terroristas, es la posibilidad de que en la práctica tengan lugar los mismos excesos relacionados con el sesgo evidente que ha demostrado el Ministerio Público en materia de antiterrorismo, el que se vislumbra en una aplicación de la Ley 18.314 orientada principalmente a perseguir determinados grupos sociales, como son los anarquistas y, sobre todo, el pueblo Mapuche.

Como ya fue mencionado en esta tesis, ha existido una serie de cuestionamientos respecto al uso instrumental que se le ha dado a la legislación antiterrorista en Chile, sobre todo cuando la misma ha sido empleada en la persecución de delitos contra la propiedad asociados a reivindicaciones territoriales del pueblo mapuche, teniendo como consecuencia la criminalización de las movilizaciones y acciones de protesta relacionadas con el conflicto territorial entre el Estado chileno y las comunidades mapuche.

Es todo esto lo que nos lleva a plantear dudas en torno a la concurrencia de hipótesis de delitos provocados vinculados a eventuales procedimientos contra grupos sociales en particular, si se tiene en cuenta que ya en la actualidad el Ministerio Público en reiteradas ocasiones ha llevado adelante formalizaciones por delitos terroristas principalmente buscando como efecto la aplicación del procedimiento regulado en la Ley 18.314 y nuestra Constitución, en vez de buscar lograr condenas efectivas contra las personas acusadas.

Así, resulta probable que ese uso instrumental que hasta ahora se le ha dado a Ley 18.314 se vea replicado, ahora con la posibilidad de emplear medidas investigativas que han sido fuertemente cuestionadas por poner en cuestión la vigencia de una serie de garantías procesales. En este mismo sentido, la infiltración de agentes encubiertos en las comunidades mapuche supone en sí mismo un riesgo de acentuar aún más su criminalización, si se tiene en cuenta que incluso se pretenden contemplar causales de eximición de responsabilidad de agentes encubiertos y reveladores por conductas ilícitas, lo que, dadas las particulares instituciones y organización del pueblo mapuche, se traduce en un atentado evidente contra la cultura y forma comunitaria de vida de este pueblo.

Por último, y complementando lo anterior, también es importante llamar la atención respecto a otra posibilidad que abre el proyecto de ley, referida a hacer aplicables estas figuras de excepción a otras formas delictivas no contempladas expresamente, bastando con que el Ministerio Público justifique fundadamente que, por las especiales características de un hecho punible constitutivo de crimen, “se dificulte su investigación al punto de hacer indispensable el uso de medidas especiales de pesquisa”¹⁴⁰.

Con esta posibilidad, la aplicación de las figuras analizadas en esta tesis abarcaría un espectro delictual sumamente amplio, al punto de diluir el carácter excepcional de los informantes, así como a los agentes encubiertos o reveladores en tanto técnicas de investigación. Esto conlleva como consecuencia probable que los problemas y riesgos ya analizados a propósito de la legislación antiterrorista, se puedan replicar en otras formas de protesta, ya sea en el ámbito sindical, en reivindicaciones ecológicas o incluso estudiantiles, sobre todo en vista de que ya existen algunos antecedentes de funcionarios policiales infiltrados en este tipo de manifestaciones.¹⁴¹

6.4. La facultad del Ministerio Público de atribuir el carácter terrorista a un delito común.

Una cuarta conclusión a la que podemos llegar es que, teniendo en cuenta el modo en que está regulada la aplicación de la Ley 18.314 en la actualidad, le corresponde al Ministerio Público el calificar si el hecho que está investigando es constitutivo de un delito terrorista, de lo que se sigue que la aplicación del régimen procesal de excepción que va asociado a la investigación y posterior enjuiciamiento de un imputado, queda por completo entregado a la discrecionalidad del Ministerio Público, cuestión que, como se ha visto, ha dado lugar a una serie de cuestionamientos que se centran fundamentalmente en que existe hoy un uso profuso de las

¹⁴⁰ Mensaje del Boletín legislativo N° 9692, Artículo 11; inciso 1° del artículo 226 A.

¹⁴¹ Como ejemplo de estos antecedentes, puede tenerse en cuenta los casos de funcionarios de Carabineros de Chile que sorprendidos al interior de la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación (UMCE) durante el año 2014. Véase: COOPERATIVA. 2014. Denuncian Presencia de Carabinero Encapuchado en Ex Pedagógico. [En línea] Radio Cooperativa. 28 de marzo del 2014. <<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/ff-aa-y-de-orden/carabineros/denuncian-presencia-de-carabinero-encapuchado-en-ex-pedagogico/2014-03-28/115432.html>> [Consulta: 15 diciembre 2016]; GONZALEZ, T. 2014. Estudiantes de la UMCE acusan que Carabinero infiltrado portaba celular con fotos de una bomba. [En línea] Radio Universidad de Chile. 17 de diciembre del 2014. <<http://radio.uchile.cl/2014/12/17/estudiantes-de-la-umce-acusan-que-carabinero-infiltrado-portaba-celular-con-fotos-de-una-bomba/>> [Consulta: 15 diciembre 2016].

facultades que gatilla la aplicación de la Ley Antiterrorista, la que se emplea principalmente contra determinados grupos sociales.

La oportunidad que tiene el Juez de Garantía para revisar la calificación bajo la cual los delitos fueron formalizados es durante la audiencia de revisión de medidas cautelares. Sin embargo, esta facultad del Juez de Garantía no alcanza a solucionar los problemas aquí constatados, pues la investigación previa ya va a haber sido orientada y dirigida bajo las normas especiales asociadas a la investigación de un delito terrorista.

Al mismo tiempo que se constata lo anterior, podemos ver que desde el año 2010 prácticamente no existen condenados, siendo los únicos casos los ya reseñados a propósito del uso ilegal de informantes en el marco de la ley vigente. Esto trae como consecuencia que hay muchas personas que se ven expuestas a un régimen de excepción en circunstancias que terminan siendo absueltas de los delitos que les eran imputados.

La situación anterior no ha sido abordada directamente por el proyecto de ley que actualmente se tramita en el Congreso, lo que, sumado a la incorporación de nuevas facultades intrusivas para el Ministerio Público, da lugar a que esta exposición desmedida a regímenes procesales de excepción se vea incluso aumentada.

En este contexto, implementar el control judicial previo de las medidas intrusivas contempladas para los delitos contemplados en el artículo primero del proyecto es ciertamente un importante paso en la dirección correcta respecto de las circunstancias vigentes en el marco de la Ley 20.000, mas no termina por evitar una aplicación discriminatoria de las facultades que objeto de análisis en esta tesis, en la medida que, tal como hasta ahora, sigue siendo el Ministerio Público quien en primera instancia calificará la asociación en cuestión como asociación ilícita terrorista, lo mismo respecto del delito individual.

En nuestra opinión, también debiese existir algún control judicial respecto a la calificación como terrorista de un delito por parte del Ministerio Público, tal como sucedía en Chile conforme al antiguo artículo 14 de la Ley 18.314, que fue modificado el año 2005. De esta manera, se tendría un mayor resguardo de garantías al momento de que el Ministerio Público decidiera formalizar una investigación por delitos terroristas, subsanando una situación que en la actualidad no se ha sabido remediar.

6.5. La efectividad de los agentes encubiertos y reveladores dentro del proceso.

Para finalizar, como se explicó y analizó a lo largo de este trabajo, la labor que cumplen los agentes encubiertos y reveladores durante la etapa de investigación puede ser infructífera dentro del proceso penal en virtud de la ilicitud que podría teñir la prueba obtenida cuando se producen infracciones a las garantías procesales de los imputados.

Por lo demás, como se señaló anteriormente, la sola declaración del agente encubierto o revelador no resulta suficiente para dar por acreditados los hechos, la culpabilidad ni la autoría, en tanto la jurisprudencia y la doctrina penal en general han entendido que el interés objetivo que tienen estos agentes en el resultado del juicio provoca que las declaraciones verdaderas sean susceptibles de manipulaciones y artilugios, y que sean motivadas con la finalidad de perseguir los beneficios que la ley otorga en materia de eximición de responsabilidad.

La sumatoria de estas dos consideraciones respecto a los resultados que pueda tener la función de los agentes encubiertos y reveladores en materia probatoria, junto con lo que propone el artículo 10 del proyecto de ley respecto de una nueva causal de exención de responsabilidad respecto de aquellos que hubieren actuado instigados por maniobras o engaños de agentes encubiertos o reveladores, permiten poner en duda la eficacia real y práctica que esta medida intrusiva va a tener dentro del proceso penal.

La conclusión a la que perentoriamente se debe arribar es que la inclusión de esta técnica especial de investigación plantea más dudas respecto de su legitimidad, y trae más problemas probatorios y vulneraciones a garantías que beneficios en la misión de investigación y persecución de los delitos que atañe al Ministerio Público.

Bibliografía

Autores.

1. AYLWIN, J. 2010. La aplicación de la ley N°18.314 que “determina conductas terroristas y fija su penalidad” a las causas que involucran a integrantes del pueblo mapuche por hechos relacionados con sus demandas por tierras y sus implicancias desde la perspectiva de los derechos humanos. Informe en Derecho, 30p.
2. CANCIO, M. 2003. ¿Derecho Penal del Enemigo? En: JAKOBS, G y CANCIO, M. Derecho Penal del Enemigo. Madrid, Civitas, pp. 57-102
3. CANCIO, M. 2010. Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto. Madrid, Reus, 328p.
4. CANCIO, M. *et. al.* 2016. Terrorismo, Contraterrorismo y Derecho Humanos. Anuario de Derechos Humanos 12: 34-52.
5. CANO PAÑOS, M. 2008. Respuestas legales al terrorismo yihadista. El ejemplo de Alemania. Athena Intelligence Journal 3(1): 45-77.
6. CARRASCO, B y LOPEZ, M. 2013. Agente encubierto. Análisis crítico de su regulación en la legislación nacional. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 221p.
7. CARLON, A. 2007. Entrapment, Punishment, and the Sadistic State. Virginia Law Review 93: 1081-1134.
8. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2010. Informe de Fondo N° 176/10, 92p.
9. DÍEZ RIPOLLÉS, J. 2004. El nuevo modelo penal de la Seguridad Ciudadana. Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología 6 (3): 1-34.
10. DOMÍNGUEZ, A. 1990. Terrorismo y Derechos Humanos. Comisión Chilena de Derechos Humanos. Santiago. 21p.
11. DONINI, M. 2008. Derecho penal en lucha. Lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar. En: Cancio Meliá, M.- Pozuelo Pérez, L. (Coords). Política Criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada. Madrid, Thompson Civitas, pp. 29-75.

12. DUCE, M y RIEGO, C. 2002. El Proceso Penal y su reforma en Chile. En: Introducción al nuevo sistema procesal penal, Volumen 1. Santiago, Universidad Diego Portales, pp. 37-88.
13. ESPINOSA, R. 2000. El Agente Encubierto en el Ordenamiento Jurídico Español. [En Línea] Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad Castilla-La Mancha. <<http://www.cienciaspenales.net>> [Consulta: 08 noviembre 2016].
14. EVANS DE LA CUADRA, E. 1999. Los derechos constitucionales, Tomo I. Segunda Edición Actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 390p.
15. FREI, E. 1995. Mensaje del Ejecutivo, Código Procesal Penal. Edición 2014, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
16. FUENZALIDA, S. 2007. La aplicación de la ley antiterrorista al dirigente mapuche Victor Ancalaf Llaupe. Un modelo de sentencia injusta. En: AYLWIN, José y YÁNEZ, Nancy (editores). El gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el “nuevo trato”: Las paradojas de la democracia chilena. Santiago, Lom Ediciones, pp.437-465.
17. GARCÍA PINO, G., y CONTRERAS VASQUEZ, P. 2014. Diccionario Constitucional Chileno. Cuadernos del Tribunal Constitucional 55: 572-578.
18. HERNÁNDEZ, H. 2010. Alcances de la Ley N° 18.314 que Determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad. Informes en derecho, Doctrina Procesal Penal 8: 53-60.
19. HORVITZ, M y LOPEZ, J. 2003. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 638p.
20. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Informe sobre Cuestiones a Considerar en una Reforma a la Ley Antiterrorista a la Luz de la Observación de Casos Realizada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos. Santiago, 20p.
21. IRIARTE, J. 2016. El delito terrorista: Bases conceptuales para justificación punitiva. Estudios Jurídicos Democracia y Justicia 5: 32-57.
22. JAKOBS, G. 2008. “¿Derecho penal del enemigo?”, estudio acerca de los presupuestos de juridicidad. En: CANCIO, M y FEIJOO, B. (eds.). Teoría Funcional de la pena y la culpabilidad. Navarra, Thompson Civitas, pp.23-62.
23. MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. 2014. Legislación antiterrorista y métodos especiales de investigación: Chile, EEUU, España y Perú. [En línea]

- <https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/categorias?id=7&pag=18&K=2&sort=fec_ha_desc> [Consulta: 13 diciembre 2016].
24. MAÑALICH, J. 2015. El Terrorismo Ante el Derecho Penal: La Propuesta Legislativa del Gobierno como Retroceso. *Anuario de Derecho Público* 2015: 154-171.
 25. MOLINA PEREZ, T. 2009. Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines (y II). *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* XLII: 153-174.
 26. NORRIS, J y GROL-PROKOPCZYK, H. 2015. Estimating the Prevalence of Entrapment in Post 9/11 Terrorism Cases. *The Journal of Criminal Law & Criminology* 105 (3): 101-170.
 27. NUÑEZ, J. 2009. Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario. *Revista Política Criminal* 4 (8): 383-407.
 28. NUÑEZ M., y GUILLÉN, G. 2008. Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* LXI: 89-164.
 29. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. 2009. Manual de respuestas de la justicia penal al terrorismo, Nueva York, Naciones Unidas.
 30. PAIRICAN, F. 2014. Malon. La rebelión del movimiento Mapuche 1990-2013. Santiago, Pehuén Editores, 418p.
 31. PERALS CALLEJAS, J. 2014. El agente encubierto. La figura del arrepentido. Protección de testigos. Entrada y registro. Apertura de correspondencia. [En línea] En: PONENCIA Tráfico de drogas. Aspectos sustantivos y procesales: 9 de junio del 2014. Madrid, Ministerio Fiscal. <
https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/ponencias_formation_continuada/> [Consulta: 29 diciembre 16].
 32. POLITOFF, S. 1998. El agente encubierto y el informante 'infiltrado' en el marco de la Ley N° 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. En: POLITOFF, S y MATUS, J, (Coords.). Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Santiago, Lexis Nexis. pp. 53-88.

33. RIQUELME, E. 2006. El Agente Encubierto en la Ley de Drogas. La Lucha Contra la Droga en la Sociedad del Riesgo. *Revista Política Criminal* 1 (2): 1-17.
34. RONALD, A.; LUTTREL, M.; KREEGER, A. 1999. Clarifying Entrapment. *The Journal of Criminal Law & Criminology* 89 (2): 407- 432.
35. RUIZ, L.1993. La provocación de la prueba y el delito provocado. Las garantías del estado de derecho. *Anuario de la Facultad de Derecho* 11: 213-230.
36. SAID, W. 2010. The Terrorist Informant. *Washington Law Review* 85: 687-738
37. TERRADILLOS, J. 2010. El Estado de Derecho y el Fenómeno del Terrorismo. En: SERRANO-PIEDecasas, J; DEMETRIO, E (Directores). *Terrorismo y Estado de Derecho*. Madrid, Iustel, pp.271-291.
38. VILLEGAS, M. 2006. Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal. *Revista Política Criminal* 1 (2): 1-31.
39. VILLEGAS, M. 2013. Algunos comentarios sobre el concepto de “terrorismo” de la Ley 18.314. *Informes en Derecho, Doctrina Procesal Penal* 12: 171-201.
40. VILLEGAS, M. 2016. Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno. *Revista Política Criminal* 11 (21): 140-172.
41. ZALAQUETT, J. 1990. Conceptualización del terrorismo: Un punto de vista normativo. *Instituto Interamericano de Derecho Humanos*, Vol. 11, pp. 39-72.
42. ZALAQUETT, J. 2006. Chile ratifica la Convención Interamericana contra el Terrorismo. *Anuario de Derecho Humanos* 2: 179-184.
43. ZAVIDICH, C. El Agente Encubierto y su Responsabilidad. [En línea] Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Ministerio Público de Chile. http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/articulo_25_ley_20000_agente_encubierto_CZ.pdf [Consulta: 29 diciembre 2016].

Legislación Nacional.

44. CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal. Noviembre de 2016.
45. CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Código Procesal Penal. Julio de 2016.
46. CHILE. Ministerio del Interior. 1984. Ley 18.314: Determina conductas terroristas y fija su penalidad. Octubre de 2015.

47. CHILE. Ministerio de Justicia. 2005. Ley 20.000: Sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Octubre de 2015.
48. CHILE. Ministerio del Interior. 2004. Ley 19.974: Sobre el Sistema de Inteligencia del Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia. Octubre de 2004.
49. CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley 19.913: Crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica diversas disposiciones en materia de Lavado y Blanqueo de Activos. Diciembre 2013.
50. Historia de la Ley 20.000.
51. Proyecto de Ley, Boletín 7207-07, disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7605&prmBoletin=7207-07 [Consulta: 04 enero 2017].
52. Proyecto de Ley, Boletín 9669-07, disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10087&prmBoletin=9669-07 [Consulta: 04 enero 2017].
53. Proyecto de Ley, Boletín 9692-07, disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10106&prmBL=9692-07 [Consulta: 04 enero 2017].

Legislación Comparada.

54. COLOMBIA. Congreso de Colombia. 2000. Código Penal. Noviembre de 2016.
55. COLOMBIA. Congreso de Colombia. 2004. Código Procedimiento Penal. Agosto de 2016.
56. ESPAÑA. Jefatura del Estado. 1995. Código Penal. Abril de 2015.
57. ESPAÑA. Ministerio de Gracia y Justicia. 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Octubre de 2015.
58. ESTADOS UNIDOS. Attorney General. 2002. Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations. Mayo de 2002.
59. ESTADOS UNIDOS. Attorney General. 2002. Attorney General's Guidelines on General Crimes, Racketeering Enterprise and Terrorism Enterprise Investigations. Mayo de 2002.

60. ESTADOS UNIDOS. Casa de los Representantes de Estados Unidos. 1926. United States Code. Diciembre de 2016.

Legislación Internacional.

61. Naciones Unidas. 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos.
62. Naciones Unidas. 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
63. Naciones Unidas. 1988. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.
64. Naciones Unidas. 2000. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
65. Naciones Unidas. 2001. Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas.
66. Naciones Unidas. 2002. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo.
67. Naciones Unidas. 2003. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
68. Naciones Unidas. 2005. Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear.
69. Organización de los Estados Americanos. 1969. Convención Americana de los Derechos Humanos.
70. Unión Europea. 2000. Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea.

Jurisprudencia.

71. SCA de Temuco, de 23 de octubre del 2013, Rol 791-2013.
72. SCA de Valdivia, de 10 de julio 2014, Rol 345-2014.
73. SCS de 6 de junio del 2012, Rol 2985-2012.
74. SCS de 7 de abril del 2014, Rol 3501-2014.
75. SCS de 29 de enero del 2015, Rol 31242-2014.
76. SCS de 12 de enero del 2016, Rol 26838-2015.
77. SCS de 1 de agosto del 2016, Rol 35555-2016.
78. STG de Victoria, de 22 de octubre del 2010, RIT N° 1134-2009.

79. STG de Temuco, de 14 de septiembre del 2012, RIT N° 5748-2009.
80. STOP de Angol, de 17 de febrero del 2014, RIT N° 91-2013.
81. STOP de Valdivia, de 20 de noviembre del 2014, RIT N° 99-2013.
82. COLOMBIA Sentencia de la Corte Constitucional N° C-543 de 2008.
83. COLOMBIA Sentencia de la Corte Constitucional N° C-1260 de 2005.
84. COLOMBIA Sentencia de la Corte Constitucional N° C-606 de 2006
85. COLOMBIA Sentencia de la Corte Constitucional N° C-587 de 2011.
86. ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Supremo N° 1992/1993.
87. ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Supremo N° 1119/2004.
88. ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Supremo N° 1564/1998.
89. ESPAÑA, Sentencia del Tribunal Supremo N° 818/1995.
90. ESTADOS UNIDOS. United States v. Jacobson, 503 U.S. at 554.
91. ESTADOS UNIDOS. United States v. Wright, 921 F.2d 42, 45.

Artículos periodísticos.

92. COOPERATIVA. 2014. Denuncian Presencia de Carabinero Encapuchado en Ex Pedagógico. [En línea] Radio Cooperativa. 28 de marzo del 2014. <<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/ff-aa-y-de-orden/carabineros/denuncian-presencia-de-carabinero-encapuchado-en-ex-pedagogico/2014-03-28/115432.html>> [Consulta: 15 diciembre 2016].
93. GONZALEZ, T. 2014. Estudiantes de la UMCE acusan que Carabinero infiltrado portaba celular con fotos de una bomba. [En línea] Radio Universidad de Chile. 17 de diciembre del 2014. <<http://radio.uchile.cl/2014/12/17/estudiantes-de-la-umce-acusan-que-carabinero-infiltrado-portaba-celular-con-fotos-de-una-bomba/>> [Consulta: 15 diciembre 2016].
94. HEATH, B. 2013. Exclusive: FBI allowed informants to commit 5,600 crimes. [En línea] Usa Today. 4 de agosto del 2013. <<http://www.usatoday.com/story/news/nation/2013/08/04/fbi-informant-crimes-report/2613305/>> [Consulta: 08 noviembre 2016].
95. MATUS, J. y RIVERA, V. 2016. Alcalde Alessandri anuncia instalación de globos de televigilancia en Santiago. [En línea] La Tercera. 3 de diciembre del 2016.

<<http://www.latercera.com/noticia/alcalde-alessandri-anuncia-instalacion-globos-televigilancia-santiago/>> [consulta: 14 diciembre 2016].

96. REYES, F. 2016. Asesino infiltrado en el MIR: “Hubo acciones recurrentes por parte de miembros del Ejército en el MIR”, explica el abogado. [En Línea] Cambio 21. <<http://www.cambio21.cl/cambio21/site/artic/20160831/pags/20160831172757.html>> [Consulta: 10 diciembre 2016].