

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

N°61 - DICIEMBRE 2014



EL AGENTE ENCUBIERTO EN LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES

Alejandro Ivelic Mancilla¹

I. Introducción

Los instrumentos tradicionales con que cuenta un Estado liberal y democrático de Derecho, son insuficientes en la lucha contra la criminalidad organizada.

Con el objeto de enfrentar este fenómeno en constante expansión, los Estados han adoptado diversos mecanismos que involucran a distintas ramas del ordenamiento jurídico:

1. En materia penal: Se han creado nuevos tipos penales, se han aumentado las penas, se han creado agravantes especiales, se han tipificado actos preparatorios anticipando considerablemente las barreras de punibilidad.
2. En materia procesal: Se han establecido plazos especiales que facilitan la labor persecutoria, normas para el secreto, protección de testigos, mecanismos de investigación especiales altamente intrusivos como la interceptación de comunicaciones telefónicas y el agente encubierto.
3. En materia administrativa: Se han creado Fiscalías de Alta Complejidad, Unidades Policiales Especiales, programas de capacitación, etc.
4. En materia internacional: Se ha relativizado el principio de la territorialidad frente a la criminalidad transnacional y se han adoptado nuevas formas de cooperación internacional entre autoridades judiciales, las policías y los Ministerios Públicos².

1 Abogado de la Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 La Fiscalía de Chile ha celebrado en los últimos cinco años, una serie de convenios internacionales de cooperación internacional en materia de criminalidad organizada con otras Fiscalías de la Región, que dicen relación con investigaciones conjuntas, entrega de información, entregas vigiladas internacionales, capacitación, etc.:

- a) Con el Ministerio Público Fiscal de la República Argentina, la Fiscalía de Chile celebró un convenio de cooperación interinstitucional que, entre otros objetivos contempla el intercambio de información sobre organizaciones criminales, blancos investigados, alertas tempranas, rutas de droga, capacitación, desarrollo de proyectos de investigación sobre el narcotráfico, amplia cooperación en acciones conjuntas.
- b) Con la Procuraduría General de los Estados Unidos Mexicanos, la Fiscalía de Chile celebró un acuerdo sobre intercambio de información y experiencias para el

En nuestro país, con el objeto de dotar al ordenamiento jurídico de un instrumento eficaz para enfrentar la criminalidad organizada, se creó la figura o técnica investigativa del agente encubierto. Ya en la historia del establecimiento de la Ley 19.366 que sancionaba el tráfico ilícito de estupefacientes, se destacó la importancia del agente encubierto como el mejor elemento de prueba debido al nivel de conocimiento que tiene este funcionario sobre los participantes de una determinada organización criminal³, siendo aprobada el establecimiento de esta técnica, con un amplio consenso político y sin mayor discusión.

De igual manera, con la Ley 20.000 (que sustituyó la Ley 19.366) aprobada durante la vigencia en nuestro país de la Reforma Procesal Penal, se perfeccionó la figura del agente encubierto en varios aspectos que dicen relación con su autorización, ámbito de investigación, medidas de protección, creándose además una causal de justificación para los agentes e informantes encubiertos y reveladores.

En el presente trabajo, haremos una breve reseña histórica de la figura del agente encubierto y el contexto de su establecimiento, esto es, en un primer período como una herramienta investigativa para los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, para después ser exportada como técnica de investigación a otros ilícitos relacionados con la criminalidad organizada.

También se hará una distinción entre esta técnica investigativa y otras instituciones penales similares como la instigación y el agente provocador.

Respecto de la legitimidad de esta figura, se analizarán las diversas modalidades que puede asumir la actuación de un agente encubierto inserto en una organización criminal, que básicamente pueden ser de dos tipos: activa o pasiva.

La actuación activa de un agente encubierto, esto es, realizando conductas ejecutivas y de colaboración con la organización criminal, aparece legitimada por la proporcionalidad de la misma en relación a las características de la organización criminal; especialmente su grado de peligrosidad, los bienes jurídicos afectados y la existencia de otros mecanismos investigativos menos intrusivos como alternativa para lograr los mismos resultados.

combate a la delincuencia organizada transnacional, el narcotráfico, delitos conexos, y que además promueve la coordinación en acciones simultáneas en el territorio de cada país.

- c) Con la Fiscalía General de Colombia, la Fiscalía de Chile suscribió un protocolo de cooperación interinstitucional sobre remesas o entregas controladas o vigiladas de drogas y otras diligencias investigativas especiales.

3 Primer informe Comisión Constitución, Senado, Legislatura 327, Cuenta en Sesión 17, 23 de noviembre. En: Historia de la Ley 19.366, p. 425.

II. Características del crimen organizado

Respecto a la criminalidad organizada, si bien no existe un consenso sobre sus elementos (debido probablemente a la multitud de sectores sociales y económicos que afecta) se puede afirmar que utiliza un modelo organizativo similar al de otras estructuras sociales legítimas (por ejemplo una empresa).

Para Waldo Villapando⁴, existirían dos modelos de crimen organizado:

- 1) El modelo del padrino: Según este enfoque, las comunidades mafiosas son sociedades permanentes iniciadas con la extorsión y que operan con una estructura jerárquica y gran concentración de mando que asume el control exclusivo de un territorio o de un servicio determinado; la ley del secreto (la omertá en Italia) es un elemento esencial para su protección. El poder está ejercido para una familia o un pequeño grupo parafamiliar, que se maneja internamente como fraternidad.
- 2) El modelo empresa: Las comparaciones entre el crimen organizado y las empresas, involucran amplios aspectos, principalmente la distribución de responsabilidades internas, las jerarquías administrativas y la similitud de algunas operaciones de gestión.

En relación a las características del crimen organizado, tomaremos como fuente dos estudios: el primero es del profesor Joaquín Delgado contenido en el libro “Criminalidad Organizada”⁵, y el segundo, es un estudio realizado por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) sobre “El Crimen Organizado Internacional”⁶.

Según el profesor Joaquín Delgado, las principales características de la criminalidad organizada serían las siguientes⁷:

1. Disposición de mayores recursos personales y materiales: Esto supone una mayor facilidad para delinquir y por lo tanto un mayor desvalor en la conducta delictiva. La idea clave para entender la delincuencia organizada es “la sofisticación”⁸, es decir, se trata de estructuras criminales fuertemente complejas que suelen importar modelos organizativos de la economía legal.

4 VILLAPANDO, Waldo, *Crimen Organizado Transnacional*, Editorial Astrea, págs. 11-13.

5 DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Criminalidad Organizada*, Barcelona, Editorial JM Bosh, 2001, p. 24.

6 ROJAS ARAVENA, Francisco. II Informe del Secretario General de Flacso, El Crimen Organizado Internacional, 2006, págs. 9-11.

7 Ob. cit. N°5, p. 24.

8 Ibid.

2. Cultura de la supresión de la prueba: Las organizaciones criminales utilizan todo tipo de medios a su disposición para eliminar los vestigios de sus delitos, dificultando en forma extrema la investigación y posterior prueba en un juicio oral. Tal como lo señala el profesor Elvio Fassone⁹: **“si el reo siempre ha buscado no dejar huellas en su delito, o hacerlas desaparecer, las asociaciones criminales han elevado a ciencia este empeño, inscribiéndolo programáticamente en sus designios, añadiendo que ello comporta no sólo que la ciencia recíproca (la investigación) está obligada a seguir con modernidad la cultura de la supresión de la prueba, sino también la ciencia jurídica viene obligada a hacer lo mismo con la evolución de sus propias categorías dogmáticas tradicionales”**.
3. Empleo de la violencia: Es una forma de mantener el férreo control de la estructura de la organización y asegurar sus mercados **“la sociedad no presta a los empresarios ilegales servicio de policía, tribunales y códigos de comercio con la finalidad de garantizar la seguridad de la propiedad y el respeto de las normas esenciales en materia económica”**¹⁰.
4. Expansión de la actividad ilícita sobre el sistema: El poder económico proporciona a las organizaciones criminales una fuerte capacidad de influencia sobre la vida pública, económica, social y judicial, con la consiguiente relativización de las normas de un Estado de Derecho, poniendo en grave riesgo aquellos países con instituciones públicas débiles y económicamente vulnerables.
5. Transnacionalización de sus actividades: El crimen organizado ha sabido aprovechar el desarrollo económico y comunicacional, para diversificar e internacionalizar sus actividades delictuales, no solamente con un afán de lucro, sino también para protegerse contra la acción persecutoria estatal, dificultando considerablemente la persecución penal en estos casos.
6. Alto poder de cooptación: La posibilidad de obtener rápido asenso económico y social, hacen que estas organizaciones criminales representen un atractivo poderoso para jóvenes de ambientes marginales, los cuales son reclutados, proporcionando nuevos ambientes de criminalidad.

Según el II Informe del Secretario General de FLACSO sobre “El Crimen Organizado Internacional”, sus características serían las siguientes:

1. El crimen organizado no es ideológico: No busca el poder político como tal, lo que busca es tener en un contexto de estabilidad, formas de influencia que les permitan un marco de impunidad para desarrollar su acción¹¹.

9 Ibid, p. 2.

10 Ibid, p. 29.

11 En este sentido, el crimen organizado se diferencia del terrorismo. El terrorismo busca objetivos políticos a través del terror.

2. El crimen organizado posee una estructura jerárquica: Hay una autoridad que define y planifica los objetivos. Estas estructuras de mando han adquirido cada vez mayores grados de flexibilidad. En materia de drogas, es común detectar altos grados de atomización de una organización criminal, luego que es capturado uno de sus líderes, tal como lo afirma la investigación realizada por FLACSO¹²: **“Los carteles de la droga en los distintos países de América Latina en la medida que se han logrado apresar a sus principales cabecillas, se han dispersado y fragmentado en forma considerable, generándose un segundo y tercer nivel de nuevos mandos de autoridad para continuar con las actividades ilícitas, lo que hace más compleja la tarea de represión”**.
3. El crimen organizado posee una fuerte cohesión interna: Entre los aspectos que tienden a otorgar un mayor grado de cohesión, se encuentran los de carácter étnico o el origen de sus integrantes (familiar o territorial). El crimen organizado tiene una fuerte autoidentificación, busca desarrollar una fuerte credibilidad para poder intimidar.
4. El crimen organizado es una empresa ilegal: Generalmente también ingresa a la actividad lícita, facilitado por la corrupción.
5. El crimen organizado es crecientemente transnacional: la transnacionalización es una consecuencia creciente de la globalización.
6. El crimen organizado se articula en forma jerárquica y se especializa: Así por ejemplo, algunos estudios indican **“que los carteles mexicanos de drogas, que son los que controlan las principales cadenas de distribución y el ingreso de la droga a los Estados Unidos, están comprando directamente y al por mayor, la droga en Colombia. Es decir, existen almacenes de aprovisionamiento en Colombia en donde los distintos carteles entregan esta droga, allí es comprada y luego llevada a los grandes centros de consumo, fundamentalmente por mar y tierra”**¹³.
7. El crimen organizado produce distintos tipos de daños.

En conclusión, de acuerdo a estas características del crimen organizado, se puede afirmar que sus actividades ilícitas mutan en forma rápida y constante, fortaleciéndose por los procesos de globalización y acceso a tecnologías de punta. Su accionar en red, le otorga una alta flexibilidad de la cual carece el Estado, en especial, sus mecanismos tradicionales de persecución penal.

La especialización de las organizaciones criminales, la compartimentación de sus actividades y la segmentación de los flujos de información, requieren de

12 Ob. cit. N°6, p. 10.

13 Ibid, p. 9.

nuevos mecanismos de investigación que permitan acceder a los núcleos de toma de decisiones, siendo uno de esos instrumentos¹⁴, la técnica del agente encubierto.

III. Antecedentes históricos del agente encubierto

Los antecedentes históricos datan desde el período del absolutismo francés con la figura del llamado “*agent provocateur*” donde a instancias del poder político, se organizaban disturbios y atentados con el fin de generar un ambiente de temor político y social, que justificaban medidas de persecución en contra de los enemigos del régimen absolutista¹⁵.

En aquella época, los agentes de policía del régimen absolutista francés, inducían a otros (a los llamados *agent provocateur*) a cometer delitos públicos con la finalidad de deshacerse de los enemigos políticos del gobierno. Uno de estos episodios de provocación con fines políticos, ocurrió en la época del Cardenal Richelieu, con la realización de acciones criminales por parte de la policía francesa, al mando del Marqués de Angerson, que originaron un ambiente de tensión en el cual se pudieron llevar a cabo una serie de medidas coercitivas en contra de la oposición política¹⁶.

Junto con los *agent provocateur*, la policía francesa trabajaba con una serie de informantes y colaboradores que les suministraban información del ambiente social y político, colaboradores llamados *mouches* o *muchard*, divididos en dos categorías: los *observeur* que trabajaban clandestinamente para los inspectores, y aquellos individuos que operaban abiertamente llamados propiamente *mouches*, que eran personas detenidas que obtenían su libertad a cambio de

14 Otra de estas técnicas especiales de investigación, es la interceptación de comunicaciones telefónicas. En cuanto a la eficacia comparativa de ambas técnicas, considerando las características de las organizaciones criminales, parece ser más efectiva y menos riesgosa, la técnica de interceptación de comunicaciones telefónicas por las siguientes razones:

- a) La interceptación permite conocer en tiempo real las comunicaciones entre los miembros de una organización, sin necesidad de exponer la integridad de los funcionarios que ejecutan la técnica.
- b) El estricto control de los flujos de información de las organizaciones criminales, a través de la técnicas de contrainteligencia como la del compartimentaje, (mediante la cual, las distintas unidades operativas que conforman la organización, actúan sin conocer más detalles que los estrictamente necesarios para realizar una operación delictiva) impide que el agente encubierto pueda obtener información de primer nivel.
- c) El riguroso proceso de reclutamiento en las organizaciones, dificultan que un extraño (agente encubierto) pueda acceder a las cúpulas criminales donde se toman las decisiones.

15 MONTOYA, Mario Daniel, *Informantes y técnicas de investigación encubiertas*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2001, p. 39.

16 Ibid, p. 40.

colaboración y generalmente provenían de los estratos más bajos de la sociedad francesa¹⁷.

Los observadores en cambio, no necesariamente provenían de los estratos sociales más bajos. El tipo de *observateur* era seleccionado por la policía según el ambiente social en que se debía infiltrar.

Las fuerzas del orden revolucionario de 1793, también utilizaron la figura del *agent provocateur* en las prisiones con el fin de descubrir complots. Estos espías de prisiones fueron llamados *moutons de prisons*¹⁸.

El agente provocador tuvo una presencia constante en la historia política francesa desde la época del régimen absolutista hasta la fase posrevolucionaria. Llama la atención al profesor Mario Daniel Montoya que la figura del agente provocador no haya tenido ningún tratamiento doctrinal ni jurisprudencial: **“es llamativo el hecho de que la figura del agente provocador fuera ignorada por la doctrina y jurisprudencia francesa hasta la Segunda Guerra Mundial, cuando resurgió”**¹⁹.

En Chile, la figura del agente encubierto fue introducida en nuestra legislación en el año 1995 por la Ley 19.366 que sancionaba el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas²⁰, que en su artículo 34 inciso segundo señalaba: **“Se entiende por agente encubierto, el funcionario policial que, debidamente autorizado por sus superiores, abandona su identidad oficial y se involucra o introduce en organizaciones delictivas simulando ser parte de ellas o estar interesado en la comisión del delito que se investiga, con el propósito de identificar a los partícipes y recoger las pruebas que servirán de base al proceso penal”**. La Ley 19.366 nada decía sobre el ámbito en que les estaba permitido actuar a los agentes encubiertos, ni se establecían circunstancias eximentes de responsabilidad para el evento que el agente tuviera que realizar alguna conducta típica.

Posteriormente, la Ley 20.000, que sustituyó la Ley 19.366, contemplaba originalmente en su proyecto, el artículo 63 inciso segundo que señalaba: **“un reglamento regularía los límites y características de estas técnicas”**. En el

17 Ibid.

18 Ibid.

19 Ibid, p. 41.

20 En el año 1992 en el informe de la Comisión Especial del Problema de la Droga en Chile, de la Cámara de Diputados, se señaló que se hacía necesario introducir modificaciones a la legislación vigente, a fin de hacerla más eficaz en el combate del narcotráfico, entre ellas, **“incorporar a la actual legislación dos aspectos o medidas de utilidad como son el agente encubierto y el informante, regulando su participación con normas legales y administrativas que precisen su desempeño y debido control”**, siendo aprobado por unanimidad en esa Comisión Especial, el artículo 34 que contemplaba la figura del agente encubierto, generando amplio consenso en el Senado la aprobación de esta figura.

control de constitucionalidad, dicha disposición fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, por estimar que esa materia debería ser regulada por una Ley Orgánica Constitucional, específicamente la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y no por un reglamento ²¹, razón por la cual se eliminó esa disposición del proyecto.

La Ley 20.000 perfeccionó la técnica investigativa del agente encubierto en los siguientes aspectos:

1. Se la diferenció de la técnica del agente revelador.
2. Se reservó la facultad de autorizar esta técnica investigativa al Ministerio Público.
3. Se amplió el ámbito de su actuación a las organizaciones delictuales, meras asociaciones y agrupaciones con propósitos delictivos.
4. Se facultó al Ministerio Público para otorgar una historia ficticia al agente encubierto.
5. Se facultó al Tribunal para autorizar el cambio de identidad del agente encubierto después del juicio, para su seguridad.
6. Se establecieron medidas de protección especiales para los agentes encubiertos como la prueba anticipada, secreto de actuaciones de investigación, etc.

21 Sentencia Tribunal Constitucional, 25 de enero del 2005, Rol N°433-2005, que señala en lo pertinente:

“Décimo Octavo: Que, el inciso primero de dicho precepto dice relación con “las sustancias y especies vegetales” a que aluden los artículos 1, 2, 5 y 8, al configurar los tipos penales que contemplan, con “los requisitos, obligaciones y demás exigencias” que deben cumplirse para obtener la autorización del Servicio Agrícola y ganadero a que se refiere el artículo 9 para sembrar, plantar, cultivar y cosechar las “especies vegetales” que indica y con el “control y fiscalización de dichas plantaciones”; todo lo cual debe ser normado por un reglamento.

En cambio, su inciso segundo alude a las técnicas comprendidas en los artículos 23, 24 y 25 del proyecto con el objeto de llevar adelante la investigación de aquellos hechos que, en conformidad en lo que establece el artículo 80 letra A de la Constitución Política, le corresponde dirigir, en forma exclusiva, al Ministerio Público, las que han de ser, igualmente reguladas por un reglamento.

Décimo Noveno: Que como puede observarse, ambos párrafos del artículo 63 hacen referencia a dos órdenes de materias por completo diferentes, y no constituyen, por lo tanto, un todo orgánico y sistemático de carácter indisoluble. Por el contrario, cada uno de ellos se sustenta a si mismo y tiene autonomía normativa;

Vigésimo: Que, al analizar el contenido de los dos incisos y, en armonía con lo antes expuesto, se concluye que el primero es propio de una ley común. Y, el segundo, de la ley orgánica constitucional contemplada en el artículo 80 B de la Carta Fundamental, en atención a que dice relación con las atribuciones del Ministerio Público, las cuales de acuerdo con el mismo precepto, deben estar comprendidas en dicho texto legal, al que, por tal motivo, modifica”.

7. Se creó una causal eximente de responsabilidad penal para los delitos en que deba incurrir y los que no pudiere evitar.

IV. Concepto de agente encubierto y su reconocimiento normativo

Para el profesor Sergio Politoff, el agente encubierto **“es aquel funcionario policial que oculta su calidad de policía y se infiltra en la organización criminal, por encargo, y con autorización de su servicio”**²².

Para el profesor español Juan Muñoz Sánchez, se entiende por agente encubierto **“aquellos funcionarios policiales que actúan en la clandestinidad, generalmente con otra identidad, y que desempeñan tareas de represión y represión del crimen mediante la infiltración en organizaciones criminales a fin de descubrir a las personas que las dirigen, recabando pruebas y prestando testimonio de cargo ante la justicia”**²³.

Para el profesor español Joaquín Delgado Martín, el agente encubierto **“es un funcionario de policía que realiza su labor de investigación ocultando su condición de agente estatal, infiltrándose en ocasiones en la organización criminal, para lo cual podrá llegar a adoptar una identidad supuesta”**²⁴.

Para la profesora española Teresa Molina Pérez, el agente infiltrado **“es un funcionario de la Policía que tiene por misión actuar, dentro de la clandestinidad, en un determinado ambiente criminal para reprimir y prevenir acciones delictivas, y para descubrir a quienes integran la organización criminal, con las tareas y funciones que les vienen atribuidos por la Ley”**²⁵.

El agente encubierto, se encuentra definido en el artículo 25 inciso segundo de la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, el cual señala: **“Agente encubierto es el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objeto de identificar a los partícipes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación”**.

22 POLITOFF, Sergio, “El agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la Ley 19.9366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”. En: *Gaceta Jurídica*, N°203, Santiago, Chile, mayo 1997, p. 8.

23 MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El agente provocador*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1996, p. 41.

24 DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Criminalidad Organizada*, Barcelona, Editorial JM Bosh, 2001, p. 45.

25 MOLINA PÉREZ, Teresa, “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines”. En: *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLII, 2009, 153-174, p. 155.

Además, la figura del agente encubierto tiene amplio reconocimiento normativo, en diversos cuerpos legales:

- 1) La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también llamada Convención de Palermo, en su artículo 20 número 1: **“Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con el objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”.**
- 2) El Art. 369 ter. del Código Penal referido a la investigación de los delitos de pornografía infantil y prostitución infantil señala que: **“podrá el tribunal, a petición del Ministerio Público, autorizar la intervención de agentes encubiertos. Mediando igual autorización y con el objeto exclusivo de facilitar la labor de estos agentes, los organismos policiales pertinentes podrán mantener un registro reservado de producciones del carácter investigado. Asimismo, podrán tener lugar entregas vigiladas de material respecto de la investigación de hechos que se instigaren o materializaren a través del intercambio de dichos elementos, en cualquier soporte”.**
- 3) Ley 20.507 de Tráfico de Migrantes y Trata de Personas: Artículo 411 octies. Previa autorización del juez de garantía competente, el fiscal podrá autorizar: **“que funcionarios policiales se desempeñen como agentes encubiertos y, a propuesta de dichos funcionarios, que determinados informantes de esos servicios actúen en esa calidad”.**
- 4) Ley 19.913 que Crea la Unidad de Análisis Financiero: Artículo 33: a) Investigación: **“se comprenden, especialmente, la colaboración de organismos del Estado, la facultad del Ministerio Público para efectuar actuaciones fuera del territorio nacional con o sin previo conocimiento del afectado y la cooperación internacional en general; levantamiento del secreto bancario; gratuidad de los antecedentes requeridos durante la investigación; técnicas especiales de investigación, como la entrega u operación vigilada, la utilización de agentes encubiertos e informantes, la interceptación de comunicaciones y demás medios técnicos”.**
- 5) Ley 19.974 Sobre el Sistema de Inteligencia del Estado que crea la Agencia Nacional de Inteligencia: en su Título IV titulado **“De los procedimientos especiales de obtención de información”**, dispone en el artículo 31: **“Los directores o los jefes de los organismos de inteligencia milita-**

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

“La facultad a que se refiere el inciso primero comprende el disponer el empleo de agentes encubiertos, y todos aquellos actos necesarios relativos a la emisión, porte y uso de la documentación destinada respaldar la identidad creada para ocultar la del agente”²⁶.

V. Naturaleza jurídica del agente encubierto y sus formas de actuación

De acuerdo a los conceptos doctrinarios de agente encubierto y a la forma en que ha sido reconocida esta la figura, se puede concluir que es una técnica de investigación especial cuya finalidad es descubrir una conducta delictiva preexistente.

En efecto, el agente encubierto con su actuación, no determina el nacimiento de un hecho delictivo nuevo, sino que se infiltra en una organización delictual (también mera asociación o agrupación con propósitos delictivos), cuya conducta criminal ya se encontraba en curso o consumada.

El agente encubierto a diferencia del agente provocador, no hace aparecer en otro una voluntad delictiva que no existía, no es instigador de un delito ya que no se dan los presupuestos de esa forma de participación criminal²⁷, sino que pone al descubierto el tráfico ilícito u otras formas asociativas criminales como la conspiración o la asociación ilícita para cometer delitos de tráfico, delitos que existían con anterioridad a la intervención del agente encubierto.

²⁶ El artículo 23 inciso segundo de esta Ley, señala que estos procedimientos estarán limitados exclusivamente a actividades de inteligencia y contrainteligencia que tengan por objetivo resguardar la seguridad nacional y proteger a Chile y su pueblo de las amenazas del terrorismo, del crimen organizado y del narcotráfico. Por otra parte, artículo 31, al hablar de **“organizaciones sospechosas de actividades criminales”**, no restringe su ámbito de aplicación. Por lo cual, para darle coherencia a esta normativa en relación a las facultades privativas del Ministerio Público para autorizar a funcionarios policiales para que actúen como agentes encubiertos en materia de narcotráfico, habrá que concluir que el agente encubierto de la Ley 19.974 solamente podrá utilizarse para recabar información para el proceso de inteligencia y no para un proceso jurisdiccional.

²⁷ La doctrina nacional entiende que para que pueda hablarse de instigación, es menester que esta sea eficaz, es decir, que debe efectivamente hacer nacer la determinación de realizar el hecho. Si el inducido rechaza la instigación, si la resolución delictiva ya se había formado por sí sola en el inducido o este último comete un delito diferente al incitado, no hay inducción punible.

En la práctica, la actuación del agente encubierto en el interior de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes, va a ser incompatible con la figura de la instigación criminal. Ello, debido a que los delitos tipificados en la Ley 20.000 tienen ciertas particularidades en su estructura típica que, sumado a ciertas formas de participación propias de organizaciones criminales que son dirigidas por sujetos con dominio del hecho que tienen poder de reemplazo sobre los ejecutores, hacen que el agente encubierto trabaje en ambientes delictuales cuyo quehacer delictivo se está renovando constantemente.

Algunas de las características de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes que harían inviable la posibilidad de instigación por parte de un agente encubierto que opera dentro de una organización criminal, son las siguientes:

- 1) El carácter de emprendimiento de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes. Esto significa que la actividad de narcotráfico está constituida por una serie de etapas y fases progresivas (como las de importar, transportar, guardar, distribuir, etc.), y en la cual intervienen varios sujetos que son sancionados por igual, hayan o no iniciado la actividad. Es decir, cada sujeto con su conducta le está dando principio de ejecución a una actividad global, a una progresión delictiva que fue precedida por la conducta de otro. En este sentido, difícilmente un agente encubierto que se incorpora en cualquier fase de este ciclo, podría inducir a otro sujeto vinculado a este circuito a que inicie una actividad delictiva nueva, independiente y desvinculada al proceso delictual. Más bien, parece ser que el agente encubierto se acopla a un desarrollo delictivo pre existente, que era conocido y aprobado por todos intervinientes.
- 2) La fungibilidad de los ejecutores en una organización criminal: La forma en que operan estas organizaciones de traficantes, esto es, como verdaderas empresas criminales que son dirigidas por personas que no ejecutan materialmente las acciones típicas pero que tienen el control de los cursos causales y cuentan con la seguridad que las actividades ejecutivas necesariamente se realizarán por parte de los eslabones más bajos de la organización, imposibilitan la instigación de un agente encubierto. Este estilo de funcionamiento, dificulta en la práctica, que un agente encubierto pueda actuar como instigador, ya que, no obstante su conducta colaborativa con la organización, la actividad a la que coadyuva necesariamente se iba a producir (con o sin la intervención del agente encubierto) incluso con independencia de la predisposición criminal del ejecutor, por cuanto el férreo control y direccionamiento de la organización criminal por parte de sus líderes, garantiza que las actividades ejecutivas se realicen, ello debido a la capacidad de reemplazo que tienen sobre los autores que ejecutan materialmente las conductas típicas.

En el marco de esa labor, y desde un punto de vista operativo, el agente encubierto puede actuar de dos formas dentro de una organización criminal:

La primera, es en forma pasiva, consistente en un actuar contemplativo, limitando su accionar a la de un mero observador de un ambiente delictivo. Estos casos son excepcionales y no responden a la realidad criminológica de las organizaciones criminales ni tampoco es lo político criminalmente esperable de una técnica investigativa moderna. Así lo entiende el profesor Sergio Politoff en la hipótesis que el agente encubierto no pudiera realizar conductas típicas: **“si esa opinión...se interpretara en su sentido literal, la actividad del agente encubierto y/o informante estaría reducida a la de un contemplador puramente pasivo de las acciones de la asociación ilícita a la que se ha introducido. Tal concepción sería utópica...Claro está: si se infiltra un agente de policía o un informante en una organización criminal (particularmente de la clase que nos ocupa, que no se caracteriza por su simpatía hacia los observadores pasivos), es para trabajar, para hacer algo, y ese algo no podría consistir únicamente en pasearse por los escondites o lugares de reunión en que la organización funciona para hacer preguntas o recoger información, lo que resultaría por lo demás, bastante más peligroso para el agente o informante, que los riesgos que se quieren evitar a través de las medidas de precaución con que la ley ha rodeado sus declaraciones en el sumario.**

Es concebible por supuesto, que un agente encubierto efectúe labores de indagación en casos determinados, sin ejecutar actos de colaboración o instigación a la perpetración de hechos punibles que sirvan para desenmascarar y aprehender a los responsables. Así por ejemplo, fingirse un amigo de la persona que debe recibir una partida de sustancias estupefacientes, para estar allí en el momento de la entrega. Pero tales casos son excepcionales, aunque sólo sea porque los integrantes de bandas criminales son gentes de pocos amigos, no dispuestos a ventilar sus negocios ilícitos en presencia de testigos no comprometidos”²⁸.

La segunda forma de actuar, es de una manera activa dentro de la organización criminal, realizando labores ejecutivas y de colaboración en la organización con la triple finalidad de identificar a los partícipes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación. En cuanto a la admisibilidad de esta forma de operar del agente encubierto (actuaciones que podrían ser subsumibles dentro de algún tipo penal), además de las razones político criminales explicadas por el profesor Sergio Politoff, un análisis sis-

28 POLITOFF, Sergio, “El agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la Ley 19.9366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”. En: *Gaceta Jurídica*, N°203, Santiago, Chile, mayo 1997, p. 7.

temático de las normas de la Ley 20.000 confirman la admisibilidad de estas actividades ejecutivas del agente encubierto:

- Existe una causal de exención de responsabilidad especial para los agentes e informantes encubiertos, cuya premisa es la comisión de actos típicos por parte del funcionario policial.
- Esta técnica de investigación especial se encuentra regulada conjuntamente con otras técnicas investigativas excepcionales como las entregas vigiladas, que, de no mediar autorización del Ministerio Público, devendría en delictiva la circulación de la droga.
- La facultad de dotar al agente encubierto de una historia ficticia, se justifica también por lo delicado de las conductas activas que eventualmente va a realizar dentro de la organización criminal.

En cuanto a la legitimidad de la conducta del agente encubierto (activa o pasiva), el estándar para determinarlo, es el de la proporcionalidad²⁹. De esta manera se podrá evaluar si la intensidad de la conducta del agente encubierto era necesaria y la más adecuada para obtener la finalidad ordenada por la ley, atendido el particular contexto del ambiente delictivo en el cual se estaba desarrollando el agente encubierto y la existencia de otros mecanismos investigativos menos intrusivos que habrían podido utilizarse.

Tratándose de actividades orientadas a obtener objetivos legítimos y reconocidos por la ley, el legislador concedió en el artículo 25 inciso final, tanto para agentes como informantes encubiertos, una especial causal de exención de responsabilidad penal, redactada en los siguientes términos³⁰: **“El agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como**

29 La Constitución chilena no contiene ninguna norma que consagre el principio de la proporcionalidad aunque puede entenderse implícito en las reglas del Estado de Derecho como la interdicción de las actuaciones arbitrarias de los poderes públicos.

30 La Ley 19.366 no contemplaba esta causal de exención de responsabilidad para los actos del agente encubierto, no obstante lo cual, la doctrina estimaba que no era delictiva su conducta. Alguno de los argumentos eran los siguientes, desde la perspectiva que el agente era un agente provocador:

1. Para la doctrina alemana, se excluye la punibilidad del agente provocador, si este sólo se proponía que el hecho del autor principal quedara en fase de tentativa. El fundamento de la impunidad radica en que el provocador no quiere la consumación del delito del autor principal. La instigación punible apunta hacia dos efectos: a que surja la decisión de actuar en el autor principal y a que el delito se lleve a cabo. Si faltan ambos elementos, no hay instigación.

2. Para la doctrina holandesa, aunque el delito del agente provocador se encuentre consumado, el agente provocador no es punible, si el bien jurídico tutelado por el delito no ha sido puesto en peligro. Para estos autores, es difícil concebir el tráfico en fase de tentativa y por lo tanto, la inducción lleva necesariamente a la consumación.

3. Para la doctrina Española, el tema no está resuelto:

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

Esta causal de exención de responsabilidad penal tiene las siguientes características:

1. Es una causal de justificación que se funda en un interés preponderante consistente en el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un oficio o cargo (artículo 10° N°1 del Código Penal).
2. No restringe su aplicación a ciertos delitos, sólo hace referencia a que estos sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma.

VI. Requisitos del agente encubierto

- 1) Autorización por parte del Fiscal del Ministerio Público: Al igual que otras técnicas especiales de investigación como las entregas vigiladas y controladas, se requiere autorización expresa por parte del Fiscal.

Una sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema en causa Rol N°3501 2014 de fecha 7 de abril del 2014, acogió un recurso de nulidad por no encontrarse vigente la autorización dada por el Fiscal para la actuación de un agente revelador. Destaca entre los argumentos de la Corte Suprema, el

-
- Juan Bustos señala que parece predominar la opinión en el sentido que si se instiga un hecho determinado que deba ser detectado por la autoridad, no hay verdadera instigación.
 - Rodríguez Devesa se pone en el caso que el instigador piensa detener el curso de la ejecución e impedir que el hecho llegue a consumarse, afirma la responsabilidad criminal del provocador, porque las reservas mentales que albergue el provocador no alteran en absoluto el hecho que ha realizado consciente y deliberadamente los actos necesarios para que surja la determinación criminal en el provocado, lo que es tanto como inducirle a que cometa el delito.
 - Para Jiménez de Azúa, la intervención de la policía lleva consigo la exclusión de todo daño o peligro para el bien jurídico, por lo que se tratará de un delito absolutamente imposible.
 - Para Fernández Carrasquilla, si lo que el provocador hizo fue únicamente tender un cerco para sorprender al provocado, su actuación estará justificada por el ejercicio de un derecho o un cargo.
 - Gómez Rivero, pone el acento en la ausencia de los elementos subjetivos de la inducción.

hecho que esta diligencia resulta tan violenta que el legislador dispuso una causal de exención de responsabilidad penal para el que la utiliza³¹.

31 Sentencia Excma. Corte Suprema, 7 de abril del 2014, Rol N°3501-2014, que señala en lo pertinente:

“QUINTO: Que en el caso que se revisa, la autorización para el desempeño como agente revelador otorgada a la Cabo Primero J. H. Á. fue limitada por el Oficio N°1264, de 3 de mayo de 2013, a 30 días, en circunstancias que la intervención de la policía en esa calidad es de 23 de julio del mismo año. La prueba nueva que se permitió rendir al Ministerio Público para salvar la anomalía advertida consistente en un documento extendido con la misma fecha pero con un número correlativo menor, no manifiesta con la claridad que cree ver el fallo que la actuación se ajustaba a los términos de la autorización conferida por el fiscal.

SEXTO: Que, a mayor abundamiento, la autorización vigente cuya existencia reclama el persecutor para proceder con la mencionada técnica no constaba en la carpeta de investigación, lo que manifiesta una infracción al deber de registro, pues lo único que se ha demostrado es la existencia de dos documentos con diverso número identificatorio ninguno de los cuales estaba vigente a la fecha de la diligencia, lo que era absolutamente indispensable no sólo porque lo exige la norma del artículo 25 de la Ley 20.000, sino porque se trata de una técnica de investigación tan violenta que ha sido preciso disponer una exención de responsabilidad para quien la usa, desde que doctrinariamente se ha entendido que se ajusta a una forma de instigación delictiva.

Existe un reconocimiento expreso de las autoridades involucradas en el sentido que se hizo uso de la técnica que señala el artículo 25 de la Ley N°20.000, sin que resulten plausibles las explicaciones postreras de creer que actuaban al alero de una autorización vigente, cuando en realidad lo único cierto es que procedieron después de un mes y treinta días desde que había expirado, todo lo cual ha quedado en evidencia con la prueba rendida.

SÉPTIMO: Que en este escenario los agentes policiales ejecutaron una compra de estupefacientes al margen de la ley, porque la autorización para actuar en calidad de agente revelador no era válida al momento de la transacción, lo que de manera irregular les sirvió para ingresar al inmueble del imputado y proceder a su detención.

OCTAVO: Que a resultas de lo verificado, cuando la policía ingresó al domicilio del inculpaado y procede a incautar evidencias de cargo, todo lo obrado al interior de ese inmueble adolece de ilicitud y, por ende, no ha podido ser empleado en juicio y tampoco ha debido ser valorado como elemento de prueba contra el imputado, puesto que de lo contrario, se violenta su derecho garantizado en la Constitución Política y en los tratados internacionales vigentes reconocidos por este país a un proceso y una investigación previas racionales y justas.

NOVENO: En relación a este tópico y contrariamente a lo explicitado por el magistrado, lo cierto es que pesa sobre el Ministerio Público la obligación de registro de todas las actuaciones de la investigación, tanto como rige no sólo para el persecutor, sino también para el Sr. Juez de Garantía, como regla general del procedimiento, el Título I que fija los principios básicos y el párrafo 2° del Título II del Libro I del Código Procesal Penal, en cuyo texto explica el artículo 9° que el juez puede –en casos urgentes– otorgar una autorización que restrinja o perturbe derechos a una persona por cualquier medio idóneo, sin perjuicio de la constancia posterior en el registro correspondiente; del mismo modo, el artículo 21 expresa que las comunicaciones que corresponden a requerimientos de información entre autoridades, tribunales y de asistencia internacional también pueden realizarse por cualquier medio idóneo, sin perjuicio del posterior envío de la documentación que fuere pertinente.

- 2) No provocar o instigar al delito: La actuación del agente encubierto, no puede originar una predisposición delictiva en otra persona que no la tiene. La finalidad de esta técnica investigativa es el descubrimiento de un hacer criminal que se encuentra en desarrollo. A lo más, el agente encubierto va a concretizar una actividad delictiva ya existente pero no puede generar una voluntad delictiva en quien no la tenía.
- 3) Introducción en una organización delictiva: Los términos empleados por la Ley 20.000 son bastante amplios, se refiere a organizaciones delictuales o meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos. No se limita el ámbito de operación a las asociaciones ilícitas contempladas en el artículo 16 de la Ley 20.000³².
- 4) Proporcionalidad en la actuación del agente encubierto: Es un requisito no solamente consagrado en la causal de exención de responsabilidad penal del artículo 25 inciso final de la Ley 20.000, sino que es inherente al Estado de Derecho, emana de la dignidad humana y se exige a todas aquellas actuaciones del Estado que afecten derechos fundamentales.

El principio de la proporcionalidad exige una relativa gravedad de la infracción perseguida así como una ponderación de los intereses en juego por parte del agente encubierto y su controlador, para discernir si la intromisión y consiguiente restricción del derecho fundamental en beneficio del interés público debe primar sobre el interés del titular del referido derecho.

En este sentido, una sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena en causa Rol 275-2014 de fecha 1 de Septiembre del 2014 que rechazó un recurso de nulidad deducido por la defensa de funcionarios policiales quienes utilizaron ilegalmente la técnica del agente revelador, quienes además de ello emplearon a un menor de edad para tales efectos, hace suyos los razonamientos del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de la Serena, en

No cabe duda alguna que una decisión tan trascendente como la de autorizar a un funcionario policial para que proceda como agente revelador o la de un Juez de Garantía que permite el ingreso y registro de una propiedad han de quedar registradas en algún lugar más que en la sola memoria del funcionario por muy fiable que aquella sea, cuando se ha procedido en casos urgentes que han aconsejado dar la orden en forma verbal”.

- 32 Excepcionalmente, nuestro legislador permite la utilización de esta técnica para investigar a una persona que individualmente hubiere cometido o preparado la comisión de delitos de pornografía infantil o prostitución infantil. Así lo permite la disposición del artículo 369 ter: **“Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 366 quinquies, 367, 367 bis, 367 ter, 374 bis, inciso primero, y 374 ter”.**

orden a exigir la proporcionalidad en la utilización de tal técnica policial, en forma restrictiva y solamente para los casos que la ameriten³³.

Según los profesores Arnold, Martínez y Zúñiga, el principio de la proporcionalidad, tiene a su vez, los siguientes requisitos³⁴:

1. Debe perseguir una finalidad legítima.
2. Debe ser adecuada o idónea para la promoción (no necesariamente la realización) de dicho objetivo legítimo.
3. Debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que menos afecte los derechos involucrados (mínimo de intervención).
4. Debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención. Por tanto los instrumentos y los medios aplicados deben justificarse en su grado de gravedad: la gravedad de las intervenciones debe ser proporcionada a la urgencia o necesidad de los objetivos. Si estos no son urgentes o no son muy necesarios, los instrumentos utilizados deben ser de menor intensidad.

De acuerdo con ello, la actividad del agente encubierto deberá estar precedida de una constante ponderación de estos elementos cuando con su actividad pueda afectar derechos fundamentales. Por lo mismo, es importante estable-

33 Sentencia Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena, 1 de septiembre del 2014, Rol N°275-2014, que señala en lo pertinente reproduciendo los razonamientos del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la Serena causa RUC N°1000279975-3:

“DECIMOCUARTO: ...Tampoco puede ser justificación para la perpetración del ilícito, que se saque droga de circulación, atendido el bien jurídico protegido que subyace en la Ley 20.000, ya que no obstante el interés en combatir en forma vigorosa al crimen organizado alrededor del tráfico de drogas, y los diferentes delitos asociados a éste, que demanda mayor tolerancia para minimizar el impacto de abusos y los vicios de procedimiento que tales abusos conllevan, las herramienta que el legislador ha entregado a través de la Ley 20.000, por medio de técnicas especiales de investigación, deben ser utilizado por las policías en forma restrictiva y únicamente en casos que lo ameriten, es decir, con la proporcionalidad debida, y autorizados por funcionario competente...Entre estas técnicas especiales se encuentran el agente encubierto, el agente revelador y el informante, estatuidos en el artículo 25 de la Ley 20.000, y que define a cada uno de ellos, pero el legislador no entrega una licencia desprovista de legalidad y control para quienes hagan uso de ellas, y su límite está inexorablemente dado por el sistema de derechos y garantías que la Constitución y la Ley aseguran...No merece mayores dudas que un menor adolescente no puede ser utilizado bajo ninguna circunstancia para provocar o inducir la entrega de droga, lo que por lo demás, teniendo en consideración su edad y su nula instrucción en acciones de esta naturaleza, que duda cabe, dicha operación pudo encerrar un peligro para su integridad física y psicológica”.

34 ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ, José; ZÚÑIGA, Francisco, “El principio de la proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Estudios Constitucionales*, año 10 N°1, Santiago, Chile, 2012, p. 71.

cer primeramente qué tipo de organización es aquella en la cual se infiltra el funcionario (si es una mera asociación, una agrupación con propósitos delictivos, una organización delictual, una organización transnacional, si es una organización importadora de drogas o distribuidora), sus mecanismos de contrainteligencia (técnicas de chequeo y contra chequeo, compartimentaje, dobles tratos con agentes policiales, informantes infiltrados en organismos policiales, etc.), su grado de peligrosidad, la urgencia de la diligencia investigativa, los recursos investigativos disponibles, posibilidad de recurrir a otras técnicas igualmente eficaces y menos intrusivas, etc.

VII. Conclusiones

- La criminalidad organizada es un fenómeno dinámico, que actúa en red con otras organizaciones delictuales, ha sabido aprovechar las ventajas de la globalización, transnacionalizando sus actividades y aprovechando las tecnologías de punta para realizar sus operaciones.
- Esas características de la criminalidad organizada, además de la fuerte cohesión interna, lo que se refleja en el riguroso proceso de selección de sus integrantes y el control de los flujos de la información, hacen necesaria la existencia de mecanismos de investigación altamente intrusivos que permitan acceder a los espacios donde se genera la decisión delictual.
- El agente encubierto es una técnica investigativa especial que tiene su fundamento en la necesidad de contar con instrumentos eficaces para investigar la criminalidad organizada, técnica que tiene un amplio reconocimiento normativo nacional e internacional.
- Algunas características de los tipos penales contemplados en la Ley 20.000, hacen que la actividad del agente encubierto inserto en una organización criminal, signifique siempre el descubrimiento de delitos que actualmente se encuentran en curso y desarrollo, siendo inconcebible en esa forma de generación de conductas criminales, que un agente encubierto dé origen a una voluntad delictiva nueva que antes no existía, ya que necesariamente esas conductas se van a ejecutar, incluso con independencia de la predisposición del ejecutor, por ser precisamente el delito de tráfico un delito de emprendimiento que está en constante evolución y por tratarse de organizaciones criminales que operan bajo la fórmula de la autoría mediata, esto es, con autores ejecutores fungibles y reemplazables.
- El agente encubierto puede actuar de manera activa o pasiva en una organización criminal. De forma pasiva, como un mero contemplador de las operaciones criminales. De forma activa, facilitando, colaborando con las actividades criminales que se encontraban en curso.

- La legitimidad de la actuación del agente encubierto está determinada por sus presupuestos y requisitos, y muy especialmente por el requisito de la proporcionalidad de su actuación. Este es un requisito que subyace en toda actuación de los poderes del Estado, emana de la dignidad humana y exige un ejercicio racional del poder público.
- La proporcionalidad de la conducta del agente encubierto, va a significar en la práctica una ponderación de los elementos del principio de la proporcionalidad en el caso concreto. Por lo cual, no se podría, per se, desestimar la actuación de un agente encubierto por haber afectado un derecho fundamental sin haber hecho previamente este ejercicio de valoración.
- Para la correcta ponderación de los intereses en conflicto, para determinar la legitimidad de la actuación del agente encubierto, esto es, si su conducta era necesaria e idónea para obtener su fin reconocido por la ley, habrá que conocer las características de la criminalidad organizada, sus métodos de contrainteligencia, sus políticas de eliminación de prueba, su forma de cohesión. Esto, por cuanto si bien el agente encubierto es una técnica de excepción, igualmente excepcional es el crimen organizado que atenta de forma permanente y más violenta contra todo tipo de bienes jurídicos individuales y supra individuales.