Santiago, a veintitrés de agosto de dos mil dieciséis.

Vistos:

En esta causa Ruc N° 1500812544-6 y Rit N° 104-2016, el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de San Antonio, por sentencia de veintiuno de junio del año en curso, condenó a Verónica Del Carmen Rodríguez Silva a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesorias de suspensión para cargos y oficios públicos mientras dure la condena y al pago de una multa de 10 unidades tributarias mensuales, disponiendo la sustitución de la pena por la de libertad vigilada y efectuando los abonos pertinentes, y al adolescente Sebastián Antonio Altamirano Muñoz a sufrir la sanción de 60 horas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, ambos como autores del delito consumado de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas, cometido el día 25 de agosto de 2015.

Además decreta el comiso de las especies incautadas y exime a los sentenciados del pago de las costas.

Contra esa resolución, la defensa del acusado Altamirano Muñoz dedujo un recurso de nulidad que fue admitido a tramitación por resolución de veinte de julio del año en curso, fijándose luego la fecha de la audiencia para su conocimiento.

El día indicado se efectuó la vista del asunto, incorporándose el acta que da cuenta de su realización.

Considerando:

Primero: Que el recurso esgrime, en primer término, la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, fundado en que en la sustanciación de la causa se vulneró el principio del debido proceso y los derechos a la intimidad, a la inviolabilidad del hogar y a la libertad personal, contenidos en el artículo 19 N°s 3 inciso 5°, 4, 5 y 7 de la Carta Fundamental. Señala que la decisión del persecutor penal de designar un agente revelador

carece de fundamento, toda vez que se adoptó en atención a “antecedentes de diversos canales técnicos, fuentes abiertas, entidades vecinales”, que daban cuenta de la venta de drogas en calle Mar Caribe N°971, describiendo la casa y el sujeto. Luego de ello, el funcionario habría recibido dos monitos de pasta base de cocaína, con lo que se pidió la autorización de entrada y registro.

Agrega, sin embargo, que no hay constancia efectiva que haya operado el agente, ya que no se encontraron los billetes marcados a pesar que el presunto vendedor no interactuó con ninguna persona más; no hay agregada a la carpeta una fijación fotográfica a pesar del deber de registro que contemplan los artículos 181, 227 y 288 del Código Procesal Penal; los estupefacientes vendidos y los encontrados en el domicilio se podría tratar de drogas distintas de acuerdo con su peso y no existe acta de incautación de droga ni de prueba de campo hecha por el agente revelador sino un oficio remisor de los dos papelillos que no hacen referencia al parte policial; razones todas por las cuales concluye que no hay ningún dato objetivo sobre la actuación del policía. Así, entiende que el cometido del agente revelador no se llevó a cabo, y por eso la entrada y registro es nula, ya que se sustentó en antecedentes que no existen, lo que implica la infracción del derecho a defensa en su faz consistente en el derecho a guardar silencio y a no generar prueba de cargo, previstos en los artículos 93 y 94 del código citado, y del derecho a la intimidad e inviolabilidad del hogar.

Indica, adicionalmente, que el agente revelador fue designado por la policía, no por el fiscal quien sólo lo ratificó, lo que revela un incumplimiento del artículo 25 de la ley 20.000 y reclama que no está demostrada la necesidad de utilizar esa técnica puesto que no hay una previa investigación ni registro de la instrucción del ministerio público para concurrir a verificar la información de que daban cuenta las denuncias anónimas, antecedentes insuficientes para utilizar un agente estatal para provocar a un ciudadano a la comisión de un ilícito penal, circunstancia que se opone abiertamente a un estado democrático de

derecho y transgrede el artículo 36 del Código Procesal Penal, aplicable al órgano persecutor cuando actúa en roles de investigación producto de una analogía *in bonam partem*. Concluye señalando que la resolución que autoriza la designación de un agente revelador carece de todo fundamento, o al menos de motivo racional, lo que acarrea la nulidad de las actuaciones subsecuentes.

Da cuenta de la preparación del recurso en cuanto adhirió en la audiencia de preparación de juicio oral a la petición de exclusión de la prueba de cargo planteada por otra defensa y fundada en las razones ya referidas, solicitud que fue acogida, excluyéndose toda la evidencia, decisión que fue revocada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Además solicitó en sus alegatos de apertura y de clausura durante el juicio oral que la prueba del ente persecutor no fuera valorada.

Finaliza impetrando se invalide el juicio oral y la sentencia y se excluyan las pruebas consistentes en la testimonial de Saúl Reinun Contreras, Cristian Valerio Delgado, Juan Oroz Cáceres, Pablo Acevedo Peredo y Francisco Sepúlveda Muñoz; la documental que trata del Oficio remisor de droga incautada N°526 de 25 de agosto de 2015, dirigida al Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio, Acta de recepción N°1954 de 26 de agosto de 2015 del Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio, Oficio 664/15 de misma fecha del Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio al Instituto de Salud Pública remitiendo muestras de la sustancia incautada, Reservado 12390-2015 de 19 de octubre de 2015 y ampliación de 21 de marzo de 2016 del Jefe Subdepartamento sustancias ilícitas a la Fiscalía Local de San Antonio, protocolo de análisis químico código de muestra N°12390-2015-M1-2 y 12390-2015-M2-2 de 28 de septiembre de 2015 y su ampliación de 18 de marzo de 2016, efectuado por la perito químico Sonia Rojas Rondón con los informes de efectos y peligrosidad para la salud pública de las sustancias, Reservado N°352/16 de 08 de abril de 2016 del Director del Servicio Salud Valparaíso a la Fiscalía Local de San Antonio, Oficio remisor de droga incautada N°52 de 25

de agosto de 2015 dirigida al Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio, Acta de recepción N°1950 de 26 de agosto de 2015 del Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio, Oficio 661/15 de misma fecha del Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio al Instituto de Salud Pública remitiendo muestras de la sustancia incautada, Reservado 12383-2015 de 19 de octubre de 2015 del Jefe Subdepartamento sustancias ilícitas a la Fiscalía Local de San Antonio, protocolo de análisis químico código de muestra N°12383-2015-M1-1 de 28 de septiembre de 2015, efectuado por la perito químico Sonia Rojas Rondón con los informes de efectos y peligrosidad para la salud pública de la sustancia, Reservado N°2837/15 de 26 de octubre de 2015 del Director del Servicio Salud Valparaíso a la Fiscalía Local de San Antonio, correo electrónico conteniendo autorización de agente revelador, autorización judicial de entrada y registro a los inmuebles materia de la acusación; pericial consistente en los referidos protocolo de análisis; evidencia material que se refiere a un calcetín color celeste, un cuaderno marca Rhein, un dosificador artesanal, una tijera marca Torre, nueve trozos de papel cuadriculado blanco, todos con su respectiva cadena de custodia; y otros medios de prueba, que tratan de 11 fotos con imágenes del sitio del suceso, especies incautadas, droga decomisada, pesaje y prueba de campo, y un luego se disponga que sin la prueba viciada se verifique un nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado que corresponda.

Segundo: Que en la audiencia llevada a cabo para el conocimiento del asunto la recurrente se desistió de la prueba de audio ofrecida, y rindió la documental admitida por esta Corte, a saber: copia de correo electrónico remitido por el suboficial Pablo Acevedo Peredo al fiscal Sr. José Miguel Subiabre Tapia solicitando la designación de agente revelador y su respuesta y oficio remisor de droga incautada N°52 de 25 de agosto de 2015, dirigido al Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio.

Tercero: Que en lo referente a la garantía del debido proceso, se trata de un derecho sobre el cual existe actualmente coincidencia en que es el

resultado de una larga evolución histórica en el sistema del common law, que tendría sus orígenes en la Carta Magna Inglesa de 1215. Ella establecía la prohibición de que un hombre fuera privado de su libertad o de sus bienes, o perjudicado de cualquier forma sino en virtud del juicio legal de sus pares o de la Ley del Territorio (Debido Proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas, Julián López Masle, monografía contenida en la publicación Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Andrés Bordalí Salamanca (coordinador), Legal Publishing, año 2009, pág.182).

Incorporado en Chile tal derecho, mediante el texto de la Constitución de 1980, cabe resaltar que los comisionados entendieron el debido proceso como un principio que comprendía múltiples otras garantías judiciales y consideraron favorablemente la posibilidad de que su consagración cumpliera una función integradora de los derechos fundamentales. Siguiendo esa línea, se prefirió un concepto cuyas precisiones pudieran ir evolucionando de acuerdo con el tiempo y ser recogidas y precisadas por la jurisprudencia. Con el ingreso al ordenamiento jurídico nacional de la Convención Americana de Derechos Humanos (publicada en el Diario Oficial el 05 de enero de 1991) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (publicado con fecha 29 de abril de 1989), se reunió un extenso catálogo de garantías judiciales, que aparecen enunciadas, como tales, en dichas convenciones, descritas con precisión y especificidad. La reforma procesal penal, a propósito del derecho a un debido proceso, convirtió en función central de la judicatura asegurar el respeto de los derechos fundamentales a través de diversos sistemas de control, preventivos y correctivos, inmersos en distintas normas del Código Procesal Penal. En esta realidad normativa, resulta evidente que se impone a los jueces la utilización de los principios constitucionales como estándares frente a los cuales debe enfrentarse ya no sólo la legislación, sino también la conducta de los agentes de la persecución penal e, incluso, de los propios jueces. Según palabras del mismo autor, “Los principios constitucionales deben necesariamente

convertirse en fuentes generadoras de reglas para la persecución penal y, entre ellos, el principio del debido proceso es llamado a cumplir un rol protagónico.” (op. Cit, pág.197).

El mensaje del Código Procesal Penal sostiene que deben explicarse los principios básicos que rigen el enjuiciamiento criminal, especificando los contenidos de la Constitución Política y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en que el eje del procedimiento está constituido por la garantía del juicio previo. “Otro de los principios generales del sistema propuesto consiste en la aplicación directa de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos relevantes en cuanto a la regulación del procedimiento penal. Esta disposición obedece a la necesidad de reforzar la noción de que el procedimiento penal se organiza a partir del desarrollo de los principios generales del ordenamiento jurídico que regulan la relación entre el Estado y los ciudadanos y que se encuentran recogidos en esos cuerpos normativos. En este sentido, se trata de resaltar la importancia de estos principios por sobre los mecanismos procesales específicos consagrados en la ley. Los jueces deberán trabajar integrando las normas procedimentales con las de carácter constitucional e internacional, interpretando y aplicando las primeras de modo que den cumplimiento a las exigencias contenidas en las dos últimas.” (Historia de la Ley N° 19.696, mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece un nuevo código de procedimiento penal, Biblioteca del Congreso Nacional, págs. 18-19).

Acorde con ese contexto, es preciso señalar que esta Corte ha sostenido consistentemente, en torno al debido proceso, que se trata de un derecho asegurado por la Constitución Política de la República en el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y al efecto el artículo 19, N° 3°, inciso sexto, le confiere al legislador la misión de definir las condiciones de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal salvaguardia supone,

se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de resguardos que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura, a vía de ejemplo, que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan impugnar las resoluciones con las que no estén conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas (SCS N° 6902-2012, de 06 de noviembre de 2012, N° 2747-13 de 24 de junio de 2013, N° 6250-2014, de 07 de mayo de 2014, entre otras).

Cuarto: Que por otro lado, en lo concerniente al logro de evidencias, es necesario afirmar, como premisa básica, que la negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico, aspecto que conduce a excluir del proceso a todo acto que quebranta dicho sistema. En este sentido, Hernández Basualto afirma que *"el Estado está obligado de modo especial a velar por el irrestricto respeto de las garantías fundamentales y a evitar sin más los efectos ilegítimos de los atentados de que son objeto, (…) de no verificarse la exclusión de la prueba obtenida con inobservancia de tales garantías fundamentales el Estado estaría usando como fundamento de una eventual condena el resultado de una vulneración constitucional"*. (La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno, Héctor Hernández Basualto, colección de investigaciones jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, año 2005, N° 2, págs. 65-66).

Quinto: Que, en estas condiciones, sólo las evidencias conseguidas con observancia de las garantías constitucionales de los sujetos de la imputación penal puede servir, como prueba válida, a una decisión de condena. En esta línea, el legislador es quien ha establecido las reglas que salvaguardan el derecho a un debido proceso, incorporando, además, normas

que dan protección a los derechos de intimidad, inviolabilidad del hogar y libertad de los individuos.

Dentro de tales normas, resulta atingente en el caso concreto la disposición del artículo 25 de la Ley 20.000, que establece la figura del agente revelador, definido como el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga. Éste se encuentra exento de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deba 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. A propósito de las condiciones en que puede ser usada esta técnica de investigación, el mismo precepto establece que el Ministerio Público puede autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen en esa calidad.

Adicionalmente, es oportuno tener en cuenta lo prevenido en el artículo 30 de la ley del ramo, que faculta al ente persecutor -para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo-, para disponer, entre otros, que no consten en los registros de las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación.

Por otra parte, en la normativa general del Código Procesal Penal, se establece como regla general el deber de registro de las actuaciones de la investigación, como contrapartida del derecho del imputado de conocer su contenido, para así salvaguardar debidamente su derecho a defensa. Por tal razón, el artículo 181 de dicho cuerpo normativo prescribe, en lo que interesa a este asunto, que: *"(…) la investigación se llevará a cabo de modo de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo. Así, se hará constar el estado de las personas, cosas o lugares, se identificará a los testigos del hecho*

investigado y se consignarán sus declaraciones. Del mismo modo, si el hecho hubiere dejado huellas, rastros o señales, se tomará nota de ellos y se los especificará detalladamente, se dejará constancia de la descripción del lugar en que aquél se hubiere cometido, del estado de los objetos que en él se encontraren y de todo otro dato pertinente."

A su turno, el artículo 227 precisa el deber de registro de las actividades investigativas del ministerio público, en cuanto debe dejar constancia de las actuaciones que realizare, tan pronto tuvieren lugar, utilizando al efecto cualquier medio que permitiere garantizar la fidelidad e integridad de la información, así como el acceso a la misma de aquellos que de acuerdo a la ley tuvieren derecho a exigirlo, disponiendo que la constancia de cada actuación deberá consignar a lo menos la indicación de la fecha, hora y lugar de realización, de los funcionarios y demás personas que hubieren intervenido y una breve relación de sus resultados.

Del análisis conjunto de las normas legales aplicables a este asunto puede inferirse, entonces, que la regla general en materia de investigación es el registro de las actuaciones que se realizan por el Ministerio Público, por distintos medios, sin perjuicio de las reglas especiales en materia de delitos castigados por la ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en cuyo caso se otorgan algunas facultades al ente persecutor para mantener reserva de ciertos antecedentes.

Sexto: Que, en ese contexto, cabe analizar, en primer término, si la determinación de usar la técnica de agente revelador cumplió con las reglas legales sobre su otorgamiento, para lo cual cabe recordar que en el caso concreto, el fiscal autorizó el uso de la referida técnica, sobre la base del relato de la policía respecto de denuncias anónimas obtenidas por distintas fuentes, dando características del lugar y sujeto que se dedicarían a la venta de drogas.

Tal como se puede advertir al examinar la normativa que regula esta materia, la decisión de utilizar este medio de indagación no contiene las

exigencias que el recurso reclama. En efecto, no se trata de una resolución judicial, y por ello no le es aplicable la regla del artículo 36 del Código Procesal Penal, que ordena fundamentar sus decretos a la judicatura. Por el contrario, se trata de una diligencia de investigación ordenada por el ente persecutor en el ejercicio de la acción penal, y por ello no es pertinente discutir, al menos por esta vía, la entidad o suficiencia de los elementos tenidos a la vista para disponer tal medida, como tampoco lo es la falta de las precisas menciones cuestionadas por el recurrente, por una parte, porque el artículo 25 de la ley 20.000 no exige la concurrencia de determinadas circunstancias para designar un agente revelador, y por la otra, porque la misma ley lo faculta a omitir cierta información de los individuos que ejecutan estas técnicas, tanto para su protección como para asegurar el éxito de la indagatoria. Así las cosas, la designación de agente revelador por parte del Ministerio Público se realizó con apego a la ley, por lo que dicha actuación no ha transgredido el derecho al debido proceso del acusado.

En este punto es necesario señalar, además, que no es atendible la duda planteada por la defensa en torno a la inefectividad del cometido del agente revelador, por cuanto la sentencia recurrida, en su fundamento décimo, estableció como un hecho del proceso que tal diligencia fue efectuada, acudiendo para ello a los dichos de los testigos Sres. Saúl Reinun Contreras y Pablo Acevedo Peredo, quienes entregan los detalles de esa actuación, relatos que fueron calificados como fluidos y espontáneos, además de concisos y coherentes con el correo electrónico que da cuenta de la autorización de la técnica de agente revelador. Se hacen cargo, además, los sentenciadores, del hecho que no se hubieran hallado los billetes utilizados por el funcionario policial, haciendo hincapié en que la actuación del agente revelador se verificó a las 18:10 horas y el ingreso al domicilio fue a las 22:50 horas, esto es, habiendo transcurrido más de cuatro horas, resultando del todo factible que éste se haya entregado para su circulación en cualquier tipo de transacción.

Finalmente, el fallo niega valor al hecho que en el oficio remisor de droga incautada no se indique el número del parte policial del procedimiento, debido a que se trata de una práctica habitual, ya que este último se confecciona al concluir el procedimiento y la remisión de la droga obtenida por el agente revelador se realiza con anterioridad, de modo que se consigna, al confeccionar el parte policial, el número del oficio remisor, todo ello según explica el testigo Reinun. Cabe tener en cuenta, además, que la ausencia de una fijación fotográfica de las actuaciones llevadas a cabo a resultas de la utilización de un agente revelador no es una circunstancia que permita generar una duda seria respecto de la efectividad de su cometido, enfrentada a los antecedentes que demuestran su ejecución. Y en cuanto a la hipótesis de tratarse de distintas drogas por el pesaje de los papelillos, basta con indicar que se trata de una mera especulación que no fue debidamente demostrada en la audiencia llevada a cabo para el conocimiento del asunto, ni explicada su injerencia para establecer la eventual ausencia de la técnica investigativa en análisis.

De esta manera, tal como se adelantó, no se hará lugar a las impugnaciones de la defensa en el sentido de no haberse realizado la diligencia de agente revelador.

Séptimo: Que, en estas condiciones, es posible concluir que en el procedimiento llevado a cabo para descubrir el delito de tráfico ilícito de estupefacientes de autos el fiscal competente dispuso la utilización de la técnica del agente revelador dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 25 de la ley 20.000, diligencia que fue efectivamente llevada a cabo. En consecuencia, la entrada y registro dispuestas por el tribunal de garantía emanan de actuaciones realizadas con apego a la ley, y por lo mismo toda la evidencia obtenida en el domicilio del encartado es lícita y puede servir de base a la decisión de condena. De esta forma, las garantías constitucionales invocadas por el recurso, a saber, los derechos al debido proceso, a la

intimidad, inviolabilidad del hogar y libertad del acusado, no han sido transgredidas, motivo por el cual el recurso de nulidad será desechado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 letra a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se declara que se **rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del adolescente Sebastián Antonio Altamirano Muñoz contra la sentencia de veintiuno de junio del año en curso, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de San Antonio, como del juicio oral que le antecedió en la causa Ruc N° 1500812544-6 y Rit N° 104-2016 los que, en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller.

Rol Nº 41.055-16.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., y el Ministro Suplente Sr. Julio Miranda L.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintitrés de agosto de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.