

---

## EL AGENTE ENCUBIERTO Y SU RESPONSABILIDAD

Por *Carolina Zavidich Diomedi\**  
*Abogado Asesor*

### INTRODUCCIÓN

#### 1. Consideraciones Generales

El artículo 489 del Código Penal dispone: “*Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: 1. Los parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta. 2. Los parientes consanguíneos legítimos hasta el segundo grado inclusive de la línea colateral. 3. Los parientes afines legítimos en toda la línea recta. 4. Los padres y los hijos naturales. 5. Los cónyuges. La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.*”, entendiéndose doctrinariamente como las “Excusas Legales Absolutorias”, donde la ley no castiga el actuar ilícito de ciertas personas aún cuando se den todos los presupuestos jurídicos, y lo hace por razones político criminales, pues aplicar una sanción penal, sería más gravoso o perjudicial para la convivencia de éstos.

El profesor Enrique Cury la define como “... *situaciones en las cuales el derecho renuncia a la punibilidad de una conducta típica, antijurídica y culpable, por razones de utilidad social.*”<sup>1</sup> De este modo, la excusa legal absolutoria se aplica exclusivamente a determinadas personas, pues el legislador ha razonado que es conveniente renunciar a la imposición de la pena por razones de convivencia social, no obstante subsistir la responsabilidad civil, y hoy en día la doctrina mayoritaria concluye que se emplea exclusivamente a lo que se denomina “orden de las familias”, por lo que no debemos confundirlas con las causas personales de exclusión de pena, las condiciones objetivas de punibilidad o las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

En el marco de la ley de Drogas<sup>2</sup>, el artículo 25 inciso final, aborda el tema del agente encubierto, eximiendo expresamente de responsabilidad penal a un funcionario policial que actúa autorizado por el Ministerio Público como agente encubierto, respecto de aquellos hechos ilícitos que necesariamente deban realizar o hayan estado impedidos de evitar, con ocasión de su cometido. Sin

---

\* Abogado Asesor, Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas, Fiscalía Nacional del Ministerio Público.  
czavidich@minpublico.cl.

<sup>1</sup> Enrique Cury, “Derecho Penal, Parte General”, 8° Edición, Cap. VIII Teoría de la Culpabilidad, pág. 469.

<sup>2</sup> Ley N°20.000 que sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 16-02-2005.

embargo, en ocasiones el agente encubierto puede verse excedido en su actuar, cometiendo un acto verdaderamente ilícito, más allá del permitido, y habrá que determinar la existencia de ausencia de antijuridicidad. Así, el artículo 25 inciso final dispone expresamente una exención de responsabilidad penal especial al agente encubierto, revelador e informante, bajo ciertos supuestos.

La Ley N°20.000 define al Agente Encubierto en su artículo 25 inciso 2° como “... *el funcionario policial que oculta su identidad y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los partícipes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación. ...*”, luego en su inciso 3° dispone que éste podrá “... *tener una historia ficticia...*” y luego en su inciso final señala que “... *en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma...*”. Así, el funcionario policial debe estar autorizado por el Ministerio Público para actuar como agente encubierto dentro del marco de una investigación por los delitos contemplados en la Ley N°20.000.

En la historia de la ley se señala la importancia del agente encubierto como técnica de investigación criminal y la necesidad de darle una protección al funcionario policial que actúa infiltrado en una organización por medio de una historia ficticia, pero en cuanto a la responsabilidad penal por los actos que comete en el ejercicio de su calidad de agente encubierto sólo se limita a señalar que estarán exentos de responsabilidad criminal por los delitos que dentro de su función de tal, haya tenido que perpetrar o no haya podido evitar, los que deberán guardar proporcionalidad con la finalidad de la misma.

En el proyecto de la Ley N°20.000, en su artículo 30 inciso 2° disponía que: “*El agente encubierto estará exento de las penas que correspondan a los autores, cómplices o encubridores, por los delitos sobre los que oportuna y debidamente ha informado a sus superiores jerárquicos y que en virtud de su especial cometido le corresponda ejecutar...*” y en su inciso 5° “...*El agente encubierto, el informante y el agente revelador están exentos de responsabilidad penal en el hecho en que participan, en cuanto obran de conformidad a las instrucciones previamente recibidas...*”. Dentro de la discusión parlamentaria se determinó que el agente encubierto tendrá una eximente de responsabilidad por los delitos que oportunamente hubiere informado a sus superiores jerárquicos, entendiéndose como superior jerárquico a su superior policial y no al Ministerio Público<sup>3</sup>, sin embargo S.E. el Presidente de la República presentó la indicación de eliminar la exigencia de autorización de su superior jerárquico policial y argumentado en el nuevo sistema procesal penal, “... *la única autoridad a la que le corresponde*

---

<sup>3</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Boletín N°2439-20, Honorable Senado, pág. 36

*autorizar a este tipo de agentes es al Ministerio Público, ya que a la policía sólo le cabe designar al funcionario que desempeñará dicha función...’’<sup>4</sup>, ente que tiene la exclusividad de la investigación y persecución penal.*

Esta técnica de investigación dispuesta en la ley de Drogas, también es aplicable del mismo modo en las investigaciones de los delitos contemplados en la Ley N°19.913<sup>5</sup> <sup>6</sup>, respecto de lavado de dineros y activos. Y con algunos matices diferentes, el Código Penal en su artículo 369 ter señala que el tribunal podrá autorizar, a petición del Ministerio Público<sup>7</sup>, la intervención de agentes encubiertos en la investigación de delitos de pornografía infantil, prostitución de menores y en general delitos sexuales en donde se vean involucrados menores de edad.<sup>8</sup>

## **2. Importancia como Técnica de Investigación**

El agente encubierto como técnica de investigación ha sido utilizado en muchos países y su propósito es identificar a los partícipes y recabar información que sirva para el proceso penal, siempre que éste no induzca a la comisión de un delito, pero debe necesariamente para poder introducirse en dicho grupo y lograr

---

<sup>4</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Boletín N°2439-20, Honorable Senado, pág. 37. Y finalmente la Comisión acordó que los “fiscales del Ministerio Público podrán autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos o reveladores y, a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de dichos Servicios actúen en alguna de las dos calidades anteriores”

<sup>5</sup> “Crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica Diversas Disposiciones en materia de Lavado y Blanqueo de Activos”

<sup>6</sup> Ver Oficio FN N°603 de fecha 18 de diciembre de 2003, sobre “Análisis de la Ley N°19.913 que Crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica Diversas Disposiciones en Materia de Lavado y Blanqueo de Activos”

<sup>7</sup> Siendo el agente encubierto calificado como una técnica de investigación y considerando que el actual sistema procesal penal dispone que la exclusividad de la investigación y persecución penal esta radicada en el Ministerio Público, no parece coherente que radique en la autoridad del tribunal el indicado para otorgar la intervención del agente encubierto en una investigación de delitos sexuales, aún cuando sea a petición del Ministerio Público.

<sup>8</sup> Código Penal

**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, y la investigación lo hiciere imprescindible, el tribunal, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de esa persona o de quienes integren dicha organización, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de comunicaciones. En lo demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal.

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

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

Los agentes encubiertos, el secreto de sus actuaciones, registros o documentos y las entregas vigiladas se regirán por las disposiciones de la ley N° 19.366.” (Incorporado por la Ley 19.927 de 14 de enero de 2004.)

la confianza de ellos, generar actos, generalmente ilícitos, que lo califiquen como apto para formar parte de la organización criminal; de esta manera al generar las confianzas podrá recoger los antecedentes necesarios para lo cual fue encomendado como agente encubierto.

Ha tomado tanta relevancia las técnicas de investigación criminal, que como lo dijera el profesor Michel Diban<sup>9</sup>, grupos de expertos en técnicas de investigación de la ONU dicen que tales técnicas se deben promover y alentar a nivel internacional, para lo cual los Estados debieran proporcionar recursos para facilitar la aplicación de las mismas, debiendo considerárseles como instrumentos necesarios y útiles para lograr una investigación eficaz.

## **RESPONSABILIDAD**

### **1. El Agente Encubierto en la Ley N°19.366**

La Ley N°19.366, en su artículo 34 inciso 2° entregaba un concepto de agente encubierto, entendiéndose como tal: “... *el funcionario policial que, debidamente autorizado por sus superiores, oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictivas simulando ser parte de ellas o estar interesado en la comisión del delito que se investiga, con el propósito de identificar a los partícipes o recoger antecedentes necesarios para la investigación...*”.

Como lo señalara el profesor Politoff<sup>10</sup>, la ley N°19.366 nada señala respecto al ámbito de los que le está permitido al agente encubierto, ni de las circunstancias por las cuáles se le exime de responsabilidad penal, pero considera para la aplicación, se debía cumplir con los siguientes supuestos, entendiéndose en el antiguo sistema procesal penal<sup>11</sup>:

- Autorización previa de su superior jerárquico,
- La existencia previa de una investigación,
- Autorización judicial,
- Que los actos se realicen en relación a una organización delictiva<sup>12</sup>
- Que exista un propósito legítimo (identificar a los partícipes de la organización criminal, recoger pruebas)

---

<sup>9</sup> Exposición del Profesor **Michel Diban** en Jornada para Fiscales Especializados en Drogas del Ministerio Público, *Aspectos Jurídicos Relevantes, Técnicas Especiales de Investigación en la Legislación Chilena* 19 de diciembre de 2005.

<sup>10</sup> **Sergio Politoff – Jean Pierre Matus**, “Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes”, Edit. Jurídica Cono Sur, agosto 1998, pág. 53 y ss.

<sup>11</sup> Sergio Politoff – Jean Pierre Matus, “Lavado de Dinero y Tráfico Ilícito de Estupefacientes”, Edit. Lexis Nexos, agosto 1999, págs. 167 y ss.

<sup>12</sup> Entendiendo que corresponde a la asociación ilícita del artículo 22 de la Ley N°19.366, excluyendo la posibilidad de investigar con esta técnica a pequeñas agrupaciones dedicadas al comercio de drogas en pequeñas cantidades, como la figura del “micrográfico”.

Por otra parte, la Ley N°19.366 contemplaba ciertas medidas de protección tales como la prohibición de revelar su identidad en juicio, artículo 33B, la posibilidad de declarar en virtud del artículo 191 del Código Procesal Penal, esto es como prueba anticipada, y otras medidas complementarias como cambio de identidad, domicilio u otras.

## 2. El Agente Encubierto en la Ley N°20.000

El Oficio N°65<sup>13</sup> del Fiscal Nacional, señala que es una técnica de investigación para ser utilizada en la indagación de los ilícitos de la ley N°20.000 y que como técnica, “... *queda entregada su aplicación al Ministerio Público, por ello es el fiscal quien previamente deberá disponer su uso en el caso concreto, dejando constancia de ello en la carpeta investigativa...*”<sup>14</sup>.

Señala asimismo, que como novedad legislativa, la Ley N°20.000, dispone:

- Dispone *expresamente la eximente de responsabilidad penal* del agente encubierto, revelador e informante sobre los delitos 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,
- Además de permitir nombrar a un agente encubierto para que se involucre o introduzca a en organizaciones delictuales como la asociación ilícita del actual artículo 16, con el objeto de recoger información para la investigación; también autoriza el nombramiento de éste, en aquellas agrupaciones o reuniones de 2 o más personas con fines delictivos.
- Dota la posibilidad de generar una *historia ficticia* al agente encubierto, la que deberá ser llevada a cabo por la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación<sup>15</sup>.
- Incorpora también la figura del *agente revelador*,
- Otorga *normas de protección* de los agentes encubiertos e informantes.
- Radica en el *Ministerio Público la facultad de designar* a funcionarios policiales como agentes encubiertos, en conformidad al artículo 83 de la Constitución Política del Estado, quien tiene la autoridad de dirigir la investigación en forma exclusiva de la acción penal pública, y artículos 3,

---

<sup>13</sup> Oficio N°65, Instructivo N°8 de la Ley N°20.000 sobre Técnicas de Investigación y medidas investigativas del Ministerio Público específicas de la Ley N°20.000 de fecha 2 de febrero de 2005.

<sup>14</sup> Se hace referencia además a los Oficios del Fiscal Nacional N°, Instructivo General N°48 de fecha 1º de febrero de 2001, Oficio N°271 de fecha 3 de junio de 2002; agregando que tanto el agente encubierto, agente revelador o informante, antes de empezar a actuar como tales, deberán estar previamente autorizado por el Ministerio Público.

<sup>15</sup> En la discusión parlamentaria se señaló que la historia ficticia era una herramienta de vital importancia para asegurar la vida del funcionario policial, pues éste al involucrarse o participar dentro de una organización criminal con su propia identidad, podría, luego de culminada la calidad de agente encubierto, generar graves perjuicios tanto a éste como a su familia.

53 y 77 del Código Procesal Penal y artículo 1° de la LOC N°19.640 del Ministerio Público.

### 3. Límites de actuación

El Oficio N°65 ya comentado, señala que a los agentes encubiertos se les exige de “...**responsabilidad penal 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 debida proporcionalidad con la finalidad de la misma...**”. Señala además, que los delitos cometidos por el agente encubierto pueden ser “*activos*”, refiriéndose a aquellos delitos en que necesariamente y por la calidad de tal que se involucra dentro de una organización criminal, **deba cometer**<sup>16</sup>; y delitos “*pasivos*”, haciendo mención a aquellos que en virtud de lo anterior, **no haya podido evitar o impedir realizar**. Recalca que el actuar del agente ante un delito, debe ser siempre subsidiario, es decir “... *no debe haber otra vía o forma en que el agente o informante encubierto o revelador pueda realizar su actividad de investigación...*”<sup>17</sup>; dándole el carácter de subsidiaridad, por lo tanto, el agente encubierto no podrá cometer otros delitos que no se relacionen directamente con la actividad ilícita desarrollada por la asociación u organización investigada. A su vez, el o los delitos que cometa el agente encubierto, debe(n) guardar la “*debida proporcionalidad*” con la finalidad de la investigación, esto es **no debe constituir una provocación al delito**. En este sentido, la jurisprudencia española, ha tenido la oportunidad de desarrollar latamente el tema del delito “Provocado” y sobre el particular, señala que las conductas desplegadas por el agente encubierto en la comisión de ciertos delitos deben ser congruentes con la realización del o los delitos que se está investigando.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Revisada la Historia Legislativa de la Ley N°20.000, cuando se refiere a los delitos que el agente encubierto **deba incurrir**, se refiere a aquellos delitos que le son propios o que caracterizan la existencia de una asociación o reunión delictiva; es decir, la autorización de introducir a un agente encubierto, en el marco de una investigación por delitos de la Ley N°20.000, permite a éste, realizar los delitos que la organización lleva a cabo, tales como los de elaboración, fabricación, transporte, producción, distribución, comercialización, exportación, etc., de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, como también la de precursores o de sustancias químicas esenciales, con el objetivo de destinarlos a la elaboración de drogas; y no otros delitos de distinta naturaleza.

<sup>17</sup> Debe ser una “Consecuencia Necesaria”.

<sup>18</sup> Así lo señala una sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, N°262/2003, de 19/02/2003, sentencia expuesta por el Prof. Sr. Michel Dibán en su exposición en la Jornada para Fiscales Especializados del Ministerio Público en Santiago, el 19 de diciembre de 2005. “...*no puede afirmarse que “Manuel” haya incitado a la comisión de un delito que el acusado no tuviera ya intención de cometer, es más, que estaba ya cometiendo al estar en posesión, mediata o inmediata, de la droga que ofertaba, de suerte que la actuación del agente al simular trasladar la oferta a unos supuestos clientes que deseaban adquirir tres a cuatro kilos de cocaína, poniéndose en marcha el proceso de transacción que se describe en la sentencia, no está provocando un delito, sino verificando su existencia, acopiando pruebas de la misma, esto es, **haciendo aflorar al mundo exterior la realidad de una voluntad criminal y de una actividad delictiva preexistente, fundamentamente sospechada a cuya comprobación se dirige la actuación policial...***”

De este modo podemos hacer un símil con las eximentes de responsabilidad del artículo 10 N°4, 5, 9, 10, 12, pues bajo ciertos supuestos el agente encubierto actuará en legítima defensa propia o de terceros (N°4 y 5) o violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable (N°9) o incurriera en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable (N°12); o la más aceptada por la doctrina, el que obra en *cumplimiento de un deber* o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo (N°10).

El problema se plantea en determinar, qué delitos el agente encubierto puede ejecutar y cuáles ilícitos se encuentran comprendidos como los que no pudo impedir realizar; por otra parte, precisar el límite donde opera la causal de justificación del artículo 25. A la sazón, estimamos que para que proceda la eximente de responsabilidad, será necesario que se cumplan los dos requisitos exigidos en el artículo 25 inciso final, es decir:

- Que sean *consecuencia necesaria* del desarrollo de la investigación, y
- Que guarden *debida proporcionalidad* con la finalidad de la misma.

Quedando de esta manera totalmente excluido cualquier acto ilícito ejecutado por el agente encubierto, que sea en su beneficio propio, como retener sustancias estupefacientes, comercializar con ellas al margen de la investigación instruida.

El tema ha sido tratado por el Profesor S. Politoff, quien señala que hay circunstancias en donde no se comprende la causal de justificación del agente encubierto<sup>19</sup>:

- Actuación del agente en donde *falta el propósito legítimo*, refiriéndose a la identificación de los partícipes, recabar información de la organización, etc.; regido por la normativa penal,
- Actuación del agente *fuera de los presupuestos fácticos de la justificación*, tales como el exceso de celo moral, abuso de poder, actos de corrupción; que se encuentran fuera de su mandato legal.

Frecuentemente el actuar delictuoso del agente encubierto converge con el proceder del provocador e instigador, pues si el funcionario policial ha provocado artificialmente que un sujeto cometa delito, más que prevenir el delito, hace todo lo necesario para que éste se realice y así obtiene un culpable que sea llevado a juicio<sup>20</sup>, y como ha ocurrido en Estados Unidos que la Corte Suprema ha dado la exención de responsabilidad a quien ha cometido delito

---

<sup>19</sup> Sergio Politoff – Jean Pierre Matus, “Lavado de Dinero y Tráfico Ilícito de Estupefacientes”, Edit. Lexis Nexos, agosto de 1999, pág. 178 y ss., recogida también en Oficio FN N°053, Instructivo N°48 sobre “Diligencias en delitos de tráfico ilícito de drogas en relación al nuevo sistema procesal penal”, de fecha 1° de febrero de 2001.

<sup>20</sup> Sergio Politoff – Jean Pierre Matus, “Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes”, Edit. Cono Sur, agosto de 1998, pág. 59 y ss.

instigado por el agente policial.<sup>21</sup> No obstante, en materia de delitos de drogas, la jurisprudencia revisada, por lo general, amplían el ámbito de exclusión de responsabilidad del agente encubierto, “... *si falta el dolo de llevar la lesión al bien jurídico hasta su plena realización material, esto es, hasta la irreparabilidad...*”<sup>22</sup> Y como lo señalara el profesor Politoff, “...*El fundamento de la exclusión de responsabilidad del agente provocador sería la circunstancia de que, si bien éste tiene el propósito de suscitar en el provocado la decisión de ejecutar el hecho, no quiere la consumación del mismo lo que al contrario, él quisiera impedir...*”<sup>23</sup>

Debemos entender que la actuación del agente encubierto como técnica de investigación en la Ley N°20.000 esta orientada a proteger la salud pública y el orden público, pero para ello, necesariamente realizará ciertos actos que son constitutivos o catalogados como hechos ilícitos, pero que se *enmarcan dentro de la actividad necesaria que tiene que realizar*, a fin de poder obtener la información necesaria para la investigación. Hechos que no ponen en peligro el bien jurídico tutelado, por lo que se entiende que la exención de responsabilidad, implica la intromisión del agente encubierto en asociaciones o grupos que se dediquen a las actividades descritas como prohibidas en la Ley N°20.000 y no al consumidor final, pues en este caso se estaría en el límite de la lesión al bien jurídico tutelado. Politoff manifiesta que el agente encubierto debe circunscribirse a intervenir sólo dentro del ámbito comprometido en que procedería dicha asociación, y si con su actuar logra obtener los antecedentes necesarios para desarticular su operatividad, partícipes y su modos de operar, etc., “... *tal conducta pudiera estimarse como una manera impuesta por la necesidad de amparar los bienes jurídicos antes referidos, contra un aparato que produce su lesión de manera permanente a través de la repetición de actos semejantes..., requiere del empleo de acciones normalmente prohibidas...*”<sup>24</sup>

Cabe destacar que tanto la legislación, doctrina y jurisprudencia comparada revisada, se encuentran contestes en rechazar, entre los actos ilícitos exentos de responsabilidad penal del agente encubierto, cualquier delito de sangre; así en la historia legislativa de la Ley N°20.000 se dejó en claro que se rechazan absolutamente éstos delitos como los comprendidos en la eximente de responsabilidad penal del artículo 25 inciso final.

---

<sup>21</sup> Referencia de Supreme Court, 19/05/1958 United State, 356 US. Supreme Court Reports 2L de 2d, p. 848ss. Cfr. Sentencia de Hoge Raad de los Países Bajos, 4.12.1979, NJ 1980, 356, Citada en S. Politoff – Jean Pierre Matus, “Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes”, Edit. Cono Sur, agosto de 1998, pág. 60.

<sup>22</sup> Scoenke/Schroder (Cramer) Strafgesetzbuch, Comentar, Munich, 1997, pág. 446. Cita de S. Politoff – Jean Pierre Matus, “Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes”, Edit. Cono Sur, agosto de 1998

<sup>23</sup> S. Politoff – Jean Pierre Matus, Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes”, Edit. Cono Sur, agosto de 1998, pág. 4 y 5

<sup>24</sup> S. Politoff – Jean Pierre Matus, Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes”, Edit. Cono Sur, agosto de 1998, pág. 77.

#### 4. Legislación Comparada

La legislación comparada ha aceptado cada vez más la aplicación del agente encubierto como técnica de investigación y principalmente en la indagación de delitos del crimen organizado del narcotráfico y en algunas ocasiones en casos de prostitución infantil. Sin embargo especial cuidado se tiene con la aplicación de ésta técnica, por cuanto como medio de prueba puede encontrarse en el límite de la inducción al delito, así el agente encubierto al actuar infiltrado en alguna organización debe tener especial cuidado en no provocar el delito que se investiga, debiendo el agente encubierto tener una participación de solo colaboración en la comisión del hecho que reviste los caracteres de delito, así la ejecución no debe iniciarse en el agente encubierto, sino en o los sujetos investigados.

La legislación argentina, reconoce la figura del agente encubierto en su artículo 31 bis de la Ley N°24.424 y en su artículo 31 ter<sup>25</sup> establece la exención de responsabilidad del agente encubierto que haya cometido delito como consecuencia del desarrollo de su investigación, quedando excluida de justificación aquellos delitos que impliquen poner en peligro la vida o integridad física o síquica de una persona.

En Perú, el DL Legislativo N°824, artículo 28 de la Ley de Lucha Contra el narcotráfico reconoce al agente encubierto, el que debe ser autorizado por el Ministerio Público o el Juez si es durante el proceso judicial, siempre supervisado, y disponiendo que debe concluir apenas se logre con los objetivos propuestos, estos es, la obtención de las pruebas necesarias para posibilitar la acusación penal, identificar la estructura, dirigentes, integrantes, recursos, *modus operadi*, conexiones con asociaciones ilícitas, etc.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Ley N°24.424, Ley "Tenencia y Tráfico de Estupefacientes", ARTICULO 31 Ter. No será punible el agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro. Cuando el agente encubierto hubiese resultado imputado en un proceso, hará saber confidencialmente su carácter al juez interviniente, quien en forma reservada recabará la pertinente información a la autoridad que corresponda. Si el caso correspondiere a las previsiones del primer párrafo de este artículo, el juez lo resolverá sin develar la verdadera identidad del imputado. *Modificado por: Ley 24.424 Art.7 Incorporado. (B.O. 09-01-95).*

<sup>26</sup> Decreto Legislativo N°824 de 24/04/1996 Ley de Lucha contra el Narcotráfico, Perú, Artículo 28.- El representante del Ministerio Público con el propósito de permitir la obtención de las pruebas necesarias para posibilitar la acusación penal, entre otros aspectos, podrá autorizar a los órganos especializados comprometidos en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, la ejecución de los procedimientos denominados "Remesa Controlada" y "Agente Encubierto", supervisando su desarrollo y disponiendo la culminación, en cuanto se haya cumplido con los objetivos propuestos. Si los procedimientos antes citados fueran necesarios durante el proceso judicial, la autorización respectiva la otorgará la autoridad judicial correspondiente. La ejecución de dichos procedimientos a nivel internacional se sujetará a lo prescrito en los convenios suscritos por el Perú. b. "AGENTE ENCUBIERTO": El procedimiento especial, planificado por la autoridad policial y autorizado con la reserva del caso por el Ministerio Público o el órgano jurisdiccional mediante el cual un agente especializado, ocultando su identidad se infiltra en una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas, con el propósito de identificar su estructura, dirigentes e integrantes, recursos, modus operandi y conexiones con asociaciones ilícitas.

En Bolivia, el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 282 dispone que el fiscal puede solicitar al juez de instrucción, fundadamente y bajo su responsabilidad, la intervención de un agente encubierto, que pueden ser solo miembros de la policía altamente calificados y con su consentimiento para actuar, y solamente opera subsidiariamente en casos de ausencia o insuficiencia de medios de prueba. Sin embargo, no se encuentra exento de responsabilidad penal de otros actos distintos a los encomendados o comete exceso o desproporcionalidad en relación a las necesidades o finalidades de la misma<sup>27</sup>

En España, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 282 bis dispone<sup>28</sup> la factibilidad del agente encubierto, el que puede actuar bajo una identidad ficticia,

---

<sup>27</sup> Código de Procedimiento Penal, Bolivia, **Artículo 282º.- (Agente encubierto)** En la investigación de delitos vinculados al tráfico ilícito de sustancias controladas, en caso de ausencia o insuficiencia de medios de prueba, el fiscal podrá solicitar fundadamente, bajo su responsabilidad, al juez de la instrucción, autorización para la intervención, en calidad de agentes encubiertos, de miembros de la Policía Nacional altamente calificados, sin antecedentes penales o disciplinarios, que presten su consentimiento al efecto. La resolución del juez de la instrucción que autorice la intervención del agente encubierto consignará la identidad supuesta del mismo que será mantenida en reserva y se conservará fuera de las actuaciones con la debida seguridad en sobre cerrado y lacrado que contendrá además la identidad verdadera del agente. El agente encubierto mantendrá informado al fiscal encargado de la investigación sobre las actividades realizadas y por realizarse en el curso de la misma y sobre la información que vaya obteniendo. Las declaraciones testimoniales del agente encubierto no serán suficientes para fundar una condena si no se cuenta con prueba adicional incorporada válidamente al proceso. El agente encubierto no estará exento de la responsabilidad que corresponda, si en el curso de la investigación realiza actos distintos a los específicamente encomendados o con evidente exceso o desproporcionalidad, con relación a las necesidades o finalidades de la misma.

<sup>28</sup> **Exposición de Motivos**

La criminalidad organizada ha adquirido en nuestro tiempo una alarmante dimensión, tanto por su importancia, como por el «modus operandi» con que actúa. Ante este nuevo reto, los sucesivos Gobiernos han ido poniendo instrumentos de todo orden en manos de quienes tienen la misión de perseguir y reprimir dichas conductas, si bien existen todavía algunos instrumentos de los que puede dotarse legítimamente un Estado en su lucha contra esas formas de criminalidad que no han tenido acogida en nuestro sistema jurídico. Partiendo de esta realidad, se trata con estas propuestas de regular nuevas técnicas de investigación que permitan penetrar en el corazón mismo de las organizaciones delictivas para conocer su funcionamiento, financiación, etc., con las garantías suficientes que permitan su apreciación en el proceso penal coadyuvando a la consecución del fin del mismo, que no es otro que el descubrimiento de la verdad real y la aplicación de la ley penal al caso concreto, teniendo siempre en cuenta que los límites de las técnicas propuestas de investigación se encuentran en el sistema de derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo imputado, ya que por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se tratan de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales. Por tanto, la búsqueda de medios jurídicos eficaces para luchar contra la criminalidad organizada, no debe comportar un detrimento de la plena vigencia de los principios, derechos y garantías constitucionales y la preservación de los aludidos principios, derechos y garantías exige, siempre que exista conflicto, que el mismo se resuelva en favor de estos últimos, porque ellos constituyen el verdadero fundamento de nuestro sistema democrático. Por todo ello, el Grupo Parlamentario Socialista presenta la siguiente

**Artículo 282, Ley de Enjuiciamiento Criminal, España, 1.** A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad. La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano

señalando que quedará exento de responsabilidad de aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, proporcionales con la finalidad de la misma y que no haya provocación al delito. Debiendo en consecuencia, tener especial cuidado con el límite entre el agente encubierto y el instigador, que se presenta cuando el agente crea la voluntad del sujeto investigado para que ejecute un delito se llama agente inductor.

## CONCLUSIÓN

Descrita la actuación del agente encubierto en el marco de una investigación de la ley N°20.000, podemos establecer que el ámbito en que se le autoriza a actuar eximiéndolo de responsabilidad penal es en *aquellos hechos que le son propios a la organización que se está indagando o respecto de aquellos en que éste no pudo evitar cometer*. Sin embargo, nos encontramos con situaciones límites como las del agente instigador y en otras, el agente perpetra hechos que van en su propio beneficio. Pero también se presentarán circunstancias en que no podrá invocarse la eximente del artículo 25 inciso final, y podrá eventualmente fundamentarse, con alguna eximente de responsabilidad del artículo 10 del Código Penal.

Como lo observara el Profesor Michel Dibán<sup>29</sup>, el agente encubierto puede encontrarse en tres situaciones respecto a la exención de responsabilidad penal.

---

judicial competente. 2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre. Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto. 3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables. 4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: a) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal. b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal. c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal. d) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal. e) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal. f) Delito de tráfico de material nuclear y radioactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal. g) Delitos contra la salud pública previsto en los artículos 368 a 373 del Código Penal. h) Delito de falsificación de moneda previsto en el artículo 386 del Código Penal. i) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal. j) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 del Código Penal. k) Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito. Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.

<sup>29</sup> Segundo Trámite Constitucional, Senado, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Boletín N°2439-20, pág. 37.

- *Realizar las conductas ilícitas* para las cuales se ha formado la asociación delictual a que pertenece, en que se aplican las eximentes del Código penal, artículo 10, como la de haber obrado en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un oficio o cargo,
- *Inducir la comisión de un delito*, donde no procede la exención de responsabilidad, pues el objetivo del agente encubierto no es a inducir ningún delito,
- Que se encuentre *obligado a cometer otros delitos*; y sería la materia más difícil de abordar, en razón de los supuestos exigidos en el proyecto. (hoy Ley N°20.000).

Por lo tanto, para que la eximente opere en la Ley N°20.000 serán necesarios los siguientes supuestos mínimos a nuestro entender:

- La actuación del agente encubierto *debe estar autorizada por el Ministerio Público*,
- La *existencia previa de una investigación* dentro del marco de la Ley N°20.000,
- Que los *ilícitos* efectuados por el agente encubierto estén *relacionados con propios de la organización criminal*, y que sucedan en el *ámbito de la investigación que autoriza su actuar*,
- Que su actuación este destinada a *descubrir datos claves* para la investigación, tales como quiénes son los partícipes, sus planes, etcétera,
- Y que los límites son la “*consecuencia necesaria*” del desarrollo de la investigación y la “*debida proporcionalidad*” con la finalidad de la misma.

Con todo, siempre surgirán interrogantes respecto a los límites de actuación del agente encubierto; las que profundizaremos en una próxima oportunidad.