UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

El Agente Encubierto de la Ley 20.000

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

Profesor Guía: Mario Garrido Montt
Autor: Carlos Alberto Balbontin Meneses

Santiago, Chile
2008.

4) La legislación relativa al tráfico ilícito de estupefacientes como legislación excepcional

> *Si aceptamos que ése es el bien jurídico que debemos proteger (la integridad de la sociedad), la consecuencia lógica es que tenemos qua alejarnos de una legislación eminentemente garantista y adoptar una de carácter excepcional, como la que en un tiempo se aplicó contra el terrorismo. Esa es la batalla que hay que dar contra las drogas"* ***Intervención del diputado Orpis (sesión 59, legislatura 343)***
>
> *"Porque se trata del combate, de la guerra, de la batalla, se señala que todo esto debe ser excepcional y no se establece ninguna de las garantías penales ni procesales. Como es el enemigo interno, hay que eliminarlo..."* ***Intervención del Diputado señor Bustos. (sesión 59, legislatura 343)***

La extractos citados de la discusión parlamentaria constituyen una perfecta síntesis de la tesis que será desarrollada a continuación; la legislación contra el tráfico ilícito de estupefacientes, tanto a nivel interno como internacional, reúne todas las características de una legislación excepcional. Es más, las citas extractadas dejan de manifiesto que esta es una legislación voluntariamente excepcional, dadas las características de los bienes jurídicos que se buscan proteger.

Una de las formas de entender una legislación excepcional es desarrollada por Ferrajoli[50], para quién constituye la "*primacía de la* razón de estado *sobre la* razón jurídica"[51]. Si bien dicha concepción puede ser relevante a un nivel meta dogmático, la explícita identidad que dicho autor establece entre una legislación de excepción y una legislación de emergencia, nos obligaría, para asumir esa tesis, a desconocer la lata discusión y estudio que existió detrás de la ley 20.000. En efecto, dicha legislación no solo se enmarca dentro de la adecuación de nuestra legislación a las disposiciones contenidas en la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes

[50] FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. 5ª ed. Madrid. Trotta, 2001.
[51] FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. 5ª ed. Madrid. Trotta, 2001. Pp. 808.

y Sustancias Sicotrópicas[52], que como ya se vio, tiene una larga tradición histórica, sino que es, además, una versión estudiadamente corregida de la ley 19.366, según se explicitará en esta tesis. Finalmente, no puede desconocerse el hecho de que esta legislación es producto de más de 5 años de intensa discusión parlamentaria[53], de la cual han sido extractados ya algunos párrafos. En consecuencia, la tesis de la identidad propuesta por Ferrajoli no es, a mi juicio, operativa a la hora de analizar la característica de excepcionalidad de la ley contra el tráfico ilícito de estupefacientes, sin perjuicio del enorme aporte material de su binomio razón de estado v/s razón jurídica[54].

De todos los catálogos de características elaborados por la doctrina, el que me parece más útil para estos efectos, es el de MELIÁ[55], sin perjuicio de que creo corresponde agregar otro elemento característico, quedando el catálogo compuesto de la siguiente forma:

(i) Amplio adelantamiento de la punibilidad, operando el ordenamiento jurídico, en consecuencia, desde una perspectiva prospectiva, en lugar de, como es habitual, retrospectiva;

---

[52] La cual fue ratificada por nuestro país y promulgada como Ley de la República, por decreto publicado en el Diario Oficial el 31 de Mayo de 1990.

[53] El Mensaje presidencial con el que se inicia el proyecto de ley que sustituye la ley 19.366 es de fecha 2 de Diciembre de 1999, proyecto que fue promulgado el día 2 de febrero de 2005.

[54] Derecho Penal del enemigo en términos Jakobsianos.

[55] En MELIÁ, Cancio. ¿Derecho Penal del enemigo?. En su: Derecho Penal del enemigo. JAKOBS, G., MELIÁ, C. Madrid. Civitas, 2003. Pp. 79 y ss. Otros autores citados señalan los siguientes catálogos:

1) Jesús María Silva Sánchez:
   - (i) Introducción de nuevos tipos penales así como una agravación de los existentes,
   - (ii) Creación de nuevos <<bienes jurídico penales>>,
   - (iii) Ampliación de los espacios de riesgos jurídico penalmente relevantes,
   - (iv) Flexibilización de las reglas de imputación y
   - (v) Relativización de los principios político criminales de garantía
2) Kunz:
   - (i) Intervención profiláctica que no espera a la producción de lesiones de derechos;
   - (ii) Responsabilidad colectiva, que renuncia a la imputación individual;
   - (iii) Inversión de la carga de la prueba y delitos de sospecha;
   - (iv) Dotación de las instituciones de persecución penal con competencias análogas a las de los servicios secretos, que solo pueden ser controladas judicialmente de modo limitado.

Ambos en SILVA SANCHEZ, Jesús. La expansión del derecho penal. Madrid, Cívitas, 1999.

(ii) Las penas conminadas son desproporcionadamente altas, teniendo en especial consideración que la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir la pena conminada;

(iii) Relativización e incluso supresión de determinadas garantías procesales;

(iv) Dotación de las instituciones de persecución penal de medios extraordinarios de investigación[56]

4.1) Amplio adelantamiento de la punibilidad[57]:

JAKOBS[58] propone distinguir entre la parte general y la parte especial de este fenómeno. La parte general dice relación con la punibilidad de actos preparatorios previos a la lesión del bien jurídico, la cual se produciría, a su vez, a través de dos técnicas legislativas; la inclusión de reglas especiales de iter criminis, en particular, la punibilidad de la conspiración y la proposición; y la tipificación de delitos en los cuales la consumación formal se produce en estadios anteriores a la consumación material (afectación del bien jurídico)[59].

La parte especial del problema se refiere no a rebajar el ataque del bien jurídico de la lesión a la puesta en peligro, sino que derechamente a la protección de bienes jurídicos anticipados[60].

En relación con la parte especial del problema, existe en nuestro país, consenso doctrinario[61] y jurisprudencial[62] en identificar la salud publica como el

---

[56] En la terminología de Delgado Martín. DELGADO MARTÍN, Joaquín. "El Proceso Penal ante la Criminalidad Organizada. El Agente Encubierto". En: Problemas Actuales de la Justicia Penal. Barcelona. José María Bosch. 2001.

[57] Esta sección comprende a lo menos una parte de la "ampliación de los espacios de riesgos jurídico penalmente relevantes" citada como característica de un derecho penal de excepción por SILVA.

[58] En JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico. En su: Estudios de Derecho Penal. Madrid. Civitas. 1997.

[59] Delitos de sospecha en la terminología de Kunz. Citado en SILVA SANCHEZ, Jesús. La expansión del derecho penal. Madrid, Civitas, 1999. Pp. 54-55.

[60] Fragmentando "*el injusto correspondiente al estadio de lesión en diversos injustos parciales y, renunciando a la completa reunión de todos los injustos parciales, definir el injusto del hecho por algunos fragmentos de injusto producidos precozmente o, incluso, por solo uno de ellos*". JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico. En su: Estudios de Derecho Penal. Madrid. Civitas. 1997. Pp. 220.

bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes[63]. Esta tesis, además de tener una considerable acogida en doctrina comparada[64], posee argumentos de texto, sitemáticos e históricos[65]. Si bien no se establece expresamente, dicha postura parte de la base de que la lesividad del delito, entendida como afectación del bien jurídico, no presupone una materialización de su lesividad a un nivel de peligro concreto[66].

En cuanto a la parte general del problema, relativa a la tipificación de delitos en los cuales la consumación formal se produce en estadios anteriores a la consumación material, la técnica legislativa empleada tanto en la ley 20.000, como en la antigua 19.366, es bastante inusual, ya que pretender abarcar la mayor cantidad de conductas, en un intento por describir y sancionar todo el ciclo que gira en torno a la droga, salvo por el consumo no concertado en ámbitos privados.

---

[61] MATUS, Jean Pierre. Dogmática de los delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes. Gaceta Jurídica. N° 228 y 229. 1999. También en POLITOFF, S. y MATUS, J.P. (coord..). Lavado de Dinero y Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Santiago, Conosur, 1999. POLITOFF, S. y MATUS, J. (coord.). Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes. Santiago. Conosur. 2000. POLITOFF, S. MATUS, J.P. y RAMÍREZ, M. C.. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 2ª Ed. Editorial Jurídica de Chile. 2005.

[62] Un excelente análisis jurisprudencial de esta identificación lo encontramos en MAÑALICH, Juan Pablo. Leyes especiales. Tráfico Ilicito de estupefacientes. Revista de derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Santiago. Universidad Adolfo Ibáñez. 2004. COX, Juan Pablo. Leyes especiales. Tráfico Ilícito de estupefacientes. Revista de derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Santiago. Universidad Adolfo Ibáñez. 2005.

[63] Al respecto, Politoff, Matus y Ramírez citan argumentos de texto, históricos y sistemáticos. POLITOFF, S. MATUS, J.P. y RAMÍREZ, M. C.. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 2ª Ed. Editorial Jurídica de Chile. 2005. Pp. 547.

[64] Pormenorizadamente en JOSHI JUBERT, Ujala. Los delitos de Tráfico de Droga I. Un estudio analítico del Art. 368 CP. Barcelona, J.M. Bosch. 1999. Sintéticamente, ACALDE SÁNCHEZ, María. Salud Pública y Drogas Tóxicas. Valencia. Tirant lo Blanche. 2002.

[65] Al respecto, POLITOFF, S. MATUS, J.P. y RAMÍREZ, M. C.. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 2ª Ed. Editorial Jurídica de Chile. 2005. Pp. 573 y ss.

[66] Una tesis estándar en relación con el problema de la legitimación de los delitos de peligro abstracto consiste en exigir una legitimación en cascada. En este contexto, la salud pública es afectada cuando se generan determinadas condiciones de riesgo para la salud de los individuos que constituyen "el público". De esta manera se entiende que la protección frente al peligro abstracto puede concebirse como una meta-protección. Al respecto. KINDHÄUSER, Urs. La protección de los bienes jurídicos por medio de las prohibiciones de lesión y exposición al peligro. En su: Derecho penal de la Culpabilidad y conducta peligrosa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Así, la doctrina ha intentado sistematizar estas descripciones típicas distinguiendo entre una figura básica de tráfico ilícito de estupefacientes, contenida en el inciso 1° del artículo 3 de la ley 20.000[67], la cual sería comprensiva del resto de las figuras contempladas en la ley y *"que podrían considerarse parte del llamado "ciclo del tráfico ilícito de estupefacientes", esto es, "aquellas conductas que conducen a la puesta indebida de sustancias estupefacientes a disposición de los consumidores finales[68]"*

Junto con ésta, existiría una figura de tráfico ilícito de drogas en sentido estricto, prevista en el inciso 2° del artículo 3°[69]. A lo cual se suman otras figuras de actos preparatorios del mismo, como la elaboración de tales sustancias, prevista en el artículo 1°[70] y su cultivo, del artículo 8°[71].

Finalmente, en cuanto al establecimiento de reglas especiales de iter criminis, corresponde señalar que la ley 20.000 contiene en su artículo 17[72] la

---

[67] "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".

[68] MATUS, Jean Pierre. "Dogmática de los delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes". Gaceta Jurídica. N° 228 y 229. 1999 .

[69] "Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas"

[70] "Los que elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, sin la debida autorización, serán castigados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

Si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, podrá rebajarse la pena hasta en un grado.

Incurren también en este delito, quienes tengan en su poder elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de las sustancias o drogas a que se refieren los incisos anteriores."

[71] El que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, caso en el cual sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes.

[72] La conspiración para cometer los delitos contemplados en esta ley será sancionada con la pena asignada al delito respectivo, rebajada en un grado.

punibilidad de la conspiración, y en su artículo 18[73] la equiparación desde el punto de vista de la pena asignada al delito, de la tentativa y la consumación.

4.2) Alta penalidad

La penalidad del delito de tráfico ilícito de estupefacientes se construye en base a dos variables, la cantidad de droga encontrada y la capacidad de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

De conformidad a dichas variables, el tipo básico del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, tiene las siguientes penas:

- Grandes cantidades con capacidad de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, presidio mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años) y multa de 40 a 400 UTM. Penalidad que es idéntica al homicidio simple y a la violación.
- Grandes cantidades sin la capacidad de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, presidio mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años) y multa de 40 a 400 UTM, con posibilidad de rebajar en un grado, esto es presidio menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años). Esta rebaja es fundamental ya que permite acceder al beneficio alternativo de la libertad vigilada.
- Pequeñas cantidades, presidio menor en sus grados medio a máximo (541 días a 5 años) y multa de 10 a 40 UTM. El primer rango permite acceder al beneficio alternativo de remisión condicional de la pena, el segundo a la libertad vigilada. Pena idéntica al delito de lesiones graves, en su grado más bajo, y del delito de aborto causado sin el consentimiento de la mujer embarazada.

[73] Los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución.

Si bien se puede considerar que las penas establecidas para el tipo básico del delito de tráfico ilícito de estupefacientes son altas, las penas desproporcionadamente altas las encontramos en aquellas situaciones que significan un adelantamiento excesivo de la punibilidad. El ejemplo más sensible, a mi juicio, es la tenencia de elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación preparación transformación o extracción de estupefacientes, delito que es considerado como tráfico de drogas[74], independiente de si existen materias primas para elaborarlas. Si a esto se le suma que la tentativa de tenencia de estos elementos tiene la misma pena de presidio mayor en su grado mínimo[75], la misma del homicidio y de la violación, el panorama no es auspicioso. Si a todo esto se le suma el hecho de que la conspiración para la tenencia de dichos elementos está penada con presidio menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años) el panorama se transforma en desolador.

A lo anterior, se suman una serie de excepciones desfavorables para los imputados por delitos de tráfico ilícito de estupefacientes a nivel concursal, de determinación de la pena y de beneficios penales, entre otros:

(i) Improcedencia de la atenuante de responsabilidad del 7 Nº 11;

(ii) Consideración de sentencia extranjeras para efectos de determinar la existencia de reincidencia;

(iii) Obligación de aumentar la pena en un grado en caso de concurrencia de una agravante específica;

(iv) Posibilidad de aumentar la pena en dos grados en caso de concurrencia de dos agravantes específicas;

(v) Aplicación del artículo 74 del CP en caso de concursos entre asociación ilícita y delitos previstos en la ley 20.000;

---

[74] Politoff, Matus y Ramírez consideran que existe una presunción de tráfico, tesis que, en términos concretos no es tan evidente. POLITOFF, S. MATUS, J.P. y RAMÍREZ, M. C.. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 2ª Ed. Editorial Jurídica de Chile. 2005.

[75] En virtud del artículo 18 que sanciona como consumados los delitos de dicha ley desde que haya principio de ejecución.

(vi) Improcedencia de medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, previstas en la ley 18.2160, en caso de condena anterior por crimen o simple delito prevista en la ley 20.000 o 19.366.

4.3) Relativización e incluso supresión de determinadas garantías procesales

Existen numerosas situaciones en las cuales los imputados por delitos de la ley 20.000 se encuentran en desventaja frente a imputados por otros delitos. Algunas de estas son:

(i) Inversión de la carga de la prueba: Ese es el caso de los artículos 4º y 8 de la ley 20.000, en los cuales se debe acreditar que uno es consumidor y se presume el tráfico. También lo sería el inciso final del artículo 1º, de conformidad a la doctrina chilena[76], quienes sostienen que se mantiene idéntica presunción que la de la ley 19.366;

(ii) Aplicación de medidas cautelares especiales, sin comunicación previa al afectado y antes de la formalización de la investigación;

(iii) Posibilidad de establecer secreto de la investigación para el imputado y los demás intervinientes, con autorización del juez de garantía, por un plazo de 120 días renovables;

(iv) Posibilidad de ampliar el plazo de detención hasta por 5 días, con autorización del juez de garantía;

(v) Afectación al derecho de defensa técnica[77] en el artículo 61. El inciso final del artículo 61 de la Ley 20.000 impone a los jueces de garantía y al Ministerio Público la obligación de informar a la Contraloría General de la República sobre la identidad de los

[76] POLITOFF, S. MATUS, J.P. y RAMÍREZ, M. C.. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 2ª Ed. Editorial Jurídica de Chile. 2005.

[77] En la terminología de Horvitz Lopez. HORWITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago. Ed. Jurídica. 2002.

abogados que patrocinen o actúen como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas contempladas en la Ley sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Si bien resulta claro que dicha obligación se impone con el objeto de controlar el cumplimiento de la prohibición que la misma ley impone[78] a los abogados, esta carga implica la creación y envío de listas que como se puede prever, estarán integradas exclusivamente, o casi exclusivamente, por abogados que ejercen su profesión únicamente en el ámbito privado. *"La situación mencionada afecta por lo mismo, de manera inmediata el derecho a defensa de los inculpados, puesto que verán disminuir directamente el número de abogados a los cuales pueden recurrir, muchos de los cuales los defenderían en otras circunstancias, afectándose así el derecho a designar libremente a un abogado defensor de confianza, derecho reconocido no solo por la Constitución, sino también por los Tratados Internacionales vigentes en materias de derechos humanos"*[79].

4.4) Dotación de las instituciones de persecución penal de medios extraordinarios de investigación

Esta es materia propia del capitulo II de esta memoria, no obstante, cabe señalar que en la ley 20.000, se contemplan, entre otras:

(i) Entregas vigiladas

---

[78] "...que se desempeñan como funcionarios o empleados contratados por la Administración del Estado o instituciones o servicios descentralizados de defender a personas imputadas por delitos contemplados en dicha ley..."

[79] CONSEJO GENERAL DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE. Opinión del Colegio de abogados sobre el artículo 61 de la ley 20.000. (en linea) Santiago. <http://www.colegioabogados.cl> Se afirma además que: "*La sola circunstancia que el juez y el Ministerio Público confeccionen y envíen nóminas de abogados a la Contraloría constituye una amenaza para los abogados, un atentado al derecho a la privacidad y a la libertad de trabajo, una trasgresión al derecho a defensa que tiene toda persona, cualquiera sea el delito por el cual pueda ser investigado, una vulneración al principio de inocencia, que como se sabe, está elevado a garantía constitucional en nuestra institucionalidad, y finalmente la imposición de una carga ilegítima aciertos abogados*".

(ii) Retención e incautación de correspondencia,

(iii) Obtención de copias de comunicaciones o trasmisiones

(iv) Interceptación de comunicaciones telefónicas,

(v) Agente encubierto,

(vi) Agente revelador

(vii) Informante

Tanto el amplio adelantamiento de la punibilidad como la dotación de la instituciones de persecución penal de medios extraordinarios de investigación, e incluso en algunas hipótesis la relativización o supresión de determinadas garantías han conducido a un fenómeno denominado "*policialización* del proceso penal"[80], en primer término, e incluso a una relativización de las funciones represivas del ministerio público y a las funciones preventivas propias de las policías.

Estos fenómenos, policialización del proceso penal y relativización de los límites entre la prevención y represión, por su importancia, serán analizados en el siguiente apartado.

[80] Al respecto AMBOS, Kai. Control de la Policía por el Fiscal verus Dominio Policial de la Instrucción. Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo. Bogota. La ley. 2005. SILVA SÁNCHEZ, Jesús. La expansión del derecho penal. 2ª ed. Madrid, Cívitas, 2001.

Capítulo IV.- El Agente Encubierto y los Derechos Fundamentales:

Las garantías individuales frente a la persecución penal durante la etapa de investigación: Principio de no autoincriminación y derecho a la Privacidad.

"Dicho brevemente: con la regulación sobre el investigador encubierto en la fase de instrucción (Ermittlungdverfahren) *se lleva a cabo una reconstrucción del principio de legalidad procesal en calve preventivo. La presunción de inocencia, fruto del principio del estado de derecho se pervierte. El derecho a negarse a prestar testimonio y el postulado* <<Nemo tenetur>> *se van disolviendo. El principio de inmediación se halla a merced de la corriente de desformalización"* **Stefan Braum. La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario.**

"A mi juicio, el proyecto del Ejecutivo, así como las modificaciones que se le introdujeron en el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, son razonables y prudentes, incluso desde el punto de vista de las libertades personales" **Honorable Senador Moreno. Sesión 17ª. Martes 9 de Diciembre de 2003.**

1) Introducción

Existe absoluto consenso doctrinal en constatar que el método extraordinario de investigación agente encubierto afecta o restringe derechos fundamentales[245].

Desde este estado de consenso inicial, surgen dos posiciones discrepantes. La primera considera que el método de investigación agente encubierto es un instrumento investigativo inadmisible en un Estado

[245] Al respecto BRAUM, Stefan. La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario. En: VARIOS AUTORES. La insoportable situación del derecho penal. Granada. Ed. Área de Derecho Penal de la Universidad Pomeu Fabra. 2000. DELGADO MARTÍN, Joaquín. El derecho penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto. Barcelona. José María Bosch. 2001. EDWARDS, Carlos Enrique. El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada. Buenos Aires. Ad-Hoc. 1996. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Infiltración policial y <<agente encubierto>>. Granada, España. Comares. 2001. GUARIGLIA, Fabricio. El agente encubierto, ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?. Revista de ciencias penales (Asociación de Ciencias penales de Costa Rica). Nº 12, Vol. 8. Dic. 1996. MONTOYA, Mario. Informantes y Técnicas de Investigación Encubiertas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998. MOSCATO DE SANTAMARÍA, Claudia. El agente encubierto en el estado de derecho. Buenos Aires. La Ley. 2000. PFAFF, Rainer. Agente encubierto, entrega controlada y protección del testigo. Revista Narcocriminalidad: 55-56, 1993. POLITOFF, Sergio. El agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la ley 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. En: POLITOFF, S. y MATUS, J.P. (coord..). Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Santiago, Conosur, 1999. RIFÁ SOLER, José María. "El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim. Revista del Poder Judicial. Nº 55: pp 172. 1999.

democrático de Derecho, toda vez que el engaño en el cual se funda es contrario a las bases mismas de éste[246].

La segunda postura sostiene que no obstante a la actual o potencial afectación de derechos fundamentales, el método de investigación agente encubierto es una herramienta investigativa a la cual el Estado, bajo determinadas circunstancias y cumpliendo con formalidades cautelares de garantía, puede recurrir lícitamente. Es decir, no afecta el contenido esencial de los derechos fundamentales ni el correcto funcionamiento del Estado Democrático de Derecho.

Dentro de esta segunda postura existen, además de diferencias de grado en cuanto a el margen de libertad otorgado al Estado para recurrir al agente encubierto, divergencias en cuanto a los derechos fundamentales que este método extraordinario de investigación afecta o restringe.

En este capitulo se analizará, en primer lugar, las garantías individuales que mayoritariamente la doctrina considera afectadas por la técnica de investigación agente encubierto y, en segundo lugar, la tesis que formula la inadmisiblidad del agente encubierto, tomando como base la postura crítica de la Escuela de Frankfurt. Finalmente, se tomará una postura respecto de estas problemáticas.

2) Las garantías individuales frente a la persecución penal

Existe bastante literatura referida a la sistematización y categorización de las garantías individuales frente a la persecución penal[247]; para efectos de esta

[246] Para un análisis que parte de la afectación al estado de derecho, pero que admite su utilización, ver MOSCATO DE SANTAMARÍA, Claudia. El agente encubierto en el estado de derecho. Buenos Aires. La Ley. 2000.

[247] Imprescindibles, en nuestro país: BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. Los principios generales del nuevo procedimiento penal. Artículo mecanografiado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2000. BOFILL GENZCH, Jorge. Garantías constitucionales y proceso penal. Gaceta Jurídica. N° 146. 1992. CAROCCA, Alex. Garantía Constitucional de la defensa procesal. Barcelona. Bosch. 1998. RIEGO, Cristián. El proceso penal chileno y los derechos humanos. Aspectos jurídicos. Cuadernos de Análisis Jurídico. N°4. Santiago. Publicaciones especiales Escuela de Derecho UDP. 1994. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Los principios del proceso penal en el proyecto del nuevo Código Procesal Penal

memoria, vamos a partir del esquema propuesto por HORVITZ y LÓPEZ[248], quiénes distinguen entre las siguientes garantías:

2.1) Garantías de la organización judicial

2.1.1) Derecho al juez independiente

2.1.2) Derecho al juez imparcial

2.1.3) Derecho al juez natural

2.2) Garantías generales del procedimiento

2.2.1) Derecho al juicio previo,

2.2.2) Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

2.2.3) Derecho de defensa

2.2.4) Derecho a la presunción de inocencia

2.2.5) Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple

2.3) Garantías del juicio

2.3.1) Derecho a juicio público

2.3.2) Derecho a juicio oral

2.3.2.1) El principio de inmediación

2.3.2.2) El principio de oralidad

2.4) Limites formales al establecimiento de la verdad

2.4.1) El principio de no autoincriminación

2.4.2) El derecho a la privacidad

2.4.2.1) El cuerpo

2.4.2.2) Las vestimentas, el equipo y el vehículo

2.4.2.3) El hogar y otros recintos privados

2.4.2.4) Las comunicaciones privadas

---

chileno. En su: El proceso en acción. Santiago. Libromar. 2000. Una buena perspectiva comparada en HENDLER. Edmundo (comp.). Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico comparado. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2001.

[248] HORWITZ. María Inés. LÓPEZ. Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago. Ed. Jurídica. Pp. 24 y ss.

3) Actos de investigación y actos de prueba

En términos simples, la prueba puede ser definida como un medio de **verificación** de las proposiciones de hecho que los litigantes formulan en juicio[249].

Esta definición establece claramente que la prueba consiste verificar y no en averiguar[250], permitiéndonos, en consecuencia, distinguir claramente entre dos actos propios de etapas distintas: los actos de investigación, destinados a la **averiguación** de hechos, que se llevan a cabo durante la etapa de investigación, y los actos de prueba, destinados a la **verificación** de hechos, que se llevan a cabo durante el juicio oral.

En este contexto, se han definido los actos de investigación como *"aquellos actos realizados durante la etapa de investigación por los intervinientes, o la policía, que tienen por objeto obtener y recoger los elementos de prueba que serán utilizados en forma mediata para verificar las proposiciones de los litigantes durante el juicio y en forma inmediata, para justificar, con grado de probabilidad, las resoluciones que dictará el juez de garantía durante la etapa del procedimiento"*[251].

Los actos de prueba, por su parte, han sido definidos como todos *"aquellos actos realizados por los intervinientes durante la etapa intermedia y de juicio oral con el objeto de incorporar los elementos de prueba tendientes a verificar sus proposiciones de hecho"*[252].

La diferencia fundamental entre uno y otro, radica en la diferente finalidad que tiene cada uno de ellos, que está determinada por la diferente finalidad de cada una de las etapas en que se verifican. Así, el acto de investigación, tiene

---

[249] COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ª ed. Buenos Aires. Depalma. 1987. Pp. 217.

[250] La confusión entre ambos conceptos en Iberoamérica se debe a la definición de prueba contenida en las Siete Partidas de Alfonos X, en la cual se la cual se establecía que: "prueua es aueriguamiento que se feze en juycio en razón de alguna cosa que es dudobsa"

[251] HORVITZ, María Inés. LÓPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago. Ed. Jurídica. Pp. 68.

[252] HORVITZ, María Inés. LÓPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago. Ed. Jurídica. Pp. 68.

por objeto reunir los elementos probatorios necesarios para fundar o desvirtuar una condena, esto es "*aquellos elementos que se pretende producir durante el juicio oral para verificar las proposiciones de la parte acusadora y de la parte acusada en torno a la existencia del delito y la participación punible del acusado*". En cambio, el acto de prueba, tiene por objeto producir una decisión de absolución o condena.

Indiscutiblemente la herramienta de infiltración agente encubierto es un acto de investigación, destinado a la averiguación de hechos que revisten caracteres de delito, que se verifica durante la fase de investigación, los cuales, como se verá con posterioridad, se llevan a cabo por la policía con la autorización del Ministerio Público[253].

4) Garantías individuales frente a la persecución penal durante la etapa de investigación

Como ya se señaló, las etapas de investigación y juicio oral, son fases del proceso penal que persiguen distintos objetivos; la primera busca esclarecer una sospecha, que permita seguir adelante con el procedimiento y celebrar el juicio; y la segunda tiene la finalidad de obtener la convicción suficiente que permita un fallo condenatorio, o en su defecto, la dictación de una absolución.

Es esta diferencia sustancial la que explica que la generalidad de los principios y garantías constitucionales sean plenamente operativos durante la etapa de juicio oral, mas no en la etapa de investigación, resultando necesario, en consecuencia, dilucidar cuales son los principios y garantías constitucionales que deben ser respetados en dicha fase.

Dentro del catálogo señalado en el numeral primero, estos, a mi juicio, son:

4.1) Dentro de las garantías generales del procedimiento, proceden:

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

4.1.1) Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable,

4.1.2) Derecho de defensa

4.1.3) Derecho a la presunción de inocencia

4.1.4) Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple

4.2) Limites formales al establecimiento de la verdad:

4.2.1) El principio de no autoincriminación

4.2.2) El derecho a la privacidad

4.2.2.1) El cuerpo

4.2.2.2) Las vestimentas, el equipo y el vehículo

4.2.2.3) El hogar y otros recintos privados

4.2.2.4) Las comunicaciones privadas

5) Garantías individuales afectadas por el método extraordinario de investigación agente encubierto

Existe consenso en la doctrina en el sentido de que el agente encubierto infringe, en su actuación, los límites formales al establecimiento de la verdad, tanto en el principio de no autoincriminación, como el derecho a la privacidad, tal como se expondrá a continuación[254].

También se señala, conforme a lo desarrollado por la doctrina y jurisprudencia alemana, que en su actuación, el agente encubierto afectaría el

[254] Al respecto BRAUM, Stefan. La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario. En: VARIOS AUTORES. La insoportable situación del derecho penal. Granada. Ed. Área de Derecho Penal de la Universidad Pomeu Fabra. 2000. DELGADO MARTÍN, Joaquín. El derecho penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto. Barcelona. José María Bosch. 2001. EDWARDS, Carlos Enrique. El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada. Buenos Aires. Ad-Hoc. 1996. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Infiltración policial y <<agente encubierto>>. Granada, España. Comares. 2001. GUARIGLIA, Fabricio. El agente encubierto, ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?. Revista de ciencias penales (Asociación de Ciencias penales de Costa Rica). N° 12, Vol. 8. Dic. 1996. MONTOYA, Mario. Informantes y Técnicas de Investigación Encubiertas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998. MOSCATO DE SANTAMARÍA, Claudia. El agente encubierto en el estado de derecho. Buenos Aires. La Ley. 2000. PFAFF, Rainer. Agente encubierto, entrega controlada y protección del testigo. Revista Narcocriminalidad: 55-56, 1993. POLITOFF, Sergio. El agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la ley 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. En: POLITOFF, S. y MATUS, J.P. (coord..). Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Santiago, Conosur, 1999. RIFÁ SOLER, José María. "El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim. Revista del Poder Judicial. N° 55: pp 172. 1999.

derecho a la autodeterminación informativa y al libre desarrollo de la personalidad[255]. La afectación al principio de legalidad procesal será analizada cuando se revise la postura crítica de la Escuela de Frankfurt.

5.1) Principio de no autoincriminación.[256]

El principio de no autoincriminación, expresado en la máxima latina de *nemo tenetur prodere se ipsum* (nadie está obligado a traicionarse a si mismo), tiene una larga tradición histórica en el mundo occidental, la cual se remonta al derecho romano, y fue tomada por el derecho común europeo desde el *Corpus iuris canonici*[257].

Actualmente este principio se encuentra ampliamente incorporado a las declaraciones internacionales de derechos humanos y a los catálogos de garantías constitucionales de los estados. Así, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el principio aparece establecido en su artículo 14.3.g) como el derecho de toda persona a "no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable". En términos casi idénticos, el artículo 8.2.g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo consagra mediante la siguiente fórmula: "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable".

El fundamento material que hay detrás del principio de no autoincriminación consiste en que exigir una declaración juramentada al

---

[255] Pormenorizadamente en: GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Infiltración policial y <<agente encubierto>>. Granada, España. Comares. 2001. Pp. 92 y ss. Respecto del derecho a la autodeterminación informativa ver: SUÑÉ LLINÁS, Emilio. Tratado de derecho informático, Volumen I. Madrid. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio Publicaciones : Instituto Español de Informática y Derecho. 2000. MARTINEZ, Ricard. Una Aproximación crítica a la autodeterminación informativa. Madrid Thomson-Civitas. 2004.

[256] Un excelente análisis del Principio de no autoincriminación, lamentablemente no traducido a nuestro idioma en: HELMHOLTZ, R. H. (Org.). The Privilege against Self Incrimination: Its Origins and Development. NY: LA Lawyer Books. 1998

[257] Al respecto HENDLER, Edmundo (comp.). Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico comparado. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2001

imputado en el marco del proceso penal, lo ubica a éste en una encrucijada inadmisible, la cual ha sido denominada por la Corte Suprema norteamericana como "*Cruel trilemma*"[258]. En efecto, una vez exigida la declaración bajo juramento, el imputado queda sujeto a decidir entre acusarse a si mismo –si declara la verdad-, cometer perjurio –si falta a la verdad-, o incurrir en desacato –si se niega a responder-.

Para evitar este "*trilema*", se le han otorgado dos alcances o concreciones distintas al principio de no autoincriminación. En primer lugar, se considera suficiente la consagración del derecho a no prestar juramento al momento de prestar declaración; y, en la segunda variante, se considera que el principio de no autoincriminación sólo se hace operativo mediante la consagración del derecho a permanecer callado o derecho al silencio.

(i) El derecho a no prestar juramento: Este criterio, que ha sido en nuestro país tradicionalmente identificado con el principio de no autoincriminación, consiste en una prohibición constitucional y legal de tomar juramento al imputado al momento de prestar declaración, de conformidad a lo señalado en el artículo 19 N°7 letra f), que afirma: "En las causas criminales no se podrá obligar al inculpado a que declare bajo juramento sobre hecho propio". En consecuencia, resuelve la encrucijada o "trilema" liberando al imputado de prestar juramento.

Esta solución ha sido criticada y perfeccionada a lo largo del tiempo, en virtud de las consecuencias indeseables que genera. En efecto, por un lado, obliga a extender el derecho a no prestar juramento a un derecho a mentir, lo cual plantea problemas éticos tanto para el acusado como para su defensor. Y, en segundo lugar, la liberación del juramento, trae consecuencias disvaliosas para el

[258] Por primera vez en Murphy v. Waterfront, 378 U.S. 52. Pormenorizadamente en: ISREAL, J., KAMISAR, Y. y LaFAVE, W. Criminal Procedure and the Constitution. St. Paul. Minnessotta. West Publishing co. 1995.

acusado en tanto se le resta valor a su declaración[259]. Lo anterior ha llevado a la conclusión de que el derecho a declarar sin juramento "*está lejos de ser reconocido como la forma de consagración más adecuada del principio de no autoincriminación, particularmente en aquellos sistemas en que se reconoce el derecho al silencio*[260]".

(ii) El derecho al silencio[261]: Este alcance del principio de no autoincriminación, resuelve la encrucijada liberando al imputado de prestar declaración, esto es, liberándolo de las medidas compulsivas que lo obligan a declarar, cuya expresión más radical es el delito de desacato. Sin más, esta liberación de la obligación de declaración del imputado genera la segunda consecuencia indeseable señalada en el numeral anterior, esto es, trae consecuencias disvaliosas para el imputado en tanto se acoja a esta garantía. La forma de salvar esta consecuencia es el establecimiento de mecanismos que impidan extraer inferencias del silencio del imputado, lo cual, por regla general, no está establecido legalmente, sino que se ha sido considerado por la jurisprudencia como parte integrante del principio de no autoincriminación, con la contingencia inherente que esto significa[262].

---

[259] Y es por esto que en Rock v. Arkansas, la Corte Suprema de Estados Unidos afirmó que los imputados tenían el derecho constitucional a declarar bajo juramento. Rock v. Arkansas. 483 U.S. 44. Pormenorizadamente en ISREAL, J., KAMISAR, Y. y LaFAVE, W. Criminal Procedure and the Constitution. St. Paul. Minnessotta. West Publishing co. 1995.

[260] HORWITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago. Ed. Jurídica. Pp. 82.

[261] El derecho al silencio desde la perspectiva norteamericana en BRANDT, C.. The Right to Remain Silent. NY: St. Martin's. 1991

[262] En efecto, paradigmática ha sido la posición de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la cual, desde el año 1965, conociendo del caso Griffin v. California, en el cual se estableció que el Ministerio Publico no puede hacer comentario alguno sobre el silencio del imputado, ni puede el juez instruir al jurado en orden a que de tal silencio se puede inferir culpabilidad, considerándose, evidentemente, que tales actos constituyen una violación del principio de no autoincriminación, reconocido constitucionalmente en la quinta enmienda. Griffin v. California, 380 U.S. 609. (1965). Pormenorizadamente en ISREAL, J., KAMISAR, Y. y LaFAVE. W. Criminal Procedure and the Constitution. St. Paul. Minnessotta. West Publishing co. 1995.

En Chile, tal como ya fue señalado, el principio de no autoincriminación ha sido tradicionalmente identificado con la prohibición constitucional y legal de tomar juramento al imputado al momento de prestar declaración, de conformidad a lo señalado en el artículo 19 N°7 letra f), que afirma: "En las causas criminales no se podrá obligar al inculpado a que declare bajo juramento sobre hecho propio".

El Código de Procedimiento Penal de 1906, siempre se mantuvo en esta línea, aún a pesar de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención Americana de Derechos Humanos[263].

La reforma procesal penal, haciendo eco del mandato supralegal de la Convención Americana de Derechos Humanos, consagró el derecho al silencio, en conjunto con el derecho a no declarar bajo juramento, como manifestaciones simultáneas y sucesivas del principio de no autoincriminación, bajo la siguiente fórmula consagrada en el artículo 93 inc. 2° letra g): "Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes. En especial, tendrá derecho a: g) Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento".

Indiscutiblemente, el derecho al silencio es un derecho renunciable, de modo que el imputado puede, en cualquier momento del proceso, optar por prestar declaración y responder las preguntas que se le formulen. Para que esta renuncia sea válida, se requiere que sea libre e informada.

En contra de este criterio, la jurisprudencia reciente de la Corte Europea de Derechos Humanos, ha establecido que si bien la culpabilidad del acusado no puede basarse exclusivamente en las inferencias extraídas de su ejercicio del derecho al silencio, el solo hecho de extraer dichas inferencias no atentaría contra el derecho a un proceso equitativo y a la presunción de inocencia, en la medida en que la evidencia existente en contra del acusado fuere lo suficientemente fuerte como para requerir una respuesta o explicación de su parte y se hubiere advertido a éste la posibilidad la posibilidad de extraer inferencias del ejercicio del derecho al silencio. Particularmente en John Murray v. United Kingdom y Averril v. United Kingdom.

[263] En todo evento, durante la vigencia del Código de Procedimiento Penal hubo una peculiar forma de incorporar este derecho al catálogo de las garantías de los imputados por vía reglamentaria. En efecto, a través del D.S. N° 668. de 31/101998, que establecía los derechos que obligatoriamente se debían leer al detenido, se incorporó el derecho "a guardar silencio para no culparse"

- Renuncia Libre: La necesidad de que la renuncia sea libre conlleva la imposibilidad de emplear toda forma de tortura o maltrato para obtener la declaración, de conformidad a la prohibición de aplicación de todo apremio ilegítimo (art. 19 N°1 Constitución Política de la República) y el derecho del imputado a no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, de conformidad al artículo 93 inciso 2° letra h) del Código Procesal Penal.

  Dicho cuerpo normativo regula la libertad de la renuncia al derecho al silencio en su artículo 195, el cual señala: "Queda absolutamente prohibido todo método de investigación o interrogación que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar". Hace explícitas las concreciones de este principio cuando afirma, en primer lugar, que el imputado "no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa", y, en segundo lugar, que queda prohibido "todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, **engaño**, o la administración de psicofármacos y la hipnosis"
- Renuncia informada: Para asegurar esta exigencia de renuncia, los ordenamientos jurídicos occidentales han recurrido a la creación de salvaguardas para la prevención de los abusos en los métodos de interrogación y para que la renuncia a dicho derecho sea consciente e informada.

  En este contexto, resultan paradigmáticas las llamadas "Advertencias de Miranda" (*Miranda Wamings*), impuestas por la Corte Suprema Norteamericana como requisito de admisibilidad de la evidencia obtenida en un interrogatorio bajo custodia policial[264].

[264] Formuladas y fundamentadas en Miranda v. Arizona de la siguiente manera: "En resumen, sostenemos que cuando un individuo es detenido o de cualquier otra manera privado de su libertad por las autoridades de cualquier manera significativa y es sometido a interrogatorio, el privilegio de no autoincriminación es

Nuestro país no es ajeno a esta tradición, en efecto, se ha establecido la obligación de informar los derechos del detenido entre las formalidades del procedimiento de detención (135 CPP), de forma análoga, aunque no con el mismo alcance de las "Advertencias de Miranda". A su vez, se limitan severamente las facultades de la policía para interrogar al imputado, permitiendo que lo haga solo en presencia de su defensor (91 CPP), y en el caso de insistencia y ausencia de éste, se tomarán las medidas para que declare inmediatamente ante el fiscal; si esto no fuere posible, sus facultades se limitan a "consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con autorización del fiscal", esto es, no puede formular preguntas sin la presencia del defensor[265].

En síntesis, el principio de no autoincriminación exige que el imputado sea consciente de que está siendo objeto de un interrogatorio por parte de la autoridad pública, para efectos de decidir informada y libremente sobre su renuncia al derecho al silencio. Para efectos de asegurar lo anterior, el ordenamiento jurídico establece una serie de exigencia y formalidades a la hora de efectuar un interrogatorio.

---

puesto en peligros. Salvaguardas procedimentales deben ser empleadas para proteger el privilegio y, a menos que otros medios completamente efectivos se adopten para notificar a la persona de su derecho al silencio y asegurar que el ejercicio del derecho sea escrupulosamente respetado, las siguientes medidas se requieren. Debe ser advertido, en forma previa a cualquier interrogatorio, que tiene el derecho a permanecer en silencio, que cualquier cosa que diga puede ser usada en su contra en un tribunal, que tiene derecho a la presencia de un abogado y que si no puede costearlo, le será designado en forma previa a cualquier interrogatorio si así lo desea. La oportunidad de ejercer estos derechos debe ser ofrecida también durante el interrogatorio. Después de que tales advertencias hayan sido formuladas y la oportunidad ofrecida, el individuo puede con conocimiento y inteligencia, renunciar a estos derechos y aceptar contestar las preguntas o formular declaración. Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436.

[265] **Artículo 91.- Declaraciones del imputado ante la policía.** La policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. Si éste no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto.
Si, en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia.

A mi juicio, cualquier solución que se le quiera dar a esta problemática, pasa por dilucidar dos cuestiones centrales.

En primer lugar, se debe determinar la naturaleza de las normas contenidas en el artículo 93 letra g) y en particular, la norma del artículo 91, ambas del Código de Procedimiento Penal. Si entendemos que ambas, como ya se ha insinuado, son una concreción del principio de no autoincriminación, en el sentido de que son una precisión legal de éste, el agente encubierto afecta el derecho a no autoincriminarse, según se expresará a continuación. En el caso de que se opte por la negativa, esto es, si se considera, que la norma del artículo 91 CPP es una norma de carácter ordinario, su eventual colisión con las normas que regulan la actividad del agente encubierto es sólo un problema de *concurrencia de normas*, y, como tal, solucionable a través de los principios lex posterioris y lex specialis, y nada modifica, en este sentido, el hecho de que el legislador no haya regulado expresamente semejante excepción al campo de aplicación del artículo 91[266].

La segunda cuestión a dilucidar, en el caso de afirmarse la naturaleza delimitativa del principio de no autoincriminación, es la posibilidad de sostener que las conversaciones llevadas a cabo por el agente encubierto con el imputado –o con testigos-, no constituyen "interrogatorio", y, por lo tanto, no les son aplicables las disposiciones del artículo 91 del Código Procesal Penal[267].

---

[266] En Alemania, tanto la dogmática como la Jurisprudencia descartan esta argumentación. De conformidad a la jurisprudencia reciente del BGH, el deber de advertencia se vincula directamente al principio de que nadie se encuentra obligado en el procedimiento penal a declarar contra sí mismo (Schweigerecht), principio que el tribunal deduce de la dignidad humana, del derecho a la personalidad, y de la máxima del debido proceso. Si se considera al "nemo tenetur" como un principio rector del procedimiento penal, que limita el marco de actuación de los órganos encargados de la persecución penal - fundado en premisas constitucionales y en el respeto a disposiciones internacionales en materia de derechos humanos-, entonces el eventual desplazamiento parcial implícito del § 136 StPO por las reglas referidas al agente encubierto no puede ser sostenido, ya que es precisamente esta norma la que regula la aplicación práctica de la máxima, reforzada, a su vez, por el § 1 36ª (métodos prohibidos para el interrogatorio). Al respecto GUARIGLIA, Fabricio. El agente encubierto, ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?. Revista de ciencias penales (Asociación de Ciencias penales de Costa Rica). N° 12, Vol. 8. Dic. 1996.

[267] Esta ha sido, de algún modo, la solución adoptada por la Corte Suprema de los EEUU en tres célebres casos; *Hoffa v. United States*, *López v. United States* e *Illinois v. Perkins*. La tesis de la Corte Suprema de

A mi juicio, el artículo 91 del Código Procesal Penal es una norma que legalmente precisa el principio de no autoincriminación, en consecuencia, es parte, aunque no del contenido esencial, de dicha garantía fundamental. Lo anterior por una razón muy sencilla y que da una respuesta a ambas preguntas; el único proceso comunicativo entre un órgano procesal y un particular que nuestra regulación procesal penal admite y regula, es el interrogatorio. Reafirma esta cuestión, la idéntica posición que para efectos probatorios tienen el funcionario policial infiltrado y el funcionario policial ordinario o "al descubierto"; en efecto, en ambas versiones del mismo supuesto, la prueba se admite, produce y valora de idéntica forma.

En consecuencia, dado que nuestro ordenamiento jurídico admite un solo proceso comunicativo entre el órgano persecutor y el imputado, y el legislador, al regular ambas versiones del mismo supuesto, no establece diferencias pragmáticas, resulta ineludible afirmar que la garantía, prevista precisamente para proteger al imputado de las comunicaciones entre él y el órgano persecutor, se aplica en ambas hipótesis del mismo supuesto.

Verificado lo anterior, cabe señalar que, a mi juicio, el método de investigación agente encubierto afecta el principio de no autoincriminación en dos niveles. En primer lugar, al no informar al imputado, de conformidad al artículo 135 CPP, sobre los derechos que le asisten, en particular el contenido del artículo 93 letra g), esto es el derecho al silencio, afecta la obligatoriedad de que la renuncia al silencio sea informada.

---

los EEUU se puede sintetizar en el voto del reconocido juez Brennan en el caso *López v. United States*, para quién "el riesgo de ser oído a escondidas o traicionado por un informante o engañado sobre la identidad de la persona con quién tratamos es probablemente inherente a las condiciones de la sociedad humana. Es la clase de riesgo que asumimos cada vez que hablamos. Profundizando en esta doctrina, la Corte Suprema de los EEUU en el caso *Illinois v. Perkins*, consideró innecesarias las "advertencias de Miranda, dado que, a su juicio, no se daban las particulares condiciones de "atmósfera policial" (police-dominated atmosphere) y coacción, cuando el detenido, aun si se encuentra encarcelado, habla libremente con alguien a quien -erróneamente- cree un compañero de celda.

El BGH ha dejado la puerta abierta para ello, al limitar el ámbito de aplicación del § 136, excluyendo de él los, así llamados, "cuestionarios informales" llevados a cabo por la policía, tesis que entraña el grave peligro de que, con el fin de evitar la prohibición de valoración, "se intente expandir el ámbito de los cuestionarios informales aún más allá que hasta el presente, a costa del interrogatorio".

En un segundo nivel, una vez que se incumple el requisito de renuncia al silencio informada y siempre que se consideren como concreción del principio de no autoincriminación, se incumplen las limitaciones y restricciones establecidas en el artículo 91 CPP, respecto de las facultades de la policía para interrogar al imputado. En particular, la declaración en presencia de su defensor, la preferencia de declaración frente al fiscal y, en último término, la imposibilidad de interrogar en sentido propio, es decir, de formular preguntas[268].

5.2) El derecho a la privacidad.[269]

La importancia del derecho a la privacidad en el estudio penal y procesal penal resulta evidente; es ésta la garantía que se encuentra en más evidente tensión con los intereses de la persecución penal. En efecto, la investigación penal sería indudablemente más eficiente si se pudiera inspeccionar libremente a todas las personas, hogares y automóviles; conocer todas las conversaciones, movimientos, y actividades de los imputados; o incluso, si se pudieran registrar todas sus conversaciones y actividades. En este contexto, el derecho a la privacidad se alza como el gran límite impuesto a la actividad estatal de persecución de delitos; su grado de afectación revela el nivel de

[268] Idéntica conclusión en: RIQUELME P., Eduardo. "El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo". Política Criminal. Nº 2, A2, 2006. (En línea). http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf. Pp. 12 y ss. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Infiltración policial y <<agente encubierto>>. Granada, España. Comares. 2001. Pp. 108 y ss. De forma más detallada GUARIGLIA, Fabricio. El agente encubierto, ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?. Revista de ciencias penales (Asociación de Ciencias penales de Costa Rica). Nº 12, Vol. 8. Dic. 1996. MOSCATO DE SANTAMARÍA, Claudia. El agente encubierto en el estado de derecho. Buenos Aires. La Ley. 2000.

[269] Al respecto: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Protección del honor y de la intimidad. En: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.). Comentarios al la legislación penal. Tomo I. Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas S.A.. 1983. BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. ¿Qué debemos castigar para proteger adecuadamente la intimidad? Apuntes de clase. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1995 BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. La intimidad de las telecomunicaciones. Texto inédito. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 1996. REBOLLEDO DELGADO, Lucrecio El Derecho Fundamental a la Intimidad. 2ª ed. Madrid, Dykinson. 2005. RUIZ MIGUEL, Carlos. La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Madrid. Tecnos. 1994.

respeto que tiene el Estado por sus ciudadanos, en desmedro de sus intereses de eficiencia persecutoria[270].

En cuanto a la forma en que se consagra este derecho en nuestro país, cabe destacar su reconocimiento explícito por los tratados internacionales de derechos humanos, como también por la Constitución Política de la República.

En cuanto a los instrumentos internacionales, el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala explícitamente que "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación". Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos lo consagra de forma idéntica en su artículo 11.2[271], señalando ambos instrumentos a renglón seguido que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques".

A su vez, nuestra Constitución Política asegura, en su artículo 19 N°4 inciso 1°, a todas las personas: "El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de su persona y familia". Incluyendo en su numeral 5° "La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada", concretando dicha inviolabilidad afirmando que "El hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en las casos y formas que determina la ley".

A pesar de la vital importancia y de la nutrida regulación del derecho a la privacidad, éste, paradojalmente, ha tenido un desarrollo jurisprudencial muy escaso en el marco del proceso penal, de modo que poco ha sido lo que ha aportado la práctica judicial a la concreción de este derecho.

---

[270] Al respecto, LOPEZ MASLE, Julian. El derecho a la privacidad y la necesidad de hacer cumplir la ley en Chile. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, SELA. 1998, Buenos Aires, 1999. p 203.

[271] **Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad**. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Para los efectos de esta memoria, solo estudiaremos dos alcances del derecho a la privacidad[272]; el que recae sobre el hogar y otros recintos privados y aquel que recae sobre las conversaciones privadas.

(i) La inviolabilidad del hogar y otros recintos privados: La protección del hogar tiene una larga tradición en los ordenamientos jurídicos occidentales, tradición que, en una primera etapa, ha fundamentado su inviolabilidad en el derecho de propiedad, como ocurría en el derecho romano, germánico e hispano medieval, para pasar a identificar la inviolabilidad del hogar con el derecho a la intimidad personal y familiar, como ocurre actualmente[273].

En relación con el objeto de protección, existe divergencia en su consagración normativa. Así, en los tratados internacionales sobre derechos humanos, el objeto de protección es el domicilio[274], en la Constitución es el hogar[275], entendiendo por este, todos los *"recintos privados en que tiene lugar cualquier especie de actividad humana*[276]", y, de forma más extensiva, el Código Procesal Penal dispensa su protección sobre cualquier "recinto cerrado"[277].

La garantía de la inviolabilidad del hogar constituye un método de protección frente a una intromisión, esto es, frente al ingreso de terceros a ámbitos de intimidad de otro, sin el consentimiento de

---

[272] Tal como fue señalado en el numeral 2.4.2) estos son, para efectos de esta memoria, cuatro: **(i)** El cuerpo, **(ii)** Las vestimentas, el equipo y el vehículo, **(iii)** El hogar y otros recintos privados, y, **(iv)** Las comunicaciones privadas.

[273] Sin perjuicio de que su fundamentación en la facultad de exclusión del derecho de propiedad, fue formulada por el Constituyente, en particular por el Comisionado señor Guzmán. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 129ª, 12 de junio de 1975, pp. 17-22. Al respecto HENDLER, Edmundo (comp.). Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico comparado. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2001

[274] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, **"Artículo 17** 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su (...) domicilio...". Convención Americana de Derechos Humanos, **"Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad**. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias (...) en su domicilio..."

[275] Constitución Política de la República, Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 5°.- La inviolabilidad del hogar (...).

[276] Actas oficiales de la Comisión Constituyente. sesión 129°, 12 de junio de 1975, pp. 17-22.

[277] Art. 205 del Código Procesal Penal titulado "*Entrada y registro en lugares cerrados*".

éste[278]. En el caso del agente encubierto, el consentimiento otorgado por el imputado para el ingreso del agente encubierto a su hogar u otro recinto privado, no cumple con el requisito esencial de estar informado de la presencia de una diligencia de entrada y registro, tal como lo exige perentoriamente el artículo 205 CPP[279], regulación de la garantía prevista en el artículo 19 Nº5 de la Constitución Política de la República[280].

El ingreso del agente encubierto a un hogar o recinto cerrado tampoco se enmarca dentro del especial y estricto caso de flagrancia, regulado en el artículo 206 CPP, el cual exige que *"las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes que indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito"*[281]. Si bien la sospecha inicial es un presupuesto habilitante del mecanismo de infiltración agente encubierto, resulta evidente que el grado de sospecha rayano en la certeza requerido por este supuesto especial de flagrancia, es radicalmente superior al de sospecha inicial

---

[278] Al respecto: BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. ¿Qué debemos castigar para proteger adecuadamente la intimidad? Apuntes de clase. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1995. BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. La intimidad de las telecomunicaciones. Texto inédito. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1996.

[279] Artículo 205.- *Entrada y registro en lugares cerrados.* Cuando se presumiere que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado, se podrá entrar al mismo y proceder al registro, siempre que su propietario o encargado consintiere expresamente en la práctica de la diligencia.

En este caso, el funcionario que practicare el registro deberá individualizarse y cuidará que la diligencia se realizare causando el menor daño y las menores molestias posibles a los ocupantes. Asimismo, entregará al propietario o encargado un certificado que acredite el hecho del registro, la individualización de los funcionarios que lo hubieren practicado y de aquél que lo hubiere ordenado.

[280] En este sentido; MOSCATO DE SANTAMARÍA, Claudia. El agente encubierto en el estado de derecho. Buenos Aires. La Ley. 2000. Pp. 74. Quién afirma que: *"No debe perderse de vista que la protección de la inviolabilidad del domicilio como una manifestación de la esfera privada del individuo tiende a impedir incursiones irregulares o arbitrarias del Estado, debiendo ser interpretadas las normas reglamentarias en forma restrictiva (art. 2 del CPPN), por lo que, el consentimiento brindado por el titular del derecho de exclusión debe ser descartada cuando media engaño, como es el caso del agente encubierto que utiliza una falsa identidad y oculta su carácter"*.

[281] Artículo 206.- *Entrada y registro en lugares cerrados sin autorización judicial.* La policía podrá entrar en un lugar cerrado y registrarlo, sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado ni autorización judicial previa, cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito.

requerido por el artículo 25 de la ley 20.000. A su vez, dicho ingreso está justificado en la medida en que se busca evitar la comisión de dicho delito, cuestión que tampoco opera en el caso del agente encubierto, cuyo objetivo es confirmar la sospecha y reunir los antecedentes suficientes para sostener una acusación y justificar una condena.

En definitiva, el método de investigación agente encubierto, al constituir una violación de la garantía de la inviolabilidad del hogar, debe regirse por la regla general de nuestro país, cual es que la diligencia de entrada y registro en lugares cerrados solo procede previa orden judicial (Arts. 19 Nº5 y 83 inciso 2° de la Constitución Política[282] y artículos 9°, 205, 209, 210 y 211 del Código Procesal Penal).

(ii) La inviolabilidad de las comunicaciones privadas: El segundo ámbito a estudiar, protegido por el derecho a la privacidad, es la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. La Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 11.2 que "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia". En idénticos términos lo consagra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[283], señalando ambos, que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

---

[282] El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa.

[283] **Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad**. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Por su parte, la Constitución Política reconoce a todas las personas "la inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada".

El tema central en relación con la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y su eventual afectación por parte del agente encubierto, requiere la identificación de dos modos de atentado diverso. Siguiendo la terminología de BASCUÑAN[284], la protección de la intimidad o privacidad se ha caracterizado por distinguir dos modos de atentado; la *intromisión*, que es el ingreso de un tercero al ámbito de intimidad de otro, sin el consentimiento de éste, y la *indiscreción*, que es la ampliación del ámbito de intimidad de otro a terceros, no consentida por aquél. La diferencia esencial entre un modo de ataque y otro es la posición que ocupa quién comete el atentado, la intromisión es cometida por un *extraneus*, es decir, por quién está excluido del ámbito de privacidad que se ve vulnerado. La indiscreción es cometida por un *intraneus*, es decir, por quién se encuentra incluido en ese ámbito. Esta diferencia de posiciones es de vital importancia toda vez que existe una prohibición general de intromisión y no existe una prohibición general de divulgación de información, por el contrario, incluso puede existir una conminación de revelación bajo la incriminación del delito de obstrucción a la justicia. En este contexto, las prohibiciones de indiscreción se irguen como deberes especialísimos, relacionados con el ejercicio de ciertos roles sociales[285].

---

[284] BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. ¿Qué debemos castigar para proteger adecuadamente la intimidad? Apuntes de clase. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1995. BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. La intimidad de las telecomunicaciones. Texto inédito. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1996.

[285] Paradigmáticamente el secreto profesional.

La ubicación del agente encubierto en una u otra u otra categoría, responde a la afectación de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en su uso.

La solución norteamericana, descansa en el voto disidente redactado por el célebre juez Brennan de la Corte Suprema Federal, quién, al resolver *López v. United States*, sostiene "*el riesgo de ser oído a escondidas o traicionado por un informante o engañado sobre la identidad de la persona con quién tratamos es probablemente inherente a las condiciones de la sociedad humana. Es la clase de riesgo que necesariamente asumimos cada vez que hablamos*"[286]. En consecuencia, la jurisprudencia norteamericana aplica a los agentes del Estado el mismo estatuto que a los particulares en el caso de ocupar la posición de un interlocutor, aun cuando su condición e intenciones sean deliberadamente ocultas.

Por su parte, la doctrina alemana considera que constituye una vulneración de la inviolabilidad del hogar que sea el Estado quién, a través de un agente policial infiltrado, deliberadamente promueva y fomente la confianza de un sujeto, con la finalidad de convertirse en depositario de informaciones que, directa o indirectamente, se utilizarán en un proceso penal como prueba de cargo. En este contexto se afirma que los poderes públicos no pueden doblegar de forma torticera la disposición de un ciudadano a otorgarles su confianza, máxime cuando se hace en perjuicio suyo.

A mi juicio, el agente encubierto, al ocultar institucional y deliberadamente su identidad oficial y verdaderas intenciones, comete un atentado de intromisión, en los términos del artículo 19 Nº 5 de la constitución, el cual señala que: "El hogar solo puede

[86] López v. United States, 373 U.S. 427, 465 (1963). Pormenorizadamente en ISREAL, J., KAMISAR, ?. y LaFAVE, W. Criminal Procedure and the Constitution. St. Paul. Minnessotta. West Publishing co. 995.

allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley", lo cual es congruente con su artículo 83[287].

En consecuencia, se debe ubicar al atentado cometido por el agente encubierto en una posición análoga a la interceptación de comunicaciones telefónicas o retención e incautación de correspondencia, entre otras, las cuales, de conformidad a la normativa constitucional citada requieren autorización judicial. En efecto, el Código Procesal Penal exige autorización judicial para la grabación de conversaciones entre personas presentes (artículo 226[288]); para la interceptación de las comunicaciones telefónicas (artículo 222[289]); para la retención e incautación de correspondencia (artículo 218[290]); y para la entrega de copias de comunicaciones o transmisiones (artículo 219[291]).

---

[287] Artículo 83: El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa.

[288] Artículo 226.- *Otros medios técnicos de investigación.* Cuando el procedimiento tuviere por objeto la investigación de un hecho punible que mereciere pena de crimen, el juez de garantía podrá ordenar, a petición del ministerio público, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos. Asimismo, podrá disponer la grabación de comunicaciones entre personas presentes. Regirán correspondientemente las normas contenidas en los artículos 222 al 225.

[289] Artículo 222.- *Interceptación de comunicaciones telefónicas.* Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciere imprescindible, el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.

[290] Artículo 218.- *Retención e incautación de correspondencia.* A petición del fiscal, el juez podrá autorizar, por resolución fundada, la retención de la correspondencia postal, telegráfica o de otra clase y los envíos dirigidos al imputado o remitidos por él, aun bajo nombre supuesto, o de aquellos de los cuales, por razón de especiales circunstancias, se presumiere que emanan de él o de los que él pudiere ser el destinatario, cuando por motivos fundados fuere previsible su utilidad para la investigación. Del mismo modo, se podrá disponer la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de éste.

[291] Artículo 219.- *Copias de comunicaciones o transmisiones.* El juez de garantía podrá autorizar, a petición del fiscal, que cualquier empresa de comunicaciones facilite copias de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ellas. Del mismo modo, podrá ordenar la entrega de las versiones que existieren de las transmisiones de radio, televisión u otros medios.

En síntesis, al estar el agente encubierto excluido del ámbito de privacidad que conoce, comete un atentado de intromisión, debiendo someterse, por consiguiente, a la regla general contenida en la Constitución Política de la República, cual es que las comunicaciones y documentos privados solo puedan interceptarse, abrirse o registrase mediante autorización judicial previa.

5.3) Autodeterminación informativa y derecho al libre desarrollo de la personalidad

El derecho a la autodeterminación informativa es una expresión acuñada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en relación con el tratamiento automatizado de datos, pero que ha sido trasplantado con éxito por la doctrina al ámbito global del proceso penal[292]. Su contenido lo integra el derecho de todo ciudadano de saber quién, qué, cuándo y de qué manera se dispone de la información sobre uno mismo; por extensión, protege con ello la esencia de la comunicación humana; la libre decisión de elegir a los destinatarios de las conversaciones y a los testigos de ciertas facetas de la vida privada a través de las cuales se manifiesta la personalidad de cada uno. Es en este contexto que, mayoritariamente, la doctrina procesal penal y constitucional alemana considera que la técnica de investigación agente encubierto afecta y restringe el derecho fundamental a la autodeterminación informativa (*Recht aut informationelle selbstbestimmung*)[293].

La Constitución alemana no contempla de modo expreso la existencia de este derecho; no obstante, el Tribunal Constitucional Alemán la deriva de la interacción de dos preceptos: el artículo 1° que proclama la intangibilidad de la

[292] Una buena explicación del derecho de autodeterminación informativa se encuentra en: SUÑÉ LLINÁS, Emilio. Tratado de derecho informático, Volumen I. Madrid. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio Publicaciones: Instituto Español de Informática y Derecho. 2000. Al respecto también, resulta imperdible la perspectiva crítica de MARTINEZ, Ricard. Una Aproximación crítica a la autodeterminación informativa. Madrid Thomson-Civitas. 2004.

[293] En España, firmemente defiende esta postura GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Infiltración policial y <<agente encubierto>>. Granada, España. Comares. 2001. Pp. 92 y ss.

dignidad humana[294], y el artículo 2° que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad[295]. Se trata, por tanto, para dicho tribunal, de una manifestación clara de los derechos inherentes a la personalidad, cuyo rango de derechos fundamentales se puede reconocer sin necesidad de que el texto constitucional los proclame de forma expresa[296].

Evidentemente, la doctrina y jurisprudencia alemana constatan la ausencia de una norma que, por regla general, prohíba al destinatario de la información su divulgación. Esto último, se considera, forma parte de la esencia de las relaciones personales y de los riesgos inherentes a la elección de ciertas personas como depositarias de la confianza personal. En otras palabras, que la persona se equivoque al elegir a aquél que va a hacer partícipe de información que le afecta, o que un sujeto, por móviles espurios, provoque deliberadamente esa confianza es algo que no se puede evitar, y que tampoco supone una lesión en ese derecho.

No obstante lo anterior, sostiene la doctrina alemana, que sí constituye una vulneración de este derecho, que sea el Estado quién, a través de un agente policial infiltrado, deliberadamente promueva y fomente la confianza de un sujeto, con la finalidad de convertirse en depositario de informaciones que, directa o indirectamente, se utilizarán en un proceso penal como prueba de cargo. En este contexto se afirma que los poderes públicos no pueden doblegar de forma torticera la disposición de un ciudadano a otorgarles su confianza, máxime cuando se hace en perjuicio suyo.

Sucede, por tanto, algo análogo a la situación que se da en relación con la intervención de las comunicaciones postales, telefónicas e, incluso, directas: su contenido y su existencia (con todo lo que suponen para la vida social y para el desarrollo de la personalidad de las ciudadanos) necesariamente se

---

[294] La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal.

[295] Todos tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad, siempre que no lesionen los derechos de los demás y no atenten contra el orden constitucional o las buenas costumbres.

[296] Por primera vez, en la sentencia recaída en 1983 en la Ley sobre el Censo. BVerFGE 65, pp. 1 y ss.

deformarían si se sumiera la legitimación del Estado para intervenirlas cuando y como quiera[297].

En síntesis, la doctrina alemana y un sector importante de la doctrina española, consideran que la técnica de investigación agente encubierto afecta y restringe el derecho fundamental a la autodeterminación informativa, no estando autorizado el Estado, en principio y en términos generales, para doblegar de forma torticera la disposición de un ciudadano a otorgarles su confianza, máxime cuando se hace en perjuicio suyo.

Sin entrar a analizar la eventual consagración constitucional del derecho a la autodeterminación informativa en nuestro ordenamiento jurídico, corresponde determinar si este derecho configura un atentado diverso de aquel comprendido, en este modelo, por la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. A mi juicio, en lo referente al agente encubierto, el atentado al derecho a la autodeterminación informativa es idéntico al atentado que produce la utilización de este método extraordinario de investigación en la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. En consecuencia, dentro del modelo propuesto, la afectación al derecho de autodeterminación informativa es redundante[298].

6) Postura Crítica de la Escuela de Frankfurt

Para la Escuela de Frankfurt, "*...la investigación encubierta, según se deriva de la dimensión crítica del principio del Estado de Derecho, resulta contraria a la* Constitución"[299]. Lo anterior, toda vez que la regulación del

---

[297] Con la salvedad de que en el caso de la infiltración, el agente encubierto, al ser interlocutor, puede provocar la conversación hacia el tema deseado.

[298] Comparten esta idea, aunque con otros fundamentos: DELGADO MARTÍN, Joaquín. El derecho penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto. Barcelona. José María Bosch. 2001. Pp. 8 y ss. LÓPEZ ORTEGA, Juan José. Prueba y proceso equitativo, Aspectos actuales de la jurisprudencia europea. Cuadernos de Derecho Judicial– La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Madrid. 1993. Pp. 261 y ss.

[299] BRAUM, Stefan. La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario. En: VARIOS AUTORES. La insoportable situación del derecho penal. Granada. Ed. Área de Derecho Penal de la Universidad Pomeu Fabra. 2000. Pp. 24.

investigador encubierto en la fase de instrucción y los elementos constitutivos del mismo llevan a cabo una reconstrucción del principio de legalidad procesal en clave preventiva, lo cual resulta inadmisible con arreglo a aquel.

El principio de legalidad en el procedimiento penal es la versión procesal del principio de legalidad material, constituyendo está última *"la prueba del respeto del estado sancionador por la libertad de sus ciudadanos*[300]".

El principio de legalidad procesal es entendido como el deber del Estado de reaccionar ante la lesión de las relaciones de reconocimiento, implicando, en consecuencia, el deber estatal de declarar la existencia del injusto. Legalidad como deber estatal es el reflejo de los derechos del ciudadano que se debían proteger.

Como resulta evidente, el principio de legalidad procesal se encuentra íntimamente vinculado con la noción de sospecha inicial. La sospecha inicial implica la legitimación del Estado para poder rebasar los límites entre el ámbito intangible de la libertad y el deber estatal de declarar el injusto, para posibilitar así la persecución de las supuestas lesiones de libertad. En la práctica, la sospecha armoniza prevención y represión –de otro modo estrictamente separadas-, que se hallan contenidas en el principio de legalidad procesal como instancia de control frente a los excesos de poder estatal o individual.

Asimismo, y por derivación, la idea de legalidad se asocia a la exclusividad de la investigación penal por parte de la fiscalía, la cual debe estar sometida a un control total por parte del poder judicial. Afirmándose, en consecuencia que *"la idea de legalidad era el fundamento del equilibrio de poder entre la fiscalía, la policía y el poder judicial*"[301].

---

[300]BRAUM, Stefan. La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario. En: VARIOS AUTORES. La insoportable situación del derecho penal. Granada. Ed. Área de Derecho Penal de la Universidad Pomeu Fabra. 2000. Pp. 16

[301] BRAUM, Stefan. La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario. En: VARIOS AUTORES. La insoportable situación del derecho penal. Granada. Ed. Área de Derecho Penal de la Universidad Pomeu Fabra. 2000. Pp. 24.

Estas tres consecuencias del principio de legalidad procesal, esto es, la exigencia de una sospecha inicial, la exclusividad de la actividad investigativa por un órgano independiente del poder ejecutivo, y el control judicial, afirma esta Escuela, se han visto paulatinamente degradadas al policializar el proceso penal, al actuar de forma cada vez más anticipada y al aumentar la discrecionalidad de la fiscalía frente al poder judicial. Todos estos síntomas se presentarían entrelazados en el caso de la técnica de infiltración agente encubierto, cuyo dominio policial afecta la exclusividad de la investigación por parte del Ministerio Público, entregándose al control del ejecutivo, diluyendo los limites entre prevención y represión, y limitando al máximo el control ex–ante, e incluso ex –post, del poder judicial.

A esto se refiere la Escuela de Frankfurt cuando habla de la "peculiar versión del principio de legalidad procesal al servicio de la prevención", el cual resulta incompatible con el Estado de Derecho, siendo, en consecuencia, la investigación encubierta contraria con la Constitución.

7) Toma de postura

Evidentemente, tal como ha sido desarrollado hasta ahora, el agente encubierto afecta o restringe derechos y garantías fundamentales. La verdadera problemática a resolver es si dicha afectación es de tal magnitud que ubica al agente encubierto, como técnica de investigación e independiente de su concreta regulación, como contrario a la Constitución Política de la República. Esta es una pregunta que tiene, a mi juicio, dos respuestas complementarias.

En primer lugar, aunque no se puede desarrollar con la extensión y profundidad suficiente –dado que excede con creces el objeto de esta memoria- a mi juicio, en un Estado Democrático de Derecho el único límite que tiene la mayoría para imponer sus decisiones –paradigmáticamente la ley-, son las reglas contramayoritarias, es decir, los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales no constituyen reglas, es decir, no operan binariamente. En la formulación de ALEXY constituyen principios, esto es, mandatos de optimización[302]. En este contexto, a mi juicio, resulta fundamental la norma establecida en el artículo 19 N° 26, la cual garantiza a todas las personas: *"La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio"*. En consecuencia, el legislador está autorizado para limitar los derechos y garantías constitucionales en la medida en que no afecte su esencia o establezca condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Este es el estándar para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma.

En este sentido, adhiero a la tesis de que el derecho penal y procesal penal son una herramienta de política criminal, y en esta medida, funcionales al discurso que por la vía democrática se impone formalmente a todos los ciudadanos a través de la ley; de esta forma, constituye una imposición del Estado Democrático de Derecho, que los Tribunales de Justicia y, en mayor medida, la dogmática, trabajen –interpretando y sistematizando- las estructuras que por la vía democrática se transforman en ley.

La segunda respuesta dice relación con la global e histórica aplicación del agente encubierto por los órganos preventivos y represivos del Estado, aún sin normativa que lo regule y limite. En este contexto, he afirmado, en consonancia con GASCON INCHAUSTI[303] que la novedad en relación con este método de investigación no radica en su utilización, sino más bien en la conciencia de su posible repercusión en la esfera de los derechos y libertades

---

[302] Al respecto: ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica. México. Fontamara. 1993.
[303] GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Infiltración policial y <<agente encubierto>>. Granada, España. Comares. 2001.

de los ciudadanos, así como en ciertos principios sobre los que se asienta el estado de derecho.

Así, frente a al uso *praeter legem* y desregulado del agente encubierto, resulta más acorde con los derechos fundamentales que afecta y, en particular con los riesgos inherentes que encierra, la regulación expresa del agente encubierto, consagrando límites y garantías en su utilización y actuación, cuyo control debe ser competencia de la autoridad judicial.

En definitiva, el método extraordinario de investigación agente encubierto, al igual que muchos métodos de investigación regulados en el Título I, del Libro Segundo del Código Procesal Penal, afecta o restringe derechos y garantías fundamentales, más no lo hace en su esencia, ni impone condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio[304]. En consecuencia, de conformidad al artículo 19 Nº 26, 83 inciso 3º de la Constitución Política de la República y artículo 70 del Código Procesal Penal, en su utilización se requiere autorización judicial.

Corresponde ahora contrastar esta tesis con lo afirmado por la Escuela de Frankfurt, para terminar señalando los requisitos que a mi juicio debe cumplir la regulación del agente encubierto, para ser plenamente compatible con la Constitución y los derechos fundamentales.

---

[304] Una posición distinta, a lo menos respecto de la garantía de la inviolabilidad del hogar en GUARIGLIA, Fabricio. El agente encubierto, ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?. Revista de ciencias penales (Asociación de Ciencias penales de Costa Rica). Nº 12, Vol. 8: Pp. 13. Dic. 1996. Quién afirma: *"Si bien el texto constitucional protege al domicilio privado con menor énfasis que a otros derechos frente a las intervenciones del Estado, al limitarse a señalar su inviolabilidad y delegar en la reglamentación legislativa los presupuestos y modalidad de su allanamiento, lo cierto es que aun este caso no escapa al principio general de que la reglamentación de un derecho constitucional no puede reducirlo en su esencia. Poco quedaría de la garantía si se considerara que el Estado se encuentra libre de todo límite para ingresar en la vivienda de particulares una vez que un juez ha firmado una resolución de contenido excesivamente general (no dirigida necesariamente contra un imputado determinado, y ni siquiera precisando el domicilio a ingresar), autorizando la intervención -amplia- de un agente encubierto."*

7.1) Refutación de los argumentos esgrimidos por la Escuela de Frankfurt

La Escuela de Frankfurt sostiene la inconstitucionalidad del agente encubierto toda vez que su regulación y elementos constitutivos reconstruyen el principio de legalidad procesal en clave preventiva, destruyendo el principio de sospecha, y rompiendo el modelo de equilibrio de poder entre Policía, Ministerio Público y Judicatura, en favor del primero, actuando los dos últimos como meros observadores.

Lo afirmado por BRAUM[305] tiene una virtud y un defecto. La virtud radica en que pone el acento en los riesgos que conlleva el agente encubierto y que fueron expuestos en el capítulo I. Estos son, en síntesis, diluir la diferencia entre prevención y represión y la policialización del proceso penal.

El grave defecto que tiene esta formulación radica en que da por supuesto lo anterior, esto es, confunde infiltración con provocación, verdadera premisa de sus conclusiones.

En definitiva sostengo que, dada la utilización *praeter legem*, global e histórica del agente encubierto, la única forma de evitar las consecuencias nefastas que la Escuela de Frankfurt supone es regular y limitar su utilización. En este contexto, aunque va a ser desarrollado a continuación, *"clara y decididamente, las operaciones encubiertas no son sinónimo de inducción o provocación al delito*[306]*"*; se trata de dos ámbitos que pueden ser confundidos en la utilización del agente encubierto, pero que pueden ser perfectamente delimitados a través de mecanismos legales. Estos mecanismos son la exigencia de sospecha inicial, ojalá con un grado de certeza calificado, y la prohibición de provocar o inducir delitos, bajo el sometimiento del infractor al régimen penal común.

---

[305] BRAUM, Stefan. La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario. En: VARIOS AUTORES. La insoportable situación del derecho penal. Granada. Ed. Área de Derecho Penal de la Universidad Pomeu Fabra. 2000.

[306] DIBAN, Michel. Operaciones encubiertas. El Mercurio. Santiago. 6 sept. 2007. A-2.

7.2) Requisitos legales para la constitucionalidad del agente encubierto

Tal como se ha insinuado, estos son:

7.2.1) Exigencia de sospecha inicial: Para efectos de mantener incólumne la distinción entre prevención y represión, y con esto la correcta separación de los poderes del Estado. Ahora, dado que se trata de un método extraordinario de investigación, ligado a determinados delitos y formas de comisión delictiva de particular gravedad, lo óptimo sería establecer la exigencia de una sospecha calificada, tal como ocurre en el ordenamiento jurídico danés.

7.2.2) Delimitar el ámbito de actuación lícita del agente encubierto, prohibiendo la provocación o inducción de delitos: Con esta exigencia se evita la inadmisble autorización para que sea el Estado quién determine la comisión de delitos. Estrictamente relacionado con lo anterior, además, permite preservar incólumne los límites de prevención y represión, prohibiendo al Estado participar antes de una tentativa punible.

7.2.3) Exigencia de autorización judicial: Para efectos de dar cumplimiento al artículo 80 de la Constitución, dado que el uso del agente encubierto restringe o perturba derechos y garantías fundamentales.