



Universidad de Valparaíso

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Escuela de Derecho

Tesina de pregrado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso

Valoración negativa de la prueba obtenida por el agente encubierto

Autores: Juan Jara Arellano y Raúl Tapia Molina

Profesor Guía: Claudio Meneses Pacheco

Valparaíso, 2021

Tabla de contenidos

Resumen	pág. 5
Introducción	pág. 6
Capítulo I: Valoración de la prueba en el proceso penal.	pág. 8
1. Régimen de valoración de la prueba en el proceso penal chileno.	pág. 8
2. Exclusión de la prueba.	pág. 9
3. Valoración negativa de la prueba.	pág. 10
3.1. Doctrina a favor.	pág. 10
3.2. Doctrina en contra.	pág. 13
4. Doctrinas atemperadoras de la exclusión de prueba.	pág. 15
4.1. La conexión de antijuricidad.	pág. 15
4.2. La buena fe del transgresor.	pág. 16
4.3. La fuente independiente.	pág. 16
4.4. El descubrimiento inevitable.	pág. 17
4.5. Nexo causal atenuado.	pág. 17
5. Sobre la prueba ilícita de descargo.	pág. 17
Capítulo II: Agente encubierto.	pág. 20
1. Concepto doctrinario.	pág. 20
1.1. Elementos del agente encubierto.	pág. 20
2. Regulación normativa.	pág. 21
2.1. Concepto normativo	pág. 21
2.2. Campo de acción del funcionario.	pág. 21
2.3. Control ex ante.	pág. 24
2.4. ¿Control ex post?	pág. 25

3. Sobre las garantías fundamentales afectadas.	pág. 25
3.1. Derecho a la no autoincriminación.	pág. 26
3.2. Derecho a la vida privada.	pág. 27
3.3. Derecho a la inviolabilidad del hogar.	pág. 27
4. Condiciones de legitimidad.	pág. 27
5. Derecho comparado	pág. 28
5.1. Particularidades del sistema alemán.	pág. 28
5.2. Particularidades del sistema español.	pág. 29
Capítulo III: Jurisprudencia.	pág. 31
1. Análisis de casos paradigmáticos.	pág. 31
2. Determinación de criterios	pág. 38
Conclusiones.	pág. 39

Tabla de abreviaturas

CPR	Constitución Política de la República
CPP	Código Procesal Penal
DDFF	Derechos Fundamentales
MP	Ministerio Público
COT	Código Orgánico de Tribunales
CP	Código Penal
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar la valoración negativa de la prueba en el marco de los antecedentes aportados por el agente encubierto, ello en consideración a las características especiales que reviste esta forma especial de investigación que la vuelven problemática desde un punto de vista vinculado a los Derechos Fundamentales, para lo cual se realizará un estudio a la normativa nacional, al derecho comparado y a la jurisprudencia sobre la figura para finalmente determinar si urge una nueva regulación sobre la materia.

Para este análisis se realiza una revisión dogmática a los conceptos claves vinculados a la materia: Agente encubierto, valoración de la prueba en sede penal, declaración de prueba ilícita; a su vez, se expone la pugna presente entre la aplicación de medidas intrusivas y el respeto a las garantías fundamentales de un Estado de Derecho y sobre ello se destaca la cabida de la valoración negativa de la prueba en el ordenamiento jurídico chileno.

Palabras claves

Valoración negativa de la prueba, Agente encubierto, Ley 20.000, Valoración de la prueba en sede penal, Prueba Ilícita, Técnicas especiales de investigación.

Introducción

La Ley 20.000 que sanciona el tráfico de ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas fue publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2005, sustituyendo así la Ley 19.366 sobre la materia. En su artículo 25 se regula la técnica especial de investigación denominada agente encubierto, cuya existencia se justifica ante el avance de la criminalidad organizada que pone en tensión el deber estatal de investigar los hechos constitutivos de delitos en el territorio nacional.

Resulta relevante el análisis de la figura del agente encubierto en miras al contexto nacional de los últimos años donde se ha visto un crecimiento importante de las facultades policiales en atención al desarrollo de nuevos mecanismos y formas de organización delictivas, pero se tiende a olvidar en el debate público la relación dicotómica que tienen con las garantías fundamentales. Comprendemos que la sensación de seguridad y el sentido de justicia son pilares esenciales para la vida común en sociedad, pero debemos ser transparentes con los sacrificios que ello implica y creemos que este trabajo es un buen espacio para explorar aquello y establecer ciertos parámetros para la aplicación de medidas intrusivas de investigación.

Nuestro trabajo está enfocado desde una metodología axiológica, basada en una perspectiva de protección de las garantías fundamentales ante el grueso poder punitivo estatal que debe limitarse en vistas a los principios que inspiran un Estado democrático y de derecho.

Este tema tiene un amplio desarrollo desde una perspectiva vinculada a las garantías fundamentales pero nos dedicaremos específicamente a su aspecto procesal, brindar un análisis a la figura del agente encubierto en miras a las garantías del debido proceso en materia penal, ya que la aplicación de esta medida de investigación puede conllevar vulneraciones al principio de no autoincriminación, al derecho a ser informado de que estoy siendo investigado por una posible participación en la comisión de un delito, al derecho a una investigación racional y justa, y a la presunción de inocencia, por lo que resulta fundamental comprender cómo el sistema normativo chileno la regula, y por sobre todo, qué limitaciones se le imponen a su aplicación.

Para ello, nos planteamos los siguientes objetivos en el desarrollo de la investigación: Abordar la discusión doctrinaria sobre la valoración negativa de la prueba en el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal; exponer la relación dicotómica del agente encubierto y el respeto a las garantías procesales; identificar criterios jurisprudenciales de los juzgados de garantía y de los tribunales orales en lo penal

para negarse a valorar una prueba otorgada en el marco de una investigación realizada por el agente encubierto; analizar la figura del agente encubierto en el derecho comparado e identificar su campo de acción junto con sus mecanismos de control.; y por último, determinar si urge una normativa más extensiva sobre el campo de actuación del agente encubierto y que a su vez se encargue de establecer controles sobre él, más allá del control que realizan los tribunales de justicia.

Ante ello, corresponde preguntarnos si la institución del agente revelador en Chile cumple con una regulación mínima que se corresponda con un ejercicio respetuoso de las garantías fundamentales y el rol que se les asigna a los tribunales de justicia ante tal normativa y por último determinar la importancia de la valoración negativa en el ejercicio de esta técnica de investigación.

Capítulo I: Valoración de la prueba en el proceso penal

1. Régimen de valoración de la prueba en el proceso penal chileno.

El artículo 297 del CPP señala las reglas que han de seguir los jueces a la hora de valorar una prueba: en este artículo se establece un sistema de valoración libre, es decir, los tribunales cuentan con una amplia libertad a la hora de apreciar debiendo simplemente no contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Ahora bien, ¿Qué entendemos por los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados? Sobre ello, se ha señalado que en realidad se trata de un modelo conceptualmente incompleto y que estos parámetros a seguir son simplemente otra forma de referirnos a la valoración racional y razonable de los medios de prueba (Rodrigo Coloma y Claudio Agüero, 2014: p. 699).

En este mismo sentido encontramos el artículo 340 del CPP sobre el proceso de convicción del juez, donde se advierte que nadie podrá ser condenado por un delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley, y para ello el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. Mediante estas reglas las pruebas en el proceso penal pasan a ser condiciones necesarias, mas no suficientes por sí solas para justificar la convicción (Reyes, 2012: p. 237).

Sobre el particular corresponde resolver que es lo que debe entenderse bajo la expresión “más allá de toda duda razonable” que plantea nuestro CPP. En el artículo ya mencionado se hace referencia a esta expresión para señalar el umbral de convicción que debe alcanzar el tribunal para condenar a un imputado, de tal manera que ha dado paso a una interpretación subjetivista, ya que se trataría de un proceso intelectual radicado en el fuero interno (Cortés-Monroy, 2016: p. 666), este es el criterio que prima en la jurisprudencia pero también existe otra forma de comprender este estándar probatorio y que nos parece necesario destacar, se trata de una interpretación fundada en la razonabilidad objetiva, de tal forma que cumpliéndose determinadas condiciones se entiende la duda razonable superada, no quedando a merced de un análisis subjetivo. Cortés Monroy extrae las siguientes tres condiciones a partir de este último sector doctrinario:

En primer lugar, la hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas. Junto a ello deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc. Por último, se exige que las pruebas de cargo cuya existencia resultara predecible, de acuerdo a los conocimientos previos acerca del mundo, en el caso concreto, hayan sido efectivamente aportadas (2018: p. 667).

Estas reglas probatorias se deben a que nos encontramos en un Estado democrático, ello implica ceñirnos a una serie de parámetros legales que se correspondan con el debido ejercicio y respeto a los derechos fundamentales, se trata de un límite al poder estatal en la búsqueda de la verdad que guía el proceso penal, en tal sentido, la legitimidad de este no viene dado por la intangibilidad de garantías básicas, sino que las vulneraciones a las mismas cuando hayan de producirse deben darse en los casos y formas previstas por la ley (Claudio Correa, 2015: p. 135).

Dentro de este sistema de valoración libre de la prueba existen estos lineamientos a los cuales los jueces deben ceñirse, pero también existen límites desde el punto de vista de la prueba, no cualquier elemento es susceptible de ser aceptado como un medio probatorio y para ello se ha establecido el siguiente mecanismo:

2. Exclusión de la prueba.

Nuestro sistema probatorio consagra un momento específico en el procedimiento penal para excluir aquellas pruebas ofrecidas que fueran manifiestamente impertinentes, las que tuvieran por objeto acreditar hechos públicos y notorios, las que provinieran de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías. Para efectos de este trabajo nos interesa esta última hipótesis planteada en el artículo 276 inciso 3° del CPP, ello por la tensión presente entre la figura del agente encubierto y el debido respeto a las garantías fundamentales.

La inobservancia de garantías fundamentales implica una afectación al menos a aquellas consagradas en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales de Derechos Humanos vigentes en Chile (Hernández, 2005: p.52), de modo que no cualquier falta de legalidad nos coloca

frente a esta hipótesis de exclusión probatoria, y el análisis deberá realizarse de la mano de las fuentes normativas señaladas.

Este momento de examen de admisibilidad a los medios probatorios se da en la audiencia de preparación de juicio oral ante el juzgado de garantía correspondiente, y el artículo ya señalado le encarga esta labor específicamente al juez de este tribunal, ello ha llevado a ciertos autores a plantear la tesis de que se trataría de una facultad exclusiva y que por ello los jueces de los tribunales de juicio oral en lo penal se ven imposibilitados de excluir medios de prueba. Desarrollaremos esta discusión en el siguiente apartado, de momento nos resulta oportuno destacar que el CPP encarga tal labor a los juzgados de garantía, pero se discute el hecho de que sea una facultad exclusiva de estos tribunales.

3. Valoración negativa de la prueba.

Se comprende como la actividad judicial mediante la cual el juez de fondo decide no considerar como medios de prueba susceptibles de fundar convicción en el tribunal, aquellos rendidos en el juicio oral y cuyo origen se vincula a una infracción de garantías fundamentales del imputado, cometida por los órganos de persecución criminal (Correa, 2021: p. 68).

3.1. Doctrina en contra. Valoración negativa como mera exclusión probatoria.

Jorge Cortés-Monroy Fernández considera que la valoración negativa es en realidad una manera rebuscada de exclusión de la prueba ilícita, y no puede ser considerada una forma de valoración, por lo tanto escapa de las facultades del Tribunal de Juicio Oral, al no tener estas atribuciones para excluir prueba, señalando en una primera fase argumentativa, que realmente no importa lo que los tribunales digan que están haciendo cuando valoran negativamente la prueba, sino lo que realmente hacen (2018: p. 662).

El autor define la exclusión probatoria como la supresión -por diversas razones- del conjunto de pruebas sobre el cual se adoptará la decisión sobre los hechos, de un elemento de juicio determinado y en principio disponible. Por consiguiente, menciona que el conjunto probatorio no se agota con la declaración de admisibilidad de las pruebas realizada en la audiencia preliminar, y, en cambio, incluye también la práctica de la prueba, e incluso su percepción por el tribunal, por lo que cualquier desestimación que tenga como consecuencia que una o más pruebas no formen parte del conjunto de pruebas, es por definición, exclusión probatoria (Ídem, 2018: p. 680).

Ahora bien, al establecer que, desde una perspectiva racionalista, cualquier acto de desprecio de la prueba ofrecida que impida que ella sea considerada para decidir el caso, constituye una exclusión probatoria propiamente tal, menciona diversas razones que impedirían considerar que el Derecho permite a los tribunales de juicio oral en lo penal excluir prueba del conjunto que ya fue establecido por el tribunal de garantía, bajo el denominado “auto de apertura del juicio oral”, resolución encargada de señalar que prueba fue excluida por haber sido obtenida con vulneración de DDFP (Ídem, 2018: p. 682).

Es así que, señala como argumento que, la organización jerárquica de los tribunales y a la forma en que las resoluciones judiciales pueden ser impugnadas, impediría que la decisión tomada por el tribunal de garantía fuera controvertida posteriormente, ya que, por un lado, las resoluciones judiciales solo pueden ser modificadas por el mismo tribunal que la dictó o por su superior jerárquico, y que el tribunal de juicio oral en lo penal, en ningún caso es superior jerárquico del tribunal de garantía, ni han sido creados para revisar y modificar sus decisiones, para establecer esto, el autor realiza una comparativa entre la decisión del tribunal de garantía con la valoración negativa que realiza el juez oral en lo penal, recurriendo a los presupuestos de la triple identidad de la cosa juzgada, toda vez que, el acusado y acusador son los mismos en ambos momentos, que la causa sería la misma, esto es, la utilización de medios de investigación que han vulnerado los derechos fundamentales del acusado, y que si bien el objeto podría parecer distinto, en tanto en una actuación se pretende que la prueba no sea practicada en el juicio oral, y en la otra, que, a pesar de haber sido practicada, su resultado no sea considerado para la determinación de los hechos en la sentencia, lo cierto es que, esta diferenciación es irrelevante, pues sólo se refiere al momento en que se realiza la exclusión y no a la naturaleza de la actividad, lo relevante es que en ambos casos el objeto es que ciertos elementos de prueba formen o no parte del conjunto sobre el cual se tomará la decisión (Ídem, 2018: p. 682-683).

Luego se hace cargo del argumento que señala que la exclusión solo se podría dar antes de la rendición de pruebas, pues una vez percibida la prueba por los jueces de juicio oral será obviamente imposible imaginar su exclusión, pues ya se ha convertido de manera irreversible en un factor que ha incidido en el proceso cognitivo, por lo que en este sentido sólo sería posible “valorar negativamente” y no tendría cabida la exclusión, señalando que para este él esta interpretación es absurda, primero porque el artículo 297 del CPP obliga al tribunal de juicio oral a valorar toda prueba producida, por lo que debe ser valorada y considerada en la decisión sobre los hechos. En segundo lugar, porque al entender que el conjunto probatorio no deja de conformarse sino hasta finalizada la práctica de pruebas, es posible

comprender que la exclusión no depende del momento en que se realice para ser o no exclusión, sino de que suprima ciertos elementos del conjunto definitivo sobre el cual se tomará la decisión, por lo cual la exclusión es perfectamente posible con posterioridad a que las pruebas sean rendida, pero no por ello contemplado por el Derecho o deseables epistemológicamente (Ídem, 2018: p. 684-685).

El segundo argumento se centra en el auto de apertura como una resolución irrevocable e inimpugnable, en virtud de la calidad de cosa juzgada que esta sentencia interlocutoria genera, ya que sirve de base para la pronunciación de una sentencia definitiva, por lo cual la valoración negativa sólo tendría lugar una vez firme el auto de apertura del juicio oral, esto en virtud del artículo 281 del CPP, ya que la etapa del procesamiento ante el juicio oral en lo penal solo puede iniciarse una vez el auto de apertura se encuentre firme, y en este punto la resolución ya es inimpugnable e irrevocable (Ídem, 2018: p. 685-686).

Un tercer argumento consiste en verificar la historia fidedigna de la ley, en relación a la posibilidad de revisión del auto de apertura del juicio oral, que en principio no se tenía en consideración recurso alguno de revisión de la decisión tomada por el juez de garantía, pero que luego se concede el recurso de apelación que actualmente está establecido en el artículo 277 inciso penúltimo CPP, pero solo a favor del fiscal para apelar contra el rechazo de pruebas que provengan de diligencias declaradas nulas o hayan sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, evitando así que tribunal oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos que luego no podrá valorar. Por lo que, entendiendo bien esta limitación a recursos en contra de esta resolución, no es que el legislador haya omitido señalar otros medios de revisión o modificación de lo resuelto, sino que, ellos han sido expresamente desechados, no pudiendo así entonces, el tribunal de juicio oral excluir prueba que el tribunal de garantía ha admitido (Ídem, 2018: p. 686).

Por último, un cuarto argumento es el que versa sobre la estricta legalidad de la competencia de los tribunales, que se encontraría reforzado por lo que señalan los artículos 6 y 7 de la CPR y, en especial por el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales, conforme al cual la competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de sus atribuciones, considerado por el autor como el argumento más importante y que incluso de no existir los tres anteriores, este tendría valor e importancia por sí solo, pues, es necesario que la ley confiera expresamente una facultad para que el ejercicio de la misma sea considerado válido, y que en este sentido el artículo 18 del COT al determinar la competencia de los tribunales de juicio oral en lo penal,

se entiende que no está dentro de sus facultades la exclusión de prueba ilícita, y que, en cambio, expresamente al tribunal de garantía en la letra a) del artículo 14 del mismo cuerpo legal, si le confiere tal facultad, y que incluso las normas del CPP que regulan la exclusión probatoria, lo hacen refiriéndose explícitamente al juez de garantía, por lo que evidentemente el tribunal de juicio oral en lo penal no posee la facultad para excluir prueba, y, por tanto un tribunal de juicio oral que abre debate sobre el rechazo de prueba ya aceptada por el respectivo juez de garantía, o sobre su ilicitud, no sólo actúa fuera de sus competencias, sino que además vulnera la autoridad de cosa juzgada (Ídem, 2018: p. 687-688).

3.2. Doctrina a favor. Valoración negativa como mecanismo residual para resguardar efectivamente las garantías en la obtención de pruebas.

Para este sector doctrinario es relevante dejar un punto clave para la discusión, “la valoración negativa de la prueba se distingue de la exclusión probatoria, tanto en sus efectos, como en lo referido a la oportunidad procesal en la cual ambas instituciones operan” (Correa, 2021: p. 68).

Una clara diferencia entre la exclusión probatoria y la valoración negativa, es que una impide que el juez se contamine con la prueba obtenida ilícitamente, y la otra de igual manera llega al juez, pero éste reconoce que dicha prueba fue obtenida con vulneración de garantías y aun así, a pesar de estar contaminado con dicha prueba, el tribunal de fondo la desestima, le otorga un valor negativo o incluso insuficiente para que sirva como medio de prueba en la resolución del caso, al no cumplir con un parámetro mínimo para que dicha prueba tenga valor, así, Correa señala que, “el actuar del Tribunal en este último caso no se condice con una exclusión de prueba, sino que se refiere exclusivamente a la valoración de la misma” (Ídem, 2021: p. 68).

Es así, que uno de los argumentos que apoyan la práctica de los tribunales de valorar negativamente la prueba obtenida, se centra en lo señalado por el propio artículo 276 del CPP, al consagrar esta disposición una prohibición genérica de valoración cuando esta prueba se ha obtenido faltando a las garantías fundamentales, y por dicha razón es que el Tribunal de juicio oral, aunque no tenga la facultad para excluir prueba, no puede pasar por alto una infracción que afecte garantías consagradas constitucionalmente, teniendo la posibilidad de no valorar la prueba obtenida de manera ilícita (Ídem, 2021: p. 69).

Paralelo a ello, es sabido que las instituciones propias del derecho alemán reconocen en este sentido, las llamadas prohibiciones de valoración de prueba, y que en nuestro país se reconocen como la posibilidad del Tribunal de Juicio Oral de no valorar la prueba de cargo ilícitamente obtenida, lo que se condice con el deber de todo tribunal que ejerce competencia en materia penal de no valorar este tipo de prueba, y que en el caso de que el tribunal le otorgue valor a dicha prueba, solo genera una nueva infracción de garantías, esta vez al fundamentar la decisión en base a prueba ilícita (Ídem, 2021: p. 69).

Por otro lado, Carlos Correa señala que existen muchos problemas sobre ilicitud probatoria que se dan a lo largo del proceso penal y que la regla de exclusión del artículo 276 CPP no permite dar solución. Tal es el caso de la audiencia de procedimiento abreviado, mecanismo que no contempla una etapa de discusión sobre la ilicitud de la prueba que sustenta la acusación, en este caso, ¿cómo debe actuar el tribunal?, ¿Es razonable privar al tribunal de fondo, de la posibilidad de no fundamentar la sentencia definitiva en base a prueba obtenida de manera ilícita?, preguntas similares se pueden formular en el procedimiento ordinario, ejemplo de ello es la duda sobre si el Juez de Garantía debe omitir la existencia de prueba ilícita al momento de resolver, por ejemplo, una solicitud de imposición de una medida cautelar promovida luego de la declaración de la ilegalidad de la detención, por lo cual en este caso, y si se aceptara la tesis contraria, el Tribunal de juicio Oral en lo Penal tendría que resolver el caso incluso considerando como válida la prueba obtenida con vulneración de garantías constitucionales (Ídem, 2021: p. 81).

Un problema más que se presenta es en lo relativo al juicio oral, precisamente en relación a qué tratamiento debe darse a los medios de prueba erróneamente incluidos en el auto de apertura, o a situaciones en que los antecedentes que demuestran que existió ilicitud probatoria son conocidos en el propio juicio oral, teniendo que volver a preguntarnos, ¿es acorde a un justo proceso que se prive al imputado de la exclusión de dicho medio ilícito de prueba?, ¿es lógico que ese medio de prueba tenga que ser valorado positivamente, aun cuando no fue obtenido de manera lícita y que a todas luces, a raíz de descubrir estos nuevos antecedentes, fue obtenido de una forma que niega impunemente las garantías fundamentales? (Ídem, 2021: p. 81).

Nos inclinamos por aquel sector doctrinario que da cabida a la valoración negativa de la prueba en nuestro ordenamiento jurídico, nos remitimos a los argumentos ya expuestos y al criterio jurisprudencial que próximamente trataremos.

Es así que en este sentido, de las tres fundamentaciones posibles señaladas por la doctrina para justificar la exclusión probatoria propiamente tal, a saber, el “criterio de confiabilidad en la evidencia”, que versa sobre la necesidad de evitar que las decisiones sean adoptadas en base a prueba de mala calidad o calidad insuficiente y por lo tanto carente de credibilidad; el “criterio de la integridad judicial”, que reconoce que las pruebas tomadas por los órganos jurisdiccionales no deben ser adoptadas sobre pruebas que van en contra del propio sistema que se quiere defender; y el “criterio de la prevención o disuasión”, que tiene como principal función la de disciplinar a los agentes de persecución penal, con especial consideración a los policías, desincentivando así, la obtención de prueba a través de medios no considerados por el ordenamiento y que a su vez vulneran garantías fundamentales; nos decantamos por la fundamentación sobre la integridad judicial y sobre la prevención, toda vez que estas no tienen como primera preocupación la búsqueda de la verdad simplemente o como único fin, sino que, buscan, por sobre todo, respetar valores mínimos de una vida en sociedad, en donde el poder se entrega a un cierto grupo definido el cual debería ser completamente imparcial, tratando de conseguir la verdad, pero no a cualquier costo, sino que, a su vez, dando el ejemplo. (Claudio Correa, 2016: p. 112-114). En tal sentido, la valoración negativa de la prueba se configura como otro mecanismo más del cual la normativa nacional dispone para el correcto resguardo de los DDFF de las personas, y es que justamente el respeto a estas garantías es el fundamento que permite reconocer las prohibiciones de valoración de prueba en el juicio oral (Carlos Correa, 2021: p. 89).

4. Doctrinas atemperadoras de la exclusión de prueba.

Por otro lado, existen tesis que van en contra de la exclusión de prueba, o son una forma de atemperar o permitir ciertos medios de prueba, que a pesar de haber sido obtenidos mediante la vulneración de garantías del imputado, tienden a que dichos medios sean parte de la resolución del caso. Dentro de las causales de excepción a la exclusión probatoria más conocidas tenemos, “la conexión de antijuridicidad; la buena fe del transgresor, el descubrimiento inevitable; el nexo causal atenuado; o la fuente independiente” (Teresa Armenta Deu, 2007: p. 357).

4.1. La conexión de antijuridicidad.

Esta tesis postula que es posible romper la conexión de antijuridicidad entre el resultado de la violación de garantías y el medio de prueba obtenido, basándose en tres variables, a saber:

- a) La magnitud de la violación;

- b) La confesión espontánea;
- c) La importancia del bien jurídico protegido.

Es así, que no bastaría solo con que entre la prueba ilícitamente obtenida y la garantía violentada exista una relación causal, requisito necesario pero no suficiente, sino que también “de una conexión jurídica que en este caso se concreta en una "conexión de antijuridicidad", que añadiría un plus necesario y suficiente para que tal prueba fuera considerada prohibida. Si esta conexión fuera débil la prueba podría ser admitida y valorada” (Francisco Ibarra Palafox, 2009: p. 458-460).

Lo anterior se sustenta en las propias garantías constitucionales, toda vez que por ejemplo, se puede señalar que el propio imputado en su faz interna, voluntaria y espontáneamente decida declarar sobre lo que se le acusa, rompe jurídicamente la conexión causal con el hecho ilícito que generó la prueba, y esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración del acusado, convierte en innecesarias las necesidades de protección del derecho fundamental material que justificaría su exclusión probatoria. (Ídem, 2009: p. 460).

4.2. La buena fe del transgresor.

Conocida como *good faith exception*, tiene sus orígenes en Estados Unidos, a raíz del caso *United state vs. León 1984*, denominada también como “doctrina de la buena fe del transgresor”, la cual “elimina el efecto excluyente en atención a la creencia fundada y razonable de estar obrando lícitamente, lo que echa por tierra el efecto disuasorio de la regla de exclusión” (Teresa Armenta Deu, 2007: p. 364).

4.3. La fuente independiente.

Esta excepción está fuertemente ligada a la teoría de los frutos del árbol envenenado, la cual señala que una prueba que deriva de otra que se obtuvo de manera ilícita, también debe ser considerada viciada toda vez que, “se alegaba que si un árbol estaba envenenado, todos sus frutos deberían también estarlo, motivo por el cual se hacía imposible obtener cualquier información derivada de un hecho ilícito en origen”. (Francisco Ibarra Palafox, 2009: p. 454).

Es así como la teoría de la fuente independiente es aquella que “logra justificar la independencia causal entre dos pruebas aparentemente derivadas la una de la otra”, por lo que, al no existir este nexo causal entre ambas pruebas, se rompe lo que se señala sobre la teoría del árbol envenenado, no logrando la

primera prueba viciar está que, -siguiendo las palabras que argumentan la teoría de los frutos del árbol envenenado- no proviene del mismo árbol. (Ídem, 2009: p. 456).

4.4. El descubrimiento inevitable.

Esta teoría, al igual que la anterior, también deriva y tiene relación con la teoría de los frutos del árbol envenenado, toda vez que, impide que se aplique la regla de exclusión, al señalarse que la prueba derivada de la prueba ilícita inevitablemente se puede conseguir por otros medios que, si son lícitos, justificando su admisibilidad y posterior valoración, además de no producir efecto disuasivo alguno en la policía o jueces, pues de igual manera se podría obtener dicha prueba (Ídem, 2009: p.456).

4.5. Nexo causal atenuado.

Esta teoría señala que el nexo causal entre la prueba ilícitamente obtenida y la prueba derivada de esta no tendría la suficiente fuerza como para permitir la exclusión, al existir un factor que disminuye la conexión entre las mismas pruebas, como sería en el caso que mediara un acto de voluntad en el testimonio inculpatario, y a esto sumándole la ausencia de mala fe y que transcurra un tiempo entre la comisión del delito y la obtención del testimonio, se logra atenuar o disipar el nexo, factores que deben ser ponderados caso a caso (Ídem, 2009: p. 457).

5. Sobre la prueba ilícita de descargo

Para conceptualizar la prueba ilícita de descargo recurrimos al autor Claudio Meneses quien identifica dos componentes fundamentales: la ilicitud y su contenido. En primer lugar, se trata de evidencias que han sido obtenidas con infracción a las garantías fundamentales resguardadas en la CPR y en tratados internacionales sobre la materia ratificados por Chile, ya sean infracciones provenientes de agentes del Estado o de particulares. Junto a ello, se trata de una prueba ilícita con un contenido de descargo, es decir, se permite corroborar la inocencia del imputado mediante ella. (2015: p. 3-4).

Múltiples autores apoyan la tesis de que no se debe excluir la prueba ilícita de descargo, en tal sentido argumentan que ninguna norma del CPP permite resolver de forma convincente y satisfactoria el problema relativo al alcance de las reglas de exclusión probatoria por ilicitud, por ello se debe atender a la ponderación de derechos fundamentales, ahora bien advierten que tratándose de la prueba ilícita de descargo si bien no deja de operar el método de la ponderación si se reduce su campo de aplicación por ser socialmente más relevante incluir una prueba que guía a una verdad exculpatoria, aunque sea

ilícita, que preservar el carácter inmaculado del proceso a costa de tolerar la condena sin razón de un sujeto (Claudio Correa, 2016: p. 136-137). También han señalado que solo las pruebas ilícitas de cargo se encuentran sometidas a prohibiciones de admisión y valoración fundadas en la legitimidad del ejercicio de poder punitivo del Estado, pero las pruebas ilícitas de descargo no se encuentran sujetas a estas y su admisión y valoración estarían dadas por la garantía de presunción de inocencia que sirve de punto de partida político y jurídico en nuestro modelo procesal penal (Claudio Meneses, 2015: p. 18).

Esto nos hace sentido ya que una prueba que demuestre la inocencia del imputado, no puede tener el mismo tratamiento que una que lo inculpe, no sólo en virtud a los argumentos ya señalados en los párrafos anteriores, sino que además, tal como se señala en relación a las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita, en especial lo relacionado con la teoría del nexo causal atenuado (Francisco Ibarra Palafox, 2009: p. 457), en tanto hay ocasiones en que por la voluntad del afectado, este presta declaración voluntariamente sin mediar factores de mala fe, esto impediría que la prueba derivada se vicie, por ello se debe permitir que la prueba de descargo si así lo quiere el imputado, sea aceptada, toda vez que los derechos fundamentales se basan en la dignidad de cada persona, y si está aceptada tal vulneración como propia para verse beneficiado con ella y así consagrar y conservar al menos el derecho a la presunción de inocencia, no debería negarse dicha opción, sobre todo si es en favor de sus propios DDFF, pues el principal objetivo de la exclusión probatoria es el de resguardar las garantías de los imputados desincentivando el actuar ilícito (criterio de prevención o disuasión), y es aún más desincentivador que esta prueba obtenida de manera ilícita, además, logre generar una convicción en el tribunal sobre la inocencia del imputado, por lo que, a todas luces es contradictorio excluir una prueba que lo único que hace es aclarar la inocencia del afectado (Claudio Correa, 2016: p. 112-114).

Así, tal como señala Quinzio, “todo el catálogo de los Derechos Humanos es para mejorarlos y sacar conclusiones de cuando ellos fueron vulnerados, para nunca más vivirlo ni negarlos, para que todos tengan conocimiento de ellos, para hacerlos valer, respetarlos y exigir su respeto, vigencia y garantía y hacerlos aplicables” (2006: p. 44), en este sentido, si la garantía ya fue vulnerada, no sólo queda anular dicha actuación excluyendo la prueba de descargo, sino que para revertir de mejor manera la situación de vulneración, el mejor camino es aceptar que se transgredió dicha garantía y convertir esa vulneración en el propio resguardo de los derechos que aún no han sido vulnerados, toda vez que de excluirse definitivamente la prueba de descargo, se estaría vulnerando nuevamente una garantía

fundamental, como lo es la ya señalada presunción de inocencia y eventualmente, incluso otros derechos si no se logra acreditar la inocencia por otros medios.

Capítulo II: Agente encubierto

1. Concepto doctrinario.

Doctrinariamente se ha definido al agente encubierto como aquel funcionario policial o miembro de las fuerzas de seguridad que se infiltra en una organización criminal para obtener información de su estructura y funcionamiento, para lo cual se vale de una identidad falsa y de una autorización judicial con el objetivo reunir pruebas contra los integrantes de la asociación criminal y así poder perseguirlos penalmente (Almaraz, 2016: p.151).

Resulta importante destacar que el principal objetivo de esta figura es descubrir una conducta delictiva preexistente, que ya se encontraba en curso o consumada (Ivelic, 2014: p. 157), y ello es lo que principalmente la distingue del agente provocador o instigador aparente, ya que en esta última se induce a la realización de un delito, se influye en el nacimiento de la voluntad delictual.

1.1. Elementos del agente encubierto.

A partir de este concepto se concibe una serie de elementos que caracterizan esta técnica de investigación:

- a. Ocultamiento de la identidad por parte del funcionario policial.

A través de esta falsa identidad se da el engaño que permite crear una relación de confianza para que el agente estatal recabe los antecedentes probatorios sobre la organización criminal y los hechos delictivos asociados a ella.

- b. Requerimiento de autorización judicial.

Nuestro Código radica la autorización de esta medida de forma exclusiva en el Juez de Garantía, así el Ministerio Público no tiene la facultad para ordenar por sí solo la ejecución de esta técnica especial de investigación, situación que sí consta en el derecho comparado y que por lo tanto analizaremos en su momento, pero adelantamos que nos parece una decisión legislativa correcta en cuanto se trata de una de las técnicas intrusivas que mayor afectación de garantías fundamentales implica y el control judicial se fundamenta en esta circunstancia.

- c. Su objetivo es identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación.

Se trata de una técnica especial dentro de las diligencias de investigación establecidas en la normativa nacional, por lo tanto, comparte el mismo fin, pero con un objetivo específico: combatir la criminalidad organizada. El surgimiento de estos medios de investigación se da con la finalidad de acceder a la estructura organizativa, detectar la comisión de delitos e informar de sus actividades, con el propósito de obtener pruebas inculpatórias y proceder a la detención de sus autores (Lourdes Expósito, 2015: p. 254).

d. Debe darse en el marco de una organización delictiva.

Este último requisito a su vez marca un criterio diferenciador entre las distintas técnicas de investigación reguladas en el CPP. Tratándose de las medidas intrusivas del artículo 222 y 226 del Código se exige sospechas fundadas de la participación del imputado mientras que el artículo 226 bis del mismo cuerpo legal requiere sospechas fundadas de la participación del imputado, pero en una asociación o agrupación ilícita, de tal modo que se reduce aún más el campo de aplicación de esta técnica.

2. Regulación normativa:

2.1. Concepto normativo

El artículo 25 de la ley 20.000 en su segundo inciso se encarga de definir lo que es un agente encubierto, a partir de esta norma podemos señalar que se trata de una técnica especial de investigación en virtud de la cual un funcionario policial que oculta su identidad oficial, se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación.

2.2. Campo de acción del funcionario

La normativa es clara y señala los casos en que opera la figura en cuestión, el artículo 226 bis en su primer inciso nos otorga los requisitos: Que la investigación vea el uso de la técnica investigativa como imprescindible, que existan fundadas sospechas basadas en hechos determinados de la participación en una asociación ilícita, o en una agrupación u organización conformada por dos o más personas, destinada a cometer los hechos punibles previstos en tales normas, aun cuando ésta o aquella no configure una asociación ilícita.

En su segundo inciso se presenta catálogo de delitos sobre el cual se admite la procedencia del agente encubierto: Crímenes contemplados en los artículos 433, 434, inciso primero del 436 y 440 del Código Penal y de los delitos a que hace referencia el inciso precedente que son los contemplados en la ley N°17.798, en el artículo 190 de la ley N°18.290 y en los artículos 442, 443, 443 bis, 447 bis, 448 bis y 456 bis A del CP.

De esta forma, el campo de actuación del agente encubierto se limita a la investigación de los siguientes delitos:

a. Delito de robo con violencia o intimidación en las personas; se incluye sus figuras agravadas, es decir, si con ocasión del robo además se cometiere homicidio, violación, lesiones o secuestro.

b. Delito de piratería;

c. Delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado;

d. Delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado;

e. Delito de robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en lugares no destinados a la habitación o en el interior de vehículos motorizados, si el autor hace uso de llaves falsas o verdaderas que se hayan sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes o si se procede, mediante fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección o si se utilizan medios de tracción.

f. Delito de robo de vehículos motorizados;

g. Delito de falsificación de documentos relativos a la Ley del Tránsito por parte de un empleado público;

h. Delito de robo con fuerza en las cosas en bienes nacionales de uso público;

i. Delito de robo con fuerza de cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero, o del dinero y valores contenidos en ellos;

j. Delito de hurto de cosas que forman parte de redes de suministros de servicios públicos y apropiación de sus suministros;

k. Delito de robo o hurto cometido con las circunstancias agravantes del artículo 456 bis del Código Penal, es decir, ejecutar el delito en sitios faltos de vigilancia policial, oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que por cualquiera otra condición favorezcan la impunidad; que la víctima sea un niño, anciano, inválido o persona en manifiesto estado de inferioridad física; ejercer la violencia en las personas que intervengan en defensa de la víctima, salvo que este hecho importe otro delito; y actuar con personas exentas de responsabilidad criminal según el número 1 del artículo 10, o sea, el loco o demente y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón;

l. Delito de abigeato;

m. Delitos de porte, tenencia y tráfico de armas de fuego y municiones, junto con aquellos regulados en la ley N°17.798 como lo son el uso de artefactos explosivos, el delito de disparo injustificado y la formación de grupos de combate o partidas militarmente organizadas, entre otros;

Se trata de un catálogo taxativo que pone especial énfasis en los delitos contra la propiedad, delitos regulados en la Ley de Control de Armas y en la Ley de Tránsito. Destaca la ausencia de delitos que revisten especial gravedad como aquellos atentatorios contra la vida, sobre ello cuestionamos el criterio establecido para determinar el campo objetivo del agente encubierto.

Ahora bien, se identifican dos tipos de modalidades que puede asumir el agente encubierto, esta puede ser una actuación activa o pasiva. La primera se comprende como la realización de conductas ejecutivas y de colaboración con la organización criminal (Ivelic, 2014: p. 148), mientras que por pasiva se comprende la mera observación de los actos delictivos de tal organización. La regulación de la figura contempla ambos tipos y por ello nos interesa determinar la extensión de la actuación activa. Ahora bien, normativamente no se identifica qué acciones positivas puede realizar el agente encubierto sólo se señala que su objetivo es recabar antecedentes, pero no los medios de los cuales se puede valer para ello, en tal sentido creemos que se presentan los siguientes límites:

En primer lugar, el despliegue de actuaciones del agente encubierto no puede traer aparejada la aplicación de otras técnicas investigativas que requieran a su vez autorización judicial, de hacerse necesario por las circunstancias fácticas la implementación de esas, el funcionario infiltrado deberá solicitar la autorización correspondiente para su ejecución, sino obsta a ser declarada como una fuente ilícita de prueba en un control judicial posterior.

Junto a ello corresponde señalar que el agente encubierto - así como el agente revelador - se encuentran exentos de responsabilidad criminal en atención al sexto inciso del artículo 25 de la Ley 20.000, donde se establece que esta exención opera por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, pero establece dos condiciones: siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma, en tal sentido estas últimas dos circunstancias se componen como el elemento negativo de la antijuricidad, por lo que si bien la conducta es típica, no llegará a constituir un ilícito penal (Bravo Temístocles, 2017: p. 19), de tal forma que otro de los límites en su conducta será el respeto a estos parámetros normativos.

2.3. Control *ex ante*.

El artículo 226 bis del CPP plantea que la aplicación de la diligencia de investigación debe tener el carácter de imprescindible junto a la existencia de sospechas fundadas y a ello se suma la exigencia de autorización por parte del juez de garantía, y es que de este último depende el legítimo ejercicio de esta técnica especial de investigación. De no darse este último requisito, estaríamos ante una fuente de prueba ilícita cuyas pruebas derivadas serían susceptibles de ser declaradas como tal por su nexo causal. El juez de garantía tendrá que realizar un análisis de proporcionalidad y se configura así como el mecanismo de control previo a las actuaciones del agente encubierto. Sobre el contenido de este análisis ahondaremos en el apartado dedicado a las condiciones de legitimidad.

Sobre esta materia, encontramos el oficio de Fiscalía Nacional 061/2009, mediante el cual se imparte una instrucción general respecto a los criterios de actuación en delitos vinculados a la ley 20.000 y se establece una serie de obligaciones que los funcionarios deben cumplir en el marco de esta técnica de investigación:

- a. De la designación de un agente encubierto o revelador debe dejarse constancia en la carpeta investigativa y entregar una copia a los policías que quedan a cargo de la misma.
- b. La constancia deberá, al menos, contener los datos que permitan la individualización del agente encubierto o revelador, su nombre ficticio o clave con la cual se lo denomina, RUC del caso, policía a la cual pertenece, plazo de duración al cabo del cual caduca.
- c. Deben adoptarse todas las medidas de protección que se estimen necesarias en cada caso.

d. Para el otorgamiento de historia ficticia, el fiscal deberá coordinarse previamente con la Unidad de Drogas de la Fiscalía Nacional y seguir el procedimiento de trabajo existente a este respecto.

e. El otorgamiento de historia ficticia deberá contar con autorización escrita del fiscal regional dirigida al fiscal adjunto y copiada a la Unidad de Drogas.

La razón de existencia de esta instrucción se debe a que el control posterior del agente encubierto se realiza sobre la base de estos registros y precisamente allí radica su importancia:

2.4. ¿Control *ex post*?

Como anticipamos en el apartado anterior, el CPP impone en sus artículos 227 y 228 la obligación de registrar las actuaciones tanto del MP como de la policía en el despliegue de una investigación criminal. Este registro toma relevancia en consideración al control judicial posterior de la aplicación del agente encubierto, donde el tribunal junto a la defensa tendrá acceso a estos documentos para el análisis de legitimidad en la medida y podrán hacer las reclamaciones correspondientes ante situaciones concretas de su despliegue.

De esta forma, se puede hacer un contraste entre aquellas actuaciones desplegadas por la policía y aquellas que fueron ordenadas por el MP, junto con determinar si materialmente se ha excedido los límites establecidos por la ley. Comentamos sobre la amplitud de conductas que pueden ejercerse bajo esta técnica especial de investigación y el peligro de disfrazar otras diligencias investigativas bajo esta etiqueta, pero mientras se encuentre la obligación de registro se puede realizar un control judicial efectivo sobre la figura y hacer las reclamaciones que la defensa estime pertinente. Como veremos a través de la jurisprudencia, se trata de un elemento cuya omisión acarrea grandes consecuencias.

3. Sobre las garantías fundamentales afectadas.

Las medidas de investigación se encuentran reguladas en nuestro CPP de tal manera que el Ministerio Público y la policía pueden, de manera autónoma, realizar todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos, sin requerir autorización judicial, ello siempre que no implique una afectación a las garantías fundamentales, por lo que la autorización del juez viene a ser un control sobre los conflictos con los derechos individuales de los ciudadanos en el marco de una investigación (Mauricio Duce y Cristián Riego, 2009: p. 173).

Mediante este artículo se nos presenta la dicotomía entre la labor investigativa del Ministerio Público y el respeto a los derechos de la ciudadanía. El contexto de clandestinidad en el que se da la mayoría de los delitos impone la necesidad al Estado de realizar acciones positivas con el objeto de clarificar los hechos que son materia de investigación, lo cual implica invadir las esferas jurídicas de los ciudadanos y a su vez puede devenir en vulneraciones o amenazas a los derechos esenciales (Raúl Nuñez y Claudio Correa, 2017: p. 200), ahora bien se trata de una posibilidad y ante ella nuestro ordenamiento jurídico ha impuesto como requisito la autorización judicial.

El agente encubierto afecta una serie de garantías fundamentales sin considerar los casos en que la utilización de esta herramienta deviene en otras técnicas investigativas: ya sea escuchas telefónicas o acceso al domicilio, las cuales abarcan aún más vulneraciones en los derechos de los investigados. El artículo 226 bis del CPP en su último inciso exige para la utilización del agente encubierto autorización por parte del juez de garantía, ello nos deja prever la naturaleza lesiva de esta técnica especial de investigación y nos lleva a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los DDEF que esta herramienta pone en tensión?:

3.1. Derecho a la defensa.

Sobre el derecho a la defensa, nos interesa particularmente una de sus dimensiones: el principio de no autoincriminación, en virtud del cual el imputado puede negarse a responder ciertas preguntas cuya respuesta pueda implicar que se le persiga criminalmente por un delito, a él o a algún miembro de su familia (González y Maturana, 2012: p.102), y es que gran parte de la prueba recabada por el funcionario policial en el marco de esta diligencia proviene de los propios dichos del sujeto investigado, en tal sentido, la naturaleza secreta de esta técnica especial de investigación vulnera el derecho a guardar silencio del individuo. Se trata de un principio con asidero constitucional, se encuentra resguardado en el artículo 19 n°7 letra f) de la CPR, pero también se destaca su inclusión en el CPP, específicamente en el artículo 305.

Este derecho tiene a su vez otras implicancias, como lo es que el sujeto afectado por una medida de intervención y limitación de un derecho fundamental tenga conocimiento de que ha sido objeto de la misma (Agustina Alvarado, 2014: p. 462), cuestión que también se ve afectada por la naturaleza secreta de esta diligencia. En el marco de la aplicación del agente secreto, este derecho influye en el procedimiento penal asegurando el acceso a la defensa tanto del contenido de la resolución judicial autorizante como a los antecedentes que se tuvieron a la vista para concederla (Ídem, 2014: p. 462).

3.2. Derecho a la vida privada.

Encontramos este derecho en el artículo 19 n°4 de la CPR, en virtud del cual se asegura a todas las personas “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales”. El reconocimiento de este derecho implica una limitación a la actividad estatal en su persecución punitiva, se reserva una esfera de intimidad a los individuos que no puede ser afectada sin causa legítima (Horvitz y López, 2004: p. 95), y es que precisamente esta es la tónica tratándose de afectación de DDDFF, deben darse las condiciones de legitimidad para que se autorice tal intervención. Sobre ello profundizaremos en el siguiente apartado.

3.3. Derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

Este derecho tiene consagración constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra en el artículo 19 n°5 CPR en virtud del cual se asegura a todas las personas “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.”. Se utiliza la expresión “toda forma de comunicación privada” ya que abarca todo acto comunicacional que no sea público (Eugenio Evans Espiñeira, 2014: p. 12), cuestión que entra en conflicto con la naturaleza secreta que implica la aplicación del agente encubierto. Ahora bien, en aquel enunciado constitucional se establece que este derecho se podrá ver limitado en los casos y formas que establece la ley, uno de estos casos se trata de la figura de investigación en análisis responde a la dicotomía que hemos planteado: la necesidad del Estado en la búsqueda de punibilidad ante los hechos constitutivos de delitos y las garantías fundamentales de los ciudadanos que limitan los medios de los cuales se pueden valer los agentes del Estado.

4. Condiciones de legitimidad.

Anticipamos que un Estado de Derecho democrático se caracteriza por el debido respeto a las garantías fundamentales, ello implica que su potestad punitiva se ve limitada por ciertos principios, pero de todas formas no hablamos de derechos intangibles, las vulneraciones a estos pueden darse en los casos y formas determinadas por la ley, por ello corresponde determinar cuáles son las condiciones de legitimidad para la aplicación del agente encubierto como medida intrusiva de investigación.

Uno de estos principios que rige el *ius puniendi* estatal es el de proporcionalidad, el cual dice relación con el daño inferido al bien jurídico mismo y con la trascendencia social del hecho, por ello en la adopción diligencias de investigación debe tenerse en cuenta la entidad del daño material que se pretende impedir, así como la trascendencia social del comportamiento a evitar (Garrido Montt, 2010:

p. 46). En ese sentido, el principio de proporcionalidad se manifiesta en la necesidad de control constante en la justificación que se esgrime como base para la restricción de cualquier derecho fundamental (Raúl Núñez Ojeda, Ramón Beltrán y Nicolás Santander, 2019: p. 159).

A partir de la proporcionalidad, se ha propuesto un método dogmático para la resolución de disputas en restricciones de DDDFF: en la aplicación de un medio restrictivo de garantías fundamentales se exige que sea idóneo, necesario y proporcional para conseguir el fin propuesto (Hernán Fuentes, 2008: p. 10).

El criterio de idoneidad implica el establecimiento fáctico sobre si el sacrificio de un determinado interés permite la satisfacción de otro interés concurrente, por su lado, el criterio de necesidad es un juicio acerca de la existencia de alternativas portadoras de una menor repercusión lesiva para conseguir la misma finalidad, y por último, la proporcionalidad en sentido estricto consiste en someter a juicio la pluralidad de intereses contrapuestos y en el cual se trata de hacer prevalecer a aquel al cual se le atribuya un mayor valor (Ídem, 2008: p. 10-11).

El juez de garantía será el encargado de realizar este examen ante la solicitud del Ministerio Público para el uso del agente encubierto, por lo tanto, recae sobre su juicio valorativo el examen de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, una vez superados se comprende que la medida es legítima y por lo tanto procederá a autorizarla.

5. Derecho Comparado

A continuación, analizaremos la normativa del agente encubierto a través del derecho comparado, para ello acudiremos tanto al modelo alemán como al español.

5.1. Particularidades del sistema alemán.

Sem Sandoval nos ilustra sobre el modelo alemán de medidas coercitivas, las cuales se comprenden como un conjunto de medidas procesales penales reconocidas en la ley, que, en un sentido amplio, autorizan una intervención en los DDDFF del imputado y/o terceros (2020: p. 151), dentro de este grupo se consideran las diligencias de investigación y por ello comprendemos ahí al agente encubierto. Sobre el particular, el autor señala que sobre estas medidas operan los siguientes presupuestos: Regulación legal y posible afectación de derechos fundamentales, sólo pueden ser ordenadas por determinados operadores de la justicia penal (en primer lugar el juez, fiscalía y en ciertos casos a su

personal de investigación) y si es que se encuentran cubiertas por una ley que autorice su intervención (Ídem, 2020: p. 153-155).

Sobre este último punto, el autor identifica medidas coercitivas que pueden ser ordenadas por una cláusula general de investigación y medidas coercitivas que solo pueden ser ordenadas cuando se cumplen los presupuestos de una autorización legal especial, es dentro de este último grupo donde encontramos al agente encubierto. El autor recurre a Kühne para sostener que mientras más invasiva sea la intervención de una medida de fuerza en la esfera de derechos individuales, más altos son los presupuestos referidos a la persona facultada para su ordenación (Ídem, 2020: p. 157), punto que consideramos relevante en miras a la regulación normativa chilena sobre el agente encubierto.

Ahora bien, en el sistema alemán también se establecen distintos niveles de sospecha en atención a este principio de proporcionalidad mencionado, por lo que las medidas coercitivas más lesivas se reservan para los casos donde esté presente el nivel de sospecha más alto. A su vez, se advierte que hay medidas coercitivas que sólo pueden ordenarse para la investigación de hechos punibles de considerable significado, así como medidas coercitivas que contienen una cláusula de subsidiariedad en virtud de la cual de existir una medida menos invasiva debe preferirse esta última (Ídem, 2020: p. 158-159), el agente encubierto pertenece a estas dos categorías en el ordenamiento jurídico alemán.

5.2. Particularidades del sistema español.

En el ordenamiento jurídico español, se regula la técnica especial de investigación del agente encubierto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el libro II, título III sobre la Policía Judicial, específicamente en su artículo 282 bis. De esta norma corresponde destacar los siguientes puntos:

Se considera como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer determinados delitos. Podemos apreciar una primera diferencia con el modelo chileno donde se permite la aplicación de esta técnica en aquellas organizaciones conformadas por dos o más personas destinadas a cometer los delitos señalados en tal norma. Ahora bien, esta distancia no es del todo absoluta, ya que esta conceptualización realizada en el artículo 282 bis de la LECrim no coincide con aquel criterio establecido en el artículo 570 bis del Código Penal de España, donde se comprende organización criminal como *la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos*. Esta última norma

establece un criterio cuantitativo coincidente al de nuestra regulación nacional, pero ello ha planteado el desafío en la doctrina española de interpretar ambas normas y es que las consecuencias de preferir una por sobre la otra no son menores, sino que supone ampliar el marco de operatividad del agente encubierto (Belén Rizo Gómez, 2018: p. 20). En Chile no presentamos este problema interpretativo debido a que, si bien hay una discusión doctrinaria referente a la cantidad de miembros necesarios para configurar el delito de asociación ilícita, el mismo artículo 226 bis CPP se distancia de tal concepto al señalar que, si bien estas organizaciones criminales pueden enmarcarse dentro de tal delito, también puede no ser así y de todas formas se podrá aplicar la técnica investigativa en cuestión.

Por otro lado, el artículo 282 bis de la LECrim además de señalar el número de personas necesarias para una organización criminal establece un catálogo taxativo de delitos sobre los cuales estos operan, en ese sentido, son susceptibles de ser investigados mediante un agente encubierto los: Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos; delito de secuestro de personas; delito de trata de seres humanos; delitos relativos a la prostitución; delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico; delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial; delitos contra los derechos de los trabajadores; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada; delito de tráfico de material nuclear y radiactivo; delitos contra la salud pública; delitos de falsificación de moneda y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje; delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos; delitos de terrorismo; delitos contra el patrimonio histórico. Se trata de un catálogo de mayor extensión que el establecido en la normativa nacional y por lo tanto el agente encubierto consta de un mayor campo de actuación, de todas formas, se critica la falta de un delito tan importante como lo es el homicidio y se cuestiona el hecho de que mediante esta técnica investigativa se resguarda una serie extensiva de bienes jurídicos, pero se excluya uno de los más importantes como lo es la vida de las personas (Ídem, 2018, p. 20). Creemos que esta crítica se puede traer en vista para nuestro contexto nacional donde la técnica parece estar destinada principalmente al resguardo del patrimonio como bien jurídico.

Otra particularidad de la normativa española es que se señala de manera expresa el plazo de actuación otorgado al agente encubierto, se trata de seis meses prorrogables por períodos de igual duración. En Chile no se establece un plazo para tal actuación, sino que se da en el marco de una investigación desformalizada y se carece de un control posterior a la autorización otorgada por el juez de garantía, por lo tanto advertimos un vacío normativo que puede devenir en vulneraciones a las garantías

fundamentales de los ciudadanos, ello en cuanto 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 nos relacionamos (Eduardo Riquelme, 2006: p. 11).

La normativa española en esta materia no se encuentra exenta de críticas, y es que la autorización de esta diligencia especial de investigación puede provenir directamente del Ministerio Fiscal (símil al Ministerio Público en nuestra normativa nacional). Si bien tiene una limitación ya que debe dar cuenta inmediata al juez, de todas formas, se aparta de un efectivo control judicial de la medida (Adán Carrizo González-Castell, 2017: p. 521), con los peligros en los DDDFF de la ciudadanía que ello implica. En tal sentido, rescatamos que nuestra normativa nacional radica la autorización en el Juez Garantía de forma exclusiva.

Un aspecto destacable de la normativa española reside en el apartado 3º del artículo 282 bis de la LECrim donde se señala que cuando en el despliegue de las actuaciones de investigación se pueda afectar a los DDDFF, el agente encubierto deberá solicitar al juez las autorizaciones correspondientes, de tal forma que se hace cargo de un problema de vital importancia en esta figura: ¿qué debe hacer un agente encubierto cuando una actuación específica implica la ejecución de otra medida intrusiva de investigación? Sobre ello la normativa española aborda la problemática y responde que en tal hipótesis el funcionario policial requiere de autorización del juez. Es un aspecto relevante puesto que la normativa nacional deja este problema entregado a la interpretación que los tribunales hagan de esta norma.

La criminalidad ha visto un crecimiento relevante en las nuevas plataformas virtuales, ello ha puesto la necesidad de adaptación en la legislación de técnicas de investigación y la normativa española recibió modificaciones en atención a esta situación: El artículo 282 bis de la LECrim incorpora la figura del agente encubierto informático y se establece una serie de diligencias investigativas vinculadas a los medios tecnológicos. No ahondaremos sobre este punto ya que excede la pretensión de este estudio, pero destacamos estos avances legislativos que se echan en falta en la normativa nacional considerando el auge de aplicaciones tecnológicas que facilitan el crimen organizado.

Capítulo III: Jurisprudencia

1. Análisis de casos paradigmáticos.

Este apartado tiene por objeto el análisis de pronunciamientos de la Corte Suprema en materia de agente encubierto y valoración negativa de la prueba, para ello hemos seleccionado sentencias que den cuenta de las posiciones y divergencias que hay en la materia junto con sus particularidades.

En materia de agente encubierto se encuentra la sentencia **Rol 131.967-2020**, pronunciada el 22 de febrero de 2021 sobre un recurso de nulidad por vulneración al debido proceso en atención a la utilización de agentes encubiertos, este fue interpuesto por un individuo condenado como autor de los delitos consumados de arrojar un artefacto incendiario del tipo molotov y transportar y poner a disposición de terceros a título de donación un artefacto incendiario del tipo molotov, ambos tipos penales regulados en la Ley de control de armas.

En este recurso se señaló que, como consecuencia de haberse obtenido evidencia con vulneración de garantías procesales, pesaba sobre el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal la obligación de hacer una valoración negativa de la evidencia que fuera obtenida como consecuencia directa de la ejecución de las órdenes judiciales. En los hechos, personal de Carabineros identificó al acusado en su lugar de trabajo y sin instrucción por parte del Ministerio Público, sin presencia de denuncia o hipótesis de flagrancia, procedieron a vigilarlo a la distancia, lo fotografiaron, empadronaron y tomaron declaración escrita a un testigo, realizaron una incautación de documentación de carácter laboral donde constaba su dirección, identificación personal, RUT y otros datos personales, y por último la utilización de un agente encubierto, la que se da sin instrucción del Ministerio Público y por lo tanto sin autorización del juez de garantía.

El tribunal rechazó el recurso de nulidad por no demostrar la influencia sustancial que ha tenido la infracción respecto de las garantías del imputado, ello en aplicación del principio “no hay nulidad sin perjuicio”. Sobre ello señalan:

El recurrente debió satisfacer el requisito en cuestión y convencer a esta Corte que el vicio alegado tiene carácter “sustancial”, es decir, “que sea trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso”.

Uno de los ministros que estuvo a favor de rechazar el recurso hizo presente que, si bien se reconoce la falta de Carabineros al exceder las facultades autónomas que le confiere el Código y no contar con instrucciones específicas del Ministerio Público ni con la autorización judicial requerida para las medidas intrusivas de investigación, la identificación del acusado se habría producido inevitablemente a través de otros medios, concluye lo siguiente:

Se ha reconocido en doctrina y también en fallos de esta Corte, que existen excepciones a la exclusión de la prueba ilícita y de la que de ésta derive, siendo una de ellas la denominada como "descubrimiento inevitable", criterio o doctrina en virtud de la cual no se excluye la prueba ilícita si la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una conducta policial respetuosa con los derechos fundamentales e independiente de la lesión. Es decir, con una gran probabilidad de certeza se habría obtenido el mismo resultado, por ser ese el curso hipotético legítimo de la investigación.

No hubo unanimidad en la decisión del tribunal, y creemos relevante destacar el voto en contra de dos ministros que conforman la Corte. Estos destacaron que en el juicio oral quedó acreditado la falta de autorización en las diligencias de investigación que realizaron los funcionarios policiales, y por tanto:

La actividad policial (...) se desempeñó fuera de su marco legal y de su competencia, vulnerando el derecho del acusado a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador, de manera que la evidencia recogida en el procedimiento (...) resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley. En este sentido, tal como lo ha dicho esta Corte, aunque los jueces de la instancia hayan afirmado su convicción condenatoria en prueba producida en la audiencia, al emanar ella del mismo procedimiento viciado no puede ser siquiera considerada, por cuanto su origen está al margen de las prescripciones a las cuales la ley somete el actuar de los auxiliares del Ministerio Público en la faena de investigación.

A través de este argumento se vislumbra la noción de la valoración negativa de la prueba como solución frente al conocimiento de los tribunales de medios probatorios obtenidos con vulneración de garantías fundamentales, y es que, si bien nuestro procedimiento penal encarga tal labor al juzgado de garantía para no contaminar la decisión del tribunal de juicio oral, ello no obsta a que estos últimos puedan no considerarla para efectos de generar convicción.

También se encuentra la sentencia **Rol 36.487-2021** pronunciada el día 12 de noviembre de 2021 por la Corte Suprema y a través de los considerandos décimo quinto a vigésimo quinto razona sobre la utilización del agente encubierto con autorización del fiscal, pero cuando esta es dada con una fecha posterior a la realización de la diligencia investigativa.

Se interpuso un recurso de nulidad contra una sentencia donde se condena a tres individuos como autores de delitos de elaboración de artefactos incendiarios y de arrojar estos, ambos delitos regulados en la Ley N° 17.798 sobre control de armas, y se reclamó en lo principal la valoración de pruebas obtenidas con vulneración de garantías fundamentales por exceder las facultades autónomas de la policía y falta de autorización para el uso de un agente encubierto. De los hechos del caso se advierte que carabineros realizó diligencias de investigación vistiendo ropa de civiles y ocultando sus placas institucionales, ello en el contexto nacional del *estallido social* durante el mes de noviembre de 2019. Sobre ello consta en el considerando vigésimo segundo lo siguiente:

(...) respecto de la primera de las conductas que se atribuye a los sentenciados, las diligencias de vigilancia, fijación fotográfica y filmaciones ejecutadas por la policía tanto coetáneas como posteriores a los hechos, lo fueron sin orden previa del fiscal correspondiente, la que solo fue otorgada (según quedó asentado en la sentencia) en horas de la noche, en forma verbal, y que, con todo, solo fue registrada al día siguiente en el parte policial, incorporado a la carpeta de investigación.

A criterio de la Corte, esta autorización posterior no validó las diligencias de investigación realizadas el día anterior, y en atención a esta circunstancia, la Corte Suprema concluye que tales actuaciones de la policía se encontraban sin autorización particular ni general del Ministerio Público y excede a su vez las facultades que se le otorgan para actuar de forma autónoma, por tanto, la prueba de cargo recogida ese día contra los acusados adolece de ilicitud. Sobre el particular, señalan lo siguiente:

(...) el actuar policial en análisis constituye una violación al derecho a una investigación racional y justa que garantiza el artículo 19 N° 3, inciso 6°, de la Constitución Política de la República, pues el imputado se ve sometido a actuaciones investigativas efectuadas al margen del estatuto legal pertinente, cuyo objeto preciso es legitimar la actuación policial en su labor de recopilación de antecedentes que más tarde puedan servir de sustento a un pronunciamiento condenatorio. A resultas de lo verificado, toda la evidencia de cargo obtenida

con ocasión de la diligencia (...) adolece de ilicitud y, por ende, no ha podido ser empleada en juicio y tampoco ha debido ser valorada como elemento de prueba contra el imputado.

La Corte en virtud de estos argumentos optó por acoger en forma parcial el recurso respecto al día en el cual se realizaron las diligencias de investigación sin autorización, pero hubo dos votos en contra de la decisión ya que consideraron que los funcionarios policiales actuaron en el marco de la hipótesis de flagrancia y por lo tanto dentro del marco de legalidad, ya que no se habría actuado a título de agente revelador o encubierto y por lo tanto no se requería de la orden del Fiscal ni de la autorización del Juez de Garantía.

En la sentencia **Rol 23.683-2014** de la Corte Suprema, pronunciada el día 22 de octubre de 2014, se razona sobre la posibilidad de valorar negativamente aquellas pruebas obtenidas con vulneración de garantías fundamentales.

Se trata de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa de un individuo condenado como autor del delito de robo en bienes nacionales de uso público, este se fundamenta en una afectación al derecho de un procedimiento racional y justo ya que en los hechos se verifica la realización de diligencias de investigación sin orden previa por parte de los funcionarios policiales. Estos interrogaron al acusado, un menor, sobre su participación en el hecho investigado sin que este se encontrara en la presencia de un abogado defensor y no se dejó registro de aquello, y si bien esta detención fue declarada ilegal de todas formas fue valorada en la audiencia de juicio.

La Corte Suprema señaló que al tratarse de pruebas obtenidas al margen de la ley estas constituyen prueba ilícita junto con aquellas que deriven de esta. En el considerando octavo se hace especial referencia al concepto de valoración negativa de la prueba:

(...) aunque el juez de la instancia haya afirmado su convicción condenatoria en prueba producida en la audiencia, al emanar ella del mismo procedimiento viciado no puede ser siquiera considerada, por cuanto su origen está al margen de las prescripciones a las cuales la ley somete el actuar de los auxiliares del Ministerio Público en la faena de investigación. (...) al haber sido declarada ilegal la detención por una actuación funcionaria que violó normas precisas y determinadas que regulaban el actuar policial, la ilicitud se extiende a todos los resultados generados cabalmente por ella, lo que en el caso de autos importaba extender la exclusión por *valoración negativa* de la prueba producida en la audiencia respectiva.

Así como consta en este razonamiento, la presencia de pruebas obtenidas al margen de la ley importa el deber de los tribunales de abstenerse a valorarlas, de allí toma especial relevancia la revisión de legalidad en la práctica de diligencias de investigación.

A través de la sentencia Rol **40.571-2016** de la Corte Suprema podemos vislumbrar la importancia del deber de registro que el artículo 227 CPP le encarga al Ministerio Público.

Se interpuso un recurso de nulidad en defensa de una mujer ante una sentencia que la condena como autora por el delito consumado de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas regulado en la Ley 20.000, en lo principal por vulneración al debido proceso en cuanto el Ministerio Público omitió el registro de la autorización dada a los policías en el marco de la aplicación la técnica especial de investigación del agente revelador y que por tanto deviene en un procedimiento desarrollado fuera del marco constitucional y legal.

La Corte razona sobre la importancia de la escrituración de esta autorización, ya que no es un hecho disputado la existencia de esta ya que habría sido otorgada de forma verbal. Al respecto en el considerando séptimo se señala lo siguiente:

(...) el registro por parte del fiscal que otorgó dicha autorización, no puede ser reemplazado por los registros o dichos de los propios funcionarios policiales - sin perjuicio del deber de éstos de registrar la concesión de la autorización- pues ello importaría dar por acreditada la circunstancia eximente de una eventual responsabilidad penal - y en lo que aquí interesa - la licitud de la prueba obtenida, sobre la base de los antecedentes aportados por los mismos funcionarios que pretenden ampararse en dicha eximente o que alegan la licitud de los elementos de prueba por ellos recabados; menos aún si, como ocurre en el caso sub judice, el fiscal a cargo de la investigación y que concedió la autorización ha mantenido silencio al respecto, sin que hasta el día de hoy haya registrado la misma.

Junto a ello, se recalca que el deber de registro que establece el artículo 227 del Código Procesal Penal recae específicamente en el Ministerio Público, por lo que no basta el parte policial en el cual los funcionarios policiales den cuenta de que recibieron la autorización del Fiscal. En atención a esta circunstancia, se acogió el recurso, por cuanto el registro de la autorización se configura como un elemento esencial de estas figuras especiales de investigación. En el considerando décimo se ahonda sobre esta obligación:

Que la sustancialidad de la omisión del registro de la concesión de la autorización para actuar como agente revelador a los policías, viene dada en este caso porque no se han cumplido las formalidades previstas en la ley para justificar la existencia de dicha autorización, la que (...) en esta delicada materia no puede ser reemplazada por las emanadas de los propios funcionarios policiales. Así, en el presente asunto la inobservancia de los requisitos legales conlleva el quebrantamiento de la garantía fundamental del debido proceso, impidiendo el control de pertinencia y licitud de la evidencia.

El deber de registro es uno de los pocos mecanismos de control establecidos sobre estas figuras especiales de investigación, por ello no sorprende el razonamiento de la Corte Suprema para acoger el recurso, en cuanto el Ministerio Público mediante la escrituración y debido registro de sus actuaciones controla el actuar de los funcionarios policiales en el marco de las diligencias de investigación.

Nos interesa revisar la sentencia **Rol 20.397-2019** y **20.424-2019** de la Corte Suprema en cuánto se comenta sobre la admisión de la valoración negativa de la prueba en nuestros tribunales superiores de justicia. El tribunal en el considerando séptimo señala:

No puede desconocerse que actualmente la mayor parte de nuestros Tribunales de Juicio Oral en lo Penal admiten la posibilidad de resolver en la sentencia la ilicitud de prueba incluida en el auto de apertura y rendida en el juicio, si fuera el caso.

Ahonda sobre este punto, en el considerando duodécimo se plantea la siguiente interpretación sobre las reglas de valoración de prueba impuesta a los tribunales penales:

(...) tratándose de la prueba despreciada por los sentenciadores para establecer los hechos, sea porque un testigo es mendaz o interesado, o no consta la autenticidad, origen o data de un documento, o porque la prueba es ilícita, el deber de los jueces, “en tal caso”, es indicar las razones que se hubieren tenido en cuenta para desestimar esa prueba producida en el juicio, lo que se concreta, en el supuesto que nos interesa, en justificar por qué se tachó de ilícita esa prueba.

Los tribunales superiores de justicia concilian la valoración negativa de la prueba con las reglas que plantea el artículo 297 del CPP, es decir, estos pueden abstenerse de dar valor a medios probatorios presentados ante ellos, y se entenderá cumplida la obligación legal de los tribunales mediante la

exposición de las razones que llevaron al tribunal de juicio oral a desestimar la prueba que se presentaron en tal instancia.

2. Determinación de criterios.

En materia de agente encubierto es difícil establecer un criterio general puesto que la decisión del tribunal estará determinada por las particularidades del caso, de tal forma que se trata de un examen jurídico pormenorizado en atención a las características propias de cada situación controvertida. Las principales disputas que se dan al interior de los tribunales de justicia dicen relación con la calificación jurídica que cada magistrado le otorga a las actuaciones de la policía en la obtención de medios probatorios.

A través de los casos presentados podemos establecer una serie de elementos sobre los cuales nuestros tribunales superiores de justicia encaminan su análisis en miras a la decisión de casos vinculados a infracción de garantías fundamentales en el marco de ejecución de las diligencias de investigación. Cuando se alega la ilicitud de una prueba obtenida por funcionarios policiales se procede a determinar bajo qué hipótesis legal estos actuaron debido a que los requisitos exigidos cambian dependiendo de si se trata del uso de las facultades autónomas o de una instrucción desde el MP. En el primer caso se realiza un análisis a los hechos no controvertidos en el tribunal para determinar si se da la hipótesis de flagrancia regulada en el artículo 130 del CPP y que por tanto habilitaría las facultades autónomas letra b), c) y d) del artículo 83 del mismo Código, ahora bien, tratándose de instrucciones desde el MP se verifica el registro de la misma y las exigencias legales que cada diligencia especial requiere. Las discrepancias entre los magistrados recaen principalmente sobre este punto, la calificación jurídica de la actuación policial que a su vez determinará los requisitos que cada diligencia de investigación exige para su licitud.

Sobre valoración negativa de la prueba, como consta de las sentencias vistas la mayor parte de los tribunales de juicio oral en lo penal admite su posibilidad y los tribunales de justicia superiores han validado tal posición. Al respecto, el uso de esta facultad en los tribunales lleva aparejada la obligación de fundamentar el razonamiento empleado para valorar negativamente la prueba, por lo tanto, lo que sería reclamable es la abstención de los jueces sobre esta fundamentación en atención a lo previsto por el artículo 297 CPP (Carlos Correa, 2021: p. 77).

Conclusiones

El Estado en el despliegue de su potestad punitiva goza de múltiples herramientas para la persecución de hechos constitutivos de delitos, dentro de este grupo se encuentra el agente encubierto, figura que por sus características esenciales implica una grave afectación a los DDFF de los sujetos objeto de tal técnica, pero que se justifica en razón del avance de la criminalidad organizada en la sociedad. Esta necesidad impone sobre el Estado el deber de contar con una normativa clara sobre sus condiciones de aplicación y de control efectivo en el despliegue de las actuaciones policiales, sobre este punto consideramos insuficiente la normativa nacional en tanto no se establecen límites claros desde el punto de vista de actuación en el agente encubierto ni una etapa de control posterior, así como tampoco se verifica una extensión máxima al plazo de la diligencia, en tal sentido se han dejado estos asuntos a cargo de la interpretación judicial con los peligros que ello implica.

A través del derecho comparado, podemos apreciar que se da especial relevancia a esta técnica de investigación y ello se manifiesta en su legislación, que a comparación con la normativa nacional tiende a ser más extensa limitando así el ejercicio interpretativo en su aplicación, hay un especial énfasis a la legalidad que confluye con el control jurisdiccionalidad y los principios de proporcionalidad en materia de DDFF. Si hay un aspecto a destacar de la normativa nacional no da espacio para la ejecución de la medida investigativa sin autorización judicial, situación que sí consta en el derecho comparado y que ha sido objeto de crítica por la doctrina por el eminente peligro que conlleva concentrar facultades tan lesivas sin un control externo efectivo.

Dentro de ese contexto de indeterminación normativa se asoma la noción de valoración negativa de la prueba, que se configura como uno de los mecanismos judiciales a través de los cuales se puede reclamar las omisiones sustanciales en la aplicación del agente encubierto cuando el juzgado de garantía no haya excluido los medios probatorios derivados de la fuente ilícita. Goza de amplia aceptación en los tribunales de justicia y consideramos relevante su aplicación en casos vinculados a esta técnica en cuanto a su naturaleza de conflicto con las garantías fundamentales de la ciudadanía, en tanto no parece razonable limitar el examen de ilicitud al juzgado de garantía cuando el tribunal de juicio oral tenga cuestionamientos sobre el despliegue de la técnica de investigación que tiene efecto directo en los medios probatorios derivados de él y mientras manifieste su razonamiento detrás de la decisión de excluir en esta fase procesal creemos que se cumple con lo requerido por artículo 297 del CPP en cuanto a las reglas de valoración.

Bibliografía

Libros

Duce, Mauricio y Riego, Cristián (2009): *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Vol. 1, Editorial Jurídica Congreso, Santiago.

Garrido Montt, Mario (2010): *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

González Coulon, M. d. l. A. y Maturana Miquel, C. (2012): *La carga dinámica de la prueba y sus límites: En especial el límite impuesto por la no autoincriminación*. Universidad de Chile, Santiago.

Hernández Basualto, Héctor (2005): *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*, Universidad Alberto Hurtado, Santiago.

Horvitz, Maria y Lopez, Julian (2004): *Derecho procesal chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Quinzio Figueiredo, Jorge (2006): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, Segunda Edición, Editorial LexisNexis, Santiago.

Artículos

Almaraz Cáceres, Lucía (2016): “Operaciones encubiertas, su obscuridad legal: Figura vulnerante de las garantías de certeza y de seguridad jurídica” en *Derecho Global: Estudios sobre Derecho y Justicia*, Vol. 1, N° 2, pp. 147-170.

Alvarado Urizar, Agustina (2014): “El control de la resolución motivada que autoriza una interceptación telefónica en Chile y duración de la medida”, en *Revista de derecho (Valparaíso)*, N° 43, pp. 421-464.

Armenta Deu, Teresa (2007): “La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”, en *Ius et Praxis*, Vol. 2, N° 13, pp. 245-377.

Bravo Tuaréz, Temístocles. (2019): “La legalidad de los actos relativos a los métodos especiales de investigación criminal”, en *Criterio Jurídico*, Vol. 2, N° 16, pp. 7-31.

Carrizo González-Castell, Adán (2017): “La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción”, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 3, N° 2, p. 511-536.

Coloma Correa, Rodrigo y Agüero San Juan, Claudio (2014): “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 2, N° 41, pp. 673-703.

Correa Zacarías, Claudio (2016): “La prueba ilícita de los particulares: de cargo y de descargo”, en *Política criminal*, Vol. 21, N° 11, pp. 104-139.

Correa Robles, Carlos (2021): “La llamada valoración negativa de la prueba en la doctrina y la jurisprudencia”, en *Latin american legal studies*, N° 8, pp. 65-93.

Cortés-Monroy, Jorge (2018): “La “valoración negativa” como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral”, en *Ius et Praxis*, Vol. 1, N° 24, pp. 661-692.

Expósito López, Lourdes (2015): “El agente encubierto”, en *Revista De Derecho De La UNED*, N° 17, pp. 251-286.

Fuentes Cubillos, Hernán (2008): “El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal: algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, en *Ius et Praxis*, Vol. 2, N° 14, pp. 13-42.

Ibarra Palafox, Francisco (2009): “Contra la impunidad: consideraciones sobre la prueba ilícita a partir del caso *Lydia Cacho* en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 21, pp. 427-470.

Ivelic Mancilla, Alejandro (2014): “El Agente encubierto en los delitos de Tráfico Ilícito de Estupefacientes”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 61, pp. 147-166.

Meneses, Claudio (2015): “Admisión y valoración de la prueba ilícita de descargo”, en *doctrina y jurisprudencia penal*, N° 21, pp. 3-20.

Núñez Ojeda, Raúl; Beltrán Calfurrapa, Ramón, y Santander Akkrass, Nicolás (2019): “Los hallazgos casuales en las diligencias de incautación e intervención de las comunicaciones digitales en Chile. Algunos problemas”, en *Política criminal*, Vol. 28, N° 14, pp. 152-185.

Núñez Ojeda, Raúl y Correa Zacarías, Claudio (2017): “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas”, en *Revista Ius et Praxis*, N° 1, pp. 195-246.

Reyes Molina, Sebastián (2012): “Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno”, en *Revista de derecho (Valdivia)*, Vol. 2, N° 25, pp. 229-247.

Riquelme Portilla, Eduardo (2006): “El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo”, en *Revista Política Criminal*, N° 2, A 2, pp. 1-16.

Rizo Gómez, Belén (2018): “El agente encubierto como herramienta procesal y probatoria contra el crimen organizado”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 125, pp. 5-44.

Jurisprudencia

Sentencia de la Corte Suprema (2021) Rol 131.967-2020.

Sentencia de la Corte Suprema (2021) Rol 36.487-2021.

Sentencia de la Corte Suprema (2014) Rol 23.683-2014.

Sentencia de la Corte Suprema (2016) Rol 40.571-2016.

Sentencia de la Corte Suprema (2019) Rol 20.397-2019.

Sentencia de la Corte Suprema (2019) Rol 20.424-2019.