

11. DERECHO PROCESAL PENAL - CORTE SUPREMA

MICROTRÁFICO

AGENTE REVELADOR SÓLO PUEDE ACTUAR PREVIA AUTORIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. AUTORIZACIÓN QUE NO CONSTA EN LA CARPETA INVESTIGATIVA. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE REGISTRO DE TODAS LAS ACTUACIONES DE LA INVESTIGACIÓN QUE RECAE SOBRE EL MINISTERIO PÚBLICO. POSTERIOR AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA ENTRADA Y REGISTRO DEL DOMICILIO DEL IMPUTADO QUE ADOLECE DE ILICITUD. VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y DEL DERECHO DE DEFENSA.

HECHOS

La defensa del condenado como autor del delito de microtráfico recurre de nulidad en contra de la sentencia del tribunal de juicio oral en lo penal, por la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal. La Corte Suprema constata la vulneración de derechos fundamentales del condenado, toda vez que no existe constancia de la autorización para que interviniera en la investigación un agente revelador, cuya participación resultó determinante a fin de obtener la autorización judicial para el ingreso al domicilio del imputado, razón por la cual acoge el recurso y anula el juicio oral y la sentencia.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (acogido).*

ROL: *31242-2014, de 29 de enero de 2015*

PARTES: *“Ministerio Público con Moisés González González”*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C. y Sr. Lamberto Cisternas R.*

DOCTRINA

- 1. La Ley de Drogas contempla la institución del agente revelador como técnica investigativa en la instrucción de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Su artículo 25 faculta al Ministerio Público para autorizar a funcionarios policiales a que se desempeñen como agentes reveladores, señalando que actúa en tal calidad “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. El agente revelador sólo puede actuar previa autorización del Ministerio Público y en la forma que lo indica la norma aludida, puesto que se trata de una técnica tan violenta que ha sido preciso disponer de una exención de responsabilidad para quien la utiliza, desde que doctrinariamente se ha entendido que se ajusta a una forma de instigación delictiva (considerando 4° de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. *Si la autorización del Ministerio Público para proceder con la técnica investigativa del agente revelador no consta en la carpeta de investigación, se infringe el deber de registro que establece el artículo 227 del Código Procesal Penal por parte del titular de la acción penal, lo que resultaba absolutamente indispensable no sólo en virtud de la exigencia del artículo 25 de la Ley de Drogas, sino porque su razón justificativa no es otra que garantizar el acceso a la información o contenido por parte de la defensa de aquellas diligencias y actuaciones que forman parte del proceso penal, con el fin de poder ejercer plenamente, entre otros, los derechos contemplados en los artículos 8°, 93 letra c) y 182 inciso 2° del Código mencionado y evitar sorpresas en el ámbito probatorio. En estas condiciones, los agentes policiales ejecutaron una compra de estupefacientes al margen de la ley, porque la autorización para actuar en calidad de agente revelador, al no encontrarse registrada, no existía al momento de la transacción, lo que de manera irregular les sirvió para obtener la respectiva autorización judicial e ingresar al inmueble del imputado procediendo a su detención, quedando teñida de ilegalidad la diligencia. Si bien la autorización del Ministerio Público y la resolución judicial que faculta a la policía para proceder a la entrada y registro de un inmueble, constituyen dos actos procesales autónomos e independientes, emanados de autoridades diversas, lo cierto es que la información por parte del Fiscal de la existencia del primero sirvió necesariamente de sustento para que el juez de garantía procediera a autorizar la medida intrusiva, cuestión que trajo como consecuencia una vulneración de garantías fundamentales dado el incumplimiento de la obligación de registro. En suma, dada la inexistencia de la primera y esencial autorización, todo lo obrado al interior del domicilio del imputado adolece de ilicitud y, por ende, no ha podido ser empleado en juicio y tampoco ha debido ser valorado como elemento de cargo en contra de aquél, pues, de lo contrario, se vulneran sus derechos a un debido proceso y al ejercicio de una adecuada defensa (considerandos 5° a 8° de la sentencia de la Corte Suprema).*
- III. *Sobre el Ministerio Público pesa la obligación de registro de todas las actuaciones de la investigación y, al respecto, la jurisprudencia ha dicho que no cabe duda alguna que una decisión tan trascendente como la de autorizar a un funcionario policial para que proceda como agente revelador han de quedar registradas en algún lugar más que en la sola memoria de los funcionarios actuantes. Si la*

defensa sustenta su impugnación en la inexistencia de la respectiva autorización, corresponde que el órgano que dispone del registro de aquella, el Ministerio Público, proceda a su exhibición o incorporación, porque es quien se encuentra en situación de demostrar su existencia; exigir lo contrario supondría pedir la prueba de un hecho negativo, lo que se opone a los principios que sustentan el derecho procesal probatorio. Que la investigación sea desformalizada no libera al Ministerio Público de su obligación, por cuanto la desformalización dice relación con que los registros de la investigación no requieren de formalidades o ritualismos en su confección, lo que se justifica toda vez que ellos no son constitutivos de prueba ni pueden sustituir la rendición de la misma en el juicio oral (considerandos 9° y 10° de la sentencia de la Corte Suprema).

- IV. *El derecho al debido proceso supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, lo que exige de las policías que sometan su actuar a la dirección del Ministerio Público, a quien corresponde por mandato legal la investigación de los delitos y que éste, a su vez, preste información veraz y oportuna a los tribunales cuando se trata de probar los motivos que sirven de fundamento a una orden restrictiva de derechos y garantías amparados por la Carta Fundamental y por la ley procesal. Sin embargo, en la especie, dichos límites no se acataron, colocando a la defensa en una posición menguada frente al ente persecutor y sus organismos auxiliares, infracción que solo puede subsanarse con la declaración de nulidad de la sentencia y del juicio que le precedió, y dada la relación de causalidad entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, debe retrotraerse la causa al estado de verificarse un nuevo juicio oral con exclusión de todos los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella (considerando 11° de la sentencia de la Corte Suprema).*

Cita online: CL/JUR/481/2015

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República; 8, 93 letra c), 182 inciso 2°, 227 y 373 letra a) del Código Procesal Penal; 25 de la ley N° 20.000.

COMENTARIO DE SCS ROL N° 31.242-2015 DE 29 DE ENERO DE 2015

JUAN CARLOS MANRÍQUEZ ROSALES
Universidad Andrés Bello

I. INTRODUCCIÓN

La Corte Suprema declara la nulidad de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio en la causa RUC 1400262028-7, RIT

193-2014, de fecha veintidós de noviembre de dos mil catorce, y también anula el juicio oral precedente, en que se condenó a Moisés Jaime González González como autor del delito de tráfico de estupefacientes en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en el artículo 4° inciso 1° de la ley N° 20.000, cometido el 14 de marzo de 2014 en esa misma comuna, porque estima que se configuró en la especie la causal de invalidación del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, que durante la tramitación del proceso se vulneraron derechos y garantías del imputado, de modo tal que dejaron “...a la defensa en una posición menguada frente al órgano persecutor y sus organismos auxiliares...”. (C° 11).

Dicha mengua tuvo su origen en los albores de la causa, arrancó de las primeras diligencias de la indagación desformalizada, mismas que luego dieron pábulo a la judicialización de la pesquisa y a su posterior juzgamiento, basándose fundamentalmente el órgano persecutor –para acusar más tarde– en los antecedentes obtenidos con la intervención precisa de un “*agente revelador*”, cuya actuación a su vez facilitó a la fiscalía los medios y justificación para obtener del juez de garantía la orden de entrada y registro a un lugar cerrado, aseverando la legalidad, necesidad y urgencia de la intrusión restrictiva de derechos fundamentales del imputado y/o de terceros.

El artículo 25 de la ley N° 20.000 regula el procedimiento y condiciones que legitiman el uso de la técnica del “*agente revelador*”, la cual está sujeta a restricciones formales y sustanciales de gran cuantía, toda vez que es de “*tal violencia*” sobre los derechos de los justiciables –porque se le estima en doctrina una forma de “*instigación delictiva*”– que ha sido necesario dotar con una causal de justificación especial al funcionario policial que actúa en dicho rol, siempre que se ajuste al marco constitucional y legal vigente (artículos 5° inciso 2°, 6°, 7° y 19 N° 3 de la Constitución Política; artículo 25 de la ley N° 20.000, y artículos 8°, 93 letra c), 182 inciso segundo y 227, todos del Código Procesal Penal). Los C° 4, 6 y 7 de la SCS en comentario lo destacan con acierto¹.

II. EL NÚCLEO DEL ASUNTO

Es la *trascendencia o relevancia del agravio* a las garantías que provoca y manifiesta la inobservancia de las condiciones de autorización y uso de la técnica citada, en especial la infracción al deber de registro de la autorización del agente revelador por parte del persecutor en la carpeta de investigación (única fuente y medio fiable de control inmediato que el sistema acusatorio vigente en Chile otorga al juez y a la defensa para verificar la existencia de las condiciones del *debido proceso*), lo

¹ Ver Sentencia Corte Suprema rol N° 2958-2012, de fecha 6 de junio de 2012.

que motiva a la Corte Suprema a decidir como lo hizo, asunto que releva en el C° 7 del fallo anotado.

En efecto, la Corte asienta que:

“...los agentes policiales ejecutaron una compra de estupefacientes al margen de la ley, porque la autorización para actuar en calidad de agente revelador, al no encontrarse registrada, no existía al momento de la transacción, lo que de manera irregular les sirvió para obtener la respectiva autorización judicial e ingresar al inmueble del imputado procediendo a su detención, por lo que la diligencia quedó teñida de ilegalidad.

Así las cosas, y aun cuando la autorización emanada del Ministerio Público para utilizar la técnica antes referida y, por otro lado, la resolución judicial que faculta a la policía para proceder a la entrada y registro a un inmueble constituyen dos actos procesales autónomos e independientes, emanados de autoridades diversas, no puede desconocerse que, en el caso sub-lite, la información por parte del fiscal de la existencia del primero sirvió necesariamente de sustento para que el Juez de Garantía procediera a autorizar la medida intrusiva antes referida, cuestión que trajo como consecuencia la vulneración de garantías fundamentales dado el incumplimiento de la obligación de registro aludida”.

De no mediar esa violación sustancial a las reglas del debido proceso y esa falta de rigor o apego al extremo cuidado que supone poner en riesgo las garantías individuales por *actos defectuosos del procedimiento*, que son de aquellos que más aún hacen presumir de derecho la existencia del perjuicio (como reza el artículo 160 del Código Procesal Penal), no se habría provocado la actuación del juez de garantía más tarde, en la idea que autorizaba actos subsecuentes sobre un antecedente idóneo —que no era tal—, cuestión que triza las bases de confianza en que se estructuran las delicadas competencias y facultades del control horizontal o vertical que el sistema ha diseñado. Así lo deja en claro la SCS que analizamos en su C° 7 párrafo segundo, al atestar que:

“... Así las cosas, y aun cuando la autorización emanada del Ministerio Público para utilizar la técnica antes referida y, por otro lado, la resolución judicial que faculta a la policía para proceder a la entrada y registro a un inmueble constituyen dos actos procesales autónomos e independientes, emanados de autoridades diversas, no puede desconocerse que, en el caso sub-lite, la información por parte del fiscal de la existencia del primero sirvió necesariamente de sustento para que el Juez de Garantía procediera a autorizar la medida intrusiva antes referida, cuestión que trajo como consecuencia la vulneración de garantías fundamentales dado el incumplimiento de la obligación de registro aludida”.

Como vemos, no se trata de una infracción inane o de una desprolijidad accesoría, toda vez que lo que resulta constatado es el evidente *nexo causal* entre una actuación al margen de la ley de un funcionario policial que, al obrar como lo hizo, “no contaba con la autorización” previa a que se refiere el artículo 25 de la ley

N° 20.000, y por ello ésa no podía ser hallada donde debía estar (en la carpeta de investigación)². Y es más, con la información así colectada que el fiscal transmitió al juez de garantía (quien desconocía dicha falta de autorización), se derivó un *procedimiento*, un conjunto de actos procesales concatenados (por autónomos que sean individualmente considerados), que pasaron desde la autorización para ingreso a lugar cerrado, a la detención, privación de libertad, acusación, juzgamiento y condena del indagado, a pesar de las sucesivas protestas de exclusión elevadas por su defensa durante las distintas etapas del proceso.

O sea, con actuaciones y antecedentes sustancial y formalmente ilegales, se instauró un procedimiento que devino en réprobo desde su origen, de la misma forma que luego fue la sentencia dictada en el juicio oral, que como acto procesal terminal no fue producto de un actuar previo “*legalmente tramitado*”, como preceptúa el artículo 19 N° 3 de la Constitución, en perfecta consonancia con el artículo 5° inciso 2° de la misma Carta, y estos en armonía con lo dispuesto en los artículos 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y 14 y siguientes del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que son tratados internacionales en materia de derechos humanos, suscritos y ratificados por Chile, que están vigentes, por lo que es deber de todas las personas y órganos del Estado su reconocimiento, promoción y respeto.

III. EN SÍNTESIS

El celoso control que la SCS impone sobre las condiciones habilitantes de forma y de fondo para admitir legalmente el uso y procedencia de medidas intrusivas de alto impacto, así como para dotar del estándar adecuado a los antecedentes que luego pueden fungir como pruebas en juicio oral, por grave que sea la materia de la pesquisa, devela en este caso concreto cuestiones de la máxima importancia para dos de los subsistemas de persecución criminal de mayor capacidad intrusiva vigentes a la fecha en el ordenamiento nacional.

– En primer término, reafirman la ilegalidad de toda actuación efectuada por un *verdadero agente provocador*, que funge en los hechos como si fuera un *agente revelador*, habida cuenta que para las investigaciones enmarcadas en la ley N° 20.000 la ley chilena ha negado la existencia del primero³.

– En segundo término, es un serio *téngase presente* para las recientes modificaciones introducidas a la ley N° 19. 913 sobre lavado de activos, en especial, considerando cuáles podrían ser los alcances posibles que de la Sentencia del

² Ver Sentencia Corte Suprema, rol N° 3501-2014, de fecha 7 de abril de 2014.

³ MANRÍQUEZ ROSALES, Juan Carlos. *Comentario de la SCA de Concepción de 4 de abril de 2008 (rol N° 99-2008)*, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 14, pp. 81-82, con nota 24.

Tribunal Constitucional, fechada 29 de enero de 2015 (STC 2764-15-CPR)⁴, que se pronunció sobre su nuevo artículo 38 incisos tercero y noveno, pudieran derivarse.

En efecto, cuando se faculta a la Unidad de Análisis Financiero (UAF) para que dentro de las 24 horas siguientes a que cuente con indicios de que las personas listadas y obligadas a reporte (ROS) *pretendan* realizar un acto, transacción u operación financiera que pudieran estimarse “operaciones sospechosas” en un futuro próximo, y pueda obtener de un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, “...sin audiencia, ni intervención de terceros, en el más breve plazo...” una batería muy amplia de medidas destinadas a evitar el uso, aprovechamiento, beneficio o destino de cualquier clase de bienes, valores o dinero objeto del acto o transacción, se puede gestar el germen de agravio que analizamos más arriba. Y ello puede darse, porque esas actuaciones luego serán las mismas que facilitarán las otras medidas penales intrusivas, tales como interceptaciones telefónicas, electrónicas, congelamiento de bienes, seguimientos, vigilancias, etc., que concatenadas serán la base en la que la fiscalía se apoyará para pedir, aplicando la ley N° 20.000 (a la que se remite la nueva ley de lavado de activos) la continuación de una dinámica de diligencias por las que finalmente pudiere dificultarse mucho más a las defensas dónde y cuándo hallar oportunamente los registros de esas previas actuaciones y sus respectivas autorizaciones, que además pueden permanecer en secreto por al menos 6 meses.

En este último caso, una infracción del estricto apego al deber de registro por parte de fiscales y jueces puede provocar una inaplicabilidad por inconstitucionalidad de esos preceptos recientemente vistos en abstracto, pero por medio de un control concreto y *ex post*, de acuerdo al artículo 93 N° 6 de la Constitución Política, ya que sus consecuencias indeseadas superan el límite o esfera de la legalidad, y es la amplitud del precepto la que puede provocar la afectación de derechos y no la intervención hermenéutica del juez.

⁴ www.tribunalconstitucional.cl /STC 2764-15-CPR [última visita: 4 de mayo de 2015, 22:10 horas].

CORTE SUPREMA

Santiago, veintinueve de enero de dos mil quince.

VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, por sentencia de veintidós de noviembre de dos mil catorce, en los antecedentes RUC 1400262028-7, RIT 193-2014, condenó a Moisés Jaime González González a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y multa de diez unidades tributarias mensuales como autor del delito de tráfico de estupefacientes en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en el artículo 4º inciso 1º de la ley N° 20.000 cometido el 14 de marzo de 2014 en la comuna de San Antonio. Se dispuso además el comiso de la suma de \$ 5.900, de un teléfono celular, de 75 trozos de papel cuadriculado, un cuaderno, una tijera, una bolsa de nylon y tres cajetillas de cigarrillos. No se condenó en costas al imputado atendido el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad decretado.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra la indicada sentencia el que se conoció en la audiencia pública de 15 de enero pasado, convocándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, como consta del acta de fojas 47 de este cuaderno.

CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso interpuesto se sustenta en la causal del artículo

373 letra a) del Código Procesal Penal, consistente en la infracción sustancial, en cualquier etapa del procedimiento o en la sentencia, de derechos o garantías asegurados por la Constitución Política o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, defecto que se configuraría en el caso en estudio a consecuencia de la transgresión a la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Carta Fundamental, en relación a lo que disponen sus artículos 6° y 7° y el artículo 25 de la ley N° 20.000 en relación con lo prescrito en los artículos 180, 227 y 228 del Código Procesal Penal.

Se sostiene en el recurso que la contravención al derecho a un debido proceso se habría producido durante la etapa de investigación, en el momento en que funcionarios policiales del OS7 de San Antonio efectuaron un procedimiento con un agente revelador, establecido en el artículo 25 de la ley N° 20.000, que culminó con el ingreso al domicilio del condenado y su detención, sin que exista constancia alguna de la autorización de esta técnica en la carpeta investigativa, existiendo sólo una mención en la parte policial que da cuenta que dicha autorización habría sido realizada por el fiscal adjunto sin existir ningún otro antecedente, lo que la transformaría en una diligencia ilegal al igual que la prueba recabada en virtud de ella.

Argumenta el recurrente que en el caso del agente revelador, su intervención resulta válida sólo bajo dos condiciones de legalidad, a saber, una autorización previa del Ministerio Público y

por otro lado la sujeción estricta a dicha autorización y a la norma legal que la prevé. Agrega que el cumplimiento de tales requisitos debe acreditarse con el registro que los artículos 181, 227 y 228 del Código Procesal Penal imponen realizar al Ministerio Público y a la policía, vulnerándose en el caso de autos el derecho al debido proceso al no ajustarse a los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República.

Expresa que en la presente causa no existe constancia alguna de la supuesta autorización otorgada por el fiscal, situación que fue cuestionada por la defensa en la audiencia de preparación de juicio, oportunidad en que se acogió la petición de exclusión de toda la prueba de cargo ofrecida por el Ministerio Público por infracción de garantías fundamentales al constatar personalmente el Juez de Garantía, revisando la carpeta investigativa, que no existía constancia emanada del Ministerio Público que diera cuenta de una autorización para la utilización de la técnica del agente revelador, resolución que fue revocada por la Corte de Valparaíso la que reincorporó toda la prueba excluida en la audiencia de rigor. Asimismo, en las alegaciones de apertura y cierre del juicio oral se solicitó que el tribunal de la instancia no valorara la prueba producida en juicio atendida la infracción denunciada.

Refiere el recurrente que la influencia de la infracción en lo dispositivo de la sentencia viene dada por la imposibilidad de valorar positivamente la prueba de cargo ya que toda ella proviene de una diligencia ilegal, de modo que ante

la ausencia de pruebas válidas, sólo cabía absolver al imputado.

Finaliza solicitando que se anule la sentencia y el juicio oral que le precedió y dado que el perjuicio irrogado sólo puede repararse mediante la exclusión de la prueba de cargo ilícita, pide que se disponga la exclusión de la totalidad de la prueba que se incluye en la acusación fiscal, esto es, las declaraciones de los funcionarios policiales Pablo Acevedo Peredo, José Díaz Tapia, Juan Carlos Oroz Cáceres, Carlos Gallardo Reyes, toda la prueba documental vinculada al decomiso y su análisis, la prueba pericial consistente en el testimonio de los profesionales Paula Fuentes Azócar y Boris Duffau Garrido. Por último, pide que se excluya la demás evidencia objeto de incautación.

Segundo: Que para efectos de acreditar las circunstancias que justificarían la causal de nulidad alegada, la defensa rindió en la oportunidad procesal correspondiente prueba de audio consistente en registros parciales de la audiencia de preparación de juicio oral. También se incorporó mediante lectura copia de la resolución de 12 de septiembre de 2014, dictada por el Juez del Juzgado de Garantía de San Antonio, que acogió la petición de exclusión de la prueba de cargo solicitada por la defensa del acusado. Asimismo, se acompañó copia de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 29 de septiembre último, que revocó la decisión del tribunal de primera instancia antes referido reincorporando la totalidad de la prueba del ente persecutor. Finalmente, se introdujo copia de la

resolución que complementó el auto de apertura del juicio oral de 1 de octubre de 2014 dictada en estos antecedentes.

Tercero: Que en el libelo de nulidad se señala como fundamento fáctico de la causal invocada que la infracción al debido proceso se habría producido porque tanto la detención del acusado como la recolección de la evidencia de cargo fueron ejecutadas apartándose del ámbito de las atribuciones de los funcionarios policiales que intervinieron, los que se arrogaron facultades que no tenían al iniciar un procedimiento utilizando la técnica del agente revelador sin que haya existido constancia alguna de la autorización para actuar en tal calidad, contraviniendo así lo dispuesto en los artículos 25 de la ley N° 20.000, 181, 227 y 228 del Código Procesal Penal, lo que trasciende a toda la evidencia obtenida con posterioridad al acto inicial viciado.

Cuarto: Que previo al análisis de las circunstancias fácticas en que se funda la supuesta infracción de garantías fundamentales denunciadas en el libelo de nulidad, resulta necesario referirse en primer término a la institución del agente revelador contemplada en la ley N° 20.000 como técnica investigativa en la instrucción de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

El artículo 25 del texto legal citado faculta al Ministerio Público para autorizar a funcionarios policiales a que se desempeñen como agentes reveladores, refiriendo que actúa en tal calidad “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”.

Ese funcionario policial sólo puede actuar previa autorización del Ministerio Público y en la forma que lo indica el artículo indicado puesto que, tal como ha sido sostenido por esta Corte, “se trata de una técnica tan violenta que ha sido preciso disponer de una exención de responsabilidad para quien la utiliza, desde que doctrinariamente se ha entendido que se ajusta a una forma de instigación delictiva” (Sentencia Corte Suprema rol N° 2958-2012 de fecha 6 de junio de 2012).

Quinto: Que en el caso que se revisa no se puede dejar de mencionar que desde la etapa de instrucción de la presente causa existió un reconocimiento expreso por parte de la autoridad persecutora y policial de la utilización de la técnica contemplada en el artículo 25 de la ley N° 20.000 en el procedimiento que culminó con la detención del acusado Moisés Jaime González González.

En efecto, y tal como fue explicitado por el Ministerio Público en la etapa de instrucción e intermedia y por los propios funcionarios policiales durante el desarrollo del juicio, los agentes fundaron su actuar en la existencia de una supuesta autorización otorgada por el fiscal adjunto para la utilización de un agente revelador el que ejecutó una compra de droga, circunstancia que fue el fundamento de hecho para solicitar al Juez de Garantía la correspondiente orden de entrada y registro al inmueble del imputado y proceder a su detención momentos después.

Sin embargo, la autorización cuya existencia reclama el ente persecutor para proceder con la mencionada técnica no constaba en la carpeta de investigación. Lo anterior, tal como pudo ser apreciado a través de la prueba de audio y documental presentada por el recurrente, resultó corroborado por el propio Juez de Garantía en la audiencia de preparación de juicio oral, oportunidad en que, luego de revisar la carpeta investigativa a petición de los intervinientes, dejó expresa constancia de la inexistencia de un documento que acreditara la autorización fiscal, sin que el Ministerio Público haya desvirtuado lo anterior con la exhibición de algún registro en que constara la tantas veces mencionada autorización.

Sexto: Que resulta evidente que la circunstancia de hecho antes referida constituye una expresión manifiesta de infracción al deber de registro regulado en el artículo 227 del Código Procesal Penal por parte del titular de la acción penal, lo que es absolutamente indispensable no sólo en virtud de la exigencia del artículo 25 de la ley N° 20.000, sino porque su razón justificativa no es otra que el garantizar el acceso a la información o contenido por parte de la defensa de aquellas diligencias y actuaciones que forman parte del proceso penal, con el fin de poder ejercer plenamente, entre otros, los derechos contemplados en los artículos 8°, 93 letra c) y 182 inciso segundo del citado Código Procesal Penal y evitar “sorpresas” en el ámbito probatorio.

Séptimo: Que, en este escenario, los agentes policiales ejecutaron una compra de estupefacientes al margen de la ley, porque la autorización para

actuar en calidad de agente revelador, al no encontrarse registrada no existía al momento de la transacción, lo que de manera irregular les sirvió para obtener la respectiva autorización judicial e ingresar al inmueble del imputado procediendo a su detención, por lo que la diligencia quedó teñida de ilegalidad.

Así las cosas, y aun cuando la autorización emanada del Ministerio Público para utilizar la técnica antes referida y, por otro lado, la resolución judicial que faculta a la policía para proceder a la entrada y registro a un inmueble constituyen dos actos procesales autónomos e independientes, emanados de autoridades diversas, no puede desconocerse que, en el caso sub-lite, la información por parte del fiscal de la existencia del primero sirvió necesariamente de sustento para que el Juez de Garantía procediera a autorizar la medida intrusiva antes referida, cuestión que trajo como consecuencia la vulneración de garantías fundamentales, dado el incumplimiento de la obligación de registro aludida.

Octavo: Que dada la inexistencia de la primera y esencial autorización, todo lo obrado al interior del inmueble adolece de ilicitud y, por ende, no ha podido ser empleado en juicio y tampoco ha debido ser valorado como elementos incriminatorios en contra de González González, puesto que, de lo contrario, se violentan sus derechos garantizados en la Constitución Política y en los tratados internacionales vigentes reconocidos por este país a un proceso y una investigación previas racionales y justas y el ejercicio de una adecuada defensa.

Noveno: Que por su parte, en el razonamiento Decimotercero de la sentencia impugnada se sostuvo por parte del Tribunal de la instancia que el testimonio de los dos funcionarios policiales que declararon en la audiencia de juicio oral resulta suficiente para tener por cierto que dicha autorización existió, materializándose en un supuesto correo electrónico que el fiscal adjunto envió en su oportunidad a dichos agentes.

En relación a este tópico y contrariamente a lo explicitado por el fallo, lo cierto es que, tal como se desprende de la normativa legal citada en los párrafos precedentes, pesa sobre el Ministerio Público la obligación de registro de todas las actuaciones de la investigación y, tal como ha sido sostenido por esta Corte con anterioridad “no cabe duda alguna que una decisión tan trascendente como la de autorizar a un funcionario policial para que proceda como agente revelador ha de quedar registrada en algún lugar más que en la sola memoria de los funcionarios actuantes” (Sentencia Corte Suprema, rol N° 3501-2014 de 7 de abril de 2014).

No se trata, por lo tanto, de una cuestión relativa a estándar probatorio, sino al cumplimiento de obligaciones legales estrictas, que tienen su razón de ser, como se dijo, en la materialización del derecho al debido proceso.

Por otra parte, resulta lógico que si la defensa del imputado sustenta su impugnación en la inexistencia de la respectiva autorización, corresponde que el órgano que dispone del registro de aquella –Ministerio Público– proceda a su exhibición o incorporación, por-

que es quien se encuentra en situación de demostrar su existencia, lo que no ocurrió durante toda la tramitación de la presente causa.

Exigir lo contrario supondría pedir la prueba de un hecho negativo, lo que resulta contrario a los principios que sustentan el derecho procesal probatorio.

Décimo: Que, finalmente, no resulta plausible justificar la evidente desprolijidad con que el Ministerio Público actuó en el caso de marras bajo el pretexto de la existencia de una investigación “desformalizada” expresada en el Mensaje del Código Procesal Penal, toda vez que la idea de desformalización –concepto que por lo demás no se encuentra definido por el legislador– alude a una cuestión distinta, que dice relación con que los registros de la investigación, que deben recaer en todas las diligencias realizadas por la policía y en el ente instructor, no requieren de formalidades o ritualismos en su confección, lo que se justifica toda vez que ellos no son constitutivos de prueba ni pueden sustituir la rendición de la misma en el juicio oral, de conformidad con los principios y normas que regulan su desarrollo, lo que no significa que deba existir la debida constancia de su existencia.

Undécimo: Que la exigencia del derecho al debido proceso supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, lo que exige de las policías que sometan su actuar a la dirección del Ministerio Pú-

blico, a quien corresponde por mandato legal la investigación de los delitos y que éste a su vez preste información veraz y oportuna a los Tribunales cuando se trata de probar los motivos que sirven de fundamento a una orden restrictiva de derechos y garantías amparados por la ley procesal y la Carta Fundamental.

Tal como se señaló en los acápites precedentes, en este caso quedó de manifiesto que dichos límites no se acataron, colocando a la defensa en una posición menguada frente al órgano persecutor y sus organismos auxiliares, infracción que solo puede subsanarse con la declaración de nulidad de la sentencia y del juicio que le precedió, y dada la relación de causalidad entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio oral con exclusión de todos los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en la parte resolutive pertinente.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 373, 377 y 384 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública a favor de Moisés Jaime González González y en consecuencia, se invalidan la sentencia de veintidós de noviembre último cuya copia corre agregada a fs. 1 y siguientes de este legajo y el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT 193-2014 y RUC 1400262028-7, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto

de apertura los testimonios de Pablo Acevedo Peredo, José Díaz Tapia, Juan Carlos Oroz Cáceres y Carlos Gallardo Reyes; la prueba documental consistente Oficio remitido de droga N° 146, de 14 de marzo del 2014, dirigido por la sección O.S.7 de San Antonio al Servicio Nacional de Salud Valparaíso-San Antonio; Acta de recepción N° 585, de fecha 17 de marzo de 2014, del Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio acusando recibo de la droga incautada por oficio remitido N° 146; Reservado N° 637/14, de 24 de marzo de 14, del Director del Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio al Director Instituto de Salud Pública de Chile; Reservado N° 1308/14, de 6 de junio de 2014, del Director del Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio a Fiscalía Local de San Antonio; Reservado N° 5247-2014, de 3 de junio de 2014, del Jefe del Sub Departamento de Sustancias Ilícitas a la Fiscalía de San Antonio; los Protocolos de Análisis Químico Código de Muestra N° 5247-2014-M1-2 y N° 5247-2014-M2-2 del Instituto de Salud Pública efectuado por Boris Duffau Garrido, Perito Químico del Subdepartamento de Sustancias Ilícitas, Sección de Análisis de Drogas, del Instituto de Salud Pública; Informe de efectos y peligrosidad para la salud pública de Cocaína Base suscrito por el perito Boris Duffau Garrido; Oficio remitido de droga N° 09, de 14 de marzo de 2014, dirigido por la sección O.S.7 de San Antonio al Servicio Nacional de Salud Valparaíso-San Antonio; Acta de recepción N° 586, de 17 de marzo de 2014, del Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio acusando recibo de la dro-

ga incautada por oficio remitido N° 09; Reservado N° 655, de 24 de marzo de 2014 del Director del Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio al Instituto de Salud Pública de Chile; Reservado N° 5246/14, de fecha 24 de abril de 2014, del Jefe del Subdepartamento de sustancias ilícitas a Fiscalía local de San Antonio; Protocolo de Análisis Químico Código de Muestra N° 5246-2014-M1-1 del Instituto de Salud Pública efectuado por doña Paula Fuentes Azócar, Perito Químico del Subdepartamento de Sustancias Ilícitas, Sección de Análisis de Drogas, del Instituto de Salud Pública; Informe de efectos y peligrosidad para la salud pública de Cocaína suscrito por la perito Paula Fuentes Azócar; Certificado de depósito a plazo reajutable N° 00004526367 del Banco Estado de Chile, de 20 de marzo de 2014 por la suma de \$ 5.900; la prueba pericial consistente en la declaración de los profesionales Paula Fuentes Azócar y Boris Duffau Garrido; la evidencia material consistente en un teléfono celular marca Azumi color rojo con negro, 75 trozos de papel cuadriculado, un cuaderno marca Alquimia, una tijera marca stainless, color rojo, una bolsa de nylon

color blanca con rojo, dos cajetillas de cigarros vacías marca Pall Mall, una cajetilla vacía marca Hilton y un set de siete fotografías.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Cisternas, quien estuvo por desestimar el recurso de nulidad de que se trata, porque no ha obtenido convicción de que, en el caso de la especie, concurren circunstancias concretas que permitan establecer que, más allá del incumplimiento de determinadas e importantes formalidades –por clara desprolijidad de los encargados de satisfacerlas–, se haya cercenado en forma grave –esto es, trascendente– las posibilidades de la defensa, y con ello las exigencias de fondo del debido proceso, hasta el extremo de hacer nulo lo obrado en esta causa.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica y de la disidencia, su autor.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R.

Rol N° 31.242-2014.