

**El agente encubierto en la ley de drogas.  
La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo \***

Eduardo Riquelme  
Estudiante de Doctorado en Derecho penal, Universidad Pompeu Fabra  
[erp@uribe-etxeverria.cl](mailto:erp@uribe-etxeverria.cl)

**Resumen**

El presente artículo constituye un primer estudio en relación a la figura del "agente encubierto", de larga data en legislaciones comparadas e incorporada al ordenamiento jurídico chileno, en el artículo 25 de la ley número 20.000, nueva ley de drogas. De esta manera, luego de definir la citada figura, se realiza una aproximación a las críticas que, en distintos escenarios, se han formulado al empleo de esta técnica por parte del Estado en el ámbito de la persecución penal pública, intentando cuando menos enunciar los reparos constitucionales, tales como la eventual vulneración al "derecho a la intimidad" o el "derecho a la inviolabilidad del hogar", cuanto legales, por ejemplo qué ocurre con la necesidad de autorización judicial previa en este caso, que merece la figura consagrada en la legislación chilena.

**Palabras clave**

Infiltración policial, agente encubierto.

**Abstract**

The following article represents a first time study of "concealed police agents," long contemplated in foreign legislations, but just recently incorporated to Chile's positive law, in article 25 of the new law on drugs, law number 20,000. After defining the aforementioned institution, the article addresses the different criticisms formulated, in various scenarios, against the use of the "concealed police agents" technique by the State, in criminal prosecution, intending to at least enunciate the main constitutional and legal objections around this kind of agent in Chilean legislation, such as a possible violation of constitutional rights, e.g. the right to privacy and the right to home inviolability, as well as the eventual avoidance of previous judicial authorization as required by the legislation in those cases.

**Key words**

Police infiltration, concealed agent.

---

\* Artículo presentado el 19 de abril de 2006 y aprobado para publicación el 31 de octubre de 2006.

## Introducción

El modelo de la sociedad postindustrial, configurada como una “sociedad del riesgo” a partir de la difusión mundial de la obra del mismo nombre del sociólogo alemán Ulrich Beck<sup>1</sup>, fuertemente marcada por los avances de la ciencia y de la tecnología, por el desarrollo de los medios de transporte y de comunicación y por un marcado debilitamiento de los vínculos humanos, ha influenciado, como no, al Derecho penal, particularmente la relación política criminal y dogmática. Estas disciplinas o áreas del Derecho penal que hasta antes del modelo desarrollado por Roxin se consideraban separadas – al punto de sostener Von Liszt que la segunda era la “barrera infranqueable” de la primera- hoy, a partir del modelo teleológico o funcionalista, aparecen unidas, siendo parte de un sistema de Derecho penal abierto, orientado a los valores que inspiran la persecución penal y que alimentan de contenido cada una de las categorías de la teoría del delito<sup>2</sup>. Esos valores son determinados por la política criminal, que de esa forma pasa a ocupar un lugar primordial a la hora de dotar de contenido a la dogmática jurídico penal. Por ello es tan relevante el determinar cuales son los valores que inspiran la persecución penal, porque, como manifestación de la política criminal del Estado, serán determinantes a la hora de dotar de contenido a las diversas instituciones dogmáticas. El problema surge a partir de las particulares características de la delincuencia en la sociedad postindustrial, que obligaría a relajar algunas normas de imputación penal para hacer frente a esta nueva criminalidad, de cuño especialmente económico. La preocupación está presente desde la perspectiva de la tensión existente entre garantía y eficacia<sup>3</sup>. El profesor Silva Sánchez ha propuesto para hacer frente a esta nueva realidad, un Derecho penal de dos velocidades, la primera con todos los principios y garantías del Derecho penal liberal, que se reserva para sí las penas privativas de libertad; y una segunda, que relaja las normas de imputación penal, pero sin que esté dentro del catálogo de penas aplicables las privativas de libertad<sup>4</sup>. Este modelo pondría un freno de garantía a las consecuencias del fenómeno de la expansión del Derecho penal. Ahora bien, el profesor Silva Sánchez se pregunta acerca de si es posible que exista una “tercera velocidad” del Derecho penal, “en la que el Derecho penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político criminales, reglas de imputación y criterios procesales”. Tercera velocidad del Derecho penal que sería análoga a lo que Jakobs ha denominado “Derecho penal del enemigo”. Se responde que esa tercera velocidad ya existe. Creo que tiene razón. Nuestra ley de drogas número 20.000 es una manifestación de ella.

Esta ley es prueba de la sensación de miedo y consecuente privilegio por la seguridad existente en la sociedad postindustrial. Tal como señala el profesor Silva Sánchez, “el otro se muestra muchas veces precisamente, ante todo, como un riesgo, lo que constituye la otra

---

<sup>1</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Traducido por NAVARRO, Jorge; JIMÉNEZ, Daniel; BORRAS, María Rosa. Barcelona: Paidós Surcos 25, 2006, 373 p.

<sup>2</sup> Al respecto, SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosh, 2002, p. 67-71.

<sup>3</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Prólogo RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Madrid: Civitas, 2001, p. 167 y siguientes.

<sup>4</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 178-182.

dimensión (no tecnológica) de la sociedad del riesgo"<sup>5</sup> <sup>6</sup>. Ese miedo ante el otro si bien se manifiesta principalmente en el ámbito de la seguridad individual<sup>7</sup>, siendo el caso de la ley antidrogas una prueba manifiesta de su existencia, está presente en todo ámbito, incluso en el de las relaciones personales, aunque de otro modo, evidentemente<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> SILVA SANCHEZ, *La expansión*, p. 19.

<sup>6</sup> Señala DIEZ RIPOLLES, José Luis. "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 07-01, 2005, disponible en [www.criminet.cl](http://www.criminet.cl), p. 01:10, que aquellos que propugnan un modelo de intervención penal que denomina de "seguridad ciudadana" se han valido del discurso de la "sociedad del riesgo" para obtener un *plus* de legitimidad a sus propuestas, las que se manifestarían como un abandono del modelo garantista. Así, primero da razones para intentar probar que la "sociedad del riesgo" en verdad tendría bastante de mito, y luego, argumenta atacando diversas propuestas de autores que, partiendo de la base de su existencia, han elaborado mecanismo para hacer frente a esta nueva realidad. De esta forma, negando la existencia de la "sociedad del riesgo", se negaría, según él, el soporte de las propuestas que denomina de "seguridad".

<sup>7</sup> Al respecto ROBLES PLANAS, Ricard. "Violencia y seguridad". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 07- r1, 2004, disponible en [www.criminet.cl](http://www.criminet.cl), p. r1:1-r1:3.

<sup>8</sup> Algunos sostienen que el modelo de pareja que "estrecha lazos, pero manteniéndolos flojos para poder desanudarlos", es cada vez más común. Son cada vez menos las personas aceptadas incondicionalmente y queridas para siempre, dado que "el amor ha entrado en la lógica de la "solución rápida, la satisfacción instantánea, los resultados que no requieran esfuerzos prolongados, las recetas infalibles y los seguros contra todo riesgo (...)", tal como señala BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*. Traducido por ROSENBERG, Mirta; ARRAMBIDE, Jaime. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 22. Estar en relación -en este esquema- es estar en perpetua inseguridad; si se ha buscado una pareja para escapar de la soledad, continúa BAUMAN, *Amor líquido*, p. 31: "la terapia sólo ha servido para agudizar los síntomas, y tal vez ahora usted se sienta menos seguro que antes, aun cuando la nueva y agravada inseguridad emana de otra parte". Si la soledad provoca inseguridad, las relaciones de pareja actuales no parecen provocar algo muy diferente. Dado que las expectativas de las parejas actuales son cada vez más altas, las relaciones están en permanente revisión, expuestas en cualquier momento al término. Señala RABKIN, en "New Woman", número de septiembre de 1985, citada por MARINA, José Antonio. *Crónicas de la ultramodernidad*. Barcelona: Anagrama, 2000, p.76, como conclusión a entrevistas realizadas a tres mujeres que se divorciaron a pesar que "todos los factores externos funcionaban maravillosamente" (sic), que: "Ellas abandonan porque quieren más de lo que son capaces de conseguir en sus matrimonios. Lo que podría ser considerado un matrimonio aceptable para nuestras madres e incluso para nosotras cuando nos casamos, ya no lo es. Estas mujeres quieren algo más que un techo sobre sus cabezas, un marido a quien apoyar y unos hijos que cuidar. Quieren intimidad emocional, igualdad y compañerismo, y quieren ejercer el control sobre sus propias vidas". Al respecto LIPOVETSKY, Gilles. *Metamorfosis de la cultura liberal: Ética, medios de comunicación, empresa*. Traducido por ALAPONT, Rosa. Barcelona: Anagrama, 2003, p. 34, señala que: "Desde que nuestras sociedades entraron en la era del consumo de masas, son los valores tanto individualistas del placer y de la felicidad, de la plenitud íntima, los que predominan, y ya no la entrega de la propia persona, la virtud austera, la renuncia a uno mismo". Pero no sólo sentimos inseguridad frente a las relaciones de pareja, sino también frente a muchas relaciones sociales ("amistad liviana"). El "mundo virtual" ha hecho que la cercanía física carezca de relevancia, incluso transformándose en un mal en casos de ausencia de cercanía virtual. Se dice que podemos estar más cerca de alguien que está en China que de nuestro vecino, lo que implica que estamos lejos de sentirnos acompañados por aquellos que literalmente nos rodean. Sabemos, en ocasiones con detalles, lo que siente el que está a miles de kilómetros, pero desconocemos el nombre del que nos topamos a diario en el ascensor. Los vínculos son más libres, lejanos a la tiranía de la distancia, pero a la vez más frágiles. Todo lo evaluamos con el parámetro de la "proximidad virtual", y aquel que no entra en ese mundo, simplemente no existe. Una relación exclusivamente virtual es frágil, dado que está expuesta a un simple "clic" para desaparecer.

## 1. Aversión al riesgo en la sociedad postindustrial.

Ahora bien, si hemos consignado el temor al riesgo como una de las características de la sociedad postindustrial, con fuerte influjo en el Derecho penal, debemos avocarnos primeramente a analizar qué es lo que entendemos precisamente por riesgo. Lo anterior sin pretender entregar una definición determinada, puesto que el concepto mismo de riesgo surge de distinta manera conforme a la ciencia desde la cual se observe (ciencia económica, ciencia social, filosofía), impregnándose de sus características<sup>9</sup>.

Descartada la posibilidad de definir unívocamente el concepto de riesgo, más bien la forma que éste ha adquirido en la sociedad moderna cabría buscarla en la evolución histórica del término. Así, Luhmann señala que para las antiguas civilizaciones la palabra riesgo resultaba innecesaria tal y como la entendemos, pues elaboraron diversos mecanismos culturales que dotaban de certidumbre a la existencia futura, confiando mayormente en la práctica de la adivinación, si bien ésta no garantizaba una seguridad plena en los acontecimientos venideros<sup>10</sup>. Claramente la noción de riesgo, en el entendido de la posibilidad de un evento dañoso que depende de una decisión, resulta del todo ajena a una civilización en la que el futuro se encuentra predeterminado por la divinidad. ¿Cómo podría el individuo tener conciencia que se enfrenta a un riesgo si lo que acontecerá o no en el futuro escapa totalmente de su voluntad?

De esta forma, la noción de riesgo pareciera que nace ligada con la idea de lucro, de ganancia, dado que se ha sostenido que desde muy antiguo, en el ámbito del comercio marítimo oriental, existía conciencia respecto del mismo, aún cuando sin haber utilizado el término, "el que se incorpora al lenguaje en la Edad Media, difundiendo gracias a la aparición de la imprenta, particularmente en Italia y España"<sup>11</sup>.

Pero ¿qué diferencia al riesgo de otros términos utilizados en la época, como, desafío, arrojamiento, azar, suerte? Pareciera que el riesgo es algo distinto, pues se vincularía, como hemos anunciado, con la idea del lucro, al ser asequibles algunas ventajas únicamente si se pone algo en juego, es decir, si se asumen riesgos. A partir de esta afirmación deviene una segunda: quien se expone al riesgo tiene la capacidad de no exponerse a él, lo que constituye un "daño evitable". Este "daño evitable" se vincula al tiempo al estar sujeto a contingencias: la estimación del riesgo equivale a un pronóstico no seguro. Si desconocemos el futuro, como ocurre en los hechos, sólo podemos estimar el riesgo en razón de nuestra idea de futuro a partir de nuestro entorno y nuestra realidad actual. Así, la pretensión de racionalidad es un aporte importante en el desarrollo del concepto de riesgo, pues partiendo de la base que el futuro no se puede conocer suficientemente, ni siquiera el futuro como consecuencia de decisiones personales, se introduce un importante elemento fundamental del concepto de riesgo: el cálculo de las probabilidades de daño. Dado que los daños se deben evitar en lo posible, el riesgo actúa como limitación de las posibilidades de

<sup>9</sup> LUHMANN, Niklas. "El concepto de riesgo". Prólogo de BERIAIN, Jostxo. En: GIDDENS, Anthony; BAUMAN, Zygmunt; LUHMANN, Niklas; BECK, Ulrich. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Traducción SANCHEZ CAPDEQUI, Celso. Barcelona: Anthropos, 1996, II. p. 123.

<sup>10</sup> LUHMANN, "El concepto de riesgo", p. 130.

<sup>11</sup> LUHMANN, "El concepto de riesgo", p. 131.

acción. Por ello no es aventurado afirmar que si bien la idea de riesgo nació, como vimos, desde muy antiguo y más bien vinculada a la idea de azar y apuesta, el concepto mismo de riesgo nació con la tradición racionalista, a partir de los estudios de probabilidades de Pascal y Halley. Prueba de ello es que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define, como primera acepción de la palabra riesgo, "Contingencia o proximidad de un daño."

### **1.1. La selección de riesgos.**

En este punto abordamos la siguiente interrogante: ¿quién o qué decide si un riesgo como tal ha de ser considerado o no, y dentro de qué límites objetivos y temporales? También debemos preguntarnos acerca de la forma en que factores sociales pueden dirigir el proceso de selección de riesgos, esto es, en la determinación de si un comportamiento es riesgoso o no. El punto es importante dado que los individuos pueden, muchas veces, subestimar en el contexto de la cotidianidad los riesgos típicos, ya que hasta el momento les ha ido bien; sobrevalorando, de algún modo, el poder de control sobre las situaciones futuras<sup>12</sup>. En muchos casos la sociedad no es indiferente frente al proceso de selección de riesgos que realiza el individuo, intenta influir. Luhmann se pregunta acerca de las características que debe tener un proceso de comunicación para acentuar la conciencia del riesgo en el individuo. La influencia en el proceso de determinación de riesgos es una manifestación del poder ejercido sobre las personas. Ejemplos de intentos de influir, sea de parte del Estado o bien de la sociedad a través de grupos de opinión, en la decisión de qué es riesgoso para el individuo hay bastantes. Lo anterior se relaciona con el manejo de la información que tienen ciertos grupos más ilustrados, con la que pueden, en cierta forma, dirigir las decisiones de riesgos ajenos. Piénsese en el caso del tabaco. Desde que el Estado y la sociedad tomó conciencia de los riesgos de su consumo, ha intentado influir en la decisión de este riesgo para el individuo, instándolo a evitar aquel actuar "riesgoso", en este caso para su salud. Ello en circunstancias que hasta hace algunos años no se interfería en esta esfera individual, aún más, a lo menos en lo que se refiere a la sociedad, se aceptaba este comportamiento como no riesgoso. Lo mismo ocurre en el caso de consumo de bebidas alcohólicas (por ejemplo la tendencia mundial a incorporar en las etiquetas de los envases advertencias respecto de los efectos de su consumo para la salud, para el feto en el caso de las mujeres embarazadas, etc). El Estado y la sociedad instan a calificar como riesgosos ciertos actos. A lo menos, en lo que se refiere al Estado, como una forma de precaver su propio riesgo, que no es otro que asumir, producto de la seguridad social, las consecuencias de estos eventos dañosos que el individuo no quiso o no pudo precaver (en el ejemplo, el costo del tratamiento contra el cáncer del fumador).

### **1.2. La búsqueda de seguridad.**

Ahora bien, afirmamos que la sociedad postindustrial presenta una "aversión al riesgo". Pero ¿qué significa ello realmente? Si nos resistimos al riesgo ¿significa que buscamos la seguridad?

---

<sup>12</sup> LUHMANN, "El concepto de riesgo", p. 127.

Debemos partir de la base que la sociedad postindustrial necesita de los riesgos, de hecho los acepta y valora, pues de otro modo se estancaría de alguna manera el desarrollo, al disminuir la productividad y las posibilidades de obtener ventajas ¿Cómo conjugar ambos aspectos?

Luhmann sostiene que muchas veces la seguridad es catalogada como el contrapunto del riesgo, lo que conduce a la idea que la seguridad es más bien un anhelo, dado que el mundo nos obliga deliberadamente a asumir reiteradamente ciertos riesgos<sup>13</sup>. Entonces, si la seguridad es definida como un contrapunto del riesgo, ello implica que la idea de seguridad es un concepto vacío, que sólo tendría utilidad desde un punto de vista reflexivo<sup>14</sup>, pudiendo ser definida entonces como la presencia de un riesgo neutralizado. Si anhelamos seguridad, es porque rehuimos del riesgo; si nos sentimos seguros es porque nos encontramos preparados para hacer frente a él. Por ello el rechazo al riesgo se ha transformado en un fenómeno estructural de la sociedad postindustrial. Si bien el afán de seguridad siempre ha acompañado a la existencia humana, siendo consustancial a la naturaleza feble y débil del hombre, pareciera que en el presente la angustia frente al riesgo – o deseo de seguridad - se encuentra exacerbada.

Freud sostuvo que la angustia, a diferencia del temor, “desatiende al objeto”, lo que implicaría que estaría carente de un objeto concreto; en cambio el temor, para él, sería la respuesta frente a una amenaza específica<sup>15</sup>. La angustia “ataca el núcleo del si-mismo una vez establecido el sistema de seguridad básica, por lo cual es difícil, para el individuo objetivarla”<sup>16</sup>. Ello implica que la angustia se vincula con sensaciones o temores difusos, sin una causa o posibilidad cierta de concreción. Los individuos, dado que somos seres frágiles, hemos adquirido hábitos de seguridad, que cada vez son aprehendidos de forma más rápida por las nuevas generaciones. La angustia surge cuando la sociedad se encuentra en constante cambio, debiendo enfrentarse constantemente nuevos riesgos. La fragilidad del hombre obliga no tan sólo a estar en actitud de comportarse de manera segura en la administración de un riesgo conocido, sino además a estar atento para detectar nuevos riesgos. Los avances del mundo científico nos otorgan tranquilidad por ser mayores las oportunidades de encontrar alivio a nuestras dolencias, pero a la vez angustia al mostrarnos un sinnúmero de riesgos con los que antes convivíamos tranquilamente de forma desconocida.

En el ámbito de la dogmática penal, podemos afirmar que el auge de la victimología y de la victimo-dogmática, aunque se observen como fenómenos incluso aparentemente excluyentes<sup>17</sup>, obedece a una causa común: el rechazo al riesgo y consecuente privilegio

---

<sup>13</sup> LUHMANN, “El concepto de riesgo”, p. 141.

<sup>14</sup> LUHMANN, “El concepto de riesgo”, p. 142.

<sup>15</sup> GIDDENS, Anthony. “Modernidad y Autoidentidad”. Prólogo de BERIAIN, Jostexo. En: GIDDENS, Anthony; BAUMAN, Zygmunt; LUHMANN, Niklas; BECK, Ulrich. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Traducción SANCHEZ CAPDEQUI, Celso. Barcelona: Anthropos, 1996, I. p. 52.

<sup>16</sup> GIDDENS, “Modernidad y Autoidentidad”, p. 54.

<sup>17</sup> Excluyentes en el sentido que la victimología aboga por otorgar cada vez más derechos a la víctima; en cambio la victimo-dogmática le asigna obligaciones de autoprotección derivando consecuencias jurídicas favorables para el autor en el caso de infracción. <sup>17</sup>Al respecto, consultar por todos, SILVA SÁNCHEZ, Jesús

por la seguridad que se observa en la sociedad postindustrial. El miedo, como fenómeno estructural, hace que nuestra sociedad se encuentre plagada de enemigos que destruir: los que trafican drogas son uno de ellos. El Estado reacciona estableciendo legislaciones cada vez más “expansivas” en tanto crea nuevos delitos, aumenta las penas de los ya existentes, relaja las normas de imputación, acelera la consumación, anticipa las barreras de protección penal sancionando actos preparatorios, restringe la concesión de atenuantes y, lo que es más grave, o definitivamente intolerable, restringe o derechamente niega, garantías fundamentales.

Otra prueba de existencia cada vez mayor de aversión al riesgo la encontramos en la disminución de espacios de actuación en riesgo permitido<sup>18</sup>. En una sociedad activa, el espacio de actuación en riesgo permitido es más amplio: la sociedad debe pagar el precio del desarrollo<sup>19</sup>. Los individuos están más dispuestos a conceder espacios de riesgo permitido porque, de alguna forma, se pueden beneficiar de ese ámbito de libertad. En cambio, en una sociedad pasiva y temerosa, el espacio de riesgo permitido tiende a restringirse, al no apreciarse, en general, los individuos a sí mismos como destinatarios o usuarios de ese espacio de riesgo permitido, de esa mayor libertad<sup>20</sup>. Los integrantes de la sociedad activa advierten que, en lo sucesivo, pueden ser ellos, como usuarios de espacios de libertad, quienes estén en el banquillo de los acusados<sup>21</sup>. Por ello, están más dispuestos a ampliar el ámbito de actuación en riesgo permitido; así más actuaciones eventualmente propias quedarían autorizadas por el Derecho. En este sentido, señala Jakobs que “para mantener una oferta diferenciada de posibilidades de contacto social hay que asumir algunas defraudaciones de expectativas, resultando tanto más posible aceptar como permitido un riesgo cuanto más amplíe la libertad de actuación *propia* en cada caso”<sup>22</sup>. La restricción de espacios de actuación en riesgo permitido obedece al temor que siente el hombre contemporáneo, temor al que están más sensibles los habitantes de la sociedad

---

María. “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimo-dogmática”. En BERISTARAÍN, Antonio; DE LA CUESTA, José Luis (editores). *Libro homenaje al profesor Antonio Beristain*. Donostia: 1989, p. 633 ss; el mismo, “Innovaciones teórico- prácticas de la victimología en el Derecho penal”. En BERISTARAÍN, Antonio; DE LA CUESTA, José Luis (editores). *Victimología*. Donostia: 1990, p. 75-83; el mismo. “La ‘victimo-dogmática’ en el Derecho extranjero”. En BERISTARAÍN, Antonio; DE LA CUESTA, José Luis (editores). *Victimología*. Donostia: 1990, p.106-112; el mismo. “La ‘victimo-dogmática’ en el Derecho español”. En BERISTARAÍN, Antonio; DE LA CUESTA, José Luis (editores). *Victimología*. Donostia: 1990, p.195-203; EL MISMO. “La víctima en el futuro de la dogmática”. En: BERISTARAÍN, Antonio; DE LA CUESTA, José Luis (editores). *Victimología*. Donostia: 1990, p. 229-235; EL MISMO. “La posición de la víctima en el marco general de la función del Derecho penal”. *Revista peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal*. n° 1, 2003, p. 444-462; el mismo. “La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘victimo-dogmática’”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. n° 5, 1993, p. 13-52.

<sup>18</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 37.

<sup>19</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 34.

<sup>20</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 36.

<sup>21</sup> Este cambio de paradigma en cuanto a la identificación -antes con el autor, ahora con la víctima- podría explicar el hecho que en EEUU. en la actualidad sean muy pocos los juicios con “jurado” en comparación a lo que acontecía hace 50 años.

<sup>22</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducido por CUELLO CONTRERAS, Joaquín; SERRANO GONZÁLEZ DE MURRILLO, José Luis. 2º ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 243.

postindustrial. El profesor Silva Sánchez ha descrito la sociedad del Estado de bienestar “como una sociedad de clases pasivas, en el sentido amplio del término. Pensionados, desempleados, destinatarios de prestaciones públicas educativas, sanitarias, etc., personas o entidades subvencionadas (beneficiarios, en definitiva de la transferencia de riqueza, más que creadores de los excedentes objeto de la transferencia)<sup>23</sup>. Cada vez son más las personas que dependen de los servicios de seguridad social, y los ya dependientes, cada vez son destinatarios de más prestaciones de seguridad social<sup>24</sup>. Los avances de la ciencia han hecho que la vida se prolongue más tiempo; la seguridad social permite jubilar cada vez más tempranamente; en consecuencia, se ha extendido el tiempo de vida que le resta a una persona una vez que ha jubilado. Ello ha llevado a que Touraine señale que “Europa se ha transformado de continente de combatientes, en continente de jubilados”<sup>25</sup>. En este contexto, el valor del riesgo y de la actividad decae, cuestión que tiene incidencia como se dijo en el Derecho penal, en concreto, en la determinación de actuaciones en espacio de riesgo permitido.

## **2. El agente encubierto en la ley de drogas.**

### **2.1. Concepto. Autorización de actuación.**

El artículo 25 de la ley número 20.000, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, publicada en el Diario Oficial con fecha 16.02.05, señala en su primer inciso que: “El Ministerio Público podrá autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores y, a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de esos Servicios actúen en alguna de las dos calidades anteriores”.

Se ha sostenido que son agentes encubiertos aquellos funcionarios policiales que actúan en la clandestinidad, generalmente con otra identidad, y que desempeñan tareas de represión y prevención 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<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 33.

<sup>24</sup> Se ha aprobado por el Consejo de Ministros de España un “proyecto de ley de dependencia” que garantizaría la atención de la seguridad social, a partir del 1 de Enero de 2007, a 1.125.000 ciudadanos españoles que no puedan valerse por sí mismo. Este proyecto contempla el derecho de todo ciudadano español a que un tribunal evalúe su grado de dependencia, pudiendo ser ésta moderada (necesidad de ayuda una vez al día), severa (necesidad de atención dos o tres veces al día) o grande (presencia indispensable de un cuidador permanente. Esta normativa otorga un derecho, exigible ante la justicia, diríamos un “derecho subjetivo de dependencia” (Diario El Mundo, 22 de abril de 2006, p. 18)

<sup>25</sup> TOURAINE, Alain. *Un nuevo paradigma. Para comprender el mundo de hoy*. Traducido por LÓPEZ, Agustín; TABUYO, María. Barcelona: Paidós Estado y Sociedad 135, 2005, p. 60.

<sup>26</sup> MUÑOZ SANCHEZ, Juan. *El agente provocador*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, p. 41.

RIQUELME, Eduardo. “El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo”. *Polít. crim.* n° 2, A2, 2006, p. 1-17.

Si ya esta figura es controvertida por su innegable parentesco con el agente provocador<sup>27</sup>, el hecho que se faculte al fiscal para introducir un agente encubierto sin autorización judicial previa lo es aun más.

Alguien dirá ¿Y qué problema hay? Considerando que la droga es un cáncer social, que esclaviza a la juventud, tejiendo una red de corrupción y delito, constituye una verdadera lacra social que debe ser eliminada a cualquier costo ¿A cualquier costo?

Si bien el Ministerio Público dirige la investigación criminal, diversas son las normas que establecen la exigencia de “autorización judicial previa” en el caso de afectaciones de garantías constitucionales. El artículo 83 de la Constitución dispone que: “El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirá autorización judicial previa”; encontrándose dicha exigencia, a su vez, recogida en el artículo 9° del Código Procesal Penal, que establece que: “Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá autorización judicial previa”. El artículo 24 de la Ley número 20.000 establece que toda actuación de investigación referida en la ley se aplicará “de conformidad a las disposiciones del Código Procesal Penal”.

## **2.2. Actuación de agente encubierto y vulneración de garantías fundamentales.**

Entonces ¿la actuación de un agente encubierto no vulnera garantía constitucional alguna, o al menos no necesariamente?

Pareciera han entendido nuestros legisladores que la actuación de un agente encubierto no vulnera garantía constitucional alguna, no siendo necesario requerir autorización judicial sino cuando éste pretenda efectuar una acción de investigación que afecte una garantía constitucional. De esta forma, el agente encubierto actuaría en dos etapas. Primero exploraría el ambiente y luego, cuando ya la investigación se encamine en contra de una persona determinada, sería necesaria la autorización judicial. Una estructura de este tipo se contempla en el ordenamiento alemán (parágrafo 110b StPO). Gascón Inchausti afirma que “la ley alemana parece distinguir dos fases diversas en la infiltración: una primera fase, en la que las labores del agente son más difusas y consisten en una toma de contacto con el entorno delictivo objeto de la investigación -y para la cual resulta suficiente la autorización de la Fiscalía-; y una segunda, en la que la investigación toma rumbo definido y se dirige

---

<sup>27</sup> Controvertida, porque, tal como señala el artículo 25 de la Ley número 20.000, siendo el propósito del agente revelador lograr la manifestación de la droga, en ocasiones es difícil determinar si existía o no la resolución del delinquir antes de la actuación de dicho agente. En muchos casos se ha visto que no existía antes de la actuación <<provocadora>> del agente. Al respecto RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. “El agente provocador en el Derecho Penal”. En: INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE. Madrid: Edersa, 1982, p. 88-91; MUÑOZ SANCHEZ, *El agente provocador*, p. 166-171; JOSHI JUBERT, Ujala. *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*. Barcelona: Bosh, 1999, p. 288-289, 291.

contra persona determinada. Sólo a partir del segundo momento puede considerarse la infiltración restrictiva del derecho fundamental (...)"<sup>28</sup>.

Pero, dado que esta exploración del mundo del crimen a través de la confusión de un policía en el hampa, desde siempre ha sido técnica de investigación de las policías (por ejemplo las comisiones civiles de Carabineros), es lógico suponer que si se ha establecido como norma especial en la nueva legislación antidrogas -estableciéndose en el inciso 3° del artículo 25 citado que: "El agente encubierto podrá tener una historia ficticia. La Dirección Nacional de Servicio de Registro Civil e Identificación deberá otorgar los medios necesarios para la oportuna y debida materialización de ésta"- es porque se pretende algo más que la simple confusión exploratoria, incluso en el primer momento.

Se busca la obtención de información mediante la observación y escucha directa e, incluso, usando medios técnicos, la incorporación de dicha información al proceso penal como prueba lícita de cargo<sup>29</sup>. Por ello, no es extraño imaginar un agente encubierto en fase exploratoria invitado a ingresar al domicilio particular de un narcotraficante. El policía, o civil en su caso, se encontraría teóricamente impedido, dado que al importar dicho acto de investigación vulneración de una garantía constitucional, requiere autorización judicial previa. Si ingresa, toda la información que obtenga no podría ser utilizada como prueba de cargo, ya que sería prueba ilícita al haberse obtenido con vulneración de derechos fundamentales<sup>30</sup>, ilicitud que incluso puede contaminar otras pruebas que se deriven de ella. Si no lo hace, el investigado podría sospechar, corriendo riesgo, al menos, la operación.

¿Alguien cree que el policía no entrará al domicilio? Se dirá que no es posible obtener la autorización judicial previa en este caso, ya que el policía no estaba en condiciones de saber previamente que sería invitado a ingresar, por lo que "siendo imposible, no está obligado", lo que no empecería de modo alguno la facultad del imputado de ejercer su derecho de defensa por medio, en este caso, de la exclusión de prueba ilícita. De ahí que sea necesario obtener la correspondiente autorización judicial, denominada por el artículo 205 del Código Procesal Penal "entrada y registro de lugares cerrados", para el ingreso del agente encubierto al domicilio del investigado. Sólo con la exigencia de autorización judicial es posible imponer plazo para la actuación del agente. Considerando que el plazo máximo para efectuar un allanamiento es de 10 días, si el agente encubierto pudiera ingresar al domicilio del sospechoso investigado sin autorización ni plazo judicial, entonces, esta norma, el artículo 205, perdería todo su sentido. La autorización del Fiscal para la actuación del agente encubierto "no contiene" la de ingresar al domicilio, aunque sea imposible desarrollar la función de agente encubierto con esa limitación y aunque el plazo de 10 días sea excesivamente breve para operaciones que necesitan en general tiempos más

---

<sup>28</sup> GASCON INCHAUSTI, *Infiltración*, p. 193.

<sup>29</sup> CABEZUDO BAJO, María José. *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*. Madrid: Iustel, 2004, p. 80.

<sup>30</sup> En este sentido, MIRANDA ESTAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 50-52; DE VEGA RUIZ, José Augusto. *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*. Madrid: Colex, 1994, p. 11-15; MONTAÑEZ PARDO, Miguel Angel. *La presunción de Inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 115 - 118.

prolongados. En mi opinión, no podría sostenerse que el agente encubierto está facultado para realizar cualquier actividad en el desempeño de su cargo -como ingresar y revisar domicilios, interceptar y grabar comunicaciones telefónicas, abrir correspondencia- sin autorización judicial. Razonar en contrario importaría sostener que la autorización del Fiscal para la actuación de los referidos agentes equivale a todas las autorizaciones judiciales de que tratan los artículos 205, 209, 217, 218, 222 y 226 del Código Procesal Penal. El Fiscal, o más propiamente la persecución penal, en esta hipótesis, tendría un poder total, pudiendo saltarse todos los controles y registros. Estoy seguro que no ha sido ese el propósito de nuestros legisladores.

Por otro lado, el artículo 205 citado posee la hipótesis que el propietario o encargado del lugar objeto del registro consienta en la práctica de la diligencia. En este caso, es evidente que el consentimiento al ingreso del agente no corresponde al referido en el artículo 205, ya que no puede consentir aquel que desconoce lo que hace. En este caso no hay consentimiento, y si lo hay está viciado, ya que se basa en un error. La situación descrita es posible que acontezca, ya que nuestro sistema no establece plazo alguno para la investigación en la primera etapa. Luego, cuando sea necesario obtener autorización judicial, evidentemente el Juez debe fijar un plazo de actuación, pero al comienzo, en la fase exploratoria, no existe plazo. Sin autorización, constancia ni plazo judicial existe la posibilidad de autorizaciones ex-post para justificar actuaciones ocasionales de la policía. En Alemania, en cambio, el parágrafo 110a de la StPO establece la exigencia que la actuación del agente encubierto sea "duradera", precisamente para evitar actuaciones ocasionales de la policía.

Pero también la excesiva prolongación de la actuación de estos agentes podría presentarse como atentatoria de la dignidad humana, desde la perspectiva de la falsedad e instrumentalización de los innegables lazos de afecto, cariño y amistad que de forma natural los seres humanos desarrollamos con quienes están por mucho tiempo al lado nuestro en el diario vivir.

En virtud de lo expuesto, de lege ferenda, se podría afirmar lo siguiente: si ya es discutible que el Estado pueda, para conseguir un fin, entrometerse en nuestra esfera de intimidad, mucho más lo es el otorgar la facultad al Ministerio Público sin autorización judicial previa ¿estamos dispuestos a entregar un arma tan poderosa?

Ello es preocupante desde la perspectiva que, según algunos autores, el hecho mismo de la infiltración policial en una organización vulnera derechos fundamentales, tal como la garantía constitucional de "derecho a la intimidad" (artículo 19 número 4 de la Constitución, que asegura el "respeto y protección a la vida privada y pública" de toda persona); y garantías procesales como las de presunción de inocencia (artículo 4° del Código Procesal Penal) y derecho a guardar silencio (artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal)<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> CABEZUDO BAJO, *La inviolabilidad*, p. 81; BRAUM, "La investigación encubierta", p. 7.

En efecto, el engaño de que se sirve el Estado a través de su agente encubierto le permite acceder a determinadas facetas de intimidad de las personas objeto de la investigación e incluso de personas que no ostentan la calidad de sospechosos<sup>32</sup>. El acceso a la información no distingue entre el primer momento y el posterior de autorización judicial. Por ello la simple infiltración, se ha sostenido, es en sí misma lesiva para el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos<sup>33</sup> en la perspectiva de un entorno en que resulte posible la comunicación sin la interferencia del poder<sup>34</sup>.

### 2.3. Presunción de inocencia y autorización de actuación del agente encubierto.

Por otra parte, establece el artículo 4º del Código Procesal Penal la garantía de presunción de inocencia de todo imputado, disponiendo que ninguna persona será considerada como culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por sentencia firme. Si un Fiscal autoriza la infiltración de un agente del Estado en la esfera privada del investigado es claro que es porque el Fiscal “sospecha” de esa persona. Se dirá que cada vez que el Ministerio Público investiga a alguien es porque sospecha de él; de lo contrario, si nadie fuera -o pudiera ser- sospechoso, ninguna persona sería investigada, lo que afectaría el fin político criminal de prevenir delitos y no tan sólo castigarlos. Es cierto, pero si tales actos de investigación, que se basan en la sospecha, afectan garantías, tenemos (¿teníamos?) la tranquilidad que es (¿era?) indispensable obtener autorización de un Juez. Sólo él nos da confianza de tomar una decisión ponderada, examinando las variables, usando la razón y la prudencia. Se responderá que el Ministerio Público es una entidad objetiva<sup>35</sup>. Conocida es la frase que da cuenta de la contradicción de entender al Ministerio Público como “parte imparcial”. Como señala Braum, “El investigador encubierto cumple una función tanto preventiva, como represiva. Y esa dualidad de funciones genera un sincretismo en cuanto a los presupuestos -policiales y procesales- que fundamentan su entrada en acción: así, un investigador clandestino, actuado como medio de prevención contra el delito, podría en cualquier momento hacer cambiar de polo su función, pasando a desempeñar la de persecución penal. Y a la inversa, quien investiga habiendo recibido un cometido represivo, podría llevarlo a cabo también como control preventivo”<sup>36</sup>. Estoy seguro que ningún Juez de Garantía decretaría una medida de investigación que afecte derechos fundamentales, por ejemplo la interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, para prevenir delitos; o dicho de otro modo, sin antecedentes serios de la existencia del delito que se investiga. En el caso del agente encubierto, no tenemos esa tranquilidad.

---

<sup>32</sup> GASCON INCHAUSTI, *Infiltración*, p. 103.

<sup>33</sup> GASCON INCHAUSTI, *Infiltración*, p. 104.

<sup>34</sup> FOUCAULT, Michael. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 103, hace referencia a Bentham y la panóptica como paradigma de la “sociedad de la vigilancia”.

<sup>35</sup> El artículo 83 inciso primero de la Constitución establece que el Ministerio Público deberá investigar los hechos que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. El artículo 77 del Código Procesal Penal hace referencia expresa al principio de objetividad.

<sup>36</sup> BRAUM, Stefan. “La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario”. En: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (editores). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (editores en España). Granada: Comares, 2000, p. 6.

#### **2.4. ¿Es la actuación del policía agente encubierto un caso de interrogatorio prohibido?**

En algunos ordenamientos se ha enfrentado la fuerza probatoria de la información recogida por un agente encubierto, desde la perspectiva que, en verdad, las preguntas que él efectúa al investigado son un genuino interrogatorio prohibido<sup>37</sup>, afectándose de esta forma el "derecho a guardar silencio". Señala el artículo 195 del Código Procesal Penal que "están prohibidos los métodos de investigación y de interrogatorio que menoscaben o coarten la libertad del imputado para declarar, no pudiendo ser sometido a ninguna clase de coacción (...)", agregando luego, en el inciso 2º, entre otras, la prohibición de engaño. Y es evidente que es precisamente mediante engaño que el agente encubierto obtiene la declaración que reproducirá en juicio o que servirá para obtener otras pruebas. Es mediante engaño porque el agente encubierto se hace pasar por quien no es. Simula identidad, historia e interés no real. Evidentemente el montaje es un engaño para el investigado, que no pierde su condición de tal por el hecho de estar justificado en ciertos casos.

#### **2.5. Riesgos de la ausencia de límite a la proporcionalidad en la causal de justificación aplicable al agente encubierto.**

El agente encubierto traiciona la confianza del investigado. Este conflicto, que ha servido de inspiración, es muy real e incluso dramático desde el punto de vista del investigado y en no pocas ocasiones del propio agente encubierto, quien se puede ver enfrentado a un dilema ético al tener que convivir con la traición. Se sostiene que el empleo de la técnica del agente encubierto evidencia que el Estado se vale de un medio reñido con la ética en la represión del narcotráfico, ya que éste puede llegar a cometer delitos en el desempeño de su función<sup>38</sup>. De hecho, el inciso final del artículo 25 tantas veces referido, señala que: "El agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma". La exención de responsabilidad criminal no se reduce a delitos de la ley de drogas, sino que es amplia, cierto que con el límite de proporcionalidad, pero ¿y si es necesario que el policía robe o lesione para ganarse la confianza del grupo? Además el criterio de la proporcionalidad es incluso peligroso si no se establece un límite: ¿Para desbaratar la más grande operación de droga hecha por la más peligrosa banda de narcotraficantes del país, podría el agente encubierto participar impunemente en un homicidio?

#### **2.6. El riesgo de la provocación.**

Por otro lado, el grupo infiltrado no necesariamente debe ser una banda de narcotraficantes, entendiéndose por tal, un grupo de individuos que se dedique a cometer dichos delitos o que al menos los hayan cometido, sino que basta que sea un grupo de sujetos que se apresten a

<sup>37</sup> GASCON INCHAUSTI, *Infiltración*, p. 108, haciendo referencia a los casos de Portugal, Austria e Inglaterra.

<sup>38</sup> EDWARDS, Carlos Enrique. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996, p. 53-54.

cometer delitos. En efecto, el artículo 25 de la ley en comentario faculta la introducción de un agente en "meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos", con el fin de identificar participantes, reunir información y recoger antecedentes. Esta situación podría ciertamente generar conflicto a la hora de ponderar la aplicación del artículo 15 número 2 del Código Penal, dado que el agente encubierto podría asumir un rol de inductor del delito, para que sea más contundente el material probatorio de la acusación, o para que la misión sea más exitosa. ¿Dónde termina el rol del miembro de la banda y comienza la inducción al delito? Dado que el agente encubierto puede ser considerado por la banda como uno más, y por tanto con capacidad de iniciativa, decisión e incluso planificación, puede darse el caso de un agente que convenza a sus pares para realizar una operación de droga, lo que constituiría una clara provocación del delito.

Se ha señalado que el límite entre una provocación legítima y otra ilegítima está en la condición que posea el sujeto provocado. Por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos, sostuvo en un caso que se cita habitualmente "congress could not have intended that its statutes were to be enforced by tempting innocent persons into violations. However, the fact that government agents merely afford opportunities or facilities for the commission of the offense does not constitute entrapment...Entrapment occurs only when the criminal conduct was the product of the creative activity of law-enforcement officials"<sup>39</sup>. Ello implica que los casos de provocación ilícita de delitos son aquellos en los que el provocado no se disponía de modo alguno a cometer el delito. Dicho de otro modo, casos en que nunca el provocado hubiera cometido el delito de no mediar la acción provocadora del agente. Por el contrario, aquellos casos en que la provocación lo que hace es simplemente acelerar la consumación de un delito que de todas formas iba a ser cometido, serían casos de provocación "legítima". Lo anterior revelaría que no toda provocación sería ilegal, sino sólo aquella que hace nacer en el provocado la voluntad criminal. En estos casos, la provocación se acerca decididamente a la instigación del delito, figura recogida en el artículo 15 N° 2 del Código Penal, y por tanto es ilícita. Esta provocación-inducción de modo alguna podría sostenerse que está cubierta por la causal de justificación general del artículo 25 de la ley en comentario, que tendría por finalidad más bien otorgar una protección a la labor del agente encubierto y no ser fuente de impunidad a las trampas que la persecución penal pudiera tender hacia ciudadanos honestos.

En todo caso, no siempre será fácil determinar si el sujeto provocado tenía o no, de antemano, la voluntad de cometer delito. O, si, de no mediar la provocación, no lo hubieran cometido. En esos casos, lo razonable pareciera que es, si bien no sancionar al agente encubierto, salvo manifestaciones muy groseras de intención de hacer nacer la voluntad criminal en gente honesta, tampoco sancionar a los provocados, salvo, por contrario, casos de manifiesto dolo criminal de comisión de delitos de infracción a ley de drogas. En casos de dudas, frente a la actuación provocadora del agente, debe optarse por la absolución.

---

<sup>39</sup> Supreme Court, 19 de mayo de 1958, United States, 356 US. Supreme Court Reports 2 L de. 2d, p. 848 y ss. Citado por POLITOFF, Sergio. "El agente encubierto y el informante "infiltrado" en el marco de la ley N° 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas". *Gaceta Jurídica.* n° 179, 1995, p. 7-25, 11.

El fundamento de la absolución del agente encubierto en casos de provocación se ha dicho está en que él no quiere el resultado criminal, el que más bien pretende evitar. Pero, parece una contradicción que se pretenda evitar el resultado criminal a través del incentivo a su comisión por parte de la persona que se pretende sancionar. Ello recuerda el origen de la figura del agente provocador, el que está en el periodo del absolutismo francés. En aquella época se pagaba a informantes para que mantuvieran al tanto a los gobernantes acerca de los pasos que daban o pensaban dar los opositores. A medida que más información aportaban, más suculentas eran las recompensas. A poco andar, estos informantes pasaron del espionaje y la delación hacía la provocación de actividades subversivas contra el régimen. El incentivo de la recompensa estaba en mente. Su intención no era prevenir delitos, sino más bien cometerlos o incentivar su comisión para luego descubrirlos y reprimirlos. Se ve que un comportamiento de ese tipo, si bien puede ser efectivo para reprimir al "enemigo", se aleja por completo del Estado de Derecho. ¿Puede una técnica investigativa eficaz aplicarse aun cuando lesione las garantías del Estado de Derecho? ¿Es la eficacia el único parámetro para evaluar la corrección de una técnica investigativa? Si bien es discutible que se pudiera legitimar la actuación de un agente encubierto en rol provocador para reprimir delitos graves, por ejemplo para que aquellos que los han cometido los vuelvan a cometer, es indiscutiblemente ilegítimo que se provoque a un sujeto que no ha cometido delito alguno con el fin de hacerlo caer en la trampa y sancionarlo. Por ello el hecho que autorice la actuación del un agente encubierto en organizaciones que se "apresten" a cometer delitos es riesgoso, desde la perspectiva que pueden ser personas que no hayan cometido delito alguno nunca, que ni siquiera tengan claro el cómo cometer el delito de tráfico, y que, quizás, de no mediar la acción del agente encubierto, jamás lo hubieran concretado. En estos casos, ¿debe la persecución penal tener poder total para actuar, tentando al ciudadano, sin riesgo alguno de sanción penal, siendo su "peor escenario" la no aplicación de castigo para el provocado?

### **Comentario final.**

Como conclusión, una pregunta ¿Es recomendable este grado de autonomía por parte del Ministerio Público<sup>40</sup>? Se podría sostener que si ya es discutible que el Estado pueda, para conseguir un fin, entrometerse en nuestra esfera de intimidad, es intolerable que se otorgue la facultad al Ministerio Público sin autorización judicial previa, dado que la actuación de un agente encubierto vulnera, o está en riesgo latente de vulnerar, garantías fundamentales. No se divisa cuál es el inconveniente que se exija autorización judicial previa para la actuación de un agente encubierto. No es posible afirmar que esta exigencia pudiera retardar una diligencia de infiltración policial. Ello dado que, por una parte, estas diligencias no son repentinas, sino que muy por el contrario, son fruto de un esfuerzo investigativo que requiere tiempo; y por otra, sabemos que los Fiscales requieren autorización a los Jueces de Garantía frecuentemente de forma rápida, vía telefónica, lo que eliminaría el argumento de la "lentitud" judicial.

---

<sup>40</sup> Al respecto GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. "Investigación del ministerio fiscal y limitación de derechos fundamentales". MINISTERIO DE JUSTICIA ESPAÑOL. *La prueba en el proceso penal*. Madrid: Centro de Publicaciones, 1993, p. 11-24.

RIQUELME, Eduardo. “El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo”. *Polít. crim.* n° 2, A2, 2006, p. 1-17.

Si bien es cierto que la lucha contra el tráfico ilícito de drogas es muy importante para la comunidad, dado la innegable fuerza criminógena que posee este delito, también lo es el hecho que en estas situaciones límites es donde se ve la fuerza moral de los principios que deben inspirar la persecución penal. Una persecución penal bajo la lógica de “A grandes males, grandes soluciones”<sup>41</sup>, no es capaz de imprimir legitimidad a las medidas que en nombre de la eficacia se tomen. Y esta referencia a Hobbes no es antojadiza. Jakobs ha basado algunos de sus planteamientos más polémicos en este filósofo inglés nacido a fines del siglo XVI<sup>42</sup>.

Si bien es cierto, como señala el profesor Silva Sánchez, que la atribución de responsabilidad científica por la expansión del Derecho penal obedece a razones mucho más profundas que la teoría funcional normativa de Jakobs, modelo que incluso abre la puerta a consideraciones críticas sobre la posibilidad de una disfuncionalidad por exceso de punición<sup>43</sup>; no es menos cierto el hecho que el apoyo de Jakobs en Hobbes da cuenta de un pensamiento que establece condiciones para un modelo que observa al Estado de una forma diversa que la pensada por los liberales del siglo XVIII, esto es, no como depositario de la soberanía individual y sobre todo como “entidad protectora de los ciudadanos”<sup>44</sup>, sino como el “Leviatán”<sup>45</sup>. Así, en el presente, cada vez que el Estado identifica el mal dirige todo el poder institucional a su destrucción. El monstruo creado para proteger al hombre, como toda bestia, no reconoce a su creador y lo ataca, al confundirlo con su enemigo<sup>46</sup>. Para tal cometido, en efecto, no importará tanto el medio como el fin.

Para finalizar, diré que, en lo personal, estimo que si bien la técnica del agente encubierto me parece cuestionable pero tolerable, no lo es el obviar la autorización judicial previa. Creo que atendido el evidente brío con que el Tribunal Constitucional está desarrollando su labor a partir de la última reforma a la Constitución que depositó en él el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, pronto veremos algún recurso del inaplicabilidad del artículo 25 de la ley de drogas, o bien tendremos conocimiento de exclusión de prueba obtenida por agentes encubiertos por vulneración de garantías fundamentales, o sabremos de alguna audiencia de cautela de garantías de algún investigado que tome conocimiento

---

<sup>41</sup> CHATELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *Historia del Pensamiento Político*. Madrid: Tecnos, 1982, p. 59.

<sup>42</sup> JAKOBS, Günther; CANCIO MELIA, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Traductor CANCIO, Manuel. Madrid: Civitas, 2003, p. 68.

<sup>43</sup> SILVA SANCHEZ, *La Expansión*, p. 120.

<sup>44</sup> SOLAR CAYON, José Ignacio. *La Teoría de la Tolerancia en John Locke*. Madrid: Dykinson 1996, p.184, quien se refiere a la sección 131 del Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil del pensador referido, que señala (en referencia a la defensa de la vida, la libertad y la propiedad como objetivo que da lugar y justifica la creación del Estado): “Estos son los derechos que la ley natural otorga a los hombres y cuya insuficiente protección en el estado de naturaleza les empuja a renunciar a la igualdad, libertad y poder ejecutivo de que disfrutaban en aquel para constituirse en una sociedad civil superadora de los defectos de tal estado. Y es únicamente la defensa de tales bienes la función que le ha sido encomendada al poder político”.

<sup>45</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Madrid: Nacional, 1980, 198 p.

<sup>46</sup> El temor de HOBBS no era la violación reiterada de las normas de organización, sino la guerra civil. Ella supone una ausencia de Derecho, en cambio la comisión de delitos que incluso puedan cuestionar la existencia de la sociedad, atacando su identidad normativa, supone la existencia de un ordenamiento jurídico que se pretende destruir, y que por lo tanto existente.

RIQUELME, Eduardo. “El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo”. *Polít. crim.* n° 2, A2, 2006, p. 1-17.

que su “amigo” era en verdad un agente policial, o, en fin, escucharemos de “teorías del caso” que se basen en la ilegitimidad del testimonio obtenido por agentes encubiertos.