EL AGENTE PROVOCADOR COMO EXPRESIÓN DEL AUTORITARISMO JURÍDICO-PENAL. ANÁLISIS DE LA LEY 20.000 QUE SANCIONA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS.

Profesor Guía: José Luís Guzmán Dalbora.

Profesor Informante: Jorge Mera Figueroa.

Memorista: Sebastián Cabezas Chamorro.

Diciembre de 2007

ÍNDICE

CAPÍTULO I: EL AGENTE PROVOCADOR

I. Aproximación histórica…….…….....5

II. Aproximación conceptual……...10

III. Responsabilidad penal del agente provocador…….....17

CAPÍTULO II: EL AGENTE "REVELADOR" EN EL MARCO DE LA LEY 20.000, QUE SUSTITUYE LA LEY 19.366 Y SANCIONA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS.

I. Génesis legislativa…….28

II. Definición legal del "agente revelador"……37

III. Autorización por el Ministerio Público…….39

IV. Actividad ilícita del agente revelador……41

V. Diferencias entre el agente revelador y el agente encubierto……43

CAPÍTULO III: EL AGENTE PROVOCADOR COMO CARACTERÍSTICA DEL "DERECHO PENAL AUTORITARIO".

I. Presentación del problema……..47

II. Condicionamientos políticos de todo Derecho penal……..48

III. Incompatibilidad entre la inclusión al ordenamiento jurídico chileno de la figura del agente provocador y un Derecho penal de signo liberal…….....54

CONCLUSIÓN…….....58

BIBLIOGRAFÍA……...61

CAPITULO I: EL AGENTE PROVOCADOR

I Aproximación histórica.

Hay autores que sitúan por vez primera la existencia del agente provocador en el *Génesis*[1], o en la antigüedad griega[2]. Lo cierto es que esta controvertida figura comienza a perfilarse desde un punto de vista estrictamente jurídico sólo en el Derecho romano, específicamente en Gaio, 3, 98, al relatar el caso en que Ticio trata de persuadir a un siervo para que sustraiga una cosa a su dueño y se la lleve a él. El siervo, fiel, avisa a su amo, el cual, queriendo aprehender a Ticio en flagrante delito, permite al siervo que le lleve algunas cosas.

Sin perjuicio de las manifestaciones pretéritas de la figura del *agent provocateur*, la intervención de éste como medio de prevención policial es una creación de la policía francesa en la época del Cardenal Richelieu y sobre todo en tiempos de Luis XIV, en donde esta figura se institucionaliza con carácter eminentemente político al servicio de los gobernantes. Esto, con la creación en un primer momento de una policía de delatores, organizada y disciplinada por el Marqués D´Agenson, quien hizo que estos informantes, para conquistar el favor del Soberano, tratasen de contraer relaciones amistosas con los políticos sospechosos, para posteriormente denunciarlos.

Luego, con el paso del tiempo, la actividad de vigilar no sería suficiente para neutralizar a la oposición del régimen. Es así como se pasa del espionaje a la provocación, instigando a los políticos u otras personas contrarias al nuevo régimen a cometer atentados u otros delitos políticos para así poder denunciarlos y posteriormente cobrar el premio[3]. A modo

---

[1] En el referido pasaje bíblico (Génesis III, 1-7), denominado ***la tentación y la caída***, podemos vislumbrar una de las primeras conductas provocadoras, ya que la serpiente, el animal más astuto de todos los animales creados por Dios, incita a Eva y Adán a comer el fruto prohibido, sabiendo que al ejecutar esta conducta ambos se harán acreedores de una pena. Es así como la serpiente dice a la mujer "¿Es cierto que Dios le ha dicho: No coman de ninguno de los árboles del jardín? La mujer respondió a la serpiente: Podemos comer de los frutos de los árboles del jardín, pero no de ese árbol que está en medio del jardín, pues Dios nos ha dicho: No coman de él ni lo prueben siquiera, porque si lo hacen morirán.
La serpiente dijo a la mujer: No es cierto que morirán. Es que Dios sabe muy bien que el día en que coman de él, se les abrirán a ustedes los ojos; entonces serán como dioses y conocerán lo que es bueno y lo que no lo es.
A la mujer le gustó ese árbol que atraía la vista y que era tan excelente para alcanzar el conocimiento. Tomó de su fruto y lo comió y le dio también a su marido que andaba con ella, quién también lo comió".

[2] En la fábula de Esopo, III, fábula V, *Aesopus et petulans*, citada por MONTOYA, *Informantes y técnicas de investigación encubiertas.* Análisis constitucional y procesal penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2 ed., 2001, pág. 40.

[3] Ver en RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1982, cfr. págs. 22 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GOMEZ, *Derecho penal español.* Parte general, Dykinson, Madrid, decimoctava edición, 1995, cfr. pág. 811; POLITOFF, *El Agente encubierto y el informante <infiltrado> en el marco de la ley N° 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, en *Gaceta*

de ejemplo, un oficial de policía, Lenoir, es recordado en Francia por la frase: *Nada de lo que sucede en París es desconocido para nosotros*.

Los espiones de la policía eran comúnmente llamados *mouches* o *mouchards*, divididos en dos categorías: La primera, los *observateurs:* que trabajaban clandestinamente para los inspectores de la policía. En segundo orden, figuraban aquellos que operaban abiertamente, llamados *mouches:* sujetos detenidos que obtenían su libertad a cambio de colaboración. Éstos provenían de los estratos más bajos de la sociedad y eran pagados y recibían premios por trabajos bien realizados.

A diferencia de los *mouches*, los simples observadores no provenían en su totalidad de las clases sociales más bajas. El tipo del *observateur* era elegido según el ambiente en el que se debía infiltrar, por cuanto era necesario encontrar a individuos que fueran presentables, es decir, bien vestidos y que no tuvieran aires de parecer miembros de la policía.

Estas fuerzas del orden revolucionario utilizaban también a los agentes provocadores para descubrir los *complots* en las prisiones. Tales espías se llamaban *moutons des prisons* y se distinguían de los *mouches* porque eran individuos encarcelados que colaboraban con la policía a fin de obtener su libertad.

Desde 1799 a 1815, bajo el ministerio de Fouché, había sólo en París, diez mil colaboradores. En consecuencia, es claro que el agente provocador fue una presencia constante en la historia política francesa durante *l´Ancien Régime*, en la fase revolucionaria y posrevolucionaria. A pesar de estos precedentes, la doctrina expresa que es llamativo el hecho de que la figura del agente provocador fuera ignorada por la doctrina y la jurisprudencia francesa hasta la Segunda Guerra Mundial, cuando esta figura resurgió[4].

Continuando con la intención de explicar el eminente carácter político del provocador, RUIZ ANTON, en su excelente monografía, cita a BREINDENBACH. Éste, en sus comentarios al Código Penal del Gran Ducado de Hesse, revela el significado que a mediados del siglo XIX adquieren en la realidad social las acciones promovidas por un *agent*

Jurídica, número 203, Santiago de Chile, 1997, cfr. pág. 7; MUÑOZ SANCHEZ, *El agente provocador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, cfr. pág. 21.

[4] MONTOYA, op. cit., cfr. pág. 40.

provocateur; es decir, *por esa polémica figura, carente aún de expresión autóctona para designarla, cuya patria se fija indefectiblemente, y no sin cierta hipocresía, en Francia*. Sigue explicando el autor que esta figura recoge el valor tradicional de la expresión, desprovisto todavía de su preciso reflejo penal, al aludir a aquellos supuestos en que se suscitan <artificiosamente disturbios> promovidos a instancias del poder constituidos, con el objeto de adoptar <medidas impracticables en tiempos tranquilos>[5].

En la misma línea conceptual, sigue RUIZ ANTON, están las observaciones de HEPP, autor que aparece fijando a la expresión *agent provocateur* la idea de un segundo significado. En primer lugar, que existe una discordancia entre lo que el sujeto realiza y lo que realmente pretende; y, en segundo término, que no persigue, con su conducta provocadora, más objetivo inmediato que la denuncia y el castigo de la persona provocada. HEPP, en 1848, es uno de los primeros en poner de manifiesto sus dudas acerca el comportamiento del agente provocador, al preguntarse si no debía ser considerado como instigador de delito de alta traición aún cuando no obrase en su propios interés, sino en interés público. HEPP califica a los agentes provocadores como *mercenarios secretos de la policía*, reclutados y pagados incluso por el propio Estado, *cuya misión consiste en inducir (instigar) a otros a realizar empresas de alta traición o sediciosas para denunciarlos ante las autoridades, una vez que los tienen en la red, y así quitárselos de en medio al hacerse acreedores de las penas más graves*[6].

Concluye sobre este punto RUIZ ANTON[7], señalando *que los ejemplos expuestos muestran bien a las claras cómo llega al Derecho penal debido al entorno delictivo en que por lo general aparecen las acciones promovidas por el agente provocador político.* Éste actúa normalmente por mediación del poder, y sus actos van dirigidos en unas ocasiones hacia enemigos políticamente incómodos a los que se trata de comprometer en la realización de acciones con un contenido criminal a la vez que político, y en otras a crear un clima que justifique la adopción de medidas excepcionales. En este mismo sentido, el profesor SERGIO POLITOFF señala que *bajo las dictaduras de cualquier color, el agente provocador pasa a ser*

---

[5] BREINDENBACH, citado por RUIZ ANTON, op. cit., págs. 22-23.
[6] HEPP, citado por RUIZ ANTON, op. cit., pág. 23.
[7] RUIZ ANTON, op. cit., pág. 24.

uno de los instrumentos más efectivos del terror de estado[8]. Este carácter se mantiene también en la Rusia zarista, donde ocupó un lugar privilegiado en el aparato policial (un diputado de la Duma por los bolcheviques, era un agente a sueldo de la policía)[9].

Esta evolución lleva a su configuración puramente jurídica-dogmática, ya que a mediados del siglo XIX la doctrina y la jurisprudencia continental europea, especialmente en Alemania, hacen un planteamiento abstracto y se rompe definitivamente con esta exclusiva referencia del comportamiento del agente provocador a los supuestos en que obra.

Ahora bien, con todos estos antecedentes, sumado el gran desarrollo de la criminalística en el siglo XX y lo que va transcurrido del XXI, que ha llevado a la creación de modernas técnicas de investigación policial, se podría llegar a pensar que la utilización del *agent provocateur* debiera ir en franca retirada. Pero el mundo de la vida nos demuestra todo lo contrario, ya que hoy la técnica de la provocación se ha intensificado e incrementado notablemente.

Una explicación de este aumento de la utilización del agente provocador viene dada por el cambio de la realidad criminal, desde una criminalidad individual a una criminalidad especialmente organizada[10], que se sirve de medios logísticos modernísimos y que está

---

[8] POLITOFF, op.cit., pág. 7.

[9] POLITOFF, op.cit., cfr. pág. 7.

[10] En relación con la evolución de una criminalidad individual a una criminalidad organizada, ANARTE BORRALLO, *Conjeturas sobre la criminalidad organizada,* en *Delincuencia organizada.* Aspectos penales, procesales y criminológicos, Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrallo (Eds.), Huelva, 1999, cfr. págs. 13 y ss., señala que admitir un salto cualitativo a la evolución de la delincuencia y su control, no supone aceptar una irrupción súbita de la criminalidad organizada, como tampoco de su control, en la historia de la criminalidad. Común a algunas de las organizaciones internacionales más poderosas (la mafia, los yakusa japoneses, las triadas chinas), existe un arraigo histórico, como los mecanismos de protección implantados ya en el mundo rural del siglo XVIII e integrados en algunos casos por guerreros inactivos. En este sentido y al menos en este período, la arbitrariedad de los poderosos respecto de las clases desheredadas y la corrupción pública desempeñaron un papel destacado en la configuración de estas formas de delincuencia asociativa.

Pero los antecedentes más cercanos a la criminalidad organizada actual, sigue ANARTE BORRALLO, se suelen buscar en la transformación de la delincuencia profesional en Estados Unidos, particularmente tras la prohibición total del alcohol en 1919, al pasar a protagonizar no tanto delitos aislados e individualizados (robos o estafas), aunque repetidos, sino más bien actividades delictivas especializadas y estables (contrabando de alcohol, chantajes a empresarios, un incipiente tráfico de drogas, etc.). El grueso de esa actividad tiene por base un mundo aparte, el del hampa, con sus propias reglas, en el que se mueven con habilidad y poder (ejercido, en su caso, violentamente –frente a colegas, rivales y clientes-) las bandas de gangsters *(gangs),* aunque al mismo acceden también los demandantes de los servicios gestionados por estos grupos. Así, estructurados jerárquicamente, con distribución de funciones ejecutivas o de planificación, llegaron a gozar de posiciones dominantes en determinados ámbitos locales de la economía legal o ilegal.

Luego, según la ciencia criminológica y con posterioridad, estas organizaciones adquieren nuevas características, como el poder de corrupción, la violencia o amenaza, la continuidad y la participación que en definitiva marcan la consolidación y desarrollo de la criminalidad organizada.

Sin embargo, hasta hoy no se ha elaborado de manera unitaria, ni en la dogmática ni en las legislaciones comparadas, un concepto de crimen organizado. Por esta razón, la categoría dogmática que

perfectamente cerrada al exterior. Algunos ejemplos de este tipo de criminalidad serían: la venta de protección privada y la extorsión, la prostitución y trata de personas, el tráfico ilegal de inmigrantes, el tráfico ilegal de armas, el mercado ilegal del arte, el blanqueo de capitales, el terrorismo y el narcotráfico[11].

Este nuevo escenario criminológico y político criminal, auspiciado por esta supuesta criminalidad especialmente organizada, además de explicar el aumento en la utilización del agente provocador, determina también un cambio fundamental en la valoración jurídica de las tareas policiales.

El concepto policial de peligro se interpreta de manera extensiva y se orienta a tácticas que impiden de antemano un peligro concreto. Con la acción de la policía en este nuevo frente, el cambio de intervención se traslada a lugares cada vez más adelantados: se trata de la infiltración y del control de peligros potenciales en el campo previo a las lesiones concretas del bien jurídico. La participación o inducción a hechos delictivos sirve para sondear el ambiente criminal y, en muchas ocasiones, para controlar tales peligros potenciales. Así, como señala MUÑOZ SANCHEZ[12], el agente provocador ha dejado de ser una cuestión puramente académica, para presentarse como una realidad del trabajo policial que requiere una solución cierta y segura, dada la multitud de decisiones que los órganos de persecución penal tienen que tomar diariamente. Sobre este punto, GIUSEPPE BETTIOL[13], con relación al cambio de valoración de las tareas policiales, señala que los agentes de la policía judicial *tienen la obligación de perseguir delitos perpetrados, no ya de suscitar, más o menos maliciosamente, acciones delictuosas para fines considerados lícitos,* afirmación que está total y absolutamente vigente.

---

utilizar en este caso, sería la *asociación para delinquir* o *asociación ilícita,* aun cuando esta sea una infracción difícil de clasificar.

[11] Esta tipología de hipótesis de crimen organizado es formulada por MEDINA ARIZA, *Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado,* en *Delincuencia organizada.* Aspectos penales, procesales y criminológicos, Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrallo (Eds.), Huelva, 1999, cfr. págs. 109 y ss.

[12] MUÑOZ SANCHEZ, op. cit., pág. 23.

[13] BETTIOL, *Derecho penal.* Parte general, Temis, Bogotá, 1965, pág. 508.

II Aproximación conceptual.

Hablar del concepto del *agent provocateur* en la ciencia jurídico-penal es hablar de su evolución y desarrollo, ya que si en un primer momento el agente provocador se encuentra dotado de un contenido eminentemente político, posteriormente esta polémica figura es recibida en Alemania a mediados del siglo XIX, con el mismo contenido y valor adquirido en el entorno político y social, para después agrupar bajo dicha denominación unas determinadas formas de codelincuencia que se apartan del modelo común[14]. Así, como ha señalado acertadamente RUIZ ANTON[15], *el elemento que dio cohesión a todos ellos –supuestos de codelincuencia- fue precisamente la estructura contradictoria del comportamiento del provocador*, por ello el valor semántico de la expresión hace referencia no tanto al carácter incitador de una conducta, como al contraste radical existente entre las actividades favorecidas por la acción provocadora y el objeto propuesto. Es por esta razón que el agente provocador siempre obra con un fin distinto al que aparentemente desea, y por esto, provoca e incita a otros a cometer un delito con el fin de hacerlos sorprender en flagrante y así conseguir alguna recompensa del Estado y también determinar a otros a delinquir, para hacerlos condenar[16], sin que sea importante para estos efectos la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos en juego.

Ahora bien, el punto de partida en la elaboración dogmática del concepto del *agent provocateur* fue dado por JULIUS GLASER, quien por primera vez opera con un planteamiento abstracto y rompe definitivamente con esta exclusiva referencia del comportamiento del agente provocador a los supuestos en que obra guiado por móviles políticos. GLASER aborda incidentalmente el tema en un estudio sobre el dolo del instigador, al ocuparse de aquellos casos que habitualmente reciben en Francia el nombre de *agent provocateurs*, es decir, al tratar de *quien instiga a otro a perpetrar el delito, tan sólo por que quiere que éste resulte posteriormente convicto y sea castigado.*

---

[14] MUÑOZ SANCHEZ, op. cit., cfr. pág. 33.
[15] RUIZ ANTON, op. cit., pág. 21.
[16] MAGGIORE, *Derecho penal*. 5 vols., Traducción de José Ortega Torres, Temis, Bogota, 1985, tomo II, pág. 109.

La fórmula de GLASER contiene una síntesis de la estructura contradictoria que hasta ahora veíamos era propia del agente provocador político. El agente provocador criminal, mediante la incitación de acciones delictivas, no persigue ni para sí ni para otro la obtención del resultado gratificador que se supone comporta al delincuente la realización del delito, sino por el contrario, lo único que pretende, de modo inmediato, es la denuncia y el castigo de la persona provocada[17].

De aquí en adelante, han sido varias las propuestas conceptuales que ha dado la doctrina sobre el agente provocador, las cuales, según RUIZ ANTON, se reducirían a dos concepciones: ambas coinciden en la localización sistemática del tema en el ámbito de la codelincuencia y, en consecuencia en los actos preparatorios declarados expresamente punibles, pero se separan radicalmente a la hora de analizar con criterios jurídico penales la conducta provocadora[18]. Para la primera alternativa, denominada por RUIZ ANTON como **concepto amplio** de agente provocador, el comportamiento de éste no difiere del que caracteriza a cualquier otro sujeto criminal; lo único que le distingue es que su voluntad persigue un fin extratípico al obrar con intención de que su copartícipe se haga acreedor de una pena[19], es decir, que esta primera alternativa tiende a no limitar el concepto de agente provocador. El segundo punto, denominado por RUIZ ANTON como **concepto estricto**, encuentra profundas diferencias entre las categorías de autoría y participación y el agente provocador[20], por tanto, este concepto es proclive a limitar la conducta del agente provocador, poniendo énfasis en la idea de que éste no tiene voluntad de consumar el delito, sino sólo llevarlo al grado de tentativa.

A continuación, se desarrollará el concepto de agente provocador tanto en su versión amplia como restringida, siguiendo la distinción metodológica utilizada por RUIZ ANTON, y finalmente, se pasará breve revista al estado actual en la discusión dogmática de la figura en cuestión, es decir, el empleo del agente provocador como instrumento o técnica de investigación encubierta.

---

[17] GLASER, *Zur Lehre von Dolus des Anstifers*, II, en *Gerichtssaal*, 1858, pág. 33, citado por RUIZ ANTON, op. cit., cfr. pág. 24.
[18] RUIZ ANTON, op. cit., pág. 25.
[19] RUIZ ANTON, op. cit., pág. 25.
[20] RUIZ ANTON, op. cit., pág. 25.

1. **Concepto amplio de agente provocador.**

Esta acepción tiene como nota característica el no poner límites al actuar del agente provocador, lo cual se traduce en que la única o por lo menos la más importante finalidad que tiene el provocador, es precisamente que el provocado se haga acreedor de una pena, de un castigo, dejando de lado la idea de ejecutar el hecho delictuoso sólo en grado de tentativa o si debe o no, el autor material, llevar el hecho hasta la consumación (formal) o terminación (material). Para esta corriente, lo que caracteriza al agente provocador es que su conducta provocadora tiene como fin que el provocado sea castigado por el hecho[21].

Esta acepción amplia de agente provocador, tiene su mayor recepción en la dogmática penal italiana. Así, CARRARA[22] define al agente provocador señalando que "es el que instiga a otros a cometer el delito, no porque tenga interés en la consumación de éste ni por ser enemigo de la víctima, sino porque tiene interés en que el delito se cometa o se intente con el fin de causarle daño al mismo instigado". Por su parte, MAGGIORE[23] lo define como "el que incita y decide a otros a cometer un delito, con el fin de hacerlos sorprender en flagrante y conseguir, de este modo, alguna recompensa del Estado; y también el que determina a otros a delinquir, para hacerlos condenar, con el fin de vengarse de ellos, de disfrutar de su mujer, de administrar sus bienes, etc". También en este mismo sentido, ANTOLISEI[24] cuando define al agente provocador, pone énfasis al indicar que éste "es el individuo que, fingiendo estar de acuerdo con otras personas, provoca su acción delictuosa para hacerlas caer en manos de la policía. Por lo común se trata de funcionarios de la policía que, actuando así, tratan de hacer posible el descubrimiento de alguna organización delictuosa o la individualización de algún delincuente".

En la doctrina española, representantes de éste concepto amplio son RODRIGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ[25], al tomar la definición de SALAMA de *agent*

---

[21] MUÑOZ SANCHEZ, op.cit., cfr. pág. 35.
[22] CARRARA, *Programa de Derecho penal.* Parte general, 10 vols., traducción de José Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, tercera edición, 1979, tomo II, pág. 443.
[23] MAGGIORE, op. vol. et ed. cits., pág. 109.
[24] ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal.* Parte general, traducción de José Guerrero y Marino Ayerra Redín, Temis, Bogotá, 1988, págs. 403-404
[25]RODRÍGUEZ DEVESA, y SERRANO GOMEZ, op. vol. et. ed. cits., pág. 811.

provocuateur, quien lo define como "el que instiga a otro al delito mediante el despliegue de una actividad provocadora, sea de naturaleza psíquica o material, no por el interés representado por el delito mismo, sino por el interés constante de perseguir el castigo del provocado".

Por último, TERÁN LOMAS[26], representante de la doctrina argentina del concepto amplio del agente provocador, señala que "el agente provocador realiza un acto objetivamente semejante al del instigador: determina al autor a cometer el delito. Pero la diferencia reside en su voluntad, que no converge con la del autor y no se dirige a la consumación del delito, sino a la captura del autor, al que pretende éste ejecutarlo".

En síntesis, lo que distingue a esta amplia concepción es que tiene como nota fundamental la dualidad de fines de provocador y provocado, porque aquél no trata de obtener de la comisión del delito otra ventaja o provecho que el que se imponga una pena a éste.

2. Concepto estricto de agente provocador.

El concepto estricto de agente provocador, a diferencia del criterio anterior, centra su preocupación en poner límites a la actuación del provocador, señalando que éste nunca tendría la intención de consumar el delito. Así, el *agent provocateur* incitaría a otro a la comisión de un hecho punible, pero sólo lo haría al comienzo de la actividad del provocado, precisamente para descubrirle e impedir a tiempo las consecuencias del hecho delictuoso. Esta postura, MUÑOZ SANCHEZ la denomina postura clásica, en virtud de la cual lo que caracterizaría la conducta del agente provocador sería que su voluntad no persigue la consumación, sino solamente la tentativa del delito[27].

Esta tendencia, limitadora del comportamiento del agente provocador, se ha impuesto en forma dominante en la dogmática penal alemana. VON LISZT, en su *Tratado*, al tocar el tema del dolo en el instigador, ya menciona los aspectos fundamentales de esta concepción del provocador, al señalar que "el instigador queda impune cuando por sí mismo impide, bien por medios morales, bien por medios materiales, el comienzo de la ejecución del acto punible. El

---

[26] TERÁN LOMAS, A. M. Roberto, *Derecho penal.* Parte general, 3 vols., Astrea, Buenos Aires, 1980, tomo II, pág. 167.
[27] MUÑOZ SANCHEZ, op. cit., cfr. pág. 37.

partícipe –en este caso el instigador- asegura la impunidad para su persona cuando impide la consumación del acto de ejecución. Igualmente, cuando existe tentativa acabada, el instigador lo mismo que el cómplice, puede asegurar para su persona una causal de extinción de la pena, mediante el impedimento del resultado"[28]. Luego, autores como MEZGER, MAURACH y WELZEL, derechamente en el tema del concepto del agente provocador, lo definen precisamente como "el sujeto que incita a otro a cometer a otro el hecho con la finalidad de, tras la irrupción en la zona de lo punible (tentativa), determinarle y entregarlo a la justicia"[29].

En la ciencia penal española, ésta también es la tesis dominante, y de esta manera la sostienen autores como CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ DE MOURULLO, MIR PUIG, BUSTOS RAMÍREZ y MUÑOZ CONDE[30].

Ahora bien, dentro de esta concepción estricta surge una nueva corriente, que señala que, además del hecho que el agente provocador no busque la consumación del delito, existiría otra característica esencial, que consistiría en que el provocador tendría que tomar también todas las medidas necesarias para impedir la lesión del bien jurídico, es decir, el aparentemente instigado, por lo regular, no podría conducir objetivamente a la consumación, y ello aun cuando el autor realice externamente todas las características del tipo. Por lo mismo, respecto de este autor material, sólo llevaría el hecho a grado de tentativa o a lo más una consumación formal. Sostienen esta tesis autores como JESCHECK, RUIZ ANTON, MUÑOZ SANCHEZ, REY HUIDOBRO y POLITOFF[31].

Mención especial merece el aporte de SILVIA PEÑAWASAFF, quien en su completo trabajo denominado *Autoría y participación en el delito*, incidentalmente trata el tema del

---

[28] VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 3 vols., traducción de Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Reus, Madrid, 1929, tomo III, págs. 96-97.

[29] MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 2 vols., traducción de la segunda edición alemana (1933) y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, tomo II, cfr. págs. 279 y ss.; MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, 2 vols., traducción y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, tomo II, cfr. pág. 372; WELZEL, *Derecho Penal Alemán.* Parte general, traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, undécima edición alemana y cuarta edición en castellano, 2002, cfr. pág. 139-140

[30] CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, 3 vols., Ariel, Barcelona, 1976-1978, tomo I, cfr. págs. 854 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal*. Parte general, B de F, Buenos Aires-Montevideo, séptima edición, 2004, cfr. págs. 406 y ss.; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal.* Parte general, Tirant lo blanch, Valencia, segunda edición, 1996, cfr. págs. 462 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho penal español. Parte general, Ariel, Barcelona, 1984, cfr. pág. 337.

[31] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal.* Parte general, traducida por el Dr. José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, cfr. págs. 625 y ss.; RUIZ ANTON, op. cit., cfr. págs. 49 y ss.; MUÑOZ SANCHEZ, op. cit., cfr. pág. 39; REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas.* Aspectos penales y procesales, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, cfr. págs. 324 y ss.; POLITOFF, op. cit,. cfr. pág. 8.

agente provocador, elaborando un concepto *intermedio* entre el concepto amplio y estricto. De esta manera, tomando los elementos esenciales del concepto amplio y estricto de *agent provocateur*, PEÑA WASAFF lo define como "aquel que induce a otro a realizar un delito, sin querer que el mismo se consume, sino sólo con el objeto de poder descubrir al instigado, poner de manifiesto su tendencia delictiva y poder, así, evitar el resultado"[32].

En conclusión, siguiendo nuevamente a MUÑOZ SANCHEZ, podemos señalar que del desarrollo de la evolución dogmática del concepto de agente provocador se desprenden tres presupuestos conceptuales para determinar la estructura contradictoria del comportamiento provocador:

a. La conducta provocadora tiene como fin inmediato que el autor provocado sea castigado precisamente por ese hecho.

b. El agente provocador no tiene voluntad de consumación del delito.

c. Tal ausencia de voluntad se manifiesta externamente mediante la adopción de medidas necesarias para neutralizar la acción del autor provocado.

3. Empleo del agente provocador como técnica de investigación encubierta.

Si bien es cierto que cada uno de los elementos del concepto de agente provocador que van naciendo del desarrollo y evolución del mismo se mantienen hasta el día de hoy, la nueva realidad político criminal, caracterizada por el paso de una criminalidad individual a una criminalidad especialmente organizada, ha auspiciado una ampliación o por el contrario una desintegración del concepto de agente provocador[33]. Esto, en cuanto se articulan dentro de él modelos muy distintos al clásicamente concebido, con el anhelo de hacer frente a determinados delitos, como el narcotráfico y las diversas conductas ilícitas que rodean el mundo de la droga, el terrorismo, etc. En este sentido, y en relación con la desintegración y fragmentación del concepto de agente provocador, PAGLIARO[34] lo define precisamente como *aquel que se*

---

[32] PEÑA WASAFF, *Autoría y participación en el delito*, en *Revista de ciencias jurídicas*, número 3, Edeval, Valparaíso, 1972, pág. 112-113.
[33] MUÑOZ SANCHEZ, op. cit., cfr. pág. 40.
[34] PAGLIARO, citado por MONTOYA, op. cit., cfr. pág. 183.

infiltra en una organización criminal, participando de un delito, con el fin de descubrir o destruir la organización en su totalidad.

Por las razones antes expuestas, "supuestamente" se haría necesaria una forma de investigación de características especiales y es ahí cuando intervienen las técnicas de investigación encubiertas y los informantes[35]:

a. El confidente o soplón: es aquella persona que no forma parte de cuerpos policiales, cuyos datos son reservados y que confidencialmente brinda material informativo acerca de ilícitos, información que obtienen precisamente en el ambiente criminal a cambio de la obtención de dinero, droga o ventajas procesales. Vidoq, jefe de investigaciones criminales en Francia entre los años 1810 y 1827, innovó en materia de técnicas policiales, al tener agentes de la policía directa o subrepticiamente envueltos en el mundo criminal. Creía que el delito podía ser combatido por delincuentes; por ello, para detectarlos, utilizaba ex criminales pagados con fondos secretos. A éstos se les llamaba *moutons.*

b. *Undercover agents* o agentes encubiertos: designa a los funcionarios de la policía que trabajan en la clandestinidad, bajo identidad supuesta y de forma duradera, debiendo penetrar de afuera hacia adentro en una organización criminal, para efectuar tareas de prevención y represión policial.

Algunos autores como MONTOYA Y EDWARDS señalan que, desde de un punto teórico como criminológico e incluso legislativo, las diferencias entre las figuras antes examinadas y el agente provocador son claras y precisas, toda vez que el provocador sería quien induce a cometer un delito para condenar al provocado y el agente encubierto sería aquel que es utilizado como parte de una técnica especial para combatir ciertos delitos de tracto sucesivo, sin víctimas. Sin embargo, el mundo de la vida nos muestra una realidad totalmente distinta, ya que en definitiva el agente encubierto, para introducirse en una organización criminal, se ve obligado a actuar como agente provocador de uno o más hechos delictuosos, a

[35] Para ver con mayor detalle las distintas técnicas de investigación encubiertas y su empleo en el nuevo escenario político criminal ver EDWARDS, *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada.* Modificación a la ley de estupefacientes. Análisis de la ley 24.424, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, cfr. págs. 53 y ss; MONTOYA, op. cit., cfr. págs. 42-199; POLITOFF, op. cit., cfr. págs. 9 y ss; MUÑOZ SANCHEZ, op. cit., cfr. págs. 40-41; BRAUM, *La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario*, en la *Insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000, cfr. pág. 4.

los que induce o colabora. Asimismo, un agente provocador, para incitar a otro a cometer un delito, necesariamente tendría que infiltrase en una organización de carácter delictivo. Pensar en un agente que toma palco para ver como actúa una organización criminal sin tener que "ensuciar sus manos", sería algo muy lejano a la realidad, y si efectivamente un agente de la policía tomara esa actitud pasiva para descubrir delitos, su suerte no sería de las mejores.

Si bien es cierto que, tanto las legislaciones como la doctrina distinguen en forma clara los agentes provocadores, encubiertos y los informantes, en la práctica estos papeles se confunden, desintegrando el contenido del concepto genuino.

III. Responsabilidad penal del agente provocador.

El asunto esencial que plantea el problema del agente provocador es determinar si su conducta es o no punible, y si lo es, bajo qué presupuestos. Por lo tanto, la discusión fundamental se presentará respecto a si la provocación dará lugar a una inducción típica, antijurídica y culpablemente ejecutada. Frente a esta incógnita distintas serán las interrogantes que se nos plantearán con relación al agente provocador, como ¿realiza todos los presupuestos de la instigación punible, al tratar de determinar a otro a la comisión de un hecho delictivo, a sabiendas que la autoridad policial esta debidamente advertida por él y que en definitiva impedirá que se ejecute el hecho delictuoso? Por otra parte, ¿puede atribuírsele responsabilidad penal, en tal evento, al que ha cedido a las instancias del agente provocador e intenta una operación radicalmente imposible y puramente imaginaria, por la intervención prevista de la policía?

En definitiva, lo que se analizará en es si la acción del agente provocador cumple o no con todos los requisitos de la inducción punible. Para esto, se revisarán distintas teorías que se pronuncian acerca la responsabilidad del agente provocador, las que a continuación pasamos a consignar.

1. Teoría que niega la licitud del comportamiento del agente provocador.

Un grupo de autores niega de manera categórica la licitud del comportamiento del agente provocador. Así esta orientación se caracteriza por una postura rigurosa de absoluta y plena responsabilidad penal.

Para BETTIOL "lo que será normal en un Estado policial no lo será jamás en un Estado de Derecho", por lo tanto "el *agente provocador* debe ser llamado a responder de participación en delito consumado, si el actor tiene éxito en la consumación o en el delito tentado, si éste no supera la fase de tentativa", ya que "el fin que el agente provocador se proponía –entregar al culpable a la justicia- no puede justificar un comportamiento que objetiva y subjetivamente ha contribuido a poner en peligro o a lesionar un bien jurídico. Los agentes de la policía judicial tienen la obligación de perseguir delitos <perpetrados>, no ya de suscitar, más o menos maliciosamente, acciones delictuosas para fines considerados lícitos. Con mayor razón vale esto para el particular"[36].

RODRÍGUEZ DEVESA, representante de la corriente liberal de la doctrina española, sentencia, en relación a la responsabilidad penal del *agent provocateur*, que, "ciñéndonos a los que afectan a la inducción, no parece haber duda razonable de que si el provocador trata de que el provocado llegue hasta la consumación del delito será responsable como inductor, y no importa que sus motivos coincidan o discrepen con los del inducido"; y sigue: "la cuestión no es tan simple cuando el inducido trata de consumar el delito, mientras que el inductor piensa detener el curso de la ejecución e impedir que llegue a consumarse, pero también aquí, sin embargo, ha de afirmarse la responsabilidad criminal, por que las reservas mentales que albergue el provocador no alteran en lo absoluto el hecho que se ha realizado consciente y deliberadamente los actos necesarios para que surja la determinación criminal en el provocado, lo que es tanto como inducirle a que comete el delito. Sólo los actos de objetivos de propio y voluntario desistimiento del provocado podrán excluir la tentativa para él y para el provocador, sin perjuicio de la responsabilidad en que ambos incurran si los hechos realizados hasta entonces son por sí mismos constitutivos de delitos"[37]. En este sentido, advierte ANTÓN ONECA que razones de justicia militan a favor de la punibilidad del agente provocador, "pues

[36] BETTIOL, op. cit., pág. 508.
[37] RODRÍGUEZ DEVESA, y SERRANO GOMEZ, op. vol. et. ed. cits., pág. 812.

la tentativa implica siempre un riesgo para el bien jurídico atacado y produce cierta alarma general, no siendo de equidad que el creador de la situación quede impune"[38].

Cabe destacar en este punto, el aporte de H. MAYER, quién en forma aislada, pero no por eso menos brillante, señala de acuerdo a su teoría de la culpabilidad, que el agente provocador debe ser condenado en todo caso, por que el instigador responde esencialmente en cuanto coloca al autor en marco de lo culpable[39].

Llama la atención, la postura profundamente liberal que ha tomado la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre este tema. Si bien es menos enfática que las posturas antes mencionadas, a través de Warren, su presidente, sostuvo, que en un caso que se cita con frecuencia, que la expresión *entrapment* (coger en una trampa, estratagema para mover a alguien a hacer algo negativo) supone que el agente convence con engaño a alguien para que haga algo que no habría hecho, de no mediar la persuasión del funcionario[40]. Para tales casos, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, si bien es cierto que no llega a la conclusión de establecer la responsabilidad criminal de agente provocador, sí colige la exención de responsabilidad penal del que comete el hecho a que fue inducido por el agente provocador[41].

En definitiva, el rechazo a la legitimidad del agente provocador, se fundamenta –según los autores que sostienen esta teoría-, en la sencilla razón que el Estado no puede convertirse en un delincuente para hacer condenar a otro delincuente, dicho de otra manera, la utilización de estas armas para luchar contra una criminalidad supuestamente organizada es incompatible con las instituciones de un Estado de Derecho.

Este punto será profundizado en el tercer capítulo de la presente investigación, en el cual se indagará la legitimidad y los condicionamientos políticos de esta polémica figura.

---

[38] ANTON ONECA, *Derecho penal*, 2 Ed. anotada y corregida por J. J. Hernández y L. Benítez, Akal/Iure, Madrid, 1986, pág. 473.
[39] Cit. por CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, op. vol. et. ed. cits., cfr. pág. 855.
[40] Supreme Court, 19 de mayo de 1958 (Sherman), United Estates, 356 US. Supreme Court reports 2 L de. 2d, págs. 848 y ss. Citada por POLITOFF, op. cit., pág. 11.
[41] POLITOFF, op. cit., cfr. pág. 11.

2. Teoría de la tentativa absolutamente inidónea o tentativa irreal.

Esta teoría se caracteriza por centrar el problema de la responsabilidad penal del agente provocador, en la averiguación de si la acción del provocador era idónea para producir el resultado criminoso, o si no lo era, es decir, sitúa el problema en el ámbito del delito imposible, delito aparente o delito putativo.

En la doctrina italiana, autores como MAGGIORE, señalan que el tema fundamental en la determinación de responsabilidad del agente provocador esta en dilucidar si la conducta del provocador era idónea para producir el resultado criminoso o no. Así, "si la acción era idónea tendrá que responder de ella sin más acá ni más allá y como la idoneidad se mide con certeza *ex post*, está fuera de duda que será responsable si se verificó el delito, pese a todas sus precauciones para evitarlo"[42]. De esta manera, sigue el autor, "si el resultado no se produjo, hay que atender a la idoneidad de los medios. Cuando estos no son de ningún modo idóneos, estamos en los términos de una tentativa imposible, y toda responsabilidad debe ser excluida". En el caso de los medios relativamente indidóneos, el provocador será responsable de tentativa, lo mismo que el ejecutor, por haber expuesto a peligro el bien que es objeto de la agresión. Tal sería el caso del delito comenzado y luego interrumpido por la intervención de la policía, previamente avisada[43].

En este mismo sentido, se ha sostenido en la doctrina española, que en la hipótesis en que el agente provocador hace baldía la actividad del instigado por haber adoptado previamente medidas precautorias defensivas o de garantía para que no se produzca el resultado, es posible ciertamente fundamentar la impunidad por la inexistencia de una verdadera tentativa punible. La impunidad derivará entonces de la apreciación de una tentativa absolutamente imposible, o bien ni siquiera de ésta, sino de una simple apariencia de actuación delictiva (sentencia de veintidós de junio de mil novecientos cincuenta y veintisiete de junio de mil novecientos sesenta y dos tentativa imposible o tentativa inidonéa). Se observa que al negar en estos casos la existencia de tentativa punible por tratarse de un hecho con absoluta falta de peligro o de una

[42] MAGGIORE, op. vol. et. ed. cits., pág. 143.
[43] MAGGIORE, op. vol. et. ed. cits., cfr. pág. 144.

simple apariencia de ataque, el tribunal Supremo extiende la impunidad tanto al agente provocador como al instigado. De las mencionadas sentencias cabría deducir que si efectivamente de la actuación del sujeto provocado hubiese tentativa, pero en nada prejuzgan ambas resoluciones a la comunicación o no de dicha responsabilidad del agente provocado[44].

En este sentido, algunos autores han considerado que la acción del agente provocador está fuera del ámbito de la tentativa punible y del delito imposible, pues toda trama del episodio es engañosa, carece de realidad y en consecuencia no es subsumible en un tipo legal[45]. La cuestión de la idoneidad o inidóneidad pierde importancia, pues en la mayoría de los casos puede decirse que no hay infracción porque todo es irreal[46].

En consecuencia para esta orientación, sólo si el hecho principal es constitutivo de una tentativa idónea o relativamente inidónea el agente provocador responderá penalmente; si, por el contrario, el supuesto de hecho da lugar a una tentativamente absolutamente inidónea o a un hecho donde todo es ficticio, no responderá penalmente[47].

Contra este argumento, certera es la crítica de IMPALLOMENI, quién subrayó agudamente a este respecto una transposición de planos: "no quiere un delito quien quiere una tentativa: esto es exacto para el autor inmediato, pero no para el instigador que determina a otro a realizar un delito. La punibilidad del instigador no deriva de lo que él se propone, sino de lo que él hace ejecutar. Y lo que hace ejecutar es una conducta punible -tentativa- como reconocen los mismos partidarios de la impunidad del agente provocador, que se apresuran a advertir que el autor material será punible regularmente como reo de delito intentado[48], es decir, se sostiene que la intervención del agente provocador no puede estimarse en ningún caso como causa de inidóneidad de la acción, siendo la inidóneidad sólo aquella que es inherente a la acción en sí considerada y no ya aquella que está determinada por una causa extraña, y que

---

[44] ANTON ONECA, op. cit., cfr. pág. 473.
[45] JIMÉNEZ DE AZUA, *Tratado de Derecho penal*, 7 vols., Ed. Losada, Buenos Aires, 1977, tomo VI, cfr. pág. 677.
[46] NUÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1963, págs. 132.

[47] MUÑOZ SANCHEZ, op. cit. pág. 51.
[48] IMPALLOMENI, *Istituzioni di Diritto penale*. Prima ristampa dell'edizione postuma curata da Vincenzo Lanza. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Milano-Roma-Napoli, 1911, pág. 384.

debe apreciarse como una circunstancia independiente de la voluntad que detiene el curso de la acción[49].

Mención aparte merece el planteamiento de la doctrina argentina. Estos autores, en los casos de imposibilidad fáctica, suelen incluir en esta categoría al delito impulsado por el *agente provocador* y al *delito experimental*[50], sin perjuicio que a la hora de fundamentar la responsabilidad penal del agente provocador los autores trasandinos tomen distintas posturas doctrinarias de las ya mencionadas en este acápite. Pero independiente del contenido que se le de a la experimentación delictiva hecha por el agente provocador, debemos advertir, tal como lo hace GUZMÁN DALBORA en su excelente trabajo "El delito experimental"[51], que "no resulta lícito utilizar medios delictivos para la demostración empírica de fin alguno que acaricie el autor del experimento. Como los tipos penales describen actos que ordinariamente son antijurídicos, ilícitas también serán las experiencias fraguadas en su contacto".

3. Teoría de RUIZ ANTÓN.

Este autor pone como centro de gravedad en el problema de la responsabilidad criminal del agente provocador al bien jurídico protegido. Así, la presencia de responsabilidad del provocador dependerá de la eventual demostración de que su conducta hubiere contribuido real y efectivamente a la lesión o puesta en peligro de bien jurídico por no haber adoptado precauciones para evitar la lesión[52].

De esta manera sostiene el autor que el *agent provocateur* quedará impune cuando su conducta no haya contribuido objetivamente a lesionar el bien jurídico , es decir, no se dan los presupuestos objetivos que permiten la extensión de la pena al participe. Su tesis vendría afirmar que el agente provocador no realiza el tipo objetivo del injusto de la inducción, con lo

---

[49] NUÑEZ BARBERO, op. cit., cfr. pág. 129; NUÑEZ, *Tratado de Derecho Penal.* Parte general, 5 vols., Ed. Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1978, tomo II, cfr. pág. 342 y ss

[50]SOLER, *Derecho Penal Argentino*, 5 vols., Ed. La Ley, Buenos Aires, 1945, tomo II, pág; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal.* Parte General, segunda edición corregida y actualizada, 7 vols., Abelado-Perrot, Buenos Aires, 1969, tomo II, cfr. págs. 412 y ss; NUÑEZ, op. vol. et. ed. cits., pág. 343.

[51] GUZMÁN DALBORA, *El delito experimental*, en *Revista Procesal Penal*, número 59, Santiago de Chile, mayo, 2007, op. cit., págs. 9-22.

[52] RUIZ ANTON, op. cit., cfr., págs. 267 y ss.

cual no hay necesidad de analizar, como lo hace la teoría dominante del dolo, si se da o no el tipo subjetivo, y esto es así según RUZ ANTON, porque el agente provocador, al mismo tiempo de conminar a otro a la realización de una conducta antijurídica, pone los medios necesarios para evitar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico[53].

En contacto con esta postura, tenemos la teoría de FONTÁN BALESTRA, la cual fundamenta la responsabilidad del agente provocador, tanto en el contenido del dolo del instigador, como en la disponibilidad o no-disponibilidad del bien jurídico. Así, éste –el bien jurídico protegido- se constituye como elemento central en la determinación de la responsabilidad del provocador.

Por tanto, si el bien jurídico protegido es disponible, y por ejemplo el agente provocador entrega el dinero al que quiere estafarlo, sin haber caído en el ardid, o el bien exigido por el extorsionador, sin temer a la amenaza, con el objeto de lograr la detención del autor, el agente no es punible por dos razones, de las cuales una sola basta: por que su conducta hace desaparecer un elemento del delito y por que falta el dolo de comisión del hecho. También en los casos de lesión de bienes disponibles el instigador es merecedor de pena, cuando no se dan las circunstancias que hemos señalado. Esto ocurrirá en los casos como el del ejemplo de MEZGER[54], en que el instigador desea que el otro se haga responsable criminalmente, para poderlo utilizarlo mejor para sus ulteriores fines. En esos casos no hay duda que el instigador actúa con el dolo del delito; el fin último perseguido, en este caso, es indiferente para la culpabilidad, aun el político señalado por CARRARA[55].

En el caso de los bienes jurídicos no disponibles, cuando la tutela penal se ejerce con independencia de la voluntad de su titular, el hecho siempre es punible, porque los elementos del delito no pueden presentarse en forma atípica por obra del agente provocador. Por lo demás quien instiga a las lesiones o al homicidio, *v.gr*., cualquiera sea el fin que persiga, obra con el dolo del delito y es punible si el delito ha sido tentado o consumado[56].

4. Teoría del dolo del inductor.

[53] RUIZ ANTON, op. cit., cfr., págs. 267 y ss.
[54] MEZGER, op. vol. et. ed. cits., pág. 279.
[55] CARRARA, op. vol. et. ed. cits., pág.443.
[56] FONTÁN BALESTRA, op. vol. et. ed. cits., pág. 489.

Esta orientación, como se explicó en el primer punto de este capítulo, nace en el seno de la ciencia penal alemana y es hoy la opinión dominante de las doctrinas alemana, italiana y española. Se caracteriza esencialmente porque fundamenta la impunidad del agente provocador en la ausencia del elemento subjetivo de la inducción. La base de la discusión se encuentra en si es típica una acción de inducción que, según la voluntad del inductor, sólo debe llegar a la tentativa del hecho principal[57].

La evolución y consolidación de esta orientación, caracterizada por su especial uniformidad en la ciencia penal alemana, señala que el dolo del instigador necesita abarcar todo lo que caracteriza objetivamente a la instigación. Por tanto comprende: el conocimiento y el querer de que se hace surgir en otro la resolución de cometer el hecho y que el resultado se produce por ese otro como autor plenamente responsable. El *dolus eventualis* es posible como en otros casos. Pero siempre abarca también el dolo del instigador el resultado del acto principal.

El fin del instigador puede estar dirigido a la producción del resultado del acto principal. Pero también es posible que este fin sea dirigido esencialmente a la ejecución del acto por el otro, y que el resultado de dicho acto principal sea indiferente al instigador. Por ejemplo, el instigador desea que el otro se haga responsable criminalmente a causa de su conducta y así poderle utilizar mejor para sus ulteriores fines. En tal caso "quiere" el instigador que se produzca el acto principal; actúa conforme a la regla general, dolosamente en referencia a dicho acto principal, aunque no persiga el resultado de éste, como tal resultado.

Ahora bien, si el instigador no quiere el resultado del acto principal, le falta el dolo necesario en la instigación. Esto es lo que ocurre en el caso del *agente provocador*[58].

Por tanto, a la hora de determinar la responsabilidad o impunidad del llamado *agent provocateur* o agente provocador, señalan los autores, que, ante todo, es preciso tener en cuenta que una tal tentativa del aparentemente instigado, por lo regular, no puede conducir objetivamente a la consumación, y ello aun cuando el autor realice externamente todas las características del tipo: cuando un detective, de acuerdo con el propietario, instiga al autor a

[57] MUÑOZ SANCHEZ, op.cit., pág. 53.
[58] MEZGER, op. vol. et. ed. cits., cfr. págs. 278 y 279.

practicar el robo, no se dará una consumación a pesar de la física “sustracción” de la cosa, ya que la relación posesoria únicamente es suprimida en apariencia. Mientras que respecto al autor principal cabrá regularmente apreciar la presencia de tentativa por la que sin duda deberá responder, la doctrina dominante rechazará con razón la responsabilidad del agente provocador, por faltarle dolo de permitir el desarrollo del hecho hasta su material consumación, esto es, hasta su irreparabilidad[59].

En conclusión, sí el instigador quería solo la tentativa, a fin de comprobar la culpabilidad del agente provocador, para esta concepción no sería punible[60]

Sin embargo, en la misma dogmática alemana aparecen voces críticas señalando que tal doctrina tampoco es correcta desde el punto de vista de la teoría de la causación, si el *agent provocateur* mediante el autor, pone en peligro el objeto de acción y se conforma igualmente con la posibilidad de lesión del bien jurídico protegido. De no ser así, el *agent provocateur* debe quedar impune según la teoría de la causación, aunque se llegue a la tentativa, por que entonces a su comportamiento falta aquella dirección de ataque al bien jurídico protegido exigida igualmente para el participe. Sin perjuicio de esto, la jurisprudencia acepta el empleo de *confidentes* y *provocadores* para luchar contra la criminalidad especialmente peligrosa y de difícil investigación (tráfico de drogas, receptación organizada, comercio ilegal de armas). Se prohíbe, en cambio la actuación del provocador con la finalidad que se cometa un delito, y de influir sobre personas no sospechosas hasta ese entonces. La trasgresión de esos límites se valora sólo como causa de atenuación penal, pero esto descendiendo incluso por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad[61].

En el caso de responsabilidad del agente provocador por el delito en contra de la voluntad de éste, se argumenta que el que excita a otro a la comisión del hecho quiere solo el comienzo de la actividad en el autor principal para, de este modo, descubrirle e impedir a tiempo el resultado último. Si, no obstante, se produce el resultado último porque el agente provocador no consigue impedirle a tiempo, puede darse en él una responsabilidad criminal a título de culpa. Pero si quiere también el resultado para, una vez producido, detener al autor

[59] MAURACH, op. vol. et. ed. cits., cfr. págs. 370, 371 y 372.
[60] WELZEL, op. cit., cfr. pág. 140.
[61] JESCHECK, op.cit., cfr. pág. 627.

principal, existe en él instigación[62], es decir, como el agente provocador no quiere que el autor produzca la lesión, no puede ser castigado como inductor doloso. Sólo así cabe explicar la solución correcta en caso de que el provocado consiga, contra la voluntad del provocador, consumar el delito: sería absurdo afirmar entonces inducción dolosa del agente provocador a una lesión que no ha querido: lo acertado es castigarle en tal caso como autor (accesorio) de un delito imprudente, salvo que la consumación fuera absolutamente imprevisible de antemano[63]

[62] MEZGER, op. vol. et. ed. cits., cfr. pág. 279.

[63] MIR PUIG, *Derecho Penal.* Parte general, Ed. B. de F., Buenos Aires-Montevideo, séptima ed., 2004, cfr. pág. 477.

CAPÍTULO II: EL AGENTE “REVELADOR” EN EL MARCO DE LA LEY 20.000, QUE SUSTITUYE LA LEY 19.366 Y SANCIONA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS.

I. Génesis legislativa.

La ley veinte mil, que sustituye la ley diecinueve mil trescientos sesenta y seis y que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, no sólo tuvo la pretensión de ser emblemática por su numeración, sino que el Ejecutivo desde su origen manifestó su decisión de adoptar todas las reformas legislativas que fueran necesarias para dotar al sistema judicial y a los órganos policiales y de control, de los medios apropiados que les permitieran cumplir el deber de investigar y sancionar adecuadamente todas las conductas delictuosas y especialmente, las relativas a las drogas ilegales. En este sentido, señala el ejecutivo en el mensaje que envió al Parlamento que, a pesar del significativo avance que constituyó la ley diecinueve mil trescientos sesenta y seis en el ordenamiento jurídico penal, la propia aplicación de dicha ley determinó –según el mensaje del gobierno- la necesidad de adecuarla a las actuales exigencias de la realidad nacional y a la experiencia judicial y policial, conforme al dinamismo con que actúan los criminales que desarrollan este tipo de delitos[64].

En este contexto, una de las modificaciones principales a la antigua ley de drogas se emprendió en materia de técnicas de investigación policial. Junto con conceder una mayor amplitud para ejercerlas, la nueva institucionalidad permitiría un mayor grado de protección a los derechos que tales técnicas pudieran afectar. Pero la verdadera novedad en esta reforma viene dada al incorporar al eufemísticamente llamado "agente revelador", quien de acuerdo al mensaje del Ejecutivo, tendría como misión fundamental enfrentar la realidad del microtráfico. De esta manera, se le define en el proyecto como, “el funcionario policial que debidamente autorizado, simula ser comprador o adquirente para sí o para terceros de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, lográndose de ese modo la manifestación o incautación de la droga”[65]. En este punto ya vemos una gravísima contradicción entre la argumentación del Gobierno para incluir al agente revelador y las distintas legislaciones y jurisprudencia internacional –como el caso español y alemán-, quienes si bien aceptan la inclusión de agentes encubiertos y provocadores en sus legislaciones y jurisprudencia, lo hacen precisamente para luchar contra la criminalidad

[64] Historia de la ley 20.000 que sustituye la ley Nº 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario, publicada en el diario oficial el dieciséis de febrero de 2005, 4.vols., Santiago de Chile, 2005, tomo I, cfr. pág. 1.
[65] Historia de la ley 20.000, op. vol. et. ed. cits., pág. 8.

especialmente peligrosa y de difícil investigación (tráfico de drogas, receptación organizada, comercio ilegal de armas)[66]. Por el contrario, en nuestro país, como señala el mensaje del proyecto de ley, se incorpora al agente revelador para combatir al microtráfico, actividad delictuosa que se aleja de las actividades especialmente peligrosas como el gran tráfico de drogas[67].

Es importante destacar que en el proyecto de ley original enviado por el Ejecutivo, la autorización para que un miembro de la policía actúe como agente revelador la prestaba un funcionario policial de mayor jerarquía, sin necesidad de contar con la aprobación de ningún órgano judicial (Juez de garantía, Ministerio público). También es importante destacar que la eximente de responsabilidad incorporada en el inciso final de artículo veintiocho original, era peligrosamente amplia, ya que prescribía que "el agente revelador quedaría exento de responsabilidad penal en el hecho en que participa, en cuanto obre de conformidad a las instrucciones previamente recibidas".

Para la tramitación del proyecto de ley en la Cámara de Diputados, se creó la "Comisión especial de drogas" la cual, en su primer informe, estableció como propósito y conclusión legislar sobre esta materia[68]. En cuanto al proyecto del gobierno, la Comisión silenció cualquier referencia al agente revelador, y sólo se remitió en su exposición de fundamentos al agente encubierto. Respecto de él, se acordó lo siguiente: a) delimitar en la ley el tipo de actividades que se pueden realizar para ganarse la confianza de los integrantes de una organización criminal; b) la creación de una historia ficticia en el Servicio de Registro Civil e Identificación u otro organismo; c) establecer en la ley que su declaración judicial debe ser prestada fuera del recinto del tribunal; d) establecer en la ley la prohibición de ser careado con miembros de una organización criminal, salvo que existan presunciones fundadas de que ese agente encubierto es parte de la organización criminal; e) regular el secreto profesional para los agentes encubiertos, y, por último, f) sus declaraciones no deben estar insertas en el proceso[69].

---

[66] JESCHECK, op. cit., cfr. pág. 627; REY HUIDOBRO, op. cit., cfr. págs. 324 y ss.
[67] Historia de la ley 20.000, op. vol. et. ed. cits., pág. 8.
[68] Historia de la ley 20.000, op. vol. et. ed. cits., pág. 45.
[69] Historia de la ley 20.000, op. vol. et. ed. cits., pág. 60

La Comisión de drogas, en sus fundamentos, estimó que era necesaria la modificación del régimen de investigación encubierta, ampliando las facultades de la policía, ya que éstas “son una de las herramientas más eficaces para infiltrar las asociaciones ilícitas”. Bajo la sola vigencia de la ley diecinueve mil novecientos sesenta y seis, se señalaba que los agentes de la policía estaban facultados para involucrarse en una organización criminal, pero no se señalaban las actividades que se debían o podían realizar para ganarse la confianza de los miembros de la organización, sin que ello implicara la comisión de un delito, es decir, la ley no fijaba ni el marco ni el límite.

Por esta razón, para no despertar sospechas y proteger a los agentes policiales de la organización criminal, de acuerdo al proyecto de ley no sólo aparece como necesaria una identidad ficticia, sino también una "historia ficticia”, acompañada de recursos tecnológicos y financieros que puedan sustentarla[70].

El agente encubierto, según la opinión de la Comisión, tendría la virtud de proporcionar información y elementos de prueba relevantes a la Justicia para desactivar organizaciones criminales. En este sentido, la comisión de drogas sostuvo de manera invariable que la entrega de esa información en ningún caso puede significar dejarlo sin protección. La ley anterior establecía como facultativo para el juez recibir esta declaración o información fuera del recinto del tribunal, por lo tanto, en muchas ocasiones la información y pruebas de cargo eran recibidas dentro del tribunal, con todo el riesgo que ello implica. También fue objeto de preocupación de los miembros de la Comisión, de acuerdo al mismo testimonio de funcionarios policiales, que en la práctica se pudo acreditar que en ocasiones, el agente encubierto se somete a careo con los miembros de la organización y sus declaraciones forman parte del proceso”[71].

En el debate, curiosamente, sólo se hizo presente la preocupación por el riesgo a que se verán sometidos los funcionarios policiales que desempeñen las funciones de agente encubierto y de agente revelador, destacándose el hecho de que, analizada esta situación, no se ha previsto ningún tipo de compensación por el riesgo a que serán expuestos. También se

[70] Historia de la ley 20.000, op. vol. et. ed. cits., pág. 61.
[71] Historia de la ley 20.000, op. vol. et. ed. cits., pág. 61.

destacó que, para que la figura del agente encubierto sea plenamente eficaz, requiere que cuente con los medios necesarios para respaldar su identidad ficticia. Es decir, según los parlamentarios, ha de existir el medio para crear una historia ficticia, con bienes a su nombre y con un historial que respalde esa identidad. Esta medida fue solicitada a la Comisión por los representantes de las policías y así consta en el informe elaborado y presentado a la Cámara por esta Comisión.

Más aún, la única indicación que se presentó en la Comisión, se relacionaba con la posibilidad de pagar al "informante" por la información que proporcione, ya que éste sería uno de los elementos necesarios para que esta figura sea realmente sea eficaz.

Resulta sorprendente que la Comisión guardó mutismo absoluto respecto de la autorización por parte de un superior para que puedan actuar tanto el agente encubierto como el revelador. Tampoco se criticó la fórmula de la eximente de responsabilidad penal contemplada en el inciso final.

En la sesión ordinaria del día jueves diecinueve de abril del año dos mil cuatro, fecha en que comienza la discusión en general del proyecto, por primera vez se habla derechamente de la inclusión del agente revelador. En esa oportunidad, el entonces diputado informante de la comisión especial de drogas Jaime Orpis, señaló, refiriéndose a las técnicas de investigación en general y al los agentes encubiertos y reveladores en particular, que, "los organismos especializados fueron unánimes en que había una figura especialmente importante: el agente encubierto, que, junto con la interceptación de las comunicaciones, es una figura muy esencial para detectar este tipo de delitos[72].

Pero por otra parte, para complementar la actividad del agente encubierto, se introduce en este proyecto de ley una figura que simula ser comprador. Es así como se crea la figura adicional del agente revelador, para establecer alguna diferencia respecto de ese agente de policía que forme parte de una organización criminal y de personas distintas que efectúen las transacciones que, muchas veces, deben realizar para incautar drogas y detectar una

[72] Historia de la ley 20.000, op., vol. et. ed. cits., pág. 184.

organización de esa naturaleza”[73]. De esta manera, la moción pretendía derechamente introducir en nuestra legislación un agente estatal que indujese a otro a realizar un delito, sin querer que el mismo se consume, sino sólo con el objeto de poder descubrir al instigado, poner de manifiesto su tendencia delictiva y poder, así, evitar el resultado.

Resulta curioso, por decir lo menos, que el mismo diputado Orpis haya fundamentado la inclusión de esta polémica figura en el proyecto de ley señalando que, “en el ámbito represivo en la lucha contra las drogas, debemos tener una legislación excepcional” y sigue el diputado sosteniendo que “es por esto que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos es la integridad del territorio, hay que ver que pasa con Colombia, donde la mitad de su territorio esta tomado por narcoterrorismo” y para terminar se pregunta “¿rigen ahí las normas garantistas?”[74].

En definitiva, el único aporte en cuanto a la limitación de la actividad de los agentes revelador y encubierto la hizo el diputado Elgueta. Éste propuso una indicación mediante la cual se establecía que los agentes reveladores y encubiertos que falsearan informes o que incriminaren a inocentes, serían sancionados con las penas de los artículos doscientos siete y doscientos ocho del código penal, según las circunstancias del caso[75]. Esta indicación fue aprobada por unanimidad y así el proyecto pasó con este nuevo inciso final a segundo trámite constitucional. De este modo, el artículo treinta del proyecto que regulaba los distintos tipos de técnicas encubiertas quedó de la siguiente manera: “**Artículo 30.** Agente encubierto es el funcionario policial que, debidamente autorizado por sus superiores jerárquicos, oculta su identidad oficial para ser admitido en las organizaciones delictuales [sic] o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos con el propósito de identificar a los participantes, reunir información y recabar pruebas que servirán de base al proceso penal. El agente encubierto podrá tener una historia ficticia.

[73] Historia de la ley 20.000, op., vol. et. ed. cits., pág. 185.
[74] Historia de la ley 20.000, op., vol. II, et. ed. cits., pág. 234
[75] Historia de la ley 20.000, op., vol. II, et. ed. cits., pág. 272.

El agente encubierto estará exento de las penas que correspondan a los autores, cómplices o encubridores por los delitos sobre los que oportuna y debidamente ha informado a sus superiores jerárquicos, y que en virtud de su especial cometido le corresponda ejecutar.

Informante es quien suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o que, sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa en los términos señalados en el inciso anterior.

Agente revelador es el funcionario policial que, debidamente autorizado por sus superiores, simula ser comprador o adquirente para sí o para terceros de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, lográndose de ese modo la manifestación o incautación de la droga.

El agente encubierto, el informante y el agente revelador están exentos de responsabilidad penal en el hecho en que participan, en cuanto obran de conformidad a las instrucciones previamente recibidas

El agente que falseare los informes o que incriminare a inocentes será sancionado, según las circunstancias del caso, con las penas de los artículos 207 ó 208 del Código Penal, según las circunstancias del caso".

Estando el proyecto en el Senado, en su segundo trámite constitucional y radicado en la Comisión de Constitución Legislación y Justicia, ésta acordó discutir el proyecto en general y particular a la vez. En dicha ocasión, si bien se discutieron con mayor profundidad las distintas figuras que introducía el artículo treinta de la iniciativa presentada por el ejecutivo, todas las opiniones vertidas en esa oportunidad se mostraron favorables a las distintas técnicas de investigación encubierta y nadie discrepó respecto a los problemas de legitimidad de dichas figuras.

Sin embargo, un avance significativo fue la crítica que se hizo a la forma de autorización que requerían los agentes encubiertos y reveladores para su actuación. Recordemos que, de acuerdo al texto original del proyecto, ambos agentes estarían exentos de sanción por los delitos que cometieran en su cometido, siempre y cuando haya dado cuenta

oportuna a sus superiores jerárquicos. Según los expertos que concurrieron a la comisión, “esta situación resultaría igualmente ilusoria porque, iniciado el iter criminis, sería embarazoso para el agente comunicarse con su superior, más aún cuando los delincuentes se desplazan rápidamente con vehículos modernos por todo el territorio.

Determinar cuál es el superior jerárquico también será difícil. Por ejemplo, la banda viaja a hacer una operación delictual [sic] a Antofagasta y en el grupo va un agente encubierto dependiente del Grupo de Tareas Sur que, por la naturaleza de las acciones, no puede tener un contacto expedito con sus superiores en dicha unidad. ¿qué hará entonces en Antofagasta?, ¿con quién se comunicará?, ¿con el Jefe de dicha ciudad?, ¿éste reconocerá a dicha persona como funcionario de la policía? Cualquiera acción que emprenda el agente despertará de inmediato la desconfianza de sus compañeros ocasionales y, si comete un delito grave en tales circunstancias, la situación ante los tribunales se complicará gravemente para el funcionario. ¿Y qué pasa si debe consumir drogas para no despertar suspicacias? Lo dicho precedentemente también es extensivo a la situación del agente revelador y debe quedar suficientemente explícito en la ley, lo que no ocurre con el proyecto. Por estas razones, en definitiva se acordó que la autorización para la actuación del agente encubierto y revelador debía provenir desde el Ministerio público y no del superior jerárquico de los policías[76].

Otro aspecto interesante de la discusión se centró en el tema de la exención responsabilidad penal de los agentes. De esta manera, a la Comisión no convenció la advertencia del señor Dibán, en orden a que es distinta la situación de los agentes encubiertos y agentes reveladores de aquella en la que se encuentra el informante, quien no sólo no es funcionario policial sino que puede ser incluso un delincuente, por lo que sólo debería beneficiarse de la exención en cuanto actúe como agente encubierto o agente revelador. Señaló también el abogado invitado a la Comisión su preocupación por la necesidad de determinar con mayor certeza los delitos que estarán exentos, ya que la indicación al aludir a "los delitos contemplados en esta ley o relacionados con ellos", no es suficientemente precisa. Le pareció más adecuada la disposición contemplada en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, el cual fue agregado por la ley orgánica 6/1999 de 13 de enero de ese año.

[76] Historia de la ley 20.000, op. vol. III, et. ed. cits., pág. 606

Conforme a ese precepto, "El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito".

Así, la Comisión tomando como referencia el modelo español acordó señalar lo siguiente: "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."[77].

Cabe destacar que todas las personas que intervinieron en la comisión, manifestaron su opinión positiva en cuanto a la inclusión de la figura del agente revelador. Así por ejemplo, el representante de Carabineros de Chile señaló en su oportunidad que “la inclusión de la figura del "agente revelador" resulta del todo afortunada, pues constituye una herramienta de notable utilidad para la actividad policial, especialmente para el control de actividades relacionadas con el tráfico de drogas en sectores poblacionales o con el denominado "microtráfico". Por su parte, el representante de la Policía de Investigaciones consideró “que las disposiciones del proyecto aún son insuficientes en lo que se refiere a la figura del agente encubierto, ya que no protegen debidamente la integridad física del policía. También señaló que el agente revelador es una figura importante al momento de investigar la distribución menor de drogas, y su aplicación parece posible ya que se limita a una actuación puntual dentro de la investigación”.

En este mismo sentido el abogado señor Ruiz Pulido manifestó su acuerdo con la incorporación de la figura del agente revelador, que constituye una pretensión muy antigua del Consejo de Defensa del Estado. De esta forma, se regulariza una situación que se usa mucho y respecto de la cual existía diversas interpretaciones en cuando a la forma en que debía aplicarse[78].

---

[77] Historia de la ley 20.000, op. vol. III, et. ed. cits., pág. 651 y ss.
[78] Historia de la ley 20.000, op. vol. III, et. ed. cits., pág. 651 y ss.

En definitiva, la opinión de la Comisión respecto de la inclusión del agente provocador en nuestra legislación, zanjaría un problema consistente en que algunos tribunales han negado valor a la actuación de un agente encubierto cuando realiza la tarea que ahora se asigna al agente revelador por no estar aquélla contemplada en forma expresa, lo que ha producido la absolución de traficantes por juzgados de primera instancia.

Tomando en consideración las reflexiones antes expuestas, el Ejecutivo presentó varias indicaciones que apuntaban, por un lado, a eliminar las exigencias de que la autorización con que deben actuar el agente encubierto y el agente revelador sean otorgadas por sus superiores jerárquicos, y por otro, a suprimir el inciso segundo sobre exención de responsabilidad penal del agente encubierto, para contemplar la misma norma la liberación de responsabilidad del agente encubierto, revelador y el informante.

Así, el artículo treinta del proyecto original pasó a ser el nuevo artículo veinticinco, según el cual "los respectivos fiscales del Ministerio Público podrán 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.

Agente encubierto es el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales [sic] 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.

El agente encubierto podrá tener una historia ficticia. La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación deberá otorgar los medios necesarios para la oportuna y debida materialización de ésta.

Agente revelador es el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga.

Informante es quien suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o que, sin tener la

intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa en los términos señalados en alguno de los incisos anteriores.

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.

Este artículo fue aprobado por el senado y se convirtió en definitiva en el actual artículo veinticinco de la ley veinte mil. Como no fue objeto de modificaciones por la Cámara de Diputados en el tercer trámite constitucional, esta disposición no se discutió en la comisión mixta.

A la luz de la tramitación en el Parlamento de la ley veinte mil en general y el artículo veinticinco en particular, son muchas las críticas que podemos hacer y pocas las virtudes que podemos encontrar. Pero a modo de síntesis, diremos que llama poderosamente la atención el hecho que en un proyecto de ley de tal envergadura como éste y en una reforma tan significativa como es la introducción y regulación del agente provocador en nuestro ordenamiento jurídico, la discusión legislativa haya sido tan pobre, por no decir que la introducción de tan polémica figura pasó absolutamente inadvertida.

II. Definición legal del "agente revelador".

El artículo veinticinco inciso cuarto de la ley veinte mil, al conceptualizar al agente revelador, no da una definición genérica o teórica de la figura en cuestión, sino que, acorde con la especialidad de la materia que regula, define al revelador en relación directa con la actividad del tráfico ilícito de estupefacientes. Así, el citado artículo define al agente revelador como "el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga".

Sin perjuicio de lo mencionado más arriba, del examen del concepto de agente revelador contenido en la ley veinte mil, podemos vislumbrar que en él están contenidos sólo algunos de los elementos del concepto dogmático de agente provocador.

Así, el artículo veinticinco inciso cuarto al señalar que "el agente revelador es el funcionario de la policía", esta indicando que será un funcionario público, un agente de la policía, quién incitará a otro a cometer un delito. En el caso particular de la ley veinte mil, será un agente de la policía de investigaciones quién instigará a otro a cometer algunos de los delitos tipificados en la misma ley. Por otra parte, la creación de la conciencia criminal en otra persona por parte del funcionario policial, consiste precisamente en "que éste simulará ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o psicotrópicas", por tanto este elemento también estaría comprendido en la definición de la ley. De esta manera, el provocado o vendedor incurrirá en alguna de las hipótesis tipificadas como delitos en la ley veinte mil al manifestar la droga. En definitiva, toda la maquinación será realizada por el funcionario policial con el único objetivo de que el provocado o vendedor de la droga se haga acreedor de una pena.

De esta manera se puede colegir, en primer lugar, que la ley veinte mil en su artículo veinticinco inciso cuarto introduce derechamente en el ordenamiento jurídico penal la figura del *agent provocateur y*, por ende llamarlo agente revelador no es nada más que un eufemismo. En segundo lugar, como se dijo al comienzo de este apartado, en el concepto legal de agente revelador podemos encontrar sólo algunos de los elementos del concepto de agente provocador, a saber: a) la conducta provocadora tiene como fin inmediato que el autor provocado sea castigado precisamente por ese hecho; b) el agente provocador no tiene voluntad de consumación del delito. El tercer requisito, consistente en la falta de voluntad de consumación del delito que se manifiesta externamente mediante la adopción de medidas necesarias para neutralizar la acción del autor provocado[79], no se vislumbra en la definición que da la ley. La única limitación al actuar del agente la podemos encontrar en el inciso final del artículo veinticinco de la ley, en la que se señala que "el agente revelador, en sus actuaciones como agente revelador, estará exento de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deba

[79] MUÑOZ SANCHEZ, op. cit., cfr. pág. 39

incurrir o que no haya podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma". Esta limitación solo le indica al agente revelador, que estará exento de responsabilidad criminal cuando los delitos que cometa o los que no haya podido impedir guarden directa relación con los fines de la investigación y sean proporcionales a ésta, mas en ningún caso, se puede deducir que esta limitación sea un mandato para el agente, en el sentido de compelerlo para que tome todas las medidas necesarias para impedir la consumación o terminación material del delito

III. Autorización por el Ministerio Público.

Si bien es cierto, como concluimos en su oportunidad, que el debate en torno al agente revelador en la discusión legislativa se destacó por su pobreza y falta de rigurosidad científica, el único punto que suscitó algún interés por parte de los legisladores fue precisamente el de la autorización para la actuación del agente.

Según el proyecto de ley original, la autorización para que procediera la actuación de un agente encubierto o un agente revelador la debía prestar su superior jerárquico, situación que según la opinión de algunos legisladores y expertos que visitaron las Comisiones, podría convertirse en un foco de arbitrariedad y de inconvenientes de orden práctico que se podrían suscitar en medio de las investigaciones.

En definitiva, se decidió a favor de la autorización por parte del Ministerio Público y de esta manera, será el fiscal respectivo el único que podrá disponer la intervención de un agente revelador. A su vez, se excluye la posibilidad de que otra autoridad (agentes de la policía) puedan disponer de la participación de un agente revelador en una investigación criminal.

Por cierto que resulta lógico y razonable que sea la autoridad del Ministerio Público la única que pueda decidir el empleo de agentes reveladores y encubiertos, ya que si son los fiscales los que tienen a cargo las investigaciones criminales -como en los sistemas acusatorios

como el nuestro-, deban ser ellos quienes decidan si conviene o no al éxito de las investigaciones la utilización de agente revelador[80].

Sin embargo, si bien el Ministerio Público esta a cargo de la investigación criminal, diversas son las normas que establecen la exigencia de "autorización judicial previa" en el caso de afectación de garantías constitucionales. Mas el artículo ochenta y tres de la Constitución dispone que "El Ministerio Público podrá impartir ordenes 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 derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben requerirá de autorización judicial previa", encontrándose dicha exigencia, a su vez, en el artículo nueve del Código Procesal Penal , que establece que "Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de derechos que la constitución asegura, o lo restringiere o lo perturbare, requerirá autorización judicial previa". El artículo veinticuatro de la ley veinte mil establece que toda actuación de investigación referida en la ley se aplicará "en conformidad a las disposiciones del código Procesal Penal".

No extraño imaginar que un agente revelador en fase exploratoria se vea tentado a ingresar al domicilio particular de un narcotraficante. En este caso el agente se vería impedido para entrar, dado que al significar ese acto de investigación la vulneración de una garantía constitucional, requeriría de 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, ilicitud que podría contaminar otras pruebas que se deriven de ella.

Por lo tanto, no se podría concluir que el agente revelador está facultado para realizar cualquier actividad en el desempeño de sus funciones –como ingresar un domicilio, registrar papeles, interceptar y grabar conversaciones telefónicas, abrir correspondencia- sin autorización judicial previa.

[80] EDWARDS, op. cit., cfr. pág. 69.

En conclusión se podría afirmar que si ya es discutible que el Estado pueda, para conseguir un fin, entrometerse en nuestra esfera de intimidad, mucho más lo es otorgar la facultad al Ministerio Público sin autorización judicial previa[81].

Por último, cabe destacar que de acuerdo al carácter especial de la ley veinte mil, la naturaleza misma del agente revelador en particular y a las demás técnicas de investigación encubiertas en general y el principio de proporcionalidad que informa su actuación de acuerdo al inciso final del artículo veinticinco del la ley, el Ministerio público debe entender estas figuras como un último recurso investigativo al que puede recurrir para lograr el éxito de una investigación. Esto significa que los fiscales deben haber agotado previamente todas las alternativas investigativas posibles antes de recurrir a la actuación de un agente provocador.

IV Actividad ilícita del agente revelador.

De acuerdo a lo concluido en el capítulo anterior, uno de los presupuestos conceptuales para determinar la estructura contradictoria del comportamiento provocador, radica en que éste despliega una conducta de carácter delictiva al instigar o determinar a otro a la comisión de un delito. Por este motivo, las distintas legislaciones al momento de elegir el instrumento para establecer la irresponsabilidad del agente provocador se encuentran a grandes rasgos con dos opciones.

La primera es tratar de justificar la conducta del agente provocador apelando al ámbito de la antijuridicidad, considerando que el provocador al seducir a otro a la comisión de un delito, para luego atraparlo y aplicarle un castigo, estaría amparado por causales de justificación como el cumplimiento de un deber o el ejercicio legitimo de un derecho, oficio o cargo, legítima defensa o estaría actuando en estado de necesidad[82].

La segunda posibilidad es establecer la irresponsabilidad del agente provocador a través de excusas legales absolutorias. En efecto, las causas personales de exclusión de penas no pertenecen al injusto ni a la culpabilidad, son causas de exclusión de la pena vinculadas a la

---

[81] RIQUELME, *El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo*, Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, disponible en www.politicacriminal.cl, Nº 2, A2, 2006, págs. 1-17.
[82] MONTOYA, op. cit., cfr. pág. 42.

persona del autor, que solo lo afectan a él y no a los demás participes del delito. La impunidad que implica su concurrencia no se basa en la ausencia de un injusto culpable, sino en la consideración político criminal que en tales casos no es aconsejable imponer la pena[83].

Ante estas dos alternativas, la ley veinte mil optó por la excusa absolutoria al incorporar al artículo veinticinco de la ley el siguiente inciso final "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 consecuencia de haber optado por la excusa legal absolutoria significa, como explicamos más arriba, que el hecho del agente revelador es típico, antijurídico y culpable; por lo tanto la no aplicación de la pena se explica por una cuestión político-criminal. En la práctica, esto se da, por ejemplo, en el caso que existan partícipes en el hecho provocado. En esta hipótesis el agente revelador quedará libre de responsabilidad, en cambio, los participes del hecho de todas maneras se harán acreedores de una pena, ya que la excusa absolutoria es personal. Si el legislador hubiese optado por la causa de justificación el hecho sería lícito, por lo que quienes hubieran participado del hecho, no tendrían responsabilidad penal alguna[84].

Ahora bien, la irresponsabilidad penal del agente revelador, agente encubierto e informante en el marco de la ley vente mil no es absoluta. La norma subordina la impunidad de dichos agentes a ciertos requisitos, a saber:

a. Que los delitos en que deban incurrir sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación. Debe existir entonces una relación directa entre el delito que provoca el agente y la actuación que se le ha encomendado. Si el delito no tiene ninguna vinculación con la actuación encubierta que efectúa dentro de la organización criminal, no se le aplicará esta excusa (piénsese el caso en que un agente revelador en el contexto de una investigación en contra de una organización criminal que trafica drogas, cometa delitos en su

[83] MONTOYA, op. cit., cfr. pág. 47.

[84] EDWARDS, op. cit., cfr. pág. 89.

propio provecho, o rompa el principio de proporcionalidad que le impone la ley vulnerando bienes jurídicos estimados de principal importancia, como la vida o la salud).

b. Que los delitos que no han podido impedir sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación. Este segundo requisito señala que el delito es la única alternativa que tienen el agente. No debe tener otra opción ya que de tenerla y sin embargo delinque, su conducta no será impune. Lo que la ley busca es que la policía utilice estas técnicas de investigación encubiertas como último recurso.

c. Por último, el inciso final de artículo veinticinco de la ley de drogas establece como requisito para que opere la excusa absolutoria a favor del agente revelador que, aquellos delitos en que deba incurrir o que no haya podido impedir, guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación. Es decir, el agente revelador, en su intención de descubrir a un micro traficante con pequeñas cantidades de drogas, no puede solicitarle que le venda o manifieste una cantidad de droga que el pequeño traficante no tiene. En este caso el revelador estaría creando una conciencia criminal que antes no existía en el provocado, y de esta manera estaría rompiendo con la proporcionalidad que le exige la ley, por tanto no sería impune.

Estos requisitos vienen en definitiva a acotar el grado de impunidad con que puede contar el agente revelador, a fin que no cuente con una licencia ilimitada para delinquir.

V. Diferencias entre el agente revelador y el agente encubierto.

Las diferencias entre ambos personajes a nivel teórico son precisas y claras. Mientras al agente provocador se le conoce como aquel que induce a otro a realizar un delito sin querer que el mismo se consume, sino sólo con el objeto de poder descubrir al instigado, poner de manifiesto su tendencia delictiva y poder así evitar el resultado[85]; al agente encubierto se le suele definir como el funcionario de la policía que trabaja en la clandestinidad, bajo identidad supuesta y de forma duradera, debiendo penetrar de afuera hacia adentro en una organización criminal para efectuar tareas de prevención y represión policial. Es decir, mientras el agente

[85] PEÑA WASAFF, op. cit., pág. 122-113.

provocador es quién instiga a otro a cometer un delito, el agente encubierto es quién se infiltra en una organización criminal para obtener la información, no instigando a la comisión de ningún delito.

Aquí radica el límite entre una técnica de investigación policial ya cuestionable, como es el caso de agente encubierto y la utilización por parte del Estado de medios delictuosos, como la instigación a cometer un delito, para la posterior detención y castigo del instigado, técnica abiertamente incompatible a las instituciones de un Estado Democrático de Derecho[86].

La diferencia entre el agente revelador y encubierto también son prístinas en la ley veinte mil en su articulo veinticinco. El legislador, al definir al agente encubierto, señala que es el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales [sic] 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. Por su parte, el artículo veinticinco en su inciso cuarto define al eufemísticamente llamado agente revelador –porque en realidad es un ejemplo genuino de agente provocador- como el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga.

Si bien la distinción entre ambos agentes a nivel teórico y positivo se puede vislumbrar con facilidad, en la práctica establecer una diferenciación nítida entre ambas figuras no es un asunto sencillo.

La admisión de que el agente encubierto se ve, por lo común, obligado a actuar como agente provocador de uno o más hechos delictuosos a los que induce o colabora para obtener su represión, se advierte notoriamente en la actual regulación del artículo veinticinco inciso final de la ley veinte mil (bajo la vigencia de la ley diecinueve mil trescientos sesenta y seis, como no existía la figura del agente revelador la confusión de rol entre el agente provocador y el agente encubierto no era manifiesta, aún cuando de todas maneras existía), con arreglo al cual "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

[86] EDWARDS, op.cit., pág. 57.

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". De la redacción de norma, se parte de la base que la actividad del funcionario lo colocará en ocasiones en la necesidad de hacerse partícipe, en una u otra forma, de la actividad delictiva de la asociación ilícita[87].

[87] POLITOFF, op cit., cfr. pág. 11.

CAPÍTULO III: EL AGENTE PROVOCADOR COMO CARACTERÍSTICA DEL “DERECHO PENAL AUTORITARIO”

I. Presentación del problema.

Como vimos al comienzo de este trabajo (cfr., *supra*., págs. 3-4, cap. I) el *agent provocateur* se institucionaliza como una figura eminentemente política en *l´Ancien Régime*, de ahí que su utilización sea funcional a legislaciones de corte autoritario o totalitario. Sin ir más lejos, los siglos XX y XXI han sido testigos de múltiples amenazas e incluso ataques bien reales y compactos contra el liberalismo penal, su imagen del hombre y su concepto del Derecho, desde la terrible experiencia de los totalitarismos, hasta las numerosas y a veces veladas formas de autoritarismos[88] y es precisamente en estas formas de gobierno en que el agente provocador pasó a ser uno de los instrumentos más efectivos del terror de Estado[89]. Por ende, la coexistencia entre la polémica figura y una organización política iliberal no presenta mayores dificultades.

Sin embargo, no hay que tomar apariencias por realidades. Por lo mismo adscribimos la opinión de GUZMÁN DALBORA, quien advierte con prístina claridad que "hay que cuidarse de creer que tras el formal hundimiento de los regímenes tiránicos que asolaron Hispanoamérica en las últimas décadas, haya desaparecido asimismo el espectro de sus prácticas punitivas"[90]. La inclusión del agente provocador en nuestro ordenamiento jurídico es una muestra clara de este hecho.

La pervivencia de prácticas punitivas autoritarias en medio de una aparente marcha triunfal del Estados Democrático de Derecho, como sistema de gobierno imperante en la mayor parte del orbe, nos deja perplejos y nos tapa con un manto de dudas, por la incompatibilidad flagrante que existe entre éstas y aquél.

Por esto, para despejar en alguna medida esta compleja contradicción, y sacarnos de encima este manto de dudas que nos impide ver con claridad el horizonte político criminal que seguir, es que continuación indagaremos los condicionamientos políticos de todo Derecho penal, revisando sus dos grandes arquetipos: el Derecho penal liberal y el totalitario.

---

[88] GUZMÁN DALBORA, *Una especial versión de autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la "doctrina" de la seguridad ciudadana,* en *Gaceta Jurídica,* número 265, Santiago de Chile, 2002, op. cit., pág. 9

[89] POLITOFF, op. cit., cfr. pág. 7.

[90] GUZMÁN DALBORA, *Una especial versión de autoritarismo penal…,* op. cit., pág. 10.

Comprender el contenido de éstos, nos permitirá descubrir el verdadero contenido del agente provocador.

II. Condicionamientos políticos de todo Derecho penal.

"No se puede negar que toda legislación penal es expresión de un ambiente político determinado. Cuando se afirma que el Derecho penal es una política, se entiende justamente afirmar que sin la comprensión del momento político y del *milieu* político, en que una legislación penal viene a luz y obra, no se puede de ninguna manera entender su alcance y valor íntimo[91]". De esta manera GIUSEPPE BETTIOL, hace casi sesenta años, daba el punto de partida a los estudios tendientes a explicar las vinculaciones entre el Derecho punitivo y la política. Desde entonces numerosos han sido los estudios[92] tendientes a explicar los puntos de contacto entre la política y el Derecho penal y de todos estos estudios ha surgido inalterada la conclusión de que el tipo de Derecho penal que rige una sociedad es siempre una manifestación de su organización política, por lo mismo, según como sea ésta, así también quedará fijado el arco toral de aquél[93].

Según lo anteriormente expuesto, existe una conexión clara entre lo político y lo penal y esta conexión se explicaría por el carácter público del Derecho penal y por la misión de éste de proteger más eficazmente que ningún otro la subsistencia, seguridad y organización de la sociedad y los demás bienes jurídicos estimados en ella de principal importancia. Se comprende, además, que dependa en su orientación, e incluso en lo sustancial de su contenido, de la conformación de dicha sociedad y que los bienes considerados más importantes cambien según las concepciones y valoraciones sociales encarnadas en una organización política[94]. Este es el más profundo fundamento de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho político y

---

[91] BETTIOL, *El problema penal*, traducción de José Luís Guzmán Dalbora, Hamurabi, Buenos aires, 1995, cit., pág. 55.

[92] Principalmente por JIMÉNEZ DE ASUA, op. vol., et. ed. cits., pág 144-190, BARBERO SANTOS, *política y Derecho penal en España*, Tucar Ediciones, Madrid, 1977; especialmente en RIVACOBA y RIVACOBA, *Orden político y orden penal*, en *Revista Chilena de Derecho*, de Santiago de Chile, volumen 22, número 2, mayo agosto, 1995, págs 201-212; y en ZAFFARONI, *Derecho penal*. Parte general, en colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Ediar, Buenos Aires, 2000, págs. 332-370.

[93] GUZMÁN DALBORA, *Reincidencia y defensas privilegiadas en la denominada "agenda corta" gubernamental contra la criminalidad*, en *Gaceta Jurídica*, número 317, Santiago de Chile, 2006, op. cit., cfr. pág. 12.

[94] RIVACOBA y RIVACOBA, op. cit., cfr. pág. 203.

de la continua y poderosa influencia de éste sobre aquél. Sin embargo, como advierte RIVACOBA[95], se suele enunciar como fundamento de la unión objeto de este análisis, circunstancias que son la consecuencia natural del influjo entre lo penal y lo político, así por ejemplo: el contenido de numerosos preceptos penales, suministrados por intereses políticos y sociales; la noción misma de delito político; la existencia por lo general en los textos constitucionales de principios cardinales de Derecho punitivo, como el de legalidad, la prohibición en ciertas constituciones modernas, de ciertas penas, consideradas incompatibles con determinada imagen del hombre y la consiguiente concepción de los poderes que es dable al Estado ejercer sobre él; la finalidad que señalan algunas leyes fundamentales en la actualidad para las penas; la referencia en ocasiones a ciertos delitos, e incluso la tipificación de otros, dentro del articulado constitucional, dejando a la legislación criminal sólo el señalamiento de la penalidad correspondiente, etc.

Si bien, y de acuerdo a lo concluido anteriormente, el Derecho penal no puede ser entendido sin referirlo a estructuras políticas del cuerpo social. Siempre debemos tener presente que "el reino del Derecho penal no es el de las fórmulas fijas y rígidas, pero tampoco el de la completa discrecionalidad que identifica el derecho penal con la política"[96]. Hacer una identificación de tal magnitud, implicaría una disolución de las categorías lógico-científicas del Derecho en una práctica política que todo lo arrastra y a cuyo servicio todo debe someterse. Esto lleva, a la negación de la ciencia del Derecho penal como ciencia jurídica, a una forma pura y simple de *terror penal*[97]. Por lo mismo, debemos separar aguas y comprender que si bien la vinculación entre lo penal y lo político es profunda y poderosa, ambas disciplinas bajo ningún presupuesto deben confundirse en una sola. La Italia fascista y la Alemania nazi bien saben de las tristes consecuencias que puede traer consigo tal confusión.

De acuerdo a la consignado anteriormente, las distintas formas de organización política incidirán directamente en el Derecho penal que la tutelará, por ende, y siguiendo la distinción hecha por el profesor RIVACOBA[98], conviene perfilar como las configuraciones

---

[95] RIVACOBA y RIVACOBA, op. cit., cfr. pág. 204.
[96] BETTIOL, *El problema penal*, op. cit., pág. 56.
[97] BETTIOL, *El problema penal*, op. cit., cfr. pág. 56.
[98] RIVACOBA y RIVACOBA, op. cit., cfr. pág. 204.

más generales, decisivas e importantes del mundo moderno dos tipos de Derecho penal: el Derecho penal liberal, y contrapuesto a él, el Derecho penal totalitario. Su estudio y análisis serán de gran utilidad para los objetivos de esta investigación.

El Derecho penal liberal es hijo de la Época de las Luces. La era individualista se expresa en él plenamente y es, sin disputa, el que mejor defiende las conquistas del liberalismo[99]. Por liberalismo debemos entender la doctrina y organización política de raíces filosóficas racionalistas, esto es, que exaltan en el individuo la razón como única facultad capaz de reconocer clara y distintamente la esencia de las cosas, de conocerse a sí misma y de someter a crítica sus supuestos y tomar conciencia de sus limitaciones y que consideran al hombre un ser de naturaleza ética, es decir, capaz de obrar con arreglo a los conocimientos y a los dictados de la razón, trazándose así un destino o plan de vida particularísimo que realizar y convirtiéndose en un sujeto de un fin propio que conseguir, a la vez que ha de reconocer y reverenciar también en cada uno de los demás igual eminente dignidad[100]. En este contexto, es el individuo quien viene antes que nada en consideración y por lo mismo el Estado debe estar al servicio de él, permitiendo y reconociendo a cada uno la posibilidad de obrar como ser racional, ajustando su conducta a las máximas de su razón, o sea, su libertad, limitándola el mínimo posible para hacerla compatible con la de los demás y conjugándose todas según la ley universal de la libertad[101].

De esta manera, el Derecho penal liberal, consecuencia del liberalismo, se caracteriza por: a) la absoluta igualdad de todos los individuos ante la ley punitiva; b) la legalidad de delitos y de las penas; c) reducción del arbitrio judicial; d) el respeto por el fuero interno de las personas, el derecho a la disidencia y la expresión de ideas; e) la consideración básica del delito como un ataque objetivo a bienes jurídicos de interés general; f) el respeto y reconocimiento del principio de culpabilidad, rechazando como fundamentación del castigo el modo de ser o la forma en que llevan su vida los ciudadanos; g) la dulcificación y benignidad de las penas, rechazando aquellas que respecto a la sensibilidad y las valoraciones de la época revelan una crueldad insoportable o repugnan a la dignidad humana; h) la proporcionalidad de la pena en

[99] JIMÉNEZ DE ASUA, op. vol. II, et. ed. cits., pág 144.
[100] RIVACOBA y RIVACOBA, op. cit., pág. 205.
[101]RIVACOBA y RIVACOBA, op. cit., cfr. pág. 205.

relación a la gravedad objetiva de la infracción; i e) el fin retributivo de la penalidad, desechando cualquier utilización del condenado[102].

En la vereda del frente del liberalismo, se encuentra el totalitarismo, entendiéndose por tal, el que responde a una doctrina política para la cual el individuo pertenece al Estado *totalitariamente,* como alma y cuerpo, en el sentido de que fuera del Estado el individuo, social y jurídicamente carece de todo valor o significado[103]. En esta organización política, a los ciudadanos, más que derechos, se transfiere funciones que desarrollar, todo esto en aras de la colectividad. El Estado ostenta la calidad de jefe y el sentido de responsabilidad frente al jefe radica en la manifestación de la posición subordinada que cada individuo ocupa respecto de la de aquél, en cuya voluntad se encarna la del Estado. Acá el Estado exige una voluntad fiel, ya que éste se presenta, no sólo como guardián del orden, sino como educador, modelador de las conciencias individuales, como supremo valor moral que debe ser sentido y vivido por las conciencias mismas[104]. En definitiva aquí la comunidad es la esencia y el individuo un mero accidente.

Sólo diremos de paso –ya que este punto se desarrollará en el último acápite de este trabajo- que los disidentes políticos son verdaderos traidores, enemigos a los cuales hay que destruir y eliminar.

Como dijo RIVACOBA[105], *este poder irresistible necesita también un Derecho penal totalitario, en el que :*a) la ley penal no es igual para todos, ya sea por la existencia de cierto delitos o de ciertas penas diferentes, ya sea por la diferencia en la ejecución de éstas, o por la diversa gravedad de un mismo delito, según se trate de un miembro de la entidad colectiva superior o de un extraño a ella; b) se desprecie por completo la legalidad de los delitos y de las penas; c) se pueda castigar, las ideas, las resoluciones simplemente exteriorizadas, los actos no más que preparatorios; d) la disidencia aparece como una traición a la entidad colectiva en cuya virtud y para cuyo servicio existe el individuo; e) la función punitiva no se centra en el concepto de delito como acto aislado del hombre (Derecho penal de acto), sino en el modo de ser de la persona (Derecho penal de autor), sea a través del empleo de la noción de peligrosidad

[102] RIVACOBA y RIVACOBA, op. cit., cfr. pág. 206.
[103] BETTIOL, *El problema penal*, op. cit., cfr. pág. 72.
[104] BETTIOL, *El problema penal*, op. cit., cfr. págs. 72.
[105] RIVACOBA y RIVACOBA, op. cit., pág. 207.

y los tipos naturales de autor resultantes: delincuentes habituales, profesionales o por tendencia (fue el elegido por Mussolini en Italia) o elaborando tipos normativos de autor, estereotipos sociales, como éstos serían percibidos y vivirían en el magín de la comunidad, colocándolos en el corazón de las figuras delictuosas[106]; f) el delito no es la lesión o puesta en peligro para bienes jurídicos sino una violación al deber de obediencia y fidelidad al Estado; g) las penas son extremadamente crueles e inhumanas y buscan la exclusión del individuo del cuerpo social; h) no hay proporción de las penas a los delitos; i) y su fin es eminentemente expiatorio y de la defensa de la comunidad y sus intereses. En definitiva lo característico del Derecho penal totalitario es el desconocimiento de lo humano en lo diferente y, con ello, la destrucción de la voluntad de convivir, lo cual, a su vez, destruye dos notas esenciales del Derecho: la personalidad y la alteridad[107].

Como adelantamos en un apartado anterior, el siglo XX fue testigo de cómo en la Europa de entre guerras (1918-1939) se exaltó el heroísmo e irrumpieron nuevos autoritarismos que asumieron variantes discursivas penales de carácter biologista: se tiño de marxismo en Rusia, de idealismo en Italia y de descarnado racismo genocida en Alemania. Estos discursos se nutrieron de la ideología proveniente del siglo XIX de la peligrosidad, inseparable cónyuge del racismo, que siguió su destino policial-administrativo, legitimando crímenes en la medida en que cada autócrata quiso llevar adelante sus propósitos genocidas. Así, los peligrosos o enemigos fueron parásitos para los soviéticos, subhumanos para los nazistas y enemigos del Estado para los fascistas, todos sometidos a un sistema penal paralelo compuesto por tribunales especiales inquisitoriales-policiales[108].

En Latinoamérica la historia no fue distinta. Golpes de Estado propiciados por Estados Unidos auspiciaron la instalación de fuertes dictaduras y regímenes militares que practicaron el terrorismo de Estado con inusitada crueldad en el Cono sur. Para eliminar los últimos vestigios de las políticas populistas, la definición del enemigo de estos regímenes militares no se detuvo en algunas menorías de grupos armados que sólo sirvieron como

---

[106] GUZMÁN DALBORA, *Reincidencia y defensas privilegiada…,* op. cit., pág. 13.
[107] RIVACOBA y RIVACOBA, op. cit., pág. 208.

[108] ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho penal,* Ediar, Buenos Aires, 2006, op cit., cfr. págs. 52-53.

pretexto, sino que en algunos casos casi se extinguió físicamente a una generación de dirigentes actuales y potenciales. En países como Chile y Argentina es claro como se propusieron eliminar toda posibilidad de un cambio social progresista. Las dictaduras de seguridad nacional latinoamericanas aplicaron la reclusión perpetua, muy excepcionalmente la pena de muerte formal, en tanto emplearon medidas eliminatorias para los *molestos* o ejecuciones policiales sin proceso[109].

Hoy, en pleno siglo XXI, pretender que estas prácticas punitivas iliberales están sepultadas y que sólo son parte de un mal recuerdo, *seria tomar apariencias por realidades*[110].

Este rebrote peligrosista debemos agradecérselo a una política criminal con el telón de fondo de una violencia dramatizada. En este contexto lo que se modifica no son las formas de violencia o la densidad de la actividad violenta, sino la predisposición a aceptarla y la comprensión que se tiene de ella, por lo que la posibilidad de percibirla nunca fue mejor que hoy. Como explica HASSEMER, una sociedad que dispone, por un lado, de medios de comunicación eficientes, y que por otro –al menos en la estimación de esos medios- está vivamente interesada en los fenómenos de violencia, ya no necesita experimentar la violencia en su propio seno para percibirla como omnipresente[111]. De esto se colige que la transmisión de actos violentos hacia nosotros se produce en forma tendencialmente más comunicativa que concreta, por lo que las posibilidades de dramatizar la violencia y hacer política a través de ella son óptimas.

La situación antes descrita repercute en la posición que actualmente se tiene frente al delito, por lo mismo, ésta es la hora de conceptos como "luchar", "combatir", "eliminar" o "represión", en perjuicio de actitudes como "elaborar" o "convivir con"[112]. La imagen de la guerra total y permanente y sin reglas contra la insurrección política, enemiga de la nación, cede paso a la del combate también sin pausas ni consideraciones contra los delincuentes[113], a quienes se les caracteriza con muestras de crueldad inusitadas como enemigos, antisociales o "con otras muestras de innumerables de carencia de humanidad que niegan por sí solas la

---

[109] ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho penal,* op cit., cfr. pág. 49.
[110] GUZMÁN DALBORA, *Una especial versión de autoritarismo penal…,* op. cit., pág. 10.
[111] HASSEMER, *Crítica al Derecho penal de hoy,* Centro de estudios de Derecho penal y filosofía del Derecho Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, op. cit., pág. 46.
[112] HASSEMER, op. cit., cfr. pág 48.
[113] GUZMÁN DALBORA, *Una especial versión de autoritarismo penal…,* op. cit., pág. 14.

aptitud y la actitud para convivir"[114]. De esta manera, la sociedad amenazada por la violencia y el delito, acorralada entre la espada y la pared, no se puede dar el lujo de un Derecho penal entendido como protección de la libertad, como "Carta Magna del delincuente", lo necesita como "Carta Magna del ciudadano", como arsenal de lucha efectiva contra el delito y represión de la violencia. El delincuente se convierte de esta manera en un *enemigo,* y el Derecho penal en un *Derecho penal del enemigo*[115][116].

III. Incompatibilidad entre la inclusión al ordenamiento jurídico chileno de la figura del agente provocador y un Derecho penal de signo liberal.

El escenario político criminal descrito en la última parte del apartado anterior, caracterizado por ZAFFARONI como *autoritarismo cool del siglo XXI,* o *una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la "doctrina" de la seguridad ciudadana,* como lo hace GUZMÁN DALBORA, como parte de su ideología, incluye a la denominada *guerra contra la droga.* Por medio de ésta, se ha impulsado una legislación inquisitoria con elementos propios de la Edad Media tales como: espías, delatores, procedimientos secretos, posiciones de garante absurdas, etc[117].

Estos discursos, como señala ZAFFARONI, si bien, pueden encontrar su origen el programa político de la llamada *nueva derecha norteamericana,* lo cierto es que no tienen desarrollo teórico. Su difusión tiene lugar por obra de operadores que medran entre la

[114] RIVACOBA y RIVACOBA, *Violencia y justicia,* tirada aparte del volumen *Recuerdo a Jorge Millas* ("Anuario de Filosofía Jurídica y Social", 11, 1993), Edeval, Valparaíso, 1994, pág. 18.
[115] HASSEMER, op. cit., cfr. pág 48.
[116] Representante de esta nueva orientación teórica que auspicia la creación de un Derecho penal de corte autoritario es Günter Jakobs. El profesor alemán, en JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo,* Cuadernos Civitas, Madrid, 2003, págs. 21-56, argumenta que habría individuos que tendrían que ser diferenciados entre enemigos y ciudadanos. Por la misma razón, individualiza un Derecho penal para enemigos y otro para ciudadanos. Para relativizar su postura al hablar de Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo, Jakobs sostiene que se habla de dos conceptos ideales que no pueden ser llevados en su versión pura a la realidad, por tanto en el plano de la realidad pueden existir elementos del Derecho penal del enemigo en un Derecho penal del ciudadano y viceversa. Es por este motivo que el autor señala que pretende explicar dos proyecciones un sólo contexto jurídico-penal. Así, en este binomio ciudadano-enemigo, quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Según Jakobs esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad, pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado, por el contrario el enemigo es apartado, excluido o eliminado. Jakobs radicaliza su postura en *La autocomprensión de la ciencia del Derecho Penal ante los desafíos del presente,* en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio,* coordinadores de la Versión alemana ESER/HASSEMER/BURKHARDT, coordinador de la versión española MUÑOZ CONDE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 53-64.
[117] ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho penal,* op cit., cfr. pág. 60.

burocracia y la diplomacia, pero se trata de poderes tan irracionales que no admiten desarrollos discursivos serios[118].

En este sentido, podemos afirmar con seguridad que gran parte de la legislación relativa al tráfico de drogas ilícitas –si no toda-, tanto en nuestro país como en el extranjero, responde en sus rasgos fundamentales a un Derecho penal de signo autoritario. De la ley veinte mil sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, salta a la luz que existe un verdadero desprecio de los principios liberales, ya que: a) se desprecia el principio de legalidad, tanto en su faz material como formal; b) existen penas desproporcionadas; c) los tipos penales contienen elementos propios de un Derecho penal de autor; d) se adelanta la barrera de punición, castigando incluso los actos solamente preparatorios; e) se suprimen o relativizan garantías constitucionales; y f) el traficante se convierte en el nuevo enemigo, al que hay que destruir o eliminar, ya que su conducta, más que lesionar o poner en peligro a bienes jurídicos determinados, se constituye como una amenaza a la entidad colectiva, etc. El llamado agente "revelador" incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por la ley veinte mil, parte fundamental de las modificaciones realizadas a la ley de drogas en nuestro país, no escapa a estas consideraciones.

Efectivamente, tal y como lo señala con especial agudeza STEFAN BRAUM, la actuación de la policía en este ámbito –actuaciones encubiertas y provocación de delitos-, se halla en contradicción con aquel poder que posee la fiscalía de dirigir la persecución de las causas que se deduce del principio de la legalidad procesal. Por otra parte, según el autor alemán, subsisten las observaciones apuntadas contra la provocación de hechos: medidas estatales que resultan apropiadas para la infracción de la norma, pervierten la presunción de inocencia. El Estado se construye el hecho mismo, concreta la sospecha inicial, a la vez que hace caer al ciudadano en la tentación, poniéndole a prueba sobre su conformidad a la norma. Esta situación deviene una vez más en una mezcolanza entre prevención y represión, que conduce a la ruina el principio de legalidad. La provocación del hecho constituye un acto de autolegitimación del Estado. Al construir la infracción de la norma y revelar a continuación esa

[118] ZAFFARONI, *Derecho penal.* Parte general, en colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, op. cit., cfr. pág. 354.

conducta, se procura la prueba de la necesidad de su existencia omnipotente: aunque el mal es omnipresente, el Estado y sus medios de poder se muestran lo suficientemente eficientes como para terminar venciendo en la batalla contra aquél. También señala BRAUM que tanto el agente provocador como el agente encubierto, al estar exento de la obligación de informar al sospechoso o testigo que tiene derecho a guardar al silencio, siempre obrarán vulnerando el principio del *nemo tenetur*. Por último, señala que otro principio que se vería gravemente afectado por la actuación de agentes encubiertos y provocadores sería el de inmediación. Efectivamente, una prohibición de declarar ajustada a Derecho tiene como consecuencia en el juicio oral que el Tribunal deba contentarse con sucedáneos de la prueba. Según la teoría de los niveles el testigo de referencia, sólo puede valorarse como prueba cuando se agotan previamente otros medios de prueba disponible, preferentemente en virtud del principio en cuestión. Pero la utilización de estos agentes, que se constituyen precisamente como testigos de referencia, permite ya no considerarlos como sucedáneos sino como preponderantes[119].

Las consideraciones críticas del profesor BRAUM, tienen plena acogida en nuestra legislación. El artículo ciento noventa y cinco del Código procesal penal señala que *queda absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar* y luego su inciso segundo señala que *se prohíbe, en consecuencia, cualquier forma de engaño*…. Evidentemente, la principal herramienta que utiliza el agente revelador en su actuar es el engaño, porque él aparenta ser quien no es. Simula identidad, historia e interés que no son reales. El montaje es un engaño para el investigado[120].

Una interpretación respetuosa de los principios básicos de un Derecho penal de signo liberal y en un Estado de Derecho, nos debe llevar a concluir que, de acuerdo a la contraposición del mencionado artículo ciento noventa y cinco del Código procesal penal y del artículo veinticinco de la ley veinte mil que sanciona el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, la actuación del agente revelador está prohibida, por ser un método de investigación que se basa precisamente en el engaño.

---

[119] BRAUM, op. cit., cfr. págs. 8-13.
[120] RIQUELME, op. cit., pág.17.

El Estado de Derecho no puede poner a prueba a los ciudadanos para verificar su lealtad al régimen jurídico y verificar sus “debilidades”[121] y tampoco puede transformase en un delincuente para atrapar a otros delincuentes. Permitir prácticas de semejante calaña, auspiciaría un progresivo desmoronamiento de los cimientos del Estado de Derecho.

[121] POLITOFF, op.cit., pág. 22.

Conclusión

1. El agente provocador tuvo una presencia constante en la historia política francesa. Durante *l´Ancien Régime*, la fase revolucionaria y posrevolucionaria, esta figura nace, se institucionaliza y se consolida. De ahí precisamente se explica que su contenido y estructura tengan un carácter eminentemente político.
2. La configuración puramente jurídica-dogmática del *agent provocateur* sólo se produce a mediados del siglo XIX, momento en donde la doctrina y la jurisprudencia continental europea, especialmente en Alemania, hacen por primera vez un planteamiento abstracto y rompen definitivamente con esta exclusiva referencia del comportamiento del agente provocador a los supuestos en que obra.
3. En la actualidad, la técnica de la provocación se ha intensificado e incrementado notablemente por un supuesto cambio de la realidad criminal, el cual habría pasado desde una criminalidad individual a una criminalidad especialmente organizada. Este nuevo escenario criminológico y político criminal, auspiciado por esta supuesta criminalidad especialmente organizada, además de explicar el aumento en la utilización del agente provocador, determina también un cambio fundamental en la valoración jurídica de las tareas policiales.
4. . La génesis y evolución del concepto del provocador tiene como tronco común su *conducta contradictoria*, es decir, su *obrar con un fin distinto al que aparentemente desea*. Esto, con el propósito de provocar e incitar a otros a cometer un delito y esta manera hacerlos sorprender en flagrante y así conseguir alguna recompensa del Estado o determinar a otros a delinquir para hacerlos condenar. Partiendo de este elemento de cohesión, la doctrina ha elaborado una serie de conceptos tendientes a caracterizar a la polémica figura. Estos podrían ser divididos en términos generales en dos grupos : los que elaboran un concepto amplio de agente provocador y los que esbozan un concepto estricto de agente provocador, atendiendo a si se ponen límites o no, al actuar del agente provocador respectivamente. Nosotros preferimos -por comprender todos los elementos del actuar del agente provocador- un concepto

intermedio entre el concepto amplio y estricto, como el elaborado por la profesora SILVIA PEÑA WASAFF, quién lo define como "aquel que induce a otro a realizar un delito, sin querer que el mismo se consume, sino sólo con el objeto de poder descubrir al instigado, poner de manifiesto su tendencia delictiva y poder, así, evitar el resultado".

5. La cuestión de la responsabilidad del agente provocador se constituye, sin lugar a dudas, en uno de los capítulos más importantes de la discusión de la figura. En este contexto, varias han sido las teorías que han pretendido dar respuesta a la interrogante de si la conducta del agente provocador es o no punible, y si lo es, bajo qué presupuestos. La teoría que con mayor éxito se ha expandido es la del "dolo del inductor", la cual se inclina por fundamentar la impunidad del agente provocador por faltarle a éste el elemento subjetivo de la inducción. Sin embargo nosotros nos inclinamos, a pesar de ser una posición aislada en la doctrina, por la teoría de BETTIOL, quién niega toda licitud del comportamiento del agente provocador. Coincidimos con el gran maestro italiano al pensar que las prácticas de un Estado de policía jamás deben ser implementadas en un Estado de Derecho. Por lo mismo, creemos que el *agente provocador* debe ser llamado a responder por la participación en delito consumado: si el actor tiene éxito en la consumación o en el delito tentado, si éste no supera la fase de tentativa, cualesquiera que fuese el fin que el agente provocador se proponía –entregar al culpable a la justicia- no puede justificar un comportamiento que objetiva y subjetivamente ha contribuido a poner en peligro o a lesionar un bien jurídico. No podemos convertir al Estado en delincuente, para descubrir a otros delincuentes.

6. La ley veinte mil, que sustituyó la ley diecinueve mil trescientos sesenta y seis, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y que incorporó al llamado *agente revelador* a nuestro ordenamiento jurídico, fue fruto de una discusión legislativa caracterizada tanto por su pobreza como por su descuido al abordar una materia tan delicada como lo son las técnicas de investigaciones de investigación encubierta en general y al agente provocador en particular. La pobreza

en la discusión parlamentaria trajo como consecuencia que el texto, que en definitiva se convirtió en ley, tuviera graves falencias. Así, por ejemplo, la autorización para la actuación de los reveladores viene dada por el Ministerio Público y no por el Juez de Garantía y el principio de proporcionalidad, que limita la actuación de los agentes reveladores, es demasiado amplio e impreciso. Ambas situaciones en la práctica, se pueden prestar para todo tipo de arbitrariedades y lo que es peor, la actuación de provocadores se puede constituir en una fuente de violaciones sistemáticas a garantías fundamentales consagradas en nuestra Constitución y Tratados internacionales ratificados por Chile.

7. Por último, en el análisis de las vinculaciones entre lo penal y lo político, al revisar los dos arquetipos de Derecho penal, el Derecho penal liberal y el Derecho penal totalitario, vemos una perfecta identificación entre este último y la actual legislación de drogas en general y las técnicas de investigación encubiertas en particular –dentro de ellas el agente revelador-. Permitir que el Estado se valga de medios engañosos y arteros para la persecución de ciertos delitos supuestamente más peligrosos, sería renunciar al ideario liberal del cual somos herederos y en consecuencia, estaríamos permitiendo un deterioro progresivo del Estado de Derecho.

Bibliografía

- ANARTE BORRALLO, Enrique, *Conjeturas sobre la criminalidad organizada*, en *Delincuencia organizada.* Aspectos penales, procesales y criminológicos, Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrallo (Eds.), Huelva, 1999, págs. 13-58.
- ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho Penal.* Parte general, traducción de José Guerrero y Marino Ayerra Redín, Bogotá, 1988.
- ANTON ONECA, *Derecho penal*, segunda edición, anotada y corregida por J. J. Hernández y L. Benítez, Madrid, 1986.
- BARBERO SANTOS, Marino, *política y Derecho penal en España*, Madrid, 1977.
- BETTIOL, Giuseppe, *Derecho penal.* Parte general, Bogotá 1965.

  El problema penal, traducción de José Luís Guzmán Dalbora, Buenos aires, 1995.

- BRAUM, Stefan, *La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario*, en la *Insostenible situación del derecho penal*, Instituto de ciencias criminales de Frankfurt (Ed.), Granada, 2000, págs. 4-24
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español*. Parte general, Barcelona, 1984.
- CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho penal.* Parte general, 10 vols., traducción de José Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, tercera edición, 1979, tomo II.
- CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MAURULLO, *Comentarios al Código Penal*, 3 vols, Barcelona, 1976, tomo I.
- EDWARDS, Carlos Enrique, *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada.* Modificación a la ley de estupefacientes. Análisis de la ley 24.424, Buenos Aires, 1996.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal.* Parte General, segunda edición corregida y actualizada, 7 vols., Buenos Aires, 1969, tomo II.

- GUZMÁN DALBORA, José Luís, *El delito experimental*, en *Revista Procesal Penal*, número 59, Santiago de Chile, mayo, 2007, págs. 9-22.

Una especial versión de autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la "doctrina" de la seguridad ciudadana, en *Gaceta Jurídica*, número 265, Santiago de Chile, 2002, pág. 7-17.

Reincidencia y defensas privilegiadas en la denominada "agenda corta" gubernamental contra la criminalidad, en *Gaceta Jurídica*, número 317, Santiago de Chile, 2006, págs. 9-17.

- HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, Bogotá, 1998.
- Historia de la ley 20.000 que sustituye la ley Nº 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario, publicada en el diario oficial el dieciséis de febrero de 2005, 4.vols., Santiago de Chile, 2005
- IMPALLOMENI, G., *Istituzioni di Diritto penale*. Prima ristampa dell'edizione postuma curata da Vincenzo Lanza. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Milano-Roma-Napoli, 1911.
- JAKOBS, Günter, en JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.

La autocomprensión de la ciencia del Derecho Penal ante los desafíos del presente, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, coordinadores de la Versión alemana ESER/HASSEMER/BURKHARDT, coordinador de la versión española MUÑOZ CONDE, Valencia, 2003, págs. 53-64

- JESCHECK Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal.* Parte general, traducida por José Luis Manzanares Samaniego, Granada, cuarta edición, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS, *Tratado de Derecho penal*, 7 vols., Buenos Aires, 1977, tomo II y VI.
- MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*. El Derecho Penal-el delito, 5 vols., traducción de José Ortega Torres, Bogota, 1985, tomo II.

- MAURACH Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, 2 vols., traducción y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda, Barcelona, 1962, tomo II.
- MEDINA ARIZA, Juan J., *Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado, en Delincuencia organizada*. Aspectos penales, procesales y criminológicos, Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrallo (Eds.), Huelva, 1999, págs. 109-134
- MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, 2 vols., traducción de la segunda edición alemana (1933) y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, 1935, tomo II.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal.* Parte general, Buenos Aires-Montevideo, séptima edición, 2004.
- MONTOYA, Mario Daniel, *Informantes y técnicas de investigación encubiertas.* Análisis constitucional y procesal penal, Buenos Aires, segunda edición., 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal.* Parte general, Valencia, segunda edición, 1996.
- MUÑOZ SANCHEZ, Juan, *El agente provocador*, Valencia, 1995.
- NUÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal.* Parte General, 5 vols., Córdoba-Buenos Aires, 1978, tomo II.
- NUÑEZ BARBERO, RUPERTO, *El delito imposible,* Salamanca, 1963.
- PEÑA WASAFF, Silvia, *Autoría y participación en el delito,* en *Revista de ciencias jurídicas,* número 3, Valparaíso, 1972, págs. 112-113.
- 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*, en *Gaceta Jurídica,* número 203, Santiago, 1997, págs. 7-25.
- REY HUIDOBRO, Luis Fernando, *El delito de tráfico de drogas.* Aspectos penales y procesales, Valencia, 1999.

- RIQUELME, Eduardo, *El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo*, Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, disponible en www.politicacriminal.cl, Nº 2, A2, 2006.
- RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel, *Orden político y orden penal, en la revista Chilena de Derecho*, de Santiago de Chile, volumen 22, número 2, mayo agosto, 1995, págs 201-212.

Violencia y justicia, tirada aparte del volumen *Recuerdo a Jorge Millas* ("Anuario de Filosofía Jurídica y Social", 11, 1993), Valparaíso, 1994,

- RODRÍGUEZ DEVESA José María y SERRANO GÓMEZ Alfonso, *Derecho penal español.* Parte general, Madrid, decimoctava edición, 1995.
- RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *El agente provocador en el Derecho penal*, Madrid, 1982.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 5 vols., Buenos Aires, 1945, tomo II.
- TERÁN LOMAS, A. M. Roberto, *Derecho Penal.* Parte general, 3 vols., Buenos Aires, 1980, tomo II.
- VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, 3 vols., traducido de la vigésima edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Madrid, 1929, tomo III.
- WELZEL Hans, *Derecho Penal Alemán.* Parte general, traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez, Santiago, undécima edición. Alemana y cuarta edición al castellano, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal.* Parte general, en colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Buenos Aires, 2000.

El enemigo en el Derecho penal, Buenos Aires, 2006.