



Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Derecho

EL AGENTE ENCUBIERTO COMO MEDIO DE PRUEBA

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

Autor:

Soledad González Meléndez

Profesor Guía:

Sr. Paulo Solari Alliende

Noviembre, 2006

INTRODUCCIÓN

El agente encubierto es una técnica policial ideada para investigar delitos de difícil pesquisa, mediante la cual un funcionario policial, debidamente autorizado, ingresa de manera infiltrada en una organización criminal con el objeto de obtener pruebas suficientes para incriminar a sus miembros.

El objetivo deseado por las legislaciones que incorporan al agente encubierto, es combatir el crimen organizado de un modo más eficaz. Esto debido a la dificultad con que se

encuentra la policía para detener a los responsables de delitos graves, que atentan contra bienes jurídicos importantes, ya que estos actúan mediante una estructura difícil de investigar, y que involucra a muchas personas.

Es con respecto al tráfico de drogas, delito que de manera común es ejecutado a través del crimen organizado, que la mayoría de los países legislan sobre este tema.

La figura del agente encubierto se encuentra definida y regulada en nuestra legislación en la ley 20.000, promulgada el 2 de febrero del 2005, que sustituyó la ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; y en la ley 19.927, que modificó el Código Penal, el Código Procesal Penal y el Código de Procedimiento Penal en materia de delitos de pornografía infantil.

Este medio de investigación nace para dar eficacia al derecho penal, ya que se visualiza, en algunos casos, como la única posibilidad de detener la comisión de delitos graves, como lo son el tráfico de drogas, el terrorismo, la prostitución infantil, la pedofilia, etc. Sin embargo, es una figura peligrosa de incorporar en un Estado democrático en el que se da primacía al respeto de los derechos de las personas, ya que como veremos el agente encubierto puede llegar a vulnerar ciertos derechos fundamentales.

Se produce, por tanto, un evidente conflicto entre la eficacia de la figura y de la investigación penal por un lado, y los derechos de las personas por otro. Este conflicto es muy frecuente, debido a que varias instituciones existentes en el derecho pueden atentar contra garantías y derechos fundamentales, con el objeto de lograr la eficacia de este, así por ejemplo: la interceptación de comunicaciones, allanamientos, etc. Ambos temas están en una balanza, la cual se cargará para un lado u otro dependiendo de lo que cada sociedad, y su respectiva política criminal, determine como más relevante de proteger, si las garantías individuales o la eficacia del derecho.

En el ámbito de nuestra propia legislación surgen una serie de críticas respecto al tema del agente encubierto, principalmente al analizar los fundamentos, la doctrina y el derecho comparado que dicha figura presenta.

Al desempeñar su cargo el funcionario policial puede llegar a valerse de medios inmorales, e incluso ilegales para lograr sus objetivos, así por ejemplo:

Su verdadera identidad debe quedar reservada para el resto de la organización criminal, por lo cual debe estar constantemente engañándolos para ganar su confianza.

El policía que actúa como agente encubierto tendrá un contacto directo con la intimidad del delincuente: investigando su casa, lugar de trabajo, papeles, documentos, pertenencias, y comunicaciones. Efectuando así registros en lugares cerrados, incautación de objetos y documentos, e interceptación de comunicaciones telefónicas.

En algunas ocasiones el policía puede llegar a presenciar ilícitos, y para lograr el éxito de la investigación lo más probable es que tenga que tomar una actitud pasiva ante esto, no cumpliendo así con una de las funciones principales de la policía, que es precisamente evitar que se produzcan delitos.

Es posible que incluso deba llegar a cometer algún tipo de ilícito (que pueden ir desde el consumo hasta la venta de drogas, en lo regulado por la ley 20.000) para mantener la confianza de los miembros del grupo.

Además, a la persona que está siendo objeto de una investigación no se le comunica esta circunstancia, quedando en estado de total indefensión, y violándose con esto varias normas de nuestro Código Procesal Penal¹, entre ellas el art. 93 que señala: *“Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes. En especial tendrá derecho a: a) Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los Derechos que le otorgan la Constitución y las leyes...”*

Nos encontramos ante una figura que puede, desde cierta perspectiva, estimarse como vulneradora de garantías y principios fundamentales consagrados para todas las personas en

¹ En adelante CPP.

el art. 19 de la CPRCh. y en la ley, ya que puede transgredir: la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a defensa jurídica, la presunción de inocencia, el debido proceso, el derecho a la intimidad y la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

Según el art. 9 del CPP se pueden privar, restringir o perturbar derechos constitucionales, solo con autorización judicial previa del juez de garantía. Por lo tanto, el fiscal al utilizar un medio de investigación que vaya a menoscabar algún derecho fundamental de una determinada persona debe solicitar autorización previa al juez de garantía. Esta autorización actúa como legitimadora de la violación de derechos. En este trabajo se analizará qué alcance tiene esta autorización judicial previa en materia de agentes encubiertos, ya que se debe determinar si la autorización es amplia, o sea para todo el tiempo que dure la infiltración; o si en cada actuación que vaya a vulnerar derechos se debe solicitar autorización judicial.

Surge entonces el problema respecto a qué debe hacer un juez cuando se encuentra en un proceso con pruebas obtenidas por un funcionario policial actuando como agente encubierto, sin autorización judicial previa, o con una autorización parcial.

El art. 276 del CPP trata de la exclusión de pruebas para el Juicio Oral y en la segunda parte del inc. 3° se refiere a la llamada prueba ilícita, este dice: “...*Del mismo modo, 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 lo tanto, el juez de garantía en la audiencia de preparación del juicio oral debe prescindir de aquellas pruebas obtenidas con violación a las garantías fundamentales contempladas en el art. 19 de la CPRCh., no incluyéndolas en el auto de apertura del juicio oral.

El nuevo proceso penal plantea modificaciones esenciales en comparación al antiguo proceso, se reemplaza un sistema inquisitivo por uno acusatorio, con el consiguiente cambio de un sistema escrito a uno oral, y de un sistema represivo a uno más garantista. Este último punto se relaciona con el tema a tratar en esta memoria, ya que, en un nuevo proceso penal donde las garantías inherentes a la persona humana son más respetadas que

en el anterior, no podemos encontrarnos con instituciones que afecten estos derechos y los vulneren de tal modo de hacerlos inexistentes.

Por un lado, tenemos un nuevo proceso penal garantista, acorde con la legislación comparada y con los tratados internacionales que rigen en nuestro país, que pone de manifiesto el trato igualitario y digno que merece toda persona; pero por otro, nos encontramos con legisladores que siguen dictando leyes restrictivas de los derechos fundamentales. Un ejemplo de esto es la ley 19.927 que modificó el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, promulgada el 5 de enero del 2004. En el inc. segundo del nuevo art. 369 ter del Código Penal, incorporado por dicha ley, se establece la posibilidad de utilizar agentes encubiertos cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o se preparare a cometer alguno de los delitos ahí enumerados, los que dicen relación con la prostitución y pornografía infantil. Esta ley fue dictada luego de que salieran a la luz pública las redes de pedofilia existentes en nuestro país, debido a las investigaciones realizadas en el “caso Spiniak”. Es, por tanto, de las llamadas “leyes parche”, ya que fue dictada para darle solución a un problema puntual de gran interés público, pero en lo que respecta al agente encubierto se remite a lo dicho por la ley 19.366 (actual ley 20.000), sin ser considerado por los legisladores que el agente encubierto en nuestro país no está bien regulado, y que la prueba obtenida por estos puede que no se utilice en el proceso por el hecho de afectar garantías establecidas en nuestra Carta Fundamental.

Sin embargo, no hay que olvidar que esta figura existe para investigar delitos que no podrían ser descubiertos de otro modo, que son cometidos por bandas organizadas y estructuradas, donde a la policía le es muy difícil obtener pruebas desde afuera, y es gracias a agentes encubiertos que se han desbaratado importantes bandas de narcotraficantes. Por lo tanto, es una figura útil y eficaz. El problema es que esa eficacia se contrapone con las garantías que en nuestra legislación se protegen.

Por la importancia del tema y por las razones dadas, es que el agente encubierto debe ser tratado con mayor precisión en nuestra legislación, debiéndose determinar claramente si los

jueces deben o no aceptar la prueba obtenida por un agente encubierto, y en caso de ser aceptada, cuál será el límite para esto.

En la primera parte de la presente memoria, se tratarán las nociones preliminares respecto al agente encubierto, para introducirnos al tema y señalar: el origen, concepto, fundamentos, derecho comparado, figuras afines y regulación legal que se le da en Chile a la figura.

En el capítulo segundo, se hace un estudio acabado de la legislación vigente en nuestro país respecto al tema. En una primera parte se analizan las leyes 20.000 y 19.927, con las deficiencias y virtudes que cada una de ellas tiene, haciendo una breve referencia al tema de la prueba; luego, en una segunda parte del capítulo se señalan los derechos fundamentales consagrados en la CPRCh. que pueden verse vulnerados con la actuación encubierta de un funcionario policial, también se realiza una comparación entre las leyes que se refieren al agente encubierto y las normas incorporadas con la reforma procesal penal, determinando en qué puntos se enfrentan ambas legislaciones; para finalizar este capítulo con una referencia a la autorización judicial previa del juez de garantía como legitimadora de la violación de derechos fundamentales.

Ya en el último capítulo, se analiza a fondo la prueba obtenida por el agente encubierto. Para esto, necesariamente se tocará el tema de la prueba ilícita, analizando la regulación legal de la misma, concepto, desarrollo, fundamentos, críticas y excepciones que a ésta se le formulan. Para concluir el trabajo, se plantean las dos actitudes que puede adoptar un juez de garantía al encontrarse con pruebas obtenidas por un agente encubierto: la exclusión del proceso de la prueba obtenida, por un lado; y la utilización de la prueba en el juicio oral, por otro, determinando los motivos en uno u otro caso.

CAPÍTULO I

Nociones preliminares acerca del agente encubierto.

1.- Concepto del Agente Encubierto.

La figura del agente encubierto surge como una forma de investigación de cierto tipo de delitos con características comunes: continuados en el tiempo, de difícil pesquisa, que transgreden bienes jurídicos sociales relevantes y que son cometidos por organizaciones criminales. Se pretende desbaratar redes criminales que actúan de un modo organizado mediante la intromisión de un agente policial en estos grupos delictuales.

Esta forma de investigación se asocia a delitos de tráfico de drogas, pero también puede vincularse con otra clase de ilícitos cuyo modo de operar es a través del crimen organizado, como lo son: el tráfico de armas, el espionaje, el terrorismo, el lavado de dinero, las redes de pedofilia, la trata de blancas, etc. Sin embargo, es con respecto al tráfico de drogas que se utiliza con mayor frecuencia. Esta técnica de investigación es concebida, desde el punto de vista legal, como un sistema útil para lograr desarticular redes de narcotráfico que operan tanto en el ámbito nacional como internacional. Por lo cual, en la mayor parte del desarrollo de este trabajo nos referiremos al agente encubierto como una forma de investigar tráfico de drogas.

La figura del agente encubierto es aceptada y ha sido incorporada en las legislaciones de la mayoría de los países del mundo. La doctrina de los diferentes países han elaborado conceptos de lo que se entiende por agente encubierto

Carlos Enrique Edwards define al agente encubierto como: “un empleado o funcionario público que, voluntariamente, y por decisión de una autoridad judicial, se infiltra en una

organización dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes, a fin de obtener información sobre sus integrantes, funcionamiento, financiamiento, etc., de la misma.”²

Para Francisco Soto Nieto es: “aquel sujeto, ordinariamente integrado en la fuerza pública, que, con el designio de llegar a descubrir una conducta delictiva en marcha o en desarrollo, lleva a término un despliegue actuacional que, sorprendiendo al abordado infractor, saca a la luz su comportamiento incriminable”.³

Claudia Moscato de Santa María señala que: “el agente encubierto es un funcionario policial o de las fuerzas de seguridad que hace una investigación dentro de una organización criminal, muchas veces, bajo una identidad modificada, a fin de tomar conocimiento de la comisión de delitos, su preparación e informar sobre dichas circunstancias para así proceder a su descubrimiento, en algunos casos se encuentra autorizado también a participar de la actividad ilícita”.⁴

En nuestra legislación está definido por la ley 20.000, que sustituyó a la ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. El inc. 2º del art. 25 señala que: “*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 propósito de identificar a los partícipes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación...*”. De la definición legal surgen una serie de críticas que más adelante detallaremos.

² EDWARDS, CARLOS, El Arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada. Modificación a la Ley de Estupefacientes. Análisis de la ley 24.424 (Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, Argentina 1996) p. 53

³ SOTO NIETO, FRANCISCO, El delito de tráfico ilegal de drogas (Editorial Trivium S.A., España 1989) p. 31

⁴ MOSCATO DE SANTA MARÍA, CLAUDIA, El agente encubierto en el estado de derecho (Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina 2000) p. 1

El oficio reservado 271, del 03 de junio del año 2002, del Ministerio Público, conceptualiza al agente encubierto como: “aquella técnica investigativa que permite penetrar desde afuera una organización dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, a través de la infiltración de un agente con la finalidad de obtener información para desbaratarla...”⁵

El agente encubierto se presenta como un policía que oculta su identidad real para lograr involucrarse en una organización criminal dedicada a cometer ilícitos que se investiguen mediante la utilización de éstos, lo que supone una actitud representada o teatralizada, para lograr así convencer a los integrantes de la organización sobre su interés de obtener algún tipo de ganancia producto de la actividad delictual que se pretende descubrir y por lo tanto, deberá participar activamente en la comisión del hecho punible. Simultáneamente, aplicando sus conocimientos legales, debe procurar reunir los antecedentes que permitan a la justicia determinar responsabilidades jurídicas a los infractores de la ley. Esta tarea es compleja, por lo tanto se requiere una preparación especial, tanto jurídica como psicológica.⁶

De todos estos conceptos surgen los elementos básicos que presenta la figura del agente encubierto:

- 1.- Una investigación previa tendiente a identificar a quienes han participado en algún delito y obtener pruebas contra ellos.
- 2.- Que se trate de delitos ejecutados por organizaciones criminales.
- 3.- Un funcionario policial que se introduce en una organización delictiva.

⁵ FLORES MONARDES, HORTENSIA; CHIEYSSAL PEÑA, RAMÓN, Fundamentación y límites de la institución “Agente Encubierto” en Tesis de grado Academia de Policía de Investigaciones de Chile (Santiago, Chile 2000) p. 26

⁶ FLORES MONARDES, HORTENSIA; CHIEYSSAL PEÑA, RAMÓN, ob.cit. en nota 5, p. 6

4.- Identidad oculta del policía.

2.- Antecedentes históricos.

Para poder descubrir el origen de esta figura hay que distinguir lo que son las técnicas encubiertas como género, del agente encubierto como especie de aquellas.

Las técnicas encubiertas (espías, infiltrados, informantes, agentes encubiertos, etc.) han sido utilizadas en toda la historia de la humanidad.

En la antigüedad los pueblos utilizaban estas técnicas con respecto a los pueblos que pretendían conquistar con el fin de resguardar su seguridad externa, pero el origen de la figura del agente encubierto lo encontramos en las monarquías absolutistas europeas. Fue en Francia durante el período de las monarquías absolutas en que nacen una serie de figuras con el fin de descubrir a los enemigos; surge así la figura del delator, quien al comienzo sólo se limitaba a poner en conocimiento de las autoridades la información obtenida, pero luego comienza a provocar los delitos (más parecido a la figura del agente provocador) ya que la sola actividad de vigilar no era suficiente para neutralizar a los contrarios al régimen.⁷

También hay antecedentes de la utilización de esta figura en la Rusia zarista, en España después de la revolución, en el período de la Inquisición para obtener la confesión de los herejes y en los Países Bajos con el fin de hacer efectiva la ley de alcoholes. La finalidad común que siempre ha presentado esta figura es la mantención del orden establecido.⁸

El agente encubierto nace asociado a estados autoritarios en los que los derechos de las personas son poco o nada respetados, sin embargo, hoy encontramos esta figura en muchos

⁷ MOSCATO DE SANTA MARÍA, CLAUDIA, ob.cit. en nota 4, p. 5 y ss.

⁸ CATALÁN HOLUIGUE, MARCO ANTONIO; VARGAS CARLIER, ALEJANDRA FAVIOLA, El Agente Encubierto en la Ley 19.366: seminario ley de drogas (Tesis Universidad de Chile, Santiago, Chile 2000) p. 3 y 4

países democráticos, esto debido a que se visualiza como una necesaria técnica de investigación para luchar contra la delincuencia organizada. Por lo tanto, el auge de esta figura descansa en la necesidad de contar con herramientas más eficaces en la lucha contra la criminalidad organizada.

3.- Fundamentos de la figura.

La incorporación del agente encubierto en una legislación determinada va a depender de la política criminal que en cada Estado se adopte.

Según el académico Juan Bustos Ramírez, la política criminal es: “el poder de definir los procesos criminales dentro de la sociedad, y por tanto, de dirigir y organizar el sistema social en relación a la cuestión criminal”.⁹

La política criminal consiste en la estrategia del Estado para enfrentar el fenómeno de la criminalidad, y comprende todas las áreas de las políticas públicas vinculadas con el fenómeno de la criminalidad y su prevención. Dentro de estas políticas públicas encontramos al derecho penal como uno de los principales y más directos instrumentos de la política criminal del Estado.¹⁰

Cada sociedad tiene una política criminal según su propio desarrollo. Es función de los gobernantes de cada país elegir los procesos criminales de acuerdo a sus propias necesidades. Lo ideal de una buena política criminal es que esta tienda a ser cada vez

⁹ BUSTOS RAMÍREZ JUAN, Política criminal y Estado en Revista de ciencias penales de Costa Rica N°12 (Costa Rica 1996) p. 3

¹⁰ MERA, JORGE, Bases de una política criminal en un Estado de Derecho en Curso: Fundamentos de la Reforma Procesal en Chile. Policía de Investigaciones de Chile. Academia Superior de Estudios Policiales (Santiago, Chile 1995) p. 14

menor para ir dejando espacios que sean ocupados por otras políticas que tienen que ver con el bienestar de la sociedad: políticas educativas, sociales, sanitarias, ambientales, etc.¹¹

Claudia Moscato Santamaría señala que: “Para un correcto planteamiento de una adecuada política criminal contra el narcotráfico como delito organizado se impone el conocimiento de la realidad social y humana en el cual el sistema penal va a incidir y este aspecto nos lo brinda un estudio criminológico”¹².

Se utilizarán agentes encubiertos en los países que deseen incorporar en su legislación esta técnica de investigación especial.

Ahora bien, al momento de ser utilizado un agente encubierto por parte de la policía hay que tomar bien en cuenta los siguientes aspectos que debe presentar dicho medio de investigación:

a) La necesidad de contar con esta figura por el tipo de delito de que se trata y el bien jurídico protegido.

Para poder utilizar estas técnicas encubiertas debemos encontrarnos ante delitos graves.

En la mayoría de las legislaciones en que está contemplada la utilización de esta figura, el agente encubierto se haya vinculado con delitos relacionados al narcotráfico, sin embargo, en algunos países es más amplia la utilización de técnicas encubiertas y se extiende a otros delitos cuya característica común es que sean ejecutados por grupos organizados; es el caso de España, donde se permite el uso de agentes encubiertos cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, entendiendo la ley por tal la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno de los delitos que se enumeran: delitos de secuestro de personas, delitos relativos a la prostitución, delitos

¹¹ BECERRA, NICOLÁS, El Ministerio Público y los nuevos desafíos de la justicia democrática, (Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina 1998) p.76

¹² MOSCATO DE SANTA MARÍA, CLAUDIA, ob.cit. en nota 4, p. 80

contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazadas, delitos de tráfico de material nuclear y radioactivo, delitos contra la salud pública, delitos de falsificación de moneda, delitos de tráfico y depósitos de armas, municiones o explosivos, delitos de terrorismo y delitos contra el patrimonio histórico.¹³ Como se aprecia, se trata de delitos que afectan bienes jurídicos importantes, y que para su comisión necesariamente se requiere la participación de un grupo de personas.

En Chile, y en varios países más, el agente encubierto está regulado principalmente en materia de tráfico de drogas, por esta razón creemos necesario señalar cuáles son los bienes jurídicos que se pretenden salvaguardar con estas legislaciones.

Existe consenso de que los bienes jurídicos que se ven vulnerados por el delito de tráfico de drogas son: la salud pública, el orden socioeconómico, la administración estatal, etc. Se trata en definitiva, de bienes jurídicos importantes en su mantención, cuyo daño debe ser evitado, se castiga por tanto la sola puesta en peligro del bien jurídico.¹⁴ El bien jurídico evidentemente transgredido por el narcotráfico es la salud pública, ya que el consumo de drogas produce estados patológicos en el usuario e incluso puede llegar a provocar su muerte. Nos encontramos en este momento con una sociedad enferma debido a las drogas, ya que éstas afectan no sólo a quien las consume sino a toda la sociedad en general. Antonio Beristain señala que: “El bien jurídico es múltiple, desde la salud física y moral de la humanidad, hasta su equilibrio y desarrollo social y económico, pasando por la calidad de vida de los ciudadanos”.¹⁵

b) Puede ser utilizada esta figura sólo si no existen otros medios de prevención del delito.

¹³ LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOLA, artículo 228 bis.

¹⁴ CATALÁN HOLUIGUE, MARCO ANTONIO, ob.cit. en nota 8, p. 14

¹⁵ BERISTAIN ANTONIO, La droga: aspectos penales y criminológicos (Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1986) p. 21

Esto es lo que los autores denominan el *principio de subsidiariedad*. El agente encubierto debe ser utilizado sólo en el evento de que no exista otra posibilidad para evitar la consumación del delito. Es la última posibilidad de investigación que tiene la policía al detectar que por la conducta de un sujeto determinado se llegará a la comisión de un delito de los sancionados por las leyes en las que se autoriza la utilización de estos agentes.

Es posible dudar acerca de la utilización de un policía como agente encubierto, sin antes recurrir a toda la gama de técnicas investigativas que en la actualidad se ofrecen dentro de un Estado de Derecho, creadas a partir de un desarrollo científico de la criminalística, que tiene múltiples ciencias y técnicas útiles para investigar delitos, ya que el éxito de un cuerpo policial radica en su valer científico y no en un accionar guiado por la intuición o percepción particular de uno de los miembros respecto a la función que se le encomienda.¹⁶

Catalán Holuigue y Vargas Carlier señalan: “El derecho penal, de acuerdo al principio de subsidiariedad, ha de ser la “última ratio”, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos para la defensa de bienes que la sociedad considera necesario dar protección. Con la regulación del agente encubierto se busca dar mayor eficacia a la aplicación de la pena, para que así cumpla su objetivo de prevención. Desde este punto de vista, esta técnica policial se constituye como un complemento del sistema de prevención general, es una herramienta que no busca disuadir a los actores del delito, sino que se haga efectiva la pena, para que esta última cumpla su rol intimidatorio-disuasivo en forma real.”¹⁷

La utilización de esta técnica debe ser excepcional, el juez solo debería nombrar un agente encubierto luego de haber utilizado todos los anteriores métodos de investigación existente en la legislación.

Si en el derecho penal rige este principio de subsidiariedad, según el cual éste ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos; el agente encubierto

¹⁶ FLORES MONARDES, HORTENSIA; CHIEYSSAL PEÑA, RAMÓN, ob.cit. en nota 5, p. 7

¹⁷ CATALÁN HOLUIGUE, MARCO ANTONIO, ob.cit. en nota 8, p. 13

como medio de investigación y de prueba, ha de ser el último medio y la última prueba que en un sistema procesal penal como el nuestro se debe llegar a utilizar.

c) Su objeto es combatir el crimen organizado.

Para poder utilizar un agente encubierto en un procedimiento policial se debe estar frente a una organización delictual. La razón de ser de esta figura descansa en las nuevas modalidades adoptadas para la actividad ilícita dirigida por el crimen organizado. No procede, por tanto, utilizar esta figura tratándose de delitos individuales cometidos por algún sujeto, sino que debe haber una estructura delictual destinada a cometer ilícitos. Es por esta razón que es criticable el hecho que se utilicen agentes encubiertos tratándose de delitos perpetrados por personas individualmente, ya que para estos casos se deben utilizar los medios tradicionales de investigación con que cuenta la policía, y dejar este tipo de investigación para lograr desbaratar grandes grupos de delincuentes, como por ejemplo redes de narcotráfico en el caso de las drogas.

Mario Montoya señala respecto al crimen organizado: “Dicho concepto, difícil de definir, es conocido a través de sus características: la colaboración de un gran número de personas, por un prolongado e indefinido espacio de tiempo, disciplina y control interno, operan a nivel internacional, con violencia e intimidación, con una estructura comercial ganando empresas legales, influencia política, campañas electorales, medios periodísticos y corrupción, sofisticada tecnología empleada en las diversas operaciones que desarrolla, las cuales cada día aumentan en su número de acuerdo con las ganancias que se obtienen y son de la más variada especie, desde tráfico de drogas, armamento, hasta las negociaciones efectuadas con seres humanos (venta de órganos, inmigraciones ilegales a distintos países) o con animales (operaciones con especies en peligro), y la falsificación de tarjetas de crédito. Donde haya una ganancia exorbitante allí estará el crimen organizado, pactando con gobiernos y con la mafia tradicional.”¹⁸

¹⁸ MONTOYA, MARIO DANIEL, Informantes y Técnicas de Investigación Encubiertas: análisis Constitucional y Procesal Penal, (Editorial Ad- Hoc, Buenos Aires, Argentina 2001) p. 448

En una sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, de fecha 10 de diciembre de 2001, la Juez Jacqueline Atala Riffo sostuvo el voto disidente y estuvo por absolver a los acusados. Dentro de sus argumentos señala: “El legislador al sancionar a quienes se asocien u organicen con el objeto de cometer algunos de los delitos contemplados en la ley, por este solo hecho; exige que esta colectividad cumpla con a lo menos dos requisitos: permanencia y estructura jerárquica interna, el hecho de que los miembros de la organización deban constituir un cuerpo organizado como lo observa la propia Corte Suprema (José Patricio Aravena López, Evaluación del Tratamiento Jurisprudencial del Tráfico Ilícito de Estupefacientes en Chile, libro Tratamiento Penal de Tráfico Ilícito de Estupefacientes, varios autores). Por lo tanto, el requisito “organización delictiva” apunta a la asociación permanente para cometer ilícitos de la ley de drogas, entendiéndose por tal la reunión de personas como cuerpo organizado con sus jefaturas y reglas propias y de capitales para estos fines ilícitos (como el lavado de dinero o blanqueo de capitales), que por su misma complejidad requieren de técnicas investigativas especiales como lo son el agente encubierto, y no se concibe para la reunión ocasional o circunstancial de personas para contactar o comprar sustancias prohibidas por la ley, como es el caso que se conoció en esta causa.”¹⁹

El tema del agente encubierto resulta complejo, ya que hay distintos valores en conflicto al nombrar a un funcionario policial en una misión encubierta. Por un lado, nos encontramos con la necesidad de investigar y encontrar culpables de delitos de muy difícil pesquisa, como lo es el tráfico de drogas, en que a las fuerzas policiales le es imposible muchas veces dar con los verdaderos culpables. Hay por lo tanto una necesidad social y de fondo para utilizar este tipo de investigación. Pero, por otro lado, nos enfrentamos con un Estado policía que, en vías de justicia y de eficacia, vulnera garantías y derechos consagrados en la legislación para todas las personas, valiéndose de medios inmorales, como la mentira y el engaño para dar con los responsables de los delitos.

El autor Carlos Edwards señala: “Son dos, entonces, los valores en pugna: la moralidad y licitud de los medios que emplea el Estado en la lucha contra la narcocriminalidad, y la

¹⁹ Fallo Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, 10 de diciembre de 2001, RIT 003/2001

eficacia en esa lucha. A la luz de la política criminal, el legislador debe optar entre estos dos valores; tanto a nivel internacional, como ahora en el plano nacional, se inclinaron por la eficacia del sistema penal en combatir la narcocriminalidad, atento a la gravedad y al aumento de este flagelo mundial. El fundamento de esta figura radica, entonces, en una cuestión de política criminal, que incluso llega a justificar ciertos delitos que cometa el agente encubierto.”²⁰

4.- Figuras afines.

El agente encubierto puede confundirse con otras figuras encubiertas existentes, con las cuales presenta cierta similitud y que también son utilizadas como formas de investigar introducidas a las legislaciones por motivos de política criminal. Dentro de estas:

4.1) El agente provocador:

ésta es la figura que más se asemeja al agente encubierto, se trata de un funcionario policial que ingresa en una banda delictual haciéndose pasar por uno de ellos pero que, a diferencia del agente encubierto, incita o provoca a los miembros a cometer un ilícito para poder aplicarle una pena al provocado. En este caso el policía toma una actitud activa en el hecho, ya que no sólo se limita a recoger las pruebas, sino que a realizar todo lo posible para que los delincuentes realicen finalmente el hecho prohibido.

La doctrina critica esta figura ya que además de atentar contra derechos fundamentales consagrados para las personas, es el Estado quien representado por un funcionario policial toma un rol activo y de verdadero delincuente en el hecho.

El agente provocador es quien instiga a otro a cometer un delito, en cambio el agente encubierto se infiltra en una organización para obtener información, no realizando ningún tipo de instigación, hay por tanto una actitud pasiva, de simple receptor de información.

²⁰ EDWARDS, CARLOS, ob.cit. en nota 2, p. 54

La diferencia entre agente encubierto y provocador radica en que este último hace cometer un delito a quien no lo hubiera hecho sin el engaño; en cambio el agente encubierto se infiltra entre quienes están cometiendo delitos, con el fin de proporcionar informaciones que obtiene de los investigados, y que prueba la anterior y libre disposición del sujeto para cometer delitos.²¹

Hay diferencia también respecto a la responsabilidad de cada figura, ya que la regla general es que el agente encubierto no es punible en su actuar, en cambio tratándose del agente provocador la doctrina discute su punibilidad. Para algunos se trata de un instigador, y para otros es el autor mediato responsable del delito, ya que quiso el delito y lo ocasionó por medio de otro. Otros se centran en su fin, y estiman que no será responsable porque su fin es social y el delito se entiende en estado de tentativa²²

En Chile, el funcionario policial que actúe provocando e incitando a alguien a cometer un delito debe ser sancionado como autor inductor, según lo señalado en el artículo 15 N° 2 del Código Penal, que dispone: “*Se consideran autores: 2. Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo*”.

Esta figura no se encuentra incorporada en nuestra legislación, pero en algún caso particular un agente encubierto puede llegar a actuar como provocador, lo cual debería ser rechazado tanto por sus superiores como por el juez de garantía una vez iniciado el procedimiento judicial.

4.2) El informante:

Es un individuo particular, que no pertenece a las fuerzas policiales, pero que está dispuesto a colaborar con la policía en forma confidencial entregándole cierta información necesaria para esclarecer delitos y dar con sus responsables.

²¹ MONTOYA, MARIO DANIEL, ob.cit. en nota 18, p. 462

²² MOSCATO DE SANTA MARÍA, CLAUDIA, ob.cit. en nota 4, p. 4

En algunos países, como Costa Rica, existe el informante y el informante-participante que participa de alguna forma en la actividad delictiva.²³

La ley 20.000, en Chile, define qué se entiende por 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*”. La parte final es una remisión a lo señalado para el agente encubierto y el agente revelador.

No aparece en la ley el móvil que lleva al informante a cooperar con la policía, ni si recibe o no recompensa por la información brindada.

Sergio Politoff señala que: “Baste con subrayar el distingo entre el agente encubierto, que oculta su calidad de policía y se infiltra en la organización criminal con encargo y con autorización de su servicio, y el informante que, sin ser policía, actúa por otras razones, “como si fuese agente encubierto”²⁴

La legislación de drogas en nuestro país les da un tratamiento legal conjunto al informante, al agente encubierto y al agente revelador.

Los civiles son más utilizados que el personal policial como informantes, esto debido a la menor inversión que conllevan y además porque prestan una mayor cobertura ya que comparten los atributos y características del grupo en que son infiltrados, lo que generalmente no ocurre con el policía. Mario Montoya se refiere al hecho que la policía debe ser extremadamente cuidadosa al recibir información de un civil actuando como informante, ya que estos pueden mentir, exagerar, no percibir adecuadamente, evaluar en

²³ MOSCATO DE SANTA MARÍA, CLAUDIA, ob.cit. en nota 4, p. 2

²⁴ POLITOFF, SERGIO, El Agente Encubierto y el Informante infiltrado en el marco de la ley 19366 en Gaceta Jurídica N°203 (1997) p. 8

forma impropia, malinterpretar sus relaciones con la policía, entrapar, o ser un doble agente.²⁵

4.3) El arrepentido:

En el ámbito de las drogas puede definirse al arrepentido como aquella persona a quien se le imputa cualquier delito referido a estupefacientes, y que brinda a la autoridad judicial información significativa acerca de la identidad de los responsables o del lugar donde se encuentren las sustancias y los objetos con que se cometan los delitos, beneficiándose con la reducción o eximición de la pena.

El fundamento de esta figura radica en que la única manera de obtener información desde el mismo interior de la organización delictiva, es contar con la colaboración de uno de sus integrantes.²⁶

En nuestra legislación, en el año 1992, se incorporó esta figura del arrepentido en materia de delitos terroristas, así la ley 19.172, denominada “*Ley sobre arrepentimiento eficaz*”, señala casos de exención y reducción de penas para quienes habiendo cometido delitos sancionados por la ley 18.314, ley que determina conductas terroristas y fija su penalidad, se arrepientan de esto, entregando datos y antecedentes que permitan desarticular la asociación ilícita a la cual pertenecían. Esto se denomina doctrinariamente “delación compensada”.

La ley 20.000, en el párrafo 3º se titula: “*De la cooperación eficaz*”. En el art. 22 se define la cooperación eficaz como, el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en dicha ley. Esta cooperación eficaz será circunstancia atenuante de responsabilidad penal

²⁵ MONTOYA, MARIO DANIEL, ob.cit. en nota 18, p. 33

²⁶ EDWARDS, CARLOS, ob.cit. en nota 2, p. 31

para el cooperador. En este caso, no se habla de arrepentido, pero la ley se está refiriendo claramente a esta figura, ya que hay rebaja de pena para quien entregue datos que contribuyan a la investigación, por lo cual es lógico pensar que esa persona que ahora está entregando antecedentes y cooperando con la justicia, con anterioridad estuvo involucrada en el delito.

4.4) La entrega vigilada:

Esta es una práctica de cooperación entre los países con el objeto de luchar conjunta y eficazmente contra las redes de narcotráfico; por lo cual lo ideal para su aplicación es que exista una legislación armónica en materia de drogas en los países limítrofes.

Constituye una excepción a la actuación obligatoria de cualquier autoridad policial de denunciar y perseguir un delito del cual tengan conocimiento, y su justificación es, al igual que las figuras anteriores, de política criminal.

Carlos Edwards señala que: “La entrega vigilada puede ser definida como una técnica investigativa por la cual la autoridad judicial permite que un cargamento de estupefacientes, que se envía ocultamente a través de cualquier medio de transporte, pueda llegar a su lugar de destino sin ser interceptada, a fin de individualizar al remitente, destinatario y demás partícipes de esta maniobra delictiva...”. Este autor señala sobre lo mismo: “...La entrega vigilada se complementa con otra técnica de investigación, como es la actuación del agente encubierto, ya que éste al infiltrarse en la organización dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes, puede suministrar la información necesaria sobre el envío de un cargamento, lugar por el cual circulará, medio de transporte utilizado, y lugar de destino...”²⁷

La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, en su art. 11 se refiere a la entrega vigilada, y deja abierta

²⁷ EDWARDS, CARLOS, ob.cit. en nota2, p. 107 y 108

la posibilidad de que los Estados partes acuerden este medio de cooperación para luchar contra el narcotráfico a nivel internacional. Chile participa de dicha convención.

Además, en la ley 20.000 se trata este tema, así el párrafo 1° del Título II está titulado: “*De las entregas vigiladas o controladas*”. A su vez la ley 19.927, en la última parte del inc. 2° del art. 369 ter, permite la utilización de entregas vigiladas junto con la de agentes encubiertos.

4.5) El agente revelador:

Figura incorporada a nuestra legislación con la dictación de la ley 20.000, donde se le da el mismo tratamiento que al agente encubierto. El art. 25, inc. 4° de dicho cuerpo legal, señala: “*Agente revelador es el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga*”. Como puede apreciarse comparte con el agente encubierto ciertas características, como la ocultación de la verdadera identidad del funcionario policial que actúa.

La diferencia entre uno y otro radica en que la conducta del agente encubierto debe ser por más tiempo, ya que consiste en una efectiva intromisión en el grupo con el objeto de investigar. En cambio, el agente revelador sólo debe simular una compra de drogas con el objeto de lograr la incautación de ésta y la detención de los partícipes, si es que efectivamente existen.

Esta figura especial fue creada debido a que, con anterioridad, un problema común con el que se encontraba un policía actuando como agente encubierto era que al comprarle drogas al imputado para luego detenerlo por venderlas, era acusado de inductor, y la defensa utilizaba este argumento constantemente para obtener la absolución. Por lo tanto, se le dio un amparo legal a la figura para evitarle ese problema a la policía, y poder utilizar este mecanismo para detener a los vendedores de drogas.

No es el tema de esta memoria tratar sobre este agente revelador, sin embargo cabe señalar que algunas de las críticas que luego se formularán al agente encubierto pueden ser efectuadas al revelador.

5.- Regulación legal.

En nuestro país, la figura del agente encubierto ha sido utilizada desde hace bastante tiempo para investigar toda clase de delitos de difícil investigación. Sin embargo, con la dictación de la ley 19.366, en el año 1995, esta figura tuvo recién un respaldo legal, pero sólo en materia de drogas; y para los delitos de pornografía infantil desde el año 2004. En la práctica, hoy en día la policía igualmente utiliza funcionarios en calidad de encubiertos para investigar otros delitos, policías que se hacen pasar por civiles para obtener datos de delitos, pero sólo en materia de drogas y pornografía infantil es que se cuenta con un respaldo legal para estas actuaciones, en los otros casos va a ser más difícil incorporar la prueba al juicio.

Hoy son dos las leyes que autorizan y regulan esta técnica investigativa:

5.1) Ley 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

La ley 19.366, antigua ley de drogas, incorporó a nuestra legislación la figura del agente encubierto, aunque la policía ya venía utilizando esta figura pero sin un respaldo legal en su actuar. Desde el art. 33 A hasta el art. 34 de dicha ley se regulaba este tema. La técnica legislativa utilizada era desordenada y deficiente. Desordenada, ya que no se refería sólo a la actuación del agente encubierto, sino que regulaba conjuntamente a éstos con testigos, peritos, informantes y cooperadores eficaces. Y era deficiente, pues faltaban normas que se refirieran a temas trascendentes, como por ejemplo: la responsabilidad penal del agente encubierto en el caso de cometer algún delito, la voluntariedad del cargo, etc.

El 16 de febrero del 2005 fue publicada en el Diario Oficial la ley 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que sustituyó la ley 19.366.

La actual ley de drogas, no obstante merecer serias críticas que serán abordadas en el próximo capítulo, vino a subsanar alguna de las deficiencias de la ley 19.366.

El párrafo 3° del título II se titula: “*Del agente encubierto, del agente revelador y del informante*”. Estas tres figuras que presentan ciertas similitudes, son reguladas de manera conjunta en la ley.

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

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

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

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

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 intención de cometerlo y con conocimiento de dicho organismo, 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 como 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”.

El párrafo 2º del título III se titula: “*De las medidas de protección a testigos, peritos, agentes encubiertos, reveladores, informantes y cooperador eficaz*”. Este párrafo se refiere a los medios de protección que la ley da a ciertas personas que cooperen en el procedimiento, dentro de éstos se encuentran los agentes encubiertos.

5.2) Ley 19.927, que modificó el Código Penal, el Código Procesal Penal y el Código de Procedimiento Penal en materia de delitos de pornografía infantil.

El 14 de enero del año 2004 fue publicada la ley 19.927, que combate la pedofilia, sanciona a quienes incurran en el delito de pornografía infantil y entrega más y mejores herramientas a la policía y a los Tribunales de Justicia para combatir las redes de pedófilos que funcionan a través de Internet.

Esta ley fue dictada en medio de un gran debate público que se originó con motivo del conocimiento de redes de pedofilia que operaban en nuestro país. Con el “caso Spiniak” quedó de manifiesto que no existía una buena regulación legal en temas de: pedofilia, abuso de menores, prostitución y pornografía infantil, por lo cual, los legisladores actuaron rápidamente para dictar una ley que subsanara tales falencias.

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

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

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

Los agentes encubiertos, el secreto de sus actuaciones, registros o documentos y las entregas vigiladas se regirán por las disposiciones de la ley N° 19.366."

Los artículos del Código Penal a los que se remite la ley se refieren a delitos de pornografía infantil, abuso de menores y promoción o facilitación de la prostitución infantil.

El inciso final del artículo transcrito dice que el agente encubierto se regirá por las disposiciones de la ley N° 19.366, actualmente, debe entenderse que esta remisión se hace a la ley 20.000.

6.- Derecho comparado.

Debido al aumento de delitos cometidos por grupos delictuales organizados, la mayoría de los países del mundo han adoptado nuevos medios de investigación, más eficaces contra el crimen organizado. Encontramos así, la figura del agente encubierto en muchas legislaciones.

6.1) Argentina.

En este país, existe una regulación más detallada que en el nuestro respecto al agente encubierto, a pesar de esto, la figura se presenta como conflictiva para algunos autores

trasandinos, quienes critican seriamente esta institución por afectar ciertos derechos y garantías individuales.

La ley 24.424, publicada el 9 de enero de 1995, establece las figuras del agente encubierto, del informante, del arrepentido y la entrega vigilada, para delitos previstos en la ley 23.737 y en el artículo 866 del Código Aduanero, es decir, delitos de tráfico ilícito de estupefacientes.

El juez, mediante resolución fundada, puede disponer, si las finalidades de la investigación no pudieren ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad actúen como agentes encubiertos, ya sea para impedir la consumación de los delitos, lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de pruebas necesarios.

La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará, y su nombramiento como tal debe mantenerse en estricto secreto.

El funcionario policial debe poner en conocimiento del juez sus actuaciones.

Dicha ley se refiere al tema de la responsabilidad penal del agente encubierto, señala que no será punible el agente encubierto que, como consecuencia necesaria del desarrollo de la actividad encomendada, se hubiere visto compelido a incurrir en un delito, siempre que no se ponga en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro.

Trata, además, el tema de la voluntariedad del cargo, y señala que la negativa a ser agente encubierto no podrá ser antecedente desfavorable para ningún efecto.

En el caso que peligre la seguridad del policía que actúa como agente encubierto por haberse revelado su verdadera identidad, la ley argentina le permite optar entre permanecer activo o pasar a retiro. Además, se establecen medidas de protección similares a la de los testigos tanto para el agente encubierto como para su familia.

6.2) España.

La ley de Enjuiciamiento Criminal Española, en el artículo 282 bis, permite el uso de agentes encubiertos cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada. El juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al juez, son quienes pueden autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, para actuar como agentes encubiertos.

La ley señala un plazo máximo de seis meses por los cuales el Ministerio del Interior otorga una identidad supuesta al policía, prorrogables por igual plazo.

La resolución deberá consignar el nombre verdadero y la identidad supuesta con la que actuará el funcionario. Esta resolución deberá ser reservada.

La información que vaya obteniendo el agente debe ser puesta en conocimiento de quien lo haya autorizado a la brevedad posible. Dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

Al testificar en los procesos que pudieran originarse de los hechos en que hubieren intervenido, podrán mantener su identidad supuesta, si así se acuerda por resolución judicial motivada.

La ley establece la voluntariedad del cargo.

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

El agente encubierto será utilizado para investigar actividades propias de la delincuencia organizada. Ya señalamos, en la página 14 del capítulo anterior, qué se entiende por delincuencia organizada en España y los delitos que se pueden investigar utilizando esta técnica.

También está regulado el tema de la responsabilidad penal del agente encubierto, quien está exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, con una salvedad, que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación, y no constituyan una provocación al delito. En el caso que un juez proceda penalmente en contra de un agente encubierto por actuaciones realizadas para fines de la investigación, deberá el juez requerir informe relativo de esto a quien hubiere autorizado la identidad supuesta. En atención a este informe resolverá lo que a su criterio proceda.

6.3) Alemania.

Es en este país donde más se ha profundizado la situación jurídico-penal del agente encubierto. Esto hace que el debate doctrinario sea mucho mayor que en otros lugares. La Policía Federal Alemana utilizó esta figura y la del agente provocador durante bastante tiempo, sin contar con un adecuado basamento jurídico.²⁸

El Código de Procedimiento Penal alemán regula en sus artículos 110 a) a 110 e) los requisitos, presupuestos, y formas de proceder del agente encubierto. Estos artículos fueron introducidos por la Ley de Lucha Contra el Tráfico Ilegal de Estupefacientes y Otras Formas de Criminalidad Organizada, que entró en vigencia el 22 de septiembre de 1992.

Dice esta ley que es posible el empleo de agentes encubiertos cuando existan indicios suficientes de que se ha cometido un importante acto delictivo en materia de tráfico ilícito de estupefacientes o de armas; de falsificación monetaria, documentos o valores; en materia de la seguridad del Estado; en forma profesional o habitual; y por un miembro de una banda o grupo organizado.

Se define a los agentes encubiertos como “miembros del servicio policial que indagan bajo una identidad alterada (*Legende*, “leyenda”), otorgada por un período limitado de tiempo”.

²⁸ MOSCATO DE SANTA MARÍA, CLAUDIA, ob.cit. en nota 4, p. 19

Quedan excluidos de este círculo, por consiguiente, miembros de la policía que se hayan infiltrado sólo como producto de la ocasión (es decir, sin “leyenda”).

Se les da la autorización para utilizar una identidad modificada, con la documentación necesaria, y a participar en las relaciones jurídicas.

Es la Fiscalía quien debe autorizar las actuaciones, pero la ley establece que en casos de urgencia el agente puede comenzar a actuar, debiendo cesar tal actuación si en tres días no consigue tal autorización

Se requiere autorización del Juez cuando la investigación se dirija contra determinado acusado o vaya a ingresar en una vivienda particular. Respecto a esto último vemos que en la legislación alemana la actuación del agente encubierto es autorizada por el Fiscal, pero en aquellos casos en que se va a investigar a un acusado en particular o que se va ingresar a un domicilio se debe pedir autorización al Juez.

La identidad verdadera del agente puede mantenerse oculta, aún después de su actuación, por motivos de seguridad.

Algo novedoso de esta legislación es el hecho que aquellas personas en cuyo domicilio penetre el agente deben ser informadas sobre su actuación, salvo que peligre el resultado de la investigación, la integridad física de alguna persona o la posibilidad de una nueva actuación.

Las informaciones obtenidas por el agente encubierto pueden ser utilizadas en otros procedimientos penales siempre que estos datos sean necesarios para el esclarecimiento de algún hecho delictivo.

El legislador alemán justifica el empleo de agentes encubiertos pensando en la narcocriminalidad organizada, y lo considera como uno de los métodos más eficaces para conocer la estructura y composición de las organizaciones de la droga. Pero limita su utilización a supuestos específicos:

- Actuación solamente en delitos de importancia y cuando otros medios de investigación resulten ineficaces.

- Dependencia de la autoridad fiscal y/o judicial.
- Prohibición de cometer delitos.²⁹

6.4) Estados Unidos.

Las leyes estatales y federales de los Estados Unidos no ofrecen una regulación del agente encubierto, sino que establecen una inmunidad general para los funcionarios policiales que en el ejercicio de las competencias que les son propias y legalmente atribuidas, estando autorizadas, realicen actos de posesión, importación, exportación, fabricación, etc. de sustancias estupefacientes que, en otro caso, serían ilegales.

Así, el Código Federal en su título 21 (“Alimentos y drogas”), capítulo 13 (“Prevención y control”), artículo 885-d (“Inmunidad de funcionarios federales, estatales, locales, o de otro tipo”), establece: “No se impondrá responsabilidad civil o criminal alguna en virtud de este subcapítulo a ningún oficial federal debidamente autorizado, legalmente implicado en el cumplimiento de este subcapítulo, ni sobre oficial debidamente autorizado de cualquier Estado, territorio, subdivisión política del mismo, Distrito de Columbia, o cualquier posesión de los EEUU, que se encuentre legalmente implicado en la ejecución de cualquier ordenanza en relación con sustancias prohibidas”. El artículo 886 dispone la forma de actuar de estos policías en calidad encubierta, el nombramiento por un superior policial, límites a su actuación, informes periódicos, provisión de fondos para desarrollar la actividad, etc.³⁰

El uso de policías en calidad de agentes encubiertos es una de las técnicas más utilizada por la DEA (Agencia antidrogas de EEUU) y otros organismos policiales de EEUU, ya que según sostiene parte de la doctrina norteamericana, de otra manera sería imposible realizar

²⁹ DELGADO GARCÍA, MARÍA DOLORES, El Agente Encubierto: Técnicas de Investigación. Problemática y Legislación Comparada en Criminalidad organizada ante la justicia (Universidad de Sevilla, Sevilla, España 1996) p. 75

³⁰ DELGADO GARCÍA, MARÍA DOLORES, ob.cit. en nota 29, p. 73

investigaciones masivas en contra de sofisticadas organizaciones de tráfico de drogas y lavado de dinero en el mundo.³¹

Los tribunales norteamericanos han tratado de limitar la actuación de los agentes encubiertos. Tratándose de los delitos cometidos por estos funcionarios la ley establece la impunidad de los funcionarios policiales cuando actúan encubiertos autorizados por sus superiores, por lo que nos encontramos ante un policía que actúa a nombre del Estado, con potestades de cometer ilícitos y de instigar a quienes investiga.

Mario Montoya, autor Argentino, señala posibles restricciones al uso de técnicas encubiertas en las siguientes enmiendas constitucionales americanas:³²

Primera Enmienda, que protege la libertad de expresión. La utilización de agentes encubiertos debe estar restringida sólo a aquellos casos en que exista una causa probable para creer que los miembros del grupo se encuentran comprometidos en actividades criminales. Por tanto, debe equilibrarse la necesidad de que la policía haga cumplir la ley con el derecho del individuo de expresarse y asociarse libremente.

Cuarta Enmienda, que reconoce el derecho de las personas de estar seguras “contra...búsquedas y secuestros irrazonables”. Los tribunales norteamericanos han sugerido en diversas oportunidades que esta enmienda se refiere al derecho de privacidad. Habrá que ver si el policía infiltrado vulnera o no este derecho garantizado por la Cuarta Enmienda, esto mediante un adecuado control judicial.

Quinta Enmienda, que se refiere al debido proceso. Para que efectivamente haya una violación al debido proceso los métodos empleados por los funcionarios policiales deben haber sido suficientemente aterradores como para llegar a ofender los estándares de una sociedad civilizada.

³¹ MOSCATO DE SANTA MARÍA, CLAUDIA, ob.cit. en nota 4, p. 9

³² MONTOYA, MARIO DANIEL, ob.cit. en nota 18, p. 83 y ss.

Sexta Enmienda, que reconoce el derecho a contar con un abogado defensor durante el proceso. Claramente durante el período de investigación el delincuente no tiene posibilidades de defensa alguna, pues el hecho de que está siendo investigado se mantiene en absoluta reserva. Ahora bien, en el juicio habrá que determinar si este acusado tiene la misma igualdad que la fiscalía para recavar pruebas y tener una buena defensa.

CAPÍTULO II

Legislación vigente en nuestro país en cuanto al agente encubierto.

1.- Análisis de la legislación vigente.

Como ya se mencionó en el capítulo anterior, en Chile, la figura del agente encubierto se encuentra regulada actualmente en la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y en la Ley 19.927 sobre delitos de pornografía infantil.

Teniendo en consideración: el fundamento del agente encubierto como institución, el derecho comparado respecto del tema, y la opinión de la doctrina y de la jurisprudencia nacional y extranjera; encontramos ciertas deficiencias que presenta la legislación chilena respecto al tema, las que deben ser subsanadas con prontitud, pues estamos frente a un medio de investigación útil y eficaz, pero que atenta contra garantías fundamentales que nuestro sistema democrático de Estado supone proteger.

Analizaremos algunas de estas deficiencias para poder llegar al tema de la prueba obtenida por el agente encubierto:

1.1) Nombramiento del agente encubierto.

Se debe determinar quién es la autoridad que nombra a un funcionario policial en la calidad de agente encubierto y en qué supuestos.

a) Autoridad encargada de nombrar al agente encubierto: En la antigua ley de drogas, Ley 19.366, quien autorizaba a un funcionario policial para actuar como agente encubierto era su superior jerárquico. Esto creaba un gran conflicto, ya que se radicaba en el ámbito

policial esta investigación, sin que el juez o el ministerio público tuvieran ninguna participación en el nombramiento. Nos encontrábamos algunas veces ante superiores policiales que nombraban agentes encubiertos sin ser necesaria esta intervención, ya que no se consideraba que el uso de éstos sea de última instancia y sólo para casos de grupos organizados de delincuentes. Un ejemplo de esto es que con frecuencia, y varias sentencias así lo avalan³³, se nombraban agentes encubiertos para el tráfico realizado por sujetos individualmente, siendo que para esos casos deberían usarse los medios tradicionales de investigación y dejar al agente encubierto para casos excepcionalísimos de investigación de grupos organizados destinados al tráfico. En la práctica, según dichos del ex jefe de la brigada antinarcóticos de Valparaíso don Alex Sanhueza, a veces se solicitaba autorización judicial, pero con el objeto de evitar que el juez excluyera del proceso la prueba obtenida, no como un medio legitimador de la violación de derechos que conlleva esta figura.³⁴

Con la entrada en vigor de la Reforma Procesal Penal, esta situación debió modificarse, ya que ahora recae en el Ministerio Público la investigación de aquellos hechos que revistan el carácter de delitos.

Así, con la ley 20.000 la situación cambió, el inc. 1º del artículo 25 señala: *“El Ministerio Público podrá autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores y, a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de esos servicios actúen en alguna de las dos calidades anteriores...”*. La referencia a funcionarios policiales está hecha a funcionarios de Carabineros y de Policía de Investigaciones, por lo cual se excluye cualquier funcionario de otra institución.

³³ Ver Gaceta Jurídica N° 253, fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 18 de julio de 2001, rol N° 37.537-01, Pág. 163; N° 257, fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 8 de noviembre de 2001, rol N° 55.513-01, Pág. 144

³⁴ Entrevista al ex Jefe de la Brigada de Narcóticos de Valparaíso, don Alex Sanhueza, realizada el 13 de octubre de 2005

La ley es armónica con el nuevo CPP. El problema es que falta la referencia al juez de garantía, ya que una de las funciones de éste es asegurar que en el proceso penal se protejan los derechos y garantías del imputado, por lo tanto, quien debería autorizar esta técnica investigativa es precisamente el juez de garantía. Esta omisión se suple recurriendo a las reglas generales establecidas en el CPP, así el art. 9 de dicho cuerpo legal se refiere a la autorización judicial previa que se requiere para realizar cualquier actuación del procedimiento que prive, restrinja o perturbe al imputado de los derechos que la Constitución asegura. Por lo que, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de dichos efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía. El CPP inclusive da la posibilidad para que en casos urgentes, en que la inmediata autorización fuere indispensable para el éxito de la diligencia, ésta pueda ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto. El problema no deja de ser de relevancia, ya que si posteriormente se quiere incorporar al juicio penal la prueba obtenida por el agente encubierto, ésta podría ser excluida por considerarse ilícita en el caso que no se obtenga autorización judicial previa o ésta fuese insuficiente. Tema que será tratado más adelante con mayor precisión.

En materia de delitos de pornografía infantil, la ley 19.927 si señala que es el tribunal quien podrá autorizar la intervención de agentes encubiertos, a petición del Ministerio Público, acá se reconoce que para nombrar un agente encubierto se debe contar necesariamente con autorización judicial.

Respecto a la autorización judicial previa, habrá que determinar en cada caso si ésta es amplia, o sea que dura todo el tiempo en que el agente encubierto actúe en esta calidad, o si será restringida, es decir, sólo para una actuación determinada, y para cada caso en que los derechos del investigado pueden ser vulnerados habría que pedir nueva autorización. Este tema será analizado con más profundidad al tratar el tema de la prueba del agente encubierto.

Es al Fiscal a quien le corresponderá nombrar a un funcionario policial en calidad encubierta, pero en la práctica, de todas maneras el superior jerárquico del funcionario nombrado va a tener que tomar conocimiento de este hecho, será él quién proponga los

nombres al Fiscal, debido a que quién mejor sabe qué persona es la adecuada para el cargo es su superior, no el Fiscal. La ley tampoco señala nada respecto a esta intervención.

b) Supuestos para proceder al nombramiento: El artículo 25 de la ley 20.000 señala cuáles son los objetivos por los cuales el agente se involucra o introduce en los grupos delictuales, estos son: identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación. De lo que se desprende que el supuesto necesario para proceder a nombrar un agente encubierto es la investigación de un delito. Se supone que debiera haber una investigación en proceso, aunque la ley no lo señala expresamente, lo cual implica que el ministerio público haya iniciado una investigación por alguno de los delitos que sanciona la ley de drogas o la ley de pornografía infantil. Esto debido a que el uso de agentes encubiertos es en sí una técnica de investigación subsidiaria a las demás, o sea, puede ser utilizado después de que se haya iniciado una investigación, como última instancia en el caso que a través de los medios tradicionales no se hayan obtenido pruebas.

1.2) Delitos por los cuales procede el nombramiento de agentes encubiertos.

En la legislación comparada hay distintas formas de abordar este tema, en algunos países se regula la figura del agente encubierto de manera general y luego se determina para qué delitos se puede utilizar este método de investigación, éste es el caso de la legislación española, en la que se permite el uso de agentes encubiertos cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, y luego la ley señala que se entiende por delincuencia organizada y a que delitos se refiere.

En lo que coinciden todas las legislaciones es en que el agente encubierto se utiliza para combatir el crimen organizado, y de mayor forma el tráfico de drogas, actividad que casi siempre es realizada por grupos que actúan de manera organizada.

En Chile, en las ya mencionadas leyes 20.000 y 19.927, encontramos los delitos que pueden investigarse utilizándose agentes encubiertos.

La Ley 20.000, al regular el régimen jurídico aplicable al agente encubierto, no señala para qué delitos se pueden utilizar agentes encubiertos, se entiende entonces que pueden nombrarse agentes encubiertos para la investigación de todos los delitos que sanciona dicha ley.

En general, la ley sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Así, el **art. 1°** sanciona a los que elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, sin la debida autorización.

En el **art. 2°** se castiga la producción, fabricación, elaboración, distribución, transporte, comercialización, importación, exportación, posesión o tenencia de precursores o de sustancias químicas esenciales, con el objetivo de destinarlos a la preparación de drogas estupefacientes o sustancias psicotrópicas para perpetrar, dentro o fuera del país, alguno de los hechos considerados como delitos en esta ley.

El tráfico se sanciona en el **art. 3°** que señala: *“Las penas establecidas en el artículo 1° se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias...”*.

En el **art. 4°** de la nueva normativa se sanciona a: *“El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas...En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otros.”*

Además, existen otros artículos que señalan penas especiales tomando en consideración quien ejecuta el delito. Así, tratándose de funcionarios públicos, médicos, personal militar, de Gendarmería o Policía de Investigaciones, se señalan penas distintas.

La Ley 19.927 incorpora al Código Penal el art. 369 ter. En el inc. 2º de dicho art. se permite que el tribunal autorice la intervención de agentes encubiertos, a petición del Ministerio Público. Esta intervención se autoriza cuando la investigación lo hiciera imprescindible, en los casos en que existan sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos previstos en los siguientes artículos:

- a) **Art. 366 quinquies**, que sanciona la participación en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años.
- b) **Art. 367**, que castiga a aquél que promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro. El inc. segundo aumenta las penas en el caso de concurrir habitualidad, abuso de autoridad o de confianza o engaño.
- c) **Art. 367 bis**, se pena a aquél que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero.
- d) **Art. 367 ter**, sanciona al que, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro.
- e) **Art. 374 bis, inciso primero**, castiga a quien comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años.
- f) **Art. 374 ter** establece que las conductas de comercialización, distribución y exhibición señaladas en el art. 374 bis, o sea, de material pornográfico en que hayan sido utilizados menores de dieciocho años, se entenderán cometidas en Chile cuando se realicen a través de un sistema de telecomunicaciones al que se tenga acceso desde territorio nacional.

Respecto a este tema se pueden formular las siguientes críticas:

Es reprochable el hecho que en la Ley 20.000 se regula la figura, y la Ley 19.927 se remite a ella, sin considerar las deficiencias que presenta dicho cuerpo normativo, y que se analizan en este trabajo.

Otra crítica importante que se debe formular, deriva del fundamento mismo del agente encubierto y de su utilización en el derecho comparado, ya que ésta es una figura que busca combatir el crimen organizado, pues debido al modo de operar de estos grupos delictuales, esta técnica es el único modo de obtener pruebas contra los delincuentes; pero tanto en la Ley 20.000 como en la 19.927, puede ser utilizado un agente encubierto para investigar delitos cometidos por personas que actúen individualmente, o sea no solo para combatir el crimen organizado, sino que también delitos cometidos por una persona individualmente, o por grupos que se alejan del concepto de criminalidad organizada.

Tratándose de la ley 20.000, pueden nombrarse agentes encubiertos para investigar cualquiera de los delitos que sanciona dicha ley, sin distinción alguna, por tanto se puede utilizar un agente encubierto inclusive tratándose del porte de drogas o del microtráfico, ilícitos para los cuales deberían usarse los medios tradicionales de investigación, y quedar reservada esta figura sólo para casos excepcionales de bandas narcotraficantes. Además, la ley, al definir al agente encubierto en el art. 25 inc. 2º, señala que el agente encubierto está autorizado para involucrarse o introducirse en organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos. La ley se refiere a un grupo de personas que actúan con propósitos delictivos, pero da un margen amplio para que queden comprendidos cualquier reunión de personas destinadas a cometer delitos, siendo que el agente encubierto en doctrina y en el derecho comparado es utilizado contra redes o grupos criminales organizados, con una estructura sólida y permanente.

Que tres o más personas se reúnan para delinquir, con lo sancionable que es, no significa que constituyan una organización calificable como “crimen organizado”. Otros medios de investigación deberían utilizarse para lograr detenerlos y sancionarlos, ya que este método de infiltración policial solo se debe usar para combatir una agrupación criminal compleja y permanente catalogada como crimen organizado.

Por otro lado, la Ley 19.927 exige, como presupuesto para utilizar un agente encubierto, que existan sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos enumerados. Esto va en contra del fundamento y origen del agente encubierto, ya que en nuestro país pueden utilizarse agentes encubiertos para investigar a una persona y no necesariamente a un grupo criminal, por lo tanto, la figura deja de ser excepcional y sólo para investigar al crimen organizado.

Como solución a esto deberían modificarse ambas leyes, en el sentido de que sólo en el caso de que los delitos regulados por estas leyes sean cometidos a través de la delincuencia organizada o de organizaciones criminales podrán ser investigados mediante agentes encubiertos. Y, las leyes deberían definir qué se entiende por delincuencia organizada y cuales son los presupuestos para encontrarnos con este tipo de grupos criminales.

1.3) Responsabilidad penal del agente encubierto.

Para comenzar con este tema hay que dejar clara la diferencia entre el agente encubierto y el agente provocador. En la legislación y jurisprudencia chilena lo que se acepta es la actuación de un agente encubierto para la investigación de ciertos delitos, no del provocador. La diferencia entre uno y otro radica en la actitud del sujeto ante el grupo; mientras el encubierto se dedica a ser un miembro pasivo cuyo objeto es recavar pruebas, el provocador incita o provoca a otro para que se cometa el delito esperado. Pero, a veces, esta diferencia no es tan nítida ya que el agente encubierto puede llegar a actuar como provocador.

En el caso del agente provocador, el funcionario policial pasa a instigar a los individuos para que cometan delitos, y en este caso no cabría la irresponsabilidad, ya que pasaría a ser instigador de un delito, por tanto debería responder por esto según el art. 15 número 2 del Código Penal. Sin embargo, algunos autores defienden al agente provocador por la eficacia que presenta la figura, y argumentan diciendo que el delito provocado ya ha nacido en la mente del delincuente.

Nuestra jurisprudencia, en variados fallos ha rechazado la prueba obtenida por el agente encubierto por considerar que ha habido instigación en su actuación, y que se ha obrado como un provocador del delito.³⁵

Además, debemos precisar la responsabilidad que le corresponde al agente encubierto en el evento de verse compelido a cometer un ilícito durante el curso de su actuación, ya sea para ganar la confianza de los integrantes de la organización delictiva o, incluso, como una manera de salvar su vida de un peligro, pues el no cumplir una orden de los integrantes de estas bandas delictivas le puede significar un serio riesgo para su integridad física.³⁶ Por el carácter de encubierto e infiltrado debe parecer un miembro más del grupo, actuar como tal, sino sería un observador pasivo quien, dadas las características del grupo al cual ingresa, no lograría obtener la confianza suficiente para obtener pruebas y la posibilidad de ser descubierto sería aún mayor. Politoff señala que es concebible esta situación, o sea la actitud pasiva, pero para casos excepcionales.³⁷

³⁵ Ver Gaceta Jurídica N° 240, fallo de la corte de Apelaciones de Santiago, del 9 de Junio de 2000, Rol N° 61.795-99, pág.168; N° 246, fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 6 de noviembre de 2000, Rol N° 66.876-00, Pág. 170; N° 267, fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 4 de septiembre de 2002, Rol N° 52.519-02, Pág.143

³⁶ EDWARDS, CARLOS, ob.cit. en nota 2, p. 85

³⁷ “ Es concebible, por supuesto, que un agente encubierto efectúe labores de indagación en casos determinados, sin ejecutar actos de colaboración o instigación a la perpetración de hechos punibles que sirvan para desenmascarar y aprehender a los responsables. Así, por ejemplo, fingirse un amigo de la persona que debe recibir una partida de sustancias estupefacientes, para estar allí en el momento de la entrega. Pero tales casos son excepcionales, aunque sólo sea porque los integrantes de bandas criminales son gentes “de pocos amigos”, no dispuestos a ventilar sus negocios ilícitos en presencia de testigos no comprometidos”. POLITOFF, SERGIO, ob.cit. en nota 24, p. 9

Este es uno de los puntos arduamente debatidos por la doctrina respecto a la figura. Surgen una serie de interrogantes, ¿Cómo es posible que en un Estado de Derecho sean los propios funcionarios policiales quienes incurran en ilícitos, y pasen a llevar bienes jurídicos protegidos por las leyes, o sea, que actúen como verdaderos delincuentes, y no les sea aplicada la correspondiente pena por esto?, ¿Cómo en un Estado de Derecho se les dé esta clase de prerrogativas especiales, estos privilegios de impunidad a los policías?. Estas preguntas se responden entendiendo que el agente encubierto y la eventual impunidad en su actuar, se miran como la única posibilidad de combatir delitos cometidos por el crimen organizado.

En este mismo sentido, el autor nacional Sergio Politoff formula la siguiente pregunta: “¿Realiza los supuestos de la instigación punible, con arreglo al art. 15 número 2, del Código Penal, el agente encubierto que, por ejemplo, convence a un traficante de drogas estupefacientes a que introduzca una partida de las mismas en nuestro país a sabiendas que la autoridad policial, debidamente advertida por él, impedirá la importación efectiva de esas sustancias y procederá a detener al hechor? Por otra parte, ¿Puede atribuirse responsabilidad penal, en tal evento, al que ha cedido a las instancias del agente provocador e intenta una operación radicalmente imposible y puramente imaginaria, por la intervención prevista de la policía?”.³⁸

Respecto a la comisión de delitos por el agente encubierto, Claudia Moscato de Santamaría, señala que el agente encubierto debe evitar las llamadas “pruebas de castidad”, bajo esto se entiende acciones delictivas que debe cometer el agente encubierto para probar su confiabilidad en el grupo.³⁹

En Chile, el inc. final del art. 25 de la ley 20.000, señala lo siguiente: “*El agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como agente encubierto o como agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos*

³⁸ POLITOFF, SERGIO, ob.cit. en nota 24, p. 10

³⁹ MOSCATO DE SANTA MARÍA, CLAUDIA, ob.cit. en nota 4, p. 21

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”, por lo cual la ley es clara al dejar exento de responsabilidad al agente en el ejercicio de su cargo.

Análisis de esta disposición legal:

I) A quiénes se aplica la exención: La ley otorga esta exención de responsabilidad penal al agente encubierto, al agente revelador y al informante en sus actuaciones como agente encubierto o como agente revelador.

Tanto el agente encubierto como el agente revelador son funcionarios policiales que actúan de manera encubierta para obtener pruebas en una investigación. En el desempeño del cargo pueden llegar a cometer un ilícito, que por ejemplo, en materia de drogas puede ir desde el simple consumo hasta el tráfico de las sustancias.

La posibilidad de cometer delitos por parte de la policía y no tener responsabilidad penal alguna por los ilícitos es difícil de entender. Claro está que la razón de ser de esta situación radica en que es la única forma de que el agente pueda realmente ser encubierto y obtener la confianza del grupo al cual se inmiscuye. Se supone que estamos ante organizaciones criminales con una estructura determinada, una jerarquización de los miembros y un objeto específico claro, el cual es: cometer crímenes. El policía puede verse en la obligación de realizar delitos para cumplir la misión encomendada.

Ahora bien, esta situación es contraria a normas básicas de nuestro Estado de Derecho. En la policía, como representante del Estado, recae la obligación de mantener el orden público y defender la seguridad ciudadana, y esto no se cumple existiendo la posibilidad de que los propios policías, o sea el propio Estado, pasen a ser delincuentes.

La CPRCh en el art. 101, inc. segundo, señala: *“Las fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas”*. Esta disposición constitucional se encuentra claramente contrariada por la ley 20.000, ya que Carabineros e

Investigaciones pueden utilizar agentes encubiertos, y los oficiales nombrados para desempeñar el cargo pueden cometer delitos; con esto se está dando eficacia al derecho, pero no se está garantizando el orden público, ni la seguridad pública interior, es más, precisamente se está violando.

Respecto al informante la situación es peor. Puede ser informante cualquier persona que otorgue cierta información relevante a la policía acerca de delitos investigados en que se contemple la figura. Estas personas por el hecho de dar ciertos datos a la policía se transforman en informantes, la ley también los exime de responsabilidad penal si cometen algún delito para obtener la información. Esta situación es aún más delicada ya que se vulnera con esto la igualdad de la ley consagrada en el art. 19 número 2 de la Constitución, debido a que se le da un trato preferencial a una persona por entregar información a la policía, sin determinarse que grado de importancia o de detalle deba revestir esta información; y además se transgrede el principio penal de que todo aquél que cometa un delito debe responder por ello.

Este es un tema difícil de determinar, ya que hay que precisar si queremos que en nuestro país para combatir eficazmente el crimen organizado exista la posibilidad de que la policía cometa delitos; si la respuesta es afirmativa deberían existir límites para los ilícitos, sino se puede caer en el riesgo de quedar en una caos social tal, en el cual vivamos con la incertidumbre de que hasta la propia policía puede, en ciertas ocasiones, llegar a cometer cualquier clase de delitos sin ser sancionadas; tema que resulta muy delicado.

II) Delitos para los que rige la exención: La ley señala que estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir.

a) Delitos en que deban incurrir: se refiere a delitos que el agente se encuentre obligado a cometer en el desempeño del cargo. Lo central está en el “deber” de incurrir en un delito, acá se supone que al funcionario policial con el objeto de investigar y de no ser descubierto no le quedará más opción que realizar una conducta tipificada como delito por nuestra legislación.

b) Delitos que no hayan podido impedir: el funcionario policial actuando como encubierto estará exento de responsabilidad penal por aquellos delitos que no pudo evitar. La ley se refiere a delitos que el policía actuando encubiertamente no haya podido impedir cometidos por terceros. Se trata de una exención de responsabilidad por una actitud pasiva del agente, de omisión de cumplir con su tarea principal como policía, que es evitar que se produzcan delitos.

III) Límite a la irresponsabilidad penal: La ley da un requisito necesario para que el agente quede exento de responsabilidad en caso de que éste cometa un delito, éste es: *“siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma”*.

El primer límite a la actuación del agente encubierto es que el delito sea consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, ya que la exención no se refiere a cualquier delito que él pueda cometer, sino que éste debe cometerse para lograr los fines de la investigación. Respecto de otros delitos en que se incurra y que no guarden relación con la investigación, el policía debería responder según las reglas generales.

El segundo límite establecido es la proporcionalidad que debe guardar el delito con la finalidad de la investigación. En el desempeño de su cargo el funcionario policial debe respetar la proporcionalidad debida para actuar, por lo cual, no puede hacer cualquier cosa, ni cometer cualquier ilícito, sino que debe ser apto para los fines de la investigación.

La función del policía es investigar, y en la práctica puede verse obligado a delinquir, pero al respecto debe existir un cuidado máximo tanto del propio policía como de su superior, del fiscal, y del juez, para aceptar estos ilícitos y limitarlos a casos concretos y menores.

Otro límite, no establecido en nuestra legislación, debería referirse al tipo de delito o de bien jurídico que pueda vulnerarse por el agente encubierto, ya que es aceptable, por ejemplo, que el policía se vea obligado a vender drogas o a consumirlas para ganarse la confianza del grupo, pero matar o lesionar a una persona son hechos que afectan bienes jurídicos más delicados, que no deberían caer en la exención. Lo mismo en el caso de la ley de pornografía infantil, ya que el agente podría por ejemplo, entregar a otro un determinado

material pornográfico, pero llegar a participar con menores en la producción, o tener alguna participación sexual con menores son acciones que no deberían ser permitidas. En la legislación argentina, el art. 7° de la ley 24.424, establece el límite para la irresponsabilidad penal del agente encubierto, éste es que con el delito cometido no se ponga en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona y no se imponga un grave sufrimiento físico o moral a otro.

La actuación del agente debe estar amparada en una situación de necesidad, que haga indispensable la comisión de un delito como el único método para conseguir pruebas en contra de los miembros de la organización criminal, y con pleno respeto a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, o sea se debe tratar de hechos graves y de difícil pesquisa. En los demás casos sólo cabe afirmar la ilicitud del hecho.⁴⁰

En la anterior ley de drogas no se señalaba nada con respecto a la responsabilidad del agente encubierto, por lo que hay sentencias en las que se condena al agente encubierto como instigador o como autor de delitos relacionados con tráfico de estupefacientes.⁴¹ Algunos autores criticaban estas sentencias y justificaban la actuación del agente encubierto en virtud de la disposición del art. 10 número 10 del Código Penal que exime de pena a quien obra en el ejercicio legítimo de un oficio o cargo. Así, Miguel Ángel Fernández, señala: “El agente encubierto se encuentra exento de responsabilidad criminal, en virtud de la causal de justificación contemplada en el artículo 10 N° 10 del Código Penal, por los delitos que deba cometer en el desempeño del deber u oficio que se le ha impuesto, cuando esos delitos han tenido por finalidad identificar a los participantes en organizaciones delictivas vinculadas con el tráfico ilícito de estupefacientes o recoger las pruebas que

⁴⁰ VERA, JAIME, apuntes ramo optativo Trafico ilícito de estupefacientes (PUCV, Valparaíso, Chile 2004)

⁴¹ Ver Gaceta Jurídica N° 240, fallo de la corte de Apelaciones de Santiago, del 9 de Junio de 2000, Rol N° 61.795-99, pág.168; N° 246, fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 6 de noviembre de 2000, Rol N° 66.876-00, Pág. 170; N° 267, fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 4 de septiembre de 2002, Rol N° 52.519-02, Pág.143

servirán de base al proceso penal, como quedó constancia en la historia fidedigna del precepto y como lo ha sostenido la doctrina”.⁴²

La exención de responsabilidad que la legislación establece implica que existe una causal de justificación que exime de responsabilidad penal al agente encubierto por su actuar ilícito. El delito existe, pero se exime de la pena por operar una causal de justificación.

Hoy, es la propia ley la que ha optado por reconocer la exención de responsabilidad penal del agente encubierto lo que torna inútil, pero no por ello inválido, un reclamo moral contra esto. Se debe eso sí precisar los límites de la legitimidad de la figura. Los funcionarios policiales en calidad infiltrada deben ser profesionales en su actuar, en este sentido tienen la obligación de evitar poner en peligro y vulnerar bienes jurídicos protegidos por nuestro derecho. Pero si en el desempeño del cargo se encuentran en el deber de actuar ilícitamente, su responsabilidad radica en disminuir el daño lo más posible.

La exención de responsabilidad queda limitada por la ley sólo a aquellos delitos que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma, por lo tanto, por ilícitos cometidos que no quepan en esta limitación debe responder el policía y no rige la exención.

1.4) Duración en el cargo.

La ley nada señala respecto a la duración de la función asumida por el agente encubierto.

En la legislación alemana se define al agente encubierto como: “miembros del servicio policial que indagan bajo una identidad alterada otorgada por un período limitado”.

⁴² FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL, Inconstitucionalidad de Responsabilizar Penalmente al Agente Encubierto en Gaceta Jurídica n° 217 (Santiago, Chile 1998) p. 25 y

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española la identidad supuesta es otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses, prorrogables por periodos de igual duración

En Chile, falta regulación en este aspecto. En la práctica, el agente encubierto dura en sus funciones hasta que se cumplen los objetivos de la figura: identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación. El problema es que es una figura que pese a su eficacia, puede transgredir una serie de garantías, por lo tanto, no puede mantenerse indefinidamente esta situación de engaño y menoscabo de los derechos de las personas investigadas, de lo contrario con esta figura sucedería lo mismo que ocurría con la antigua y cuestionada “orden amplia de investigar”, existente en el Código de Procedimiento Penal, que consistía en la facultad que el juez le otorgaba a la policía para poder investigar libremente a un inculpado y por tiempo indefinido.

1.5) Voluntariedad del cargo.

La ley nada señala respecto al tema de la voluntariedad del cargo. Lo normal es que se aplique, por tanto, la reglamentación interna de cada rama de las Fuerzas de Orden y Seguridad en esta materia. Es difícil imaginarse que un cargo tan riesgoso sea obligatorio y pueda ser impuesto. Según dichos del ex jefe de la brigada de antinarcóticos, don Alex Sanhueza, este cargo es siempre voluntario ya que conlleva un riesgo personal y familiar que no puede cargarse obligatoriamente a ningún funcionario.⁴³

En alguna legislación comparada se señala este tema, recalando la prohibición de obligar a un determinado funcionario policial a que actúe como agente encubierto, así ocurre en Argentina, España y Bolivia. En la legislación argentina, la ley 24.424 en su art. 8, además de señalar que ningún agente de las fuerzas de seguridad podrá ser obligado a actuar como agente encubierto, establece que la negativa de asumir el cargo no será tenida como antecedente desfavorable para ningún efecto.

⁴³ Entrevista al ex Jefe de la Brigada de Narcóticos de Valparaíso, ob.cit. en nota 34

El fundamento de la voluntariedad radica en la comprometida, difícil y peligrosa función que significa infiltrarse en una organización delictiva dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes, en la que debe utilizar una identidad falsa, cambiar su acostumbrado ritmo de vida, separarse, en muchos casos, de su núcleo familiar, e incluso, llegar a delinquir para ganar la confianza de los miembros de la organización. Debe ser, por tanto, una decisión personal del agente, que valorará la necesidad de cumplir con su deber, y los riesgos personales que ello le implicará.⁴⁴

En nuestra legislación debería señalarse como presupuesto para designar un agente encubierto, que este cargo sea voluntario, y al igual que en la legislación argentina, que la negativa de asumir el cargo, no podrá llevar aparejadas consecuencias adversas para el funcionario policial.

El funcionario nombrado debe ser capaz técnica y psicológicamente para desempeñar la función encomendada, por lo cual debería formarse un departamento especial dentro de cada rama policial para formar policías dedicados exclusivamente a desempeñarse como agente encubiertos, que voluntariamente ingresarán a este departamento.

1.6) Protección del funcionario policial.

El funcionario policial que actúa como agente encubierto, tanto durante el tiempo que permanece en esta calidad como cuando deja de ser infiltrado, requiere de una protección especial, judicial y policial, ya que su vida está en peligro constante.

La ley debe brindar protección legal al agente. Dicha protección tiene un doble fundamento: por un lado, como salvaguarda para la vida del policía que ha sido descubierto; y por otro, como una forma de incentivar la participación de los integrantes de las fuerzas policiales como agentes encubiertos, al saber que cuentan con una protección legal efectiva si son descubiertos.⁴⁵

⁴⁴ EDWARDS, CARLOS, ob.cit. en nota 2, p. 75

⁴⁵ EDWARDS, CARLOS, ob.cit. en nota 2, p. 97

La principal protección con que se cuenta es la identidad secreta que se le otorga al agente durante el curso de la investigación y en el desarrollo del juicio.

Durante la investigación la identidad secreta es un elemento de la esencia de la figura para su aplicación práctica. El agente encubierto para lograr su objetivo final, que es conseguir pruebas para el proceso penal, debe actuar como infiltrado en el grupo. Su actuación será entonces, oculta, secreta, no manifiesta, esto con el fin de no revelar su identidad verdadera y su propósito. Por lo tanto, su identidad verdadera se tiene que mantener en estricta reserva, ya que de lo contrario no tiene eficacia la figura, se perderían las posibles pruebas y la vida del policía correría peligro.

Esto se establece tanto en el concepto de agente encubierto que da la ley 20.000, como también en las medidas de protección, así el art. 25 define al agente encubierto como: *“aquel funcionario policial que oculta su identidad oficial...”*. Podríamos pensar que es sólo la identidad oficial la que oculta, y que el agente conserva su nombre verdadero. Pero el inc. 3º del mismo art. dispone lo que sigue: *“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 esta.”*

Por historia ficticia entendemos una historia de vida no real, inventada por la policía para parecer creíble ante una organización criminal, y para que, en definitiva, el policía encubierto sea aceptado como miembro integrante del grupo.

Será la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación la encargada de otorgar los documentos necesarios para que el agente encubierto tenga una historia ficticia. De este modo contará con documentos auténticos de su nueva identidad, lo que hace que sea aceptado por la organización en la que se infiltra.

La ley no señala quienes son las autoridades que tienen conocimiento de la falsa identidad del agente. Lo lógico es que el Fiscal que nombra al agente con la calidad de encubierto tenga conocimiento de esto. En la práctica, también estará enterado de esta situación el superior jerárquico que propone el nombre de este funcionario. Y, aunque la ley 20.000 no

lo señala, también el juez de garantía debe estar informado de esto para que la figura sea legitimada en juicio posteriormente.

Es necesario delimitar esto último, ya que si lo importante es resguardar la vida del funcionario encubierto y asegurar el éxito de la investigación, deberían ser muy pocas las personas que tengan conocimiento de las identidades del agente, y de las actuaciones de éste. La existencia de las dos identidades (la verdadera y la falsa) debería aparecer en el mismo acto de la designación del agente. Esto tiene importantes consecuencias en la investigación. En primer lugar, porque la falsa identidad le garantiza al agente encubierto, la posibilidad de no ser descubierto cuando se infiltra en la organización delictiva; y en segundo término, si el agente es detenido, podrá suministrar al juez competente cuál es su verdadera identidad.⁴⁶

Con la identidad secreta se quiere lograr garantizar el éxito de la investigación en curso, y también resguardar la propia vida del agente infiltrado, ya que al ser descubierta la verdadera identidad del policía encubierto corre el riesgo de que la organización criminal a la que investigó y de la que se hizo parte atente contra su integridad o la de su familia.

En la ley se establecen otras medidas de protección que se le deben brindar al agente encubierto. Así, el párrafo 2º, del título III, de la Ley 20.000 se titula: “*De las medidas de protección a testigos, peritos, agentes encubiertos, reveladores, informantes y cooperador eficaz*”. Este párrafo se refiere a distintos medios de protección que la ley da a ciertas personas que cooperen en el procedimiento, dentro de éstos los agentes encubiertos, y también para sus parientes más cercanos y con quienes se hallen ligados por relaciones de afecto. Algunas de estas medidas son, por ejemplo: que no conste su identidad en los registros de las diligencias realizadas; que su domicilio sea fijado para efectos de notificaciones en la sede de la fiscalía o del tribunal; prohibición de que sea revelada información respecto a la identidad de los mismos; prohibición de que sean fotografiados; posibilidad de que sus declaraciones sean tomadas anticipadamente cuando se estime necesario para su seguridad personal; protección policial si lo necesitare; provisión de

⁴⁶ EDWARDS, CARLOS, ob.cit. en nota 2, p. 72

recursos económicos necesarios suficientes para facilitar la reinserción del sujeto; cambio de identidad; etc.

Al tratar el tema de los derechos fundamentales vulnerados por el agente encubierto, se abordarán las críticas a estas actuaciones secretas y se analizará como perjudican la defensa en juicio.

1.7) Prueba obtenida.

El desarrollo e incremento del crimen organizado ha dado origen a nuevos medios de investigación para obtener pruebas y detener a los culpables de los delitos. Con esto nace la figura del agente encubierto, cuyo principal objeto como medio de investigación es obtener pruebas para poder utilizarlas en un eventual proceso penal.

La Ley 20.000 al definir al agente encubierto señala que, los objetivos que el funcionario policial encubierto debe tener a la vista al involucrarse o introducirse en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, son tres: a) identificar a los partícipes, b) reunir información, y c) recoger antecedentes necesarios para la investigación.

En el antiguo Código de Procedimiento Penal, existía la cuestionada “orden amplia para investigar”, que consistía en una facultad que el juez le otorgaba a la policía para poder investigar libremente a un inculpado. Ésta era una autorización previa respecto de cualquier forma de investigar. Esta figura era muy criticada debido a las arbitrariedades que en esta materia cometía la policía, ejemplos: allanamientos e interceptaciones telefónicas ilegales, seguimientos e interrogatorios excesivamente prolongados, torturas para lograr una declaración, etc. En el nuevo Código que rige en materia procesal penal no existe esta orden amplia de investigar, y cada vez que una diligencia policial o del fiscal pueda privar al imputado o a un tercero de los derechos que la Constitución asegura, se debe solicitar por parte del fiscal una autorización previa del juez de garantía.

Es tarea del funcionario policial recavar los antecedentes y pruebas necesarios que puedan ser utilizadas en un eventual proceso penal en contra de las personas investigadas. Para

esto, el agente encubierto debe basarse en las normas del CPP para la investigación y obtención de pruebas en contra de los imputados.

El art. 295 del CPP trata de la libertad de prueba, y señala: *“Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”*.

Ahora bien, el tema de la prueba del agente encubierto merece un análisis acabado, debido a que con la actuación policial pueden verse efectivamente menoscabados derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en la ley para toda persona. Ya que, a modo de ejemplo, el policía que actúe como agente encubierto tendrá un contacto directo con la intimidad del delincuente, investigando sus pertenencias, su casa, su lugar de trabajo y sus comunicaciones, violándose con esto el derecho a la inviolabilidad del hogar y el derecho a la intimidad; además, la persona que está siendo objeto de una investigación no es informada de esta circunstancia, quedando en estado de total indefensión, y violándose con esto lo establecido en nuestro CPP en el art. 93 que señala: *“Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes. En especial tendrá derecho a: a) Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los Derechos que le otorgan la Constitución y las leyes...”*.

Con la entrada en vigor de la Reforma Procesal Penal, se incorporó a nuestro sistema legal la llamada “Prueba Ilícita”, ya existente en el derecho comparado y de gran debate doctrinario, ésta es la obtenida con infracción de garantías fundamentales y aquella que proviene de actuaciones declaradas nulas, y que debe ser excluida por el juez de garantía en la audiencia de preparación del juicio oral, según el art. 276 inc. 3° del CPP.

El tema de la prueba obtenida por el agente encubierto, y su posible exclusión del proceso es el objeto central de este trabajo investigativo, y será desarrollado en el capítulo siguiente de manera más extensa.

2.- Derechos fundamentales vulnerados por el Agente Encubierto.

Ya hemos hablado de lo necesario e útil que resulta la figura del agente encubierto para combatir delitos graves y de difícil pesquisa, como lo son el tráfico de drogas y los delitos que sanciona la ley de prostitución infantil, que son ejecutados por grupos organizados, cuya investigación resulta ineficaz sin que se cuente con técnicas encubiertas como la entrega vigilada, el arrepentido, el agente encubierto, y otras.

Hemos tratado también los fundamentos del agente encubierto, y dentro de esto, los bienes jurídicos que se pretenden proteger con la incorporación de este medio investigativo a las legislaciones. Se trata de bienes jurídicos importantes: la salud pública, la salud privada y el orden público económico, tratándose de delitos de tráfico de drogas; y la integridad física, psíquica y sexual de los menores y la moralidad pública, tratándose de los delitos sancionados en la ley de prostitución infantil.

Es claro que el agente encubierto es un medio de investigación necesario para la policía, debido al desarrollo de organizaciones dedicadas a cometer esta clase de delitos, a la gravedad de los ilícitos y a lo difícil que resulta investigarlos. Es, por tanto, una figura socialmente aceptada, ya que muchas veces constituye la única manera de combatir delitos graves y de común ocurrencia.

La piedra de tope con que se encuentran los funcionarios policiales actuando como agentes encubiertos es el respeto por las garantías fundamentales establecidas en la Constitución.

El conflicto que se plantea radica en el equilibrio que debe mantenerse entre la demanda de la sociedad del descubrimiento y sanción de los delincuentes, por un lado, y el respeto de los derechos y garantías de las personas que el Estado debe resguardar, por otro.

Claudia Moscato de Santa María señala respecto a este tema: “El catálogo de derechos reconocidos en nuestra Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional son el límite básico o mínimo frente a los actos de gobierno que en algunas ocasiones se encuentra tentado a expandir su poder. El estado de derecho en el cual se preservan y fomentan los derechos esenciales de las personas perdería

razón de ser si no garantizara los presupuestos esenciales de la dignidad humana, a través de la sanción de leyes reglamentarias o de emergencia que no la respetan...Las investigaciones que realicen los órganos estatales deberán efectuarse dentro de los límites que impone un Estado de Derecho”.⁴⁷

Tenemos, por un lado, esta figura eficaz y necesaria, y, por otro, los derechos y garantías fundamentales que todo Estado de derecho debe proteger y asegurar.

El Estado, a través de la policía, al utilizar esta figura se basa en la mentira y el engaño para obtener el fin deseado. Se trata de un método poco ético, pero necesario, como ya se ha dicho. El problema es mayor cuando se violan derechos fundamentales, ya que además de antiética, la actuación de la policía pasa a ser contraria a la ley y a la Constitución.

Las figuras encubiertas, en general, llevan a que el Estado cometa irregularidades e ilicitudes, así a través de un agente encubierto el Estado puede llegar a participar en delitos; ocultar a los funcionarios, a las partes y a la defensa información para proteger a un testigo; al realizarse una entrega vigilada puede no perseguir un crimen cuando se tienen noticias del mismo; y en el caso del arrepentido se convierte en árbitro de premios y castigos. Esto, además de las violaciones de carácter constitucional al debido proceso, a la defensa en juicio y a la igualdad ante la ley.⁴⁸

En la práctica, esta figura puede volverse inoperante, debido a que si en el período de investigación se vulneran derechos fundamentales de los imputados, la prueba obtenida puede llegar a ser excluida de un futuro proceso penal, ya que el juez de garantía respectivo puede determinar que constituye prueba ilícita.

Veremos qué derechos fundamentales garantizados por el art. 19 de la CPRCh pueden ser afectados con la actuación de un agente encubierto:

⁴⁷ MOSCATO DE SANTA MARÍA, CLAUDIA, ob.cit. en nota 4, p. 55

⁴⁸ MONTOYA, MARIO DANIEL, ob.cit. en nota 18, p. 432

Art. 19 N° 3, inc. 1°: “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.”

Si pensamos en que una determinada persona, por el hecho de existir una investigación en su contra por la comisión de ciertos delitos, se queda sin la posibilidad de ejercer sus derechos como la ley lo señala, la igualdad a la que se refiere la Constitución no pareciese ser tal, ya que sólo algunos podrían ejercer sus derechos.

Esto se relaciona directamente con el inc. 2° del mismo número 3° del art. 19, que se refiere al derecho de toda persona a tener una defensa jurídica.

El proceso penal, para que sea tal, requiere del reconocimiento del derecho de defensa, uno de cuyos componentes esenciales es el de poder aportar elementos de prueba que sirvan al objetivo de sostener una defensa activa en juicio, así como controlar la prueba de cargo: el derecho a contra examinar a los testigos es de aquellas garantías judiciales mínimas, que ni aun frente a hipótesis delictuales consideradas excepcionales en un momento histórico determinado, pueden ser vulneradas.⁴⁹

Es claro que para lograr los fines de investigación, por los cuales se nombra a un funcionario policial como agente encubierto, deba mantenerse en secreto su identidad; pero desde el momento en que se inicia un procedimiento judicial en contra de una persona esta requiere tener las mismas armas con que cuenta la fiscalía para poder defenderse. Lo dicho es propio del debido proceso que impera en nuestra legislación, ya que si el imputado no tiene un conocimiento exacto de la identidad de la persona que lo investigó, difícilmente su defensa podrá ser exitosa, y la igualdad de armas entre las partes no será tal. El derecho a la igualdad de armas se concreta en el derecho del imputado y su defensa de tener las mismas posibilidades que tienen quienes plantean la acusación.⁵⁰ Esto se intentó plasmar en la ley 20.000, ya que el art. 32, que señala que las declaraciones del agente pueden ser recibidas

⁴⁹ DECAP FERNÁNDEZ, MAURICIO, Apuntes sobre la contraposición entre la protección de víctimas y testigos y el derecho de defensa en Internet, página www.google.cl (Santiago, Chile octubre 2001)

⁵⁰ MOSCATO DE SANTA MARÍA, CLAUDIA, ob.cit. en nota 4, p. 63

anticipadamente cuando se estime necesario para su seguridad personal, en el inc. tercero dice: “ *En ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito protegido podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo personalmente...*”. Pero luego el art. 36 agrega una excepción: “*Cuando se trate de la investigación de los delitos a que se refiere esta ley, si el Ministerio Público estimare que existe riesgo para la seguridad de los agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes, testigos, peritos y, en general, de quienes hayan cooperado eficazmente en el procedimiento podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto de uno o más intervinientes...*”. En este último caso, cuando el fiscal determine que alguna declaración o actuación tenga el carácter de secreta, la igualdad de armas de las partes no será real. Lo que, en la práctica, puede ocurrir en la mayoría de los casos.

Art. 19 N° 3, inc. 5°: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”

La primera parte del texto transcrito se refiere a la legalidad del juicio que la Constitución asegura a todas las personas. La segunda parte, trata lo que la doctrina denomina “debido proceso legal”. Aunque el legislador no utilizó dicho término la idea es la misma, que la ley debe establecer garantías para un racional y justo procedimiento e investigación.

El profesor José Bernal en una intervención en la sesión 101, del 9 de enero de 1975, en las Actas de la Comisión de Estudios de la Constitución de 1980 señala al respecto: “Debe advertirse que el debido proceso legal viene de una larga tradición jurídica desde el tiempo de la Carta Magna. Empezó allí con una serie de elementos, y posteriormente corresponde a una evolución, a un desarrollo de juristas ingleses y norteamericanos. En Estados Unidos,

prácticamente, la única garantía constitucional importante que existe es la del debido proceso legal”.⁵¹

La frase originaria era “*un racional y justo procedimiento.*”. Se agregó la palabra investigación en una modificación del año 1997⁵² Es en este último punto donde puede verse vulnerado este derecho fundamental por un operativo encubierto.

Sucede que a la persona que está siendo objeto de una investigación encubierta no se le comunica esta situación, para así lograr la efectividad de la misma. El investigado queda así en estado de total indefensión, y se viola con esto lo establecido en nuestro CPP en el art. 93, que señala: “*Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes. En especial tendrá derecho a: a) Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los Derechos que le otorgan la Constitución y las leyes...*”.

La calidad de imputado, según el art. 7° del CPP, se adquiere desde la primera actuación del procedimiento dirigido en contra de una persona a quien se le atribuye un hecho punible; y el mismo art. señala que, se entiende por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible. Es desde este momento que el imputado puede hacer valer las facultades, derechos y garantías que la CPRCh, el CPP y otras leyes le reconocen.

Por tanto, nos encontramos frente a un imputado que está siendo investigado por la policía con conocimiento del fiscal y que no puede ejercer sus derechos, ya que el hecho de la investigación es totalmente desconocido para él.

⁵¹ EVANS, ENRIQUE, Los Derechos Constitucionales tomo II, Tercera edición (Editorial Jurídica Santiago, Chile 2004) p. 146

⁵² Modificación incorporada por el art. único, N° 1 de la ley 19.519, publicada en el diario oficial el 16/09/1997

Moscato de Santa María señala al respecto: “Personalmente, entiendo, que para lograr sus fines investigativos la designación deberá mantenerse en secreto, pero de haberse labrado actuaciones con informes del agente encubierto, y de ellas derive alguna imputación cargosa, éstas deberían ponerse a disposición de las partes a los efectos de garantizar la igualdad de armas propia del debido proceso. En este sentido, la ley de enjuiciamiento española expresamente así lo dispone en el artículo 282 bis.”⁵³

El debido proceso también se afecta con la desigualdad de defensa jurídica entre la fiscalía y la defensa, por determinadas actuaciones secretas que puedan darse en el procedimiento.

Art. 19 N° 3, inc. 6: “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.”

En esta disposición se consagra la presunción de inocencia, esto implica que toda persona se considera inocente, y ha de ser tratada como tal, hasta que una sentencia dictada después de un proceso legalmente tramitado señale que es culpable; la culpabilidad, por tanto, debe ser siempre probada y nunca presumida. La propia condición de persona humana obliga a tratar a todos como inocentes, hasta que una condena señale lo contrario.

Esto está también consagrado en el art. 4° del CPP, que dice que: “*Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.*”

Si bien es cierto que, por el hecho de investigar a una persona no se le está vulnerando directamente este derecho, ya que el recavar pruebas es una obligación de la policía y no implica necesariamente tratar a alguien como culpable; algunos autores consideran que se ve afectada esta presunción de inocencia por el hecho de utilizarse agentes encubiertos en una investigación. En este sentido, Claudia Moscato señala: “Me pregunto qué ocurre cuando alguien efectúa declaraciones autoincriminatorias al agente encubierto, sin conocer su verdadero rol, y luego, dichas manifestaciones son introducidas al proceso de alguna manera. El agente encubierto al ocultar su calidad y al inducir a engaño también puede conseguir pruebas e introducirlas de algún modo al proceso (su testimonio, prueba

⁵³ MOSCATO DE SANTA MARÍA, CLAUDIA, ob.cit. en nota 4, p. 63

documental, etc.) en franca violación del principio de presunción de inocencia que también contempla la prohibición de obligar a una persona a suministrar prueba que pueda perjudicarla.”⁵⁴

Con la utilización de agentes encubiertos, si bien no se afecta directamente esta presunción, se puede producir un desplazamiento parcial de la carga de la prueba del ministerio público al imputado, ya que a él le va a corresponder la carga de probar su inocencia, pero esto en ningún caso es susceptible de establecer la responsabilidad más allá de toda duda razonable.⁵⁵

Además, si el agente encubierto se saliera del marco de su actuación e inculpara a una persona por mero capricho, corrupción, abuso de poder o exceso de celo, se afectaría directamente la libertad personal y el principio de inocencia.⁵⁶

Por otro lado, Díaz Cabiale tratando el tema de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida señala que: “La presunción de inocencia se convierte en el derecho fundamental que abarca cualquier aspecto atinente a la actividad probatoria que se emplea frente al acusado en el proceso penal. No cabe pensar en la impugnación de una actividad probatoria por parte del acusado que no suponga la invocación de la presunción de inocencia, aunque, obviamente, cuestión prejudicial para determinar la existencia de la ilicitud probatoria es el examen de la posible lesión del derecho fundamental sustantivo o, a veces, procesal.” Para el autor al utilizarse en el juicio pruebas obtenidas violando alguna garantía constitucional, se está vulnerando indirectamente la presunción de inocencia, ya que ésta exige, en último término, que la prueba se realice a través de los medios que sean constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos

⁵⁴ MOSCATO DE SANTA MARÍA, CLAUDIA, ob.cit. en nota 4, p. 74

⁵⁵ KUNSEMÜLLER, CARLOS, Crimen Organizado. El Procedimiento Penal. Asociación Internacional De Derecho Penal en Gaceta Jurídica N° 207 (Chile Septiembre 1997) p. 46

⁵⁶ CATALÁN HOLUIGUE, MARCO ANTONIO; VARGAS CARLIER, ALEJANDRA FAVIOLA, ob.cit. en nota 8, p. 14

fundamentales. Señala un ejemplo: el testimonio utilizado para fundar la condena se obtuvo sin que la defensa pudiera contrainterrogar al testigo, con esto se consuma la lesión del derecho de defensa, pero también la presunción de inocencia, ya que no existe actividad probatoria de cargo suficiente practicada con todas las garantías.⁵⁷

Art. 19 N° 4: “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.”

Este precepto se refiere al derecho a la intimidad o a la privacidad.

La vida privada de las personas es un derecho de la personalidad que no puede ser vulnerado en caso alguno o por persona o autoridad alguna.

El concepto de vida privada, señala Silva Bascuñan en la sesión 129 de las Actas Constitucionales, está directamente vinculado a la intimidad, a ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la intervención o presencia de terceros.⁵⁸

El agente encubierto debe hacerse pasar por un miembro más del grupo delictual, por un interesado en realizar la actividad ilícita que desarrolla el grupo. Para esto, el policía convive con el resto de la organización para así lograr la confianza necesaria y poder recavar pruebas útiles. Hay un engaño constante al resto de los integrantes. Sigue siendo policía, y secretamente se introduce en la vida de las personas que están siendo

⁵⁷ DIAZ CABIALE, JOSÉ ANTONIO; MARTIN MORALES, RICARDO, La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida (Madrid, España 2001) p. 29 y ss.

⁵⁸ EVANS, ENRIQUE, Los derechos constitucionales tomo I, Tercera edición (Editorial Jurídica, Santiago, Chile 2004) p. 212

investigadas, y además esta información se reproduce al resto del grupo policial encargado del caso, al fiscal, y posteriormente al juez.

Independiente del fin lícito y útil que conlleva esta figura para la investigación, la utilización de agentes encubiertos casi siempre vulnera esta garantía constitucional, ya que el respeto y protección de la vida privada de la persona investigada se ve menoscabada al utilizarse, salvo que el policía sólo se limitara a reunirse en la calle con el grupo investigado, sin ingresar a domicilios ni revisar pertenencias, sin embargo, en la mayoría de los casos esto no será así.

El autor argentino Mario Montoya, basándose en cierta jurisprudencia de su país, señala lo siguiente: “Hay que distinguir también los casos en que el agente encubierto sólo se limita a reproducir para el proceso aquello de lo que fue testigo por la actitud voluntaria de quien tenía el derecho de exclusión sobre su ámbito constitucionalmente protegido, de aquello en los que se configura una verdadera intrusión a la intimidad excediendo los límites de lo que el titular de ese derecho de exclusión admitía que fuera conocido por el extraño. Tal sería el caso en que con ocasión de un ingreso autorizado por el interesado, el agente encubierto realizara pesquisas, secuestros, etc., de manera subrepticia y más allá de lo que pueda considerarse comprendido dentro de la renuncia a la intimidad del interesado”.⁵⁹

Art. 19 N° 5: “La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.”

Este precepto tiene directa relación con el número anterior.

En primer lugar se protege la inviolabilidad del hogar. El hogar es un concepto amplio, que no es necesariamente material. El hogar es el lugar, espacio o medio en que la persona y su familia pueden estar en intimidad. El valor constitucional protegido no es el hogar en

⁵⁹ MONTOYA, MARIO DANIEL, ob.cit. en nota 18, p. 463

cuanto tal, sino la intimidad, la que no puede ser alterada, molestada o perturbada por acciones ilegítimas de cualquier tercero.⁶⁰

En segundo lugar, el precepto constitucional protege las comunicaciones privadas. Esto es amplio, comprende toda forma de comunicación y todos los documentos o papeles privados que pertenecen a una persona.

En la segunda parte de la norma citada se señala una excepción a esta garantía, dice que el hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley. Es decir, es en la ley donde debe determinarse los casos y formas en que se puede allanar un hogar, o interceptar, abrir o registrar las comunicaciones y documentos privados.

En la regulación del agente encubierto, ninguna de las dos leyes en que se establece esta figura dan atribuciones a los policías que actúan como agentes encubiertos para realizar allanamientos o registrar documentación privada. La Ley 20.000 otorga facultades generales al agente encubierto, de involucrarse o introducirse en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos con el objetivo de investigarlos, pero no señala que puedan ingresar en el hogar del investigado ni menos revisar sus documentos. El Ministerio Público autoriza el nombramiento de un agente encubierto para un caso determinado, pero este nombramiento es para involucrarse e introducirse en los grupos criminales, no para perturbar los derechos constitucionales de los imputados.

En la práctica, el policía que actúa como agente encubierto tiene, en la gran mayoría de los casos, un contacto directo con la intimidad del delincuente: investigando su casa, sus pertenencias, su lugar de trabajo, etc.

El agente encubierto no pierde la calidad de funcionario policial por realizar esta investigación encubierta, por lo tanto, si somos restrictivos al interpretar la ley, cada vez que el policía encubierto ingrese al hogar de una persona con el objeto de encontrar pruebas

⁶⁰ EVANS, DE LA CUADRA, ENRIQUE, ob.cit. en nota 51, p. 223

incriminatorias, estaría realizando allanamientos ilegales y vulnerando con esto la Constitución.

Hay jurisprudencia argentina que ha aceptado la prueba del agente encubierto sin considerar que se está realizando un allanamiento ilegal, ya que se cree que el imputado ha dado su consentimiento para el ingreso a su domicilio del agente policial, esto ocurrió en el comentado caso “Fiscal v/s Fernández”⁶¹. Es difícil sostener esta tesis dado que para que el consentimiento sea válido la persona debe conocer la verdadera identidad de quien ingresa a su domicilio, y en este caso la verdadera calidad de policía se mantiene oculta.

En nuestro país, Verónica Sabaj al analizar una sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Calama sobre tráfico ilícito de estupefacientes, donde se utilizó a un agente encubierto para detener a los imputados, critica el fallo ya que no se acogió la teoría de que la prueba era ilícita, señala: “La búsqueda de información en estos ámbitos de intimidad o de desarrollo personal sólo es admisible si se cuenta con una orden de allanamiento o de registro, esto es, una autorización formal, precisa y circunstanciada del juez y de ninguna otra autoridad, que permitiría excepcionalmente la violación de las garantías protegidas constitucionalmente.”⁶²

Una vía para subsanar algunos de estos atentados contra garantías esenciales es solicitando autorización judicial previa por parte del fiscal, cuestión que se verá con más detalle al final de este capítulo.

La posibilidad de recurrir al juez de garantía existe, pero es difícil concordar estas normas generales con las que regulan al agente, ya que se llegarían a absurdos como, por ejemplo, que el policía permanentemente solicite autorización al juez de garantía para poder ingresar

⁶¹ CARRIO, ALEJANDRO, Garantías constitucionales en el proceso penal (Buenos Aires Argentina 1994) p. 79 y ss.

⁶² SABAJ, VERÓNICA, Análisis de un caso de nuestra jurisprudencia sobre exclusión de prueba ilícita y valoración de la misma en Revista Procesal Penal Lexis Nexis N°18 (Santiago Chile Febrero 2004) p. 21

al hogar del imputado, o para leer su correspondencia. Además, las garantías del debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a la intimidad de los investigados, se ven casi siempre vulneradas por estas actuaciones encubiertas.

Existen otras actuaciones del agente encubierto que, si bien no constituyen atentados directos contra alguna garantía fundamental, pueden resultar de cierto modo ilícitas.

En algunas ocasiones el policía infiltrado puede llegar a presenciar ilícitos y con el objeto de lograr el éxito de la investigación deberá asumir una actitud pasiva ante esto, no cumpliendo así con una de las funciones principales de la policía: evitar que se produzcan delitos.

Incluso es posible que llegue a cometer algún tipo de ilícito para adquirir o mantener la confianza de los miembros del grupo, y en este caso el policía estará exento de responsabilidad penal. Acá el problema es aún mayor, ya que la ley pone un límite para esta exención, dice: *“siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma”*. Este tema fue extensivamente analizado con anterioridad, por lo cual nos remitimos a lo ahí expuesto.

3.- Agente Encubierto y Código Procesal Penal.

El Código de Procedimiento Penal, que rigió en Chile desde 1907, establecía un sistema procesal penal con una estructura inquisitiva, absolutista y secreta, contrario a las nociones que deben imperar en un Estado democrático como el nuestro, y que se encontraba obsoleto en comparación a los sistemas procesales penales del derecho comparado.

El nuevo proceso penal vigente en nuestro país plantea modificaciones esenciales al antiguo proceso, entre estas se encuentra el reemplazo de un sistema inquisitivo por uno acusatorio, caracterizado éste último por la oralidad y el garantismo.

Fue necesario el cambio para adecuar nuestra legislación procesal penal a la CPRCh y a los Tratados Internacionales vigentes en Chile.

Mediante esta modernización lo que se buscó fue favorecer la consolidación del Estado de Derecho que rige en nuestro país.

Sin embargo, siguen existiendo leyes que pugnan con los principios inspiradores de la Reforma Procesal Penal. Es el caso de la Ley 20.000 y la Ley 19.927, ya que se presentan una serie de contradicciones entre el sistema procesal penal reinante en la actualidad y la legislación existente en materia de agente encubierto. Si bien es cierto que estas son leyes especiales, y que presentan excepciones al procedimiento general y medios especiales de investigación, no debieran presentarse tantas contradicciones en la legislación, menos en materia de derechos fundamentales. Además, el CPP presenta los principios formativos de este nuevo sistema procesal penal, por lo que las leyes penales y procesales penales que se dicten, por muy especiales que sean, debieran ser armónicas con el sistema procesal penal general.

Por un lado, tenemos un nuevo proceso penal garantista, acorde con la legislación comparada y con los Tratados Internacionales que rigen en nuestro país, que pone de manifiesto el trato igualitario y digno que merece toda persona; pero por otra parte nos encontramos con leyes que dan pie para que se limiten, menoscaben o priven derechos fundamentales.

La Ley 19.927, como ya se señaló, fue dictada en forma apresurada, y en lo que respecta al agente encubierto sin que se razonara con mayor profundidad acerca de los problemas de esta figura, ya que sólo se limita a remitirse a la ley 19.366 (actualmente sustituida por la Ley 20.000), sin ser considerado los defectos que adolece esta figura en nuestra legislación y el mal uso que algunas veces se le da.

En esta materia pueden realizarse las mismas críticas ya efectuadas en el punto anterior al analizar el tema de los derechos fundamentales vulnerados por el agente encubierto.

Analizaremos algunos aspectos en que se ven enfrentadas las leyes 20.000 y 19.927, que regulan la figura del agente encubierto, con el CPP:

A) **Art. 7: Calidad de imputado.** Me remito a lo dicho en el punto anterior al tratar el tema del debido proceso.

B) Art. 8: Ámbito de defensa del imputado. Señala este art. que el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra.

Por su parte, el art. 7, inc. 2°, señala que se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realice por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.

Con la actuación de un agente encubierto evidentemente es vulnerado este precepto, ya que el imputado al ser investigado de este modo, se ve privado de su derecho de ser defendido por un letrado desde la primera diligencia que se dirige en su contra, ya que al no saber que se le está investigando sólo podrá recurrir a un abogado para preparar su defensa y recabar pruebas una vez que sea iniciado el juicio en su contra.

C) Art. 91: Declaraciones del imputado ante la policía. El art. dice que la policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. Y señala que si éste no estuviere presente las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto.

Si somos restrictivos al comparar las legislaciones, nos encontramos con que el agente encubierto, funcionario policial que se hace pasar por amigo o cercano al imputado, constantemente estará indagando en su vida, preguntando, inspeccionando, realizando la investigación para la cual fue nombrado, haciendo mucho más que solo constatar la identidad; pero sería contrario a la figura pensar en una interrogación frente al defensor del imputado, ya que la calidad de policía se encuentra oculta en todo momento.

D) Art. 93: Derechos y garantías del imputado. Se establecen los derechos y garantías que le confieren las leyes al imputado, y que pueden hacer valer hasta la terminación del proceso.

La letra a) señala que el imputado tendrá derecho a que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes. Para el éxito de una investigación encubierta, el imputado no debe

saber que se le está investigando, por lo tanto, los hechos que se le imputan son desconocidos para él hasta que la investigación encubierta termine. Con menor razón va a poder ejercer los derechos que en tal calidad posee.

En la letra b) se establece el derecho a ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación. Tampoco es posible ejercer este derecho por los argumentos ya dados.

Otros derechos imposibles de ser ejercidos por el imputado son los establecidos en la letra c), que señala que los imputados tendrán derecho a solicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen; y en la letra d), que otorga la posibilidad de solicitar directamente al juez que cite a una audiencia, a la cual podrá concurrir con su abogado o sin él, con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación.

Los demás derechos y garantías establecidos en este artículo tampoco podrán ser ejercidos, en virtud del mismo razonamiento anterior.

E) **Art. 182: Secreto de las actuaciones de investigación.** En el inc. segundo de este art. se establece que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar los registros y los documentos de la investigación fiscal y policial. Por lo tanto, dichas actuaciones sólo serán secretas para terceros ajenos al procedimiento, tal como lo señala el inc. primero de este artículo.

Es difícil pensar que el imputado pueda examinar estos registros, si ni siquiera sabe que existe tal investigación en su contra.

F) **Art. 205 al 216.** En estos artículos se regula la entrada y registro en lugares cerrados, se establecen: procedimientos, autorización especial, horarios, presupuestos y requisitos para efectuar los registros. En el caso del agente encubierto, nos encontramos con un policía que ingresa frecuentemente a la casa del imputado con la intención de investigar su hogar y pertenencias, para obtener pruebas útiles para un futuro proceso penal. Estos ingresos al domicilio del imputado son registros ilegales, ya que no cumplen con los requisitos que la ley establece, salvo que se solicite la autorización judicial previa para cada actuación.

G) **Art. 276, inc. 3°: Exclusión de pruebas para el juicio oral.** En la parte segunda de este inc., se establece la obligación del juez de garantía de excluir las pruebas que han sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Analizando los casos anteriores y los derechos fundamentales vulnerados por el agente encubierto en el punto anterior de este capítulo, es posible determinar que en algunos casos el juez de garantía al examinar la prueba obtenida por el agente encubierto, decida excluirla por considerarla ilícita.

La prueba ilícita fue incorporada a nuestra legislación con el CPP, y será analizada en el capítulo siguiente.

4.- Autorización judicial previa.

El art. 9 del CPP trata de la autorización judicial previa del juez de garantía, éste señala: *“Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa. En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.”*

Según la norma transcrita, el fiscal está obligado a solicitar al juez de garantía autorización previa para realizar cualquier diligencia que pueda privar, restringir o perturbar el correcto ejercicio de los derechos de una persona que está siendo investigada o procesada. Por lo tanto, en el caso del agente encubierto, aunque la Ley 20.000 nada señala al respecto, el fiscal encargado del caso deberá poner los antecedentes en conocimiento del juez de garantía. El juez, por su parte, debe resolver si la actuación puede o no realizarse, o sea, determinar si se puede o no utilizar un agente encubierto en la investigación en curso.

La autorización judicial actúa como legitimadora de violaciones a los derechos esenciales que puedan producirse en la investigación de un delito, así el CPP hace menciones expresas de casos en que se requiere de la autorización del juez de garantía para determinadas actuaciones, éstos son: negativa al examen corporal, art. 197, inc. 2°; entrada y registro en

lugares cerrados sin autorización del propietario o encargado del edificio o lugar, art. 205, inc. 3º; incautación de objetos y documentos sin la entrega voluntaria o cuando el requerimiento de entrega voluntaria pudiere poner en peligro el éxito de la investigación, art. 217. En estos casos efectivamente se vulneran garantías, pero el juez suple la voluntad de las personas y legitima la actuación al autorizar.

En materia de agente encubierto ocurre el mismo efecto, para el éxito de la investigación el juez da su autorización para que proceda la figura, siendo jurídicamente irrelevante que con dicha actuación se vulneraren derechos.

Puede afirmarse que prueba ilícita es aquella que se ha obtenido con inobservancia de garantías fundamentales, y no existe tal inobservancia cuando el juez de garantía previamente otorga la autorización para realizar una tarea de investigación. En este caso la vulneración no puede entenderse como ilegal o inconstitucional porque se obtiene siempre autorización judicial.

Sin embargo, aunque desde el punto de vista jurídico la actuación del agente encubierto está legitimada, se entiende que desde el punto de vista material existe una vulneración a los derechos que no deja de ser tal, ya que aunque dicha actuación sea lícita y esté amparada en una autorización judicial previa, el investigado puede sufrir efectivamente menoscabo en su derecho de defensa, en el derecho a su intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, etc.

No es objeto del presente trabajo analizar la naturaleza de la autorización judicial y su carácter de legitimadora de violaciones a derechos, ya que, por lo profundo del tema debiera ser tratado más extensivamente. Pero cabe destacar que la violación material se produce de todas formas, exista o no la autorización, con la utilización del agente encubierto. Es válido cuestionarse que en nuestra sociedad democrática estén presentes y legitimadas figuras que, sea cual sea su finalidad, violan y atentan contra derechos básicos y esenciales de toda persona humana.

Debería determinarse, además, qué carácter tiene esta autorización en dicha materia, ya que no está claro si la autorización es amplia o total, o sea que una vez obtenida esta el agente

está facultado para realizar todo tipo de diligencias de investigación; o si tiene un carácter restringido o parcial, de modo que para cada actuación que eventualmente pudiere privar, restringir o perturbar el ejercicio de derechos garantizados por la Constitución o las leyes se debiera solicitar autorización. A mi parecer, para un efectivo control del agente encubierto, y evitar así que se convierta en una figura que vulnera derechos y al margen de la ley, cada vez que exista riesgo de una eventual violación se debería pedir dicha autorización. Claro que esto, quita eficacia y rapidez a la figura y su investigación. Nuevamente aquí, surge el peligro de que las autorizaciones amplias puedan llevar a que vuelva a nuestro derecho, pero ahora con otro nombre, la cuestionada “orden amplia de investigar”, con el consiguiente abuso policial e incertidumbre jurídica que contiene.

Ahora bien, en el caso que se introduzca un individuo como agente encubierto para investigar un grupo criminal sin autorización judicial previa, la defensa debería alegar prueba ilícita siempre, ya que aunque no está establecido como requisito previo en la Ley 20.000, recurriendo a las reglas generales del CPP se desprende como necesaria e imprescindible dicha autorización. En el caso de que efectivamente se hubiese otorgado la autorización, se podrá entrar a analizar el carácter que ésta tiene, claro que la prueba ilícita en este caso será más difícil de determinar y probar, sobre todo por el hecho que el juez de garantía es quien tiene que fallar sobre esto, y es precisamente quien autorizó que se utilizara un agente encubierto.

En el juicio hay que acompañar la resolución por la cual se autorizó la intromisión del agente encubierto, por lo tanto, si ya se obtuvo autorización judicial va a costar mucho que se tenga como ilícita la prueba obtenida por el policía infiltrado.

CAPÍTULO III

La Prueba obtenida por el Agente encubierto.

1) Prueba del agente encubierto.

Ha quedado de manifiesto que el objeto principal del agente encubierto es obtener pruebas contra el imputado para ser utilizadas en un eventual proceso penal, así, se podrá utilizar el propio testimonio del agente encubierto, documentos encontrados por este, fotografías, videos, grabaciones de confesiones, etc.

Hay que hacer una distinción en materia de valoración de prueba, ya que la actuación del agente encubierto puede ser considerada como un medio de prueba directa, o sea, que se baste a sí misma y no requiera de otra prueba; o estas actuaciones policiales pueden representar indicios de investigación, pero que requieran ser acompañadas de otras pruebas realizadas por la policía o por la fiscalía, o sea que constituyan simples indicios de prueba.

Para el autor argentino Mario Montoya, el valor que el juez debe otorgarle a la prueba obtenida por un agente encubierto es de un simple indicio que debe ser corroborado con otras pruebas, así los datos aportados por el agente encubierto deben ser una guía de la investigación, y constituirán una prueba imperfecta. Agrega que el informe del encubierto puede ser enmarcado en el plano del indicio y tiene valor probatorio dependiendo de su relación con otros elementos obtenidos. El autor cita una norma contenida en las “Reglas Mínimas del Proceso Penal” denominadas “Reglas de Mallorca”, art. 33, inc. 3º, en que se estableció lo siguiente: “En el ejercicio de la libertad de apreciación de la prueba, los jueces en los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos y situaciones análogas, tendrán en cuenta que sólo con otras pruebas corroboradas de tales testimonios podrá dictarse sentencia condenatoria”.⁶³

⁶³ MONTOYA, MARIO DANIEL, ob.cit. en nota 18, p 466

Teniendo en consideración lo expuesto en el desarrollo de este trabajo respecto a la figura del agente encubierto, las críticas a la legislación vigente y la relación entre agente encubierto, derechos fundamentales y principios inspiradores de la reforma procesal penal, es necesario analizar qué ocurre con la prueba obtenida por el agente encubierto a la luz de la figura de la prueba ilícita.

En el capítulo anterior de este trabajo se analizó el tema del agente encubierto frente a los derechos fundamentales y frente a la reforma procesal penal. Ya vimos que el agente encubierto con su actuación puede llegar a transgredir derechos y garantías establecidas en las leyes y en la Constitución.

Surgen varias preguntas con relación a este tema, ¿Qué hace el juez de garantía al encontrarse en la audiencia de preparación del juicio oral con pruebas obtenidas por un agente encubierto?, ¿Considerará que se han violado garantías, o por estar esta figura establecida en las leyes y autorizada eventualmente por un juez se acepta su actuación y las pruebas que obtienen?, ¿Excluye las pruebas?, ¿Las limita?.

Es claro el mandato de la ley al juez de garantía de excluir la prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales. La duda es si específicamente la prueba obtenida por el agente encubierto va a ser excluida por considerarse ilícita, o si en esta materia primaran los bienes jurídicos que las Leyes 20.000 y 19.927 protegen.

Para encontrar las respuestas a estas interrogantes debemos analizar someramente la institución de la prueba ilícita, comenzando por la regulación legal en Chile, para luego pasar a analizar la teoría de la prueba ilícita, y relacionar esto con la actuación del agente encubierto.

2) Análisis de la regulación legal de la prueba ilícita en Chile.

Nuestra legislación actual en materia procesal penal regula el concepto de “Prueba Ilícita”. Así, el art. 276, titulado “*Exclusión de pruebas para el juicio oral*”, señala: “*El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser*

rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieran por objeto acreditar hechos públicos y notorios.

Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos deseara acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.

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

Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral.”

En la audiencia de preparación del juicio oral, que es presidida por el juez de garantía y se desarrolla en forma oral ante los intervinientes debidamente notificados, puede llegar a excluirse una prueba del proceso. Uno de los objetivos de esta audiencia es que el juez de garantía determine qué pruebas serán rendidas finalmente en el juicio oral. En esta instancia se produce un debate acerca de las pruebas ofrecidas por las partes. Esta exclusión, según mandato legal, puede afectar aquellas pruebas obtenidas de manera ilícita.

Analizaremos el texto legal para detallar la regla de exclusión de prueba ilícita, así el art. 276, inc. 3° señala:

a) ***El juez excluirá:*** La ley da un mandato al juez de garantía, quien está obligado a excluir ciertas pruebas, o sea debe invalidarlas para que éstas no sean presentadas en el juicio oral.

La exclusión dice relación materialmente con el auto de apertura del juicio oral, lo que conlleva a la imposibilidad de que dicha prueba cuestionada sea rendida en el juicio oral.⁶⁴

Según el art. 272 del CPP, en la audiencia de preparación del juicio oral se produce un debate acerca de las pruebas rendidas por las partes, este señala que: “*Durante la audiencia de preparación del juicio oral cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276*”. Es sobre este debate que el juez debe resolver, ya que en esta audiencia pueden salir a la luz pruebas obtenidas con violación de garantías, en ese caso el juez debe excluirlas del resto del procedimiento.

b) **Las pruebas:** Lo que el juez debe excluir es la prueba misma, o sea, se debe renunciar materialmente a ese medio apto para producir fe. La norma no distingue, por lo tanto se debe dejar fuera del juicio oral cualquier prueba que recaiga en los supuestos que la ley señala, ya sean pruebas documentales, de peritos, testigos, etc.⁶⁵

c) **Que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas:** Esta primera exclusión de pruebas que el juez está obligado a realizar no es lo que la mayoría de la doctrina entiende por prueba ilícita, como las obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, sino que se refiere más bien a casos de actuaciones o diligencias que adolecen de algún vicio que conlleva a la declaración de su nulidad. Sin embargo, para Iván Díaz García, ambas exclusiones a las que se refiere el inc. 3° del art. 276 son prueba ilícita.⁶⁶

⁶⁴ ZAPATA GARCÍA, FRANCISCA, La prueba Ilícita (Editorial Nexis Nexis, Santiago, Chile 2004), p. 35

⁶⁵ ZAPATA GARCÍA, ob.cit. en nota 64, p. 36

⁶⁶ DÍAZ GARCÍA, IVAN, Derechos Fundamentales y Prueba Ilícita en La prueba en el proceso penal (Editorial Nexis Nexis, Santiago, Chile 2004)p. 146 y 147

De todos modos existe relación entre ambas, ya que el art. 159, siempre del CPP, dice que para que proceda la nulidad procesal la actuación o diligencia judicial defectuosa debe ocasionar a los intervinientes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad; y en el art. 160 se establece como presunción de derecho del perjuicio el que la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y derechos reconocidos por la Constitución y las leyes.

d) *Y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales*: Esta segunda causal de exclusión es lo que se denomina exclusión de prueba ilícita.

Para invalidar las pruebas, deben haberse obtenido con inobservancia, o sea con falta de obediencia a las reglas que protegen las garantías fundamentales, es decir, a la Constitución.

No es objeto del presente trabajo pasar a analizar la distinción que existe entre derechos y garantías fundamentales, sólo basta con señalar que parte importante de la doctrina sostiene que ambos conceptos difieren sustancialmente, en el sentido que el derecho está tutelado por la garantía.⁶⁷

3) Prueba ilícita. Concepto y desarrollo.

Existen varios nombres en la doctrina y el derecho comparado para referirse a la misma idea. En el derecho continental europeo se conoce como “prohibiciones de prueba”, y en el derecho anglosajón como “exclusionary rule” o “regla de exclusión”.⁶⁸

⁶⁷ ZAPATA GARCÍA, ob.cit. en nota 64, p.37

⁶⁸ ZAPATA GARCÍA, Preguntas-respuestas introductorias para el estudio de la Teoría de la Prueba Ilícita en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo N°1(Coquimbo, Chile 2004), p. 161.

Para Francisca Zapata García, la prueba ilícita es: “el medio de prueba obtenido extraprocesalmente mediante violación de derechos sustanciales, consagrados expresa o implícitamente por la Constitución, principalmente los derechos de la personalidad, prueba que se pretende introducir en el proceso haciendo caso omiso de su ilícita obtención”.⁶⁹

La exclusión de la prueba ilícita es una prohibición de prueba, es la pérdida de valor y de eficacia de la prueba obtenida por los entes investigadores por el hecho de haber sido adquirida con infracción de derechos fundamentales de la persona contra la que se quiere hacer valer la prueba.

Esta exclusión es considerada una sanción al acto vulnerador de derechos fundamentales, y consistirá en la pérdida de valor de dicha prueba al no poder utilizarla en el proceso. En un proceso seguido ante los tribunales chilenos, la prueba que es excluida en la audiencia de preparación del juicio oral, no es presentada en el juicio oral posterior, por lo tanto los jueces de esa instancia no la ven materialmente, ni saben de la existencia de la prueba ya excluida.⁷⁰

Con la teoría de la exclusión de la prueba ilícita se produce una contraposición entre la verdad en la averiguación de los hechos constitutivos de un delito por un lado, y el respeto a los derechos fundamentales por el otro.

Si estimáramos que la verdad es un bien absoluto que hay que proteger a todo evento en nuestra sociedad, la teoría de la prueba ilícita no tendría cabida. Pero la verdad a la que aludimos no es absoluta, no puede ser obtenida de cualquier modo, sino que en un Estado de Derecho se deben poner límites a la búsqueda de la verdad, y dichos límites son los derechos fundamentales. Así, la búsqueda de la verdad material, que era concebida antes como la finalidad esperada del proceso penal, obligaba al ejercicio de una labor de investigación sin límite alguno. Si lo que se perseguía era la reconstrucción de los hechos tal como habían sucedido, ningún impedimento podía evitar este conocimiento del órgano

⁶⁹ ZAPATA GARCÍA, ob.cit. en nota 64, p. 17

⁷⁰ ZAPATA GARCÍA, ob.cit. en nota 68, p. 162

estatal encargado de la persecución penal.⁷¹ Esto último claramente ha cambiado en nuestro actual sistema procesal penal donde si existen límites en la reconstitución de hechos y en la investigación.

Es claro que una de las funciones del Estado es velar por que no se cometan delitos, y en el caso de que estos se produzcan también debe, a través de sus órganos de persecución penal, imponer la pena que corresponde a los responsables de los delitos. Pero este deber del Estado es limitado por los derechos esenciales.

Para Luis Rodríguez Sol, autor español, el conflicto de intereses se presenta entre dos intereses públicos, el del Estado de defender a la sociedad mediante la averiguación de la verdad en el curso de un proceso penal, y el interés también público, de respetar los derechos fundamentales. Así, la inadmisión de una prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su condición de inviolable.⁷²

El fin de arribar a la verdad histórica para lograr la correcta actuación de la ley penal, en perjuicio del imputado punible, no justifica los medios de investigación,⁷³ esto según algunos autores, ya que para otros lo principal será lograr una eficaz investigación.

El origen de la regla de la exclusión está en la jurisprudencia, ya que las constituciones y legislaciones clásicas no contenían expresamente esta regla. La doctrina comenzó a dedicarse a este tema con posterioridad y como consecuencia del desarrollo jurisprudencial.

⁷¹ KRAUSE, MARÍA SOLEDAD, Algunas consideraciones sobre la exclusión de la prueba ilícita en el procedimiento penal en Revista Procesal Penal Lexis Nexis N° 30 (Santiago, Chile Febrero 2005), p. 16

⁷² RODRÍGUEZ SOL, LUIS, Registro domiciliario y Prueba Ilícita (Granada, España 1998), p. 68

⁷³ MAIER, JULIO, Derecho Procesal Penal Argentino (Buenos Aires, Argentina 1989), p. 470

Los autores norteamericanos han desarrollado esta cuestión desde comienzos del siglo XX. En tanto, en América Latina y España, el estudio es más reciente. Por ejemplo: el Tribunal Constitucional español aplicó por primera vez esta teoría en una sentencia del 26 de julio del año 1982.⁷⁴

El desarrollo de esta teoría está íntimamente ligado al reconocimiento y respeto de los derechos y garantías individuales.

El autor nacional Iván Díaz García explica el desarrollo histórico de la prueba ilícita debido al cambio de sistemas de persecución penal y a la influencia de las ideas ilustradas que nacieron en Europa y se difundieron en todo el mundo. Desde la lógica inquisitiva, no parece posible concebir un juicio sobre la noción de ilicitud de las pruebas, ya que el objetivo superior del proceso lo constituye el esclarecimiento del delito para poder aplicar una pena, y esto valida cualquier medio tendiente a la averiguación de los hechos que lo constituyen, incluidas la tortura y otras prácticas degradantes. El juicio de licitud sobre la prueba y su eventual rechazo solo aparece posible bajo las nociones de secularización y derechos naturales aportados por la Ilustración.⁷⁵

En Chile, el cambio de un sistema inquisitivo de persecución penal a otro acusatorio y garantista, que es el que actualmente nos rige, hizo necesario incorporar esta teoría a nuestra legislación. Durante la vigencia del sistema inquisitivo anterior, no se produce un nexo entre la averiguación de los hechos constitutivos de delitos y el respeto de los derechos de las personas. La reforma hizo necesaria la incorporación de esta teoría para que las garantías que protege la Constitución sean respetadas durante el procedimiento.

⁷⁴ HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal (Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, Argentina 2002), p. 33

⁷⁵ DÍAZ GARCÍA, IVAN, ob.cit. en nota 66, p. 130 y 131

4) Fundamentos de la prueba ilícita.

El fundamento principal de esta teoría radica en la primacía que se otorga en un Estado de Derecho a los derechos y garantías fundamentales por sobre la averiguación de los delitos. Pero, además, hay otros argumentos que avalan esta teoría:

4.1) Fundamento ético.

Uno de los fines principales de la exclusión de pruebas ilícitas es evitar que se utilicen pruebas que han sido obtenidas con medios contrarios a la ética. Con la exclusión se está disuadiendo actos negativos de la policía para obtener pruebas, es una forma de controlar el abuso policial en la obtención de medios de prueba.

El Estado tiene el deber de propender al bien común, y para esto debe basarse siempre en actividades lícitas y éticas, si no nos encontramos con que el propio Estado, que exige y obliga a los ciudadanos a cumplir las leyes, comete delitos para obtener la responsabilidad de delincuentes.

La justicia, como valor que es, se ve seriamente resentida si los encargados de velar por que las leyes se cumplan, o sea los policías, son los primeros en violarlas, y quienes tienen por misión aplicar e interpretar la ley, o sea los tribunales de justicia, basan un juicio de responsabilidad penal en la prueba obtenida mediante la comisión de otro delito.⁷⁶

El hecho que se consagren en un ordenamiento jurídico prohibiciones de prueba demuestra una organización estatal democrática, en que se estima que los individuos no están al servicio del órgano de represión penal, sino que este órgano, representante del Estado, debe someterse a derecho y respetar los derechos y garantías que se reconocen a toda persona.⁷⁷

⁷⁶ CARRIO, ALEJANDRO, ob.cit. en nota 61, p.157

⁷⁷ KRAUSE, MARÍA SOLEDAD, ob.cit. en nota 71, p. 15

4.2) Función preventiva.

Unida al fundamento ético se encuentra la función preventiva. En el caso de que una prueba obtenida violando derechos fundamentales sea excluida del proceso se está previniendo que en futuras actuaciones policiales se intente llegar a las pruebas utilizando los mismos medios contrarios a derecho.

Esta finalidad utilitaria o correctiva busca evitar que los órganos de persecución penal utilicen métodos ilegales de investigación, declarándolos ineficaces procesalmente.⁷⁸

Maximiliano Hairabedián señala dos vías de prevención: la disuasión y la educación. La disuasión es la motivación que se debe causar en los funcionarios policiales, al excluir una prueba obtenida ilícitamente, de no violar derechos intencionalmente para conseguir la prueba, ya que en ese supuesto está presente la amenaza de su invalidación. La función de educación consiste en la internalización progresiva de los operadores del sistema penal de las virtudes y necesidad de utilizar medios legales en la persecución del crimen.⁷⁹

4.3) Derivación de garantías fundamentales.

Las pruebas que se excluyen son aquéllas que vulneran los derechos y garantías fundamentales. Por tanto, la protección de estos derechos es lo que lleva al nacimiento de la regla de la exclusión.

Mucha jurisprudencia ha manifestado que a falta de previsión expresa, ya que no existe en las constituciones una garantía constitucional de inadmisibilidad de prueba ilícita, la exclusión de prueba ilícita se impone implícitamente con fuente en las garantías constitucionales.⁸⁰

⁷⁸ PINO REYES, OCTAVIO, La excusión de la prueba ilícita en *Revista procesal penal Lexis Nexis* (Santiago, Chile Enero 2004) p.18

⁷⁹ HAIRABEDIÁN, ob.cit. en nota 74, p. 46 y 47

⁸⁰ HAIRABEDIÁN, ob.cit. en nota 74, p. 56

Francisca Zapata García señala dos tesis en las cuales fundar la exclusión de la prueba ilícita basándose en la Constitución Política. En primer lugar encontramos la fundamentación sobre la base de la supremacía constitucional y vinculación directa de la Constitución, para esto la autora se basa en los art. 5º, 6º y otros de la CPRCh para afirmar que aún sin la norma contenida en el art. 276 del CPP, los jueces están obligados a inadmitir la prueba obtenida en violación de los derechos fundamentales, pues lo contrario implica desconocer el límite y el deber impuesto a su ejercicio jurisdiccional consistente en respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile para convertirlos, a la larga, en letra muerta. En segundo lugar, sienta el fundamento de la regla de exclusión sobre la base de la garantía del debido proceso consagrado en el art. 19 N° 3, inc. 5º de la Constitución. La autora señala que al garantizar la Constitución que toda sentencia se funde en un procedimiento y en una investigación racionales y justos, está obligando a los jueces a que velen porque la decisión jurisdiccional se sostenga exclusivamente en actuaciones arregladas a la razón, y es contrario a la razón el admitir una prueba como fundamento de una sentencia condenatoria, si ésta ha sido obtenida vulnerando las garantías fundamentales de la persona sometida a juicio. Por lo tanto, dentro del debido proceso se incluye el derecho para quien es juzgado de que toda sentencia condenatoria se funde en una prueba lícita, y que, de presentarse prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, éstas sean excluidas de ser rendidas en el juicio oral.⁸¹

Vinculado a este fundamento podemos recurrir al antiguo aforismo según el cual nadie puede aprovecharse de su propio dolo, así el dolo no puede beneficiar a la parte que lo utiliza, en este caso el órgano encargado de la persecución penal no puede valerse de aquellos medios de prueba que ha obtenido violentando el Estado de derecho, y violentando los derechos de los imputados en un proceso.⁸²

⁸¹ ZAPATA GARCÍA, ob.cit. en nota 64, p. 46 y ss.

⁸² KRAUSE, MARÍA SOLEDAD, ob.cit. en nota 71, p. 17 y 18

Se dan otros fundamentos con menos adherentes, y criticados por parte de la doctrina: 1) La promoción de resultados precisos, según el cual lo que se busca con la exclusión es obtener resultados correctos en la percepción de la prueba por los jueces, y la ilicitud puede afectar la aptitud de la evidencia para reflejar la verdad y puede permitir o provenir de una manipulación del elemento de prueba; 2) Remedio contra actividades incorrectamente realizadas, por lo tanto si una prueba ha sido obtenida en contravención a la ley, se debe remediar esta situación mediante la exclusión; 3) La reparación del daño al perjudicado, así operaría como una especie de reparación a la víctima.⁸³

5) Críticas a la prueba ilícita.

Existen varias críticas que algunos autores formulan a la exclusión de pruebas ilícitas del procedimiento, a modo de ejemplo:^{84 85}

La más recurrente es la que señala que esta exclusión entorpece la acción de la justicia, al declarar inadmisibles pruebas que pueden ser determinantes para establecer la responsabilidad por los delitos que son cometidos.

Directamente relacionado con lo anterior está el hecho de que, eventualmente, verdaderos culpables de delitos quedarán libres al no poder ser utilizada la prueba de cargo en su contra, por lo tanto se produce en estos casos un favorecimiento de la justicia a los culpables.

Se critica el fundamento de prevención, ya que se señala que no hay seguridad de que excluyendo pruebas útiles se produzca un efecto disuasorio de futuras irregularidades policiales. Se señala que no hay demostraciones empíricas que determinen que real y efectivamente esta exclusión limita a los policías a actuar en el futuro vulnerando derechos. Esto se debe a que el policía que ha actuado irregularmente no sufre

⁸³ HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, ob.cit. en nota 74, p. 41, 54 y 55

⁸⁴ CARRIO, ALEJANDRO, ob.cit. en nota 61, p. 155 y 156

⁸⁵ HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, ob.cit. en nota 74, p. 57

perjuicio alguno con la exclusión, sino que es la administración de la justicia y la fiscalía quienes pierden pruebas determinantes.

Quienes critican la exclusión de la prueba ilícita plantean ciertas soluciones: en primer lugar que se apliquen sanciones disciplinarias para los funcionarios policiales que en la obtención de pruebas vulneren derechos fundamentales de las personas investigadas, y además la posibilidad para quienes se vean afectados por actuaciones irregulares de la policía de que puedan ser indemnizados por los daños sufridos. Estas soluciones surgen debido a que parte de la doctrina y jurisprudencia, y la población en general, consideran demasiado drástica la sanción de la exclusión de prueba que puede resultar útil al proceso.

Alejandro Carrió da un contra argumento bastante válido en relación con las críticas a la regla de la exclusión, específicamente a la que señala que verdaderos culpables de delitos quedarán libres, el autor señala: “Si personas culpables de la comisión de un delito no reciben sanción, en realidad ello no es imputable a la regla de exclusión, sino a las garantías que la Constitución enuncia. Son estas las que impiden a la policía extraer declaraciones compulsivas, allanar domicilios sin orden judicial, detener individuos sin pruebas, etc. Por supuesto que si eliminamos tales garantías habrá más delincuentes sancionados. Pero entonces la cuestión pasará a ser si deseamos vivir en una sociedad regida por tales principios. No es la regla de la exclusión la que determina que ciertos culpables no sean penados, sino la Constitución misma. Por aplicación de aquella regla, lo único que cambia es que en algún caso en particular sabremos los nombres de esos culpables. Pero si la policía hubiese observado la Ley y la Constitución la situación no habría cambiado en lo sustancial. Tales culpables, ahora anónimos, quedarían igualmente sin sanción sin provocar la alarma de nadie.”⁸⁶

6) Excepciones a la prueba ilícita.

En la jurisprudencia y doctrina extranjera la regla de la exclusión no tiene siempre el carácter de absoluta, y presenta ciertas excepciones, esto es debido a la grave consecuencia

⁸⁶ CARRIO, ALEJANDRO, ob.cit. en nota 61, p. 159

que esta conlleva, que pruebas determinantes sean excluidas del proceso. Algunas de estas excepciones son:

6.1) Fuente independiente:

esta excepción, muy utilizada en el derecho comparado, se aplica cuando al acto ilegal o a sus consecuencias se puede llegar mediante medios probatorios legales presentes que no tienen conexión con la violación constitucional, es decir que, aun suprimiendo hipotéticamente el acto viciado, se puede igualmente arribar a sus consecuencias por vías legales independientes.⁸⁷ Es el caso, por ejemplo, en que mediante un allanamiento ilegal se obtiene una dirección donde se trafican drogas, y luego testigos efectivamente denuncian este hecho y dan la misma dirección.

Existe otra excepción llamada “el descubrimiento inevitable”, ambas son tan similares que incluso algunos autores las tratan de manera conjunta. Para Hairabadién, son distintas, ya que en la fuente independiente se requiere que la prueba alternativa sea actual; en cambio en el descubrimiento inevitable, que sea hipotéticamente factible, por lo que existe el riesgo que la prueba independiente no se produzca.⁸⁸ Carrió en cambio las trata como una sola excepción, así el autor señala que debe advertirse que esta excepción no requiere la efectiva adquisición por un medio independiente, sino tan solo la “posibilidad” de que ello hubiese ocurrido en el caso concreto.⁸⁹ Según el ejemplo antes dado, se aplicaría la excepción del descubrimiento inevitable en el caso que exista la posibilidad futura de que testigos denuncien el tráfico.

En nuestro derecho no parece posible admitir esta última excepción del descubrimiento inevitable, ya que más que un análisis de prueba, la reflexión judicial constituiría una

⁸⁷ HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, ob.cit. en nota 74, p. 67

⁸⁸ HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, ob.cit. en nota 74, p. 73

⁸⁹ CARRIO, ALEJANDRO, ob.cit. en nota 61, p. 174

teorización sobre posibilidades o supuestos de pruebas, y una sentencia sólo se debe basar en las pruebas efectivamente rendidas en el juicio oral, y no en pruebas hipotéticas.⁹⁰

6.2) Buena fe del agente:

esta excepción dice relación con la actuación lícita del policía que adquiere la prueba con vulneración de derechos fundamentales; así el agente que ha obtenido pruebas supone haberse comportado de manera legítima, y esto debido a que cree contar con la habilitación jurídica necesaria para afectar derechos en la forma o intensidad que lo hace, sin embargo, su actuación carece de dicha habilitación o esta es insuficiente.⁹¹

La jurisprudencia de Estados Unidos ha desarrollado esta teoría, y se ha aplicado numerosas veces.

Iván Díaz, citando al autor Fernández Entralgo, señala el peligro que representa esta excepción, ya que esta puede dar entrada a tal número de excepciones que se convertiría en la regla general, y además, la licitud de una actuación vulneradora de derechos fundamentales dependería de las convicciones subjetivas del agente.⁹²

6.3) La infracción constitucional beneficiosa para el imputado:

surge la duda respecto a que sucede en el caso de que una prueba es obtenida de manera ilícita, pero sus resultados son beneficiosos para el imputado, ya que, por ejemplo, desvirtúan su responsabilidad.

El régimen de las exclusiones probatorias está establecido en beneficio del imputado, es contemplada esta exclusión como una sanción a las violaciones a derechos fundamentales del imputado, por lo tanto cuando una actividad sea llevada a cabo violentando dichas

⁹⁰ DÍAZ GARCÍA, IVAN, ob.cit. en nota 66, p. 157

⁹¹ DÍAZ GARCÍA, IVAN, ob.cit. en nota 66, p. 153

⁹² DÍAZ GARCÍA, IVAN, ob.cit. en nota 66, p. 154

garantías, y como producto se obtenga elementos que favorecen al tutelado por la garantía, estos no pueden declararse ineficaces, ya que se estaría causando un daño al tutelado, que es precisamente quien se intentaba proteger.⁹³ Sin embargo, la anterior afirmación puede ser destruida, ya que el objeto de la exclusión de prueba, además de lograr la tutela de los derechos del imputado, es evitar que la policía tenga un poder absoluto en su actuar, no respetando margen alguno, precisamente el límite con el que ellos se topan son los derechos fundamentales que deben garantizarse, no vulnerarse. Además, en nuestra legislación no se hace distinción alguna, solamente se señala que en caso de vulnerarse derechos en la obtención de pruebas, ésta debe ser excluida por el juez de garantía.

6.4) El principio de la proporcionalidad:

esta excepción somete la exclusión de la prueba ilícita a la relación de importancia y gravedad que tengan el acto ilegal y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia.⁹⁴

Quienes aceptan esta excepción ponen en una balanza los bienes jurídicos que se protegen con la existencia de la exclusión de prueba ilícita, y aquellos que se protegen con la sanción de los delitos cometidos que no pueden ser sancionados mediante la exclusión. Se refieren a casos extremos, en que se cometan delitos graves, pero esto es algo difícil de determinar, ya que ¿dónde se determina la diferencia entre un delito grave y otro que no lo es?. Por ejemplo, el caso de un tráfico de drogas sería suficiente para aplicar esta excepción, o para otros sería grave no utilizar una prueba que diera con la dirección de un fabricante de bombas.

Esta excepción, según Hairabedián, tiene fundamentos muy cuestionables, ya que considera a las prohibiciones de valoración de pruebas como medios de protección de ciertos intereses individuales, y olvidan o dejan de lado el dilema ético que significa el aprovechamiento por el Estado del resultado de su actividad irregular. Y la utilización de

⁹³ HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, ob.cit. en nota 74, p. 89 y 90

⁹⁴ HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, ob.cit. en nota 74, p. 91

esta excepción significaría en la práctica que la limpieza del procedimiento penal dependerá de la magnitud de la imputación realizada, ya que según este autor el mensaje dirigido a los órganos encargados de la persecución penal sería: “en casos de criminalidad grave, procuren respetar las formas del procedimiento, pero si no lo hacen, ello sólo excepcionalmente constituirá un obstáculo para la persecución”.⁹⁵

6.5) Hallazgo casual:

se aplica en los casos en que una determinada prueba haya sido descubierta sin expresa cobertura jurídica, pero en el curso de una actuación lícita y desconectada de los hechos a que alude la evidencia encontrada; en este caso el juez puede excepcionar la aplicación de la regla de la exclusión a lo casualmente hallado.⁹⁶

Esta excepción es admitida en nuestra legislación en ciertos casos, así el art. 215 del CPP señala que, si durante la diligencia de registros se descubrieren objetos y documentos que permitieren sospechar la existencia de un delito distinto de aquel que se está investigando mediante una orden judicial ya librada, podrán proceder a su incautación previa orden judicial.

Quienes se aferran al carácter absoluto de la teoría de la exclusión no comparten esta excepción, pero es difícil conciliar la exclusión de la prueba obtenida casualmente con el deber de denunciar los hechos constitutivos de delitos que pesa en los policías.

En nuestro país, será a la jurisprudencia a quien le corresponderá delimitar la aplicación de la prueba ilícita a casos como los enumerados o darle un carácter de absoluta, ya que la ley no señala excepción alguna a la regla de exclusión.

⁹⁵ HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, ob.cit. en nota 74, p. 95

⁹⁶ DÍAZ GARCÍA, IVAN, ob.cit. en nota 66, p. 151

7) Utilización de la prueba obtenida por el agente encubierto en el proceso penal.

Criticable o no la figura del agente encubierto, está presente en nuestra legislación y es muy utilizada en la práctica policial.

Al analizar los fundamentos de la figura del agente encubierto señalamos que esta figura existe para combatir delitos graves y que afecten bienes jurídicos importantes, que son figuras utilizables como última instancia (principio de subsidiariedad), y cuya función es combatir el crimen organizado. Debido a estos motivos es que existen las figuras encubiertas, como una última instancia para combatir delitos graves cometidos por agrupaciones criminales que ejecuten delitos organizadamente, y cuyos ilícitos afecten bienes jurídicos considerados importantes por la sociedad.

Mirado del punto de vista de la utilidad de esta figura, y considerando que su origen en las legislaciones tiene razones de peso, y un fin superior de eficacia y de justicia, es que la actuación del agente encubierto puede llegar a ser aceptada por un juez de garantía determinado. Así, teniendo claro que es un tema que se debe analizar caso a caso, puede ser que el juez de garantía considere que las transgresiones a derechos fundamentales ceden ante la importancia de lograr recavar pruebas incriminantes en contra de los imputados. Por lo cual, el juez puede recepcionar las pruebas obtenidas por un agente encubierto, aceptarlas y resolver que van a ser presentadas ante el Tribunal Oral en lo Penal en el futuro juicio oral.

Si se opta por aceptar estas pruebas y no considerarlas ilícitas, significa que para el juez prima el objetivo de fondo que el agente encubierto conlleva, que es desbaratar redes organizadas de crímenes, aunque en nuestro país este objetivo es también difuso, ya que, como se señaló, a veces se utilizan agentes encubiertos para investigar delincuentes que actúan individualmente.

Hay casos en que pareciese ser correcto aceptar la prueba del agente si se ha cumplido previamente un requisito de admisibilidad, o sea debe existir una autorización previa por parte del juez de garantía para realizar actos que contravengan garantías fundamentales, tal

como lo señala el art. 9 del CPP, dejando de lado la crítica que a nivel doctrinal se le puede hacer a esta autorización judicial como legitimadora de violaciones a derechos. Sin embargo, dicha autorización debe ser clara, señalándose su carácter y amplitud; por lo tanto si el agente encubierto se excede de los límites que exige la autorización judicial, la exclusión debería operar de todas maneras. La idea central es que exista un control judicial sobre la actuación de la policía, para lograr el efectivo respeto de los derechos.

En la jurisprudencia argentina, caso “Fiscal v/s Fernández”, la Corte Suprema aceptó y legitimó la actuación de un agente encubierto, pese a que la defensa alegó en este caso que los derechos del imputado habían sido vulnerados. Los criterios de la Corte para aceptar la actuación de agentes encubiertos fueron: a) Que el comportamiento del agente se mantenga dentro de los límites del Estado de Derecho, b) Que el agente encubierto no se involucre de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente. Alejandro Carrió analiza y critica este fallo en base a que no aclara la Corte qué se entiende por actuar dentro de los límites del Estado de Derecho como requisito para afirmar la legitimidad del empleo de agentes encubiertos, ni tampoco cuándo una persona está predispuesta a delinquir, así el autor se pregunta: “¿Puede el Estado desparramar billeteras por la calle, para ver qué ciudadanos se tientan y las toman, y así poder penarlos por el delito de hurto?”. Señala además que: “La pregunta previa es otra, es saber si, de acuerdo a los principios constitucionales que nos rigen, deseamos vivir en una sociedad donde el Estado esté habilitado cada tanto a “testear” nuestra honestidad.”⁹⁷

En nuestro país, varias sentencias avalan la figura del agente encubierto, y rechazan las defensas que se basan en señalar que la prueba es ilícita.

Verónica Sabaj, analiza un caso de nuestra jurisprudencia sobre exclusión de prueba ilícita en materia de tráfico ilícito de estupefacientes, donde fue utilizado un agente encubierto durante la investigación, cuyo rol único de causa es el 0200081656-9 de la Fiscalía de Calama, en la que nuestros jueces optaron por aceptar y no excluir la prueba obtenida por un agente encubierto. Las defensas de los dos imputados involucrados en este caso, señalan

⁹⁷ CARRIO, ALEJANDRO, ob.cit. en nota 61, p. 79 y ss.

que fueron vulnerados derechos y garantías de los imputados que el nuevo sistema procesal penal legitima, y que, por lo tanto, el Tribunal Oral en lo Penal debe rechazar la prueba del procedimiento por ser esta ilícita. El Tribunal Oral en lo Penal de Calama rechazó esta solicitud por incompetencia, por lo cual resolvió, con fecha 6 de abril de 2003, desestimando la defensa de los imputados ya que la etapa para admitir o excluir una prueba es ante el juez de garantía, y por lo tanto al Tribunal sólo le compete valorar dicha prueba, además señalan que la actuación del agente encubierto está amparada por la ley, y que su nombramiento y actuación fueron efectuadas dentro de los márgenes que la ley de estupefacientes permite. La Corte Suprema, con fecha 5 de junio de 2003, rechaza un recurso de nulidad interpuesto por las defensas de los imputados. El argumento que la Corte esgrime para rechazar el recurso, además de los que dio el Tribunal Oral en lo Penal, es que no hay por parte de los funcionarios policiales intrusión a la vida privada de los imputados, y por lo tanto no se violarían las garantías constitucionales alegadas, ya que en este caso el agente encubierto no vivía en el domicilio de los investigados, sirviendo solamente como empleado a uno de los imputados en el trabajo. Señala también la Corte que el debido proceso no se ha visto vulnerado en esta causa, ya que el nombramiento y la actividad del agente encubierto cumplieron con todos los requisitos establecidos en el artículo 34 de la ley 19.366.⁹⁸

El Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, en fallo de fecha 7 de septiembre de 2002, en el considerando décimo expone: “Que se desestimarán las alegaciones de la defensa en cuanto a que el procedimiento policial, utilizando un informante como agente encubierto, constituiría prueba ilícita. Por cuanto el informante, debidamente autorizado, teniendo conocimiento de que se cometía un delito, actuó como seudocomprador sin el propósito de cometer un ilícito, por cuanto el bien jurídico tutelado por el delito no fue puesto en peligro, sólo actuó con el propósito de identificar al traficante y obtener las pruebas que servirían de base a una investigación criminal. La participación del informante en ningún caso puso en peligro la salud pública, que es el bien jurídico protegido, sino que logró que la droga saliera del circuito ilícito, favoreciendo la acción de impediación de la policía. Finalmente a

⁹⁸ SABAJ, VERÓNICA, ob.cit. en nota 62, p. 13 y ss.

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”.⁹⁹

8) Eventual exclusión del proceso de la prueba obtenida por el agente encubierto.

Al analizar la figura del agente encubierto vimos que las legislaciones que incorporan esta figura lo hacen debido a la necesidad de contar con herramientas más eficaces en la lucha contra el narcotráfico. Esta figura descansa entonces en la eficacia que presenta para la política criminal de un determinado Estado al lograr combatir delitos graves, de difícil pesquisa y cometidos por agrupaciones criminales.

La eficacia a la que aludimos se enfrenta con las garantías que en un Estado de Derecho se pretenden proteger. Existe así un choque permanente entre eficacia versus garantismo, donde por un lado se le da prioridad al descubrimiento de la verdad en la comisión de delitos, y por el otro en cambio la preeminencia la tiene la protección a los derechos y garantías fundamentales.

Cada legislación, en definitiva, debe tomar una posición respecto a qué tema se le dará una mayor relevancia en el ordenamiento jurídico.

El problema se presenta cuando existen leyes que son poco claras o contradictorias entre sí. Esto es lo que pasa en Chile al analizar las leyes donde se permite la utilización de agentes encubiertos, ley 20.000 y ley 19.927, a la luz de la CPRCh y del CPP.

⁹⁹ Fallo del tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, 7 de septiembre de 2002, RUC 01000044497-5

La reforma en materia procesal penal incorporó una protección a los derechos fundamentales mucho mayor a la que existía antes, así se consagran principios y derechos que la Constitución también protege. Como ya vimos, consecuencia de esta mayor protección es que se incorporó la figura de la exclusión de prueba ilícita.

El objetivo central de la actuación de un agente encubierto es obtener pruebas suficientes para conseguir incriminar a una persona como responsable de un delito, por lo tanto, su actuación será más o menos útil dependiendo de las pruebas que se hayan logrado obtener.

Teniendo en consideración los temas tratados en el capítulo anterior respecto del agente encubierto y los derechos fundamentales y la reforma procesal penal, pareciera ser que esta figura constituye, en la mayoría de los casos, una invasión a los derechos esenciales de los investigados; por lo tanto, en la audiencia de preparación del juicio oral, al presentarse la prueba obtenida por la fiscalía, el juez de garantía podría excluir estas pruebas cuando se hayan violado derechos de los investigados.

Lo anterior no quiere decir que en la práctica en todos los juicios se excluyan estas pruebas, ya que es algo que se debe analizar caso a caso, debido a que la actuación del encubierto puede estar amparada en una autorización judicial previa, y tal como vimos en el capítulo anterior se entiende que esta autorización opera como legitimadora de la posible violación de derechos, por lo que es difícil que el juez de garantía considere que la prueba es ilícita si se ha dado autorización. Esto ocurre así, pero no obsta al reproche que se pueda hacer a dicha autorización.

Algunos puntos que es necesario tener en consideración para decidir excluir las pruebas, ya analizados extensamente en el capítulo anterior, son:

Tal como ya señalamos, el agente encubierto entra en conflicto con ciertos derechos fundamentales consagrados en la Constitución, así el racional y justo proceso, establecido en el art. 19 N° 3 inc. 5°, siempre se ve lesionado con esta figura, ya que no puede haber una racional y justa investigación si la persona investigada no tiene conocimiento del hecho de estar siendo objeto de una operación policial y judicial organizada en su contra.

El N° 4 del art. 19, que trata el derecho a la intimidad, difícilmente puede ser respetado con estas actuaciones encubiertas, ya que el agente encubierto intentará formar parte de la vida cercana al investigado, de otro modo es difícil que esta figura sea eficaz en el objetivo de obtener pruebas útiles.

Lo mismo sucede con la inviolabilidad del domicilio y de toda forma de comunicación privada, art. 19 N° 5, ya que la mayoría de las veces el policía ingresa en la vivienda del investigado y revisa sus pertenencias. No hay que olvidar que la calidad de policía no la pierde por ser encubierto, y que precisamente se están buscando pruebas, por lo tanto se configurarían allanamientos ilegales en cada uno de estos casos, si no se cuenta con la autorización precisa del juez respectivo.

En vista de lo anterior y teniendo en consideración el CPP, analizado también en el capítulo anterior, podemos afirmar que el agente encubierto es una figura que se enfrenta con los principios que en nuestro Estado de Derecho se pretenden proteger, y que su inclusión dentro de nuestra legislación es contradictoria con la Constitución y con el CPP. Por lo tanto, su utilización debe limitarse a casos de delitos graves, cometidos por organizaciones criminales, no por personas individuales y respetando siempre el principio de subsidiariedad.

CONCLUSIONES

El agente encubierto se presenta como un medio de investigación útil y eficaz para combatir delitos cometidos por grupos organizados, que, en nuestra legislación, puede ser utilizado en materia de drogas y delitos de pornografía y prostitución infantil.

Debido a la insuficiencia de los medios tradicionales de investigación para luchar contra la criminalidad organizada se introducen en el ordenamiento jurídico medidas legales especiales como la analizada, que consiste en la intromisión de un funcionario policial con carácter encubierto en el grupo organizado, con el objeto de detectar la comisión de delitos, para lograr obtener pruebas incriminatorias y proceder a la detención y sanción de sus autores.

La finalidad del agente es entonces obtener pruebas contra las personas investigadas. La prueba obtenida por el agente es utilizada en el proceso penal, y muchas veces los jueces dictan sentencia basándose exclusivamente en ella.

Pero la eficacia de esta figura es conflictiva, ya que se enfrenta con derechos fundamentales que la CPRCh protege, y no permite ejercer los derechos que las leyes otorgan a todo imputado, principalmente los del CPP; por lo tanto parece necesario plantear si puede considerarse la prueba obtenida por el agente encubierto como ilícita, y consecuentemente ser excluida del proceso.

Por la esencia del agente encubierto, los derechos que casi siempre se verán vulnerados son: la igualdad ante la ley, el derecho a defensa jurídica, la presunción de inocencia. Y, eventualmente, pueden afectarse el derecho a la intimidad, y el derecho a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas, dependiendo de las actuaciones del funcionario policial encubierto.

Además, esta figura limita la posibilidad que tiene toda persona de ejercer los derechos que procesalmente son concedidos, ya que el imputado que está siendo investigado no tiene

conocimiento de este hecho, por lo tanto es imposible que pueda hacer uso de los derechos que según el CPP le son otorgados, durante todo el tiempo que dure la operación encubierta.

Podríamos pensar que estamos ante una legislación de emergencia, una especie de estado de excepción, para combatir los delitos cometidos por el crimen organizado; ya que tanto las drogas como los delitos contra menores de edad, relacionados con pornografía y prostitución, son considerados delitos graves, difíciles de investigar y muy necesarios de erradicar. Pero debemos preguntarnos si existe una emergencia tal que lleve a sobrepasar las garantías constitucionales de un debido proceso, debemos cuestionarnos acerca de la legitimidad de esta figura en nuestro Estado de Derecho actual.

Como consecuencia de estos cuestionamientos es que surgen las críticas analizadas en el presente trabajo al agente encubierto, donde se analizó la legislación en torno al tema para concluir que hay deficiencias que deben ser subsanadas. Centramos nuestro análisis en la prueba obtenida por el agente encubierto, para determinar si puede excluirse o no del proceso penal la prueba obtenida por el agente encubierto por razones de ilicitud.

En la mayoría de los casos esta prueba será aceptada por el juez de garantía e incorporada en el auto de apertura al juicio oral. Es determinante el hecho que el juez de garantía haya autorizado previamente este medio de investigación. Dicha autorización previa es necesaria, debido a la violación de derechos que conlleva esta figura por sí.

En el caso que exista esta autorización judicial previa hay que determinar su carácter, o sea precisar si la autorización fue total o amplia, o sea para toda la investigación y para cualquier actuación que el agente realice, sin necesidad de solicitar otra autorización; o si la autorización es parcial o restringida, por lo que el funcionario policial solo tiene autorización para realizar una actuación determinada, y para las demás tendrá que solicitar una nueva.

Ahora bien, en el caso de que no exista autorización judicial previa, o esta haya sido sólo para una determinada actuación del policía encubierto y éste se haya excedido en sus funciones, la prueba obtenida puede llegar a cuestionarse a nivel judicial, y la defensa podrá

solicitar que se declare como prueba ilícita, si se da el presupuesto de ésta, o sea, la violación de derechos fundamentales.

La autorización actúa como legitimadora, lo cual no quiere decir que materialmente no exista una vulneración a los derechos, lo que ocurre es que dicha autorización viene a legitimar la transgresión debido al fin superior que se quiere alcanzar, que en este caso es recabar pruebas para el proceso penal.

A pesar de los debates doctrinarios y cuestionamientos de fondo que puedan hacerse, el agente encubierto existe en nuestra legislación, es utilizado en la práctica por la fiscalía conjuntamente con la policía, y autorizado por el juez de garantía la mayoría de las veces; por lo tanto cabe mencionar, a modo de conclusión, algunos supuestos en los que debería descansar esta figura en nuestra legislación para mejorar la utilización de esta técnica de investigación:

En primer lugar, esta técnica de investigación debe quedar reservada para casos de delitos graves, por lo que no cabe aplicarla para todos los delitos, sino sólo para aquellos que atentan contra bienes jurídicos considerados como más importantes de proteger.

Estos delitos graves deben ser ejecutados por organizaciones criminales, por el llamado crimen organizado, por lo cual el grupo delictual debe reunir ciertas características, que debieran estar establecidas en la ley, para ser considerado como tal y ser susceptible de investigación por este medio; así, debe tratarse de un gran número de personas involucradas que colaboran entre sí, que perduren en un prolongado e indefinido espacio de tiempo, organización y jerarquía interna, disciplina y control, operaciones en el ámbito nacional e internacional, contactos, tecnologías, etc. Por lo tanto, se debe excluir la utilización de agentes encubiertos tratándose de delitos perpetrados por personas individualmente o por meras organizaciones casuales.

Se debe respetar siempre el principio de subsidiariedad, según el cual esta técnica debe ser utilizada sólo si no existen otros medios de investigar el delito o si una vez utilizados otros medios, los resultados no fueron exitosos. Deben ocuparse todos los

medios tradicionales con que cuenta la policía primero, y si eventualmente no se pueden obtener pruebas mediante estos, se podría utilizar el agente encubierto como última y excepcional instancia.

El funcionario policial que actúe como encubierto debe estar limitado en su actuar, ya que debido a los peligros intrínsecos que presenta esta figura, no puede dejarse en manos de un policía la posibilidad de violar derechos sin control ni limitación alguna. Para esto la ley debería establecer límites a las violaciones, además de un control constante del juez de garantía a la actuación de estos agentes. Claro está que la defensa en juicio, la presunción de inocencia y la igualdad ante la ley, siempre van a verse vulnerados, exista o no control y autorización judicial.

Para que se cumpla lo anterior se debe contar con funcionarios debidamente capacitados, tanto física como psicológicamente, y con conocimiento de que su labor se ve limitada por el respeto a las garantías de quienes investiga. Se debe tratar de evitar cualquier abuso en el ejercicio de su función.

La prueba del agente encubierto puede eventualmente llegar a ser excluida en el caso que se vulneren los derechos fundamentales de los imputados.

La prueba puede ser aceptada por el juez de garantía y no excluirse, pero al ser ponderada por el Tribunal Oral en lo Penal, estos deben tener otras pruebas decisivas para condenar, por lo tanto, la prueba obtenida por el agente encubierto solo debe representar indicios probatorios, pero que requieren ser acompañadas de otras pruebas obtenidas por la policía, que son las decisivas.

La defensa debe tener siempre la posibilidad de interrogar al funcionario policial que haya actuado como encubierto. La protección que se brinde al policía no puede impedir que el abogado defensor lo interroge para que la defensa sea justa y se cumpla con la igualdad de armas.

Considero que este tipo de técnicas represivas de persecución penal no son la única, ni la mejor solución al tema de la delincuencia. En el caso de las drogas, si bien con esta figura pueden llegar a desbaratarse redes de narcotráfico y sancionar a sus integrantes, éstas siguen existiendo y se siguen traficando, ya que vivimos en una sociedad enferma debido a

las drogas, donde cada vez son más los involucrados, pero la solución real y de fondo debe ir por el lado de la prevención, y no la represión. La educación es la principal vía por la que puede ponerse fin a este problema, y a la delincuencia en general; pero además, los gobernantes deben poner hincapié en mejorar la salud, la vivienda, la distribución de los ingresos y en general la calidad de vida de las personas, para lograr un efecto real en el tema de la delincuencia.

Si bien el agente encubierto es una técnica útil, ésta otorga soluciones a corto plazo y efectistas. Se estima, además, que vulnera los principios, derechos y garantías que nuestro Estado de Derecho resguarda a través de la CPRCh, los Tratados Internacionales y las leyes vigentes en nuestro país. Por lo tanto, su utilización debe ser limitada solamente para casos extremos, y cumpliéndose siempre los criterios antes formulados. En todos los demás casos, más vale abstenerse de ocupar esta técnica intrusiva y peligrosa, antes de caer en una constante vulneración de los derechos constitucionales básicos.

BIBLIOGRAFÍA

AITURRIETA SEGUEL, MARIANA, Prueba ilícita: nociones generales: derecho comparado en Revista procesal penal Lexis Nexis N° 14 (Santiago, Chile octubre, 2003)

BERISTAIN, ANTONIO, La droga: aspectos penales y criminológicos (Editorial Temis, Bogotá, Colombia 1986)

BECERRA NICOLÁS, El Ministerio Público y los nuevos desafíos de la justicia democrática (Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina 1998)

BUSTOS RAMÍREZ JUAN, Política criminal y Estado en Revista de ciencias penales de Costa Rica N° 12 (Costa Rica 1996)

CATALÁN HOLUIGE, MARCO ANTONIO; VARGAS CARLIER, ALEJANDRA FAVIOLA, El Agente encubierto en la ley 19366, Memoria de grado Universidad de Chile (Santiago, Chile 2000)

CAFFERATA NORES, JOSÉ IGNACIO, La prueba en el proceso penal (Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina 1988)

CARRIO, ALEJANDRO, Garantías constitucionales en el proceso penal (Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina 1994)

DÍAZ CABIALE, JOSÉ ANTONIO; MARTÍN MORALES, RICARDO, La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida (Editorial Civitas, Madrid, España 2001)

DÍAZ GARCÍA, IVAN, Derechos Fundamentales y Prueba Ilícita en La prueba en el proceso penal (Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile 2004)

DELGADO GARCÍA, MARÍA DOLORES, El Agente Encubierto: Técnicas de Investigación. Problemática y Legislación Comparada en Criminalidad organizada ante la justicia (Universidad de Sevilla, Sevilla, España 1996)

EDWARDS, CARLOS ENRIQUE, El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada. Modificación a la Ley de Estupefacientes. Análisis de la ley 24.424 (Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina 1996)

EVANS, ENRIQUE, Los Derechos Constitucionales, (Editorial Jurídica, Santiago, Chile 2004)

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ANGEL, Inconstitucionalidad de responsabilizar penalmente al agente encubierto en Gaceta Jurídica N° 217 (Chile Julio 1998)

FLORES MONARDES, HORTENSIA; CHIEYSSAL PEÑA, RAMÓN, Fundamentación y límites de la institución Agente Encubierto, Tesis de grado Academia Policía de Investigaciones de Chile (Santiago, Chile, 2000)

FUENTES REBOLLEDO, CARLOS, Revisión de jurisprudencia comparada sobre prueba ilícita por violación de garantías: análisis y comentarios en Revista Procesal Penal Lexis Nexis N° 23 (Santiago, Chile, Julio 2004)

GRANADOS PÉREZ, CARLOS, La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos (Consejo General del poder Judicial, Madrid, España 2001)

HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal (Buenos Aires, Argentina 2002)

HOFFMAN FLANDES, VALERIA; ROJAS MUÑOZ, ORLANDO, Drogas y lavado de dinero. Análisis de la ley 19366, modificada por la ley 19393 (Editorial Jurídica Congreso, Santiago, Chile 1998)

IGARTUA SALAVERRIA, JUAN, Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal (Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España 1994)

JAUCHEN, EDUARDO, Tratado de la prueba en materia penal (Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina 2002)

KRAUSE M., MARÍA SOLEDAD, Algunas consideraciones sobre la exclusión de la prueba ilícita en el procedimiento penal en Revista Procesal Penal Lexis Nexis N° 30 (Santiago, Chile, Febrero 2005)

MAIER, JULIO, Derecho Procesal Penal Argentino (Buenos Aires Argentina 1989)

MERA, JORGE, Bases de una política criminal en un Estado de Derecho en Curso: Fundamentos de la Reforma Procesal en Chile. Policía de Investigaciones de Chile. Academia Superior de Estudios Policiales (Santiago, Chile 1995)

MONTOYA, MARIO DANIEL, Informantes y técnicas de investigación encubierta (Editorial AdHoc, Buenos Aires, Argentina 2001)

MOLINA PINILLA, GLORIA; PIZARRO SOTO, MARÍA ALEJANDRA, Análisis de la ley 19366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Memoria de grado (Santiago, Chile, 1996)

MOSCATO DE SANTA MARÍA, CLAUDIA, El Agente Encubierto en el Estado de Derecho (Editorial La ley, Buenos Aires, Argentina 2000)

MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN, La moderna problemática jurídico penal del agente provocador (Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España 1995)

PINO REYES, OCTAVIO, La exclusión de la prueba ilícita en Revista procesal penal Lexis Nexis N° 17 (Santiago, Chile Enero 2004)

POLITOFF, SERGIO, El agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la ley 19366 en Gaceta jurídica N° 203 (Santiago, Chile Mayo 1997)

RETAMAL HERRERA, JAIME, Agente encubierto e instigación en Revista procesal penal Lexis Nexis N° 16 (Santiago, Chile diciembre 2003)

RODRÍGUEZ SOL, LUIS, Registro domiciliario y prueba ilícita (Editorial Comares, S.L, Granada, España 1998)

SABAJ ESCUDERO, VERÓNICA, Análisis de un caso de nuestra jurisprudencia sobre exclusión de prueba ilícita y valoración de la misma en Revista procesal penal Lexis Nexis N° 18 (Santiago, Chile Febrero 2004)

SOTO NIETO, FRANCISCO, El delito de tráfico ilegal de drogas (Editorial Trivium S.A., España 1989)

ZAPATA GARCÍA, MARÍA FRANCISCA, La prueba ilícita (Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile 2004)

ZAPATA GARCÍA, Preguntas-respuestas introductorias para el estudio de la Teoría de la Prueba Ilícita en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo N°1(Coquimbo, Chile 2004)

FUENTES

- 1) Constitución Política de la República de Chile
- 2) Código Procesal Penal
- 3) Código Penal
- 4) Ley 19.366. Que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas
- 5) Ley 20.000. Que sustituye la ley 19366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas
- 6) Ley 19.927. Que modifica el Código penal, Código de procedimiento penal y el Código procesal penal en materia de delitos de pornografía infantil
- 7) Convención de Viena de 1988
- 8) Ley de Enjuiciamiento Criminal española
- 9) Ley 24.424 de la República de Argentina
- 10) Código de Procedimiento Penal Alemán