



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

EL AGENTE REVELADOR EN LA LEY N° 20.000

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

Memorista:

Francisco Pacheco Benavides

Profesor guía:

Cristián Maturana Miquel

Santiago, Chile. Diciembre de 2017

TABLA DE CONTENIDO

	Página
RESUMEN	5
CAPÍTULO 1: Introducción	7
1.1. Conflictos asociados a la figura específica del agente revelador	8
1.2. Objetivos de esta investigación	11
CAPÍTULO 2: Recepción normativa del agente revelador en Chile	14
2.1. Antecedentes históricos. Ausencia de normas respecto del agente revelador en la Ley N°. 19.366	14
2.2. Incorporación en la legislación del agente revelador como medida investigativa	18
2.2.1. Ley No. 20.000. Historia de la Ley de Drogas	19
2.2.2. Discusiones legislativas en torno a las nuevas herramientas investigativas	27
2.2.3. Una nueva forma de legislar: contexto de dictación de la Ley N° 20.000	30
2.3. Problemas dogmáticos relativos a la provocación	34
2.3.1. Exención de responsabilidad del art. 25 de la Ley N° 20.000	43
CAPÍTULO 3: El agente revelador y su recepción	51

Jurisprudencial

3.1. El importante rol de la jurisprudencia.	51
3.2. Jurisprudencia previa a la Ley N°20.000	53
3.3. Recepción jurisprudencial del agente revelador bajo la Ley N°20.000	57
3.3.1. Primer caso en análisis: el “agente inductor” perverso	58
3.3.2. Segundo caso en análisis: Autorización del fiscal	59
3.3.3. Tercer caso en análisis: Proporcionalidad exigida	62
3.3.4. Cuarto caso en análisis: ¿Agente encubierto?	68
3.3.5. Quinto caso en análisis: Autorización previa y prueba de la misma	72
3.3.6. Sexto caso en análisis: Plazo de la autorización	76
3.4. Conclusiones respecto a la jurisprudencia relativa al agente revelador	79
CAPÍTULO 4: El agente revelador desde la óptica de los actores del proceso penal.	83
4.1. Ministerio Público y el agente revelador: uniformando su aplicación	86
4.2. La Defensoría Penal Pública y el agente revelador: críticas y control	92
CAPÍTULO 5: El agente revelador en el derecho comparado.	98

5.1. Instrumentos internacionales	98
5.2. Argentina: jurisprudencia reacia y legislación en proceso	100
5.3. España: amplio desarrollo doctrinal	105
5.4. Estados Unidos: el concepto de “ <i>entrapment</i> ”	111
5.5. Contexto del agente revelador en el derecho comparado	116
CAPÍTULO 6: Situación específica del Agente Revelador en el ámbito del Derecho Procesal.	121
6.1. Etapa intermedia del proceso penal y exclusión de prueba	122
6.2. El agente revelador y la prueba ilícita	125
6.3. Reacciones frente a la exclusión de la prueba obtenida mediante un agente revelador	130
CAPÍTULO 7: Conclusiones finales.	133
BIBLIOGRAFÍA	139

RESUMEN

Este trabajo de investigación tiene como principal objetivo la determinación de los requisitos que deben concurrir para una correcta utilización del agente revelador, esto es, aquellas exigencias legales, jurisprudenciales y doctrinales que doten de legitimidad y efectividad a esta importante medida investigativa dentro del proceso penal vigente. Para ello, realizaremos un análisis de la normativa asociada al agente revelador, y los motivos político-criminales que incentivaron su incorporación como herramienta en investigaciones asociadas al tráfico ilícito de drogas.

Posteriormente, estudiaremos una serie de casos en los que nuestros tribunales se han referido al agente revelador, en los que, por medio de sus pronunciamientos jurisdiccionales, orientan la incorporación de este método investigativo al proceso. A su vez, contrastaremos las diferentes posiciones de los principales intervinientes en el proceso penal, estos es, la defensa y la Fiscalía, quienes actúan como antagonistas y, por lo tanto, manifiestan divergentes opiniones en relación a la correcta interpretación y aplicación de esta figura investigativa.

Junto con lo anterior, uno de los principales objetivos de este trabajo es contextualizar el uso y regulación de esta medida en el Derecho Comparado, por lo que expondremos las diferentes realidades en las que se puede desenvolver el agente revelador.

Finalmente, con el mérito de los antecedentes presentados anteriormente, manifestaremos la necesidad actual de realizar un análisis de esta figura investigativa desde la óptica del derecho procesal, para así alejarnos de las ya abundantes críticas que emanan del derecho penal. A su

vez, definiremos una forma apropiada de utilizar este método investigativo, conforme a la ley, la jurisprudencia y las Instrucciones Generales del Fiscal Nacional, considerando a su vez, la opinión que en esto compete a la Defensoría Penal Pública. Desde esa óptica pretendemos proponer una visión acerca del agente revelador para constituirse en un método investigativo excepcional, eficaz y válido dentro de nuestro proceso penal actualmente vigente.

CAPÍTULO 1: Introducción

Existe una clara preocupación, tanto en el derecho comparado como en la jurisprudencia actual, respecto de la eficacia que pudieren tener los métodos tradicionales de investigación de delitos asociados al tráfico de drogas, los cuales generalmente no responden a un hecho aislado sino más bien a una serie de actos desarrollados en el marco de una organización criminal. Frente a esta inquietud, el legislador ha incorporado nuevos instrumentos investigativos que ayudan tanto a las policías como al ente persecutor a enfrentar de forma eficaz este tipo de delitos. Es en este contexto que han surgido figuras como el agente encubierto, el informante y, más recientemente, el agente revelador, cuya inclusión y posterior aplicación no han estado exentas de críticas.

De un tiempo a esta parte, el debate se ha centrado en la persecución penal y la eventual vulneración de derechos que de ella se pudieren generar, discusión originada especialmente por aquellos que se identifican con un modelo de derecho procesal penal de características más garantista. Dentro de este ámbito, una de las normativas más polémicas en nuestro país es la Ley N° 20.000, popularmente conocida como “Ley de drogas”. Esta Ley, que entró en vigencia el año 2005, ha sido protagonista de fuertes controversias ligadas principalmente a las atribuciones que entrega a las policías al momento de perseguir delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y sicotrópicos. Dentro de estas extensas facultades se destaca, como ya mencionamos, la creación de la figura del agente revelador y el perfeccionamiento de la regulación relativa al agente encubierto y al

informante.

El agente revelador, en particular, es la figura que suscita nuestro interés y respecto del cual se centrará esta investigación. La creación de este nuevo método investigativo fue visto como un triunfo para los legisladores de la época, y catalogado como unos de los puntos fuertes en la lucha contra el narcotráfico. Así, el H. Senador Alberto Espina señaló a la prensa al momento de su aprobación que: *“se va a facilitar enormemente la acción de las policías y se toman los resguardos para efectos que la actuación de quienes son funcionarios policiales o no siéndolo, los informantes, pero que hacen las veces de agente revelador, actúen dentro del marco de la ley.”*¹

A pesar de las esperanzas depositadas en la incorporación de esta nueva medida de investigación, la figura del agente revelador, si bien ha sido eficaz en múltiples oportunidades, ha generado importantes controversias en su aplicación, ya que en la utilización de este instrumento se evidencia la constante contradicción existente entre el deber estatal de resguardar los derechos fundamentales de todos sus ciudadanos y la necesidad político criminal de dotar de herramientas eficaces a aquellos entes encargados de la persecución penal. En este sentido, este trabajo busca profundizar la figura del agente revelador y, principalmente, los efectos que su utilización, como método investigativo, ha generado en el proceso penal en nuestro país.

1.1. Conflictos asociados a la figura del agente revelador en específico.

Para comenzar con un correcto análisis de esta materia es necesario

¹ En línea:

<http://www.emol.com/noticias/nacional/2003/09/03/122110/comision-contra-el-narcotrafico-del-senado-crea--figura-del-agente-revelador.html>

remitirnos, en primer lugar, a la definición legal del agente revelador que se consigna en el artículo 25 de la Ley N° 20.000. En la citada disposición legal, el legislador lo define de la siguiente forma: “Agente revelador es el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga.” Es posible concluir que el principal objetivo de esta medida investigativa es lograr evidenciar la existencia de la droga y, de esta forma, conseguir su posterior incautación. De su descripción se puede deducir también la gran utilidad que reviste para las policías y el ente persecutor al momento de investigar el tráfico de estupefacientes y psicotrópicos a menor escala, lo que se conoce como microtráfico, ya que con este método se consigue prueba que sería compleja obtener por otros medios, si consideramos que el autor del delito de tráfico se presenta frente a la policía y realiza la venta en presencia de ella.

De la misma definición se pueden inferir, a su vez, un conjunto de cuestionamientos dogmáticos asociados a esta figura. Así, desde la óptica del Derecho Penal por ejemplo, es natural preguntarse dónde se encuentra el límite entre el policía que busca revelar la comisión de un delito con aquel que provoca el mismo, y las consecuencias penales que esta situación pudiere aparejar respecto a la imputabilidad del sujeto investigado. De la misma situación anterior se pueden obtener consecuencias procesales adversas, principalmente la exclusión de prueba, por haber sido obtenida vulnerando alguna garantía constitucional o en contravención a la normativa que rige a esta figura investigativa. O, desde el punto de vista del funcionario policial, qué ocurre con su responsabilidad en los delitos en que deba incurrir para efectos de cumplir con su objetivo.

También es posible analizar esta normativa desde una visión político criminal, ya que cabe cuestionarse qué lleva a un Estado a adoptar este tipo de medidas tan intrusivas y aparentemente alejadas del Estado de Derecho y, a su vez, situar esta misma interrogante en un contexto más amplio, dilucidando que es lo que está ocurriendo con el derecho procesal penal en la actualidad, de forma que se relativizan las garantías político criminales con la finalidad de perseguir cierta clase de delitos.

De lo anteriormente descrito resulta evidente el interés por desarrollar una investigación sobre esta temática, ya que es un asunto controvertido y que aún no tiene correctamente contruidos sus cimientos en la práctica investigativa. En efecto, existen casos en nuestra jurisprudencia en que se considera el actuar del agente revelador como ilícito lo que provoca, en definitiva, siguiendo la teoría del fruto del árbol envenenado, que toda la evidencia obtenida posteriormente en esa investigación sea declarada nula y se perjudiquen los procesos penales sobre delitos relacionados al tráfico de drogas. Con respecto a esto último, el agente revelador es una materia aún más interesante, ya que se enmarca en la Ley N° 20.000, la cual contiene facultades persecutorias fuertemente criticadas por parte importante de la doctrina nacional, pero que, en la práctica, ha facilitado la persecución de estos delitos y su posterior condena en tribunales.

En definitiva, existe una clara necesidad por evidenciar las limitaciones de esta medida investigativa, tanto para la eficacia de la investigación como para que efectivamente se respeten los derechos de los sujetos investigados, ya que no es posible negar la efectividad de esta medida para investigar los delitos de tráfico de estupefacientes y psicotrópicos, como tampoco es posible negar el conflicto con los derechos

de los sujetos investigados. Es más, incluso para nuestro legislador fueron innegables las complicaciones que pudiere generar la utilización de esta medida, por lo que debió incluir expresamente en la redacción de la Ley N° 20.000 una exención de responsabilidad respecto de los funcionarios policiales a cargo de la ejecución de la misma.

Finalmente, los esfuerzos en esta materia deberían centrarse en determinar un marco en el cual se pueda desenvolver la figura del agente revelador correctamente, y en armonía con los derechos de los sujetos investigados, para que de esta forma el proceso penal se desarrolle acorde a derecho.

1.2. Objetivos de esta investigación.

En este trabajo de investigación se buscará, en primer lugar, contextualizar el marco legal que rige al agente revelador en Chile para, de esta forma, verificar los elementos que lo diferencien de la inducción a la comisión del delito que se investiga, esto es, no dejar de ser un sujeto revelador para convertirse en un sujeto provocador del hecho típico, con las consecuencias penales que de aquella disociación se acarrearán.

Comprender, a su vez, las motivaciones político-criminales que llevaron a nuestro legislador a regular esta medida investigativa en particular, y la Ley N° 20.000 en general, y relacionarlo con la actual exigencia de la sociedad de una respuesta efectiva y agilizada frente a la criminalidad organizada.

Posteriormente, procuraré exponer en forma clara los diversos criterios que existen en la jurisprudencia respecto a este método

investigativo, las decisiones jurisdiccionales que buscan proteger al sujeto investigado y aquéllas que apuntan a delimitar el uso de esta forma investigativa. Luego, se contrastarán las posiciones divergentes de los distintos intervinientes con respecto a este tema, las cuales se representan de diversas formas y actúan como entes antagónicos en la investigación penal.

Un objetivo relevante de este trabajo consiste en otorgar una visión panorámica del tratamiento que se le da a esta figura investigativa en el derecho comparado, para de esta forma contrastar la actual regulación del agente revelador en nuestro país con normativas vigentes en el resto de Sudamérica y Europa, principalmente.

Para finalizar, se resalta que el principal objetivo de esta investigación es encontrar, consensuar y definir una forma apropiada de utilizar este método investigativo, conforme a la ley, la jurisprudencia y las Instrucciones Generales de la Fiscalía, considerando a su vez, la opinión que en esto compete a la defensa penal en nuestro país.

En base al desarrollo de los puntos anteriormente mencionados es que determinaremos los requisitos que tanto la Ley, la doctrina y la jurisprudencia han establecido para la correcta utilización del agente revelador en el proceso penal. De esta forma se facilitará el uso de esta medida en investigaciones asociadas a delitos de la Ley N° 20.000, determinaremos el estándar que el juez debe exigir para validar la prueba por estos medios, y así otorgarle toda la eficacia que merece dentro del proceso penal vigente. Junto con esto, uno de los objetivos generales de esta investigación es orientar las críticas al agente revelador desde la perspectiva de las consecuencias procesales de su utilización ajustada a derecho, la cual

se ha visto disminuida y opacada con el desarrollo que desde la doctrina penal ha tenido esta figura, tanto en el derecho comparado como a nivel nacional.

CAPÍTULO 2: Recepción normativa del agente revelador en Chile.

Para comenzar con un correcto análisis de esta figura investigativa y su injerencia en nuestro país, es necesario previamente identificar si existió recepción normativa previa a la Ley N°. 20.000 o si, efectivamente, es posible encontrar alguna referencia al agente revelador en alguna ley o alguna normativa de naturaleza distinta. Lo anterior nos ayudará a comprender en qué medida el agente revelador significa realmente una innovación dentro de nuestra legislación y, de ser así, identificar las motivaciones que llevaron al Estado de Chile a incorporar este nuevo instrumento de carácter investigativo, así como las complicaciones que pudiere generar la utilización de esta medida, y las críticas dogmáticas que se le pueden adjudicar a la misma.

2.1. Antecedentes históricos. Ausencia de normas respecto del agente revelador en la Ley N°. 19.366.

La lucha del Estado contra el consumo y tráfico de drogas no es un objetivo que se circunscriba únicamente a la reciente dictación de la Ley N°. 20.000, cuya promulgación se remonta a febrero del año 2005. Por el contrario, es evidente que se trata de una problemática que venía cobrando vuelo importante con anterioridad a esta fecha, lo que podemos constatar, entre otras muestras, con los esfuerzos previos que debieron existir, por parte del órgano legislativo, para combatir el flagelo.

Efectivamente, en dicha sede, se puede apreciar que estos esfuerzos comenzaron, a nivel legislativo, con la modificación del Código Penal el año

1969², pero se reflejaron en una legislación específica para drogas recién el año 1973, con la dictación de la Ley N°. 17.934³. Con posterioridad, se promulgó en el año 1985 la Ley N°. 18.403⁴, para finalmente el año 1995 dar origen al antecedente más próximo a la normativa en estudio, ésta es la Ley N°. 19.366⁵, y de la cual nos serviremos para efectos de contrastarla con la legislación actual en la materia.

Como ya mencionamos a modo introductorio, la incorporación a nuestra legislación de nuevas herramientas más eficaces para combatir el narcotráfico no se remite únicamente a la actual ley de drogas. Es así como la Ley N°. 19.366 incorporó al paquete de herramientas necesarias para una adecuada investigación y esclarecimiento de estos hechos la figura del agente encubierto y del informante, quedando expresamente regulados su función, ejercicio y la protección de los sujetos a cargo de ejecutarla en el artículo 34 de dicha ley.

“Artículo 34.- Cuando se trate de la investigación de los delitos a que se refiere esta ley, si Ministerio Público estimare que existe riesgo para la seguridad de agentes encubiertos, informantes, testigos, peritos y, en general, de quienes hayan cooperado eficazmente en el procedimiento, podrá disponer que

² Se puede identificar como el primer esfuerzo del legislador por combatir el tráfico de drogas la Ley N°. 17.155 que “Modifica el Código Penal en lo relativo a delitos contra la salud pública y código de procedimiento penal y sanitarios.” Publicada el 11 de junio del año 1969.

³ Ley N°. 17.934 que “Reprime tráfico de estupefacientes”. Publicada el 16 de mayo del año 1973.

⁴ Ley N°. 18.403 que “Sanciona el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes y deroga la Ley N°. 17.934 publicada el 4 de marzo del año 1985.

⁵ Ley N°. 19.366 que “Sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, dicta y modifica diversas disposiciones legales y deroga Ley N°. 18.403.” Publicada el 30 de enero del año 1995.

determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto de uno o más intervinientes, en los términos que dispone el artículo 182 del Código Procesal Penal. El plazo establecido en el inciso tercero de esta última disposición podrá ampliarse hasta por un total de seis meses.

Se entiende por agente encubierto el funcionario policial que, debidamente autorizado por sus superiores, oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictivas simulando ser parte de ellas o estar interesado en la comisión del delito que se investiga, con el propósito de identificar a los partícipes o recoger antecedentes necesarios para la investigación.

Informante es quien 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 como si fuese agente encubierto, en los términos señalados en el inciso anterior.

INCISO ELIMINADO

El que revelare actuaciones, registros o documentos ordenados mantener en secreto, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo.”

De la redacción de este artículo se puede apreciar que la norma regula las figuras del agente encubierto y del informante, definiendo especialmente la función de cada uno, y poniendo énfasis en la protección de aquellas personas que desempeñan dicho rol. Sin embargo también surge, a primera vista, que la citada disposición no hace referencia alguna al método investigativo en estudio, esto es, al agente revelador.

Esta ausencia de regulación legal generó que, en la práctica investigativa, las policías utilizaran de todas formas este método, justificándose en su eficacia, pero enmarcada dentro del conjunto de

acciones que debe realizar un agente encubierto para el cumplimiento de su función. Ahora, como es dable suponer, esta última situación generó problemas en cuanto a la incorporación y validación de la prueba obtenida en virtud de esta medida al interior del juicio ya que, como veremos más adelante, la jurisprudencia fue reacia a aceptarla por su límite poco claro con la inducción, lo que por regla general implicaba la dictación de sentencias de carácter absolutorio. De esta forma, la eficacia investigativa de esta nueva herramienta, que no se encontraba regulada en el texto legal, terminaba siendo sólo aparente, y generaba numerosas dificultades a la hora de acreditar, al interior de los proceso penales, la imputación penal de delitos asociados a esta ley, es decir, terminaba convirtiéndose en un fundamento de la defensa para conseguir la absolución de sus representados.

Es así como en la discusión legislativa originada a propósito de la dictación de la Ley N°. 20.000 se destacó la opinión del abogado señor Ruiz Pulido, Consejero del Consejo de Defensa del Estado, en este sentido, quien *“manifestó su acuerdo con la incorporación de la figura del agente revelador, que constituye una pretensión muy antigua del Consejo de Defensa del Estado. De esta forma se regulariza una situación que se usa mucho y respecto de la cual existía diversas interpretaciones en cuanto a la forma en que debía aplicarse.”*⁶ De este modo daba cuenta que la utilización en la práctica de la medida investigativa del agente revelador es incluso anterior a su incorporación en la Ley No. 20.000, y que ésta misma vendría simplemente a regular y legitimar una situación de hecho, que era susceptible de distintas interpretaciones en cuanto a su oportunidad y forma de uso.

⁶ Biblioteca Congreso Nacional de Chile, Historia Ley N°. 20.000. [en línea] <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20000/HL20000.pdf>, p. 601.

2.2. Incorporación en la legislación del agente revelador como medida investigativa.

La irrupción de una nueva legislación en materia de drogas aparece íntimamente ligada a la necesidad de actualizar las normas al *modus operandi* de este delito en particular, dado que el mismo se había ido convirtiendo en uno cada vez más sofisticado y organizado. Así quedó reflejado en el Informe emitido por la Comisión Especial de Drogas durante la tramitación de la Ley No. 20.000, en el cual se destaca que: “El proyecto está destinado a perfeccionar la ley y adecuarla a la realidad nacional e internacional y, consecuentemente con ello, dotar al Estado de los medios legales para enfrentar la delincuencia, para lo cual se robustecen las penas y se propone un sistema que las haga aplicables plenamente a los partícipes de los delitos con la proporcionalidad a la gravedad y al daño causado por los diversos hechos que se sancionan.

Se amplía el ámbito de la aplicación de las técnicas de la investigación y su mejor regulación, como también se sancionan varias conductas nuevas y se establece, entre otros, el aumento de la penalidad para las asociaciones u organizaciones criminales.”⁷

De este modo, el legislador, acertadamente, logró constatar los problemas fácticos que generaba la ausencia de regulación respecto de la figura del agente revelador y buscó solucionarlo por medio de una nueva ley que sancionaba el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, con lo que la Ley N°. 20.000 vino, entre otros objetivos, a hacerse cargo de este vacío legal y añadió este método investigativo a los otros dos previamente

⁷ *Ibíd.*, p. 55.

regulados en la Ley N°. 19.366. De hecho, la misma Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado resume los objetivos de esta nueva ley de drogas y ubica, en tercer lugar, el propósito de: “Perfeccionar las disposiciones sobre los mecanismos de investigación consistentes en agentes encubiertos e informantes, agregando la nueva figura del agente revelador, funcionario policial que simula ser comprador de drogas.”⁸ Se evidencia así que la incorporación del agente revelador como instrumento de investigación y esclarecimiento de los hechos en materia de tráfico ilícito de estupefacientes era uno de los principales objetivos de esta Ley.

2.2.1. Ley N°. 20.000. Historia de la Ley de drogas.

Con la finalidad de realizar un cumplido estudio de la recepción normativa del agente revelador en la Ley 20.000, estudiaremos, en un primer lugar, su historia legislativa, para de esa forma aclarar las motivaciones tras la incorporación de esta nueva herramienta en materia de investigación y las controversias que pudiere haber generado.

La intención de regular el agente revelador surge ya en el Mensaje presidencial enviado por el Presidente Frei Ruiz -Tagle a la H. Cámara de Diputados, con la finalidad de dar inicio a la tramitación legislativa de una nueva normativa en materia de drogas, dando cumplimiento al primer trámite constitucional del proyecto de ley ante la H. Cámara de Diputados. En dicho texto el Presidente de la República de la época señaló: “En cuanto a las técnicas investigativas (...) Se agrega, para enfrentar la realidad del

⁸ *Ibíd.*, p. 690.

microtráfico al "agente revelador", definiéndolo como el funcionario policial que debidamente autorizado, simula ser comprador o adquirente para sí o para terceros de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, lográndose de ese modo la manifestación o incautación de la droga.”⁹ Es más, para los legisladores de la época la incorporación de esta nueva forma investigativa se puede catalogar como un éxito, comprendiendo la necesidad de concebir una regulación legal para esta figura procesal y entendiendo también su efectividad especialmente orientada al microtráfico. Así lo hizo saber el Ministro del Interior subrogante de la época, señor Jorge Burgos, quien señala: “Al respecto, el proyecto fue plenamente exitoso. Se incorporan a nuestra legislación la figura del agente revelador específico en la lucha contra el microtráfico; se precisa la figura del agente encubierto y se mandata a un reglamento la regulación de estas técnicas de investigación.”¹⁰

Esta sensación de triunfalismo que rodeó a la incorporación del agente revelador se debía a la creciente preocupación del Estado por combatir eficazmente el delito conceptualizado como microtráfico, contando con herramientas que hicieran plausible la obtención de resultados positivos al interior de los procedimientos penales. En este sentido, uno de los aspectos más relevantes de la Ley N°. 20.000 fue la creación, en su artículo 4°, del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias sicotrópicas o estupefacientes, el cual surge como respuesta al incremento de juicios en contra de estos sujetos que comercializan, portan o transportan cantidades menores de drogas, cuyo accionar no se enmarca en una organización criminal y que, en forma previa a la Ley N°. 20.000, recibían el mismo tratamiento y sanciones penales que un narcotraficante de grandes

⁹ *Ibíd.*, p. 18.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 252.

volúmenes de drogas.¹¹ Por ello, la regulación formal de una figura ya utilizada y muy efectiva en la investigación y esclarecimiento de este tipo de delitos fue celebrada transversalmente por la clase política de aquellos años.

Durante el segundo trámite constitucional, ante el Senado, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de dicha Corporación entregó su informe, el que vuelve a hacer presente la necesidad de regular adecuadamente la realidad del microtráfico: “Evaluando la experiencia adquirida durante los años que lleva aplicándose la Ley N° 19.366, se concluye que la ley ha permitido mejorar la fiscalización y la sanción del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, pero hay algunas conductas punibles que no son enfrentadas satisfactoriamente, en especial el denominado "microtráfico" de drogas, que requeriría de una normativa especial.”¹² En el marco de este mismo informe, se entrega la opinión de las policías con respecto a la incorporación de la figura del agente revelador, la cual, consecuentemente, constituye una apreciación positiva por parte de dichas entidades, quienes reiteran su efectividad en la lucha contra el tráfico a menor escala, es decir, el que se produce de proveedor a consumidor final. Carabineros de Chile se refiere así al tema: “A su turno, la inclusión de la figura del "agente revelador" resulta del todo afortunada,

¹¹ De todas formas, la incorporación del microtráfico en la Ley N° 20.000 y su aplicación por parte de la judicatura no se encuentra exenta de críticas, las que se encuentran fundadas, principalmente, en la ausencia de una delimitación expresa que permita distinguirlo del tráfico de drogas propiamente tal. Para mayor abundamiento en la materia se puede consultar: *Cisternas, Luciano, El microtráfico, Análisis crítico de la normativa, doctrina y jurisprudencia, 2ª edición, 2011, Santiago*. A su vez, el Centro de Documentación de Defensoría Penal Pública elaboró un estudio el año 2013 titulado “Ley N° 20.000: Tráfico, microtráfico y consumo de drogas. Elementos jurídicos y sociológicos para su distinción y defensa.”

¹² Historia de la Ley. Op. cit, p. 556.

pues constituye una herramienta de notable utilidad para la actividad policial, especialmente para el control de actividades relacionadas con el tráfico de drogas en sectores poblacionales o con el denominado microtráfico.”¹³ La opinión de la Policía de Investigaciones resulta del todo coherente con la recientemente expuesta: “Por su parte, el agente revelador es una figura importante al momento de investigar la distribución de drogas menor y su aplicación parece posible, ya que se limita a una actuación puntual dentro de la investigación.”¹⁴ En otras palabras, sólo agregan que el uso del agente revelador aparece muy factible, debido a que este método investigativo sólo representa una actuación específica dentro de la investigación, mientras que el agente encubierto, por ejemplo, requiere de un entramado de actuaciones, de oficiales especialmente capacitados y de un mayor recelo en la investigación.

Otro punto relevante a la hora de analizar la historia legislativa de esta ley y, específicamente, de la medida investigativa del agente revelador, es que la redacción inicial del proyecto contemplaba encargar al superior del agente la autorización para realizar dicha función. Ante esto, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado acordó modificar la propuesta del Ejecutivo, motivado principalmente por lo sumamente conflictiva que era la obtención de dicha autorización en la práctica policial, ya sea por las dificultades de comunicación que pudieren existir entre el agente y su superior, como por las eventuales complicaciones en cuanto a la determinación de este superior, considerando no sólo conflictos de carácter jerárquico sino también de orden territorial. Es por esto que la comisión optó por entregar esta responsabilidad a los respectivos

¹³ Ibíd, p. 600.

¹⁴ Ibíd, p. 601.

fiscales del Ministerio Público, quienes dirigen la investigación en forma exclusiva y, por lo tanto, tienen a su cargo la determinación de las medidas de las medidas de investigación que resulten más adecuadas y efectivas para cada caso.

Sumado a lo recientemente expuesto, se señaló expresamente que los oficiales seleccionados para desempeñar esta función serán propuestos por los mismos funcionarios policiales. Todo lo anterior quedó consignado en el Informe entregado por la Comisión a propósito del Segundo Trámite Constitucional: “La Comisión acordó, en definitiva, señalar que los respectivos fiscales del Ministerio Público podrán autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores y, a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de dichos Servicios actúen en alguna de las dos calidades anteriores.”¹⁵ Por lo tanto, un apartado importante en la discusión legislativa respecto del agente revelador fue la autorización con la que debe actuar este oficial, concluyendo que la forma que menos complicaciones presenta y que mayor legitimidad otorga a este instrumento es la autorización emanada del fiscal a cargo de la investigación, por tratarse de una medida que tiene impacto en la investigación que este ente dirige, en forma exclusiva, según mandato constitucional, por tanto, bajo su responsabilidad se realizará la posterior incorporación de los antecedentes obtenidos al interior del proceso penal.

Posteriormente, y en un orden más de Derecho penal sustantivo, la discusión se centró en la eximente de responsabilidad de los agentes mencionados en el artículo 25 del Proyecto, y respecto de la cual existió

¹⁵ *Ibíd.*, p. 602.

cierta coincidencia con la propuesta del Ejecutivo, ya que se constató que era una posibilidad cierta que dichos funcionarios policiales se vieran en la obligación de cometer ciertos delitos o de no reaccionar frente a otros, a pesar de tener el deber legal de hacerlo. Por lo tanto, durante la tramitación de la Ley N° 20.000 se evidenció la necesidad de incorporar, junto a estos instrumentos de carácter investigativos, una exención de responsabilidad para aquellos agentes en quienes recayere esta función. Más adelante se analizará con mayor detalle esta eximente de responsabilidad, haciendo presente su utilización, por algunos autores, para controvertir la utilización de estas medidas con un verdadero Estado de Derecho.

Por el momento y, centrándonos exclusivamente en la discusión legislativa, al legislador de la época le pareció bastante lógico que el agente encubierto y el agente revelador se encontraran exentos de responsabilidad por los delitos que debieran realizar o que les fuere imposible evitar, únicamente cuando éstos derivan de la investigación, de la necesidad de esclarecimiento de estos hechos. Sin embargo, no existe claridad respecto a la aplicación de esta eximente respecto del informante, partiendo por el hecho de que no tiene la calidad de funcionario policial. En este sentido, la comisión optó por modificar el Proyecto inicial y hacer aplicable esta exención de responsabilidad al informante, únicamente en el caso que se desempeñe como agente encubierto o agente revelador. Así, el resultado final del inciso final del artículo 25 es el que conocemos hoy en día:

“Artículo 25 inciso final: El agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean

consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma.”

A modo de conclusión respecto de esta parte, podemos señalar que uno de los objetivos principales de la sustitución de la Ley N° 19.366 por la actualmente vigente Ley N° 20.000, fue ampliar y perfeccionar los métodos de investigación válidos procesalmente para, de esta forma, fortalecer la posición del Estado en la lucha contra el narcotráfico.

Dentro de este fortalecimiento de la investigación se encuentra la incorporación de la figura del agente revelador, que es aquel funcionario policial, que autorizado por el Ministerio Público y, en cumplimiento de las instrucciones del mismo, simula ser un adquirente de droga con la finalidad de lograr la manifestación e incautación de la misma. Esta ley se encargó de suplir el vacío legal que existía en nuestra legislación en relación a una práctica investigativa que era una realidad en la época, ya que, si bien no encontraba respaldo normativo, sí se utilizaba mucho en la práctica policial para la diaria persecución penal de este tipo de ilícitos, amparándose en la existente figura del agente encubierto, con la que, supuestamente, calzaría. Sin embargo, esta situación que se daba en la práctica, no contaba con la aprobación generalizada de los jueces, lo que provocó, consecuentemente, que muchos tribunales terminaran dictando sentencias absolutorias a favor de los imputados por figuras asociadas al narcotráfico, en razón de considerar esta actuación policial como una inducción a cometer el delito, lo que, a su parecer, violentaba gravemente las garantías de los imputados y excedía las facultades que la ley contemplaba para la figura del agente encubierto.

Por tales motivos, el amparo legal de la figura del agente revelador resultaba sumamente necesario para obtener mayor eficacia de las investigaciones en los casos de delitos regulados por esta ley.

Finalmente, y luego de múltiples modificaciones, cambios de párrafo y numeración del artículo, el agente revelador se reguló en la Ley N° 20.000, en su Título II, Párrafo 3° de la siguiente forma:

“Párrafo 3°

Del agente encubierto, el agente revelador y el informante

Artículo 25.- El Ministerio Público podrá autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores y, a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de esos Servicios actúen en alguna de las dos calidades anteriores.

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

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

Agente revelador es el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga.

Informante es quien 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.

El agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma.”¹⁶

2.2.2. Discusiones legislativas en torno a las nuevas herramientas investigativas.

Ya en el mensaje del ex Presidente don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, de finales del año 1999,¹⁷ se daba cuenta de la necesidad de adecuar la legislación de drogas vigente, con no más de cinco años de antigüedad, a los acelerados avances y progresos de la criminalidad asociada al tráfico de drogas. Además, en dicho texto la autoridad recalca la necesidad de esta nueva normativa en el marco del cambio que enfrenta el país en su institucionalidad jurídica, asociado principalmente a la Reforma Procesal Penal cuya entrada en vigencia era inminente, y el surgimiento de una nueva figura protagónica en esta sede, el Ministerio Público, como director exclusivo de la investigación penal y posterior sostenedor de la acción penal pública, en conformidad a los antecedentes y material reunido durante la etapa de investigación.

¹⁶ Artículo 25 Ley N° 20.000.

¹⁷ Mensaje 232-341 del 2 de diciembre de 1999. “Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que sustituye la ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.”

Es evidente que la irrupción de una nueva Ley de Drogas y, en particular, la inclusión del agente revelador y el fortalecimiento de las figuras del agente encubierto y el informante, darían origen a una importante discusión legislativa, presentando posturas contrapuestas en cuanto a las garantías que pudieren vulnerar y, desde un punto de vista de política criminal, la posibilidad real de combatir el problema de las drogas en nuestro país, ya no desde una perspectiva de la represión, sino más bien de la prevención y rehabilitación.

Durante la tramitación del proyecto que dio origen a la Ley N° 20.000, el H. Diputado de la República y destacado académico de Derecho Penal, señor Juan Bustos, presentó su postura crítica al respecto en la Cámara Baja mediante la siguiente intervención: “Entonces, por ser una estrategia de guerra, se justifica el espionaje y el sabotaje. Según el artículo 30, cualquiera sea el crimen que se cometa, está justificado, en relación con el agente encubierto y el revelador. (...) Porque se trata del combate, de la guerra, de la batalla, se señala que todo esto debe ser excepcional y no se establece ninguna de las garantías penales ni procesales. Como es el enemigo interno, hay que eliminarlo, sea narcotraficante o consumidor, y por eso se suprimen todas las garantías; pero, lamentablemente, son nuestros hijos, nuestras mujeres, los que son tratados así.”¹⁸

Naturalmente la orientación político criminal de esta nueva normativa fue objeto de una amplia discusión durante su tramitación. Existen, hasta el día de hoy, voces que critican la utilidad de una regulación que califican de altamente prohibitiva y represiva, si no se resuelve en paralelo el problema

¹⁸ Historia de la Ley. Op. cit, p. 302.

del consumo de drogas, que constituiría el tema que debiera ser el central en esta temática. No cabe duda de la necesidad de dotar a las policías de herramientas investigativas eficaces en la persecución de delitos asociados a organizaciones criminales, las cuales tienen un modus operandi más refinado, se caracterizan por una adecuada distribución de funciones, de forma de evitar a toda costa la captura de sus líderes. El entonces H. Senador Nelson Ávila planteó un punto importante, y que no se debe olvidar en toda discusión relativa al castigo del tráfico de drogas, al señalar que, al mantenerse estable la demanda por estos productos, una legislación tan prohibitiva no representa más que un regalo para el narcotraficante, ya que las complicaciones para adquirir la droga no disminuirían la demanda sino que simplemente aumentarían su precio. En su intervención, incluso utilizó la figura del agente revelador para evidenciar la ineficacia de esta nueva normativa al indicar: “Ahora inventan la figura del agente revelador. ¿Qué se va a conseguir con esto? Por supuesto, revelar la absoluta inoperancia de una legislación de este tipo. No se logrará otra cosa. Aumentaremos la tentación de corromper a todas las instituciones encargadas de librar la famosa “guerra contra las drogas. (...) Estimados colegas, creo que éste no constituirá un hito en la lucha contra la droga en Chile, sino un eslabón más de la cadena de fracasos a la que, al parecer, quieren someterse los poderes públicos en nuestro país.”¹⁹

Ahora bien, respecto de las discusiones en cuanto a la efectividad de esta normativa para poner fin al tráfico de estupefacientes y sicotrópicos no corresponde extenderse en este trabajo. Lo que sí resulta relevante es constatar que, durante la discusión legislativa, efectivamente existieron

¹⁹ *Ibíd.*, p. 710.

miembros del Congreso Nacional que quisieron evidenciar la constante tensión entre garantías y eficacia que se produce siempre en el ámbito del proceso penal y que queda aún más latente en una materia tan nociva socialmente como el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Así, surgía la necesidad de evaluar los costos que para el Estado de Derecho pudiere acarrear el uso de este tipo de herramientas investigativas y tomar conciencia de lo necesario que aparece controlar, ya sea judicial o administrativamente, el uso de las mismas.

2.2.3. Una nueva forma de legislar: contexto de dictación de la Ley N° 20.000.

En las últimas dos décadas, la legislación procesal penal ha sufrido importantes modificaciones, logrando avances relevantes en lo que a persecución penal se refiere. En términos generales, y no obstante la férrea protección de las garantías individuales, se puede apreciar una tendencia de los Estados por renunciar, en cierta medida, a las garantías de los sujetos de una investigación en pos de la persecución de ciertos delitos a los cuales la sociedad le ha otorgado relevancia, y cuya comisión reiterada suponen un alto costo para el Estado.

En este sentido, y siguiendo la tendencia mundial, algunos autores señalan que, en nuestro país, la Ley N° 20.000 de drogas representa un ejemplo de este nuevo Derecho Penal y su manifestación adjetiva al interior del proceso, mucho más agresivo y que bien retrata el profesor Eduardo Riquelme, citando a importantes penalistas como el alemán Günther Jakobs y el español Jesús María Silva Sánchez, quienes ya identificaron estos síntomas y los catalogaron como “Derecho penal del enemigo” y “tercera

velocidad del Derecho penal”, respectivamente. “Ahora bien, el profesor Silva Sánchez se pregunta acerca de si es posible que exista una “tercera velocidad” del Derecho penal, “en la que el Derecho penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político criminales, reglas de imputación y criterios procesales”. Tercera velocidad del Derecho penal que sería análoga a lo que Jakobs ha denominado “Derecho penal del enemigo”. Se responde que esa tercera velocidad ya existe. Creo que tiene razón. Nuestra ley de drogas número 20.000 es una manifestación de ella.”²⁰

Al momento de buscar el origen de esta nueva fase por la que atraviesa el derecho penal y procesal penal, el profesor Riquelme destaca que en la actualidad vivimos en una sociedad postindustrial caracterizada por su miedo al riesgo, configurada como una “sociedad del riesgo”²¹. Sin embargo, si se decide buscar una determinación del concepto de riesgo nos podríamos entrampar en un debate que llevaría al desarrollo de otro trabajo como éste, pero para efectos de contextualizar la Ley de Drogas basta con comprender que la sociedad actual cuenta con un sinnúmero de enemigos entre los cuales destacan los traficantes de drogas. Esta situación termina permeando al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal, ya que frente a esta realidad “el Estado reacciona estableciendo legislaciones cada vez más “expansivas” en tanto crea nuevos delitos, aumenta las penas de los ya existentes, relaja las normas de imputación, acelera la consumación de atenuantes y, lo que es más grave, o definitivamente intolerable, restringe o

²⁰ RIQUELME, Eduardo. (2006). *El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo*. Polit. Crim. N 2, A2, Editorial Universidad de Talca, Talca. P.2.

²¹ Concepto acuñado por Ulrich Beck en “La sociedad del riesgo”.

derechamente niega, garantías fundamentales.”²² Esta respuesta del Estado, a pesar de ser discutida por parte de la doctrina, suele justificarse en un concepto de emergencia y reacción necesaria ante cierto tipo de criminalidad. Así lo describió el español Jesús María Silva Sánchez: “En casos de esta naturaleza (criminalidad de Estado, terrorismo, criminalidad organizada) surgen dificultades adicionales de persecución y prueba. De ahí que, en estos ámbitos, en los que la conducta delictiva no sólo desestabiliza una norma en concreto sino todo el Derecho como tal, pueda plantearse la cuestión del incremento de penas de prisión, a la vez que la de la relativización de las garantías sustantivas y procesales.”²³

De esta forma la tendencia legislativa que se viene dando de un tiempo a esta parte, y de la cual forma parte importante la Ley N° 20.000 de drogas, no es una situación que se limite a Chile. Nuestro Estado ha considerado esto como inspiración para la dictación de una serie de normativas que se podrían enmarcar dentro de este Derecho penal de tercera velocidad. Los gobiernos de turno han alzado dichas leyes como bandera de lucha frente a la creciente sensación de inseguridad de la población. Según fuentes del Centro de Estudios Públicos, el año 2014 el 48% de la población afirma que la delincuencia es una de las tres prioridades que el gobierno debiese abordar, posicionándose incluso sobre salud y siendo superada sólo por la educación.²⁴ En el seno de esta exigencia de la sociedad actual, y

²² RIQUELME, Op. cit., p. 7.

²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús. (2001). *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2a. ed. revisada y ampliada). Madrid: Editorial Civitas. P. 165.

²⁴ Disponible en línea: <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2015/08/balance-de-la-delincuencia-en-chile-fpc-17-agosto-2015.pdf>

respondiendo más a una necesidad política que a la lógica jurídica, es que la agenda legislativa se ha ido copando con este tipo de regulaciones como la antigua agenda corta anti delincuencia (Ley N° 20.253), la Ley N° 20.000 de drogas, la “Ley Emilia” y la nueva agenda corta anti delincuencia (Ley N° 20.931). Todas estas leyes tienen como común denominador el aumento de penalidades, la tipificación de nuevos delitos, la incorporación importante de nuevas herramientas investigativas, endurecimiento de normas procesales y el fortalecimiento de las existentes.

Sin embargo, esta nueva forma de legislar ha debido enfrentar las críticas de los juristas nacionales, quienes no han dudado en demostrar su descontento, tal como lo intentaron hacer patente recientemente los profesores Jorge Boffil y Julián López, quienes publicaron, a comienzos de este año, una columna en el diario El Mercurio en la que señalan, a propósito de la nueva agenda corta anti delincuencia impulsada por el actual gobierno: “Ejemplos aparte, lo peor es que la concepción general del proyecto desafía una vez más el diagnóstico ampliamente compartido conforme al cual los problemas de las políticas de persecución penal no se encuentran en la ley, sino en la gestión de las instituciones y en la falta de coordinación entre el trabajo de los fiscales y el de las policías. Y, sin embargo, el Gobierno y los parlamentarios parecen querer insistir en combatir exitosamente la delincuencia modificando otra vez la ley, un camino intentado sin éxito muchas veces en nuestra reciente historia legislativa”.²⁵

En definitiva, como quedó reflejado anteriormente, la promulgación

²⁵ Disponible en línea:
<http://www.elmercurio.com/blogs/2016/01/06/38322/Agenda-corta-de-vista.aspx>

de la Ley N° 20.000, y la incorporación del agente revelador en específico, no responde a un fenómeno legislativo aislado ni menos aún obsoleto. La tendencia generalizada es la creación de normativa que regule más firmemente aquellos delitos que generan mayor impacto social, y que atenten contra los principales intereses del Estado. La tipificación de nuevos delitos, el aumento de penas y el fortalecimiento de las herramientas investigativas de las policías es un reflejo de esta nueva forma de legislar, que si bien no se encuentra exenta de críticas, principalmente por las garantías que se pudieren vulnerar, busca responder efectivamente a las necesidades de la sociedad actual.

2.3. Problemas dogmáticos relativos a la provocación.

Una vez analizada la regulación del agente revelador en nuestro país, su situación previa a la dictación de la actual Ley de Drogas y el contexto mundial en el que se enmarca la incorporación de nuevas técnicas investigativas más efectivas, es obligatorio referirse a los desencuentros doctrinarios y conceptuales relativos al agente revelador, y su difuso límite con la provocación a delinquir.

En este sentido, vale recalcar que los principales cuestionamientos dogmáticos respecto a la figura del agente revelador, que es una medida de investigación tendiente a buscar antecedentes que puedan, posteriormente, incorporarse en el proceso para acreditar la pretensión punitiva estatal y, por tanto, situado en sede procesal penal, nacen de la eventual conversión de este agente policial, especialmente facultado para conseguir la manifestación de la droga, en un agente provocador del hecho sancionado penalmente, cuya comisión se busca impedir, es decir, de una situación de carácter penal.

Ya en el año 1997, el destacado penalista chileno don Sergio Politoff asociaba las figuras del agente encubierto y el informante de la Ley N° 19.366 a lo que se conoce en el derecho comparado como “agente provocador”. Inclusive elabora una definición de este último, que se adecua perfectamente al agente revelador de la Ley N° 20.000 al caracterizarlo como “el individuo 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 hechores a disposición de la justicia penal, al tener pruebas en sus manos para hacerlos castigar.”²⁶

De esta forma, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, los problemas relativos a esta figura se relacionan principalmente con el nivel de participación que compete al agente policial en la comisión del delito. Incluso el legislador ha debido prevenir una causal de exclusión de responsabilidad respecto de los funcionarios policiales que ejecuten esta medida investigativa, evidenciando el inminente riesgo de participar en la comisión de los delitos investigados. Por lo tanto, los cuestionamientos a la utilización de este tipo de herramientas investigativas eventualmente aparecerán, ya que como bien concluye el profesor Politoff: “En suma: el asunto esencial que plantea el reconocimiento legal del agente encubierto y del informante infiltrado es la pregunta acerca de la eficacia de su actividad en el marco de lo que es consentido en un Estado de Derecho.”²⁷

²⁶ POLITOFF, Sergio. (1997). *El agente encubierto y el informante "infiltrado" en el marco de la ley no. 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*. Es parte de: Gaceta jurídica (Santiago, Chile). no. 203,p. 54.

²⁷ *Ibíd.*, p. 59.

Ahora bien, así como la Ley N° 20.000 no responde a un hecho aislado del legislador sino más bien a una marcada tendencia que ha generado efectos importantes en la legislación penal y procesal penal. El agente revelador, en particular, no se encuentra exento de esta influencia, su incorporación a nuestra legislación en el marco de la ley de drogas responde netamente a la necesidad estatal de perseguir efectivamente este tipo de delitos que afectan gravemente la salud pública y trae consigo una serie de efectos sociales nocivos, incluida la comisión de mucho ilícitos conexos. Por lo tanto, “la mayor latitud con que se acepta, en cambio, la legitimidad de tales acciones provocativas, si se trata del tráfico de sustancias estupefacientes, obedece a que esas acciones, en determinados contextos, se estiman imprescindibles y, por ende, como inevitables “necesidades de la administración de justicia”.²⁸ En definitiva es en este contexto, de lo que el académico Silva Sánchez llamó “expansión del derecho penal”, que se busca dar legitimidad a una figura para algunos considerada contraria al Estado de Derecho.

En este sentido, es común encontrar en el derecho comparado casi nulas referencias al agente revelador, esto debido a que el concepto más generalizado para referirse al funcionario policial que ejerce estas funciones es el de “agente provocador”. El desarrollo de esta figura en otras legislaciones, ya sea en Sudamérica o Europa, será analizado con mayor detalle con posterioridad, pero por el momento el trabajo de juristas internacionales nos ayudará a delimitar dogmáticamente al agente revelador.

Por lo general el estudio del “agente provocador” en el Derecho Penal

²⁸ *Ibíd.*, p. 68.

se enmarca en las materias relativas a autoría y participación. Sin embargo, esto no impide que dicho concepto sea utilizado en el Derecho Procesal Penal para diferenciar el uso de esta figura como una medida investigativa, por ende, de carácter procesal, respecto del agente instigador que efectivamente busca la comisión del delito con el consecuente daño al bien jurídico que genera y los beneficios que de ello obtiene el sujeto.

Como ya lo evidenció el jurista español Luis Felipe Ruiz Antón²⁹, es fundamental distinguir entre lo que es un delito provocado y la intervención policial dirigida a descubrir un delito. Lo que apunta principalmente con esta distinción es aclarar que el objetivo de un oficial de policía haciendo las veces de “agente provocador”, similar a lo que en Chile conocemos como agente revelador, es justamente revelar o descubrir un delito ya cometido o en ejecución continuada. Es por esto que este método investigativo resulta tan apropiado para efectos de perseguir el tráfico de drogas, cual es el delito de tracto sucesivo por excelencia. Frente a esta situación, el fiscal a cargo y las policías “conscientes de la existencia de tan activa y plural conducta delictiva, al ponerse en fingido contacto con conocidos o presuntos agentes, aun los más externos y secundarios de la organización, no busca propiamente provocar la comisión del delito correspondiente contra la salud pública, sino poner al descubierto los canales por los que ya venía fluyendo el tráfico con anterioridad a fin de cegarlos en lo posible, única forma de luchar con alguna eficacia contra esta forma de delincuencia colectiva de

²⁹ RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. (1993). *La provocación de la prueba y el delito provocado. Las garantías del Estado de Derecho*. Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura), Número 11: 213-230.

nuestro tiempo.”³⁰

La doctrina se encuentra conteste en que una primera delimitación del agente revelador debiese apuntar a los delitos susceptibles de investigar con esta herramienta. Existe un consenso generalizado en que, al ser una medida investigativa no tradicional y con ciertos cuestionamientos relativos a su legitimidad, su utilización debiera restringirse a delitos difíciles de investigar, de un funcionamiento sofisticado y, especialmente, aquellos que se enmarcan en actividades de una organización criminal. En otras palabras, se debe evitar generar un delito nuevo, simplemente revelar aquellos ya cometidos y respecto de los cuales la obtención de prueba válida parece casi imposible.

De esta forma se han manifestado a propósito de la situación en España del agente “provocador”: “hay que matizar que esta provocación policial –“agente provocador”- sólo será válida si es puesta en práctica para descubrir delitos ya “cometidos”. Sólo así se podrá interpretar que no contraviene legalidad alguna. Es decir, podrá ser aceptada siempre que se oriente al descubrimiento de delitos ya ejecutados, generalmente de tracto sucesivo, como los de tráfico de drogas, porque en tales supuestos el provocador no busca la comisión del delito sino los medios, las formas o canales por los que se despliega ese comercio ilícito.”³¹

En definitiva, la utilización de esta medida es característica para investigar delitos de tracto sucesivo, de alta connotación social y que ya se

³⁰ *Ibíd.*, p. 220.

³¹ NÚÑEZ, Miguel Ángel y GUILLÉN, Germán. (2008). “Entrada vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas”. ADPCP, VOL. LXI. México, p. 153.

encuentren en desarrollo. Politoff llega a una conclusión similar para efectos de determinar el hecho punible que fundamente la eventual acción penal, así “la actividad del agente provocador podría servir únicamente como fundamento legítimo para perseguir hechos anteriores del delincuente inducido y para prevenir los peligros futuros de la acción de éste. En otros términos, las acciones delictivas precedentes, puestas a la luz por el agente provocador, pueden ser objeto de la acción penal, no así el hecho provocado.”³²

Lo anterior se relaciona fuertemente con los cuestionamientos en cuanto a autoría y participación que los académicos del Derecho penal le atribuyen a esta institución. Como ya se mencionó previamente, la cuestión principal a propósito del agente revelador se centra en evitar que este mismo se convierta en un provocador de un delito que no se hubiera cometido sin su intervención. Es por esto la importancia de que esta medio de investigación se deba fundamentar en una serie de actos anteriores del sujeto investigado que hagan suponer al ente persecutor que la realización de esos ilícitos responde al funcionamiento de un aparato criminal especializado, en este caso, en el tráfico de drogas.

Desde el punto de vista penal, la doctrina especializada sostiene que el agente revelador no responderá penalmente de sus acciones debido a que no existe dolo de que el delito sea efectivamente consumado, ni menos de dañar el bien jurídico, requisito que si concurre en el instigador o provocador propiamente tal. Este último es aquel que incita a la comisión de un delito a otra persona que sin su intervención no lo habría realizado, es decir, no

³² POLITOFF, Op. cit., p. 69.

existía una intención inicial de delinquir en el “provocado”. Lo anterior queda perfectamente graficado por Núñez Paz y Guillén López cuando buscan diferenciar la figura del agente policial provocador y el delito provocado propiamente tal, señalando que “mientras que en el delito provocado se incita a otro a la comisión de un ilícito que de otra forma no hubiera ocurrido, en el comportamiento orientado al descubrimiento de probanzas sobre un delito el agente provocador opera a raíz de un escenario delictivo que ya existía, es decir, no hay intención criminógena, aunque sí la de poner al descubierto una actividad sancionada por la Ley producto de una decisión criminal espontánea.”³³

En conclusión, los principales cuestionamientos a la figura del agente revelador se centran en su confusión con la provocación a delinquir y los riesgos que de ello se acarrearán. Es por esto que no es coincidencia que el estudio de este medio investigativo en el Derecho Penal se enmarque dentro de las materias de autoría y participación, principalmente para efectos de determinar la punibilidad tanto del provocador como del provocado. De todas formas, existe una importante coincidencia en la doctrina, tanto nacional como internacional, en cuanto a la imposibilidad de imputar responsabilidad al oficial de policía que actúa como agente provocador fundado principalmente en la ausencia de dolo, ya que en este caso la intención no es provocar un daño al bien jurídico en cuestión, sino que, por el contrario, lograr la manifestación de pruebas del desarrollo de una actividad delictual por parte del sujeto provocado. En razón de lo anterior, los penalistas coinciden en que el uso de medidas investigativas de este tipo debe tener como objetivo el descubrimiento de probanzas de la comisión de

³³ NÚÑEZ, Miguel Ángel y GUILLÉN, Germán. Op. cit., p. 157.

delitos de tracto sucesivo y en este sentido, la acción penal posterior no deberá fundarse en el último delito provocado por el agente policial sino en la cadena delictual previa que motivó la investigación.

Por otra parte, desde el punto de vista procesal los principales cuestionamientos a esta figura se originan al momento de presentar en juicio la prueba obtenida por esta vía. El derecho a probar es uno de los pilares del debido proceso, pero como todo derecho debemos comprender que no es absoluto y cuenta con importantes limitaciones.

Como bien lo retratan los profesores Cristián Maturana y Raúl Montero “la cuestión de la prueba ilícita se ubica, jurídicamente, en la investigación respecto de la relación entre lo ilícito y lo inadmisibles en el procedimiento probatorio, y, desde el punto de vista de la política legislativa, en la encrucijada entre la búsqueda de la verdad en defensa de la sociedad y el respeto a los derechos fundamentales que puedan verse afectados por esta investigación.”³⁴ Por lo tanto, una definición de prueba ilícita que cuenta con una importante aceptación en la doctrina sería: aquella prueba que ha sido obtenida con infracción de normas o vulneración de alguna de las garantías constitucionales. Lo anterior recalca el interés actual del legislador de identificar al proceso como un instrumento para la resolución de conflictos y no como un fin en sí mismo, lo cual obliga al juez a aceptar en juicio sólo aquellas actuaciones realizadas en conformidad a las normas que rigen el proceso. En la actualidad “el modo en que la prueba llega al proceso ha adquirido gran importancia, entendiéndose que deben ser examinadas todas

³⁴ MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. (2010). *Derecho procesal penal* (1a. ed., Derecho y proceso / AbeledoPerrot-Legal Publishing). Santiago, Chile: AbeledoPerrot-Legal Publishing.p. 869.

las variantes que puedan presentarse antes de llegar a ser admitidas en el proceso.”³⁵

En este sentido, la inclusión del agente revelador en la Ley N° 20.000 representa un aliciente de legitimidad que permite incorporar esta prueba al proceso evitando centrar la discusión en torno a la validez de la misma. Sin embargo, la obtención, incorporación al proceso y posterior valoración de la prueba obtenida a través del agente revelador ha introducido una serie de requisitos que trascienden a aquellos señalados en la Ley de Drogas. Si bien, como se analizará más adelante, estos nuevos requisitos no alteran en nada la naturaleza de la medida contenida en la Ley, sí buscan dotarla de cierta publicidad y, en cierta medida, limitar su aplicación a aquellos casos en que efectivamente su utilización parezca determinante para los fines de la investigación y, en dicho momento, cumplir con la autorización correspondiente y todas las exigencias que serán analizadas con mayor detalle más adelante.

De esta forma, la validez de la prueba obtenida por el agente revelador ya no depende de los cuestionamientos penales que se le pudieren hacer a esta figura, ya que a diferencia, por ejemplo, del derecho español, en nuestro país esta medida investigativa se encuentra recogida en norma positiva que restringe al juez penal a aceptar su utilización en investigaciones de delitos que se enmarquen dentro de la Ley N° 20.000 y que en su desarrollo cumplan con los requisitos establecidos por la ley y jurisprudencia.

En el proceso penal vigente se regula la exclusión de prueba en el artículo 276 inciso 3° del Código del ramo, señalando que “del mismo modo,

³⁵ *Ibíd.*, p. 877.

el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”. Por consiguiente, la obtención de prueba por medio del agente revelador y su posterior presentación en juicio deberá regirse estrictamente por lo señalado en la ley, reglamentos y Instrucciones Generales vigentes para el organismo persecutor como, a su vez, no violentar garantías constitucionales para que de esta forma su utilización sea eficaz para los fines de la investigación.

En los siguientes capítulos podremos apreciar cómo el agente revelador ha sido recepcionado por la jurisprudencia nacional, además de reconocer las opiniones respecto de este instrumento investigativo en aquellas entidades que protagonizan el proceso penal en la actualidad.

2.3.1. Exención de responsabilidad del art. 25 de la Ley N° 20.000.

En base a lo discutido en el punto anterior, se debe considerar que no existe una instigación a delinquir de parte del agente policial que hace las veces de agente revelador, sino más bien, la intención de descubrir delitos ya cometidos y obtener pruebas que, de otra forma, hubiera sido casi imposible conseguir. Es poco probable, dentro de la lógica jurídica, que se le impute responsabilidad como instigador a estos agentes en la comisión de dichos delitos.

La discusión en torno a la responsabilidad del funcionario policial que hace las veces de agente revelador adquiere relevancia en aquellas legislaciones en que dicha figura, ya sea agente revelador o agente provocador, no se encuentran expresamente reguladas, siendo la jurisprudencia y la doctrina mayoritariamente las encargadas de establecer

mecanismos que exculpen a los funcionarios involucrados.

En nuestro país, estas apreciaciones respecto a la culpabilidad de los agentes reveladores no tienen tal relevancia, ya que nuestro legislador incluyó expresamente en la Ley N° 20.000 una exclusión de responsabilidad de los mismos. La cual, para los detractores de esta figura investigativa, es una ilustración del carácter excepcional y extraordinario de la misma, pero que de todas formas en la práctica facilita su utilización por parte de las policías y ahorra discusiones dogmáticas que se pudieren generar en torno a la misma en sede judicial. En definitiva, el legislador chileno comprendió las dificultades conceptuales que pudiere generar el agente revelador, la eventual confusión con un agente provocador más cercano a un instigador y los delitos conexos que pudiere llegar a cometer³⁶, frente a esta situación fijó una exclusión de responsabilidad para dichos agentes que permitiera el tranquilo desarrollo de esta medida investigativa.

Ahora, si bien en la actualidad la exención de responsabilidad a tratar no encuentra importantes cuestionamientos, es relevante conocer el proceso que determinó y motivó su regulación expresa en la Ley de drogas.

Dentro de los objetivos de la Ley N° 20.000 destacados en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se encuentran aquellos relativos a las medidas investigativas y su perfeccionamiento. Los números 3 y 4 señalan, respectivamente:

“3.-Perfeccionar las disposiciones sobre los mecanismos de

³⁶ El artículo 25 de la Ley N° 20.000 habla de: “Aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma.”

investigación consistentes en agentes encubiertos e informantes, agregando la nueva figura del agente revelador, funcionario policial que simula ser comprador de drogas.

4.- Aumentar los mecanismos de protección a testigos, peritos, agentes encubiertos, reveladores, informantes y cooperador eficaz.”³⁷

Lo anteriormente transcrito no hace más que reafirmar la preocupación estatal por dotar de herramientas eficaces a las policías para investigar delitos asociados al tráfico de drogas y, a la vez, de protección a dichos funcionarios.

En la historia de la Ley N° 20.000, a propósito de la discusión en sala de las modificaciones hechas por el Senado, se destacó la incorporación de esta exención de responsabilidad, la cual identifican como una forma de reforzar la protección de los policías que ejerzan estas funciones: “Hay normas que tienden a asegurar con mayor fuerza la exención de responsabilidad penal de los agentes encubiertos que infiltren grupos de narcotraficantes, estableciendo explícitamente que no tendrán responsabilidad penal, lo que si bien puede estimarse redundante, no causa daño en absoluto. En este caso, también se exige que la autorización a la gente para infiltrar un grupo provenga del Ministerio Público y no del jefe policial respectivo, y se asegura nuevamente la exención de responsabilidad penal.”³⁸

A su respecto, es relevante recordar que en la Ley N° 19.366 nada se decía respecto a una exclusión de responsabilidad de los efectivos

³⁷ Historia de la Ley. Op. cit, p. 600

³⁸ *Ibíd.*, p. 1081.

involucrados, como tampoco se hacía referencia al agente revelador, situaciones ambas que quedaban al criterio de los jueces de la época.³⁹ En este sentido, una modificación sumamente importante fue la incorporación de una exención de responsabilidad respecto de aquellos funcionarios que desempeñaran las funciones de agente revelador y encubierto.

Para algunos especialistas, la necesidad de incorporar esta exención de responsabilidad refleja lo arriesgado que puede resultar la utilización de estas formas investigativas. En este sentido, el abogado Francisco García, de la Unidad de Estudios de la Defensoría Regional Metropolitana Norte manifestó el año 2014 que “es tan evidente la existencia de este riesgo de participación criminal de agentes del Estado, que el mismo legislador ha debido prever cláusulas de exención de responsabilidad penal para los agentes participantes.”⁴⁰

Sin embargo, independiente de las críticas que se le pudieren realizar, la correcta regulación de estos medios investigativos y su completa incorporación a nuestra legislación debe ir acompañada de una exención de responsabilidad, de forma que se pueda garantizar su efectividad respecto de los fines de la investigación.

Como se pudo concluir anteriormente, la utilización de medidas investigativas, como el agente revelador, debe restringirse a casos en que se

³⁹ La Ley N° 19.366 sólo regulaba al agente encubierto y ciertas medidas de protección básicas como prohibición de revelar su identidad en juicio o cambios de identidad y domicilio, pero nada decía respecto de exenciones de responsabilidad por los delitos cometidos.

⁴⁰ GARCÍA, Francisco. (Agosto 2014). *Agente revelador, derecho penal del enemigo y fallos de la Corte Suprema.* Revista de la Defensoría Penal Pública. Ley N° 20.000 y debate sobre drogas., N. 10, p. 28.

busca poner al descubierto dinámicas criminales anteriores, que ya fueron previamente investigadas y respecto de las cuales se dificulta obtener pruebas. En cuanto a la punibilidad de los agentes involucrados, resulta incuestionable que en estos casos se busca evidenciar la comisión de un delito, pero el funcionario policial no tiene como finalidad, en ningún caso, dañar un bien jurídico, e incluso se tomarán las medidas necesarias para evitar que ello ocurra.

Las posiciones en este sentido son similares en el derecho comparado. Ya a propósito de las discusiones dogmáticas del agente “provocador” en España se indicó que “es amplio el sentir de que estos comportamientos inductores de ilícitos deben permanecer impunes debido a la ausencia de un dolo encauzado a la consumación efectiva o material del delito.”⁴¹ Los mismos autores destacan la posición de la doctrina mayoritaria en su país, la cual sostiene “que el agente provocador no responde penalmente por su acción debido a la ausencia del dolo de consumación exigible al instigador (...) su comportamiento es impune por no haber contribuido objetivamente a la lesión del bien jurídico y, por ende, al no darse tal circunstancia se entiende que no convergen los presupuestos objetivos que autorizan la extensión de la pena al partícipe.”⁴² Por lo tanto, de no existir una causal expresamente consagrada de exención de responsabilidad para el agente revelador, como ocurre en España, igualmente los argumentos jurídico-penales de la doctrina mayoritaria nos llevan a concluir la imposibilidad de imputar responsabilidad a dichos oficiales.

Por lo tanto, si bien para algunos pudiere parecer redundante la

⁴¹ NÚÑEZ, Miguel Ángel y GUILLÉN, Germán. Op. cit., p. 148

⁴² *Ibíd.*, p. 154.

incorporación a nuestra legislación de esta exención de responsabilidad, lo cierto es que este acierto legislativo facilitó la utilización de las medidas investigativas del agente encubierto y revelador, agilizando a su vez los procesos penales en los cuales se pudieren suscitar discusiones en torno a la imputación de responsabilidad de los agentes involucrados.

Para finalizar este punto, vale recalcar que la redacción original de la exención de responsabilidad en el proyecto de la Ley N° 20.000, y presentada por el Ejecutivo para efectos de iniciar su tramitación en el Congreso, distaba mucho de la que actualmente se encuentra en vigor. Se caracterizaba por estar redactada en términos bastantes amplios y exentos de limitaciones, lo que entorpecía su interpretación. El artículo 28 del Proyecto inicial señalaba en su inciso final: *“El agente encubierto, el informante y el agente revelador, están exentos de responsabilidad penal en el hecho en que participan, en cuanto obran de conformidad a las instrucciones previamente recibidas.”*

En este sentido, la normativa que finalmente vio la luz parece determinar claramente los límites que restringen la aplicación de esta causal de exculpación, la cual es el resultado de una serie de modificaciones motivadas justamente por delimitar y esclarecer su aplicación. El actual artículo 25 de la Ley N° 20.000 en su inciso final señala: *“El agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma.”*

Respecto de los sujetos beneficiados con esta causal de exculpación se limita sólo a aquellos que ejercen la función de agente encubierto y agente revelador, incluyendo al informante que actúe como los dos anteriores.⁴³ Por lo tanto, los delitos en que incurra o no pueda impedir el agente revelador autorizado por el Ministerio Público no le conllevarán responsabilidad en tanto cumpla con los siguientes dos requisitos de la norma antes descrita, esto es, en primer lugar que dicho delito sea consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y que se respete la proporcionalidad con los fines de la investigación. De esta forma, se incluyen dentro de esta causal aquellos delitos que se enmarquen en el desarrollo de la investigación, aquellos que sean necesarios para obtener la información buscada por el ente persecutor y que no lesionen bienes jurídicos que sean de mayor relevancia que la salud pública y el orden público.

Existe consenso en la doctrina respecto a que se deberían excluir de esta causal aquellos delitos que dañen la integridad o vida de otra persona, así lo indicó incluso el Ministerio Público: “Cabe destacar que tanto la legislación, doctrina y jurisprudencia comparada revisada, se encuentran contestes en rechazar, entre los actos ilícitos exentos de responsabilidad penal del agente encubierto, cualquier delito de sangre; así en la historia

⁴³ Vale recordar que para efectos de esta investigación la eximente de responsabilidad en estudio no tiene mucha relevancia, ya que el agente revelador es aquel que simula ser comprador o adquirente de droga, por lo que se entiende no debería cometer graves delitos en el ejercicio de su función. Respecto de quien sí adquiere relevancia esta exención de responsabilidad es respecto del agente encubierto, funcionario policial que debe introducirse en la organización y demostrar su compromiso con ella para la consecución de sus fines. Es en esta búsqueda de confianza en la que el agente encubierto pudiera incurrir o no evitar delitos siempre que sean proporcionales a la finalidad de la investigación y se entiendan necesarios para la misma.

legislativa de la Ley N° 20.000 se dejó en claro que se rechazan absolutamente éstos delitos como los comprendidos en la eximente de responsabilidad penal del artículo 25 inciso final.”⁴⁴

En conclusión, la norma en análisis es clara respecto de quienes y en qué casos se verán beneficiados por esta exención de responsabilidad. De todas maneras será el tribunal penal respectivo quien determinará si la causal resulta aplicable al caso particular. Pero entendiendo que el agente revelador no se ve expuesto a cometer crímenes en la misma medida que el agente encubierto, bastará con que el mismo actúe autorizado por el fiscal de Ministerio Público que corresponde y que su actuación se enmarque dentro de los objetivos de la investigación, es decir, la comisión de este delito lo lleve a obtener datos claves para sustentar la imputación penal a los sujetos investigados, siempre respetando la proporcionalidad de la misma.

⁴⁴ ZAVIDICH, Carolina. *El agente encubierto y su responsabilidad*. Observatorio del narcotráfico en Chile, Fiscalía Nacional. Página 8.

CAPÍTULO 3: El agente revelador y su recepción jurisprudencial

3.1. El importante rol de la jurisprudencia

La necesidad de determinar los márgenes dentro de los cuales se puede desarrollar una medida investigativa, como el agente revelador, no debe limitarse a su definición conceptual y/o legal, y al desarrollo que la dogmática pueda realizar al respecto, sino que debe contemplar la recepción que nuestros tribunales realizan de dicha medida, lo que nos ayudará a delimitarla en la práctica investigativa. En efecto, el estudio doctrinal del agente revelador, si bien es relevante, no debe concluir su entendimiento. Resulta fundamental conocer cómo se desenvuelve esta figura investigativa en la práctica y cuál es la opinión que nuestros tribunales, ya sean inferiores o superiores de justicia, se han formado de la misma.

Si bien pudiera parecer, a primera vista, que en aquellos casos en que la legislación se encarga de regular y normar una determinada institución, como una medida de investigación en este caso, la jurisprudencia perdería relevancia, sobretodo en la consideración que nuestro país no se identifica con un sistema jurídico del *common law* en el que impera el régimen de precedentes sino que, por el contrario, nuestro sistema continental se basa en la independencia de cada juez al momento de emitir su pronunciamiento jurisdiccional, nos parece que ello no es efectivo. Ejemplo de una situación en que la Ley no es completa y deja espacios de desarrollo a la jurisprudencia es la legislación española, la que, si bien regula en su Ley de

Enjuiciamiento Criminal⁴⁵, la figura del agente encubierto y la modalidad de la entrega vigilada, nada dice en específico respecto del agente revelador o “provocador”, dejando en manos de la jurisprudencia y la doctrina la legitimación de esta figura investigativa. No obstante, puede advertirse como consecuencia de ello, el dar pie a discusiones y diferencias conceptuales que traen aparejados problemas prácticos en la investigación. Así lo destacó el profesor español Juan Muñoz Sánchez, al señalar que: “el concepto de agente provocador al no venir contemplado en la norma, es el resultado de una construcción doctrinal y jurisprudencial. Tal vez eso explica que no exista un concepto claramente delimitado, sino, por el contrario, una variedad de ellos que atienden a tanto a su encuadramiento sistemático como a ciertas hipótesis que han ido apareciendo en la praxis.”⁴⁶

Ahora bien, la situación en nuestro país difiere de la anteriormente comentada, pues existe una recepción normativa expresa de la figura del agente revelador. Sin embargo, ello no obsta al trascendental rol que juega la jurisprudencia en la determinación de un método investigativo, sobretudo en la consideración que muchas veces limita de manera importante con el respeto de las garantías y derecho de los ciudadanos. Es por esto que, si bien resulta un avance sumamente importante el que el legislador haya regulado de manera expresa al agente revelador, definiendo el concepto del mismo, otorgándole funciones específicas e, incluso, desarrollando una completa causal de exención de responsabilidad para los agentes que desempeñen esa

⁴⁵ Específicamente el artículo 263 bis del Código de Enjuiciamiento Criminal, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, regula estas figuras en el marco de la persecución penal del tráfico de drogas.

⁴⁶ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. (1995). *La moderna problemática jurídico penal del agente revelador*. Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, España. P. 33.

función, la labor de la jurisprudencia durante la vigencia de la Ley N° 20.000 ha sido determinante a la hora de fijar límites al uso de esta institución y su posterior incorporación al proceso penal como un medio de prueba válido.

3.2. Jurisprudencia previa a la Ley N°20.000

Si la utilización del agente revelador para efectos de investigar delitos asociados al tráfico de drogas es controvertida hoy en día, la situación era aún más conflictiva en aquellos casos que se desarrollaron bajo el alero de la Ley N°19.366, la cual no regulaba este método investigativo.

Debemos recordar que, para efectos de utilizar esta figura, las policías ampliaban las facultades del agente encubierto para cumplir las tareas que hoy conciernen al agente revelador. La situación antes descrita generó abundante jurisprudencia en la que se rechazaba esta medida investigativa, por considerar que atentaba contra las garantías de los sujetos investigados y, más aún, muchos jueces interpretaron esta medida como una inducción a cometer delito, trayendo como consecuencia básica la imposibilidad de incorporar dicha prueba en juicio. Este criterio fue empleado durante años por los jueces, y claramente se vio fortalecido por la ausencia de una legislación que normara la práctica investigativa del agente revelador.

Considerando que el foco de esta investigación es una medida investigativa utilizada en el marco de un proceso penal, como es el agente revelador durante la vigencia de la Ley N° 20.000, la referencia a la jurisprudencia relativa a este instituto en la legislación anterior, se remitirá a un caso esclarecedor y ejemplificador de la situación vivida en aquella época, con la finalidad de contextualizar lo que ocurría anteriormente, en la

práctica, cuando se utilizaban figuras similares al agente revelador, sin que corresponda al objeto de este trabajo realizar un acabado análisis jurisprudencial durante la vigencia de la Ley N° 19.366.

En este sentido, revisaremos un extracto de una sentencia de la Il. Corte de Apelaciones de San Miguel del año 2004⁴⁷, en la que conociendo de un recurso de apelación y de una consulta, evidencia el problema planteado en el párrafo anterior. En este fallo dictado en causa Rol N° 2.809-2000, dicha Ilustrísima Corte se refiere a la situación en que un agente encubierto deriva en revelador, excediéndose de sus funciones:

“Octavo: Que, en cuanto al procedimiento de “agente encubierto”, empleado por los funcionarios policiales en este caso, no aparece adecuado exactamente a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 19.366, si se tiene en cuenta que a fojas 21 el carabinero Careaga Monares dice que “llegué hasta la puerta de la casa, al golpear a la puerta, me salió a atender una mujer, a quien le solicité me vendiera unos pitos de marihuana, ella me señaló que no tenía, pero que tenía pasta base a peso el “mono”, le pedí que me vendiera dos”.

*La inducción directa a delinquir efectuada por el agente de policía **priva de todo mérito probatorio** a la diligencia efectuada por él con el concurso de los demás funcionarios y a las inculpaciones que ellos formulan a los imputados.”⁴⁸*

⁴⁷ SCA San Miguel, Rol 2809-2000 sentencia de fecha 16.09.2004. [en línea] <<http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>>

⁴⁸ *Ibíd.*

En la cita anterior se aprecia los problemas procesales establecidos en sede judicial, derivados de la ausencia de regulación normativa del agente revelador en nuestro país. Es necesario, por tanto, tomar en cuenta la importancia de esta forma de investigación para obtener pruebas que, de otra forma, sería imposible o, en el mejor de los casos, sumamente costoso de obtener. Así, el tema pasa por reconocer que la utilización del agente revelador es un método investigativo que resulta eficaz en el combate contra las drogas, pero que obligaba a los agentes policiales a utilizarla como una acción más dentro del conjunto de labores que conllevaba la función del agente encubierto.

La situación es aún más preocupante si se considera la afirmación efectuada por la Il. Corte de San Miguel, asimilando la utilización de un agente “provocador” -funcionario de Carabineros de Chile-, en su labor de obtener probanzas, con aquel sujeto que induce a la comisión de un delito. Es más, la Corte habla concretamente de “inducción directa a delinquir”, sin reconocer la existencia de esta otra forma de “provocación” desarrollada por la doctrina, y que no tiene que ver con la obtención de un resultado dañoso para el bien jurídico en cuestión, sino más bien con la obtención de prueba que, de otra forma, sería inviable conseguir. De esta forma, los ministros concluyen privando de todo valor probatorio a la diligencia investigativa, con las consecuencias lógicas en el desarrollo del proceso penal que de ello se derivan.

Por otra parte, la Il. Corte de Apelaciones de Santiago se pronunció respecto de las consecuencias prácticas que puede traer aparejado el uso de un agente encubierto con facultades de revelador como lo conocemos hoy en día. De esta forma el año 2001 dicho tribunal concluyó: “Ahora bien, tal técnica policial ha derivado, en la práctica, en la simple

investigación y ubicación de portadores de escasas cantidades de drogas - "microtráfico"- que instigados por el agente policial le venden directamente una dosis del alcaloide, de modo que hasta puede estimarse que el agente encubierto realiza un acto de instigación punible al tenor del artículo 15 N° 2 del Código Penal, en cuanto considera autores a "Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo". Sin embargo, no es materia del análisis del fallo en estudio la exención de responsabilidad penal del referido agente inductor.”⁴⁹ En esta resolución, los ministros inclusive hacen alusión a una eventual exención de responsabilidad del efectivo policial que, en sus propias palabras, instiga al acusado a que le venda una dosis de la droga. A continuación indican “(...) que, en el caso de autos, en consecuencia, no es posible reconocerse a la actitud del agente encubierto la capacidad legal para forzar una conducta de tráfico por parte de la procesada, quien le hace entrega de un envoltorio pequeño conteniendo marihuana, puesto de aceptarse se estaría vulnerando de manera rotunda la legitimidad de un Estado de Derecho, condenando la criminalidad que uno de sus agentes ha generado.”⁵⁰ Lo anterior refleja los problemas prácticos que derivan de la ausencia de regulación expresa de esta medida investigativa en el régimen anterior a la Ley N° 20.000.

Es importante recalcar los efectos procesales de la ausencia de regulación normativa del agente revelador y las amplias facultades que se le reconocen al agente encubierto. El principal efecto es que la prueba obtenida por este oficial encubierto que hace las veces de revelador fuera considerada ilícita si es que a juicio del tribunal su actitud fuera considerada una instigación a cometer un delito que de otra forma el acusado no hubiese

⁴⁹ SCA Santiago, 22.11.2001, GJ 257 (2001) 144.

⁵⁰ *Ibíd.*

concretado. En la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Ovalle el año 2002 se hace alusión a esta problemática al resolver en su considerando décimo que “(...) a juicio de este Tribunal no ha existido prueba ilícita, ya que el acusado no fue instigado a cometer el delito, sino que solamente fue contactado por el informante, lo que resulta evidente si se tiene en cuenta que toda transacción (desde el contacto telefónico hasta la entrega de la droga) fue hecho en pocas horas, por lo que resulta evidente que el acusado estaba en posesión de ella y con intención de transferirla, siendo el único elemento que se encontraba pendiente, el comprador.”⁵¹

Finalmente, más allá de las discusiones que puedan instalarse en sede de Derecho Penal respecto a autoría y participación del oficial que opera como agente revelador, lo relevante es apreciar cómo, en la práctica, una diligencia que en la actualidad parece tan efectiva para esclarecer esta clase de hechos constitutivos de delitos pudo, previamente, tener un resultado totalmente opuesto, es decir, no sólo no cooperaba al interior del juicio a formar la convicción del juez en orden a establecer la culpabilidad del imputado sino que, por el contrario, servía de fundamento para que los jueces no alcanzaran la íntima y plena convicción que exigía el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, sobre la base de haber existido una inducción a cometer delito, concluyendo con la dictación de una sentencia absolutoria.

3.3. Recepción jurisprudencial del agente revelador bajo la Ley N°20.000

⁵¹ Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Ovalle. RIT: 21-2002, RUC: 0100044497-5. Fecha de ingreso 7 de septiembre del 2002. [en línea] <<http://reformaprocesal.poderjudicial.cl/ConsultaCausasJsWeb/page/panelConsultaCausas.jsf>>

Una vez constatada la situación del agente revelador bajo la vigencia de la Ley N°19.366 y anunciados los beneficios de legislar a su respecto, nos queda ahora analizar la recepción que los tribunales nacionales han dado a esta figura ya regulada en la Ley N°20.000. Para esto estudiaremos seis casos específicos que reflejan las dificultades que se pudieren generar con la utilización de un agente revelador en el marco de una investigación por el delito de tráfico de drogas, como también evidencian las exigencias que la jurisprudencia ha destacado y que permiten el correcto desenvolvimiento de esta medida investigativa en el marco de un proceso penal respetuoso de los derechos de todos los intervinientes.

3.3.1. Primer caso en análisis: el “agente inductor” perverso

En primer lugar, examinaremos una sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique el año 2009⁵². Esta jurisprudencia es especialmente llamativa ya que, a pesar de encontrarse en el marco de la Ley N°20.000, se refieren al funcionario como “agente inductor”, un nombre más bien tendencioso y que plantea discusiones respecto a la legitimidad de la actuación investigativa. En este mismo sentido, la defensa realiza una argumentación basada en la imposibilidad de considerar los dichos del agente revelador como suficientes para imputar responsabilidad al imputado, atacando los fundamentos de un medio de prueba ya incorporado en nuestra legislación. Lo anterior, aparece expresado en el Considerando sexto de la sentencia: “La defensa de M.V. sostuvo que la figura del agente inductor es perversa porque sólo tenemos los dichos de aquel para acreditar la

⁵² Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Iquique. RIT: 130-2009, RUC: 0700831177-8. Fecha de ingreso: 27-08-2009. [en línea] <<http://reformaprocesal.poderjudicial.cl/ConsultaCausasjsfWeb/page/panelConsultaCausas.jsf>>

efectividad de la comisión del ilícito, ya que en ausencia de los testigos Pérez y Valdés Thomas, que podrían haber dado cuenta de una transacción ilícita, sólo quedan las compras efectuadas por el agente inductor, lo que torna dudosa la comercialización por parte de su mandante, de modo que sólo logró acreditarse que en su domicilio habían pequeñas cantidades de drogas.” Si bien, en este caso en particular, la defensa del imputado no busca la exclusión de prueba por vulneración de sus derechos fundamentales, sostiene que la misma es insuficiente para configurar el delito de tráfico de estupefacientes en su defendido.

Por su parte, la Fiscalía de Alto Hospicio respondió con una apreciación bastante lógica, esto es, el amparo de la ley, lo cual es relevante porque en procesos anteriores a la Ley N°20.000, este argumento no podía ser esgrimido. “En la réplica la fiscalía sostiene que el agente revelador es una figura legítima prevista por la ley. Por otro lado la declaración de Valdés Thomas la recibió el policía Contreras que declaró acá y en cuanto a la comparecencia de Valdés Thomas, es casi imposible que concurriera en su calidad de consumidor, por lo que insiste en las penas de la acusación.”

Finalmente, los jueces señalaron que, tanto el agente revelador como el agente encubierto eran métodos investigativos identificados y recogidos en el artículo 25 de la ley de drogas. Lo cual hicieron patente en su considerando Décimo:

“DECIMO: *Que, contra lo sostenido por la defensa de la enjuiciada Valdés las figuras de los agentes revelador y encubierto, son técnicas de investigación de esta clase de ilícitos, expresamente recogidas por el legislador en el artículo 25 de la Ley 20.000, que incorporó la figura del*

“revelador”, método de indagación policial que no se contemplaba en la normativa de igual índole que se contenía en la Ley 19.366, que precedió al actual estatuto que regula la materia, de manera que resulta patente la decisión normativa en orden a legitimar esta técnica investigativa. De este modo la incriminación directa formulada por el agente inductor que aquí depuso, en orden a que fue la enjuiciada M.V. quien le vendió papelillos con cocaína, en dos ocasiones distintas, constituye un indicio de cargo válido que el Tribunal ponderó en conjunto con los demás antecedentes de prueba aportados para determinar la responsabilidad de autora que en el presente ilícito le cupo a la referida.”

La decisión de los jueces en este caso plasmó un cambio de criterio, el cual se ve justificado principalmente en el amparo legal que encontró el agente revelador en la Ley N°20.000. Evidentemente, frente a los cuestionamientos de legitimidad respecto de esta figura, el argumento más poderoso del ente persecutor fue apelar a la legalidad de esta medida que, a partir de la entrada en vigencia de la nueva Ley de drogas, N° 20.000, se concretó de manera específica en la legislación positiva.

Antes de finalizar los comentarios a esta sentencia, es importante destacar la relevancia que se entrega durante toda la discusión y posterior decisión del caso a las motivaciones en el uso de esta medida, y la respectiva autorización por parte del fiscal a cargo de la investigación. De esta forma, se intenta dejar patente que la decisión de utilizar al agente revelador nace de una denuncia verosímil asociada al delito de microtráfico y que, frente a las necesidades de obtener pruebas para sostener la imputación penal en contra

de un sujeto, se procedió de esta forma con la correspondiente autorización de la Fiscalía de Alto Hospicio. Lo anterior consta en la declaración entregada por los funcionarios de la sección OS 7 de Carabineros de Chile de la misma ciudad: “Agregaron que en abril del 2009, se recibió una instrucción de Fiscalía de Alto Hospicio, en relación a la denuncia de un vecino de la Toma Ex Vertedero, Manzana K, que aseguraba que en una residente de dicho sector, domiciliado en el sitio 20, se dedicaba al tráfico de estupefacientes, razón por la cual uno de los testigos se desempeñó como agente revelador conforme a resolución de Fiscalía de Alto Hospicio (...)”

A modo de conclusión, se puede señalar que el amparo legal con que cuenta, al día de hoy, la diligencia investigativa del agente revelador, ha facilitado enormemente la realización de la misma y su validación al interior del proceso penal, como una fuente de prueba útil y eficaz. A su vez, se hace necesario recordar que, para efectos de validar la prueba obtenida por estos medios y garantizar su efectividad en el proceso, es de trascendental importancia que el funcionario policial cuente con la autorización del fiscal a cargo de la investigación y testifique esta situación en juicio. Además, la realización de esta diligencia debe responder a la necesidad de evidenciar u obtener pruebas de un delito ya cometido y que, por las características que lo definen, se hace dificultoso perseguir por otros medios. Esto último hace referencia a los fundamentos dogmáticos asociados al agente revelador, según los cuales su utilización se debe justificar en revelar delitos ya cometidos o en continua ejecución, vale decir, delitos de tracto sucesivo y no propender a la comisión de un nuevo delito. Por lo tanto, esta sentencia nos entrega nuevas delimitaciones procedimentales que garantizan el correcto uso de esta medida investigativa.

3.3.2. Segundo caso en análisis: Autorización del fiscal

A fin de seguir un orden en la presentación de la jurisprudencia que se expondrá en este trabajo, a continuación se analizará un caso en que se reafirma la conclusión destacada de la decisión judicial anterior, en cuanto a la necesidad de contar con la autorización del fiscal para la posterior validación en el proceso penal de los antecedentes obtenidos por medio de un agente revelador. En este caso, es la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción la que, el año 2011, rechazó un recurso de nulidad interpuesto por la defensa justificada en la actuación de un colaborador eficaz como agente revelador⁵³.

En este caso la defensa alegaba que el cooperador eficaz actuó como agente revelador ya que coordinó la adquisición de la droga, excediendo sus funciones, y realizó dicha actuación sin autorización del fiscal a cargo de la investigación, ni dejando registro de esta situación en la carpeta investigativa. De esta forma se vulneraron las reglas establecidas en el artículo 25 de la Ley N°20.000 y, en definitiva, se violentaron las normas del debido proceso. Dicha situación es grave ya que la ley, en su artículo 22 inciso 3°, limita la actuación del cooperador a la entrega de información:

“Artículo 22 inciso 3°: Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso primero.”

⁵³ SCA Concepción, ROL: 378-2011. Fecha de ingreso: 17-08-2011. [en línea] <<http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>>

Reafirmando su posición, la defensa demuestra con sólidos argumentos conocer muy bien la figura del agente revelador, como lo expresa en el Considerando Primero del fallo: “En el caso, Alfa⁵⁴ no fue un simple colaborador, porque no se limitó a suministrar datos, sino que, además, llamó al proveedor y acordó una transacción con él, de modo que *era un informante actuando como agente revelador* y ocurre que para asumir esa calidad debía actuar autorizado por el Ministerio Público, lo que no ocurrió en el caso concreto y tal autorización es indispensable, porque si el artículo 25 de la ley en referencia la exige a los funcionarios policiales que actúan como tales, más aún será exigible si se trata de un civil.” Luego, la defensa destaca que no se encontró registro en la carpeta del fiscal de la autorización entregada y que por razones de conveniencia el Ministerio Público decidió considerarlo un cooperador eficaz.

Por último, la defensa concluye destacando un requisito importante de esta técnica investigativa, que tanto la jurisprudencia como la doctrina han señalado como esencial para evitar cuestionamientos dogmáticos a esta figura, esto es, la existencia de un delito ya perpetrado o uno que se busca realizar en el marco del funcionamiento de una organización criminal, pero en ningún caso, propiciar a la comisión de uno impensado por el sujeto investigado: “Finalmente, aduce que la interpretación del empleo de todas estas técnicas debe ser restrictiva, porque son excepcionales y su objeto es develar delitos perpetrados o en etapa de conspiración, pero no la concertación para la comisión de un delito futuro.”

A pesar de los contundentes argumentos presentados por la defensa, el Tribunal Superior de Concepción explica que, en la práctica, el cooperador

⁵⁴ Se utiliza este nombre para hacer referencia al cooperador eficaz.

eficaz, si bien excedió el concepto del mismo, ello no tuvo consecuencias para la investigación puesto que la llamada realizada a su proveedor no fue ni oída ni grabada por los funcionarios policiales, y tampoco se concretó la compra vigilada porque dichos policías consideraron muy peligroso el lugar. Todo esto llevó a que, en la práctica, el sujeto “Alfa” no fuera más que un simple cooperador eficaz que se limitó a entregar información sobre el domicilio del traficante, el cual fue allanado y registrado posteriormente, por los funcionarios policiales una vez obtenida la orden respectiva. De este modo, la Corte concluye que “al examinarse los hechos concretos, tal como ellos se verificaron, no hubo en realidad una venta vigilada, ni tuvo Alfa el carácter de informante, ni menos aún de agente revelador, por lo que no era necesaria la autorización del Ministerio Público que echa de menos la defensa y a la que atribuye la calidad de infracción sustancial de garantías constitucionales.”

En definitiva, no prosperó la nulidad presentada por la defensa por no considerarse la actuación de “Alfa” determinante para la investigación y, como bien sabemos, el proceso no es un fin es sí mismo y se rige por una serie de principios entre los cuales destaca el principio formativo de la protección, en virtud del cual “la nulidad de un acto procesal debiera declararse por el tribunal únicamente si el vicio u omisión que la motiva produce un daño respecto de algunas de las partes”⁵⁵. A su vez puede resumirse en la máxima “la nulidad procesal sin perjuicio no opera.” Dicho principio fue recogido por nuestro legislador y manifestado en el artículo 159 del Código Procesal Penal de la siguiente forma:

⁵⁵ MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. Op. Cit. p. 831.

“Artículo 159.- Procedencia de las nulidades procesales. Sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad. Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento.”

De esta forma, los magistrados dieron cabida al principio de protección en materia procesal así, aun cuando hubiere existido y se hubiere acreditado el incumplimiento de un requisito formal consagrado en la ley, en la medida que ello no tuvo incidencia en el devenir de los hechos, no corresponde la declaración de nulidad de la sentencia ni del juicio en que la misma recayó

Sin embargo, los Ministros de la Ilustre Corte de Apelaciones de Concepción fueron claros al indicar que la autorización del fiscal y su respectivo registro en la carpeta de investigación son de vital importancia para la concretización de la gestión investigativa del agente revelador, de lo contrario, la consecuencia lógica es invalidar la prueba en los términos señalados por la defensa en este caso, pues existiría una infracción de las garantías constitucionales del sujeto investigado contraria al Estado de Derecho imperante en nuestro país.

3.3.3. Tercer caso en análisis: Proporcionalidad exigida

El tercer caso en análisis hace referencia a otro elemento de la regulación del agente revelador en nuestro país y que, hasta el momento, no había suscitado conflictos, esto es, a la proporcionalidad exigida para que

opere la exención de responsabilidad respecto del agente revelador, la cual se encuentra regulada en el inciso final del artículo 25 de la Ley N°20.000 de la siguiente manera:

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

En el caso que analizaremos, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio se refirió a esta materia el año 2011⁵⁶, a propósito de la declaración de la ilegalidad de una entrada y registro al inmueble del imputado, ya que ésta surgió como resultado de una transacción entre el mismo y el agente revelador. Bajo la apreciación del tribunal, esta situación no cumple el requisito de ser “signo evidente” que habilita para proceder con la diligencia de entrada y registro. En este caso, la defensa señala que para autorizar medidas investigativas del tipo de las indicadas en el artículo 25 de la Ley de Drogas, es necesario que éstas se ajusten al principio de proporcionalidad que exige la misma disposición en su inciso final.

⁵⁶ Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de San Antonio. RIT: 107-2010 ; RUC: 1000115004-4. Fecha de ingreso: 23-11-2010. [en línea]
<<http://reformaprocesal.poderjudicial.cl/ConsultaCausasJsFWeb/page/panelConsultaCausas.jsf>>

La interpretación realizada por la defensa parece forzar el concepto de proporcionalidad, ya que de un examen literal de la ley aparece evidente que esta proporcionalidad se exige al agente encubierto o revelador que deba incurrir en delitos o no pueda impedir su comisión, para que éste guarde una “debida proporcionalidad” con la investigación misma y no cometa, por ejemplo, crímenes que atenten contra bienes jurídicos como la vida o la integridad física de las personas. Así, la exigencia de proporcionalidad del legislador va orientada a limitar el accionar del agente revelador en el ejercicio de su función, los delitos en que pudiere incurrir y que se verán afectos a la exención de responsabilidad contenida en dicha norma. En ningún caso la proporcionalidad va a coartar la facultad del fiscal a cargo de la investigación de decretar esta medida.

De esta misma forma, razonó el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio en su considerando DÉCIMO SÉPTIMO: “Asimismo en lo que concierne a la debida proporcionalidad que a juicio del abogado defensor debe existir en la utilización de la figura del agente revelador, en conformidad al inciso final del artículo 25 de la Ley 20.000, lo cierto es que se estima que dicha exigencia está dada únicamente para eximir de responsabilidad penal a los funcionarios policiales que en ejercicio de tal cometido hayan debido incurrir en delitos, y no como limitación en la autorización que el Fiscal del Ministerio Público está facultado para hacer de conformidad a la misma norma.”

Se concluye, por tanto, que no existe en términos procesales una limitación a los antecedentes que puedan surgir de esta fuente de prueba en razón de proporcionalidad para que el fiscal autorice, puesto que ésta sólo guarda relación con la eximente de responsabilidad del agente revelador y,

en caso alguno, la motivación del legislador fue imponer un límite a la utilización de esta medida por parte del Ministerio Público.

3.3.4. Cuarto caso en análisis: ¿Agente encubierto?

Un aspecto importante a analizar en esta materia responde a aquellos casos en que un agente encubierto, que a simple vista cuenta con facultades más amplias que un agente revelador, ejerce las funciones de este último, es decir, simula ser comprador o adquirente de drogas en los términos indicados en el mismo artículo 25 de la Ley de Drogas. La situación anterior cobra relevancia porque, según se ha reflejado desde la entrada en vigencia de la Ley N°20.000, en la jurisprudencia nacional ha existido una tendencia a confundir las tres figuras investigativas reguladas en su artículo 25, esto es: el informante, el agente encubierto y el agente revelador. El caso que se analizará a continuación, evidencia la forma como el máximo tribunal de la República resuelve esta confusión, exigiendo las autorizaciones correspondientes, y tomando posición frente a la constante tensión entre persecución penal efectiva y las garantías de los sujetos involucrados.

La sentencia de la Corte Suprema de mayo del 2010, dictada en causa Rol 1741-2010, destaca en esta materia y ya ha sido objeto de análisis por especialistas del área.⁵⁷

⁵⁷ Esta sentencia plantea una importante argumentación relativa a la exclusión de prueba ilícita y, por lo mismo, ha sido objeto de análisis previos. Así, la ex subdirectora de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes del Ministerio Público, Ximena Marcazzolo Awad se refirió a la misma en “Comentario al fallo dictado por la Corte Suprema en la cual analiza la teoría de la ilicitud de la prueba y la actuación de agentes encubiertos en el marco de la Ley N. 20.000”, en Revista Jurídica del Ministerio Público, N. 43, 2010. A su vez, Francisco García M. también realiza comentarios desde un punto de vista bastante crítico en su

En cuanto a los hechos materia del pronunciamiento jurisdiccional, en la resolución de este recurso de nulidad destaca la existencia del relato de un informante, a comienzos del año 2009, en el cual manifiesta a la policía la venta de drogas en un sector específico de la ciudad de Arica. Se da por comprobado que, a fines de enero del mismo año, funcionarios policiales toman contacto con una de las imputadas, la cual, a su vez, lo puso en contacto con la segunda imputada. Posteriormente, el 10 de febrero del mismo año, se obtiene la autorización para la actuación de un agente encubierto obteniendo, de esta forma, las probanzas necesarias que permitieran que prosperara la imputación penal.

La posición de la defensa de ambas imputadas en este proceso se centra en invalidar la prueba obtenida fundada, principalmente, en lo señalado por el voto de minoría del fallo que se busca invalidar “en el cual el magistrado que lo suscribe entiende que los antecedentes que dan origen a la transacción en que participaron las acusadas Pérez y Furlong, fueron obtenidos con anterioridad a la fecha en que se facultó al funcionario investigador para actuar como agente cooperador, por lo que todas las diligencias posteriores, como se desprende de la teoría del árbol envenenado, fueron consecuencia y emanaron de un actuar ilegal, que impide valorar positivamente cualquier antecedente obtenido en la etapa investigativa, como ocurrió en este caso.”

Con respecto a la exclusión de prueba ilícita y sus consecuencias en todas las pruebas obtenidas con posterioridad, la Excelentísima Corte es clara en señalar que existe una fuente independiente de prueba, el relato

publicación “Agente revelador, derecho penal del enemigo y fallos de la Corte Suprema”, la cual ha servido de importante fuente de opinión para este trabajo.

previo del informante, que rompe con el vínculo causal entre la prueba obtenida y la actuación policial que pudiere considerarse ilícita. Por consiguiente, es determinante la confirmación por parte de la Corte Suprema que el actuar no autorizado del funcionario policial, tomando contacto con la imputada y concertando la venta de drogas –haciendo de agente revelador y agente encubierto a la vez sin la debida autorización- carece de validez para efectos de este juicio penal, siendo intrascendente para la finalidad de este proceso penal. De esta forma, la Corte concluye “que la evidencia obtenida como efecto de las diligencias de investigación realizadas el día 19 de febrero de 2009, constituye una prueba lícita, toda vez que el agente encubierto había obtenido la autorización previa del Ministerio Público y los demás agentes actuaron con estricto acatamiento a la ley.”

Por lo tanto, en relación con lo que nos convoca en este trabajo, la Corte Suprema, en el considerando Vigésimo Segundo de este fallo, realiza una argumentación relativa a la actuación del funcionario policial previo a la autorización del Ministerio Público que lo facultaba a actuar como agente encubierto. Durante todo este considerando, la Excelentísima Corte nos entrega una serie de argumentos que buscan recalcar el carácter no absoluto de la teoría del fruto del árbol envenenado y enmarcar esta actuación policial dentro de una de sus excepciones, en este caso en especial aplicando la teoría de la fuente independiente.⁵⁸

No existe un consenso en la doctrina respecto de los efectos reflejos de la prueba ilícita, esto es, que la ineficacia de una prueba obtenida de

⁵⁸ La Corte Suprema señala en el mismo considerando: “e) Se distinguen (en la jurisprudencia norteamericana) tres grupos de excepciones: la doctrina de la fuente independiente; la regla del descubrimiento inevitable y el principio de la conexión atenuada.”

forma ilícita afecte necesariamente a otras pruebas que, siendo legales, provienen o son motivadas por datos obtenidas con la primera. Por consiguiente, el determinar la admisibilidad de una prueba derivada en un proceso no estará exento de discusión. Es así como, en este caso, la Excelentísima Corte Suprema considera la teoría del fruto del árbol envenenado, pero aplica una de las excepciones emanadas de la jurisprudencia norteamericana, específicamente, la teoría de la fuente independiente ⁵⁹. Conforme esta teoría, la prueba derivada sería completamente válida siempre y cuando no exista una conexión causal entre ésta y la prueba original ilícita. Desde esta perspectiva, la teoría de la fuente independiente aparece como la faceta negativa de la prueba ilícita más que como una verdadera excepción, ya que lo que ocurre realmente es la ausencia de un presupuesto básico para que opere esta exclusión de prueba, esto es, la relación causal entre la prueba original ilícita y la prueba derivada. De este modo, el juez podrá formar su convicción en base a todas aquellas pruebas que no derivan directamente de aquella obtenida atentando a las normativas procesales y vulnerando los derechos de los involucrados.

En conclusión, los esfuerzos de los intervinientes por validar o invalidar esta prueba deberán centrarse en la comunicabilidad entre la prueba original ilícita y la prueba derivada obtenida con posterioridad. De no existir una conexión directa la prueba “derivada” sería perfectamente válida en el proceso.

⁵⁹ Se suele citar como precedente de la teoría de la fuente independiente (Independent Source) el caso de la Corte Estadounidense “Silverthoner Lambert Co. Vs. United States” en el cual se sostuvo que “las pruebas obtenidas por vías ilegales podían ser admitidas en juicio si el conocimiento de ellas podría haber derivado de una fuente independiente.”

En el caso en particular en estudio, los ministros parecen reconocer, de forma implícita, la ilicitud del accionar del funcionario policial, quien actúa como agente revelador sin contar con autorización para ello. Sin embargo, “aún en el evento que la prueba lograda mediante los primeros contactos con Yanina Furlong pudiera ser calificada de ilícita, el conocimiento de los hechos se había obtenido con anterioridad mediante una fuente independiente, como lo era el relato de un informante.”

En definitiva, los ministros de la Corte Suprema terminan por confirmar la sentencia condenatoria tras concluir que no se funda en pruebas que fueron obtenidas con vulneración de las garantías de los intervinientes.

No obstante, esta sentencia nos confirma una vez más la relevancia de la autorización previa del Ministerio Público para efectos de validar la prueba obtenida por un agente revelador y la importancia de delimitar y distinguir entre las figuras investigativas del artículo 25 de la Ley N°20.000, todas distintas en su definición y facultades y, por lo tanto, independientes en su accionar. Junto con ello, este fallo nos recuerda lo conflictivo que puede resultar la incorporación al proceso de prueba obtenida mediante estas técnicas especiales de investigación diseñadas para perseguir delitos de alta complejidad, pero que, cumpliendo con la normativa vigente, deberían cumplir este objetivo eficazmente.

3.3.5. Quinto caso en análisis: Autorización previa y prueba de la misma

El quinto caso en análisis también fue resuelto por la Corte Suprema, en causa Rol 2958-2012, siendo aún más reciente que el anteriormente expuesto. Este caso atiende a una de las innovaciones de la Ley N°20.000 en materia sustantiva, la regulación del tráfico de drogas en pequeñas

cantidades, más conocido como microtráfico. Al igual que el caso anterior, el pronunciamiento de la Excelentísima Corte Suprema responde a la interposición de un recurso de nulidad por parte del condenado, quien buscaba la invalidación “porque la detención del acusado y la recolección de la evidencia de cargo fueron ejecutadas fuera del ámbito de las atribuciones de la policía que intervino, la que se arrogó facultades que no tenía ya que dispuso de un *informante revelador*⁶⁰ que compró droga en forma autónoma, sin instrucción del fiscal ni su autorización previa en la forma que ordena el artículo 25 de la Ley 20.000.”

En tanto, la acusadora aduce que efectivamente la autorización existió, fue verbal y, si bien no consta en un registro escrito, fue confirmada por el testimonio del funcionario policial a cargo de la diligencia, cuestión que el Juzgado de Garantía de Ancud consideró como suficiente para tener por lícita y válida las pruebas obtenidas por este medio. Concluye el tribunal *a quo* que “no se puede restar validez a la técnica usada porque no conste por escrito la autorización porque tal no es una exigencia legal ni es un elemento de preeminencia que permita crear una duda razonable sobre la existencia de aquella diligencia.”

En este caso, el razonamiento de la Corte Suprema difiere radicalmente del usado por el Juzgado de Garantía de Ancud. Dicha conclusión se funda en que, durante la tramitación del recurso, los ministros logran reconocer graves fallas en la investigación, evidenciadas, principalmente, por inconsistencias en los testimonios de la policía y del

⁶⁰ En el considerando cuarto del mismo fallo la Corte se encarga de esclarecer que en este caso efectivamente se utilizó un agente revelador, aclarando toda confusión que se pudieren generar por el uso del concepto “informante revelador”. Así, los ministros señalan que “(...) existe claridad entonces, en cuanto a que se usó la técnica del agente revelador, pero no sobre quién la autorizó (...)”

Ministerio Público. Así, mientras los funcionarios policiales hablan de un agente revelador cuya autorización del fiscal a cargo fue verbal, en su considerando quinto la Excelentísima Corte destaca que “sin embargo, en estrados, el apoderado del persecutor dijo algo distinto a lo afirmado por los policías, esto es, que no había existido agente revelador, sino que se interceptó a un comprador a quien se fiscalizó lo que había comprado, practicándole prueba de campo, testigo que jamás fue siquiera identificado.”

Posteriormente, los ministros de la Corte Suprema exponen importantes reflexiones en torno a la figura del agente revelador. De esta manera, en el considerando séptimo se refieren a la importancia de la autorización del Ministerio Público y su respectiva constancia en la carpeta investigativa, recalando que “era absolutamente indispensable no sólo porque lo exige la norma del artículo 25 de la Ley 20.000, sino porque se trata de una técnica de investigación tan violenta que ha sido preciso disponer una exención de responsabilidad para quien la usa, desde que doctrinariamente se ha entendido que se ajusta a una forma de instigación delictiva.” Como se puede apreciar, la Corte funda lo indispensable del registro de la autorización, elevando el estándar para ejercer esta facultad, en lo excepcional que resulta aplicar por parte del Estado medidas investigativas que expongan a funcionarios policiales a la comisión de delitos o a la instigación de otros. En este mismo sentido, este excelentísimo tribunal continúa estructurando la defensa de un uso restrictivo y responsable de este método investigativo al indicar en el considerando noveno que “no cabe duda alguna que una decisión tan trascendente como la de autorizar a un funcionario policial para que proceda como agente revelador o la de un Juez de Garantía que permite el ingreso y registro de una propiedad han de quedar registradas en algún lugar más que en la sola memoria del

funcionario por muy fiable que aquélla sea, cuando se ha procedido en casos urgentes que han aconsejado dar la orden en forma verbal.”

Si bien, como veremos más adelante, el propio Fiscal Nacional del Ministerio Público, a través de su facultad de dictar Instrucciones Generales que resultan obligatorias para todos los persecutores impuso la obligación a los mismos de dejar constancia de la designación de un agente revelador en la carpeta de investigación y, junto con esto, entregar una copia a los funcionarios policiales a cargo de la ejecución de la misma, la norma legal del artículo 25 de la Ley N°20.000 en ningún momento exige una manifestación escrita de la autorización del fiscal, sólo se limita a exigir que dicho permiso sea real.

Una vez establecida la obligación de llevar un registro de las autorizaciones otorgadas, ya sea por el fiscal a cargo, o el Juez de Garantía, en su caso, los ministros se refieren a la carga de probar la existencia de dicho registro, distanciándose del criterio utilizado por el tribunal *a quo* quien fijó la carga de probar la existencia de dicho registro en la defensa, que justamente era quien alegaba su inexistencia. De esta forma, el máximo tribunal de la República determinó que “si la defensa impugna la existencia de la orden, corresponde que el órgano que dispone del registro donde aquélla 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.”

Finalmente, la gran preocupación de que exista una constancia escrita de las autorizaciones entregadas en casos de diligencias investigativas invasivas, como lo son el agente revelador y la entrada y registro, terminó sirviendo de fundamento para que la Corte Suprema acogiera el recurso de

nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública, invalidando la sentencia del Juzgado de Garantía de Ancud y restableciendo la causa a la etapa de realizarse un nuevo proceso, “excluyéndose del auto de apertura las declaraciones de los testigos Fernando Iván Vargas Torres y Carlos Velásquez Munzenmayer, en relación a todo el procedimiento que practicaron el día 7 de julio de 2011 desde el uso de una persona como agente revelador, inclusive, en adelante.”

Por tanto, en términos procesales y, respecto a la incorporación al juicio de la prueba obtenida por medio del agente revelador, nuestro máximo tribunal agrega una obligación que no está expresamente establecida en la norma del artículo 25 de la Ley N°20.000, esto es, el deber de registrar en la carpeta investigativa la autorización del fiscal que permite proceder con dicha medida y, en caso que su existencia sea puesta en duda por la defensa, el deber del persecutor de probar que dicha autorización y registro son efectivos.

3.3.6. Sexto caso en análisis: Plazo de la autorización

El último fallo en análisis incorpora un nuevo requisito de validez para la prueba obtenida por medio de un agente revelador: la caducidad de la autorización.

Sin embargo, esto no es todo lo que se puede destacar de esta sentencia, ya que, al resolver la causa Rol 3501-2014, la Excelentísima Corte Suprema ilustra el valor que en Chile representa la jurisprudencia previa de nuestro máximo tribunal. Se verá que los ministros reiteran argumentos esgrimidos a propósito de la resolución del conflicto analizado en el título anterior, evidenciando una reciente tendencia jurisdiccional en términos de

reconocer lo excepcional y restrictivo que debiese ser el uso del agente revelador por parte del persecutor.

En cuanto a los hechos, en este caso la defensa solicita la nulidad del juicio oral, fundada en que la principal prueba en contra del imputado se obtuvo por medio un agente revelador que actuó sin autorización o, más precisamente, con una autorización caducada. En palabras de la defensa “la misma agente reconoció en el juicio haber procedido en virtud del Oficio N° 1264-2013, que es de 3 de mayo de 2013, que la autorizaba para informar el resultado de la designación como agente revelador en el plazo de 30 días, por lo que al actuar en tal condición el 23 de julio de 2013, la autorización estaba vencida, lo que la transforma en una diligencia ilegal, al igual que la prueba recabada en virtud de ella.”

La Corte reitera la importancia de la autorización y del deber de registro de la misma para validar dentro del proceso penal la prueba obtenida por medio de un agente revelador. De esta forma emula, casi de forma textual, los argumentos utilizados en el fallo analizado anteriormente, especialmente, en lo que se refiere a lo violento que resulta para el sujeto investigado el uso de esta medida investigativa y su eventual conversión en una instigación delictual. Así lo expresa la Corte Suprema en su considerando sexto: “Que, a mayor abundamiento, la autorización vigente cuya existencia reclama el persecutor para proceder con la mencionada técnica no constaba en la carpeta de investigación, lo que manifiesta una infracción al deber de registro, pues lo único que se ha demostrado es la existencia de dos documentos con diverso número identificadorio ninguno de los cuales estaba vigente a la fecha de la diligencia, lo que era absolutamente indispensable no sólo porque lo exige la norma del artículo 25 de la Ley 20.000, sino porque *se trata de una técnica de investigación tan violenta que*

ha sido preciso disponer una exención de responsabilidad para quien la usa, desde que doctrinariamente se ha entendido que se ajusta a una forma de instigación delictiva.”

Posteriormente los Ministros, en el considerando noveno, replican lo señalado en el fallo del recurso de nulidad Rol 2958-2012 en cuanto a la obligación de registro de esta diligencia y a la carga de probar la existencia de dicho registro: “En relación a este tópico y contrariamente a lo explicitado por el fallo, lo cierto es que pesa sobre el Ministerio Público la obligación de registro de todas las actuaciones de la investigación, y *no cabe duda alguna que una decisión tan trascendente como la de autorizar a un funcionario policial para que proceda como agente revelador han de quedar registradas en algún lugar más que en la sola memoria de los funcionarios actuantes, por muy fiable que sea, máxime si no se ha procedido en un caso urgente que motivara una autorización verbal. Por otra parte, si la defensa impugna la existencia de la orden corresponde que el órgano que dispone del registro de aquélla proceda a su exhibición o incorporación, porque es quien se encuentra en situación de demostrar su existencia, exigir lo contrario supone pedir la prueba de un hecho negativo.”*

Por tanto, la Excelentísima Corte Suprema culmina acogiendo el recurso de nulidad y excluyendo una gran cantidad de prueba derivada del actuar ilegal de los funcionarios policiales, quienes ingresaron al inmueble y procedieron a la detención del imputado fundados en la comprobación del delito por medio de un agente revelador que actuó sin autorización.

Este reciente fallo de la Corte Suprema tiene gran relevancia ya que grafica la importancia que tiene el máximo tribunal de la República al momento de unificar jurisprudencia, recalcando el valor que tiene la misma a la hora de fallar cuestiones similares. Es por esto que se reiteran los

argumentos en torno a la importancia de llevar un registro de la autorización del Ministerio Público a la policía para actuar como agente revelador y el deber del ente persecutor de probar la existencia de la misma en caso que sea puesta en duda por la defensa. Junto con esto, los ministros, en este caso en particular, hacen referencia a un requisito aun cuando no se incluye en la normativa de la Ley N°20.000 al igual que el deber de registro, sí resulta trascendental a la hora de validar en juicio la prueba obtenida por este medio, esto es, el deber de realizar dicha actuación dentro del plazo estipulado en la autorización. Dicha obligación se condice con el deber de los fiscales de otorgar estas autorizaciones con un plazo dentro del cual caducan, lo cual consta en la Instrucción General del Ministerio Público, ya enunciada.

3.4. Conclusiones respecto a la jurisprudencia relativa al agente revelador

No obstante y, pese a que en nuestro país la jurisprudencia no tiene un carácter vinculante para los tribunales, ésta sí juega un papel relevante para efectos de clarificar cierta normativa, fundar argumentaciones de los intervinientes e, incluso, si es que esta emana de la Corte Suprema, servirá como elemento preponderante para los jueces al momento de fallar. Si bien, la presentación en juicio de un fallo previo sobre la misma materia no tendrá el carácter de precedente, como lo tiene en otras legislaciones, efectivamente, servirá como elemento orientador a la hora de tomar una decisión en la resolución del conflicto.

Durante el desarrollo de este capítulo se pudo demostrar que la principal confrontación en tribunales, en materia de agente revelador, se

concentra en la autorización del fiscal y en la eventual superposición de facultades con las figuras del agente encubierto y el informante. De esta manera, la jurisprudencia fue estructurando la incorporación al proceso de la prueba obtenida mediante el uso de agentes reveladores, fiscalizando el cumplimiento de la normativa y agregando nuevas exigencias que dotan de legitimidad a este método investigativo, como uno válido para que, por su intermedio, se obtengan antecedentes que, valorados en un juicio, sirvan para establecer la responsabilidad penal de una persona.

Con respecto a la autorización del fiscal a cargo de la investigación, es evidente que, constituyendo una exigencia legal, ésta no puede faltar para efectos de practicar válidamente esta diligencia investigativa. Dicha autorización debe ser otorgada en forma previa a su ejecución y distinta de aquella que se otorga a un funcionario policial para que ejerza como agente encubierto. Como se mencionó al comienzo de este trabajo, el agente revelador es una herramienta investigativa vital en la lucha estatal contra el microtráfico, sin la cual sería sumamente dificultoso obtener probanzas que sustenten con éxito la imputación penal. Por lo tanto, la ausencia de esta autorización o su realización en forma deficiente puede tener consecuencias trascendentales para el ente persecutor, obteniendo sentencias absolutorias o, en tribunales superiores, asumiendo la nulidad de la sentencia y la exclusión de la prueba obtenida con este método, fracasando, en definitiva, la persecución de este tipo de delitos debido al incumplimiento de las exigencias procesales establecidas por el legislador y la jurisprudencia.

Para finalizar, los últimos fallos de la Corte Suprema estudiados son bastante novedosos y relevantes para efectos de regular la ejecución práctica del agente revelador. Esto debido a que se incluye como requisito el registro de la diligencia y su correspondiente autorización en la carpeta de

investigación, recalcando el carácter excepcional y violento de este método investigativo. Aquello, si bien no aparece expresado en la norma en análisis, tiene bastante lógica y se condice con lo solicitado por el ente persecutor a quienes autoricen dicha actuación, así quedó constatado en el Oficio N° 61 del año 2009 del Fiscal Nacional, que contiene la Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de la Ley N° 20.000, por medio del cual se ordena a los fiscales que autoricen esta diligencia dejar constancia de lo anterior en la carpeta investigativa y entregar una copia a los funcionarios encargados de ejecutarla. A su vez, se incorpora otra obligación extralegal, lo que significa que ya no sólo se debe contar con autorización del fiscal a cargo para ejecutar esta medida, sino que además debe quedar registro de la misma y ejecutarse dentro del plazo que el fiscal debió señalar, de otra forma, la actuación de los oficiales se considerará ilegal y, por tanto, toda la prueba obtenida por este medio no tendrá validez y será excluida del proceso penal en cuestión.

Por lo demás, es manifiesto que el agente revelador representa una institución sumamente cuestionada por eventuales vulneraciones a la garantías fundamentales de los involucrados, por su difuso límite con la instigación policial y por los bienes jurídicos que pudieren resultar dañados de su ejercicio, así lo señaló, por ejemplo, el abogado de la Defensoría Penal Pública, Francisco García M., , “como conclusión, las facultades entregadas en el artículo 25 de la Ley N° 20.000 son susceptibles de serios reparos desde el prisma del estado de derecho, pues no sólo generan riesgos concretos de afectación de garantías básicas de los ciudadanos, sino que

además colocan al Estado en situación de participar de actuaciones delictivas bajo la justificación de intentar contenerlas.”⁶¹

De esta forma, todos aquellos actos que transparenten el uso del agente revelador, en cuya autorización y ejecución no interfieren órganos judiciales, serán considerados como alicientes de legitimidad de la institución en estudio, evitando de esta forma controversias judiciales en torno a esta medida investigativa y facilitando la persecución penal de los delitos asociados al tráfico de drogas. El cumplimiento de la normativa relativa al agente revelador y de las directrices entregadas por la Corte Suprema permitirá el correcto uso de esta medida investigativa y su eficaz incorporación al proceso.

⁶¹ García, F. (Agosto 2014). Agente revelador, derecho penal del enemigo y fallos de la Corte Suprema. *Revista de la Defensoría Penal Pública*, 10, p.31.

CAPÍTULO 4: El agente revelador desde la óptica de los actores del proceso penal.

Como ya hemos adelantado, si bien el agente revelador cuenta, al día de hoy, con una regulación legal a diferencia de lo que contemplaba la normativa anterior, para un correcto y acabado análisis, no podemos quedarnos en el texto de la ley y, así como hemos revisado los antecedentes jurisprudenciales de mayor relevancia, también ha resultado interesante conocer la visión que tienen los principales operadores del sistema procesal penal, a saber, la Fiscalía y la defensa penal.

En el caso de la Fiscalía, su misión se encuentra definida en el Plan Estratégico 2016-2022 de la siguiente manera:

“Somos la institución pública y autónoma que dirige exclusiva y objetivamente las investigaciones penales; ejercemos la acción penal pública proponiendo la mejor solución al conflicto penal, dentro del marco legal establecido, teniendo presente los intereses de las víctimas y de la sociedad, protegiendo a las primeras como asimismo a los testigos de los delitos.”⁶²

Por su parte la misión de la Defensoría Penal Pública se orienta en el siguiente sentido:

“Misión de la Defensoría: proporcionar defensa penal de alta calidad profesional a las personas que carezcan de abogado por

⁶² Plan Estratégico Fiscalía de Chile 2016/2022. Página 28.

cualquier circunstancia, mediante un sistema mixto público privado de defensores penales públicos; velando por la igualdad ante la Ley, por el debido proceso y actuando con profundo respeto por la dignidad humana de nuestros representados.”⁶³

Sabido es que la Reforma Procesal Penal significó trascendentales cambios en la persecución penal en nuestro país. Entre ellos destaca la creación de un Ministerio Público, con rango constitucional y carácter autónomo, el cual, por intermedio de sus fiscales, tiene como función principal dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito, además de ejercer la acción penal y dar protección a víctimas y testigos durante el proceso. A su vez, y como contrapartida, se creó en rango legal la Defensoría Penal Pública, como institución que se relaciona con el Ejecutivo a través de Ministerio de Justicia, para proporcionar defensa técnica a aquellos imputados o acusados que no cuenten con abogado, garantizando así el derecho a defensa en juicio, uno de los pilares fundamentales del debido proceso.

De un análisis netamente primario de las misiones de cada institución, de su rol y funciones al interior del proceso penal, tendremos que serán antagonistas, no sólo durante la etapa de juicio oral sino desde el inicio del procedimiento, conforme los términos que, para la calidad del imputado confiere el artículo 7° del Código Procesal Penal, vale decir, desde la primera actuación del procedimiento dirigida contra una persona. Así, se enfrentarán durante toda la etapa de investigación donde encontraremos al Ministerio Público, como director exclusivo de la investigación, ordenando

⁶³Defensoría Penal Pública. [en línea] http://www.dpp.cl/pag/1/13/la_institucion

la ejecución de medidas investigativas a las policías, mientras que, como contraparte, la Defensoría Penal Pública velará por el respeto de los derechos y garantías fundamentales que pudieren verse vulneradas con dichas medidas, alegando esta situación ante el Juzgado de Garantía correspondiente. Y así como el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía no se agota con la acusación, la defensa del imputado, por parte de la Defensoría, tampoco acaba con la sentencia del Juzgado de Garantía o del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, según corresponda, sino que se extiende durante todo el proceso, incluyendo eventuales contiendas en Cortes de Apelaciones o en la Excelentísima Corte Suprema.

Como se puede apreciar, existe una confrontación de posiciones entre ambas instituciones, que responde al interés del legislador de velar por el debido proceso, la bilateralidad de la audiencia y el derecho a defensa del imputado. De esta forma, lo común será que ambas partes aparezcan defendiendo posiciones contrapuestas en materias polémicas asociadas a la persecución penal.

La Ley N° 20.000 es un buen ejemplo de las diferencias que existen entre ambos organismos, respondiendo principalmente a la función que el legislador le asignó a cada uno de ellos en el proceso penal y, por cierto, resulta un buen ejemplo de la permanente tensión que existe en materia de proceso penal entre la eficacia de la persecución penal y el respeto a los derechos del sujeto pasivo de esa persecución. Por una parte, no existe duda en cuanto a que la Ley de Drogas viene a representar una herramienta sumamente efectiva para perseguir este tipo de delitos en específico, un delito respecto del cual existe consenso respecto a sus perniciosos efectos, a la gran cantidad de ilícitos que acarrea como conexos, a la alta posibilidad de

conformación de asociaciones a su respecto y, en definitiva, del enorme daño social que acarrea el fenómeno del narcotráfico. Dentro de esas herramientas se incluyen una serie de facultades investigativas a las policías, algunas de las cuales incluso pueden realizarlas autónomamente con la sola autorización del fiscal y sin intervención del órgano jurisdiccional, lo que en delitos comunes no se permite, como por ejemplo, la utilización de agentes encubiertos y agentes reveladores. Junto con esto y, en términos de Derecho Penal sustantivo, ajenos a este estudio, se caracteriza por una alta penalidad, sin considerar excepciones desfavorables para los imputados en cuanto a la concurrencia de agravantes y atenuantes de la pena primitiva justificadas en la gravedad que estos delitos representan para el Estado. Por otra parte, frente a esta normativa más permisiva para el órgano persecutor y sus auxiliares, y agresiva contra el imputado, la Defensoría Penal Pública ha optado por hacer frente, tanto doctrinariamente como en tribunales. En este sentido ha emitido publicaciones críticas a esta Ley y ha buscado, por medio de la jurisprudencia, limitar el accionar de las policías arguyendo que puede resultar lesivo para los derechos de los acusados, para por este medio conseguir su absolución.

En definitiva, para efectos de este trabajo parece beneficioso contrastar las posiciones de estas instituciones que juegan un rol relevante y contrapuesto en el proceso penal vigente desde la Reforma.

4.1. Ministerio Público y el agente revelador: uniformando su aplicación

En primer lugar encontramos la opinión del Ministerio Público, el que como ente persecutor y exclusivo director de la investigación, se vio

favorecido con la recepción normativa de esta figura investigativa en la nueva Ley N° 20.000 de drogas.

Ya fueron enunciadas las dificultades que para el persecutor representaba la utilización de la medida investigativa en estudio en el marco de la Ley N° 19.366. A su vez, como también hemos dado a conocer durante este trabajo, es indudable la efectividad que tiene el agente revelador como diligencia investigativa, especialmente centrada en perseguir y sancionar el microtráfico. Así quedó demostrado, por ejemplo, en la publicación de la Fiscalía denominada **“Programa de persecución focalizada al tráfico barrial”**, por medio de la cual, la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas recalcó la importancia de esta herramienta investigativa en el combate del microtráfico al indicar que *“las investigaciones dirigidas por un fiscal y encargadas a algunas de las policías, tienen por objetivo identificar al conjunto de los responsables y los domicilios en el sector seleccionado, preconstituyendo prueba principalmente a través de la técnica de agente revelador.”*⁶⁴

Es en razón de esta efectividad que, de todas formas, fiscales y policías ejecutaban esta medida con la normativa anterior, pero en el marco de la operación de un agente encubierto, generando múltiples inconvenientes a la hora de presentar en juicio la prueba obtenida por este medio, despojando de valor a la medida del agente revelador.

Es así como la nueva Ley de Drogas significó una importante ayuda

⁶⁴ En línea:

http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/quienessomos/lineamientosestrategicos/programa_para_intensificacion_persecucion_penal_microtrafico.pdf

para el director de la investigación, debido a que existe coincidencia en la doctrina respecto de su carácter altamente permisivo. En lo que nos compete, la inclusión del agente revelador en la Ley fue una de las medidas que más facilitaron al Ministerio Público la tarea de investigar el delito específico de microtráfico. En definitiva, su incorporación en la legislación positiva dotó de legitimidad a esta medida investigativa, facilitando su ejecución y posterior incorporación al proceso penal.

La Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, Ley N° 19.640, regula dentro de las facultades que competen al Fiscal Nacional la dictación de Instrucciones Generales conteniendo criterios de actuación, las que tienen carácter obligatorio para todos los fiscales del país y precisan la forma en que deben cumplir su función los miembros del Ministerio Público. Relativo a la materia en estudio, encontramos, principalmente, el Oficio N°61 del 30 de enero del año 2009 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, vigente hasta el día de hoy y titulado “Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de la Ley 20.000.” Dicha instrucción comienza explicando que su dictación responde a una sistematización de los oficios e instructivos emitidos como parte del proceso de implementación de la Reforma Procesal Penal en nuestro país, señalando que “(...) no obstante, ya una vez consolidado el sistema procesal penal en todo el país, se ha hecho necesario, a juicio de este Fiscal Nacional, un proceso de sistematización de los mismos, a fin de obtener una normativa interna que se traduzca en criterios de actuación acordes con la etapa actual de nuestra institución, que guíen de manera efectiva a los fiscales del

Ministerio Público en sus actuaciones.”⁶⁵ Por lo tanto, en el marco de dicho proceso, es que la Fiscalía Nacional decidió sistematizar en el Oficio 61/2009 la forma de actuación en investigaciones asociadas a delitos regulados por la Ley 20.000.

En la redacción de este Oficio N° 61, el Fiscal Nacional trata diversos temas de relevancia en la Ley N° 20.000. Relativo, específicamente, al agente revelador, el Fiscal instruyó en su punto 4.3 lo siguiente:

“4.3 Agente encubierto y agente revelador

- De la designación de un agente encubierto o revelador debe dejarse constancia en la carpeta investigativa y entregar una copia a los policías que quedan a cargo de la misma.
- La constancia deberá, al menos, contener los datos que permitan la individualización del agente encubierto o revelador, su nombre ficticio o clave con la cual se le denomina, RUC del caso, policía a la cual pertenece, plazo de duración de la designación al cabo del cual caduca.
- Deben adoptarse todas las medidas de protección que se estimen necesarias en cada caso.
- Para el otorgamiento de historia ficticia, el fiscal deberá coordinarse previamente con la Unidad de Drogas de la Fiscalía Nacional y seguir el procedimiento de trabajo existente a este respecto.

⁶⁵ Oficio 61/2009. “Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de la Ley 20.000” . 30 de enero del año 2009, p.1. En línea: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=20>

- El otorgamiento de la historia ficticia deberá contar con autorización escrita del fiscal regional dirigida al fiscal adjunto y copiada a la Unidad de Drogas. ⁶⁶

Esta instrucción general busca reglamentar el uso del agente revelador y agente encubierto más allá de los requisitos señalados en el artículo 25 de la Ley N° 20.000, con la clara finalidad de entregarle mayor certeza a ambas diligencias. Por lo demás, como quedó demostrado en el reciente análisis jurisprudencial, muchas veces los jueces de garantía, los magistrados del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal y los ministros de Corte consideran este criterio para validar o rechazar el uso de esta medida, es decir, la constancia escrita puede ser determinante al momento de decidir la validez de la prueba obtenida por este medio y, por consiguiente, la posterior sentencia.

En definitiva, la Fiscalía agregó a los requisitos legales, exigencias que los fiscales reciben como una obligación y que giran en torno a la orden de dejar constancia en la carpeta investigativa de la designación de un agente revelador. Además, esta constancia también debe cumplir con cierto contenido obligatorio, a saber: el nombre con que se le denomina al agente revelador, datos que permitan individualizarlo, el RUC de la causa, policía a la que pertenece el funcionario que se desempeña como agente revelador y, finalmente, el plazo de duración de esta designación. Todas medidas que dan a entender que el Ministerio Público comparte la idea que una medida como el agente revelador o el agente encubierto son de carácter restrictivas y que, por lo tanto, su uso correcto y su incorporación al proceso penal deben estar dotados de una transparencia única en lo que a actuaciones probatorias se

⁶⁶ OFICIO 61/2009, Op. Cit, p. 5-6.

refiere.

Esta fue la directriz del Fiscal Nacional por medio de la cual buscó darle certeza y uniformar la utilización del agente revelador para, de esta forma, mantener su efectividad en la práctica investigativa. Como es posible apreciar, por medio de este Oficio se delimita aún más el uso del agente revelador para la recepción e incorporación de prueba válida en el proceso.

A modo de síntesis, comenzamos este trabajo con una definición legal, contenida en el artículo 25 de la Ley N° 20.000, que no expresa importantes condiciones para que las policías hagan uso del agente revelador. Posteriormente, a través de definiciones doctrinales, tanto de juristas nacionales como internacionales, quedaron en evidencia las limitaciones conceptuales de esta herramienta, las cuales permiten distinguir la provocación policial para obtener pruebas de un delito ya cometido respecto de la instigación delictual. Asimismo, se pudo conocer el importante rol que ha jugado la jurisprudencia en la delimitación del agente revelador en nuestro país, haciendo notar la importancia de la autorización del fiscal, su registro y vigencia, como así también, impidiendo el traspaso de facultades de agente revelador a aquellos oficiales que sólo actúan como agentes encubiertos. Finalmente, queda de manifiesto los esfuerzos del Ministerio Público por sistematizar los requisitos necesarios para el uso del agente revelador en una investigación, exigencias que trascienden la normativa y la jurisprudencia, siendo incluso más exigentes que estas.

El Ministerio Público ha demostrado coincidir con la postura de la sala penal de la Excelentísima Corte Suprema en cuanto a la importancia de registrar las autorizaciones emitidas por sus fiscales. Lo anterior consta en el análisis jurisprudencial publicado en la Revista Jurídica del Ministerio

Público, en la cual señala, a propósito del agente revelador, que “la sala penal, en fallo recaído en **Rol de Ingreso N° 2958-2012**, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta técnica de investigación, al acoger un recurso deducido por la Defensoría Penal Pública, considerando como una grave infracción al debido proceso el que no exista constancia de la autorización de dicho agente en la carpeta investigativa del fiscal.”⁶⁷

Ahora, una vez conocidos los esfuerzos del Ministerio Público por delimitar esta figura investigativa y reglamentar su uso, toca conocer la posición de su ente antagónico en el proceso penal y, por lo tanto, el más interesado en descubrir y evidenciar los límites del agente revelador, esto es, la Defensoría Penal Pública.

4.2. La Defensoría Penal Pública y el agente revelador: críticas y control

Así como resultó fácil determinar la postura del Ministerio Público respecto al uso del agente revelador, la posición de la Defensoría Penal Pública frente a esta figura es también fácil de comprobar. Esta institución, atendiendo a su principal función -otorgar defensa penal técnica a aquellas personas que carezcan de abogado- velará por el respeto de los derechos de los imputados, incluso en la fase de investigación. Por lo que, frente a normativas más permisivas para las policías, como lo es la Ley N° 20.000, la reacción natural de este órgano público será criticar dichas normas y buscar maneras de controlar las facultades del persecutor.

Si bien no existe una declaración oficial de parte de la Defensoría referente al agente revelador, una fuente importante de sus apreciaciones con

⁶⁷ Revista Jurídica del Ministerio Público. N°52. Sept-2012. Pág. 130.

respecto a esta figura corresponde a sus alegaciones en juicios por infracción de la Ley N° 20.000. Esto ocurre, por ejemplo, en la jurisprudencia revisada en el caso en que la defensora Paulina Ávila Vergara, ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique⁶⁸ se refiere al agente revelador como “agente inductor”, dejando entrever, de inmediato, un aparente dejo de ilegalidad en la medida investigativa. Luego, en lo que nos parece una apreciación apresurada, caracteriza al agente revelador como una figura perversa “La defensa de M.V. sostuvo que la figura del agente inductor es perversa porque sólo tenemos los dichos de aquel para acreditar la efectividad de la comisión del ilícito.”⁶⁹ De todas formas, esta línea argumentativa no fue determinante para los jueces, quienes concordaron en que la figura del agente revelador se encuentra recogida en la Ley N° 20.000 de Drogas y su ejercicio no exige mayores requisitos, los cuales se cumplieron a cabalidad en esta causa en específico.

En general, el análisis jurisprudencial realizado previamente, demuestra la tendencia de la Defensoría Penal Pública por aclarar lo estricto y excepcional que debiese ser el uso de esta medida y, en consecuencia, la total transparencia y publicidad que debe caracterizar su utilización en un proceso que se jacte de ser respetuoso de los derechos de los intervinientes. De este modo, la Defensoría consiguió sentencias favorables, incluso en la Excelentísima Corte Suprema, en cuya discusión logró imponer sus cuestionamientos a esta figura investigativa, consiguiendo que los ministros

⁶⁸ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique. RIT: 130-2009, RUC: 0700831177-8. Fecha de Ingreso 27-08-2009. [en línea] <<http://reformaprocesal.poderjudicial.cl/ConsultaCausasjsfWeb/page/panelConsultaCausas.jsf>>

⁶⁹ *Ibíd.* Visto sexto.

fallaran a su favor, exponiendo frases muy decidoras. Así, encontramos fallos de nuestro máximo tribunal en los que se señala que la autorización previa del fiscal a cargo “era absolutamente indispensable no sólo porque lo exige la norma del artículo 25 de la Ley N° 20.000, sino porque se trata de una técnica de investigación tan violenta que ha sido preciso disponer una exención de responsabilidad para quien la usa, desde que doctrinariamente se ha entendido que se ajusta a una forma de instigación delictiva.”⁷⁰ La labor de la Defensoría, tendiente a restringir el uso de esta medida, ha tenido relativo éxito, así ha quedado demostrado en la jurisprudencia revisada en la cual el máximo tribunal de la República ha determinado el carácter esencial de la autorización previa y su registro en la carpeta investigativa, además de la obligación de las policías de atenerse a los plazos estipulados en dicho registro. De esta manera, según la Defensoría “la Corte Suprema posee herramientas normativas suficientes para establecer altos estándares en el ejercicio de estas facultades y para el control férreo de las exigencias jurídicas de las actuaciones acá cuestionadas. Así, el máximo tribunal debe constituir un importante dique de contención frente a ciertas tendencias de convertir a los ciudadanos en enemigos.”⁷¹

Sin embargo, no sólo en el ámbito judicial es posible encontrar reflejada la opinión de la Defensoría respecto del agente revelador, también podemos encontrar opiniones de miembros de este organismo en diversas publicaciones que orientan sus críticas en el mismo sentido. En esta línea, se

⁷⁰ SCS Rol: 2958-2012, fecha de ingreso: 13-04-12. [en línea] <<http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>>

⁷¹ GARCÍA M., Francisco. (2014). *Agente revelador, derecho penal del enemigo y fallos de la Corte Suprema*. Revista de la Defensoría Penal Pública, Volumen 10, “Ley 20.000 y debate sobre drogas.” Pág. 31.

encuentra el parecer del señor Roberto Vega Taucare, abogado de la Defensoría en la región de Antofagasta, quien si bien reconoce la legalidad del agente revelador, no escatima en asociarlo a un sujeto provocador e instigador de un hecho típico: “En este escenario, surge desde la ciudadanía movilizada la denuncia de los denominados infiltrados, que son claramente contrarios a las leyes procesal y penal. En doctrina, a ellos se les denomina agentes provocadores (diversos al agente revelador, muy utilizado en el combate a la droga y cuya existencia es del todo legal), los que deben ser desterrados de un ordenamiento jurídico democrático, pues ello da origen al denominado delito provocado, que violenta los principios de legalidad y respeto a la persona y su libre determinación, además de privar al órgano persecutor de elementos probatorios.”⁷² Su crítica en relación con la existencia de estos métodos investigativos, agente revelador y agente encubierto, en estados democráticos donde impera el Estado de Derecho no es una crítica puntual, sino que es recogida por una parte de la doctrina que reconoce esta constante tensión entre el deber de investigar del ente persecutor y las garantías fundamentales que deben primar en un Estado de Derecho.

Más recientemente encontramos la publicación “Agente revelador, derecho penal del enemigo y fallos de la Corte Suprema” del año 2014. El autor de este texto, Francisco García M., abogado de la Unidad de Estudios de la Defensoría Regional Metropolitana Norte, busca resumir los cuestionamientos que existen respecto a la figura del agente revelador y

⁷² Vega Taucare, Roberto. “*Instrumentos apropiados*”. Columna de opinión publicada en el Mercurio de Antofagasta. 10 de agosto de 2011. [en línea] http://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/3104/instrumentos-apropiados. [Consulta noviembre de 2016]

analiza dos sentencias recientes de la Corte Suprema en las cuales se evidencian dichos cuestionamientos. Para él, los problemas respecto a esta figura investigativa se centran en la proximidad que existe entre el agente policial que obtiene pruebas por este medio y aquel sujeto que instiga a la comisión de un delito que no se pensaba cometer. En este sentido señala que: “El cuestionamiento radica, grosso modo, en el tránsito efectuado desde la detección de delitos y detención consecuente de los hechores por agentes del Estado, a la participación –más o menos activa- de éstos en la realización de las conductas típicas. En otras palabras, se previene la conversión del agente revelador (y del agente encubierto) en un agente provocador del hecho típico.”⁷³ Posteriormente, el abogado García M. concluye de forma similar a su par de la región de Antofagasta, en el sentido que la constante búsqueda de una delimitación de estas medidas investigativas se funda, justamente, en el respeto por las garantías de los sujetos investigados, así “constado que sea el carácter excepcional y extraordinario de la institución, emerge la necesidad de analizar cuidadosamente su corrección y adaptación a las normas generales que resguardan los derechos y garantías de los ciudadanos.”⁷⁴ Finalmente, el autor culmina con una conclusión que si bien no realiza en nombre de la Defensoría, sí parece representar perfectamente lo que, según se entiende, sería la opinión de dicho organismo público frente al agente revelador: “como conclusión, las facultades entregadas en el artículo 25 de la Ley N° 20.000 son susceptibles de serios reparos desde el prisma del Estado de Derecho, pues no sólo generan riesgos concretos de afectación de garantías básicas de los ciudadanos, sino que además colocan al Estado en situación de participar en actuaciones delictivas bajo la justificación de

⁷³ GARCÍA M., Francisco. Op. Cit. Pág. 28.

⁷⁴ *Ibíd.* Pág. 29.

intentar contenerlas.”⁷⁵

En conclusión, la posición de la Defensoría Penal Pública respecto de esta materia se condice con su función dentro del nuevo proceso penal. En este sentido, identifica en primer lugar, este método investigativo como una práctica susceptible de serios reparos desde la óptica del Estado de Derecho, principalmente, por la eventual vulneración de garantías fundamentales que trae aparejada la utilización de medidas intrusivas que sólo encuentran justificación en el marco de una Ley de Drogas bastante permisiva, la cual, desde el punto de vista de la Defensoría, privilegia la persecución penal de un delito que trae aparejado altos costos para el Estado por sobre los derechos de los sujetos investigados.

En el entendido de que su utilización cuenta con un sustento normativo expreso en la Ley N° 20.000, el accionar de la Defensoría se inclina por velar el cumplimiento de los requisitos que impone la ley, los cuales, de una u otra forma, permiten una publicidad restringida respecto de la actuación del agente revelador. Así, habiendo norma positiva expresa a favor de esta medida investigativa, la Defensoría ha optado, principalmente, por exigir un control severo de su uso en tribunales y, de un tiempo a esta parte, ha puesto en manos de nuestro máximo tribunal la labor de contener el uso irrestricto del agente revelador en nuestro país.

⁷⁵ Op. Cit. Pág. 31

CAPÍTULO 5: El agente revelador en el derecho comparado.

Para efectos de cerrar correctamente el análisis del agente revelador es necesario conocer el tratamiento que recibe esta herramienta investigativa en el derecho comparado. Como veremos durante el desarrollo de este capítulo, existen diversas realidades en el derecho comparado respecto de esta figura. Por una parte, existen países donde la situación es similar a lo que ocurre en nuestro país, existiendo recepción normativa expresa, en cambio en otros el agente revelador tiene sólo una construcción jurisprudencial y, finalmente, también encontramos algunos sistemas en los que esta figura no cuenta con una amplia aceptación.

Como ya analizamos al comienzo de este trabajo, la situación actual por la que atraviesa el Derecho Penal en Chile, lejos de constituir un fenómeno aislado, más bien responde a un interés mundial por combatir efectivamente la delincuencia, sobretodo en estas materias, altamente nocivas al interior de las sociedades. La incorporación de métodos investigativos más agresivos, y esta aparente relativización de garantías político criminales de los sujetos pasivos de la persecución penal, representan una nueva etapa del Derecho Penal imperante a nivel mundial, que surge en respuesta a nuevos tipos de criminalidad organizada de amplio alcance en la sociedad. Por lo tanto, es en este contexto en el que se desarrolla la incorporación del agente revelador a las legislaciones de aquellos Estados que serán analizados en este capítulo.

5.1. Instrumentos internacionales.

En primer lugar, veremos escuetamente los esfuerzos que han

realizado las principales organizaciones de Estados para combatir la moderna delincuencia para, posteriormente, adentrarnos en la situación del agente revelador en ciertos Estados específicos, que despiertan interés por su especial tratamiento a esta figura.

Ya en el año 1988, durante el desarrollo de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, se comenzó a evidenciar la necesidad urgente de los Estados miembros de introducir nuevas herramientas investigativas para hacer frente a esta nueva criminalidad organizada, que desgastaba su soberanía y atentaba sistemáticamente contra el Derecho nacional.⁷⁶ A nivel internacional, recién el año 2000, durante la discusión de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se comenzó a hablar de “Técnicas Especiales de Investigación” (TEI) entre las cuales destacaban las entregas vigiladas, principalmente de carácter internacional, y las operaciones encubiertas.

En la Unión Europea, por su parte, el antecedente más reciente relativo al uso de TEI se puede encontrar en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea del año 2000. En dicho texto se regulan las investigaciones encubiertas (art.14 y ss.) y las entregas vigiladas de sustancias prohibidas (art.12), las formas en que deben desarrollarse y, principalmente, la cooperación entre los países miembros.

⁷⁶ Si bien se cita esta Convención como referencia de la manifiesta necesidad mundial por hacer frente de forma efectiva al tráfico de drogas, como resultado de la misma sólo se obtuvo la incorporación de las Entregas Vigiladas, y de forma no vinculante.

En general y, con el paso del tiempo, el sentimiento generalizado de los diversos Estados miembros de estos organismos internacionales se manifestó en la necesidad de incorporar nuevas herramientas investigativas para hacer frente a delitos de alta complejidad que tornaban ineficaces los medios tradicionales. En este contexto comenzaron a surgir las legislaciones nacionales que incorporaron principalmente al agente encubierto, informantes y entregas vigiladas, pero que, como veremos a continuación, dejaban la regulación del agente revelador a la doctrina y la jurisprudencia.

5.2. Argentina: jurisprudencia reacia y legislación en proceso.

Para efectos de situar el rol que juega nuestro país en Sudamérica con respecto a esta materia, comenzaré analizando la situación del agente revelador en nuestro vecino país, Argentina.

En la actualidad se encuentra vigente la Ley de Estupefacientes Argentina⁷⁷, la cual data del 10 de octubre del año 1989. En la normativa original no existía referencia a técnicas de investigación como la aquí en estudio. Tuvieron que pasar más de cinco años para que la persecución de delitos asociados a esta Ley pudiera contar con herramientas más efectivas. Fue así como el 9 de enero de 1995 se promulgó la Ley N. 24.424 que, entre otras materias, incorporó a la Ley de Estupefacientes el artículo 31 bis, el cual establece lo siguiente: “Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por

⁷⁷ Ley 23.737. “Ley de Estupefacientes Argentina”. 10/10/1989.

resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta:

- a. Se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de delitos previstos en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero.
- b. Participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero. (...)"

Aparece a la vista, de la sola lectura de este artículo, que el legislador argentino optó por no incorporar al agente revelador en la lucha contra el narcotráfico. Existe, en esta modificación legal, la clara intención de mejorar las herramientas de las fuerzas de seguridad para efectos de facilitar la persecución penal de estos delitos. Se incorpora la figura del agente encubierto para aquellos casos especialmente mencionados en esta Ley, con fines especificados expresamente y siempre que dichas finalidades no pudieran ser logradas de otro modo. Además, se señala expresamente la necesidad de contar con autorización del juez, la cual, a su vez, debe ser fundada.

Consiguientemente, a pesar de ser una legislación de drogas que parece incorporarse dentro de este contexto de dotar de herramientas efectivas a los persecutores, a costa de la restricción de ciertos derechos que parecen ceder en el marco de esta nueva política criminal imperante, no es posible encontrar en dicha regulación referencia alguna al agente revelador. Por lo tanto, en este sentido, nos corresponde averiguar si la jurisprudencia ha tomado posición frente a esta figura.

La jurisprudencia argentina demuestra cierta tendencia en su interacción con el agente revelador. La disposición de los tribunales de este país de negar la facultad a las policías para actuar como agentes reveladores tiene una clara correlación con la confusión que existe de esta figura con la de un agente provocador. Así, para citar un caso emblemático en esta materia y que ha servido de antecedente para fallar en causas similares, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina toma posición contra esta herramienta en el fallo “Fiscal con Fernández” en el que expresa con firmeza que “(...) la conformidad con el orden jurídico de agentes encubiertos requiere que ese agente se mantenga dentro de los principios del estado de derecho, lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente”.⁷⁸

Cabe destacar que los principales fallos en los que el máximo tribunal de dicho país asume una postura crítica frente al agente revelador se relacionan con delitos asociados a propiedad industrial, esto es, delitos marcarios en los que se constata la venta de productos falsificados, principalmente ropa y calzado, y en esta situación se busca la manifestación del delito por medio de la compra realizada por un policía, que haría las veces de agente revelador. Así, en noviembre del año 2009, la Corte anuló la prueba obtenida por medio de un agente revelador, y de todo lo obrado en consecuencia, esgrimiendo en sus argumentos finales lo siguiente: “Queda claro que lo actuado por el personal policial supera el marco y propósito de la investigación toda vez que fue más allá de los límites a los que debe ceñirse su actuación, *ya que ha superado su función para asumir la de provocador*

⁷⁸ CSJN, Fallos 313:1305 “Fiscal c/ Fernández”.

del injusto, figura que además de no encontrarse tipificada en nuestra legislación cuenta con el repudio del máximo tribunal de justicia de nuestro país.”⁷⁹

Con anterioridad, el año 2007, la Corte ya se había pronunciado en el mismo sentido en un caso similar, venta de vestuario falsificado, en el cual la defensa de Gustavo Levy solicita la nulidad de todo lo actuado por la policía, fundada en que el funcionario policial procedió como agente provocador. En dicho fallo emblemático la Corte determinó que “de modo consecuente con todo lo expuesto precedentemente, puede concluirse que el agente provocador resulta incompatible con normas fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, mientras que la herramienta del agente encubierto se encuentra limitada en sus posibilidades de implementación a ciertos delitos y bajo condiciones muy excepcionales.”⁸⁰

Si bien es cierto no existe recepción normativa ni jurisprudencial que facilite el uso del agente revelador en el Derecho argentino, sí es posible constatar esfuerzos legislativos recientes en este ámbito. El primero de junio del presente año la Cámara de Diputados de la nación vecina aprobó el proyecto de Técnicas Especiales de Investigación (TEI) para efectos de facilitar la persecución de delitos de alta complejidad. Este proyecto, si bien suscitó importantes discusiones, en definitiva contó con amplio apoyo durante este trámite legislativo, siendo aprobado por 129 votos a favor, 9 en

⁷⁹ Agente provocador. Evidencia colectada mediante proceder ilegítimo. Nulidad de lo actuado. Debido proceso. Fallo CSJN. [en línea] <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00022/00035112.Pdf>

⁸⁰ Disponible en línea: <http://www.iestudiospenales.com.ar/procesal-penal/nulidades-e-inadmisibilidades-probatorias/jurisprudencia-nacional/891-distincion-entre-agente-encubierto-y-agente-provocador-nulidad-de-todo-lo-actuado-por-el-personal-policial-por-tratarse-de-actividad-propia-de-la-ultima-categoria.html>

contra y 3 abstenciones. Al recoger impresiones de los parlamentarios argentinos, destaca la visión que se tiene respecto de nuestro país como pionero en la incorporación de estas medidas. Así, la diputada trasandina Graciela Burgos enfatizó que “Las TEI hace tiempo se aplican a nivel mundial, por ejemplo en Estados Unidos, Alemania, Chile y Perú.”⁸¹ Así mismo, uno de los medios de comunicación que recoge esta noticia “El Clarín” indicó respecto del proyecto de TEI que “el proyecto crea las figuras del agente encubierto, un policía que ocultando su identidad se infiltra en las organizaciones criminales, con el fin de identificar, detener, o impedir un delito. *El agente revelador también es un miembro de fuerzas de seguridad que simula interés en hacer un transporte, compra o consumo de bienes, personas, armas o drogas, o participar de cualquier otra actividad criminal, para identificar a los implicados y detenerlos.*”⁸²

En conclusión, en Argentina no es posible encontrar regulación expresa referente al agente revelador. Esta situación ha generado una serie de impedimentos para el ente persecutor, los que guardan estrecha similitud con aquellos que existían en nuestro país cuando dicha figura no encontraba legitimación en la norma positiva. La postura de la jurisprudencia, reacia a permitir el uso de esta herramienta, y a validar en juicio la prueba obtenida por este medio, debería solucionarse con la incorporación del agente revelador en la Ley, lo cual, según parece, debería ocurrir en el corto plazo una vez que el proyecto de TEI supere todos los trámites legislativos.

⁸¹ *Diputados aprobó el proyecto que crea la figura del agente encubierto.* En Clarín Política. 01 de junio de 2016. [en línea] <http://www.clarin.com/politica/Diputados-proyecto-figura-agente-encubierto_0_1587441451.html> [Consulta septiembre de 2016]

⁸² *Ibíd.*

5.3. España: amplio desarrollo doctrinal.

Una vez conocida la situación jurisprudencial y legislativa en que se desenvuelve el agente revelador en Argentina, corresponde conocer el desarrollo de este medio investigativo en un país europeo con amplia doctrina en esta materia.

España es uno de los países en que mayor desarrollo doctrinal ha tenido la figura del agente revelador. Los tratadistas y la jurisprudencia española suelen denominar a esta figura como agente provocador, siempre distinguiendo entre el delito provocado, cuya punibilidad es bastante cuestionable, y el caso muy distinto en que el agente provocador busca descubrir situaciones delictivas que ya existían previamente, y respecto de las cuales existe el deber estatal de reprimir. Sin embargo, como veremos a continuación, la mayoría de los estudios publicados en esta materia son enfocados desde la perspectiva del Derecho Penal sustantivo, no así desde la óptica del Derecho Procesal Penal.

La situación actual del agente revelador en dicho país queda muy bien retratada por Núñez y Guillén, quienes resumen: “En España, no obstante, al no contemplarse dentro de la regulación positiva, son los tratadistas de la Parte General del Derecho Penal y la jurisprudencia los que –con mayor precisión- describen el contenido material y contorno del agente provocador, tomando como punto de partida la realidad criminal.”⁸³ Es decir, los métodos tradicionales de investigación han cedido frente a la nueva criminalidad organizada, obligando al ente persecutor a hacer uso de técnicas de investigación encubiertas como serían el agente encubierto,

⁸³ NÚÑEZ, Miguel Ángel y GUILLÉN, German. Op. cit., p. 146.

agente revelador y el informante.

En el caso de España vemos que el agente revelador no cuenta con recepción legal expresa pero, a diferencia del caso argentino, en España la jurisprudencia está conteste en aceptar la utilización de esta herramienta para la investigación de algunos delitos y bajo ciertos requisitos copulativos. Así lo destacan los autores citados en el párrafo anterior, quienes destacan que “si bien es cierto, la figura del agente provocador es un medio de investigación que no goza de un reconocimiento legal; no menos cierto es que en la práctica jurisprudencial goza de gran aceptación.”⁸⁴

Cabe destacar la posición del ente persecutor español frente al agente revelador. Lógicamente la Fiscalía General del Estado propenderá a la defensa de esta herramienta y de esta forma facilitar el cumplimiento de sus funciones. Así lo manifestó en la consulta 1/1981, mediante la cual hace eco de resoluciones de los tribunales de dicho país, en los cuales se vela por diferenciar el delito provocado de aquellos en que la policía busca la manifestación de un delito ya cometido: “no se sujetan a este tratamiento -de delito provocado-, con lo que hay responsabilidad para el provocado, aquellos casos en que la provocación vaya encaminada a descubrir delitos ya cometidos (Sentencias de 18 de abril de 1972, 2 de febrero de 1973, 18 de abril y 14 de junio de 1975), sobre todo cuando se trate de infracciones de tracto sucesivo, naturaleza que debe asignarse al tráfico de estupefacientes, y el agente provocador es un funcionario de la Policía Judicial, que, simulando ser comprador, persigue en realidad averiguar los canales a través de los cuales se venía difundiendo la droga por vastas organizaciones. Esta doctrina

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 145.

es, por lo demás, aplicable, como dice la Sentencia de 18 de abril de 1975, a aquellos supuestos que, no por presentar perfiles de más modesto alcance, dejan de ofrecer igual persistencia en la conducta y consiguiente peligrosidad para la salud pública. Además, la conducta del provocado es sancionable en todo caso si se obtiene la convicción de que el supuestamente provocado era un <<omnímodo facturus>>, es decir, estaba ya resuelto a cometer el delito, manifestándose así la provocación como gratuita (Sentencia de 14 de junio de 1975).” En definitiva, ya hace más de 25 años el principal órgano estatal español encargado de la persecución penal señalaba la importancia de legitimar el uso del agente revelador, e impedir su confusión con el delito provocado. Es más, destaca la relevancia de esta herramienta en investigaciones asociadas al tráfico de drogas, identificándolo como el delito de tracto sucesivo por excelencia, y respecto del cual parece ser más efectiva la utilización del agente revelador.

Es importante destacar los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales realizados en España por delimitar la figura del agente policial que provoca un delito con la finalidad de obtener pruebas de delitos previamente cometidos, respecto de lo que se conoce en doctrina como delito provocado. En este sentido, el destacado penalista español Luis Felipe Ruiz Antón revela uno de los graves errores en los que suelen incurrir los tribunales de dicho país, esto es, que “con frecuencia, los hechos objeto de valoración penal por el juez –hechos probados– son única y exclusivamente los relativos al último acto provocado por los servicios policiales, no existiendo sobre las anteriores actividades delictivas (incluso en los casos de tenencia con el fin de traficar o aunque se trate de un delito de tracto sucesivo) mayores indicios que los previos a la provocación policial (...) Cuando tal

sucedan, en realidad estamos ante un genuino delito provocado y esto sucederá cuando, a pesar de la intervención policial, sobre las anteriores actividades delictivas no haya más indicios que los previos a la provocación, porque ésta no contribuyó en absoluto a acreditar las anteriores actividades criminales”.⁸⁵

Como indicamos al comienzo de este trabajo, uno de los aspectos más relevantes para limitar y distinguir el concepto de agente revelador del delito provocado consiste en fundar el uso de esta medida en la necesidad de poner de manifiesto una actividad delictual preexistente. Es por esto que su utilización en delitos de tracto sucesivo es tan recurrente y cuenta con tanta aceptación para efectos de investigar el tráfico de estupefacientes. Bien resume esta condicionante el abogado español Juan Revello de Toro Cabello, quien desarrolla ampliamente la provocación policial en España, y señala en específico que “la jurisprudencia, ya lo hemos visto, acepta válidamente una actuación así producida en tanto que en estos casos ha venido entendiendo que al tratarse de un delito de mera actividad, la sola y previa posesión de la droga pre ordenada al tráfico va a resultar acreditada por el acto provocador causado por el agente policial, poniendo en evidencia que el investigado tiene droga en su poder y está dispuesto a traficar con ella.”⁸⁶

El derecho español reconoce entonces esta gran limitante para dotar de validez a la prueba obtenida por medio del agente revelador, es más, es la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, proclive a aceptar su

⁸⁵ RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. Op. Cit. p. 224.

⁸⁶ REVELLO DE TORO CABELLO, Juan. “La delimitación entre provocación policial y delito provocado.” Universidad Internacional de Andalucía, 2013, p. 21.

utilización, quien ha rechazado la imputación penal por encontrarse ésta motivada únicamente en el acto final de venta de droga al policía que hace las veces de agente provocador. De esta forma, el máximo tribunal español optó por desestimar la acusación de tráfico en la Sentencia del 20 de febrero de 1991 fundamentando que “el relato fáctico de la sentencia no aparece que haya quedado probada una anterior dedicación al tráfico o actividades preexistentes sino meros indicios o sospechas, ya que lo único probado y objeto de valoración penal por el Juez es la concreta operación de venta que motivó la condena.” Por lo tanto, como elemento determinante para que prospere en los tribunales españoles la imputación penal fundada en probanzas obtenidas por medio de un agente provocador debe existir una actividad criminal previa y, en definitiva, no someter a valoración judicial únicamente el último acto para efectos de determinar su culpabilidad, en este último caso estaríamos frente a lo que la doctrina reconoce como delito provocado, por lo tanto impune.⁸⁷

El tratamiento de la figura del agente revelador en España alcanza incluso al Tribunal Constitucional, quien, si bien no desarrolla la legitimidad de esta medida en el derecho español, ya en el año 1975 manifiesta la

⁸⁷ La impunidad del sujeto provocado a delinquir es un tema más bien asociado al Derecho Penal sustantivo y, por ende, no es materia central de este trabajo, pero la jurisprudencia española igualmente está conteste en fallar su impunidad. Esta posición jurisprudencial queda perfectamente retratada por RUIZ ANTON quien señala que “En tales casos <<falta la tipicidad y la culpabilidad, ya que se llega a la conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiera sido por la provocación previa y eficaz del agente desencadenante>> (S.T.S. 1.147/1993, de 22 de mayo; véase también S.T.S. 2.906/1993, de 22 de diciembre). O, si se prefiere: el delito provocado <<no merece sanción penal porque carece de realidad, al constituir una mera ficción que no entraña ni lesión ni peligro del correspondiente bien jurídico protegido, ya que la situación se encuentra en todo momento bajo control del funcionario que actuó de agente provocador>> (S.T.S. de 4 de marzo de 1992).”

distinción entre el delito provocado y el agente policial que hace las veces de agente revelador “en que no se trata de provocar la comisión de un delito, sino de descubrir otros ya cometidos, matización especialmente aplicable a ciertos delitos de tracto sucesivo.”⁸⁸

Como es posible apreciar, España es uno de los países donde la figura del agente revelador cuenta con mayor desarrollo, tanto doctrinal como jurisprudencial. Sin embargo, llama la atención la ausencia de regulación legal en la materia. En la legislación procesal penal española cuenta con reconocimiento expreso la figura del agente encubierto, en términos similares a los que se encuentran vigentes en Chile. La Ley de Enjuiciamiento Criminal trata en su artículo 282 bis al agente encubierto y su respectiva causal de eximición de responsabilidad, exigiendo autorización fundada del Juez Instructor para poder ser realizada, de esta forma “el plus de lesividad para ciertos derechos fundamentales (entradas y registros, secreto de las comunicaciones, derecho a la defensa) quedará justificado por la previa autorización judicial que debe solicitarla el agente encubierto.”⁸⁹ Lo anterior conlleva a que sea imposible subsumir al agente revelador dentro de las funciones de un agente encubierto, ambas herramientas son de carácter autónomo y reconocen diferencias sustanciales como la autorización judicial previa o la posibilidad de que el agente revelador no sea un oficial de la policía sino un civil actuando como colaborador.

En conclusión, es llamativa la situación en que se encuentra el agente revelador en España. Esta herramienta investigativa es pródigamente tratada por los juristas españoles. De la misma forma, es ampliamente aceptada su

⁸⁸ Tribunal Constitucional. S.T.S. 14 de junio de 1975.

⁸⁹ REVELLO DE TORO CABELLO, Juan. Op. cit., p. 26.

utilización por la jurisprudencia del Tribunal Supremo e, incluso, teniendo sentencias favorables del Tribunal Constitucional. El académico Luis Felipe Ruiz Antón resume perfectamente la distinción principal realizada por los tribunales españoles y que determinan la validez de esta figura no incorporada en la legislación positiva, e indica que “en definitiva, y a modo de síntesis, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el delito provocado surgiría como consecuencia de que el agente provocador induce a un tercero a realizar un delito que de otro modo no se habría llevado a cabo; por el contrario, en los caso de intervención de un agente de policía encubierto, la decisión de delinquir ya existiría previamente en el tercero, por lo que la actuación policial tan sólo persigue el descubrimiento del delito ya cometido previamente.”⁹⁰ Por lo tanto, lo que parece ser una jurisprudencia constante del Tribunal Supremo español tendiente a permitir el uso del agente revelador con la finalidad de obtener pruebas, principalmente en la persecución de delitos de tracto sucesivo, ha permitido al Derecho español prescindir de una regulación expresa de esta figura y aun así reconocer elementos que validan su utilización.

5.4. Estados Unidos: el concepto de “entrapment”.

Estados Unidos aparece para todos como el país emblema de la persecución penal del tráfico de drogas. La lucha constante de este país por impedir el tráfico de estupefacientes los ha llevado a crear agencias policiales especializadas, como la DEA, y a dotar a dichos funcionarios de herramientas efectivas. Sin embargo, la figura del agente encubierto y el agente revelador en dicho país son previos al fenómeno del narcotráfico.

⁹⁰ RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. Op. cit., p. 222.

A modo de síntesis, el jurista argentino Mario Montoya resume la evolución histórica de las herramientas de investigación encubiertas en Estados Unidos, indicando que su utilización se remonta a 1791 con la Agencia Pikerton, quienes infiltraban a sus miembros en las bandas que atemorizaban el medio oeste. Posteriormente, una vez superada la guerra civil en dicho país, el agente encubierto comenzó a utilizarse en el Departamento del Tesoro y en las oficinas postales, para hacer frente a delitos que se estaban volviendo recurrentes y que significaban un alto costo para el Estado, estos son, la falsificación de moneda y la sustracción de correos. Finalmente, se data su incorporación a las herramientas de investigación del F.B.I. en el año 1930.

Ahora bien, respecto de este país, lo que es significativo para los objetivos de esta investigación es un argumento que se ha vuelto recurrente en la defensa de los acusados, y que ha tenido amplia aceptación por la jurisprudencia estadounidense. Nos referimos al concepto del “*entrapment*”. Mediante esta figura, es posible realizar la conexión con el agente provocador español, más bien, con lo que la doctrina y jurisprudencia española reconoce como delito provocado. Así, se puede establecer cierta concordancia con la jurisprudencia española, en cuanto se puede utilizar este entrampamiento en la medida que se funde en antecedentes delictivos previos y conste que la voluntad de cometer el delito en cuestión es previa a la intervención del funcionario policial, en estos casos, el sujeto investigado estaría siendo conducido a una trampa para cometer un delito que normalmente no habría cometido.

Se suele indicar el establecimiento del *entrapment* como argumento válido para exculpar a los acusados recién en el primer cuarto del siglo XX,

asociado principalmente a los abusos de funcionarios policiales que reprimían a infractores de la ley seca. Con el correr de los años se fue sofisticando esta defensa y se vislumbraron, en los tribunales estadounidenses, argumentos no sólo de carácter dogmático, sino más bien se estructuraron defensas fundadas en las enmiendas constitucionales. El comienzo de estas argumentaciones se fundó, sin mucho éxito, en la Cuarta Enmienda, la cual establece la protección contra registros y aprehensiones arbitrarias. De esta forma es posible encontrar jurisprudencia de la Corte Suprema⁹¹ en que la defensa invoca la Cuarta Enmienda, por utilizarse en su contra medidas investigativa encubiertas y provocaciones delictuales injustificadas y que, por lo tanto, debiera declararse la absolución de los imputados. Sin embargo, el máximo tribunal de Estados Unidos consideró legítimo el actuar policial negando en la mayoría de los casos una afectación de la cuarta enmienda, permitiendo el uso de estas medidas en términos bastante amplios. Posteriormente se intentó, sin mucho éxito, esgrimir una vulneración de la Quinta Enmienda como argumento para lograr la exclusión de la prueba obtenida por medio del agente revelador y encubierto. Esta enmienda constitucional enaltece el debido proceso. Así, en el caso “Hampton v.s. United States”, en el que la imputación penal de tráfico de estupefacientes se fundaba principalmente en una transacción con agentes del gobierno, la Corte Suprema resolvió que el concepto de justicia inherente al debido proceso impide exculpar al acusado que efectivamente cometió el delito, independiente del accionar de la policía.

⁹¹ Véase: “López v.s. United States” 373. U.S. 427,446 (1963); “Hoffa v.s. United States” 373. U.S. 1024 (1966); “Lewis v.s. United States” 382 U.S. 1024 (1966).

En consecuencia, el argumento netamente conceptual o aquel fundado en la vulneración de las enmiendas constitucionales, históricamente cedieron ante la imperiosa necesidad estatal de luchar contra una criminalidad organizada en aumento y en constante empoderamiento. De esta forma, las defensas debieron orientarse en otro sentido y se optó, en definitiva, por limitar el uso de agentes encubierto y reveladores distinguiéndolos de una instigación delictual, dando surgimiento al concepto de “*entrapment*” propiamente tal. Es así como, en los tribunales de la nación norteamericana se comenzó a implementar un test mediante el cual se ponía a prueba el accionar policial. La jurista argentina Paola Castelli resume esta realidad de la siguiente forma: “Las Cortes americanas han desarrollado dos tests sobre el accionar policial. El *objetivo* se centra sobre la conducta policial e investiga si tal comportamiento induciría a una persona que normalmente evitaría cometer un crimen, a ceder a la tentación de perpetrarlo. El *subjetivo*, surge cuando la policía influye en la mente inocente del acusado para que cometa un crimen, de modo que este surge de la conducta del funcionario y no de la libre voluntad del autor, que es realmente inocente y no puede ser condenado.”⁹² El principal precedente del “*entrapment*” propiamente tal surge en 1932, cuando la Corte Suprema reconoce que en la causa “Sorrels vs. United States” el imputado no habría cometido el crimen de no ser por la instigación de un agente provocador, el cual lo hizo caer en esta especie de trampa. Sin embargo, el reconocimiento del “*entrapment*” por parte de los tribunales de Estados Unidos no es unánime, ni tampoco sostenido en el tiempo. Así, por ejemplo, en el caso “Russel vs. United

⁹² CASTELLI, Paola. (2007). “Tácticas y estrategias en la figura del agente encubierto.” [En línea] <http://paolacastelli.blogspot.cl/2007/04/tcticas-y-estrategias-en-la-figura-del.html>

States” la misma Corte resolvió que la infiltración de agentes policiales estaba permitida, y que en el contexto de estas actividades podrían realizar actuaciones tendientes a la manifestación o concretización del acto criminal, además, como la misma autora argentina destaca, la Corte Suprema relevó que la defensa del “*entrapment*” no tiene rango constitucional.

A modo de conclusión, podemos reconocer en Estados Unidos una tendencia histórica por validar herramientas investigativas más intrusivas, como el agente encubierto o el agente revelador. La jurisprudencia de dicho país ha tendido a excluir de responsabilidad a aquellos funcionarios policiales que cometen delitos o instigan a su comisión en el desempeño de su función, y a aceptar, dentro del proceso penal, la evidencia obtenida por estos medios.

La relevancia que ha adquirido el crimen organizado en este país y la potente lucha librada contra el narcotráfico, han terminado por validar en tribunales medidas de investigación que faciliten la persecución de este tipo de delitos. Sin embargo, en respuesta al empoderamiento de las policías y las amplias atribuciones con las que funcionan se posicionó en la defensa de los imputados el concepto del “*entrapment*”, asociado principalmente a aquellos policías que instigan a cometer un delito que el imputado no habría cometido sin su intervención, provocando en definitiva al sujeto, y haciéndolo caer en una trampa. Si bien este concepto no ha contado con unánime aceptación, efectivamente aparece como un argumento potente al momento de excluir prueba obtenida de esta forma y, posteriormente, solicitar la absolución de los imputados provocados, fundamentos que a su vez han tenido cierta aceptación por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos. Por último, el concepto desarrollado por los abogados defensores de dicho país y popularizado como “*entrapment*” guarda estrecha relación con

lo que en doctrina se conoce como delito provocado, ampliamente desarrollado en España, y que tiene como fundamento principal la instigación, ya sea de un funcionario policial o un civil, a cometer un delito que, sin su intervención, el sujeto provocado no habría realizado. Es por esto que la provocación policial válida para efectos de obtener pruebas, se concentra en la investigación de delitos de tracto sucesivo en los que la intervención policial es necesaria para manifestar una situación delictual preexistente.

5.5. Contexto del agente revelador en el derecho comparado.

Como pudimos apreciar al comienzo de este capítulo, la lucha contra el narcotráfico es una batalla que se libra en todo el mundo, y en la cual los diversos Estados han debido ir incorporando nuevas herramientas para combatir eficazmente una criminalidad cada vez más organizada y compleja.

En el marco de esta guerra contra las drogas es que se han incorporado en las regulaciones nacionales las Técnicas Especiales de Investigación, destacando las entregas vigiladas, las operaciones encubiertas y el agente revelador. El tratamiento de la figura del agente revelador, en particular, difiere bastante y no ha contado con la misma aceptación de las otras TEI destacadas.

Al no existir una instrucción general internacional relativa al agente revelador, podemos contextualizarlo en diferentes situaciones dependiendo del tratamiento que recibe en cada país. Así, reconocemos Estados en los que esta figura cuenta con recepción normativa expresa, como es el caso del agente revelador en nuestro país, especialmente regulado como medida

investigativa en el marco de la Ley de Drogas, entregando su definición, requisitos de procedencia y formalidades para su validez en juicio. Por otra parte, encontramos casos como el argentino, en cuya nación el agente revelador no cuenta con regulación expresa, como tampoco una amplia aceptación jurisprudencial. Pudimos verificar la resistencia de los tribunales de ese país a validar la prueba obtenida por medio de un oficial que haga las veces de agente revelador, generalmente fundados en el temor a que dicha figura se transforme, más bien, en un agente provocador de un delito, convirtiendo al Estado en cómplice de los delitos que busca impedir. Sin embargo, a su vez, pudimos constatar que existe un interés reciente por incorporar en la legislación argentina las herramientas conocidas como TEI para efectos de investigar delitos de alta complejidad, tomando como referencia incluso los avances de nuestro país en esta materia. Lo anterior debiera excluir los cuestionamientos penales a esta figura, para simplemente centrarse en los requisitos procesales que permitan incorporar al juicio la prueba obtenida por este medio.

En España la situación difiere a las analizadas previamente, ya que si bien el agente revelador no se encuentra regulado en forma expresa, como si lo está, por ejemplo, el agente encubierto, esta figura cuenta con una amplia aceptación jurisprudencia y doctrinal. Si bien los estudios respectos a esta forma investigativa se han desarrollado mayormente desde un punto de vista del Derecho Penal Sustantivo y no desde el Derecho Procesal Penal, que interesa para efectos de este trabajo, son bastante aclaratorios y orientan la utilización efectiva de la misma dentro de un proceso penal. Es más, han sido los tribunales y los juristas españoles los encargados de regular y limitar el uso de esta medida en dicho país. Existe una serie de publicaciones de

diversos expertos en la materia que tratan de limitar el uso de esta medida policial, identificándose como tendencia común el establecimiento como gran límite de legitimidad de esta medida su distinción respecto del delito provocado. La jurisprudencia de su máximo tribunal e, incluso, el Tribunal Constitucional han hecho eco de estas publicaciones y tomado para sí dichos argumentos, permitiendo y validando el uso de esta medida, siempre que su finalidad sea la manifestación de una situación delictiva previa, y la acusación no se funde únicamente en el hecho último del sujeto provocado. De esta forma evitan que el Estado se convierta en un provocador de delitos que, sin su intervención, no se hubieran realizado y, a su vez, impiden que los gobiernos seleccionen previamente a los eventuales delincuentes.

En último lugar analizamos lo que ocurre en Estados Unidos. Dicho país es paradigmático a la hora de analizar las facultades represivas de las policías, más aun cuando se refieren al combate del narcotráfico, lucha que desde un tiempo a esta parte, los gobiernos han considerado como primordial, en conjunto con el terrorismo.

En Estados Unidos, el uso de agentes reveladores se remonta a comienzos del siglo XX, por lo que su amplia aceptación en la actualidad no es motivo de sorpresa, como tampoco la natural respuesta de los entes encargados de la defensa de los imputados. Frente a una amplia e histórica recepción jurisprudencial del agente revelador en dicho país, comenzaron a surgir, en oposición, metodologías para frenar, en cierta medida, lo que a simple vista podía parecer el establecimiento de trampas, y la elección a la carta de los delincuentes por parte del Estado. Se configuraron diversas defensas fundadas principalmente en las enmiendas constitucionales que aseguraban a los ciudadanos estadounidenses una serie de derechos que se

verían vulnerados por el uso de este tipo de medidas investigativas, como serían el derecho a la privacidad o al debido proceso. Luego de un camino marcado por fracasos judiciales, los abogados defensores lograron dar con un concepto que recoge elementos de la doctrina internacional y que, luego de ser aceptado por los tribunales, vendría a configurar un importante límite para el uso de esta herramienta investigativa, esto es, el concepto de “*entrapment*”. Por consiguiente, se logró configurar una defensa en la cual se señalaba que debían existir antecedentes delictivos previos que justificaran el uso del agente revelador por las policías, de lo contrario su utilización sólo configuraría una trampa de la cual cualquier ciudadano podría ser víctima. Similar a la distinción española con el delito provocado, se buscó en Estados Unidos establecer un precedente mediante el cual se invalidara la prueba obtenida por medio de agentes reveladores que provocaban delitos, que no habrían sido cometidos de no ser por la instigación policial.

Finalmente, este capítulo intenta reflejar las diversas condiciones en las que se puede desarrollar esta medida investigativa. Para el cumplimiento de esta misión se tomó en consideración países representativos de las diversas realidades y de importante relevancia en el derecho comparado. Así, pudimos constatar que nuestro país se encuentra bastante avanzado en lo que a regulación de las TEI se refiere, en comparación incluso a países en los que se utiliza considerablemente más esta medida, como lo es Estados Unidos. A pesar de encontrarse en sistemas jurídicos distintos, no cabe duda de la importancia de regular expresamente el uso de medidas investigativas no tradicionales y, eventualmente, más invasivas, dado que existe amplio acuerdo en cuanto a la necesidad de su utilización para hacer frente a una

moderna criminalidad fuertemente organizada y ampliamente dañina. Pero, a su vez, nos parece esencial regular expresamente dichas herramientas para efectos de facilitar su uso en tribunales y dotarlas de legitimidad frente a la población, y para que por medio de discusiones legislativas representativas de diversas posturas se puedan configurar los límites que permitan su plena convivencia con un Estado de Derecho. Ésta parece ser la única forma de evitar los cuestionamientos penales a esta figura que alteren el fin principal del proceso. En este sentido, su regulación en forma expresa facilitará la labor de los jueces penales quienes, para efectos de validar la prueba obtenida por el agente revelador, sólo verificarán el cumplimiento de los requisitos procesales establecidos previamente al uso de la medida y, en los casos que falte alguno de dichos requisitos, excluirán la prueba que no fue obtenida ni incorporada conforme lo señalado en la legislación vigente. A continuación analizaremos, los principales efectos en el ámbito estrictamente procesal, del incorrecto uso de esta medida investigativa, para lo cual fue necesario determinar el marco regulatorio que la rige y delimitar el concepto mismo.

CAPÍTULO 6: Situación específica del Agente Revelador en el ámbito del Derecho Procesal y sus fines

Sobre la base de lo expuesto a lo largo de este trabajo, es posible concluir que la situación del agente revelador en Chile, si bien se encuentra en una posición mejorada en comparación a la situación previa a la dictación de la Ley N° 20.000, continúa presentando, en su utilización en la práctica investigativa y en su posterior incorporación al proceso, ciertas particularidades que hacen que la institución esté lejos de encontrarse exenta de polémica. Con el paso de los años, tanto la doctrina, la jurisprudencia, como los principales actores del proceso penal se han esforzado por regular esta medida investigativa para efectos de dotarla de legitimidad, evitando la vulneración de garantías de los intervinientes y, a su vez, transformarla en una herramienta realmente efectiva en la investigación de hechos constitutivos de los delitos tipificados por esta ley.

A nuestro parecer, estos esfuerzos sólo han fructificado desde un punto de vista del Derecho Penal. En otras palabras, con el paso del tiempo se ha ido dilucidando el rol que cumple el agente de policía que, autorizado previamente y dejando el debido registro de la actuación, hace las veces de comprador de droga para efectos de lograr la manifestación de la misma y la posterior detención del sujeto investigado. En este sentido, ya no caben dudas respecto a la exención de responsabilidad de la que goza dicho funcionario policial, y el marco de actuación que lo rige para que, en el ejercicio de su función, no se convierta en un instigador a cometer un delito que el sujeto investigado de otra forma no habría cometido.

De esta forma, las múltiples cuestiones penales surgidas en la práctica de esta diligencia investigativa, vinieron a ser dilucidadas y solucionadas desde la técnica legislativa en el ámbito penal.

Sin embargo, es importante advertir que la incorrecta utilización del agente revelador no sólo tiene consecuencias penales, ya sea en el sujeto investigado o en el policía involucrado ⁹³, sino que, además, tiene importantes consecuencias desde el punto de vista del derecho procesal, que se traducen en la eficacia del proceso penal para este tipo de ilícitos.

Durante este trabajo mencionamos que la inobservancia de los requisitos establecidos por las diferentes fuentes para el correcto uso del agente revelador trae como principal consecuencia su exclusión, por considerarse ilegal o ilícita. De esta forma, y como se adelantó, la consideración de ilícita de la prueba obtenida por medio de un agente revelador no sólo tendrá consecuencias penales, sino que también sus efectos se verán reflejados en el proceso. En este sentido, la consecuencia natural es que esta prueba sea excluida del proceso al momento de realizarse la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, en la cual será obligación del Juez de Garantía, entre otras, determinar las pruebas que se rendirán en el Juicio Oral.

6.1. Etapa intermedia del proceso penal y exclusión de prueba.

Para comprender de mejor forma los efectos procesales de un incorrecto uso del agente revelador es necesario explicar someramente la

⁹³ En el primer caso, se trataría de una eventual absolución del sujeto investigado por no contarse con la prueba necesaria para sostener la acusación. Mientras que, en el segundo, sería la eventual condena del funcionario policial es su calidad de instigador a cometer el delito.

etapa del proceso penal donde se manifiestan y adquieren relevancia, esta es, la fase intermedia o de preparación del juicio oral. Esta fase del proceso penal, como su nombre muy bien lo refleja, aparece entre la etapa de investigación y el juicio oral. Su principal función u objetivo dentro del proceso es “la delimitación precisa del objeto del juicio respecto de los hechos que serán debatidos y las pruebas que se presentarán para acreditarlos, es decir, todos aquellos aspectos de la controversia jurídico-penal que serán discutidos en el juicio y servirán de fundamento a la sentencia definitiva.”⁹⁴

En este sentido, uno de los momentos más relevantes de esta etapa, y más significativo para efectos de este trabajo, es el debate acerca de la prueba ofrecida por los intervinientes, el cual determinará el material probatorio que las partes podrán presentar durante la realización del juicio oral para solventar la acusación o la defensa, según corresponda. Es en esta audiencia en la que las partes pueden presentar las observaciones que estimen conveniente ante pruebas ofrecidas para, de esta forma, obtener la exclusión definitiva de la misma.

El juez de garantía será quien decidirá si el material probatorio ofrecido queda incluido o sale del proceso, ya sea porque la considera impertinente, superabundante o excesivo, dilatorio, porque su objeto apunta a la acreditación de hechos públicos o notorios, porque dicha prueba proviene de actuaciones o diligencias declaradas nulas o, finalmente, porque la misma fue obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales consagradas en nuestra Constitución.⁹⁵

⁹⁴ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. (2002). *Derecho procesal penal chileno* (1a. ed. (mayo de 2002). ed.). Santiago de Chile: Jurídica de Chile, p. 21.

⁹⁵ Código Procesal Penal, artículo 276.

Nuestro Código Procesal Penal se refiere a esta materia en el artículo 276 inciso tercero de la siguiente forma:

“Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales.”

Por lo que se puede apreciar, el legislador reguló en un mismo inciso lo que la doctrina tradicionalmente reconoce como prueba ilegal y prueba ilícita. Lo anterior cuenta con cierta lógica si consideramos que el efecto procesal de la declaración de ambas situaciones es idéntico. En el primer caso “estas situaciones deben resolverse por la vía de la nulidad procesal y, de esta manera, ser declaradas ineficaces, lo que conllevará los mismos efectos de ineficacia probatoria que la declaración de ilicitud con base en inobservancia de garantías fundamentales.”⁹⁶

De esta forma, la obtención de prueba mediante un agente revelador, que no reúna los requisitos señalados durante este trabajo, por ejemplo, que dicha diligencia no cuente con autorización previa del fiscal a cargo de la investigación, va a configurar una causal de nulidad de la diligencia y su consiguiente exclusión del juicio oral. Por otra parte, a lo largo de esta investigación indicamos la importancia de que la diligencia del agente revelador se realice dentro de los límites establecidos por el legislador y la jurisprudencia, ya que su apartamiento nos puede llevar a discusiones en tribunales respecto a la instigación a delinquir por parte del agente policial

⁹⁶ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. p. 191.

hacia el acusado, lo cual eventualmente puede desencadenar en la exclusión de la prueba obtenida por este medio por considerarse ilícita.⁹⁷

6.2. El agente revelador y la prueba ilícita.

Es en este punto donde se comienzan a apreciar los principales efectos del incorrecto uso del agente revelador. La consecuencia determinante para efectos del juicio es que la prueba obtenida por medio del agente revelador sea excluida del Juicio Oral. Ahora bien, si consideramos la importancia de este método investigativo en la lucha contra el narcotráfico, entenderemos aún mejor las consecuencias que puede acarrear el efecto procesal de exclusión de prueba.

Como bien mencionáramos, el agente revelador es sumamente efectivo para efectos de combatir el tráfico de estupefacientes a menor escala, lo que comúnmente conocemos como microtráfico, porque el persecutor puede obtener la prueba directa de la comisión del delito con la venta de droga que realiza el sujeto investigado al funcionario policial que hace las veces de agente revelador. Si bien no es recomendable que la imputación penal se funde únicamente en la prueba obtenida por este medio,

⁹⁷ Las razones que justifican la ineficacia de la prueba obtenida en forma ilícita son múltiples y diversas. Una correcta síntesis de esta materia es la del profesor Julián López Masle, quien lo resume de la siguiente manera: "A mi modo de ver, son tres los principales fundamentos para la ineficacia probatoria de la prueba ilícita: primero, la necesidad de evitar que las decisiones judiciales en materia penal se vean influenciadas por la presentación de prueba que no satisfice exigencias mínimas de credibilidad (criterio de confiabilidad de la evidencia); segundo, la necesidad de asegurar que las decisiones judiciales en materia penal no se basan en medios ilícitos (criterio de la integridad judicial), y tercero, la necesidad de disuadir a los agentes de la persecución penal pública de violar las garantías fundamentales en el curso de investigaciones criminales (criterio de la prevención o disuasión). HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. p. 181.

sino que el mismo funcione como un método de confirmación final de una investigación que lleva tiempo de desarrollo, de todas formas la exclusión de dicha prueba resultará fundamental para efectos de conseguir una sentencia condenatoria. Este caso, desde el punto de vista procesal no presenta mayores dificultades, ya que “en general, no existe discusión en cuanto a que debe ser excluida la prueba ilícita directa, esto es, la que se obtuvo con infracción de las garantías fundamentales, como lo es por ejemplo la confesión obtenida por medio de tortura.”⁹⁸

Los mayores conflictos se generan cuando, a partir de la prueba declarada ilícita y que, por lo tanto, debe ser excluida de este procedimiento concreto en el auto de apertura del juicio oral, emanan otras pruebas, esto es, el problema de la prueba denominada por la doctrina como prueba derivada o indirecta, ligada a la Teoría del Fruto del Árbol Envenenado, generada en la Jurisprudencia Norteamericana. En concreto, “en su esencia la prueba misma no tiene reproche de ilegalidad alguno (prueba ilegal: la producida con inobservancia de normas procedimentales) ni menos de ilicitud (prueba ilícita: la que contraría preceptos y garantías constitucionales), pero su origen está viciado.”⁹⁹ Como revisamos durante este trabajo, consta en la jurisprudencia que los argumentos para conseguir la exclusión de la prueba obtenida por medio del agente revelador se fundan principalmente en su ilegalidad, por no cumplir con alguno de los requisitos establecidos en la ley, o por ilicitud, cuando si bien cumple con las normas procedimentales establecidas para su validez, al momento de ser ejecutada no es posible distinguir el accionar policial para obtener prueba de una instigación a delinquir que vulneraría los derechos del sujeto investigado.

⁹⁸ MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. Op. Cit. p. 705.

⁹⁹ MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. Op. Cit. p. 705-706.

Los efectos procesales de la exclusión de prueba en la audiencia de preparación del juicio oral son aún más relevantes en los casos en que el agente revelador es utilizado como medio para obtener pruebas en el marco de una investigación de narcotráfico en grandes volúmenes, por ejemplo, si se utilizara para llegar desde las redes de distribución de drogas a su proveedor. En estos casos, en el evento de declararse la ilicitud de la prueba obtenida por un agente revelador usado incorrectamente al inicio de la investigación, es probable que el resto de las pruebas obtenidas y presentadas por el persecutor deriven de la primera declarada ilícita y, por ende, adopten la consecuente contaminación. En estos casos, como primera aproximación doctrinal al tema, existe acuerdo en la doctrina en cuanto a que la prueba derivada, vale decir, aquella que tiene un vínculo causal con la prueba originaria, resulta inaceptable por provenir de una actividad declarada ilícita, es decir, si el árbol está envenenado, sus frutos también lo estarán.

Sin embargo, la ilicitud de la prueba derivada admite ciertas excepciones o situaciones en que la doctrina estima que la misma puede ser admitida en el proceso. A continuación, veremos tres casos respecto de los cuales la doctrina está conteste en que la prueba no debe ser excluida del juicio, pese a provenir de una originalmente contaminada:

- 1) **La doctrina de la fuente independiente:** la declaración de ilícita de la diligencia del agente revelador invalidará la prueba obtenida por este medio. Pero si el persecutor llega a esa misma prueba mediante otras diligencias completamente válidas se “purgará” la ilicitud de dicha prueba y podrá ser incorporada en el auto de apertura del juicio oral. De todas formas, se suele señalar que esta doctrina no representaría una verdadera excepción a la teoría del fruto del árbol

envenenado, ya que en este caso la prueba (el fruto) fue obtenida por otros medios legales (otro árbol no envenenado) independientes de la prueba inicial declarada ilícita (árbol envenenado). Dicho de otro modo, no existe una vinculación causal entre la prueba originaria ilícita y la otra prueba posterior lícita.

- 2) **La doctrina del descubrimiento inevitable:** esta excepción nos señala que no debe excluirse una prueba derivada de otra ilícita cuando el resultado probatorio de la prueba original se hubiera obtenido *inevitablemente* con el curso normal de la investigación.¹⁰⁰ En este sentido, si se consiguiera por parte de la defensa la exclusión de la prueba obtenida por medio del agente revelador, por ejemplo la constancia de quienes eran los distribuidores finales de la droga, la misma podría ser eventualmente considerada, si en el marco de la investigación se habría llegado inevitablemente a los nombre de estos microtraficantes. Todo lo cual, sin duda, debería quedar correctamente acreditado.
- 3) **Principio de conexión o vínculo causal atenuado:** esta excepción “se relaciona con el vínculo entre la ilicitud y la producción de la prueba: hay elementos que hacen muy inconexa la ilicitud con la producción de la prueba y otros que la vinculan directamente.”¹⁰¹ Es decir, en este caso no se niega el nexo causal entre la prueba original

¹⁰⁰ Esta excepción tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, específicamente en el caso *Nix v/s Williams* (467 US 431, 1984) en el cual el acusado se declara culpable de homicidio e indica la ubicación del cuerpo de su víctima en el marco de un interrogatorio ilegal. Sin embargo el Tribunal Supremo decide excluir la prueba obtenida por este medio, pero no la ubicación y el hallazgo del cuerpo ya que al mismo se hubiera llegado inevitablemente, considerando que la policía ya se encontraba rastreando dicho sector.

¹⁰¹ MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. Óp. Cit. p. 706.

viciada y la prueba derivada, pero esta conexión es tan atenuada que permite que esta última pueda ser admitida y presentada en el Juicio Oral.¹⁰²

Las anteriores son excepciones que contempla la doctrina a la regla de exclusión de la prueba obtenida en forma ilícita, en pos de alcanzar la verdad por medio del proceso y, de esta forma, conseguir prestigiar el sistema judicial y sus decisiones. Pero, como bien revisamos en nuestra legislación, la regla en esta materia la entrega el Artículo 276 inciso tercero y obliga al Juez de Garantía a excluir aquellas pruebas que emanen de actuaciones declaradas nulas y aquellas que fueron obtenidas mediante vulneración de garantías constitucionales.

En este sentido, la consecuencia procesal de un incorrecto uso del agente revelador se verá reflejada en el auto de apertura del juicio oral, dictado por el juez de garantía y mediante el cual se pone fin a la audiencia de preparación del juicio oral, a la etapa intermedia, dándose paso al juicio oral propiamente tal, en el que se sostendrá la pretensión punitiva estatal, en función de los antecedentes que se hayan recopilado durante la etapa de investigación, y que haya pasado por el filtro de la preparación de juicio.

Conforme lo indica el artículo 277 del Código Procesal Penal, una de las menciones esenciales del auto de apertura del juicio oral, en su letra e), son las pruebas que se deberán rendir en el juicio oral, esto es, aquellas que fueron aceptadas conforme el artículo 276. De esta forma, si el agente revelador es utilizado acorde las reglas establecidas por la legislación, la

¹⁰² Existen diversos factores a considerar y que pueden debilitar este nexo causal, a saber: un criterio temporal, lo extenso de la cadena causal, la gravedad de la ilicitud en la prueba originaria, entre otras.

jurisprudencia y la doctrina, y que fueron previamente sistematizadas en este trabajo, la prueba obtenida por este medio debe ser incluida en el auto de apertura del juicio oral y, por consiguiente, será presentada ante el tribunal del juicio oral en lo penal, quien deberá valorarla para efectos de decidir el caso en cuestión.

6.3. Reacciones frente a la exclusión de la prueba obtenida mediante un agente revelador.

Ahora bien, considerando lo relevante que puede ser la prueba obtenida por medio del agente revelador para efectos de perseguir los delitos contemplados en la Ley N° 20.000, la decisión del juez de garantía de excluir dicha prueba puede traer consecuencias determinantes para la investigación. En este sentido, nuestro legislador faculta únicamente al director exclusivo de la investigación, el Ministerio Público, para impugnar esta resolución por la vía de la apelación, a pesar de que, por regla general, es inapelable. A su vez, limita dicha impugnación al agravio producido por la exclusión de prueba determinada por el juez de garantía, por emanar ésta de actuaciones que hubieren sido declaradas nulas o por haber sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales (artículo 277 inciso 2). Concurriendo ambos requisitos –desde el punto de vista de la legitimación activa y de la causal de exclusión- se concederá la apelación en ambos efectos, y será la Corte de Apelaciones respectiva quien deberá decidir finalmente respecto a la procedencia o no de la prueba obtenida por medio del agente revelador.

Sin embargo, la defensa podrá interponer un recurso de nulidad en caso que se excluya prueba o se incorpore de todas maneras prueba que a su

parecer fue obtenida vulnerando los derechos y garantías fundamentales. La redacción del artículo 373 letra a) nos señala:

“Artículo 373.- Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad de juicio oral y de la sentencia:

- a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derecho o garantías asegurados por la constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que ese encuentren vigentes...”*

La referencia a “cualquier etapa del procedimiento” incorporada mediante una necesaria modificación legislativa, el año 2005 en virtud de la Ley N° 20.074, nos permite comprender que se entienden incorporadas dentro de estas causales aquellas que se hayan originado inclusive durante la etapa de investigación, en este sentido, si bien la defensa no puede apelar al auto de apertura del juicio oral podría eventualmente recurrir de nulidad, el cual será conocido por la Corte Suprema directamente conforme lo indica el artículo 376 inciso 1.¹⁰³

Ahora bien, el legislador ha considerado una situación especial en cuanto a la exclusión de prueba y los canales de acción del Ministerio Público. En el artículo 277 inciso final se incorpora la posibilidad que tiene el persecutor de solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa cuando, a su parecer, se eliminen pruebas de cargo que considere esenciales para poder solventar su acusación. Para esto es necesario que se excluya esta prueba y la resolución

¹⁰³ De hecho, históricamente se ha sostenido que la privación de apelación respecto de los restante intervinientes, contra el auto de apertura de juicio oral, principalmente del imputado y su defensa, encuentra su explicación y justificación en la correspondiente procedencia del recurso de nulidad a su favor, fundada en esta causal.

se encuentre firme, ya sea porque se resolvió desfavorablemente la apelación o porque transcurrieron los plazos para interponer el recurso. La finalidad de esta norma es clara y bien la resumen los profesores Maturana y Montero al señalar que: “En este caso se busca evitar la situación forzada en que se encontraba la fiscalía de llegar al juicio oral en circunstancias que conforme la exclusión de esa prueba esencial probablemente se dictaría sentencia absolutoria.”¹⁰⁴ Por lo tanto, y conforme lo expresado durante este trabajo, la prueba obtenida por medio del agente revelador resultará muchas veces esencial en una investigación de microtráfico, donde puede representar la prueba fundamental en que se sustenta la acusación, esto es, el acto de venta y la manifestación de la droga que realiza el sujeto investigado al policía que hace las veces de agente revelador. Por su parte, en investigaciones centradas en el tráfico grandes volúmenes de droga, la declaración de ilícita de la prueba obtenida por medio del agente revelador puede contagiar al material probatorio restante según la aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado, lo que implicaría exclusión de prueba sumamente relevante para la fiscalía, por lo que solicitar el sobreseimiento definitivo fundado en el artículo 277 inciso final parecerá la solución más razonable.

¹⁰⁴ MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. Op. Cit. p. 713.

CAPÍTULO 7: Conclusiones finales

1. En conclusión, el agente revelador es una materia de incipiente desarrollo en nuestro país y, si bien su incorporación es evidencia de la necesidad del legislador por regular esta fuente de prueba, su utilización no ha estado exenta de polémica en la práctica. Es por esto que, sumado a las aclaraciones normativas que se han realizado, ha habido un constante esfuerzo conjunto del legislador, la jurisprudencia, la doctrina y los principales protagonistas del proceso penal por aclarar y entregar los cánones que permitan el correcto desenvolvimiento de este medio de prueba en el proceso penal vigente en Chile.

2. Desde la óptica de la norma positiva, tenemos la regulación del agente revelador en el artículo 25 de la Ley N° 20.000, en la cual el legislador se limita a entregar un concepto del mismo, e indicarnos que le corresponde únicamente al Ministerio Público autorizar la utilización de esta herramienta investigativa, sin ahondar en mayores requerimientos para su ejecución.

3. Por otra parte, concluimos que los principales cuestionamientos al agente revelador y su legitimidad se centraban en el difuso límite entre el funcionario policial que recaba pruebas con este método respecto del agente provocador que da origen a un delito provocado.

La doctrina desarrolló ampliamente este punto en específico y concluyó que el actuar policial será válido y, por lo tanto, la prueba obtenida por él también, siempre y cuando no genere una motivación a delinquir que no habría existido en el sujeto investigado de no mediar su intervención.

Para esto es importante que el agente revelador se ejecute como consecuencia de una investigación que ya se encuentra en desarrollo y para conseguir principalmente la manifestación de un delito ya consumado. La situación anterior es aún más clara cuando se utiliza el agente revelador para obtener pruebas de la comisión de delitos de tracto sucesivo, como por ejemplo el delito de tráfico de estupefacientes. En estos casos se facilita la tarea del juzgador en cuanto a fiscalizar este revelador que sólo viene a manifestar un último delito que acredite las actividades criminales anteriores.

4. La jurisprudencia, por su parte, se hizo cargo de estas falencias legislativas, ayudado por el exhaustivo control a este tipo de medidas que exige el ámbito de la defensa en nuestro sistema, y fue destacando e incorporando una serie de elementos que transparenten su uso y la doten de legitimidad en el proceso. Respecto de la exigencia legal de autorización del fiscal a cargo de la investigación, los tribunales sumaron la obligatoriedad de que dicha autorización sea previa a la realización de la medida y distinta de la autorización entregada al policía que hace las veces de agente encubierto. Es decir, para efectos de validar la prueba obtenida por la policía será necesario que, tanto el agente revelador como el agente encubierto cuenten con autorización, no debiendo existir una superposición de sus facultades. A su vez, exigió el registro de la diligencia y su debida autorización en la carpeta investigativa, no siendo suficiente la verificación verbal posterior del fiscal para validar la prueba obtenida por medio del agente revelador. De la misma forma, la jurisprudencia requirió también que la ejecución de la medida se realice dentro del plazo que el fiscal a cargo de la investigación debió incluir en la autorización que, como mencionamos recién, debe constar

por escrito en la carpeta investigativa y debe ser previa a la ejecución de la misma.

5. El Ministerio Público, por su parte, fue capaz de reconocer el vacío legal que comprometía la legitimidad y validez de esta medida y, por consiguiente, su efectividad dentro del proceso. Para esto el Fiscal Nacional publicó, el año 2009, el Oficio N° 61, vigente hasta el día de hoy y titulado “Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de la Ley 20.000.” Por medio de esta Instrucción General se impartió la orden general a los fiscales de cumplir con requisitos extras a los mencionados en la Ley N° 20.000 al momento de autorizar la utilización del agente revelador. En un comienzo se obliga a los fiscales a dejar constancia en la carpeta investigativa de la utilización de esta medida y entregar copia a la policía a cargo de ejecutarla. Se sumaron exigencias que debían constar en la autorización escrita, a saber: nombre del agente revelador, nombre ficticio cuando corresponda, RUC del caso, policía a la cual pertenece y, uno de los requisitos más relevantes, el plazo de duración o el tiempo dentro del cual se puede ejecutar. Esta instrucción es obligatoria para los fiscales quienes deberán cumplirlas para evitar someterse a sanciones administrativas y sentencias desfavorables.

6. Finalmente, el rol de la defensa y, particularmente de la defensa pública institucional en la materia ha sido determinante en el desenvolvimiento de esta medida en los procesos penales desde la dictación de la Ley N° 20.000 a la actualidad. Es así como por medio de diversas publicaciones deslizaron críticas a la institución por las complicaciones que pudiere generar en torno a una eventual instigación del Estado a delinquir

que ponga en peligro el Estado de Derecho. Asimismo, durante la tramitación de los diversos procesos ejerce un rol de fiscalizador y centra su atención en que la herramienta investigativa del agente revelador cumpla con los requisitos mencionados previamente, de lo contrario utilizará este incumplimiento como argumento para conseguir la exclusión de dicha prueba y eventualmente la absolución de su defendido.

7. Aún reconociendo este esfuerzo colectivo que vela por un correcto uso del agente revelador en nuestro país, reiteramos que las discusiones se han concentrado en las consecuencias de un errado uso de esta medida investigativa desde una perspectiva penal, olvidando los efectos procesales, que en definitiva marcarán el devenir del juicio. Este trabajo se realiza principalmente para llenar, en la medida de lo posible, este vacío doctrinal y centrarnos en los efectos procesales que una equivocada ejecución de esta figura puede provocar. Si bien para conseguir nuestro objetivo fue necesario exponer las consecuencias penales que derivan del uso de un agente revelador que limita peligrosamente con la instigación a cometer un delito, esto se hizo con la intención de graficar el trato que la doctrina le ha dado a esta figura y, a su vez, desde estas consecuencias penales relativas a la imputación del sujeto investigado, poder analizar y evidenciar las implicaciones procesales de este actuar errado del personal policial.

Desde la óptica del derecho procesal, los principales efectos se verificarán en la audiencia de preparación del juicio oral. Es en esta audiencia donde las partes presentan la prueba que deseen utilizar en un posterior juicio oral y que deberán ser aceptadas por parte del juez de garantía conforme lo previsto en el artículo 276 del Código Procesal Penal. Por lo tanto, será el juez de garantía competente para conocer del delito

investigado quien en definitiva decidirá la inclusión o exclusión de la prueba obtenida por medio del agente revelador en el auto de apertura del juicio oral. En caso de que el agente revelador no cumpla con los requisitos analizados durante este trabajo la consecuencia lógica será su exclusión del auto de apertura impidiendo que dicha prueba sea utilizada en el juicio oral. Como analizamos previamente, las consecuencias de la declaración de ilicitud de la prueba obtenida por el agente revelador serán aún más significativas si consideramos el efecto reflejo de la prueba, esto es, que todo material probatorio que derive de la prueba originaria declarada ilícita deberá ser excluida finalmente por considerarse contaminada en su origen. En este sentido las consecuencias procesales del incorrecto uso del agente revelador pueden ser sumamente importantes si consideramos que no solo se suprimirá dicho material en específico sino que todo aquel que derive de él, salvo aquellas excepciones revisadas previamente según las cuales se permitiría la incorporación de la misma principalmente por no encontrarse nexo causal o estar sumamente atenuado.

Ante la decisión del juez de garantía de excluir la prueba obtenida por medio del agente revelador existen diversas reacciones ya sea que vengan del Ministerio Público o de la defensa. En este sentido, el Código Procesal Penal otorga a los principales actores del proceso penal recursos para oponerse a esta resolución, el persecutor cuenta con el derecho exclusivo de apelar dicha resolución mientras que la defensa podría eventualmente recurrir de nulidad contra la sentencia, en cuyo caso la solicitud sería resuelto por la Corte Suprema directamente.

A nuestro entender, es necesario que la problemática en torno al agente revelador sea abordada desde el punto de vista procesal, abandonando un poco la discusión penal del asunto, la cual ya cuenta con un amplio

desarrollo a nivel mundial. Resulta evidente que las consecuencias procesales del uso ajustado a derecho del agente revelador son sumamente relevantes, principalmente en lo que concierne a la ilegalidad o ilicitud de la prueba obtenida por este medio y el efecto reflejo de la misma asociado a la ya conocida teoría del fruto del árbol envenenado.

8. Por lo tanto, es imperativo que quien ordene, quien ejecute y quien fiscalice el uso del agente revelador se encuentre consciente de los requisitos que no sólo el legislador le ha impuesto a esta medida sino que también la jurisprudencia, la doctrina y la normativa interna del órgano persecutor. Respetando estas directrices no surgirán problemas y el juicio podrá seguir su curso normal hacia una sentencia definitiva, de lo contrario las consecuencias procesales serán de suma relevancia. En este sentido es deber del fiscal que ordena la medida, del policía que la ejecuta y del juez de garantía cuando corresponda, velar por el desenvolvimiento ajustado a derecho del agente revelador para, de esta forma, contribuir al correcto desarrollo del proceso y poder cumplir con su objetivo.

BIBLIOGRAFÍA

- CAROCCA, Alex. (2003). *El nuevo sistema procesal penal* (1a. ed. año 2003.. ed.). Santiago, Chile: Jurídica La Ley.
- CHAHUAN, Sabas. (2009). *Manual del nuevo procedimiento penal* (6a. ed. actualizada y aumentada.). Santiago, Chile: Legal Publishing.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (2008). *Autoría y participación*. Es parte de: *Revista de estudios de la justicia*. Número 10, p. 13-61.
- GARCÍA M., Francisco. (2014). *Agente revelador, derecho penal del enemigo y fallos de la Corte Suprema*. *Revista de la Defensoría Penal Pública*, Volumen 10, “Ley 20.000 y debate sobre drogas.”
- GARCÍAS PLANAS, Gabriel. (1982). *Consideraciones en torno al agente provocador*. Cuadernos De La Facultad De Derecho, 1, Cuadernos de la Facultad de Derecho, Barcelona, Volumen 1. [en línea]
http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/cuadernosFacultadDerecho/index/assoc/Cuaderno/s_1982v0/01p081.dir/Cuadernos_1982v001p081.pdf
- GÓMEZ RIVERO, Maria del Carmen. (1995). *La inducción a cometer el delito*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- HERNÁNDEZ, Héctor. (2005). *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*. Colección de investigaciones jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Número 2.
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. (2002). *Derecho procesal penal chileno* (1a. ed. (mayo de 2002). ed.). Santiago de Chile:

Jurídica de Chile.

- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2003). *Derecho penal del enemigo* (1a. ed.). Madrid: Civitas.
- MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. (2010). *Derecho procesal penal* (1a. ed., Derecho y proceso / AbeledoPerrot-Legal Publishing). Santiago, Chile: AbeledoPerrot-Legal Publishing.
- MOLINA PÉREZ, Teresa. (2009) *Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines* (II) en Anuario Jurídico y Económico Escurialense. Volumen XLII:153- 174.
- MONTOYA, Mario. (1998). *Informantes y técnicas de investigación encubiertas: Análisis constitucional y procesal penal : Agente provocador, agente encubierto, entrampamiento, infiltrado, informante, arrepentido, entrega vigilada, protección de testigos, escuchas telefónicas* (1a. ed.). Buenos Aires: AD-HOC.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. (1995). *La moderna problemática jurídico penal del agente revelador*. Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, España.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. (1995). *El agente provocador*. Tirant Lo Blanch, Valencia, España.
- NÚÑEZ, Miguel Ángel y GUILLÉN, German. (2008) *Entrada vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas*. ADPCP, VOL. LXI, México. Disponible en línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3004311.pdf>
- POLITOFF, Sergio. (1997). *El agente encubierto y el informante*

"infiltrado" en el marco de la ley no. 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Es parte de: Gaceta jurídica (Santiago, Chile). no. 203, p. 7-25.

- REVELLO, Juan. (2013) *La delimitación entre provocación policial y delito provocado.* Universidad Internacional de Andalucía.
- RIQUELME, Eduardo. (2006). *El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo.* Polit. Crim. N 2, A2, Editorial Universidad de Talca, Talca. p. 1-17.
- RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. (1993) . *La provocación de la prueba y el delito provocado. Las garantías del Estado de Derecho.* Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura), Número 11: 213-230.
- SAMPEDRO, Camilo. (2001) *El agente provocador frente a la constitución nacional.* Revista de Derecho Penal y Criminología. Universidad Externado de Colombia. Vol. 22., N.71, Colombia.
- SAMPEDRO, Camilo. (2003). *La prueba y el agente provocador.* Derecho Penal Y Criminología, 24(74), 161-172.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús. (2001). *La expansión del derecho penal : Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2a. ed. revisada y ampliada.. ed.). Madrid: Civitas.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús y CORCOY, Mirentxu. (1985). *Prácticas de teoría del delito: Derecho penal : Parte general.* Barcelona: PPU Promociones Publicaciones Universitarias.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. (2005). *Instituciones del nuevo proceso penal: Cuestiones y casos* (1a. ed.). Santiago-Chile: Jurídica de Chile.

- Balbontín Meneses, C. (2007). *El agente encubierto de la Ley 20.000*. Disponible en <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/107808>
- Carrasco Orellana, B. y López Rojas, M. (2013-06). *Agente encubierto: análisis crítico de su regulación en la legislación nacional*. Disponible en <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/113934>
- Catalán Holuigue, M. y Vargas Carlier, A. (2000). *El agente encubierto en la Ley N° 19.366*. Disponible en <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/107190>
- Sologuren Insua, F. (2008). *El agente encubierto ¿peligro o beneficio en estados democráticos?*. Disponible en <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/106823>
- Biblioteca Congreso Nacional de Chile, *Historia Ley 20.000* [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20000/HL20000.pdf>>
- *Diputados aprobó el proyecto que crea la figura del agente encubierto*. En Clarín Política. 01 de junio de 2016. [en línea] <http://www.clarin.com/politica/Diputados-proyecto-figura-agente-encubierto_0_1587441451.html> [Consulta septiembre de 2016]
- Oficio 61/2009. “*Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de la Ley 20.000*” . 30 de enero del año 2009, p.1. [en línea] <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=20>
- Revista Jurídica del Ministerio Público. Septiembre 2012. Santiago, Chile. Número 52.
- Revista de la Defensoría Penal Pública, “*Ley 20.000 y debate sobre drogas*”. Agosto del 2014. Santiago, Chile. Volumen 10.

- Vega Taucare, Roberto. “*Instrumentos apropiados*”. Columna de opinión publicada en el Mercurio de Antofagasta. 10 de agosto de 2011. [en línea]
http://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/3104/instrumentos-apropiados. [Consulta noviembre de 2016]