

6. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

TRÁFICO DE DROGAS

I. LABOR DE AGENTE REVELADOR PUEDE SER EJECUTADA POR ALGUIEN EXTRAÑO A LAS POLICÍAS. PROCEDENCIA QUE LA ELECCIÓN DEL INFORMANTE QUE ACTUARÁ COMO AGENTE REVELADOR SEA EFECTUADA POR LA POLICÍA. II. VOTO DISIDENTE: PROPOSICIÓN DE UN INFORMANTE DETERMINADO PARA EJECUTAR LA LABOR DE AGENTE REVELADOR CORRESPONDE A LA POLICÍA, PERO LA ELECCIÓN CORRESPONDE AL MINISTERIO PÚBLICO.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Defensa de condenado recurre de nulidad, la Corte Suprema rechaza, con voto de disidencia, el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazando)*

ROL: *87813-2016, de 22 de diciembre de 2016*

PARTES: *“Ministerio Público con Arnoldo Durán Mendoza”*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R. y Sr. Jorge Dahm O.*

DOCTRINA

- En el presente recurso de nulidad sólo se objeta que el informante que en particular actuó como agente revelador no fue nombrado por el propio Fiscal sino por la policía, lo que se opondría a lo prescrito en el artículo 25 inciso 1° de la Ley de Drogas –N° 20.000–. Si bien la interpretación que propone el arbitrio parece, en una primera aproximación, acorde al texto de la norma en comento, al aludir ésta a que la propuesta de los policías es “para que determinados informantes de esos servicios actúen” como agentes encubiertos o reveladores, tal lectura, sin embargo, resulta equivocada si se tienen en cuenta al desarrollar tal labor exegética más elementos que su mero y equívoco tenor literal. Del examen del artículo 25 inciso 1° se desprende que, como regla general, la función de agente encubierto o agente revelador será desempeñada por un funcionario policial y no por un tercero ajeno a los organismos policiales, como lo confirman*

los incisos 2° y 4° del mismo artículo, los que al definir esos agentes aluden sólo al “funcionario policial”. Sin embargo, la misma disposición permite que dicha labor sea ejecutada por alguien extraño a las policías, en particular, por un “informante” de dichos organismos, modalidad que sí debe ser propuesta por los policías al Ministerio Público. Es decir, en principio la diligencia de agente encubierto o agente revelador que autoriza el Ministerio Público se ejecuta por los policías, a menos que éstos le propongan que sea efectuada por un informante. Ahora bien, en la especie, la defensa y recurrente de nulidad no ha controvertido ni desconocido que las policías hayan indicado al Fiscal a cargo que la diligencia se llevaría a cabo por un informante, es más, en el fallo recurrido se establece que “no fue motivo de discusión el que se autorizó a la policía por parte del Ministerio la actuación de un agente revelador o informante”, hechos asentados y no cuestionados por la impugnante. De esa manera, al aludir el artículo 25 inciso 1° a una propuesta de las policías al Ministerio Público, se refiere a la proposición para que la diligencia de agente revelador o agente encubierto sea desarrollada por un informante y no por un miembro de la policía, y no a la propuesta de una persona determinada para cumplir tal labor (considerandos 7° y 8° de la sentencia de la Corte Suprema). No se advierte por qué la interpretación realizada en la sentencia y que en el presente recurso de nulidad se ataca importaría falta de justicia y racionalidad en la investigación y, por ende, una infracción a la garantía de un justo y racional procedimiento. Al contrario, si el informante es un colaborador de las policías, serán los miembros de éstas los que poseerán el conocimiento para discernir si aquél podrá contribuir a la investigación de manera útil, ya sea por aparecer mencionado en otras investigaciones, por haber colaborado exitosamente en otras oportunidades o de otra forma. Además, tan relevante como lo anterior serán los policías los que habrán logrado establecer el vínculo de confianza con el particular para que ésta asuma los elevados riesgos que conlleva tal colaboración, como la de introducirse en organizaciones delictuales dedicadas al tráfico de drogas, de ahí que parezca razonable el que la elección del informante que actuará como agente revelador o agente encubierto venga de las propias policías (considerando 12° de la sentencia de la Corte Suprema)

- II. (Voto disidente) La observancia de las formalidades previstas por el legislador se hace más urgente en los casos cuando la labor de agente encubierto o revelador es ejercida por alguien foráneo a las instituciones policiales y que, en este tipo de materias, generalmente tendrá vínculos o conexiones con quienes, individual u organizadamente, realicen las actividades delictivas que se busca pesquisar, pues el riesgo que estas herramientas de investigación se mal utilicen para encubrir ilícitos y eximir de responsabilidad a sus autores, hace menester una mayor injerencia y control por parte del Ministerio Público, a diferencia de los casos en que ellas son ejecutadas por los propios agentes estatales. De ahí que el artículo 25 inciso 1° de la ley N° 20.000 requiera que las policías propongan

a un informante determinado para desempeñarse como agente encubierto o revelador y no admita, en esta situación, que sea la misma jerarquía de las instituciones policiales los que hagan tal nombramiento (considerando 2° de la disidencia de la sentencia de la Corte Suprema)

Cita online: CI/JUR/8482/2016

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículo 25 de la ley N° 20.000.*

CORTE SUPREMA:

Santiago, veintidós de diciembre de dos mil dieciséis.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción condenó en procedimiento ordinario, por sentencia de veintiséis de octubre de dos mil dieciséis, a Arnoldo Hipólito Durán Mendoza a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, por su participación en calidad de autor del delito de tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, previsto y sancionado en los artículos 1° y 3° de la ley N° 20.000, perpetrado el 27 de mayo de 2014, en la comuna de Talcahuano.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el cinco de los corrientes, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos.

Y considerando:

Primero: Que el recurso de nulidad se asienta en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, por infracción a la garantía constitucional del derecho a un debido proceso, en

relación a los artículos 6°, 7°, 19 N° 3 y 83 de la Constitución Política de la República, 1° y 4° de la ley N° 19.640, 25 de la ley N° 20.000, y 77, 79, 80, 81, 84, 97, 166 y 227 del Código Procesal Penal.

Explica que la prueba obtenida por los funcionarios policiales deriva de la designación de un informante como agente revelador por los mismos policías y no por el Ministerio Público como lo requiere el artículo 25 de la ley N° 20.000.

Apunta que en el Mensaje con que se dio inicio a la tramitación de lo que luego sería el texto promulgado de la ley N° 20.000, al definir al agente encubierto y al agente revelador, se señalaba que se trata del “funcionario policial que debidamente autorizado por sus superiores” realiza las actividades que luego describe, eliminándose durante la tramitación del proyecto la referencia a la autorización del policía por sus superiores, por lo que es el Ministerio Público quien debe aprobar que los funcionarios policiales se desempeñen como agentes reveladores o encubiertos y, a propuesta de dichos funcionarios, qué informantes de estos servicios actúen en alguna de las dos calidades.

Agrega que el contenido del Oficio 61-2009 de 30 de enero de 2009 del Fiscal Nacional, que corresponde a la

Instrucción General que imparte criterios de actuación para delitos de la ley N° 20.000, avala que la designación a la que alude el artículo 25 de la ley N° 20.000 debe ser precisa y nominativa.

Finalmente arguye que lo expuesto es concordante con el mandato constitucional que otorga la dirección exclusiva de la investigación al Ministerio Público de los hechos que revisten caracteres de delito. En el caso de nombramiento de informante como agente revelador, no hay dos actos separados e independientes, la autorización y el nombramiento, sino que toda la técnica es de cargo del Ministerio Público, de lo contrario el fiscal pierde el control de la investigación y lo deja simplemente a la policía.

Así las cosas, concluye, el informante con facultad de agente revelador, designado por el jefe de la unidad de la BICRIM de la Policía de Investigaciones de Talcahuano, ejecutó una compra de estupefacientes al margen de la ley, porque la autorización para actuar en calidad de agente revelador de esa persona, no fue realizada por el Ministerio Público que es el organismo mandado constitucional y legalmente para llevar el control de las investigaciones de hechos que revisten características de delito. Dada la ilegalidad de la autorización de utilización de la técnica, la posterior orden judicial de ingreso y registro y 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 del acusado Durán Mendoza 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.

Pide la recurrente que se anule el juicio y la sentencia impugnada, se determine el estado en que deba quedar el procedimiento y se ordene la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para efectos de que se disponga la realización de una nueva audiencia de juicio oral, excluyendo la prueba del Ministerio Público obtenida con infracción de Garantías Fundamentales.

Segundo: Que de conformidad a lo que dispone el artículo 359 del Código Procesal Penal, la recurrente rindió prueba para efectos de acreditar las circunstancias constitutivas de la causal principal, consistente en la reproducción de secciones del registro de audio del juicio que contienen las declaraciones del policía Néctor Díaz Gutiérrez sobre la forma en que se gestó y desarrolló el procedimiento policial en que se llevó a cabo la detención del encartado Durán Mendoza.

Tercero: Que la sentencia impugnada, en su considerando noveno, tuvo por acreditados los siguientes hechos: “El día 27 de mayo de 2014, en el domicilio ubicado en calle Bahía San Vicente, Block N° 1581, depto. 306, Centinela I, Talcahuano, el acusado Arnoldo Hipólito Durán Mendoza mantenía bajo su guarda, en el cajón de una cómoda ubicada en un dormitorio del segundo piso

del inmueble, tres bolsas de nylon contenedoras de una sustancia que resultó ser *cannabis sativa*, las cuales arrojaron un peso bruto de 111.61 gramos, más un envoltorio tipo paquete confeccionado con papel café, contenedor de *cannabis sativa*, el cual arrojó un peso bruto de 594,78 gramos y, encima del mismo mueble, una juguera con su respectivo jarro, impregnados con *cannabis sativa*; más una bolsa color negro, que quedó en un techo cercano cuando el acusado Durán Mendoza la arrojó por la ventana, en cuyo interior habían 41 envoltorios de papel contenedores de *cannabis sativa*, los cuales arrojaron un peso bruto de 75,57 gramos, lo que da un total de 731,94 gramos netos de *cannabis sativa*; y, en otra de las dependencias destinadas a dormitorio el mismo imputado mantenía también bajo su posesión y guarda, un plato de loza color blanco, con cocaína base a granel, la cual arrojó un peso bruto de 13,6 gramos”.

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como delito de tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, previsto y sancionado en los artículos 1° y 3° de la ley N° 20.000.

Cuarto: Que en lo relativo a las circunstancias que fundan la causal de nulidad principal del arbitrio, el fallo señaló en su motivo octavo lo siguiente: “Que en el presente caso no fue motivo de discusión el que se autorizó a la policía por parte del Ministerio la actuación de un agente revelador o informante y que la designación recayó en un informante que fue designado por el jefe de unidad de la Policía de Investigaciones

de Talcahuano, en cumplimiento al protocolo institucional respectivo. En cambio, lo que ha sido cuestionado por parte de la defensa de ambos imputados, es la circunstancia de no haber designado expresamente el Fiscal respectivo a la persona que actuó como agente revelador.

Que al respecto debe señalarse que el artículo 25 de la ley N° 20.000, en su inciso 1°, señala que ‘El Ministerio Público podrá autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores y, a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de esos servicios actúen en alguna de las dos calidades anteriores’.

Como puede apreciarse la norma en comento no exige una designación nominativa del informante, sino que la autorización para que el mismo actúe en un determinado procedimiento, lo que en este caso se cumplió, tal como lo afirmaron los funcionarios policiales que depusieron en el juicio, al señalar que en la orden de investigar respectiva, el señor Fiscal autorizó el uso de la figura en cuestión, de lo cual quedó registro escrito en correos electrónicos enviados por dicha autoridad.

Que de esta forma el tribunal desecha el argumento de la defensa basado en la historia de la ley, pues si bien es cierto que la actual redacción de la norma no alude a que los policías sean autorizados por sus superiores jerárquicos, ello no significa que quede prohibido que sea el Fiscal quien autorice utilizar la designación de un agente revelador y que sea la policía quien lo haga.

Que en suma, corresponde dejar asentado que el procedimiento policial se ajustó a las normas legales que lo regulan”.

Quinto: Que, a fin de acotar el asunto que debe ser dirimido por esta Corte, conviene consignar que no resulta discutido por las partes que quien actuó en el caso de marras como agente revelador no fue un funcionario de alguna institución policial, sino un tercero ajeno a ellas, y que al autorizar la diligencia de agente revelador, el Ministerio Público no designó a nadie en particular para ese efecto, ni tampoco aprobó alguna propuesta de una persona en particular realizada por las policías, sino que fue un funcionario del mismo organismo policial quien definió a ese tercero que se desempeñó como agente revelador.

Sexto: Que el artículo 25 de la ley N° 20.000 dispone que “El Ministerio Público podrá autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores y, a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de esos Servicios actúen en alguna de las dos calidades anteriores.

Agente encubierto es el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación.

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 sico-trópicas, 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”.

Séptimo: Que en el arbitrio sólo se objeta el que el informante que en particular actuó como agente revelador no fue nombrado por el propio Fiscal sino por la policía, lo que se opondría a lo prescrito en el inciso 1° del artículo 25 de la ley N° 20.000.

Si bien la interpretación que propone el arbitrio parece, en una primera aproximación, acorde al texto de la

norma en comento, al aludir ésta a que la propuesta de los policías es “para que determinados informantes de esos servicios actúen” como agentes encubiertos o reveladores, tal lectura, sin embargo, resulta equivocada si se tienen en cuenta al desarrollar tal labor exegética más elementos que su mero y equívoco tenor literal.

Octavo: Que en primer término, del inciso primero del precepto del artículo 25 antes transcrito, se desprende que, como regla general, la función de agente encubierto o agente revelador será desempeñada por un funcionario policial y no por un tercero ajeno a los organismos policiales, como lo confirman los incisos segundo y cuarto del mismo artículo, los que al definir esos agentes aluden sólo al “funcionario policial”. Sin embargo, la misma disposición permite que dicha labor sea ejecutada por alguien extraño a las policías, en particular, por un “informante” de dichos organismos, modalidad que sí debe ser propuesta por los policías al Ministerio Público. Es decir, en principio la diligencia de agente encubierto o agente revelador que autoriza el Ministerio Público se ejecuta por los policías, a menos que éstos le propongan que sea efectuada por un informante.

Ahora bien, en la especie, la recurrente no ha controvertido ni desconocido que las policías hayan indicado al Fiscal a cargo que la diligencia se llevaría a cabo por un informante, es más, en el considerando octavo del fallo se establece que “no fue motivo de discusión el que se autorizó a la policía por parte del Ministerio la actuación de un agente

revelador o informante”, hechos asentados y, como se dijo, no cuestionados por la impugnante.

De esa manera, al aludir el inciso primero del citado artículo 25 a una propuesta de las policías al Ministerio Público, se refiere a la proposición para que la diligencia de agente revelador o agente encubierto sea desarrollada por un informante y no por un miembro de la policía, y no a la propuesta de una persona determinada para cumplir tal labor.

Noveno: Que, engarzado a lo anterior, la expresión “determinados informantes” que contiene el inciso 1º del artículo 25 conlleva que ellos deben ser conocidos o estar individualizados como tales al llevarse a cabo la diligencia, con lo que se busca evitar que las policías puedan invocar información obtenida por agentes reveladores o encubiertos anónimos, o derechamente inexistentes, cuya identidad sea ignorada para el Ministerio Público y, por cierto, por el Tribunal y los demás intervinientes en el juicio –sin perjuicio de las medidas de protección que puede adoptar la Fiscalía contempladas en los artículos 30 y siguiente de la ley N° 20.000–, dejando un flanco abierto para la arbitrariedad de las policías por medio de simular la recepción de información por parte de dichos colaboradores desconocidos como fundamento para obtener luego órdenes de entrada y registro, incautación, etc. En el caso *sub lite*, no se ha alegado la inexistencia del informante, o que, habiéndose solicitado, no haya podido accederse a su identidad, de manera que se trata de un “informante determinado”, sin perjuicio que su

identidad, como era de esperar, se haya mantenido en reserva como medida de protección a través del uso de un código al aludir al mismo en la documentación oficial.

Décimo: Que viene a confirmar la interpretación de la sentencia recurrida, esto es, que la ley no demanda para la validez de la diligencia de agente encubierto o revelador que el informante que se desempeña como tal sea designado por el Ministerio Público, pudiendo efectuarse ello por la misma policía a la cual presta colaboración, el texto del inciso 5° del artículo 25 que se viene comentando, al señalar que “Informante es quien ... sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos [policiales], participa en los términos señalados en alguno de los incisos anteriores [como agente revelador o agente encubierto]”. Este inciso, que viene a precisar y clarificar los conceptos mencionados en el inciso primero, no establece que para el desempeño como agente encubierto o agente revelador el informante deba ser autorizado nominativamente por el Ministerio Público, sino sólo precisa que cumpla tal rol “con conocimiento” de los organismos policiales, sin perjuicio que como dispone el inciso primero, tal diligencia previamente debe estar aprobada por el Fiscal a cargo, y en particular, aceptando la propuesta para que ella no sea llevada a cabo por un funcionario policial sino precisamente por un informante.

Undécimo: Que, en otro orden, y a diferencia de lo postulado en el arbitrio, el estudio de la historia fidedigna del

establecimiento de la ley N° 20.000 es concordante con lo que se viene razonando.

En efecto, en el Mensaje N° 232-341 de 2 de diciembre de 1999 con el que se inicia la tramitación de la ley que finalmente sustituye a la ley N° 19.366, al definirse tanto al agente encubierto como al agente revelador, se expresa que ambos corresponden al “funcionario policial debidamente autorizado por sus superiores” que realiza las actividades que luego describe.

Pues bien, la supresión durante la tramitación del proyecto de la expresión “debidamente autorizado por sus superiores” tuvo por único objeto aclarar que tal permiso debe ser otorgado por el Ministerio Público y no por las policías, lo que se conforma con que aquel ente tiene la exclusividad en la dirección de la investigación, pero sin con que con ello se buscara también que la nominación del funcionario que llevará adelante la diligencia sea efectuada por el Ministerio Público. Es así como la indicación del Ejecutivo para eliminar la exigencia de anuencia del superior jerárquico policial se fundó en que, en el nuevo sistema procesal penal, la única autoridad a la que le corresponde autorizar a este tipo de agentes es al Ministerio Público, ya que “a la policía sólo le cabe designar al funcionario que desempeñará dicha función” (Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado).

Duodécimo: Que, asimismo, no se advierte por qué la interpretación realizada en la sentencia y que en el arbitrio se ataca, importaría falta de justicia y

racionalidad en la investigación y, por ende, una infracción a la garantía de un justo y racional procedimiento.

Al contrario, si el informante es un colaborador de las policías, serán los miembros de éstas los que poseerán el conocimiento para discernir si aquél podrá contribuir a la investigación de manera útil, ya sea por aparecer mencionado en otras investigaciones, por haber colaborado exitosamente en otras oportunidades o de otra forma. Además, y tan relevante como lo anterior, serán las policías los que habrán logrado establecer el vínculo de confianza con el particular para que ésta asuma los elevados riesgos que conlleva tal colaboración, como la de introducirse en organizaciones delictuales dedicadas al tráfico de drogas, de ahí que parezca razonable el que la elección del informante que actuará como agente revelador o agente encubierto venga de las propias policías.

De ese modo, difícilmente podría estar el Ministerio Público en mejor posición para definir qué informante actuará como agente encubierto o agente revelador y quién podría contribuir de mejor forma al éxito de la diligencia. Por tanto, de exigirse como regla general que sea dicho organismo y no las policías quienes definan al informante que participará en la pesquisa, sólo importaría crear un trámite innecesario y que únicamente aminora la eficiencia y eficacia de la diligencia.

Decimotercero: Que, lo anterior, no obsta que, en casos particulares, el Ministerio Público dada la dirección de la investigación que ostenta, pueda instruir que la designación sea some-

tida a su consulta o aprobación previa –cuestión que no habría ocurrido en la especie–, lo que además demuestra que lo aquí planteado no desconoce la normativa constitucional que pone exclusivamente sobre la Fiscalía la dirección de las pesquisas.

Decimocuarto: Que, por último, lo reflexionado en esta sentencia no importar aceptar un margen de discrecionalidad no sujeta a control de parte de las policías en la etapa de investigación, dado que el informante, como lo exige el inciso 1º del artículo 25, debe ser “determinado”, esto es, debe ser una persona cuya individualización debe ser conocida –sin perjuicio que se adopten medidas de resguardo indispensables como su denominación mediante un código en los documentos en que se aluda al mismo–, de manera que el Ministerio Público pueda ponderar el valor de la información aportada por éste en sus actuaciones como agente revelador o encubierto a la luz de los antecedentes que pueda tener del mismo –imputación de delitos anteriores o colaboración exitosa en otras causas, etc.– y, por otra parte, con ello resguardando que no se dé un uso inapropiado o ilícito a esta diligencia por parte de las policías.

Decimoquinto: Que, atendido todo lo que se ha discurrido y al no comprobarse la infracción a las normas legales ni a las garantías constitucionales denunciadas en el recurso, el mismo deberá ser desestimado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 letra a), 377 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por

la Defensoría Penal Pública a favor de Arnoldo Hipólito Durán Mendoza y, en consecuencia, la sentencia de veintiséis de octubre de dos mil dieciséis y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC N° 1400517210-2 y RIT N° 606-2016 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, no son nulos.

Acordado con el voto en contra del Ministro Sr. Brito, quien estuvo por acoger el recurso deducido y ordenar la celebración de un nuevo juicio oral por tribunal no inhabilitado, excluyendo de la prueba cargo del auto de apertura, toda aquella obtenida como consecuencia de la actuación del agente revelador en esta causa, por las siguientes razones:

1°) Que, dado que los actos ejecutados por el agente revelador pueden llegar a constituir participación en un ilícito sancionado en la misma ley, el inciso final del mismo artículo 25 declara exentos de responsabilidad criminal al agente revelador “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”.

En efecto, la actuación del policía de adquirir, poseer, transportar, guardar o portar la droga, realizada “fuera” del contexto de una investigación dirigida por el Ministerio Público dentro de la cual éste ha autorizado su desempeño como agente revelador, importa una conducta sancionada por la misma ley N° 20.000 en alguna de sus distintas figuras típicas, e incluso esa misma actuación ejecutada “dentro” del marco

de una investigación “doctrinariamente se ha entendido que se ajusta a una forma de instigación delictiva” (SSCS rol N° 2958-12 de 6 de junio de 2012, rol N° 31242-14 de 29 de enero de 2015 y rol N° 26838-15 de 12 de enero de 2016). De ahí entonces la trascendencia de cumplir con las formalidades dispuestas en la ley para resguardar y demostrar la licitud de la actuación de los funcionarios policiales actuantes como agentes reveladores, así como de la prueba obtenida por ellos (SCS rol N° 21427-16 de dos de junio de dos mil dieciséis).

2°) Que la observancia de las formalidades previstas por el legislador se hace más urgente en los casos que se vienen comentando cuando la labor de agente encubierto o revelador es ejercida por alguien foráneo a las instituciones policiales y que, en este tipo de materias, generalmente tendrá vínculos o conexiones con quienes, individual u organizadamente, realicen las actividades delictivas que se busca pesquisar, pues el riesgo que estas herramientas de investigación se mal utilicen para encubrir ilícitos y eximir de responsabilidad a sus autores, hace menester una mayor injerencia y control por parte del Ministerio Público, a diferencia de los casos en que ellas son ejecutadas por los propios agentes estatales. De ahí que el inciso primero del artículo 25 de la ley N° 20.000 requiera que las policías propongan a un informante determinado para desempeñarse como agente encubierto o revelador y no admita, en esta situación, que sea la misma jerarquía de

las instituciones policiales los que hagan tal nombramiento.

3º) Que, a mayor abundamiento, el Ministerio Público ha regulado de manera pormenorizada la materia a través del oficio FN 061/2009, mediante el cual imparte una instrucción general respecto de criterios de actuación en delitos de la ley N° 20.000, el que en su apartado 4.3. trata la actuación de los agentes encubiertos y reveladores, expresando que: “De la designación de un agente encubierto o revelador debe dejarse constancia en la carpeta investigativa y entregar una copia a los policías que quedan a cargo de la misma./ La constancia deberá, al menos, contener los datos que permitan la individualización del agente encubierto o revelador, su nombre ficticio o clave con la cual se lo denomina, RUC del caso, policía a la cual pertenece, plazo de duración de la designación al cabo del cual caduca”. La sección 4.4., al regular la actuación de los Informantes, señala: “De la designación de un informante encubierto o revelador debe dejarse constancia en la carpeta investigativa y entregar una copia a los policías que quedan a cargo del control directo del mismo. Previo a su nombramiento, el fiscal deberá solicitar a la policía respectiva un informe que indique si posee órdenes de detención y/o prohibición de salir del país, si está sujeto a alguna medida cautelar personal, o si tiene un cumplimiento de pena pendiente./ La constancia deberá, al menos, contener los datos que permitan la individualización del informante, su nombre ficticio o clave con la cual se lo denomina, RUC del caso, nombre de los

funcionarios encargados de su control o vigilancia, plazo de duración de la designación al cabo del cual caduca”.

Lo transcrito deja de manifiesto la relevancia que otorga el propio ente persecutor a su obligación de designar a quien se desempeñará como agente encubierto o revelador, relevancia que como ya se ha dicho, se agudiza en el caso que tal función sea ejecutada por un particular.

4º) Que de este modo, cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los antecedentes derivados de la actuación que este disidente estima ilícita, se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos, por cuanto dicha exigencia supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, lo que en este caso quedó de manifiesto que no ocurrió, infracción que sólo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, debe retrotraerse la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Pronunciado por la Segunda Sala, Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas
integrada por los Ministros Sres. Mil- R. y Jorge Dahm O.
ton Juica A., Carlos Künsemüller L., Rol N° 87813-2016.

DISCUSIONES SOBRE EL ALCANCE E INTERPRETACIÓN DEL ART. 25 DE LA LEY
N° 20.000, RESPECTO A LA AUTORIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO QUE DA AL
INFORMANTE PARTICULAR PARA ACTUAR COMO AGENTE PROVOCADOR

MARÍA CAROLINA PEÑA Y LILLO TOLOSA
Universidad de Chile

Lo crucial en el caso de marras está dado por las clásicas tensiones existentes entre la eficacia del proceso penal y el respeto irrestricto de las garantías constitucionales. En este sentido, la sentencia rol N° 87813-2016, de fecha 22 de diciembre de 2016, emanada de la Excelentísima Corte Suprema, pone en el tapete la problemática de cuán restrictiva o extensiva puede ser la interpretación que se le otorga al art. 25 de la ley N° 20.000, en el marco de la autorización que otorga el Ministerio Público respecto de la actuación de un informante particular que opera como agente provocador.

En este sentido, si aplicamos una interpretación restrictiva del art. 25 de la ley N° 20.000, tal como lo presenta la defensa del condenado, el particular que actuó como agente revelador no fue nombrado por el propio fiscal sino que por la policía, cuestión que se opondría al art. 25 inciso 1° de la ley N° 20.000, conllevando una vulneración al debido proceso, y en específico, las normas contenidas en los arts. 6°, 7° y 83 de la Constitución Política del Estado. En efecto, lo anterior está avalado por el oficio N° 61-2009 emanado del Fiscal Nacional, que corresponde a la Instrucción General que imparte criterios de actuación para los delitos de la ley N° 20.000, el cual establece que la designación a la que alude el art. 25 de dicha ley debe ser precisa y nominativa y, por lo tanto, el informante particular con facultades de agente revelador ejecutó una pseudocompra minorista de sustancias estupefacientes al condenado, que se encontraría al margen de la ley. Así, tanto la autorización de la diligencia como el nombramiento preciso del informante deberían estar a cargo del Ministerio Público, en observancia de las formalidades irrestrictas que ha fijado el legislador, cuestión que también es seguida por el voto de minoría del fallo en comento.

En el mismo sentido, la sentencia rol N° 2958-2012, ante la Excelentísima Corte Suprema, también ha seguido este lineamiento, acogiendo el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, estimando en su considerando séptimo que “*en este procedimiento no está demostrada la existencia de la autorización previa del Sr. Fiscal*

para que los funcionarios de Carabineros de la sección OS-7 de Puerto Montt hicieran uso de la técnica del agente revelador, (...) lo que era absolutamente indispensable no sólo porque lo exige la norma del artículo 25 de la ley N° 20.000, sino porque se trata de una técnica de investigación tan violenta que ha sido preciso disponer una exención de responsabilidad para quien la usa (...)”, concluyendo en su considerando décimo 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 del funcionario por muy fiable que aquélla sea, cuando se ha procedido en casos urgentes que han aconsejado dar la orden en forma verbal*”.

No obstante, el fallo comentado no acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, estimando que la actuación del informante que opera como agente revelador se encontraría conforme a la ley N° 20.000. Aun así, es importante destacar, que a pesar de que el recurso fue rechazado, en ningún momento se dejan de lado las garantías y derechos del imputado, porque a diferencia de la sentencia citada en el párrafo precedente, en este caso, no fue controvertido el hecho de que el Ministerio Público autorizara a un agente revelador o informante, ni menos se ha alegado la inexistencia del informante, o que, habiéndose solicitado, no haya podido accederse a su identidad, de manera que cumple con los requisitos del art. 25, por tratarse de un “informante determinado”. Así, la Corte interpreta dicha disposición aludiendo a que el rol del informante sea con conocimiento de los organismos policiales, pero sin necesidad de un nombramiento nominativo por parte del fiscal a cargo de la investigación.

En conformidad a lo señalado precedentemente, concuerdo con los lineamientos de la Corte, y sólo bastaría una autorización de carácter general por parte del Ministerio Público para que un informante actúe como agente revelador, ya que son las policías quienes logran el vínculo de confianza con el particular que tiene la calidad de informante; y además, dicha resolución por parte de las policías agiliza el proceso, otorgándole eficiencia a las diligencias propias de la investigación. Tampoco se trata de favorecer un actuar discrecional por parte de las policías ni que los informantes actúen bajo su propia voluntad, sino que, simplemente, es facilitar el trabajo de las policías y el Ministerio Público, con el fin que se vea inútilmente sometido a trabas burocráticas¹.

Aun así, la lógica del persecutor no debe aplicarse sin límite alguno: si bien el delito de tráfico de drogas ha calado hondo en la sociedad posindustrial, debido a su enorme componente criminógeno y la importancia del bien jurídico protegido, esto es, la salud pública o colectiva, no es menos cierto que las diligencias

¹ MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, T. II, p. 453.

investigativas deben respetar los derechos y garantías del imputado dispuestos en la Constitución Política del Estado y, por lo menos, la existencia de la técnica relativa a la presencia de informantes particulares en el proceso investigativo debe ser autorizado por el fiscal y, luego, quedar consignado en la carpeta investigativa, tal como consta en el caso de marras.