



DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS Y PROYECTOS

DEFENSORÍA NACIONAL

**“OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 18.314 SOBRE
CONDUCTAS TERRORISTAS (BOLETÍN 9.692-07)”**

2014 / Diciembre

Consulte sobre este documento a:
estudios@dpp.cl

Índice

Contenido

I.	Introducción	4
II.	Consideraciones en materia de derecho penal.....	5
1.	Objetivismo y subjetivismo en la regulación antiterrorista	5
2.	Descripción indeterminada del hecho e inadecuada identificación del fundamento material del tratamiento punitivo asociado al terrorismo.....	6
3.	Problemas de proporcionalidad en la pena aplicable a diversas formas de intervención en la asociación.....	11
4.	Punibilidad del terrorismo individual.....	12
5.	La naturaleza del bien jurídico afectado por el hecho proyectado.....	14
6.	Reglas especiales en materia de penas sustitutivas	16
7.	Reglas especiales de iter criminis	16
8.	Atenuante de cooperación eficaz.....	17
III.	Consideraciones en materia de derecho procesal penal.....	19
1.	Ámbito de aplicación	19
1.1.	Fundamento de la propuesta de la Comisión de Expertos para regular en forma unitaria un régimen procesal especial: “La criminalidad organizada orientada a la perpetración de crímenes”.....	20
1.2.	Fundamento del proyecto del Ejecutivo	23
1.3.	Aspectos críticos del proyecto desde la perspectiva de los derechos fundamentales .	23
1.4.	Perspectiva constitucional a considerar	25
1.5.	Observaciones a la propuesta del gobierno a la luz del principio de proporcionalidad y del mandato constitucional de racionalidad y justicia impuesto al legislador en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución	29
2.	Forma de inicio de la investigación	34
3.	Archivo provisional, facultad de no perseverar y forzamiento de la acusación	34
4.	Ampliación de la detención y plazo especial de formalización	36
5.	Plazo y cierre de la investigación.....	37
6.	Medidas especiales en prisión preventiva	39
7.	Plazo de revisión de la prisión preventiva.....	40
8.	Medidas intrusivas referidas a las comunicaciones	42
9.	Medidas sin conocimiento del afectado	44
10.	Reglas de cumplimiento y colaboración.....	46
11.	Utilización de medios de prueba	47
12.	Exámenes corporales en control de ingreso al país	49

13.	Actuaciones en el extranjero y cooperación internacional	53
14.	Secreto de la investigación	54
15.	Obligación de registro.....	55
16.	Medidas de protección de testigos, peritos y cualquier otro interesado	56
16.1.	Sobre el uso de testigos secretos, protegidos o “sin rostro”	58
16.2.	En relación a las medidas de protección propuestas por el poder ejecutivo	60
17.	Agente encubierto y agente revelador	61
17.1.	Legislación vigente sobre agente encubierto y revelador	62
17.2.	Análisis de la propuesta del ejecutivo	65
18.	Entrega vigilada.....	74
18.1.	Legislación vigente sobre entrega vigilada	75
18.2.	Análisis de la propuesta del Ejecutivo	77
IV.	Consideraciones en materia de responsabilidad penal del adolescente	80

Observaciones al proyecto de ley que modifica la ley n° 18.314 sobre conductas terroristas (Boletín 9.692-07)

Departamento de Estudios y Proyectos
Defensoría Penal Pública¹

I. Introducción

Con fecha 04 de noviembre de 2014, el Ejecutivo ingresó al Congreso Nacional el proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.314, sobre conductas terrorista (Boletín N° 9.692-07). Ya en el Mensaje (N° 755-362), entre las declaraciones de principios que se hacen en el proyecto del Ejecutivo, se observa un abordaje omnicompreensivo de la materia, no sólo desde una perspectiva de política criminal, sino también en relación a cuestiones relativas a la legalidad y legitimidad de las normas jurídicas. Así, se enfatiza que se requiere una legislación antiterrorista democrática, para lo cual no sólo es necesario modificar el paradigma ideológico que informa a la actual Ley N° 18.314, sino que también se debe superar su aplicación selectiva o centrada en un grupo social específico, para, de dicha manera, evitar estigmatizar como terroristas a grupos resistentes o contrarios al orden establecido. Por lo mismo, el proyecto intenta hacerse cargo del consenso internacional de rechazo a la legislación antiterrorista chilena, que ha afirmado que en los casos que se ha condenado a personas por aplicación de esta ley, se ha vulnerado el debido proceso y en especial el derecho de defensa².

Asimismo, se señala que si bien se requiere de una legislación que dé cuenta de las formas que el fenómeno terrorista asume actualmente (considerarse, por ejemplo, las respuestas comparadas contenidas en diversas convenciones sobre terrorismo y crimen organizado), ésta debe estar en concordancia con el respeto de los derechos humanos. De dicho modo, el respeto a la persona y a la dignidad humana, serán siempre incontrarrestables e inigualables frente a la seguridad colectiva.

La presente minuta tiene por objetivo analizar la propuesta sometiéndola a los estándares que el propio proyecto invoca. Para ello, el orden de análisis distingue entre consideraciones vinculadas al derecho penal sustantivo (II), derecho procesal penal (III) y responsabilidad penal adolescente (IV).

¹ El presente texto fue elaborado con la colaboración de las Defensorías Regionales Metropolitana Norte, Metropolitana Sur, Biobío, Araucanía y Los Lagos.

² Las organizaciones internacionales de DDHH en sus informes han propuesto la revisión de las sentencias y modificación de las fallas de la Ley N° 18.314: FIDH; Relator Especial sobre los Derechos Humanos de la ONU, Rodolfo Stavenhagen (2003); Comité de DESC (2005); Comité de Derechos del Niño (2007); Comité de Derechos Humanos (2007); Comité contra la Tortura (2009); Consejo de Derechos Humanos (2009).

II. Consideraciones en materia de derecho penal

1. Objetivismo y subjetivismo en la regulación antiterrorista

La regulación de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, expresa, desde un punto de vista jurídico-penal, un régimen punitivo de excepción, caracterizado por la existencia de reglas especiales en materia de penas aplicables, intervención delictiva, *iter criminis* y circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Este conjunto de reglas especiales tiene como sustrato común la definición del hecho ilícito terrorista, cuya realización constituye el necesario antecedente para la aplicación de este especial tratamiento punitivo. Es desde esa perspectiva que el primer aspecto que debe ser objeto de análisis en la propuesta de modificación de la Ley N° 18.314, es la descripción del hecho ilícito terrorista.

Como es bien sabido, la Ley N° 18.314 describe el delito terrorista en el inciso primero del art. 1°³, adoptando una estructura que mayoritariamente vincula la comisión de un “delito-base”, con una tendencia interna trascendente presente en el autor, factor subjetivo que dota al hecho de su naturaleza “terrorista”, y fundamenta el incremento de la pena aplicable. En este sentido, BASCUÑÁN ha señalado que *“el principio regulativo de la legislación actualmente vigente consiste en estructurar los delitos terroristas sobre la base de una calificación de determinados delitos comunes en tanto de delitos base, en función de su comisión con una determinada finalidad. Esto es plenamente predicable de la regla del N° 1 y de la regla del N° 5 (asociación ilícita terrorista) del artículo 2°, no así de las reglas de los N°s 2, 3 y 4. Ello, porque en estos últimos numerandos, la referencia no corresponde, en estricto rigor, a delitos establecidos en el Código Penal o en otro cuerpo legal [...]”*⁴.

En el derecho comparado, según expone VILLEGAS, existen dos modelos para la configuración del ilícito terrorista. Según el primero, eminentemente *objetivo*, prima la modalidad de la acción empleada para cometer el delito, en especial, la utilización de medios dañosos y de gran poder destructivo. Por el contrario, según el segundo modelo, lo esencial es la consideración de elementos *subjetivos* para evitar el peligro de usar la legislación antiterrorista para castigar otro tipo de actos que no tengan tal carácter⁵.

Desde este punto de vista, la actual legislación chilena constituye un ejemplo de regulación mixta con especial énfasis en el elemento subjetivo, pues sin perjuicio de que la calificación del hecho depende de la concurrencia la finalidad de producir temor en la

³ Art. 1° Ley 18.314.- Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2°, cuando el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

⁴ BASCUÑÁN, Antonio, *El delito de incendio terrorista* (inédito). Informe en derecho elaborado, Departamento de Estudios, DPP, pág. 11.

⁵ VILLEGAS, Myrna, *La Aplicación de la Ley Antiterrorista en el “Caso Pitronello”* Informe en derecho, Unidad de Estudios DRMN, DPP, 2013, p. 3 y ss.

población, o una parte de ella (de ser víctima de delitos de la misma especie), la referencia a la naturaleza y efectos de los medios empleados, como una forma de inferir la existencia de dicha finalidad, objetiviza su acreditación⁶.

Esta adscripción del legislador a un modelo predominantemente subjetivo, ha sido criticada desde varias perspectivas. Y a efectos de analizar el proyecto de ley contenido en el Boletín N° 9692-07, se considerarán a continuación dichas críticas, para luego confrontar su supervivencia o superación en el texto regulativo propuesto.

2. Descripción indeterminada del hecho e inadecuada identificación del fundamento material del tratamiento punitivo asociado al terrorismo

La relevancia de un respeto irrestricto al principio de legalidad, en el ámbito de la descripción del hecho ilícito terrorista, ha sido reafirmada por la Corte Interamericana de Derecho Humanos (en adelante (Corte IDH), en el caso *Norin Catriman y otros vs. Chile*, en los siguientes términos:

“161. El principio de legalidad, según el cual “[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable” (artículo 9 de la Convención Americana) constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor pues, de no ser así, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este.

162. La elaboración de tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. Es necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y precisa que sea posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa.

163. Tratándose de la tipificación de delitos de carácter terrorista, el principio de legalidad impone una necesaria distinción entre dichos delitos y los tipos penales ordinarios, de forma que tanto cada persona como el juez penal cuenten con suficientes elementos jurídicos para prever si una conducta es sancionable bajo uno u otro tipo penal. Ello es particularmente importante en lo tocante a los delitos terroristas porque respecto de ellos suele preverse – como lo hace la Ley N° 18.314 – la imposición de penas privativas de libertad más graves y de penas accesorias e inhabilitaciones con efectos importantes respecto del ejercicio de otros derechos fundamentales. Adicionalmente, la investigación de delitos terroristas tiene consecuencias procesales que, en el caso de Chile, pueden comprender la restricción de determinados derechos en las etapas de investigación y juzgamiento”⁷.

Desde esta perspectiva, la profesora VILLEGAS ha señalado que la definición del ilícito

⁶ Sobre tensión en la legislación chilena entre modelo subjetivista y objetivista, revisar HERNÁNDEZ, Héctor, *Algunas modificaciones a la ley N°18.314*. Informe en Derecho N°3, 2011, DPP, pp. 2 y 3.

⁷ Sentencia Corte IDH, Caso Norin Catriman y otros V/S Chile, pp. 56 y 57.

terrorista vigente en la regulación chilena no cumple con las exigencias y los estándares fijados por dicho tribunal internacional, tanto en sus elementos objetivos, como en los subjetivos, siendo actualmente un tipo penal abierto:

“Así las cosas podría suceder que un delito de terrorismo se verificara mediante hondas, cuchillos, piedras, es decir un medio que carece de toda capacidad para llevar adelante una estrategia sistemática de violación masiva a derechos humanos, con lo cual nos alejamos completamente de los elementos de un concepto jurídico de terrorismo acorde con los tratados internacionales.

[...] de acuerdo a la actual redacción, que un estudiante lance piedras contra un edificio del ministerio de educación exigiendo a la autoridad mejoras educacionales, podrá – en función de lo que opine el fiscal de turno- ser considerado delito de terrorismo, porque por el solo hecho de tratar de arrancar una resolución a la autoridad, se evidenciará que tenía finalidad de causar temor un sector de la población”⁸.

En especial, respecto del elemento subjetivo, la regulación no se ajusta a los estándares fijados por el derecho internacional en materia de regulación antiterrorista. Así, a propósito de la adopción de la *Estrategia Global de Naciones Unidas contra el terrorismo*, del año 2006, se estableció una serie de elementos que dan cuenta de cuál es la finalidad del terrorismo, y de conformidad a lo señalado en tal documento aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el terrorismo se compone de actividades cuyo objetivo es la **destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia, que amenazan la integridad territorial y la seguridad de los estados, desestabilizando los gobiernos, legítimamente constituidos, socavando la sociedad civil pluralista y redundando en detrimento del desarrollo económico y social de los Estados**⁹.

Por el contrario, el art. 1° de la Ley N° 18.314 fundamenta la intensificación de la reacción penal en un elemento de naturaleza subjetiva desligado de su orientación jurídico-política: *la finalidad de producir en las personas el temor de ser víctima de delitos de la misma especie*. Por ello, es usual entre nosotros identificar el bien jurídico protegido por la legislación anti-terrorista con las ideas de **orden público, seguridad pública y tranquilidad pública**.

Sin embargo, esos intereses, evidentemente legítimos para el ordenamiento jurídico, carecen de la suficiente precisión para orientar un trabajo de aplicación de un derecho penal de excepción, regido por los principios de legalidad, fragmentariedad y ultima ratio, lo que sumado a la acreditación indiciaria de la finalidad “terrorista”, implica un tipo penal descrito de forma abierta y susceptible de aplicación arbitraria.

⁸ VILLEGAS, op. cit., p. 18.

⁹ Naciones Unidas. *Unidos contra el terrorismo: recomendaciones para una estrategia mundial de lucha contra el terrorismo*, 2006, p. 26.

Por ello, es inadecuado orientar la justificación del aumento de penalidad exclusivamente en la finalidad de producir temor de ser víctima de delito de la misma especie. Tal finalidad debiera ser estimada (y castigada) en el contexto de la regulación antiterrorista, en su vinculación con una finalidad política perseguida por el autor de un delito terrorista, único factor que permite identificar correctamente el bien jurídico protegido por estas figuras: **el orden constitucional legítimo**.

En otros términos: si se estima correcto que respecto de un homicida en serie, que ha planificado estos atentados contra ciertas personas, no corresponde su calificación como conducta terrorista, por el sólo hecho de intentar producir temor en la población, y además se comparte que el fenómeno del terrorismo se orienta al cuestionamiento de todo el ordenamiento jurídico y que eso constituye el fundamento de su gravedad, entonces es inevitable que la regulación deba aludir al **fin político** como requisito de la descripción típica del delito terrorista.

En este sentido VILLEGAS ha sostenido lo siguiente:

“En relación a las concepciones que acentúan la finalidad política, se entiende en general que el terrorismo es ‘toda forma de acción política explicitada con medios propios de la criminalidad común’ (ARROYO ZAPATERO), o ‘la violencia organizada con fines políticos’ (LAMARCA). La doctrina mayoritaria coincide en que sus elementos son:

Primero, el hecho de que el terrorismo se manifiesta a través de la violencia mediante conductas que en sí mismas constituyen delito;

Segundo, a lo anterior suele agregarse el elemento relativo a la alarma o terror que producen los actos. En opinión de la doctrina mayoritaria, carece de utilidad en un concepto jurídico, dado que no es posible determinar objetivamente su dimensión o grado. La alarma debe vincularse más bien al fenómeno en sí que a una tipificación penal concreta.

Tercero, el terrorismo es un delito de finalidad política, finalidad que viene a ser en definitiva la característica que le diferencia de otras conductas que pueden producir alarma o terror. Esta finalidad política es la de alterar el régimen constitucional del Estado democrático, cuestión que le distingue de sus análogos in stricto sensu, los delitos políticos”¹⁰.

En consecuencia, la regulación correcta de las conductas terroristas, desde el punto de vista de la penalidad asignada, debe identificar también como presupuesto de su punibilidad, la exigencia de una finalidad política contraria al ordenamiento constitucional legítimo, esto es, contraria a sus valores y a los procedimientos democráticos establecidos en la Carta Fundamental. En este sentido, el fenómeno del terrorismo busca influir políticamente, utilizando el terror en la población como medio de intimidación

¹⁰ Villegas, op. cit., p.4. Agrega que “la legislación española vigente sobre delitos de terrorismo, contenida en el Código penal de 1995 y sus sucesivas modificaciones, entiende que los delitos de terrorismo son aquellos que cometen individuos que integrados en organizaciones terroristas, y con la finalidad de alterar el orden constitucional (arts. 571 y ss. CP). Camino similar es el de los italianos, para quienes, “el terrorismo es una acción llevada a cabo como parte de un método de acción de la lucha política...” (idem).

general, de modo contrario a los valores y procedimientos establecidos en el orden regido por la Constitución.

El proyecto de ley del Ejecutivo, Boletín N° N° 9692-07 configura el hecho ilícito terrorista bajo parámetros regulativos distintos a la legislación vigente. En el artículo 1° de la propuesta¹¹, renuncia al modelo hecho base-finalidad calificante, y lo reemplaza por una **configuración organizativa del tipo de injusto** (“organización o grupo”) unido a una doble finalidad del colectivo (copulativas), a saber:

- a) Que se proyecte la perpetración de los **crímenes** expresamente señalados en la disposición:
 - Código Penal: artículos 141, 142, 150 A, 315, 316, 391, 395, 396, 397 o 398.
 - Ley N° 12.927: artículos 5°, 5° b) y 6°.
 - Ley N° 17.798: delito de colocación de artefactos explosivos e incendiarios.

- b) Que a través de su perpetración se persiga **socavar o destruir el orden institucional democrático, alterar gravemente el orden público, imponer exigencias a la autoridad política, arrancar decisiones de ésta o infundir temor generalizado en la población de pérdida o privación de los derechos fundamentales.**

En primer lugar, la propuesta identifica el núcleo del injusto típico terrorista en la existencia de una **organización o grupo**. Sin perjuicio de lo que se dirá *infra*, sobre este elemento colectivo, la extensión realizada por la propuesta del Ejecutivo al *grupo*, más allá de la *organización*, carece de contornos precisos y delimitados para una aplicación cierta del derecho penal. Si la referencia del inciso final de dicho artículo propuesto¹² es una exigencia común a organización y grupo, en términos que sólo estaremos frente a una asociación criminal terrorista si existe una significativa pluralidad de miembros, con dotación de recursos y medios, con división de tareas y funciones y con capacidad de planificación e incidencia sostenida en el tiempo, entonces, la expresión grupo se vuelve superflua, pues lo único relevante es lo exigido por el inciso final.

Desde esta perspectiva, la referencia al grupo contiene un riesgo de interpretación analógica, en atención a su menor referencia organizativa. El terrorismo, de acuerdo con los estándares internacionales, requiere de un actuar organizado, sin embargo, el vocablo “grupo” hace alusión a un “actuar conjunto”, no necesariamente organizado y muchas veces, sólo será una cuestión de número, que no es suficiente para agravar de esta forma

¹¹ Artículo 1°.- Constituirá asociación criminal terrorista toda organización o grupo cuando, a través de la perpetración de los crímenes por ella proyectados, y siempre que éstos consistan en aquellos establecidos en los artículos 141, 142, 150 A, 315, 316, 391, 395, 396, 397 o 398 del Código Penal y artículos 5°, 5° b) y 6° de la Ley N° 12.927 el delito de colocación de artefactos explosivos e incendiarios establecido en la Ley N° 17.798, se persiguere socavar o destruir el orden institucional democrático, alterar gravemente el orden público, imponer exigencias a la autoridad política, arrancar decisiones de ésta o infundir temor generalizado en la población de pérdida o privación de los derechos fundamentales.

¹² [...] “Para los efectos de lo dispuesto en el inciso precedente, la asociación se entenderá efectivamente organizada en atención a la cantidad de sus miembros; su dotación de recursos y medios; la división de tareas o funciones, así como su capacidad de planificación e incidencia sostenida en el tiempo”.

la penalidad de las conductas que se perpetran. Siendo posible absorber este mayor injusto en la utilización de las agravantes genéricas establecidas en el CP, el actuar en grupo no justifica su tipificación como delito terrorista, por ser ésta una legislación absolutamente excepcional. La incorporación del “grupo” no permite distinguir el fenómeno del terrorismo con la criminalización de la legítima protesta social, y por lo tanto, no es difícil imaginar el intento de utilización de la legislación antiterrorista para agravar la penalidad de integrantes del pueblo mapuche que, en grupo, causan lesiones a un carabinero, o de estudiantes que protestan, en grupo, por el lucro en la educación¹³.

Estimamos en consecuencia, que la utilización del concepto asociación u organización ilícita, da un grado mayor de certeza que la introducción del término “grupo”.

En segundo lugar, la referencia a los “crímenes”, proyectados, constituye una restricción correcta, respetuosa de la proporcionalidad en sentido estricto entre las consecuencias punitivas asociadas a la criminalidad terrorista y la gravedad de la culpabilidad por el hecho. Desde este punto de vista, por ejemplo, en relación a atentados contra la libertad personal, los crímenes proyectados se restringen sólo a figuras calificadas de secuestro.

En tercer lugar, en relación a las finalidades que persigue la asociación, se observa la incorporación de las exigencias de la doctrina, en términos de explicitar como injusto terrorista la finalidad de socavar o destruir el orden institucional democrático, pero permanece, en paralelo, la finalidad de imponer exigencias a la autoridad, arrancar decisiones de ésta, e incluso, la finalidad de infundir temor, con una cláusula más abierta que la regulación vigente, pues no es sólo el temor justificado de ser víctima de “delitos de la misma especie”, sino que es un temor de “pérdida o privación de derechos fundamentales”, incluso en casos en que dicho atentado no sea constitutivo de delito (!!).

En contra, estimamos que la finalidad de atentar contra el orden constitucional democrático, por sí sola, expresa una regulación preferible. Su expresión permite identificar correctamente el bien jurídico cuya afectación justifica las reglas especiales sustantivas y procesales que implica la legislación antiterrorista, y excluye cláusulas ambiguas e indeterminadas. Así, desde esta perspectiva, la práctica de imponer exigencias o arrancar decisiones de la autoridad, como forma de lograr ilegítimamente un objetivo político, es, por supuesto, un atentado contra el orden constitucional democrático. Lo mismo puede señalarse en relación a la intención de producir temor, si se entiende que ello es una forma de coaccionar ilegítimamente a la sociedad democrática, si es que concurre un fin político. Pese a esta evidente relación, el proyecto desvincula esta finalidad de su dimensión político-terrorista, y la acerca a los problemas de orientación exclusivamente psicologizante.

Sin perjuicio de ello, el mayor problema se encuentra en la incorporación de una cláusula abierta, en relación a la finalidad de alterar gravemente el **orden público**, concepto

¹³ En el mismo sentido se pronuncia Amnistía Internacional en su informe “La reforma a la ley antiterrorista de cara a los derechos humanos”, de 17.11.14, citando para estos efectos al RE para el terrorismo, p. 2.

respecto del cual no existe una definición unívoca que de la seguridad jurídica requerida por la Corte IDH respecto del principio de legalidad a la luz de la CADH.

Finalmente, **en cuarto lugar**, es imprescindible indicar que el delito de colocación de artefactos explosivos e incendiarios no existe actualmente en la Ley N° 17.798.

3. Problemas de proporcionalidad en la pena aplicable a diversas formas de intervención en la asociación

La propuesta regulativa contenida en el proyecto, contiene diversas formas de intervención punible en la organización, a través de diversas conductas:

- Haber fundado o contribuido a fundar una asociación criminal terrorista (art. 2° inc. 1°). En este caso, se exige tener el carácter de integrante de la organización y la pena aplicable corresponde a presidio mayor en sus grados medios a máximo.
- Proveer o haber proveído fondos para financiarla (art. 2° inc. 1°). En este caso, en principio, no se exige explícitamente el carácter de integrante. Desde esa perspectiva, la disposición plantea problemas en relación a la punibilidad del financiamiento del terrorismo en el art. 5° de la propuesta¹⁴, cuyo marco penal corresponde a presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, pena inferior a la que corresponde por la figura anterior (presidio mayor en su grado medio a máximo), razón por la cual es aconsejable especificar si el carácter de integrante es requerida o no por el tipo.
- Integrar activamente una asociación criminal terrorista, sin haber incurrido en las conductas anteriores (art. 2 inc. 2°). En este caso, la penalidad aplicable es de presidio mayor en sus grados mínimo a medio.
- El delito de financiamiento al terrorismo del artículo 5°.

Las penas conminadas a las figuras vinculadas a la organización presentan un problema desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, pues el hecho de haber contribuido a fundar una organización, no necesariamente expresa una intervención mayor que la que corresponde a un partícipe activo y con poder de mando o control en la asociación. Incluso el fundador, luego de realizar el acto fundacional, puede tener un rol menor en la organización, resultando desproporcionado aplicarle una mayor pena que a otro integrante que puede haber llegado después a la organización, pero estar actualmente al mando de la misma y ser parte importante del giro que ésta ha tomado.

Resulta por tanto mucho más acorde al principio de culpabilidad y de proporcionalidad

¹⁴ Art. 5°.- El que solicite, ofrezca, recaude, gestione, administre o aporte fondos, valores o bienes destinados al financiamiento directo e indirecto de una organización comprendida en el artículo 1°, y siempre que no que le resultare aplicable lo dispuesto en el artículo 2°, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo.

que la división penológica se realice en este caso siguiendo los criterios tradicionales de nuestro Código Penal, esto es el rol o posición que el interviniente desempeña en la organización, en vez de asignar una extrema relevancia al momento de intervención.

4. Punibilidad del terrorismo individual

La Ley N° 18.314 no reconoce el elemento organizacional como presupuesto esencial de una conducta terrorista, exigencia formulada por la doctrina comparada¹⁵ en orden a requerir la existencia de una organización para definir el concepto jurídico de terrorismo, toda vez que es precisamente la existencia de la organización lo que permite caracterizar el ejercicio de violencia como un medio idóneo al servicio de una finalidad política atentatoria contra el orden constitucional democrático, y da fundamento también a la aplicación de medidas intrusivas excepcionales, por ejemplo, el uso de agentes encubiertos.

En España, CANCIO ha señalado que *“los delitos de terrorismo –al igual que el fenómeno empírico “terrorismo”–, por su significado político, constituyen un ámbito esencialmente marcado por su carácter colectivo: es la organización terrorista a la que corresponde el protagonismo en la estrategia terrorista*¹⁶. En el mismo sentido VILLEGAS, ha señalado que *“el terrorismo requiere de una organización para llevarse a cabo, pues es la organización la que cualifica la violencia. En este sentido se discrepa de quienes sostienen la posibilidad de existencia de un terrorismo individual, tanto en lo sociológico como en lo sustantivo penal”*¹⁷.

Esta ausencia en la ley vigente del elemento organizacional no es sólo un error, sino que además, no se adecúa a la realidad del fenómeno terrorista. Tanto desde la perspectiva de una gran organización como ETA, como la de grupos coordinados más pequeños, como Al-Qaeda, siempre se trata de organizaciones, por razones operativas y comunicativo-políticas.

El proyecto, pese a la crítica existente en doctrina, mantiene la aplicabilidad de la ley anti-terrorista a atentados singulares, desprovistos del elemento organizacional¹⁸, sancionado

¹⁵ Entre otros ver: LAMARCA Carmen, “La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común” en *ADPCP*, 1989. P 957-988; de la misma “Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)” en *ADPCP* 1993, p 535-559; PRATS, Josef; QUINTERO OLIVARES, en *“Comentarios a la Parte especial del derecho Penal”* Pamplona, Aranzadi, 1999, p 1624.

¹⁶ CANCIO, Manuel, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 12, año 2010, pág.150.

¹⁷ VILLEGAS, op. cit., p.10.

¹⁸ Artículo 3°.- La pena señalada en el inciso segundo del artículo anterior se aplicará a todo individuo que haya tomado parte o ejecutado un delito de los expresados en el artículo 1° de la presente Ley y hubiese adscrito o adherido positivamente a los propósitos concretos de perpetración de los crímenes, manifestados por organizaciones, asociaciones o grupos nacionales o extranjeros. Se considerará adhesión positiva cualquier manifestación de voluntad expresa o tácita del imputado o la aceptación de los propósitos criminales de una organización, asociación o grupo, sea que el medio de adhesión positiva fuese electrónico, telefónico, la participación en redes sociales o cualquier otro medio.

También se aplicará dicha pena al individuo que, sin pertenecer a una organización o grupo y habiendo tomado parte o ejecutado alguno de los delitos señalados en el artículo 1°, lo hubiese hecho persiguiendo las finalidades allí expresadas.

con la pena correspondiente a quien integra activamente la organización:

- A quien haya tomado parte o ejecutado un delito de los expresados en el artículo 1° y hubiese adscrito o adherido positivamente a los propósitos concretos de perpetración de los crímenes, manifestados por organizaciones, asociaciones o grupos nacionales o extranjeros. Se considerará adhesión positiva cualquier manifestación de voluntad expresa o tácita del imputado o la aceptación de los propósitos criminales de una organización, asociación o grupo, sea que el medio de adhesión positiva fuese electrónico, telefónico, la participación en redes sociales o cualquier otro medio.
- A quien, sin pertenecer a una organización o grupo, y habiendo tomado parte o ejecutado alguno de los delitos señalados en el artículo 1°, lo hubiese hecho persiguiendo las finalidades allí expresadas.

La primera de las conductas es sin duda problemática según las exigencias del principio de legalidad y proporcionalidad. Lo primero, por la descripción abierta de la “adscripción positiva” en términos de cualquier manifestación de voluntad, incluso tácita, por cualquier medio. Lo segundo, pues aplica las penas correspondientes al miembro de la organización que comete los delitos del art. 1°, con la finalidad terrorista indicada, a quien comete un delito (o incluso tomado parte) sólo habiendo adscrito a los fines de la organización, sin exigir efectiva puesta en peligro o afectación del orden constitucional legítimo u otra de las finalidades señaladas en el art. 1°. La regla indirectamente está estableciendo una presunción de derecho, proscrita constitucionalmente, pues basta con cualquier manifestación de voluntad para considerar adherente al infractor, de los propósitos de organizaciones terroristas, incluso por redes sociales. Esta redacción, en términos imperativos para el juez (“se considerará”) convierte dicha frase en una presunción de derecho de la responsabilidad penal.

En segundo lugar, en relación a la figura de “haber tomado parte o ejecutado alguno de los delitos del artículo 1°”, persiguiendo las finalidades ahí expresadas, sancionada con las mismas penas aplicables a quien integra la organización, ello resulta criticable, pues no se observa que el hecho cometido por un individuo pueda expresar un atentado al orden constitucional democrático, como interés protegido por la legislación antiterrorista. Al respecto, el informe de la Comisión de expertos, señala lo siguiente:

“Apartarse del esquema del terrorismo individual plasmado en la Ley N° 18.314 y en la propuesta legislativa de la Comisión Foro Penal hace posible adecuar el marco regulativo propuesto en la senda de los ordenamientos de nuestro entorno cultural que nos sirven de referencia. En efecto, esa es la solución legislativa adoptada en Alemania, Italia y, con matices, España. Es también un elemento fundamental de la propuesta de regulación contenida en el Proyecto de Código Penal enviado en el año 2014 al Congreso Nacional por el entonces Presidente de la República, Sebastián Piñera (mensaje N° 435-361). Esta opción legislativa cuenta con un muy vasto apoyo transversal en la doctrina especializada, que ha visto en este elemento estructural un sello a la vez distintivo e imprescindible de la criminalidad terrorista, en la medida en que constituye la plataforma a través de la cual la

comunicación específicamente terrorista se reproduce¹⁹”.

En consecuencia, el proyecto establece la misma pena para el individuo que: a) Integra una organización terrorista sin ser fundador, b) Comete un delito del catálogo y adscribe a los propósitos de una organización terrorista sin ser integrante de la misma y c) Comete un delito del catálogo con las finalidades descritas sin integrar una organización. Lo anterior es criticable si se analiza a la luz del principio proporcionalidad, porque el injusto de todas estas conductas no es el mismo, y en el último de los tipos penales, se utiliza una forma de pensar o una intención que puramente estará en el fuero interno de la persona que cometió el delito para agravar la pena.

5. La naturaleza del bien jurídico afectado por el hecho proyectado

En un modelo como el chileno, que corresponde a una regulación del delito terrorista con referencia (como delito base en la legislación vigente y como hecho proyectado en la propuesta) a otro hecho punible, se requiere señalar cuáles son las características que dotan de una gravedad especial a dicha conducta ilícita, que unida al elemento terrorista justifica la aplicación de su regulación.

Al respecto, es correcto afirmar que la extensión de la punibilidad a conductas que sólo implican lesión o peligro contra bienes jurídicos instrumentales (propiedad y patrimonio), carece de la entidad suficiente para justificar la punibilidad y la penalidad del delito terrorista, infringiendo con ello el principio de proporcionalidad. En caso contrario, se corre el riesgo de calificar como terroristas actos de violencia social contra la propiedad, con una finalidad de alertar el orden institucional, como sería el caso huelgas de trabajadores o protestas estudiantiles.

En este sentido, el informe de la Comisión de expertos señala que:

“Los hechos punibles cuya perpetración constituye la finalidad (instrumental) de la organización quedan circunscritos a un catálogo de crímenes especialmente idóneos para canalizar la estrategia comunicativa de violencia política intensificada que resulta característica del terrorismo. De esta manera se minimiza el riesgo de que la descripción típica resulte sobre-inclusiva, y así también el riesgo de que la descripción típica banalice la noción de terrorismo, haciendo posible, además, una clara diferenciación de la especie de la asociación criminal terrorista frente al género de la asociación criminal. El catálogo comprende ataques graves a la vida y a la salud e integridad corporal de las personas, correspondientes al homicidio y a las formas de lesión corporal constitutivas de crímenes, así como las formas de tortura que resultan subsumibles bajo el tipo de los apremios ilegítimos. Adicionalmente, quedan comprendidos atentados contra la salud, consistentes en el envenenamiento o la infección de bebidas y otros productos destinados al consumo público o en la propagación de gérmenes patógenos orientada a la producción de alguna enfermedad. El catálogo se cierra con el crimen cuya tipificación se propone bajo un nuevo

¹⁹ Informe de la comisión de expertos sobre la regulación jurídica de las conductas terroristas, Santiago de Chile, 2014, p. 18.

art. 403 ter, consistente en la instalación, activación o detonación de una bomba o artefacto explosivo²⁰.

Si bien existe un avance en esta materia respecto de la legislación vigente, el proyecto comprende infracciones a la Ley de Seguridad Interior del Estado, que no revisten la gravedad que exige la incriminación de la conducta desde la perspectiva del delito terrorista, además de producir serios problemas en la aplicación de estas reglas a efectos concursales. A modo ejemplar, se puede observar la regulación del art. 6° de la citada ley:

“Art. 6° Cometén delito contra el orden público:

- a) Los que provocaren desórdenes o cualquier otro acto de violencia destinado a alterar la tranquilidad pública;*
- b) Los que ultrajaren públicamente la bandera, el escudo, el nombre de la patria o el himno nacional;*
- c) Los que inciten, promuevan o fomenten, o de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen, paralicen, interrumpen o dañen las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública o de actividades industriales, mineras, agrícolas, comerciales de comunicación, de transporte o de distribución, y los que, en la misma forma, impidan o dificulten el libre acceso a dichas instalaciones, medios o elementos;*
- d) Los que inciten, promuevan o fomenten o de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen o impidan el libre acceso a puentes, calles, caminos u otros bienes de uso público semejantes;*
- e) Los que inciten, promuevan o fomenten, o de hecho, envenenen alimentos, aguas o fluidos destinados al uso o consumo públicos;*
- f) Los que hagan la apología o propaganda de doctrinas, sistemas o métodos que propugnen el crimen o la violencia en cualquiera de sus formas, como medios para lograr cambios o reformas políticas, económicas o sociales;*
- g) Los que introduzcan al país, fabriquen, almacenen, transporten, distribuyan, vendan, faciliten o entreguen a cualquier título, o sin previa autorización escrita de la autoridad competente, armas, municiones, proyectiles, explosivos, gases asfixiantes, venenosos o lacrimógenos, aparatos o elementos para su proyección y fabricación; o cualquier otro instrumento idóneo para cometer alguno de los delitos penados en esta ley;*
- h) Los que soliciten, reciban o acepten recibir dinero o ayuda de cualquiera naturaleza, con el fin de llevar a cabo o facilitar la comisión de delitos penados en esta ley”.*

La referencia a la regulación citada no hace más que demostrar el criticable giro de la propuesta a una regulación de una ley protectora del orden público. El problema es que este interés colectivo, no tiene la entidad suficiente para justificar las exorbitantes reglas que están asociadas a la criminalidad terrorista, además de presentar numerosas objeciones desde la perspectiva del goce de otros derechos constitucionales, como la libertad de asociación, reunión y expresión.

²⁰ *Ibíd.*, p. 19.

6. Reglas especiales en materia de penas sustitutivas

Según el art. 4° de la propuesta, *“las penas establecidas para los delitos señalados en los artículos 1°, 5° y 6° no podrán ser sustituidas por las señaladas en la Ley N° 18.216, modificada por la Ley N° 20.603 y se cumplirán sucesivamente, de conformidad al inciso segundo del artículo 74 del Código Penal”*

Lo primero que resulta criticable es la restricción a la posibilidad de obtención de penas sustitutivas de acuerdo a lo señalado en la ley 18.216, modificada por la ley 20.603. Sobre este punto la comisión de expertos nada señalaba porque no establecía esta restricción y como lo indica el profesor ACOSTA en su minuta de observaciones a este proyecto, esta norma no encuentra una real justificación y creemos que además es cuestionable sobre todo desde el punto de vista de los fines de la pena, dado que las penas sustitutivas establecidas por la reforma de la ley 20.603 apuntan a la reinserción de la persona que cometió un delito. Tampoco aclara por qué en el caso de delitos cometidos por adherentes o por el terrorista individual sí exista la posibilidad de pena sustitutiva y no ocurra lo mismo en el caso del que administra dinero de una asociación para su financiamiento.

7. Reglas especiales de iter criminis

Otra materia criticable de la legislación actual es el establecimiento de reglas anómalas para la tentativa y la conspiración, situación que produce una evidente falta de armonía con el sistema penal chileno. Lo mismo ocurre con la regulación especial que se hace del desistimiento en la tentativa y en la conspiración, que restringe y dificulta la procedencia del desistimiento, lo que desde el punto de vista político criminal es irracional, si se entiende que el legislador debe facilitar el desistimiento, porque una tentativa desistida es un delito que no alcanzó la consumación.

En el proyecto de ley no existe regulación especial de la pena aplicable a la tentativa y la conspiración, lo que permite entender que rige a este respecto la regulación general, decisión que se estima correcta.

En relación al desistimiento, el proyecto introduce un artículo 226 T en el Código Procesal Penal, que exige para la exención de la responsabilidad penal, la revelación a la autoridad, de la identidad de los demás miembros de la asociación o de los partícipes de los delitos, según sea el caso, su plan y las circunstancias del o de los mismos, requisitos discutibles si se trata de orientar la regulación a facilitar el desistimiento como se señaló anteriormente²¹.

²¹ Art. 227 T inc. 1°.- Artículo 226 T. Desistimiento y cooperación eficaz. Quedará exento de responsabilidad penal por la tentativa de cometer alguno de los delitos previstos en el artículo 226 A o de aquellos cuya perpetración persiguere la asociación criminal el que, formando parte de una asociación criminal o actuando conjuntamente con otros, se desistiere de la misma, siempre que revele a la autoridad la identidad de los demás miembros de la asociación criminal o de los partícipes de los delitos, según el caso, su plan y las circunstancias del o de los mismos.

8. Atenuante de cooperación eficaz

En cuanto a la minorante de cooperación eficaz, la propuesta del Ejecutivo²² regula un supuesto de atenuación de responsabilidad penal fundado en la efectiva colaboración prestada por el condenado a las tareas de persecución oficial del delito. La falta de reconocimiento legal de esta circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, no ha sido, sin embargo, obstáculo, para que este tipo de contribuciones sea efectivamente premiada con importantes rebajas de penalidad otorgadas a través de diversos expedientes jurídicos: recalificación del hecho imputado; privilegios sancionatorios de los procedimientos de autoincriminación o de justicia negociada, admitidos por nuestra legislación procesal penal; configuración de atenuantes genéricas como la colaboración sustancial y calificación de diversas modificatorias de responsabilidad penal, entre otras.

En ocasiones las contribuciones sustantivas al esclarecimiento de los delitos se han erigido en delaciones compensadas en cuya virtud el Estado persecutor, al margen del principio de legalidad, retribuye al contribuyente con la supresión de los cargos derivados de su intervención en el hecho típico, por ejemplo, convirtiéndolo en testigo de cargo en el juicio²³ o, bien, reformulando su acusación para ser conocida y fallada conforme a las reglas del procedimiento abreviado que impide la imposición de penas de presidio mayor. Aun en ausencia de ley, la cooperación eficaz en el proceso penal es una práctica extendida en la investigación de hechos que revisten caracteres de delito y que desde luego tiene su correlato en una cuestionable conversión del coimputado en testigo de cargo o en una morigerada individualización de la pena finalmente impuesta.

Ahora bien, desde la perspectiva del trabajo regular de la defensa, la atenuante de cooperación eficaz propuesta, presenta naturales dificultades de prueba atendido el elevado estándar de su acreditación. Su procedencia parece exigir per se la aquiescencia por parte del fiscal que instruye la investigación²⁴, desde que al igual que en materia de la

²² Art. 226 T inc. 2°.- Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos constitutivos de los delitos a que se refiere el inciso precedente o permita la identificación de sus responsables; o sirva para impedir la perpetración de otros delitos de igual o mayor gravedad.

Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisas, verídicas y comprobables que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso precedente.

²³ Vid. SCS Rol N° 215 de 2014 recaída en recurso de nulidad presentado por la defensa penal pública que impugnó una condena por el delito de homicidio calificado a partir de las declaraciones prestadas en juicio por el coimputado en los hechos, quien luego fue exonerado de cargos fiscales, para, finalmente, ya avanzada la investigación declarar como testigo de cargo, actuación que reprodujo durante la audiencia de juzgamiento. Si bien la Excma. Corte Suprema rechazó el recurso de nulidad de la defensa por falta de trascendencia de la infracción denunciada al no indicar el recurrente como esa infracción perturbó insalvablemente el derecho de los acusados al debido proceso, se acogió, sin embargo, la causal subsidiaria de nulidad del artículo 373 b) del CPP de errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo y se reemplazó la condena original de homicidio calificado por la de homicidio simple con la consecuente rebaja de la penalidad impuesta a los autores.

²⁴ El profesor Jean Pierre Matus Acuña en el informe de 11 de noviembre de 2014 evacuado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado postula derechamente que la atenuante de cooperación eficaz no podrá admitirse sin que el Ministerio Público la proponga o acepte, así como tampoco cuando se alegue por personas que fueren fundadoras, promotoras jefes o ejercieren mando en una asociación criminal o agrupación terrorista.

Ley 20.000 exige demostrar su efectiva utilidad en la persecución y esclarecimiento de los delitos investigados.

Sin perjuicio que parece inconveniente una regulación en virtud de la cual la concesión de la atenuante dependa en el hecho de un acto meramente potestativo del interviniente que impulsa la persecución penal, el *ethos* y el *thelos* del instituto es posibilitar la delación compensada con una atenuación de responsabilidad penal, instalando así una metodología de investigación de delitos y organizaciones criminales que en la experiencia acumulada en el ámbito de la Ley 20.000 sobre tráfico ilícito de drogas ha demostrado operar con muy escaso control jurisdiccional y mediante prácticas de las que regularmente no existen registros disponibles para la defensa y cuyo contenido no puede, por tanto, ser eficazmente controvertido en juicio.

En ese sentido, parece indispensable que la información provista por colaboradores eficaces quede debidamente registrada a fin de que, tal como lo propone la Comisión de Expertos en materia de agentes encubiertos y reveladores, se cautele debidamente la integridad e indemnidad de la información que de esa forma podrá ser contrastada en juicio,²⁵ posibilitando así la confrontación de elementos de prueba, con los debidos resguardo para la seguridad del colaborador eficaz. Así, una de las dificultades complejas en el trabajo de defensa penal es la representación del imputado que lo ha sido en virtud de la colaboración eficaz entregada por otro imputado, del que regularmente no sólo se ignora su identidad, sino también el contenido de su contribución al no constar el registro de la misma.

Como en este tipo de casos no existe registro de la información proporcionada por el cooperador eficaz, la misma suele sustituirse durante el juicio oral por el testimonio pre constituido del agente policial que recibió o conoció el contenido de la delación compensada, lo que no satisface las exigencias de la garantía de debido proceso. A nuestro juicio el testimonio pre-constituido impide el derecho al contraexamen de la prueba de cargo (el testimonio del colaborador eficaz), inherente al derecho a defensa en un juzgamiento de sello adversarial. No hay que olvidar que el testigo pre-constituido (policía) es prueba de la colaboración prestada, pero no lo es del objeto de la misma.

A propósito de la prueba de cargo generada a través de la cooperación eficaz, es particularmente relevante el planteamiento del profesor Héctor Hernández Basualto, quien sostiene que en los últimos años se ha asistido al desarrollo de una práctica sistemática de pre-constitución de testimonios de oídas en la actividad de investigación penal. En un primer momento se trató en realidad de validar el carácter de testigo de oídas de los funcionarios policiales que habían tomado declaraciones a distintas personas en el contexto de la investigación, de modo que en el juicio, además de declarar sobre los resultados de sus investigaciones, pudieren repetir el contenido de dichas declaraciones. Una vez que el testimonio de oídas pre-constituido fue asumido como una prueba más, se emancipó del testimonio presenciado, de modo que el fiscal es libre para decidir si los

²⁵ Informe Comisión de Expertos, op. cit., pp. 29 y 30.

presenta a ambos o sólo al testigo de oídas y, desde luego, es libre también para presentar a este último para que declare contra lo que declara el testigo presencial cuya declaración previa oyó²⁶.

Así la falta de registros de la colaboración eficaz o su remplazo mediante testimonios pre-constituidos infringe la garantía que asegura el derecho a defensa. A propósito de la regulación de esta atenuante de responsabilidad penal, se debiera incorporar a la propuesta en estudio una regulación que, con las debidas medidas de protección de la seguridad e integridad de la persona del colaborador eficaz, permita contrastar y corroborar en juicio la efectividad de lo informado por el delator compensado, tal como la Comisión de Expertos lo propone para el agente encubierto y revelador²⁷.

III. Consideraciones en materia de derecho procesal penal

1. Ámbito de aplicación

Como se indica en el mensaje del proyecto de ley del ejecutivo (Boletín N° 9.692-07) que determina conductas terroristas y su penalidad y modifica los Códigos Penal y Procesal Penal, se propone incorporar una nueva regulación al Código Procesal Penal (o CPP) destinada a establecer medidas de investigación respecto de la criminalidad compleja. Con esta regulación se busca agrupar las medidas especiales que parecen ser comunes en la investigación de delitos de mayor complejidad (sea que la complejidad provenga o no de su carácter de criminalidad organizada) y someterlos a normas comunes que disminuyan la dispersión normativa hoy existente en la materia, por ejemplo, en materia de medidas intrusivas. A la vez, se pretende que estas medidas, que suelen afectar derechos fundamentales, se rijan por el principio común del sometimiento a las autorizaciones judiciales previas y a la necesidad de superar las objeciones que internacionalmente se habían formulado en contra de las medidas intrusivas en el marco de la Ley N° 18.314.

De este modo, la propuesta es incorporar un párrafo 4° nuevo en el Título I del Libro II del Código Procesal Penal, denominado “Diligencias y medidas especiales de investigación para delitos organizados o complejos”, cuyo ámbito de aplicación es el siguiente:

“Artículo 226 A. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este título serán aplicables, en todo caso, a la investigación de los delitos previstos en los artículos 106, 108, 121, 122, 366 quinquies, 367, 367 ter, 374 bis, inciso primero, 411 bis, 411 ter y 411 sexies, todos del Código Penal; los contemplados en la Ley que determina las conductas terroristas; los crímenes contemplados en la Ley N° 20.000; el delito de lavado de activos contenido en la Ley N° 19.913; los delitos de los artículos 1 letra d) y e), 4° letras a) hasta d), 5° letras a) y b) y 6° letra c) de la Ley N° 12.927, sobre Seguridad del Estado y,

²⁶ HÉRNANDEZ, Héctor. “Contra los testimonios de oídas pre-constituidos”

²⁷ Informe Comisión de Expertos, op. cit., pp. 29 y 30.

excepcionalmente, a la investigación de todos aquellos crímenes en que se justifique fundadamente por parte del Ministerio Público que, por sus especiales características, se dificulte su investigación al punto de hacer indispensable el uso de medidas especiales de pesquisa.

En ningún caso podrá fundarse una condena por algún delito diferente de aquellos comprendidos en el inciso precedente en medios de prueba obtenidos en conformidad con las disposiciones de este párrafo”.

En el análisis del artículo 226 A, se considerarán los fundamentos específicos dados por la Comisión de Expertos (*Comisión Hermosilla*) para establecer un régimen procesal especial unitario, para posteriormente recalcar en los aspectos críticos del proyecto del gobierno desde la perspectiva de los derechos fundamentales y su eventual efecto inconstitucional a luz del debido proceso y del principio de proporcionalidad.

1.1. Fundamento de la propuesta de la Comisión de Expertos para regular en forma unitaria un régimen procesal especial: “La criminalidad organizada orientada a la perpetración de crímenes”

La Comisión de Expertos propuso, en vez del establecimiento de un régimen procesal especial específico para la persecución de la criminalidad terrorista, un régimen general de tratamiento de lo que podría calificarse como criminalidad organizada orientada a la perpetración de crímenes, dentro de la cual se contaría sin duda la actividad terrorista. Lo anterior debía expresarse en una regulación situada en el Código Procesal Penal, que contribuiría a uniformar una serie de regímenes procesales inarmónicamente dispersos en leyes especiales (Ley N° 18.314, Ley N° 20.000, Ley N° 19.913, y Ley Seguridad del Estado) y en el Código Penal (arts. 369 *ter*²⁸, 411 *octies*²⁹, 448 *quáter*³⁰),

²⁸ Artículo 369 *ter*.- Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 366 quinquies, 367, 367 *ter*, 374 bis, inciso primero, y 374 *ter*, y la investigación lo hiciere imprescindible, el tribunal, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de esa persona o de quienes integren dicha organización, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de comunicaciones. En lo demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal. Igualmente, bajo los mismos supuestos previstos en el inciso precedente, podrá el tribunal, a petición del Ministerio Público, autorizar la intervención de agentes encubiertos. Mediando igual autorización y con el objeto exclusivo de facilitar la labor de estos agentes, los organismos policiales pertinentes podrán mantener un registro reservado de producciones del carácter investigado. Asimismo, podrán tener lugar entregas vigiladas de material respecto de la investigación de hechos que se instigaren o materializaren a través del intercambio de dichos elementos, en cualquier soporte. La actuación de los agentes encubiertos y las entregas vigiladas serán plenamente aplicables al caso en que la actuación de los agentes o el traslado o circulación de producciones se desarrolle a través de un sistema de telecomunicaciones. Los agentes encubiertos, el secreto de sus actuaciones, registros o documentos y las entregas vigiladas se regirán por las disposiciones de la ley N° 20.000.

²⁹ Artículo 411 *octies*.- Previa autorización del juez de garantía competente, el fiscal podrá autorizar, en las investigaciones por los delitos previstos en el presente párrafo, que funcionarios policiales se desempeñen como agentes encubiertos y, a propuesta de dichos funcionarios, que determinados informantes de esos servicios actúen en esa calidad. Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos indicados en este párrafo, y la investigación lo hiciere imprescindible, el tribunal, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de esa persona o de quienes integren dicha organización, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al

que no obstante su semejanza exhiben gran heterogeneidad en términos de requisitos y alcances. Consecuentemente, propuso derogar todas esas reglas ubicadas extramuros del CPP, en el entendido que una regulación que confiere atribuciones extraordinarias a los órganos de persecución penal y que afectan de modo considerablemente intenso los derechos individuales de las personas, sólo se justifican en virtud de un juicio de ponderación de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, en la medida que son proporcionalmente graves los delitos para cuyo esclarecimiento y enjuiciamiento se establecen. Porque, bajo la vigencia de tal principio, los medios extraordinarios de investigación sólo pueden servir para acreditar hechos que por sus características igualmente extraordinarias dan lugar a la provisión de tales medios. Con ello, además, se evita el abuso no inusual de que una calificación inicial que luego se demuestra infundada sirva para hacer uso de medios extraordinarios y obtener condenas por delitos respecto de los cuales esos medios no eran procedentes.

Luego, la Comisión propuso introducir un nuevo párrafo en el Título I del Libro II del CPP, en el cual debían ubicarse, después de la reformulación propuesta para el artículo 226 CPP, los nuevos artículos 226 *bis* y siguientes que en general reproducen las disposiciones previstas en la ley modelo en la materia, esto es, la que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y otras sustancias prohibidas (actual Ley N° 20.000), cuerpo legal al que se han ido remitiendo otras leyes para la incorporación de tales reglas especiales³¹.

esclarecimiento de los hechos y la grabación de comunicaciones. En lo demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal. Estas técnicas podrán ser utilizadas por el fiscal sea que se trate de una persona, un grupo de personas o una organización delictiva que hubiere cometido o preparado la comisión de los delitos señalados en este artículo. En todo aquello no regulado por este artículo los agentes encubiertos e informantes se regirán por las disposiciones respectivas de la ley N° 20.000.

³⁰ Artículo 448 quáter. Se castigará como autor de abigeato a aquel en cuyo poder se encuentren animales o partes de los mismos referidos en este Párrafo, cuando no pueda justificar su adquisición o legítima tenencia y, del mismo modo, al que sea habido en predio ajeno, arreando, transportando, manteniendo cautivas, inmovilizadas o maniatadas dichas especies animales. El porte de armas, herramientas o utensilios comúnmente empleados para el faenamiento de animales por quien no diere descargo suficiente de su tenencia, se castigará de conformidad a lo establecido en el artículo 445. Las marcas registradas, señales conocidas, dispositivos de identificación individual oficial registrados ante el Servicio Agrícola y Ganadero u otras de carácter electrónico o tecnológico puestas sobre el animal, constituyen presunción de dominio a favor del dueño de la marca o señal. Para los efectos previstos en el inciso primero, en los casos de traslado de animales o de partes de los mismos, realizado en vehículos de transporte de carga, Carabineros de Chile deberá exigir, además del formulario de movimiento animal, la boleta, factura o guía de despacho correspondiente, a efectos de acreditar el dominio, posesión o legítima tenencia de las especies. Ante la imposibilidad de acreditar dicho dominio, posesión o legítima tenencia, según corresponda, por carecer de los mencionados documentos o por negarse a su exhibición, los funcionarios policiales se incautarán de las especies, sus partes y del medio de transporte, dando aviso a la fiscalía correspondiente para el inicio de la investigación que proceda, al Servicio de Impuestos Internos ante un eventual delito tributario, a la autoridad sanitaria competente para que instruya sumario sanitario y al Servicio Agrícola y Ganadero para determinar la eventual existencia de infracciones a la normativa agropecuaria. Ante la sospecha o la comisión de los delitos a que se refiere este párrafo, el Ministerio Público podrá, en lo pertinente, autorizar la correspondiente investigación bajo la técnica de entrega vigilada o controlada, en los términos regulados en el Título II, Párrafo 1°, de la ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas

³¹ Se expresa en el informe de la Comisión de Expertos: "(...) en ella se regula la totalidad de las diligencias y medidas investigativas de carácter especial y actuaciones extraordinarias en materia de enjuiciamiento que han sido propuestas en el derecho comparado para perseguir la criminalidad organizada, y que luego han sido adoptadas e incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico de modo casuístico y sin criterio sistemático claro.

En el artículo 226 *bis* de la propuesta de la Comisión se delimita el ámbito de aplicación a la investigación de los delitos de asociación criminal y asociación criminal terrorista, y los delitos cometidos por tales asociaciones; así como los delitos de financiamiento del terrorismo y otros crímenes análogamente graves cuya persecución ya lleva aparejadas, bajo el derecho vigente, tales medidas especiales de investigación. La Comisión propuso, asimismo, una enunciación taxativa no sólo para respetar el principio de legalidad, evitando cláusulas ambiguas que dejen al arbitrio del tribunal su procedencia, sino que además porque se corresponde con la opción legislativa de Estados que han tenido y tienen una vasta experiencia en materia de criminalidad organizada y, específicamente de terrorismo, como es, por ejemplo, el caso español³².

En consecuencia, conforme a la propuesta de la Comisión la criminalidad organizada cumplirá la función de legitimar un derecho procesal penal especial, esto es, un régimen provisto de medidas especiales de investigación que constituyen importantes limitaciones a derechos y garantías fundamentales (debido proceso, intimidad, etc.). Sin embargo, la idea que rondaba en la Comisión, de que la criminalidad organizada sería el criterio que definiría el campo de aplicación de este régimen procesal especial, no fue expresada en toda su magnitud en la propuesta, y la Comisión terminó usando el criterio de criminalidad organizada solo para los delitos del párrafo X del Libro II del CPP (que son propiamente de asociación), pero omitió toda referencia respecto de los delitos previstos en la leyes 20.000, 19.913, 12.927 y de las figuras del CP.

En efecto, la propuesta de la Comisión fue la siguiente:

“Las disposiciones de este título serán aplicables a la investigación de los delitos de asociación criminal previstos en el párrafo X del Título VI del Libro II del Código Penal, los crímenes contemplados en la Ley Nº 20.000, el delito de lavado de activos contenido en la Ley Nº 19.913, los delitos contenidos en la Ley 12.927, sobre seguridad del Estado, y los delitos contemplados en los artículos 366 quinquies, 367, 367 ter, 374 bis, inciso primero, 411 bis, 411 ter y 411 sexies del Código Penal.”

De este modo, establecer estas medidas delitos menos graves, como el de abigeato, no hace sino trivializar la excepcionalidad con la que debe admitirse su procedencia”.

³² Se señala en el informe de la Comisión: “En efecto, el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su texto actualmente vigente, establece los supuestos y requisitos que deben concurrir para que se autorice –siempre mediante resolución judicial– el empleo de agentes encubiertos y entregas vigiladas en el ámbito de las investigaciones “que afecten actividades propias de la delincuencia organizada”. Y en el número 4 de la misma disposición señala que: “[a] los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes (...) Y enumera taxativamente aquellos delitos cometidos por la asociación criminal que autorizan estas medidas extraordinarias de investigación. Cabe tener presente, además, que en la regulación española la autorización legal para el empleo de agentes encubiertos y entregas vigiladas presupone siempre la existencia de una organización criminal, lo que resulta razonable atendida la naturaleza de dicha técnica de investigación (pareciera absurdo pensarlas para delincuentes solitarios)”. Se cita como otro ejemplo comparado Alemania “Por su parte, el § 110 a) de la Ordenanza Procesal Penal alemana regula la actuación del agente encubierto, que sólo puede ser un funcionario policial, cuando haya indicios suficientes de que se ha cometido un delito de importancia considerable en el ámbito del tráfico ilícito de drogas o estupefacientes, de armas, de falsificación de dinero u otros valores, en el ámbito de la protección estatal, cometido de modo profesional o habitual, o por un miembro de una banda o una organización”.

En ningún caso podrá fundarse una condena por algún delito diferente de aquellos comprendidos en el inciso precedente en medios de prueba obtenidos en conformidad con las disposiciones de este párrafo.

No procederán, en estos delitos, la suspensión condicional del procedimiento ni los acuerdos reparatorios”.

1.2. Fundamento del proyecto del Ejecutivo

En primer lugar, la propuesta del Ejecutivo suprimió los delitos de asociación criminal previstos en el párrafo X del Título VI del Libro II del Código Penal; en segundo término, amplió el ámbito de aplicación a los delitos contemplados en los artículos 106, 108, 121, 122 del Código Penal³³; y en tercer lugar, incorporó una cláusula abierta -cuestión que trató de evitar la Comisión- del siguiente tenor: *“Las disposiciones de este título serán aplicables (...) excepcionalmente, a la investigación de todos aquellos crímenes en que se justifique fundadamente por parte del Ministerio Público que, por sus especiales características, se dificulte su investigación al punto de hacer indispensable el uso de medidas especiales de pesquisa”*. De este modo, se abandona en forma definitiva la idea de la Comisión de establecer un régimen procesal especial y específico para la persecución de la criminalidad organizada, dentro de la cual se contaría la actividad terrorista. Y, además, se propone una cláusula abierta, pero de aplicación excepcional, basada en un criterio impreciso como es la “complejidad de la persecución penal³⁴”.

1.3. Aspectos críticos del proyecto desde la perspectiva de los derechos fundamentales

Previamente, resulta necesario tener una panorámica de las diligencias y medidas especiales de investigación que se proponen en el proyecto, para visualizar su alto impacto en los derechos fundamentales, lo que además permite percibir la necesidad de

³³ Artículos 106 (conspiración), 108 (hacer armas amenazando la independencia o integridad del territorio nacional), 121 (alzamiento a mano armada), 122 (inducción al alzamiento).

³⁴ En su informe en derecho, Jean Pierre Matus propone el siguiente artículo 226-1: “Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este título serán aplicables a la investigación de la comisión o preparación de la comisión de los delitos previstos en los artículos 106, 108, 121, 122, 292 a 295 bis, 366 quinquies, 367, 367 ter, 374 bis, inciso primero, 411 bis, 411 ter y 411 sexies, todos del Código Penal; los contemplados en la Ley que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; los crímenes contemplados en la Ley N° 20.000; el delito de lavado de activos contenido en la Ley N° 19.913; los delitos de los artículos 1° letra d) y e), 4° letras a) hasta d), 5° letras a) y b) y 6° letra c) de la Ley N° 12.927, sobre Seguridad del Estado y, excepcionalmente, en la investigación de todos aquellos crímenes en que se justifique fundadamente por parte del Ministerio Público que, por sus especiales características, se dificulte su investigación al punto de hacer indispensable el uso de medidas especiales de pesquisa. Para otorgar las autorizaciones que se exigen en los artículos siguientes, el juez de garantía citará a una audiencia reservada antes de las 24 horas después de presentada la solicitud del Ministerio Público y en ella se expondrán los antecedentes que justifiquen existencia de los delitos que se trate de investigar, la necesidad de las medidas solicitadas y la existencia de la querrela o denuncia que se hubiere presentado, cuando así lo exija la ley”. Como se puede apreciar, esta propuesta también viene con un *numerus apertus* sujeto a la discrecionalidad del ministerio público. La única salvedad relevante es la inclusión del control judicial que en una primera lectura podría parecer relevante. No obstante ello, la citación a una audiencia reservada quiebra el principio de la bilateralidad de la audiencia, pues en ninguna hipótesis se explicita la participación de un defensor en la misma, tornando así el control judicial en ilusorio, ya que no existirá contrapeso argumentativo alguno sumado al hecho de que el tribunal no puede ni debe, en pro del principio de imparcialidad, agregar antecedentes nuevos.

fijar un criterio preciso que delimite razonablemente su ámbito de aplicación, en función de respetar el debido proceso y los estándares fijados por el principio de proporcionalidad.

Las medidas extraordinarias que se proponen para las hipótesis que se señalan en el artículo 226 A son:

- Un plazo legal de investigación de hasta 3 años, lo que supera el plazo legal de 2 años que fija el artículo 247 del CPP para el procedimiento ordinario (artículo 226 C).
- Se amplía el plazo total del secreto de la investigación hasta un total de 6 meses, muy superior al plazo total de 40 días fijado en el artículo 182 del CPP para el procedimiento ordinario (artículo 226 D).
- Uso de agentes encubiertos y reveladores, previa autorización del juez de garantía y cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una o más personas hubieren cometido o participado en la preparación o comisión, o que ellas prepararen actualmente la comisión o participación, en un hecho constitutivo de alguno de los delitos contenidos en el artículo 226 A (artículo 226 H).
- Entregas vigiladas, previa autorización del juez de garantía y cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una o más personas hubieren cometido o participado en la preparación o comisión, o que ellas prepararen actualmente la comisión o participación, en un hecho constitutivo de algún crimen de la Ley N° 20.000, del delito de lavado de dinero o de alguno de los delitos contenidos en los artículos 366 *quinquies*, 367, 367 *ter* y 374 *bis* del Código Penal (artículo 226 I).
- Exámenes corporales en control de ingreso al país, de conformidad a lo establecido en el artículo 197 del CPP, cuando aparezcan indicios suficientes y razonables de que la persona cuya identidad se controlare porta dentro de su cuerpo o en sus vestimentas o equipaje instrumentos o efectos provenientes de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 226 A (artículo 226 K).
- Medidas anteriores a la formalización de la investigación y sin conocimiento del afectado (artículo 226 L).
- Ampliación del plazo para efectuar la formalización hasta por el término de 5 días (artículo 226 M).
- Medidas especiales en prisión preventiva (artículo 226 N).
- Reserva de identidad de testigos y peritos (artículo 266 O).
- Actuaciones en el extranjero y cooperación internacional (artículo 226 S).

Como se puede apreciar, estas medidas afectan de modo considerablemente intenso los derechos individuales. Así, por ejemplo, la ampliación del plazo legal de la investigación afecta el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable (reconocido en el art. 14.3.c) PIDCP y art. 8.1 CADH); la posibilidad de ampliar el secreto de la investigación a un total de 6 meses afecta el derecho de defensa (reconocido en el art. 19 N° 3 CPR, art. 8.2.c) CADH y art. 14.3, letras a) y b), PIDCP); el uso de agentes encubiertos y reveladores, constituyen técnicas de investigación tan violentas que ha sido preciso disponer una exención de responsabilidad para quien la usa; ampliación del plazo de la detención hasta por el término de 5 días, medida que afecta el derecho a la libertad personal (reconocida en el art. 19 N° 7 CPR, art. 9 PIDCP y art. 7 CADH. Sobre este derecho la Corte Interamericana ha señalado que “el artículo 7.3 de la Convención Americana, al disponer que “[n]adie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”, prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, imprevisibles o carentes de proporcionalidad (...) Para que una medida privativa de libertad se encuentre en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, su aplicación debe conllevar un carácter excepcional y respetar el principio de presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”³⁵); reserva de identidad de testigos, medida que afecta el derecho de defensa, en particular el derecho a controlar la prueba de cargo (reconocido en el art. 14.3.e) PIDCP y art. 8.2.f) CADH).

En consecuencia, considerando que estas medidas afectan de modo considerablemente intenso los derechos individuales, resulta necesario delimitar su campo de aplicación a través de criterios claros y razonables.

1.4. Perspectiva constitucional a considerar

1.4.1. Debido proceso

El artículo 19 N° 3 inc. 6 de la Constitución Política de la República establece que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”³⁶. La citada norma

³⁵ Cfr. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47, y Caso J. Vs Perú, párr.127; Cfr. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 228, y Caso J. Vs. Perú, párr. 158.

³⁶ Esta norma es producto de la Ley N° 19.519, la que introdujo el texto actual del inciso sexto del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, sustituyendo la expresión “racional y justo procedimiento” por “un procedimiento y una investigación racionales y justos”, a efectos de incluir, de manera indubitada y omnicomprensible, dentro de dichas garantías la actuación del Ministerio Público en la etapa de investigación. La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados durante la tramitación de la ley antes señalada indicó en su primer informe: “En vez de hablar de un racional y justo procedimiento, se propone establecer la garantía de un procedimiento y una investigación racionales y justos. La nueva disposición apunta a exigir que la investigación que pudiera dar lugar a un proceso se deberá ceñir también a los requisitos de justicia y racionalidad. Si se tiene en cuenta que el proyecto en informe deja claramente

constitucional le impone al legislador un mandato claro: “establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racional y justos”. Entonces, el Constituyente preservó un papel fundamental para el legislador en la perspectiva de desarrollar de una manera garantística un procedimiento racional y justo. Tuvo conciencia de que un derecho fundamental depende del modo en que se prefiguren los procedimientos para hacer valer los derechos, los medios de protección que lo cautelen y la perspectiva jurisdiccional cuando sea necesario reivindicarlos en la esfera de la justicia³⁷.

En cuanto a la racionalidad y justicia que el legislador debe garantizar en el procedimiento como en la investigación, el Tribunal Constitucional chileno (TC) se ha pronunciado señalando que “el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso”³⁸.

1.4.2. Principio de proporcionalidad

La Comisión de Expertos señaló que dichas medidas solo se justifican en la medida que son proporcionalmente graves los delitos para cuyo esclarecimiento y enjuiciamiento se establecen. Porque, señaló la Comisión, bajo la vigencia de tal principio, los medios extraordinarios de investigación sólo pueden servir para acreditar hechos que por sus características igualmente extraordinarias dan lugar a la provisión de tales medios³⁹.

La justificación de una propuesta legislativa -como la que se analiza- en base al principio de proporcionalidad es correcta, porque los límites a los derechos fundamentales solamente son admisibles en la medida que, realmente, contribuyan al logro de la

sentado que la pesquisa que realice el ministerio público no tiene carácter jurisdiccional, resulta imperativo, entonces, sujetarla también, y expresamente, a las exigencias que la carta fundamental impone al procedimiento.” Al respecto, véase la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 815-07-INA de fecha 19/08/2008.

³⁷ GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo. “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno”, en *Estudios constitucionales*, 11(2), pp. 229-282. En línea: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1838, de 7 de julio de 2011, c. 10.

³⁹ La proporcionalidad implica que la producción de Derecho debe sujetarse a ciertos estándares que impidan o disminuyan al máximo la arbitrariedad. Ese es el origen de la idea de proporcionalidad, que se ha expandido no sólo por Europa, sino que también a nuestras latitudes, tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial. A su vez, la proporcionalidad implica frecuentemente la observancia de ciertas reglas de procedimiento contempladas en la ley, destinadas a proteger la libertad de las personas. Se trata de una consecuencia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que conlleva el deber del legislador (y de otros órganos del Estado) de proteger activamente los valores protegidos por esos derechos fundamentales. El legislador es obligado a cumplir este deber estableciendo reglas sustanciales, procedimentales y de organización que presten una protección suficiente a los derechos. La proporcionalidad se vincula con este deber porque es el medio para proteger al individuo de intervenciones excesivas. Por tanto, la proporcionalidad es antes que todo un mecanismo de control del poder o, lo que es lo mismo, es un instrumento destinado a medir si la intervención estatal es o no lícita. Y no lo será, si en la práctica ella se traduce en la anulación o derogación del derecho o libertad de que se trate. Véase al respecto a ARNOLD, Rainer, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N0 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2012, pp. 65 - 116.

seguridad pública de una manera proporcionada al sacrificio de los derechos fundamentales que comportan y no desnaturalicen los derechos a los que afecten. En otras palabras, el legislador no puede conformarse únicamente con argumentos políticos que justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo (seguridad o efectividad de la persecución penal), sino que además la decisión política debe sostenerse en argumentos de principio, es decir, el legislador debe demostrar que tal decisión política respeta los derechos individuales.

Entonces, el análisis de una propuesta como ésta (que tensiona fuertemente los derechos fundamentales) debe considerar los siguientes parámetros asociados al principio de proporcionalidad:

- El principio de proporcionalidad no sólo ha servido para modular la intervención estatal en las libertades y derechos fundamentales, sino que además ha servido como complemento a otros principios derivados del Estado de Derecho. Así, el principio de determinación y de claridad normativa, es frecuentemente vinculado al de proporcionalidad. En tal sentido, una ley que permite a las autoridades intervenir en la libertad del individuo, debe determinar con precisión los requisitos y las condiciones de la intervención⁴⁰.

- Se han detectado cuatro requisitos que emanan del principio de proporcionalidad. Estos resultan aplicables a toda intervención en los derechos de las personas por parte del poder público, sea del legislador, el ejecutivo o el poder judicial:

a) Debe perseguir una finalidad legítima.

b) Debe ser adecuada o idónea para la promoción (no necesariamente la realización) de dicho objetivo legítimo (adecuación).

c) Debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados (mínimo de intervención).

d) Debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención. Por tanto, los instrumentos y los medios aplicados deben justificarse en su grado de gravedad: la gravedad de las intervenciones debe ser proporcionada a la urgencia o necesidad de los objetivos. Si éstos no son urgentes o no son muy necesarios, los instrumentos utilizados deben ser de menor intensidad. Este último requisito parece ser el más importante para la protección de los derechos individuales. Conlleva una ponderación entre el interés del individuo, manifestado en su derecho fundamental, y el interés público. Esta ponderación debe tener en cuenta la situación particular del individuo y, desde luego, no puede suponer la anulación o negación del derecho.

⁴⁰ Ídem.

Los requisitos de la proporcionalidad han sido recogidos y desarrollados por el Tribunal Constitucional chileno (TC) y por la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, en algunas sentencias el TC ha chequeado si existe relación entre los medios legítimos utilizados y el fin perseguido. En tal sentido, el TC ha señalado que la regulación legal de los derechos "debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos"⁴¹. En la sentencia Rol N° 1.046-08, de 3 de marzo de 2008, sostuvo que en el examen de constitucionalidad de normas legales "debe necesariamente revisarse si las limitaciones que ellas establecen se encuentran suficientemente determinadas por la ley y si están razonablemente justificadas; esto es, si persiguen un fin lícito, resultan idóneas para alcanzarlo y si la restricción que imponen puede estimarse proporcional al logro de esos fines lícitos que la justifican" (considerando 22). Y en la sentencia Rol N° 1.06108, de 17 de abril de 2008, dijo que "si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean -las mismas restricciones- proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando, por ende, tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes" (considerando 17). Más recientemente, ha dado paso a una aplicación más clara y abierta del test de proporcionalidad al señalar que "los límites al derecho consagrado en la Constitución deben, como ha señalado reiteradamente este Tribunal, pasar un examen de proporcionalidad; esto es, perseguir fines lícitos, constituir la limitación un medio idóneo o apto para alcanzar tal fin y resultar el menoscabo o limitación al ejercicio del derecho, proporcional al beneficio que se obtiene en el logro del fin lícito que se persigue".

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, sentencia de 29 de mayo de 2014, declaró que para que una legislación no sea arbitraria, la ley y su aplicación deben respetar los requisitos siguientes: "(...) b) Idoneidad: las medidas adoptadas deben ser idóneas para cumplir con el fin perseguido. c) Necesidad: deben ser necesarias, es decir, es preciso que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto (...) d) Proporcionalidad: deben ser estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. e) Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria"⁴².

⁴¹ Sentencia Rol N° 541-06, de 13 de julio de 2006, considerando 15.

⁴² En los mismos términos en la Opinión Consultiva 5/8556, en la que la Corte hizo suya la opinión de su símil europea respecto de dicha expresión. En concreto la CIDH sostuvo que en el sistema interamericano la restricción (i) debe responder a la 'existencia de una necesidad social imperiosa', es decir, debe estar orientada 'a satisfacer un interés público imperativo'; (ii) entre varias opciones para alcanzar este objetivo

1.5. Observaciones a la propuesta del gobierno a la luz del principio de proporcionalidad y del mandato constitucional de racionalidad y justicia impuesto al legislador en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución

Como se señaló, la Comisión de Expertos propuso un único régimen especial de investigación, inserto en el CPP, que regulara la totalidad de las diligencias y medidas investigativas de carácter especial y actuaciones extraordinarias para perseguir la criminalidad organizada. Asimismo, consideró a la criminalidad organizada como el criterio delimitador que cumpliría la función de legitimar las medidas especiales de investigación, aun cuando dicho criterio no quedó reflejado en toda su magnitud en la propuesta. Por último, la Comisión propuso una enunciación taxativa de casos en que procedería este régimen especial para respetar el principio de determinación y claridad normativa, evitando cláusulas ambiguas porque dejan al arbitrio del tribunal su procedencia.

Por su parte, en la propuesta del gobierno se abandona definitivamente la idea de justificar en la criminalidad organizada un régimen especial de persecución y se da paso a un criterio más ambiguo como es el de “delitos de mayor complejidad”. De hecho, en el mensaje de la propuesta del ejecutivo se indica en forma expresa: “Con esta regulación se busca agrupar las medidas especiales que parecen ser comunes en la investigación de delitos de mayor complejidad (sea que la complejidad provenga o no de su carácter de criminalidad organizada)”. Por último, en este mismo orden, si bien se entrega una lista taxativa de delitos que harían procedente este régimen procesal especial, la taxatividad se rompe al incorporar una cláusula abierta de procedencia que es la siguiente: “investigación de todos aquellos crímenes en que se justifique fundadamente por parte del Ministerio Público que, por sus especiales características, se dificulte su investigación al punto de hacer indispensable el uso de medidas especiales de pesquisa”.

a) Vulneración del principio de proporcionalidad

A nuestro juicio, la propuesta del gobierno atenta contra el principio de proporcionalidad por las siguientes razones:

Primero, atenta contra el principio de determinación y de claridad normativa que impone al legislador el siguiente estándar: *si una ley que permite a las autoridades intervenir en la libertad del individuo, debe determinar con precisión los requisitos y las condiciones*

'debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido', y (iii) la restricción debe ser 'proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo'. Esta interpretación constante de la expresión podría resumirse diciendo que la restricción debe ser (i) conducente para conseguir proteger el valor que se puede proteger mediante la restricción de ese derecho particular; (ii) debe ser proporcional, es decir, en la medida estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido; y (iii) no debe haber otra alternativa para conseguir el fin que restringir ese derecho, lo que implica que, si la hay, debe emplearse esa alternativa y no la restricción.

de la *intervención*. La propuesta del gobierno no cumple con este principio por dos razones:

(i) porque la aplicación del régimen procesal especial a los delitos mencionados en el art. 226 A no se hace depender de un razonable criterio delimitador, de modo que sería perfectamente posible aplicar este régimen especial, por ejemplo, a un sujeto que, sin asociarse con otros, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad, incluso aun cuando no concorra habitualidad en esta conducta (art. 367 ter CP) o al que, sin asociarse con otros, importe material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo (art. 374 bis, inc. 1° CP). Considérese, además, que ambas conductas punibles tienen pena de simple delito, mientras que el homicidio que tiene asignada una pena de crimen está excluido de este régimen particular.

Entonces, debe acudirse a algún criterio razonable que permita determinar con precisión el ámbito de aplicación de estas medidas. En este sentido, debe rescatarse el criterio de “criminalidad organizada” asumido por la Comisión y proyectarse esta vez en toda su magnitud en la norma, porque se trata de un criterio que posee una mayor precisión conceptual. En efecto, el fenómeno de la criminalidad organizada cuenta con un mayor desarrollo conceptual como dan cuenta varios tratados internacionales, así por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2004; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988, Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, 2000, entre otros. Asimismo, el criterio de “criminalidad organizada” resulta muy consistente con el régimen que se propone, porque algunas técnicas especiales de investigación (agente revelador o encubierto, entrega vigilada) y algunas medidas procesales especiales (reserva de identidad de testigos) que vienen en la propuesta del gobierno, nacieron precisamente para perseguir a la criminalidad organizada. En efecto, las técnicas investigativas especiales nacen de una política recomendada por Naciones Unidas para combatir las actividades del crimen organizado en torno al narcotráfico, porque pone en peligro no tan solo la economía de los países más poderosos, sino la estructura social y política de los subdesarrollados⁴³. En efecto, el año 1987 se realiza la Conferencia Internacional sobre Uso Indebido y Tráfico Ilícito de Drogas en que se recomendó a los Estados la utilización de técnicas especiales como la entrega vigilada: “Hacer mayor uso de la técnica de entrega vigilada, en virtud de la cual se sigue un envío de drogas ilícitas ya localizado hasta su destino, a fin de descubrir a los jefes de las bandas criminales”. Esta es la puntada inicial que introdujo – a nivel internacional- las técnicas especiales de investigación de la cual deriva, por ejemplo, el agente encubierto. Un año después, en la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 19 de diciembre de 1988, se hace

⁴³ MOSCATO DE SANTAMARÍA, Claudia, El agente encubierto en el Estado de Derecho, Ed. La Ley, B. Aires, p. 85.

hincapié en la utilización de técnicas encubiertas y en la cooperación entre los Estados⁴⁴. En este contexto, las reformas legislativas alentadas desde las Naciones Unidas fueron receptadas rápidamente por los Estados miembros. Así ocurrió, por ejemplo, en Alemania con la Ley de Lucha contra el Tráfico Ilegal de Estupefacientes y otras formas de Criminalidad Organizada, la cual introdujo modificaciones a la Ley de Procedimientos Penales en materia de protección de testigos y la incorporación del agente encubierto. En Francia la Ley N° 91-1284 (1991) que regula la entrega vigilada y el agente encubierto, en Italia los Decretos 309 (1990) y 306 (1992) que entre otros tópicos establece la no punibilidad de los agentes de policía que participan en actividades encubiertas en determinados delitos. En España donde se incorporó el art. 263 bis a la Ley de Enjuiciamiento Criminal habilitándose la entrega vigilada.

Otro tanto ha sucedido con la criminalidad organizada terrorista. Primero, con la Decisión Marco europea de 13 de junio de 2002 y después con el Plan de acción de 7 de junio de 2004, se comienza a alentar a los Estados –a nivel europeo- a tomar las medidas necesarias para asegurar la eficacia en el combate de los delitos calificados de terrorismo internacional, porque no sólo constituyen un peligro para las instituciones del Estado democrático, sino también una grave amenaza para el conjunto de los ciudadanos. Los Estados, como sucedió con la criminalidad organizada en torno al narcotráfico, adoptaron técnicas especiales en la persecución de estos delitos, similares a las destinadas a la persecución penal del narcotráfico.

Por otro lado, las medidas especiales de protección de testigos también nacieron en el ámbito internacional en torno a la persecución penal de la criminalidad organizada. Por ejemplo, en el artículo 24 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se establece que cada Estado parte adoptará medidas apropiadas para proteger de manera eficaz a los testigos que participen en actuaciones penales contra eventuales actos de amenaza, intimidación, corrupción o daños corporales y para fortalecer la cooperación internacional. Lo mismo la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, Convención de Mérida; la Resolución 60/228, de 8 de septiembre de 2006, de la Asamblea General de Naciones Unidas para la estrategia mundial de lucha contra el terrorismo; la Ley Modelo sobre la protección de los testigos y la *Good practices for protection of witnesses in criminal proceedings involving organize crime*, ambos documentos de la Oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas (ONUDD)

(ii) Por otro lado, aun cuando es de aplicación excepcional, se incorpora una cláusula de procedencia del régimen especial que es de textura abierta, para la “investigación de todos aquellos crímenes en que se justifique fundadamente por parte del Ministerio Público que, por sus especiales características, se dificulte su investigación al punto de hacer indispensable el uso de medidas especiales de pesquisa”. Esta cláusula, dada su textura abierta, rompe con la taxatividad requerida por el principio de determinación y de claridad normativa, y deja al arbitrio del ministerio público y del tribunal la procedencia

⁴⁴ *Ibidem*, p. 86.

del régimen especial. Por tanto, el listado taxativo de delitos a los cuales se les aplicarían las técnicas de investigación pierde todo sentido, y con dicha fórmula se establece legislativamente la instancia para que el Ministerio Público alegue en todos los casos de crímenes, el uso de estas técnicas especial de investigación.

Asimismo, con la fórmula genérica antes dicha se generarán varias consecuencias negativas para la operatividad de la legislación propuesta:

- Pierde todo sentido la proclamación final del artículo 226 A que prohíbe el uso indebido de las técnicas para delitos ajenos al ámbito de aplicación: “En ningún caso podrá fundarse una condena por algún delito diferente de aquellos comprendidos en el inciso precedente en medios de prueba obtenidos en conformidad con las disposiciones de este párrafo.”

- Se abrirá con la redacción indicada del proyecto, un espacio enorme de debate e interpretación acerca de aquellos delitos en que proceden estas técnicas de investigación. Es decir, al tenor de la norma que se propone, el debate se centrará en si el caso era o no “delito diferente de aquellos comprendidos en el inciso precedente”.

- Con la fórmula genérica mencionada, el debate además dejará de ser jurídico, es decir, si se trata o no de uno de los delitos del 226 A, sino que pasará a ser fáctico, del caso concreto, es decir, si se trata o no de un delito que por “sus especiales características, se dificulte su investigación al punto de hacer indispensable el uso de medidas especiales de pesquisa”.

Entonces, la propuesta abre peligrosamente la puerta para que un régimen excepcional valga para cualquier delito, porque bajo el argumento de que la investigación se ve “dificultada”–concepto ambiguo- la excepcionalidad puede expandirse sin más a todo el proceso penal y pasar a ser la regla general. Desde esta perspectiva, con esta cláusula se asume un alto riesgo de discrecionalidad en la persecución criminal.

Asimismo, la propuesta del gobierno sobre la base de un juicio de ponderación no resulta razonable. En efecto, aun cuando con este régimen procesal especial se persiga una finalidad legítima (persecución penal eficiente), la redacción propuesta no permite considerarla necesaria y proporcional en sentido estricto.

(i) No es necesaria, porque el actual sistema procesal cuenta con una gama importante de medidas de investigación intrusivas, pero que afectan menos a los derechos involucrados. Así, para los delitos previstos en los artículos 106, 108, 121, 122, 366 quinquies, 367, 367 ter, 374 bis, inciso primero, 411 bis, 411 ter y 411 sexies, todos del Código Penal, el Código Procesal Penal cuenta con varias medidas y técnicas de investigación (interceptaciones telefónicas, registro de lugar cerrado, práctica de diligencias sin conocimiento del afectado, secreto de la investigación, etc.) que pueden darle efectividad a la persecución. En este punto, creemos que el foco del problema o la

causa de una cierta falta de efectividad de la persecución penal está en otra parte y no en la norma, tal como lo señaló la Comisión de Expertos: “La reforma legislativa que se propone es sólo uno -y ni siquiera el más importante- de los factores que inciden en el esclarecimiento de los delitos y la comprobación de sus partícipes. Un problema que aqueja la investigación de cualquier delito, pero que se vuelve crítica respecto de los más complejos, es la falta de coordinación cooperativa entre fiscales y policías, agravada por la inexistencia de una potestad disciplinaria, pues solo existe subordinación funciona en lo relativo a la vinculación de la policía respecto del ministerio público. Ello genera una gran autonomía y falta de responsabilidad de la primera en el desempeño de sus funciones. Por su parte, la falta de capacitación criminalística de los fiscales, unido a su autopercepción como agentes a cargo únicamente de la dirección jurídica del procedimiento, tiende a impedir un trabajo productivo orientado a obtener evidencia de buena calidad técnica en las primeras horas tras el descubrimiento del delito (especialmente, en el resguardo del sitio del suceso, la recolección de evidencia y su cadena de custodia)”.

Ahora bien, el régimen procesal sería idóneo para las figuras del CP, si ellas fueran parte de la actividad delictual de una organización criminal, porque dada la particularidad y complejidad con que se desenvuelve una organización criminal se hace necesario un régimen como el propuesto en el proyecto.

(ii) No es proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención no es adecuada al objetivo de la intervención. En efecto, los instrumentos y los medios que se quieren aplicar no se justifican en su grado de gravedad, por ejemplo, respecto de figuras como las del art. 367 ter o art. 374 bis, inc. 1º, del CP, cuya penalidad es inferior al homicidio, delito excluido del art. 226 A.

b) Vulneración del debido proceso

La propuesta puede implicar un incumplimiento por parte del legislador del mandato constitucional de establecer siempre las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos. Siguiendo lo declarado por el TC, en cuanto a que un procedimiento es *racional* cuando configura “un proceso lógico y carente de arbitrariedad” y *justo* cuando está orientado “a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso”, podemos situar el proyecto como algo lejano de lo que espera el constituyente. En efecto, al no contener el proyecto un criterio razonable y claro para delimitar el ámbito de aplicación de este régimen procesal más intensivo (como hubiese sido el criterio de “criminalidad organizada”) y al acudir al mismo tiempo a una cláusula abierta de procedencia, no se está garantizando una investigación racional. Al contrario, el procedimiento en su conjunto corre el riesgo de quedar entregado a un impulso arbitrario del Ministerio Público, y abre peligrosamente la puerta para que un régimen que se supone excepcional valga para cualquier delito, es decir, la excepcionalidad puede expandirse sin más a todo el proceso penal y pasar a ser la regla general.

Por otro lado, no se garantiza la justicia del procedimiento, desde que la procedencia del régimen especial está entregada a la calificación que el Ministerio Público realice de los hechos que investiga, sin control judicial previo. En este sentido, si la propuesta del gobierno va en la línea de incorporar delitos comunes del CP a un sistema especial de investigación (y por lo demás de mayor injerencia en los derechos individuales) y una cláusula abierta de procedencia, necesariamente debe existir un control judicial previo. Por tanto, la única forma de darle racionalidad y justicia a la propuesta, es que la calificación de si un hecho es constitutivo de alguno de los delitos señalados en el art. 226 A o se encuentra en el supuesto de procedencia genérica, debe hacerla el juez de garantía en audiencia pública.

2. Forma de inicio de la investigación

La propuesta del gobierno es la siguiente:

*“Artículo 9°.- Las investigaciones a que dieran lugar los delitos contemplados en los artículos 1°, 3°, 5° y 6° de la presente Ley, se iniciarán por querrela del Ministerio del Interior y Seguridad Pública o actuación de oficio del Ministerio Público.
También podrán iniciarse por denuncia o querrela, conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal.*

La referida normativa resulta inocua considerando las modificaciones de que fue objeto el Código Procesal Penal en su artículo 111 inciso tercero.

3. Archivo provisional, facultad de no perseverar y forzamiento de la acusación

La propuesta del gobierno es la siguiente:

*“Artículo 9. Inc. 3°.- Tratándose de la investigación y juzgamiento de estos delitos procederán las siguientes reglas especiales:
a) El ejercicio de la facultad señalada en el artículo 167 del Código Procesal Penal no impedirá que el querellante pueda solicitar la reapertura de la investigación cuando aparecieren nuevos antecedentes.
b) El ejercicio de la facultad de la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal deberá ser fundado y la resolución judicial que la tenga por recibida será susceptible del recurso de apelación.
c) La facultad del artículo 258 del Código Procesal Penal no requerirá formalización de la investigación ni remisión de los antecedentes al Fiscal Regional”.*

En cuanto a su letra a) debe precisarse si la reapertura procede por el solo hecho de solicitarlo el querellante o debe sujetarse a las reglas de apertura del artículo 257 del Código Procesal Penal, en orden a que deben existir diligencias pertinentes y útiles pendientes de hacer o no realizadas y que sean sustanciales al esclarecimiento de los hechos.

En cuanto a la letra b) la propuesta resulta improcedente. En efecto, la comunicación de no perseverar en el procedimiento constituye una decisión administrativa sobre el mérito de los antecedentes de la investigación de exclusiva competencia del Ministerio Público, de modo que no cabe sobre su procedencia ningún pronunciamiento jurisdiccional⁴⁵. En la tramitación legislativa se dejó muy claro que el modelo de sistema escogido en el Código es el que entrega exclusividad de la investigación al Ministerio Público y, en consecuencia, a él sólo compete el juicio de valor acerca del mérito de la investigación. De manera que en la comunicación de no perseverar “al igual que ocurre con la formalización de la investigación, se tomará conocimiento de una decisión del ministerio público sobre la cual no le corresponderá pronunciarse al juez de garantía”⁴⁶.

En cuanto a la letra c), nuestro sistema de persecución penal no permite que el querellante pueda sustituir en los derechos del ente persecutor sin que exista un elemento esencial cual es la formalización y, por ende, si ello se acepta se quebranta la certeza jurídica en cuanto a que siempre debe existir un grado de congruencia entre los hechos por los cuales se formaliza y las acusaciones que se presenten, ello sin perjuicio de las calificaciones jurídicas o participaciones que se invoquen. Al respecto, la Corte Suprema ha declarado que el establecimiento de resguardos procesales en la etapa previa al juicio oral con el objeto de cautelar la presunción de inocencia que ampara a los imputados, comprende la exigencia de congruencia no sólo entre la acusación y la sentencia, sino que también entre el primero de tales actos y la formalización de la investigación. Así se ha señalado por nuestro máximo tribunal “...que por otra parte, el establecimiento de resguardos procesales en la etapa previa al juicio oral con el objeto de cautelar la presunción de inocencia que ampara a los imputados, comprende la exigencia de congruencia no sólo entre la acusación y la sentencia, sino que también entre el primero de tales actos y la formalización de la investigación, ya que el análisis conjunto de lo dispuesto en el inciso final del artículo 259 y en el artículo 270 del Código Procesal permite concluir que la infracción a lo prescrito en la primera de tales normas y su no enmienda en las oportunidades que señala la segunda, acarrea que tal acusación se tendrá por no presentada. En razón de lo anterior, resulta forzoso concluir que sólo es posible el ejercicio de la acción penal por parte del ofendido en los términos que disponen los artículos 258 y 261 del Código Procesal Penal cuando ha existido formalización previa, ya que una inteligencia diversa de lo dispuesto en los artículos 259 y 270 citados supone privarles de efectos, tornando ineficaces los apercibimientos que se establecen y, por ende, privando de protección a las finalidades que ellos cautelan”⁴⁷.

Además de lo anterior, se echa por tierra el principio de la exclusividad de la investigación oficial de la cual es titular el Ministerio Público, y que cuenta con reconocimiento constitucional en el artículo 83 de nuestra Carta Fundamental.

⁴⁵ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Ed. Jurídica de Chile, p. 585.

⁴⁶ PFFEFER, Emilio. *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*. Ed. Jurídica de Chile, p. 395.

⁴⁷ SCS Rol n° 4.909-2013, considerando 10°.

4. Ampliación de la detención y plazo especial de formalización

La norma propuesta es del siguiente tenor:

“Artículo 226 M. Plazo especial de formalización tras la detención. El control de la detención en los delitos del artículo 226 A se someterá a las reglas generales, pero el plazo para efectuar la formalización de la investigación contemplado en el inciso segundo del artículo 132 podrá ser ampliado por el juez de garantía hasta por el término de cinco días cuando el fiscal así lo solicite, por ser conducente para el éxito de alguna diligencia.

La ampliación de este plazo sólo se podrá solicitar en la primera audiencia a la que debe presentarse el detenido, la que podrá verificarse con exclusión de la publicidad, con la sola comparecencia de los intervinientes.

En la misma resolución que ampliare el plazo, el juez de garantía ordenará que el detenido ingrese en un recinto penitenciario y que sea examinado por el médico que el juez designe, el cual deberá practicar el examen e informar al tribunal el mismo día de la resolución. El nombramiento en ningún caso podrá recaer en un funcionario del organismo policial que hubiere efectuado la detención o en cuyo poder se encontrare el detenido.

La negligencia grave del juez en la debida protección del detenido será considerada como infracción a sus deberes, de acuerdo con el artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales.

En cualquier momento, el juez podrá revocar la autorización a que se refiere el inciso primero y ordenar que el detenido sea puesto inmediatamente a su disposición y se formalice la investigación de manera inmediata.”⁴⁸

El proyecto del ejecutivo, en su artículo 226 M, contempla una norma sobre ampliación de la detención y plazo especial de formalización, que viene a modificar la regla vigente respecto de los delitos terroristas, contenida en el artículo 11 de la Ley N° 18.314, reduciendo dicho plazo de diez (10) a cinco (5) días. La norma vigente como la propuesta constituyen una excepción respecto de la regla del artículo 132 inc. 2° CPP, toda vez que la regla del CPP permite al fiscal solicitar la ampliación de la detención, posponiendo la formalización, hasta por 3 días.

Por otro lado, el proyecto señala que la ampliación la decretará el juez de garantía cuando el fiscal así lo solicite, por ser conducente para el éxito de alguna diligencia. El CPP, por su parte, dispone que la ampliación la decretará el juez de garantía cuando

⁴⁸ El conocido como “proyecto Espina” propone un plazo de ampliación de la detención de hasta 10 días, y es del siguiente tenor: “Artículo 17.- Siempre que las necesidades de la investigación así lo requieran, a solicitud del fiscal y por resolución fundada, el Juez de Garantía podrá ampliar hasta por diez días los plazos para poner al detenido a su disposición y para formalizar la investigación. En la misma resolución que amplíe el plazo, el Juez de Garantía ordenará que el detenido ingrese en un recinto penitenciario y que el detenido sea examinado por el médico que el juez designe, el cual deberá practicar el examen e informar al tribunal el mismo día de la resolución. El nombramiento en ningún caso podrá recaer en un funcionario del organismo policial que hubiere efectuado la detención o en cuyo poder se encontrare el detenido. La negligencia grave del juez en la debida protección del detenido será considerada como infracción a sus deberes, de acuerdo con el artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales. El juez podrá revocar en cualquier momento la autorización que hubiere dado y ordenar que se ponga al detenido inmediatamente a su disposición y se formalice la investigación dentro de tercero día contado desde la detención o, si este plazo ya hubiere transcurrido, dentro de las veinticuatro horas siguientes”.

estimare que los antecedentes justifican esa medida, esto es, porque el fiscal no está en condiciones de formalizar y solicitar medidas cautelares.

De una atenta lectura de la propuesta, se puede apreciar que la fórmula del proyecto es problemática desde el punto de vista de la defensa, puesto que la determinación de cuáles sean esas “necesidades de la investigación” queda en buena medida entregada al Ministerio Público.

Al respecto, resulta interesante la exigencia que planteó la Comisión Hermosilla para proceder a la ampliación. La Comisión propuso el artículo 226 quáterdecies que viene a establecer una excepción al art. 132 inc. 2° CPP, tratándose de los delitos sujetos a este estatuto especial (esto es, los señalados en el artículo 226 bis), consistente en que la detención podrá ampliarse, fijándose un plazo especial de formalización de hasta cinco (5) días. En esto, la Comisión Hermosilla siguió como modelo la Ley N° 20.000, que establece una regla especial sobre la materia en su artículo 39, contemplando un plazo de cinco (5) días. En efecto, esta última disposición citada restringe la aplicación de este plazo especial a los casos cuando ello sea “conducente para el éxito de alguna diligencia”. No obstante, la Comisión Hermosilla siguió esta misma terminología, añadiendo una exigencia adicional: tal diligencia debe ser “precisa y determinada”. Es esta redacción la que debe ser promovida desde el punto de vista de la defensa, pues, para que el Juez de Garantía decrete fundadamente la ampliación del plazo de detención, el Ministerio Público deberá ofrecer una justificación para ello, señalando determinadamente y con precisión, qué diligencias investigativas deben necesariamente realizarse previo a la formalización (debiendo, además, satisfacer las exigencias propias de una diligencia realizada en una investigación des-formalizada). Además, esta exigencia resulta consistente con el sistema cautelar personal, en particular con aquellos casos en que el régimen cautelar se funda en la protección del éxito de la investigación. En estos casos, como lo indica el art. 140 CPP, la prisión preventiva se considerará indispensable para el éxito de “diligencias precisas y determinadas de la investigación”.

De ahí que si bien el proyecto del ejecutivo representa un avance favorable para la defensa en comparación con el texto vigente del artículo 11 L. 18.314, es recomendable insistir en la propuesta de la Comisión Hermosilla⁴⁹.

5. Plazo y cierre de la investigación

La propuesta del ejecutivo es la siguiente:

⁴⁹ El artículo 226-11 de la propuesta contenida en el Informe en derecho de Jean Pierre Matus reproduce, en general, el texto preferido por el Proyecto del Ejecutivo. Sin embargo, hace aplicable el plazo especial de cinco (5) días a los delitos complejos o de organización, sujetos al estatuto especial (esto es, los indicados en el artículo 226-1), con excepción de los delitos calificados como terroristas, respecto de los cuales permite que la ampliación del plazo se extienda hasta diez (10) días. Así las cosas, tratándose de los delitos terroristas, la propuesta de Matus conserva el plazo de ampliación de la detención hasta diez (10) días, aunque con una redacción preferible a la del art. 11 L. 18.314. Respecto de las conductas que constituyen crímenes de la Ley N° 20.000, conserva la regla del plazo de cinco (5) días. Y respecto de los demás delitos contemplados en el artículo 226-1, establece un plazo más gravoso en comparación con el del inciso segundo del artículo 132.

“Artículo 226 C. Plazo de la investigación. Para la investigación de los delitos contemplados en el artículo 226 A, el fiscal dispondrá del plazo de tres años desde la primera intervención judicial por cualquier causa, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 234.

Cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado, podrá pedir al juez de garantía que le señale si tiene la calidad de imputado y, en caso afirmativo, la fecha en que se judicializó el procedimiento. Asimismo, podrá solicitar que ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella y fijarle un plazo para que formalice la investigación.

El tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá apercibir al fiscal para que cierre la investigación una vez transcurrido el plazo legal o, en su caso, el judicial, citando a una audiencia a la que deberá comparecer el imputado, se encuentre o no formalizado. Si se decreta el sobreseimiento definitivo de la causa en conformidad con el inciso tercero del artículo 247, se procederá a lo dispuesto en el inciso primero del artículo anterior, cuando corresponda.”

Esta propuesta se debe analizar a la luz del derecho a ser a ser juzgado dentro de un plazo razonable y régimen cautelar personal establecido en la legislación nacional. El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, también conocido como derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, ha sido definido como “un derecho subjetivo constitucional, que asiste a todos los sujetos que hayan sido parte de un procedimiento penal, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a tutela” [Horvitz y López, citando a Gimeno Sendra. Derecho procesal penal chileno. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, p. 72]. Este derecho, que ha sido considerado como un elemento integrante del derecho a la tutela judicial efectiva o del debido proceso [Ibídem], está destinado a proteger valores importantes como minimizar la ansiedad y preocupación que genera una acusación pública y limitar las posibilidades de que una dilación extensa menoscabe la capacidad del acusado para defenderse [Horvitz y López, op. Cit, p. 73]. En consecuencia, dicha garantía es una regla prevista para seguridad de los derechos individuales. Se trata de una garantía que forma parte, configura y da sentido al proceso penal del Estado de derecho. Como tal, es sin duda un derecho público subjetivo de los ciudadanos, limitador del poder penal estatal [Cfr. Kramer, Bernhard. Die Europäische Menschenrechtskonvention und die angemessene Dauer von Strafverfahren und Untersuchungshaft (La Convención Europea de Derechos Humanos y la duración razonable del proceso penal y la prisión preventiva). Tübingen. 1973, p. 147].

En nuestro sistema la garantía del plazo razonable tiene mayor relevancia, si se considera que la prisión preventiva en el CPP no tiene un límite temporal, sino que material (absolución o sobreseimiento). De esta forma, si se considera que la formalización por alguno de los delitos referidos en el artículo 226 A de la propuesta traerá aparejada seguramente la prisión preventiva, el plazo razonable surge como una salvaguarda importante para la libertad personal y la presunción de inocencia. En este orden de ideas, resulta absolutamente excesivo el plazo legal de tres años propuesto.

En relación con el inciso segundo, el control judicial anterior a la formalización de la investigación resultará ineficaz o inoperante –como ocurre con el artículo 186 CPP- si no

se incorpora una sanción en caso que el Ministerio Público se niegue a informar o a formalizar, debiéndose complementar esta fórmula con el expreso establecimiento de la sanción de sobreseimiento definitivo como consecuencia de esta negativa.

6. Medidas especiales en prisión preventiva

La norma propuesta es del siguiente tenor:

“Artículo 226 N. Medidas especiales en prisión preventiva. Durante la audiencia de formalización de la investigación o una vez formalizada ésta, si procediere la prisión preventiva del imputado, el Ministerio Público podrá pedir al juez de garantía que decrete, además, por resolución fundada, todas o algunas de las siguientes medidas:

- a) Recluir al imputado en lugares públicos especialmente destinados a este objeto.*
- b) Establecer restricciones al régimen de visitas.*
- c) Interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica.*

Las medidas indicadas precedentemente no podrán afectar la comunicación del imputado con sus abogados y la resolución que las imponga sólo será apelable en el efecto devolutivo.

Sin perjuicio de lo anterior, en cualquier momento el Ministerio Público podrá solicitar autorización judicial para la realización de diligencias de investigación que la requieran, en los términos del artículo 236.”

El proyecto del ejecutivo, en su artículo 226 N, contempla una regla sobre medidas especiales aplicables al imputado respecto del cual se ha decretado la prisión preventiva. Esta disposición fue incluida a propuesta de la Comisión Hermosilla (artículo 226 *quindecies*), teniendo su antecedente directo en el actual artículo 14 de la Ley N° 18.314.

El artículo 14 de la Ley N° 18.314 regula conjuntamente ciertas medidas especiales aplicables durante la prisión preventiva decretada respecto del imputado por delito terrorista, con las diligencias que puede llevar a cabo el Ministerio Público y las policías de manera previa a la formalización de la investigación y sin conocimiento del afectado, remitiéndose para tales efectos al art. 236 CPP.

En lo que respecta a las medidas especiales aplicables durante la prisión preventiva, el art. 14 de la ley habilita al Ministerio Público para que, en la audiencia de formalización de la investigación o con posterioridad a ella, solicite al Juez de Garantía que (i) se recluya al imputado en un lugar público, especialmente destinado a este objeto; (ii) se restrinja el régimen de visitas; y (iii) se intercepten, abran o registren las comunicaciones telefónicas e informáticas, así como la correspondencia del imputado. Además, la norma exige que el Juez decrete estas medidas por resolución fundada, siendo ésta apelable en el solo efecto devolutivo. Finalmente, la disposición incluye una limitación en cuanto a que estas medidas especiales no pueden afectar la comunicación del imputado con su abogado; y una excepción referida a ciertas autoridades, a quienes no pueden aplicarse estas medidas especiales.

El proyecto del ejecutivo acoge íntegramente la propuesta de la Comisión Hermosilla sobre la materia. La conservación de esta disposición tomada de la ley N° 18.314, sin embargo, debe ser criticada desde el punto de vista de la defensa.

En primer lugar, el texto de la disposición es claro en cuanto a que es el Ministerio Público quien solicita la imposición de estas medidas especiales. Esto es problemático, en vista de que la formalización constituye una facultad privativa y discrecional del mismo; de modo que, en definitiva, la posibilidad de que se imponga alguna de estas medidas especiales recae en la decisión autónoma del fiscal en cuanto a formalizar la investigación por un delito terrorista u otro de los señalados en el artículo 226 A. Luego, la reclusión del imputado en un recinto especial, la restricción del régimen de visitas o la intromisión en sus comunicaciones no pueden depender, a pesar del control judicial, de la decisión adoptada por el fiscal al formalizar.

En segundo lugar y en relación con lo anterior, la reclusión del imputado en un recinto especial durante la prisión preventiva no debe obedecer al tipo de delito que se le imputa (y que depende de la formalización preferida por el Ministerio Público), sino que debiera decidirse en atención al resguardo de la seguridad e integridad del imputado y a brindar las condiciones necesarias para la comunicación entre el imputado y su abogado, presupuesto del adecuado ejercicio del derecho de defensa. En este sentido, la reclusión del imputado en un recinto especial solamente debiese ser admitida en interés de asegurar su protección o su adecuada defensa. Desde esta perspectiva, no se justifica la respectiva medida especial como una facultad privativa del Ministerio Público.

En cuanto a la medida especial consistente en la interceptación y registro de las comunicaciones y de la correspondencia del imputado, se trata de una afectación de la garantía fundamental de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (art. 19 N° 5 CPR). En principio, la disposición en comento respeta la regla general que exige autorización judicial previa (art. 9° CPP). No es claro, sin embargo, que la regla se ajuste detalladamente a las exigencias del art. 222 CPP.

7. Plazo de revisión de la prisión preventiva

La norma propuesta es del siguiente tenor:

“Artículo 226 Ñ. Revisión especial de la prisión preventiva. Tratándose de personas privadas de libertad en virtud de alguno de los delitos mencionados en el artículo 226 A y sometidas a las medidas especiales del artículo 226 M, el plazo de revisión obligatoria de la prisión preventiva previsto en el artículo 145 será de dos meses. En las audiencias de revisión se verificará especialmente la permanencia de los factores que justificaron la aplicación de las disposiciones de este párrafo.”

Como el proyecto del ejecutivo conservó en el artículo 226 Ñ la redacción propuesta por la Comisión Hermosilla, salvo algunos matices que serán observados posteriormente, se comentará brevemente la propuesta de la Comisión. La Comisión Hermosilla incluyó, en

su artículo 226 *sexiesdecies*, una regla sobre el plazo de revisión obligatoria de la prisión preventiva. Se trata de una propuesta original de la Comisión, no encontrándose un antecedente de la misma en la Ley N° 20.000, que en general sirvió de modelo en material procesal; y tampoco hay una regla de este tipo en la Ley N° 18.314. Constituye, por cierto, una regla especial respecto del artículo 145 CPP, puesto que disminuye el plazo de revisión obligatoria de la prisión preventiva a dos (2) meses, tratándose de los delitos comprendidos por el ámbito de aplicación definido en el artículo 226 A del proyecto del ejecutivo. En ese sentido, se trata de una innovación que debe ser promovida desde el punto de vista de la defensa. Y esto, además, porque la disposición propuesta exige que, al revisarse la prisión preventiva, se verifiquen la permanencia de los factores que justifican la aplicación de las reglas sobre delitos organizados. Esto previene que se lleve a cabo la investigación y el juicio bajo el estatuto especial aplicable a los delitos de organización, pero que finalmente se condene por un delito común (como ocurre actualmente, en materia de delitos terroristas). Finalmente, cabe recordar que este plazo especial de revisión de la prisión preventiva es aplicable a los delitos comprendidos en el artículo 226 A del proyecto del ejecutivo), lo que incluye no sólo delitos terroristas, sino también, por ejemplo, los crímenes de la Ley N° 20.000.

Eso sí cabe comentar que el artículo 226 *sexiesdecies* se refiere al “plazo de revisión obligatoria”, sin precisar, como sí lo hace el art. 145 inc. 2° CPP, que el tribunal debe citar de oficio a una audiencia, con el objeto de considerar poner término o prolongar la prisión preventiva. Podría argumentarse que estará de cargo de la defensa solicitar dicha audiencia, no correspondiendo al tribunal hacerlo de oficio. El punto puede salvarse gracias a la caracterización de la revisión del plazo como “obligatoria” y a la referencia explícita al art. 145 CPP, que haría aplicable lo señalado en su inciso segundo, con excepción de la extensión del plazo. Lo mismo puede decirse respecto de la fecha desde la cual éste debe computarse, toda vez que nada dice el artículo 226 *sexiesdecies*, mientras que el art. 145 inc. 2° CPP precisa que el plazo se cuenta desde que se hubiere ordenado la prisión preventiva o desde el último debate oral en que ella se hubiere decidido. Resulta conveniente, por lo tanto, proponer una redacción que explicita y defina los puntos recién tratados.

Como se indicará, el proyecto del ejecutivo conservó en su artículo 226 Ñ la redacción propuesta por la Comisión Hermsilla, se añadió, sin embargo, la frase “y sometidas a las medidas especiales del artículo 226 M”, en relación a la cual deben hacerse dos comentarios.

En primer lugar, la referencia es incorrecta. Las aludidas “medidas especiales” son las contenidas en el artículo 226 N (no M), que trata sobre medidas especiales aplicables en los casos en que se ha decretado la prisión preventiva. El artículo 226 M, en cambio, establece un plazo especial de ampliación de la detención y de formalización, de cinco días.

En segundo lugar, la redacción introducida por el Ejecutivo genera el problema de determinar si el plazo especial de revisión de la prisión preventiva es aplicable solamente cuando concurren copulativamente la privación de libertad y la aplicación de alguna de las medidas especiales del artículo 226 N. Estas medidas sólo son aplicables cuando se ha decretado la prisión preventiva, y si el plazo especial de revisión de la misma procediere siempre que se la ordene en los casos de los delitos indicados en el artículo 226 A, aunque no se impongan las medidas especiales del artículo 226 N, entonces la referencia a éstas resulta superflua. Se entiende, por lo tanto, que el Ejecutivo ha incorporado una exigencia de concurrencia copulativa de la privación de libertad y del establecimiento de medidas especiales. Esta restricción no parece justificada. La afectación más intensa que importa la prisión preventiva para las garantías del imputado –y que fundamenta la necesidad de su revisión– es, precisamente, la privación de libertad y no la imposición adicional de alguna medida como la reclusión del imputado en un lugar público especialmente destinado a dicho objeto (letra a) del artículo 226 N), o la restricción del régimen de visitas (letra b) del artículo 226 N).

8. Medidas intrusivas referidas a las comunicaciones

La norma propuesta es del siguiente tenor:

“Artículo 226 G. Medidas intrusivas referidas a las comunicaciones. Las medidas de retención e incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones y de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas se regirán por las reglas generales, excepto lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 222, en cuanto a indicar el nombre y dirección del afectado por la medida, siendo suficiente consignar la información circunstanciada que permita su individualización o determinación.

Asimismo, y a petición del Ministerio Público, el juez de garantía podrá ordenar el empleo de medios tecnológicos para captar y registrar subrepticamente imágenes o sonidos que tuvieren lugar en lugares o contextos en que exista una legítima expectativa de intimidad, cuando fuere conducente al esclarecimiento de los hechos. Regirán, en lo pertinente, las disposiciones de los artículos 222 a 225.

Para los efectos del artículo 226 E, deberá registrarse la fecha de la resolución que autoriza la respectiva medida y de sus posteriores renovaciones, si correspondiere, así como de su contenido.”⁵⁰

⁵⁰ En relación a estas medidas, la actual Ley N° 18.314 establece en su artículo 14 número 3 lo siguiente: “En los casos del artículo 1° de esta ley, durante la audiencia de formalización de la investigación o una vez formalizada ésta, si procediere la prisión preventiva del imputado, el Ministerio Público podrá pedir al juez de garantía que decrete, además, por resolución fundada, todas o algunas de las siguientes medidas: 3.- Interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica.” Entonces, la actual Ley N° 18.314 autoriza medidas intrusivas respecto a las comunicaciones, las que podrán ser solicitadas durante la formalización o después de ella, si procediere la prisión preventiva. Asimismo, se debe tener presente, que la técnica empleada por la Ley N° 18.314 establece esta medida como una medida especial aplicable respecto del imputado en prisión preventiva, como ya se vio.

Cabe señalar el proyecto del ejecutivo transcribe casi de manera íntegra el artículo 24 de la Ley N° 20.000. Asimismo, el proyecto, en lo relativo a las medidas de retención e incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, remite respectivamente a las reglas generales de los artículos 218, 219 y 222 CPP, artículos que ya contemplan la regulación necesaria y en clara armonía con los principios del debido proceso, como también al respeto estricto a las garantías constitucionales, por lo que la propuesta resulta superflua.

Un comentario más que resulta relevante. La propuesta excepciona respecto del inciso 4° del citado artículo 222 CPP, en el sentido de que para la orden judicial de interceptación y grabación, el proyecto del ejecutivo estima suficiente consignar la información circunstanciada que permita la individualización o determinación del afectado. Sobre esta excepción introducida por el Proyecto del Ejecutivo, es de destacar que el artículo 222 del CPP contiene una norma más estricta para la concesión de estas medidas, al exigir para ello la determinación específica del afectado, esto es, el nombre y dirección del afectado, siendo aconsejable su promoción.

En consecuencia, la propuesta importa una flexibilización y por tanto mayor posibilidad de afectación de las garantías personales y, por otro lado, un menor estándar de exigencia para la concesión de la medida intrusiva, por lo que también en este caso se sugiere no promoverlo desde la defensa. Es sabido que tanto el hogar como las comunicaciones son inviolables y que la forma para que pueda aceptarse su afectación y, en lo particular, interceptar, abrir y registrar las comunicaciones, sólo es posible en la forma como la ley lo señale. Así las cosas, debemos entender esto como una garantía constitucional consagrada en el art. 19 N° 5 de la CPR, y que en cuanto al rol o función que cumplen estas garantías, la Excma. Corte Suprema en sentencia de diez de octubre del 2012, ROL de Ingreso N° 5654-12, considerando 11°, señala en lo pertinente: "...con palabras de Luigi Ferrajoli, "se trata de derechos hacia y, si es necesario, contra el Estado, o sea contra los poderes públicos aunque sean democráticos o de mayoría" (Derecho Fundamentales, en Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, Editorial Trotta, p. 38); esto es, dicho de otro modo, son "atributos de los individuos frente al poder" (Eduardo ADÚNATE LIZANA, Derechos Fundamentales, p. 159) [...] Julián López Masle, por su parte, ha manifestado idéntica posición, porque en su opinión los derechos y garantías constitucionales "...están establecidos como salvaguardas frente al ejercicio del poder estatal para la persecución de los delitos y no a favor del Estado"."

Según estas consideraciones es que se hace necesario exigir un estándar mínimo o dicho de otra forma, requisitos básicos para que operen dichas medidas intrusivas, en el mismo sentido en que lo hace el artículo 222 CPP. Sobre el particular, Alex van Weezel y Tomás Darricades, en su artículo "Interceptaciones telefónicas oportunidades para avanzar", Revista del Abogado, N° 52, julio 2011, p. 41 expresan que: "en algunos casos especiales se establecen requisitos menos exigentes para que el juez otorgue la autorización [...] cuando se investigan estos delitos, el juez puede autorizar la

interceptación si estima que existen “presunciones fundadas” de que se ha cometido alguno de ellos y además considere que la medida es “imprescindible” para la investigación [...] a su vez, la Ley N° 18.314, que sanciona conductas terroristas, contempla la interceptación de comunicaciones telefónicas e informáticas exigiendo solamente los requisitos que harían procedente la prisión preventiva del imputado. El examen de estos presupuestos permite advertir, sin embargo, que la técnica legislativa empleada es precaria para la delimitación precisa de su contenido.”

Sobre lo mismo, en la doctrina internacional don José Remotti Carbonell, en su texto “Constitución y medidas contra el terrorismo”, p. 218-219, señala: “dentro de las múltiples actividades investigadores, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuentan con la posibilidad de requerir una orden judicial que les permita intervenir las comunicaciones de una persona sospechosa o, cumpliendo con los requisitos constitucionalmente establecidos, tomar medidas suspensivas del secreto de las comunicaciones [...] bien es cierto que la necesidad de garantizar la eficacia de las medidas suspensivas, así como el imperativo de proteger las fuentes reservadas, impide en este caso que la fundamentación exigida para adoptar esta medida pase por debelar tales fuentes. Por el contrario, la necesidad de imponer límites a la adopción de estas medidas que, garantizando su eficacia, impidan su uso abusivo y arbitrario, hacen que la racionalidad exigida a la misma haya de estar dirigida a acreditar, primero, una mínima actividad de contraste de dichas informaciones; segundo, que se trate de investigar a dicha persona respecto a su participación en determinadas actividades terroristas; tercero, la existencia de circunstancias de urgencia que hagan prever a la autoridad competente que el retardo ocasionado en la tramitación de la orden judicial, originaria que la medida se convirtiera en ineficaz; y cuarto, la determinación del medio de comunicación a afectar y su relación con la persona afectada”.

Por lo expresado debe enfatizarse que el legislador debe maximizar y no flexibilizar la garantía asegurada en favor de la persona; de otra manera el afectado con la medida intrusiva verá disminuida sus atributos frente al poder del Estado, estimándose que esto sería el argumento a plantear a la comisión.

9. Medidas sin conocimiento del afectado

La norma propuesta es del siguiente tenor:

“Artículo 226 L. Medidas anteriores a la formalización de la investigación y sin conocimiento del afectado. El Ministerio Público podrá solicitar al juez de garantía que decrete las siguientes medidas cautelares, sin comunicación previa al afectado, antes de la formalización de la investigación:

a) Impedir la salida del país de quienes, a lo menos, se sospeche fundadamente que están vinculados a alguno de los delitos previstos en el artículo 226 A, por un período máximo de sesenta días. Para estos efectos, deberá comunicar la prohibición y su alzamiento a la Policía de Investigaciones y a Carabineros de Chile. En todo caso,

transcurrido este plazo, la medida de arraigo señalada caducará por el solo ministerio de la ley, de lo cual deberán tomar nota de oficio los organismos señalados, y

b) Ordenar cualquier medida cautelar real que sea necesaria para evitar el uso, aprovechamiento, beneficio o destino de cualquier clase de bienes, valores o dineros provenientes de los delitos materia de la investigación.

Para estos efectos, y sin perjuicio de las demás facultades conferidas por la ley, el juez podrá decretar, entre otras, la prohibición de celebrar determinados actos y contratos y su inscripción en toda clase de registros; retener en bancos o entidades financieras depósitos de cualquiera naturaleza que sean; impedir transacciones de acciones, bonos o debentures y, en general, cuanto conduzca a evitar la conversión del provecho ilícito en actividades que oculten o disimulen su origen delictivo.

También con la autorización del juez de garantía, otorgada de conformidad al artículo 236, el Ministerio Público podrá recoger e incautar la documentación y los antecedentes necesarios para la investigación de los hechos, en caso de aparecer indicios graves que de esta diligencia pudiere resultar el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para aquélla. Se aplicará, al efecto, lo dispuesto en los artículos 216 y 221.⁵¹

El proyecto del ejecutivo se limita a proponer una transcripción literal del art. 27 de la actual ley N° 20.000, norma que solo opera antes de la formalización. En el artículo propuesto por el Proyecto del Ejecutivo, no se establece ningún estándar para la concesión de las medidas previstas en los incisos primero y segundo, mientras que las aludidas en el inciso final dependen de la existencia de sospechas fundadas o de indicios graves. Esto resulta grave para los derechos del afectado, porque la procedencia, por ejemplo, del arraigo nacional o de medidas cautelares reales queda entregada únicamente a la voluntad del órgano persecutor, mientras que la medida de incautación está supedita a un estándar de sospecha o indicio.

Luego, desde la perspectiva de una mayor protección de los derechos fundamentales, es preferible la norma del art. 236 CPP, a la que se remite la actual ley N° 18.314, puesto que para la autorización sin conocimiento del afectado, se debe considerar la gravedad de los hechos o que por la naturaleza de la diligencia sea indispensable para su éxito que se lleve a cabo sin conocimiento del afectado, lo que constituye un estándar de procedencia general y de mayor exigencia para el juez.

⁵¹ Respecto de este punto la Ley N° 18.314 en el penúltimo inciso de su artículo 14 se remite al artículo 236 CPP, señalando: "Sin perjuicio de lo anterior, en cualquier momento el Ministerio Público podrá solicitar autorización judicial para la realización de diligencias de investigación que la requieran, en los términos del artículo 236 del Código Procesal Penal." En lo atinente, el art. 236 CPP señala: "Autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado. Si el fiscal requiere que ellas se lleven a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancias resulta indispensable para su éxito. Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia."

La exigencia de presupuestos materiales mínimos para otorgar estas medidas, viene impuesta por la garantía de la fundamentación de las resoluciones judiciales, recogida en el artículo 36 CPP. En efecto, si el tribunal debe indicar en la resolución, que no sea de mero trámite, los motivos de hecho y de derecho en que funda su decisión, ello supone que las actuaciones procesales que implican la afectación de garantías constitucionales deben requerir un supuesto mínimo de procedencia, de lo contrario la fundamentación no tendría ninguna relevancia⁵², y la garantía de la autorización judicial previa recogida en el artículo 9 CPP y artículo 83 de la Constitución, sería reemplazada por una decisión administrativa, esto es, la petición del Ministerio Público.

Luego, si entendemos que la resolución judicial que restringe una garantía constitucional debe ser necesariamente fundada, se debe concluir lógicamente que aquellas resoluciones destinadas a autorizar al Ministerio Público la posibilidad de realizar actuaciones sin el conocimiento del afectado y que, por consiguiente, de igual forma puede vulnerar otras garantías constitucionales, pertinente es que se deba tener, a lo menos, iguales reglas de exigencia de concesión, de lo que se desprende que para su debida fundamentación deberá cumplir con requisitos de procedencia para solicitar esa medidas, elementos que en el Proyecto del Ejecutivo no se vislumbran, salvo en su inciso final, en cuanto se remite al mismo art. 236 CPP, el cual efectivamente solicita exigencias mínimas de precedencia. De esta forma se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a las garantías judiciales en estados de emergencia, al señalar que: “Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”. (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87, de 6 de octubre de 1987, § 27; casos del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano) contra Perú, sentencia de 31 de enero de 2001, § 69; Baena Ricardo y otros contra Panamá, sentencia de 2 de febrero de 2001, § 124; Ivcher Bronstein contra Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001, § 102 y 103; Yatama contra Nicaragua, sentencia de 13 de junio de 2005, §147 a 152).

10. Reglas de cumplimiento y colaboración

La norma propuesta es la siguiente:

⁵² A modo de ejemplo puede señalarse que la prisión preventiva, que es la medida cautelar más gravosa que limita la libertad individual garantizada constitucionalmente y respecto de la cual los arts. 122, 139, 140 y 143 CPP imponen su excepcionalidad y concesión fundada por parte del tribunal. Así, la Excm. Corte Suprema, en fallo del 10 de septiembre de 2014, Rol de Ingreso N° 23.772-14, en uno de sus considerandos, señala: “Que de conformidad con lo que disponen los artículos 36 y 143 del Código Procesal Penal, la necesidad de fundamentación de las resoluciones judiciales, en particular aquella que ordena la prisión preventiva, constituye una garantía consagrada a favor del imputado para conocer a cabalidad los motivos de la decisión que lo priva de libertad y que encuentra reconocimiento constitucional en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política de la República.”

“Artículo 226 F. Colaboración con el Ministerio Público. Los notarios, conservadores y archiveros deberán entregar al Ministerio Público, en forma expedita y rápida, los informes, documentos, copias de instrumentos y datos que se les soliciten.

El otorgamiento de los antecedentes mencionados en este artículo será gratuito y libre de toda clase de derechos e impuestos.

El que se resista o se niegue injustificadamente a entregar al Ministerio Público los informes, documentos y demás antecedentes que se le soliciten en conformidad a los incisos precedentes, será castigado con la pena de reclusión menor en su grados medio a máximo”.

En relación a las reglas de cumplimiento, el proyecto no contempla disposición alguna respecto del cumplimiento de las diligencias que fueren encomendadas, cuestión que en la actual normativa sí se presenta, específicamente en el art. 12 de la Ley N° 18.314. En cuanto a las reglas de colaboración, el proyecto propone una regla en su artículo 226 F, dirigida a los Notarios, Conservadores y Archiveros, quienes deben entregar al Ministerio Público, en forma expedita y gratuita, los documentos, informes, copias de instrumentos y datos que les sean solicitados. La resistencia o negativa injustificada a dicha entrega, se castigará con pena de reclusión menor en su grado medio a máximo.

Esta propuesta es similar al artículo 180 inc. final del CPP, que contiene una regla de colaboración dirigida, además de Notarios, Conservadores y Archiveros, a toda persona, funcionario público o autoridad; con la diferencia que no asigna pena para el caso de negativa o resistencia a la entrega. Asimismo, regla parecida encontramos en el artículo 19 inc. 1° del CPP, dirigida a toda autoridad u órgano del Estado y cuya entrega de información incluye a los tribunales penales. Según los términos de tales disposiciones, que concuerdan con el fin expresado por el proyecto del ejecutivo, se advierte una reiteración que bien puede ser absorbida en el texto de tales normas.

Respecto de la imposición de una pena cuando se niega la colaboración, desde el punto de vista de la defensa, cabe estimar que pudo haberse utilizado y o modificado el artículo 269 bis CP, relativo al delito de obstrucción a la justicia, subsumiendo en dicha norma la negativa a colaborar como una forma de obstruir la investigación.

En consecuencia, sobre este aspecto del Proyecto del Ejecutivo, tanto la colaboración como el cumplimiento de las instrucciones emanadas por el Ministerio Público, cabe comentar como una cuestión relevante que dichas reglas se encuentran debida y suficientemente reguladas en nuestro Código Procesal Penal, como ya se ha dicho, específicamente en los artículos 19 y 180. No se visualiza, por lo mismo, cuál sería la razón reiterarlo e incluirlo en el Proyecto del Ejecutivo.

11. Utilización de medios de prueba

La norma propuesta es la siguiente:

“Artículo 226 B. Utilización de medios de prueba. Los antecedentes o evidencia obtenidos mediante la aplicación de las facultades previstas en este párrafo y que resultaren irrelevantes para el procedimiento serán entregados o devueltos en su oportunidad a las personas afectadas y se destruirá todo registro, transcripción o copia de ellos por el Ministerio Público.

Lo prescrito en el inciso precedente no regirá respecto de aquellos antecedentes o evidencias que pudieren ser útiles o relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos en cuya investigación fueren también aplicables las disposiciones de este párrafo.

Los resultados de las diligencias o medidas intrusivas establecidas en el presente párrafo no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento cuando ellas hubieren sido obtenidas fuera de los casos o sin haberse cumplido los requisitos que autorizan su procedencia.

Sin perjuicio de lo anterior, los documentos oficiales emanados de los servicios policiales o de inteligencia serán idóneos para provocar las autorizaciones a las que se refiere el artículo 9° del presente Código o para la petición o decreto de medidas cautelares personales o reales y pueden ser presentados en las audiencias a que la investigación de estos delitos dieren lugar.”

Sobre la propuesta, las siguientes observaciones:

Primero, en relación con el inciso tercero, que prescribe la inutilizabilidad como medio de prueba de los resultados provenientes de diligencias o medidas intrusivas realizadas fuera de los casos establecidos en la ley o sin haberse cumplido los requisitos que autorizan su procedencia. Esta norma de garantía podría resultar ineficaz, porque no evita que dicha prueba sea producida e incorporada de todos modos al juicio oral a través de testimonios de oídas. Por lo mismo, sería altamente recomendable establecer como una propuesta alternativa el que se contemple la imposibilidad de ser producida e incorporada en el juicio oral por cualquier vía, pues de lo contrario se deja al arbitrio judicial su equivalencia con testimonios de referencia u oídas.

Segundo, surgen dudas respecto de la constitucionalidad del inciso cuarto del artículo 226 B, que el proyecto incorpora al Código Procesal Penal, pues de su lectura los resultados de las diligencias o medidas intrusivas establecidas en el nuevo párrafo 4° obtenidas fuera de los casos o sin haberse cumplido los requisitos que autorizan su procedencia, pese a no poder utilizarse como medio de prueba, serán idóneos para provocar las autorizaciones a las que se refiere el artículo 9° del mismo Código, con el solo requisito de que estos consten en documentos oficiales emanados de los servicios policiales o de inteligencia, lo cual se encontraría en directo conflicto con el 7° de la Constitución.

En efecto, la Constitución, el inciso primero del artículo 7° establece los requisitos del actuar válido de los órganos del Estado, utilizando, para lo que interesa, la expresión “en la forma prescrita por la ley”. Ello implica que los actos de los órganos del Estado deben

cumplir con las formas legales, esto es, la “forma” debe ser entendida como procedimiento, como secuencia regulada de actos y actuaciones materiales que los órganos del Estado deben cumplir para llegar a un determinado resultado, y que éste sea considerado un actuar válido. La aplicación del art. 7° a la actividad de los órganos del Estado involucrados en la persecución penal implica que éstos, en toda la actividad desarrollada con el objetivo de asociar una consecuencia punitiva a uno o más sujetos determinados, tanto en su etapa de investigación, de acusación, como de juzgamiento, está sometida a la misma exigencia. Descrito en términos metafóricos, el ordenamiento jurídico dota al Estado de la potestad de llevar a un individuo desde la calle hasta detrás de las rejas si y sólo si puede recorrer todo el trayecto, desde la aprehensión física hasta la clausura del encierro, por el camino del derecho. Cualquier paso dado fuera de la juridicidad priva a la potestad del Estado de su sustento de juridicidad haciéndola devenir, desde el punto de vista del Estado, en antijurídica, inválida.

De este modo, la propuesta del ejecutivo no puede aceptarse, porque los antecedentes obtenidos fuera de la forma prescrita por la ley son inválidos, y el Estado no puede ocuparlos como fundamento de futuras medidas intrusivas o cautelares. Luego, una disposición legal que habilita al Estado para incorporar a la persecución penal actuaciones que han transgredido la legalidad es, ya por este sólo concepto, inconstitucional.

12. Exámenes corporales en control de ingreso al país

La norma propuesta es la siguiente:

“Artículo 226 K. Exámenes corporales en control de ingreso al país. Los exámenes establecidos en el artículo 197 serán también procedentes cuando, en una diligencia de control de ingreso al país, aparezcan indicios suficientes y razonables de que la persona cuya identidad se controlare porta dentro de su cuerpo o en sus vestimentas o equipaje instrumentos o efectos provenientes de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 226 A. En este caso, se procederá de la forma dispuesta en los incisos segundo y tercero del artículo 197.”

Previo al análisis de la propuesta, algo debe decirse respecto del control de identidad migratorio, figura introducida en nuestro ordenamiento en virtud, precisamente, del art. 29 bis de la Ley N° 20.000; disposición incorporada por la Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005. La norma faculta a los funcionarios de la PDI que controlan el ingreso de toda persona al país, para practicar exámenes corporales a fin de detectar el transporte ilícito de estupefacientes o sustancias sicotrópicas. El ejercicio de esta facultad, no obstante, queda circunscrito al contexto del control de identidad migratorio, evitándose así que sea extensible a toda hipótesis de control de identidad, es decir, se excluyen los casos del art. 85 CPP. En estos últimos, solamente podrá procederse de conformidad a las reglas generales, en particular según el art. 197 CPP. El control de identidad migratorio, en cambio, no requiere la concurrencia de alguna de las circunstancias señaladas en el art. 85 CPP, sino que los funcionarios de inmigración se

encuentran especialmente facultados para llevarlo a cabo en virtud del art. 10 DL N° 1.094 de 1975, que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile y del art. 5° DL N° 2.460 de 1979, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile.

En relación con el control de identidad migratorio, pueden formularse al menos dos comentarios. En primer lugar, más allá del caso típico en que una persona se identifica ante el funcionario de inmigración exhibiendo la respectiva documentación y en dependencias específicamente destinadas a estos efectos; los contornos del control de identidad migratorio pueden resultar más o menos difusos, existiendo la posibilidad que se practique, pudiendo así realizarse exámenes corporales, en circunstancias que solamente procedía un control de identidad propio del art. 85 CPP. La invasión que importan los exámenes corporales del art. 197 CPP a la intimidad, así como el menoscabo a la salud y a la dignidad de quien se somete a ellos, exigen que el ejercicio de esta facultad de la policía sea restringido (art. 5° inc. 2° CPP), para lo cual es necesario que se delimite claramente el ámbito de aplicación del control de identidad migratorio. Como se verá más adelante, la redacción preferida por el Proyecto del Ejecutivo y por la propuesta de Jean Pierre Matus, tienden a diluir la distinción.

En segundo lugar, es discutido el estatus de la persona que es sometida a exámenes corporales con ocasión de un control de identidad migratorio, en particular si acaso tiene o no la calidad de imputado (Vé. MARCAZZOLO AWAD, Ximena, "Control de Identidad Migratorio", en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 36, octubre de 2008, pp. 110-118). La cuestión tiene dos consecuencias inmediatas: en primer lugar, el art. 29 bis de la Ley N° 20.000 se remite al inciso segundo del art. 197 CPP, exigiendo que la persona cuya identidad se controla, antes de ser sometida a los exámenes corporales, sea apercibida de sus derechos. La práctica policial indica que los funcionarios de inmigración entienden que están frente a un imputado y dan lectura a los derechos que le asisten a la persona como tal (Vé. IBARRA HIDALGO, Germán, "El control de identidad migratorio: Efectiva herramienta de investigación para el control del Narcotráfico", en *Estudios Policiales*, N° 10, diciembre de 2013, pp. 55-75). La norma, sin embargo, solamente pareciera exigir que se le aperciba del derecho a negarse a que se le practiquen los exámenes corporales, en cuyo caso se requerirá de autorización judicial. En segundo lugar, si se entiende que la persona cuya identidad se controla y que es requerida para consentir o negarse a que se le practiquen exámenes corporales, tiene el estatus de imputado de conformidad al art. 7° CPP, le asisten todos los derechos que corresponden a ésta, como lo es el de guardar silencio. De ahí que el Ministerio Público intentará argumentar que la persona adquiere la calidad de imputado únicamente cuando, de las resultas de los exámenes corporales, se verifica una situación de flagrancia (Vé. *op. cit.* MARCAZZOLO AWAD).

Hecha la distinción sobre el control de identidad migratorio, se analizará el proyecto del gobierno. Para entender esta parte del proyecto hay que referirse a la propuesta de la Comisión Hermosilla. La Comisión incluyó, en su artículo 226 *duodecies*, una regla sobre los exámenes corporales que se realicen con ocasión de un control de identidad

migratorio. La propuesta tiene su antecedente directo en el art. 29 bis de la Ley N° 20.000, legislación especial que sirvió como modelo en materia procesal para la propuesta de la Comisión. Cabe destacar que el epígrafe del artículo 226 *duodecies* explicita que se trata de una regla especial en materia de “exámenes corporales”, en relación al art. 197 CPP, y –como lo hace el art. 29 bis de la Ley N° 20.000– se refiere a que los exámenes corporales del artículo 197 CPP “serán también procedentes” en el contexto del control de identidad migratorio. Dicha redacción da luces de que la especialidad de la disposición en comento viene dada por extender la aplicación del art. 197 CPP a un supuesto de hecho que, en principio, no estaría cubierto por éste. Y hacia el final de la disposición, se hacen aplicables los incisos segundo y tercero del art. 197 CPP. Lo que no es del todo claro es si, tratándose de los mismos exámenes corporales, deben satisfacerse las exigencias impuestas por el inciso primero de esta última disposición, vale decir, (i) necesidad de los exámenes corporales para constatar circunstancias relevantes para la investigación; y (ii) no producir menoscabo a la salud o dignidad de la persona sometida a ellos⁵³.

Ahora bien, como el artículo 226 *duodecies* trajo a la regulación de los delitos complejos o de organización, una disposición cuya redacción obedece al contexto del tráfico ilícito de drogas, esto tuvo como efecto que procederán los exámenes corporales cuando el funcionario de inmigración no sólo tenga la “sospecha fundada” de que la persona porta dentro de su cuerpo drogas u otras sustancias estupefacientes o sicotrópicas, sino que cualesquiera instrumentos o efectos provenientes de los delitos señalados en el artículo 226 bis (proyecto Comisión), que incluyen, por ejemplo, además de las conductas terroristas, el lavado de activos y la producción de material pornográfico infantil.

Además, en materia de tráfico de drogas, se producen dos anomalías. En primer lugar, el art. 29 bis de la Ley N° 20.000 incluía una restricción: el porte dentro del cuerpo debía realizarse “para efectos de transporte”, no siendo procedentes los exámenes corporales para detectar la presencia de drogas al interior del cuerpo, que hubieren sido ingeridas o introducidas como forma de consumo. En segundo lugar, a diferencia del art. 29 bis de la Ley N° 20.000 que se refería al porte de “drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas ilegales”, el artículo 226 *duodecies* (por remisión al artículo 226 bis) sólo hace procedente los exámenes corporales en el contexto del control de identidad migratorio en materia de tráfico de drogas, respecto de los “crímenes” contemplados en la Ley N° 20.000. El microtráfico, sin embargo, tiene asignada una pena de simple delito, no de crimen (art. 4° L. 20.000, arts. 3° y 21 CP). Por consiguiente, portar dentro del

⁵³ La disposición propuesta por Matus (artículo 226-9) desvincula su contenido de los exámenes corporales del art. 197 CPP, haciendo solamente aplicables los incisos segundo y tercero de esta disposición cuando se practiquen “exámenes corporales invasivos”. La propuesta es problemática desde el punto de vista de la defensa. En primer lugar, porque al haber eliminado toda referencia al porte “dentro del cuerpo”, no delimita en qué hipótesis serían procedentes los exámenes corporales, bastando para ello que “aparezcan indicios de que la persona [...] porta instrumentos o efectos” provenientes de los delitos sujetos a la regulación especial. En segundo lugar, hace procedentes los incisos segundo y tercero del art. 197 CPP respecto de exámenes corporales caracterizados como “invasivos”; calificación que no es requerida por el art. 197 CPP. No hay, a diferencia de la propuesta de la Comisión Hermosilla y del Proyecto del Ejecutivo, otra referencia al art. 197 CPP que pudiera hacer procedentes las exigencias que éste impone.

propio cuerpo “pequeñas cantidades” de droga no debiera suscitar la práctica de los exámenes corporales del art. 197 CPP en la hipótesis del control de identidad migratorio.

Asimismo, a la hipótesis de “portar dentro de su cuerpo” del art. 29 bis de la Ley N° 20.000, el artículo 226 *duodecies* añadió el porte en las vestimentas y en el equipaje. Sin embargo, conservó la redacción de la parte final de la disposición en idénticos términos, provocando otra anomalía: “En este caso, se procederá de la forma dispuesta en los incisos segundo y tercero del artículo 197”. El texto de la ley, según se lo propone, somete el registro de las vestimentas y del equipaje al estatuto de los exámenes corporales, debiendo apercibirse a la persona de su derecho a negarse al examen de sus vestimentas y equipaje, en cuyo caso se requerirá de autorización judicial⁵⁴.

El artículo 226 K del Proyecto del Ejecutivo no resolvió ninguna de las anomalías recién apuntadas. Sin embargo, modificó, la redacción propuesta por la Comisión Hermosilla, en dos sentidos. En primer lugar, ya no se refiere al “control de identidad migratorio”, como lo hace el artículo 226 *duodecies* de la Comisión que siguió la terminología del art. 29 bis de la Ley N° 20.000, sino a “control de ingreso al país”. No obstante, igualmente se refiere a “la persona cuya identidad se controlare”, de modo que este “control de ingreso al país” es, en todo caso, un control de identidad. A pesar de ello, la modificación prefirió un lenguaje más vago, que difumina la delimitación de este control de identidad respecto del regulado en el art. 85 CPP. Como se indicó al comienzo, esto es problemático, toda vez que prescinde de la concurrencia de las circunstancias señaladas en esta última disposición y además, habilita para la práctica de exámenes corporales. En segundo lugar, el Proyecto del Ejecutivo introduce una modificación que debe ser promovida desde el punto de vista de la defensa. El artículo 226 *duodecies* propuesto por la Comisión Hermosilla, siguiendo la redacción del art. 29 bis de la Ley N° 20.000, exige, para que sean procedentes los exámenes corporales, que “aparezcan fundadas sospechas” de que la persona cuya identidad se controla porta dentro de su cuerpo, en sus vestimentas o en su equipaje, instrumentos o efectos provenientes de los delitos sometidos a esta regulación especial. El Proyecto del Ejecutivo eleva dicho estándar, exigiendo el artículo 226 K que “aparezcan indicios suficientes y razonables”. Es decir, además de exigirse un “indicio” (y ya no una “sospecha fundada”), éste debe cumplir con requisitos de “suficiencia” y “razonabilidad”⁵⁵.

⁵⁴ La propuesta de Matus resuelve la anomalía generada por el artículo 226 *duodecies* de la Comisión Hermosilla y artículo 226 K del Proyecto del Ejecutivo, en cuanto distingue el procedimiento referido al registro de vestimentas, equipaje o vehículos, del de los exámenes corporales. En el primer caso, hace aplicable lo establecido en el art. 85 CPP sobre la materia, pudiendo los funcionarios “proceder directamente al registro” (cuando aparezcan indicios del porte).

⁵⁵ El artículo 226-9 de la propuesta incluida en el Informe en derecho de Jean Pierre Matus se hace cargo del contenido del artículo 226 *duodecies* de la propuesta de la Comisión Hermosilla y del artículo 226 K del Proyecto del Ejecutivo, con modificaciones relevantes. Así, por ejemplo, en la disposición propuesta por Matus se extiende su aplicación no sólo al control efectuado al ingreso (o salida) a través de un paso fronterizo u otra vía de ingreso al país (por ejemplo, el control de inmigración del aeropuerto), sino también a las zonas francas aduaneras. Esto puede resultar problemático en cuanto a que la disposición faculta a la “autoridad aduanera a cargo” para practicar el registro de vestimentas, equipaje o automóvil, dentro de los cuales se porten instrumentos o efectos provenientes de los delitos sujetos a esta reglamentación especial. Esto implica que funcionarios de la Dirección Nacional de Aduanas estarían a cargo de la detección de drogas o instrumentos o efectos provenientes de otros delitos complejos, con la consiguiente afectación de garantías producto del

13. Actuaciones en el extranjero y cooperación internacional

La norma propuesta es la siguiente:

“Artículo 226 S. Actuaciones en el extranjero y cooperación internacional. El Ministerio Público podrá efectuar indagaciones y actuaciones en el extranjero dirigidas a recoger antecedentes acerca de hechos constitutivos de alguno de los delitos a los que fueren aplicables las disposiciones de este párrafo, pudiendo solicitar directamente asesoría a las representaciones diplomáticas y consulares chilenas.

Podrá, asimismo, directamente y sin sujeción a lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, requerir y otorgar cooperación y asistencia internacional destinada al éxito de las investigaciones sobre los delitos a los que son aplicables las disposiciones de este párrafo, de acuerdo con lo pactado en convenciones o tratados internacionales, pudiendo proporcionar antecedentes específicos, aun cuando ellos se encontraren en la situación prevista en el inciso tercero del artículo 182. Igualmente, a solicitud de las entidades de países extranjeros que correspondan, podrá proporcionar información sobre operaciones sujetas a secreto o reserva legal a las que haya tenido acceso en conformidad con la legislación nacional aplicable, con el fin de ser utilizada en la investigación de aquellos delitos, háyanse cometido en Chile o en el extranjero. La entrega de la información solicitada deberá condicionarse a que ésta no será utilizada con fines diferentes a los señalados anteriormente y a que ella mantendrá su carácter confidencial.

Los antecedentes, documentos y demás medios de prueba obtenidos según este artículo y lo pactado en convenciones o tratados internacionales se entenderán producidos conforme a la ley, independientemente de lo que se resuelva, con posterioridad, sobre su incorporación al juicio, o el mérito probatorio que el tribunal le asigne.”

El Proyecto del Ejecutivo conservó, en su artículo 226 S, íntegramente lo señalado por la Comisión Hermosilla a este respecto, por lo que nos referimos a la propuesta de la Comisión.

La propuesta de la Comisión Hermosilla incluye, en su artículo 226 *duovicies*, una regla sobre actuaciones del Ministerio Público en el extranjero y cooperación internacional. No se encuentra una regla de este tipo en la Ley N° 18.314. La disposición tiene su antecedente directo, en cambio, en los artículos 26 y 47 de la Ley N° 20.000, que son integrados en una misma disposición.

La regulación de las actuaciones en el extranjero y de la cooperación internacional en relación a la persecución de conductas terroristas se corresponde con lo sostenido por el Mensaje de S.E. la Presidenta de la República, en cuanto a que el terrorismo sería propiamente un “fenómeno global”, de “naturaleza transnacional”.

registro. Asimismo, en la propuesta de Matus se flexibiliza el estándar respecto del exigido por el artículo 226 K del Proyecto del Ejecutivo, refiriéndose simplemente a “indicios”, prescindiendo así de los requisitos de suficiencia y razonabilidad. Por consiguiente, el estándar propuesto por el Ejecutivo debe ser promovido desde el punto de vista de la defensa.

Como se verá, la redacción de la disposición es compartida tanto por el Proyecto del Ejecutivo, como por el Proyecto de Ley Boletín N° 9.699-07 (Senador Espina) y el Informe en derecho de Jean Pierre Matus. Sin embargo, debe prestarse atención a lo preceptuado en el inciso final del artículo 226 *duovicies* propuesto (que corresponde al inciso final del art. 47 de la Ley N° 20.000), conforme al cual los medios de prueba obtenidos a partir de las actuaciones en el extranjero “se entenderán producidos conforme a la ley”. Esta presunción de legalidad seguramente tiene por objeto evitar que los tribunales nacionales se pronuncien respecto de la legalidad de actuaciones efectuadas o de medios de prueba obtenidos por funcionarios extranjeros dentro del territorio de otro país. Es por esto que se la busca compensar, salvando “lo que se resuelva, con posterioridad, sobre su incorporación al juicio o el mérito probatorio que el tribunal le asigne”. La cuestión es delicada desde el punto de vista de la defensa, con miras a la exclusión de prueba, específicamente en relación a lo señalado en el inciso tercero del art. 276 CPP. Queda en cuestión la posibilidad de excluir las pruebas provenientes de actuaciones o diligencias declaradas nulas cuando éstas se hubieren efectuado en el extranjero, puesto que se las entiende ajustadas a la ley a consecuencia de lo indicado en el inciso final del artículo 226 *duovicies*. Otro tanto ocurre en relación a la exclusión de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.

14. Secreto de la investigación

La propuesta es la siguiente:

“Artículo 226 D. Secreto de la investigación. En casos calificados en que el Ministerio Público justifique que la mantención del secreto más allá del término legal establecido en el inciso tercero del artículo 182 resulta indispensable para el éxito de la investigación, éste podrá renovarse mediante autorización judicial fundada. El plazo total del secreto no podrá exceder de seis meses.”

La regulación del secreto siempre debe ser cuidadosa en su extensión material (no puede ser secreta toda la investigación) como en su extensión temporal (el tiempo del secreto no puede transformar en impracticable el derecho de defensa). Bajo ese prisma, en el proyecto presentado por el ejecutivo se propone un plazo excesivo de secreto desde la perspectiva del derecho de defensa. En efecto, este plazo afectará gravemente a la defensa ya que se impedirá sustancialmente la contradicción en la etapa preliminar del proceso para el debate de medidas cautelares (imposición o revisión de la cautelar) y diligencias intrusivas. Esta severa limitación de la contradicción, generará a su vez una consecuencia no deseada por el sistema procesal penal, esto es, que la decisión judicial no sea informada, y por tanto, infundada.

Por otra parte, el secreto de las piezas de investigación, en la práctica, impide a la defensa solicitar diligencias para desacreditar las piezas de cargo bajo secreto, lo que configura un escenario procesal inaceptable desde el prisma de los derechos fundamentales: 1) se sitúa a la defensa en una situación de desigualdad o desequilibrio con el órgano persecutor; 2) se le impide al imputado ejercer una garantía judicial

mínima como es el derecho a contar con los medios adecuados para preparar su defensa, prevista en el artículo 8.2.c de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala "(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...) c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa".

Por último, de mantenerse la reserva o secreto hasta el final de la investigación, en la práctica se hará impracticable lo prescrito en el artículo 257 inc 2° del CPP.

Propuestas:

- En atención a lo anterior, el plazo del secreto debería adecuarse al máximo legal establecido en el artículo 182 CPP.

- De mantenerse la propuesta, la norma debería establecer un criterio más preciso para que opere la extensión de hasta 6 meses que el mero "éxito de la investigación" porque resulta muy ambiguo.

- A fin de garantizar el derecho de defensa, el contradictorio y la garantía de la fundamentación de las resoluciones judiciales, se debería incorporar una norma que prohíba fundar la prisión preventiva u otra cautelar de similar intensidad en los antecedentes bajo secreto.

- Si el secreto se extiende hasta 6 meses, se debería incorporar una norma que impida levantar el secreto y acto seguido cerrar la investigación, para no privar a la defensa de la posibilidad de estudiar los antecedentes secretos, pedir diligencias al fiscal y para el caso que las niegue puedan ser reiteradas ante el juez de Garantía conforme al artículo 257 del CPP.

15. Obligación de registro

La propuesta es del siguiente tenor:

***“Artículo 226 E.** Registro de declaraciones y actuaciones secretas. Cuando alguna diligencia o actuación del Ministerio Público, o ejecutada bajo su dirección y responsabilidad, deba mantenerse en secreto durante la etapa de investigación, ya sea por el plazo señalado en el artículo 182 o conforme al artículo precedente, deberá depositarse en sobre sellado u otro medio que garantice su indemnidad y en un registro especial que deberá llevar el tribunal de garantía, copia autorizada de la o las declaraciones de testigos o peritos protegidos, agentes encubiertos y reveladores y del contenido de las actuaciones secretas realizadas, con indicación de la fecha del registro y de las declaraciones y actuaciones.*

El administrador del tribunal será personalmente responsable de la intangibilidad de los sobres sellados u otros medios análogos, los que sólo podrán ser conocidos o abiertos por resolución judicial.

El que abriere, alterar, dañare, ocultare o destruyere los sobres sellados o medios análogos o su contenido, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Si además se divulgare su contenido, la pena se aumentará en un grado. Tratándose de su divulgación por un medio de comunicación social, se impondrá a su director del mismo, una multa de once a veinte tributarias mensuales.

Las declaraciones o actuaciones realizadas durante la investigación secreta que no hubieren sido registradas conforme al inciso primero no podrán ser utilizadas como prueba de cargo en el juicio oral, sin perjuicio de sancionarse, a quien dolosamente incumplió con el deber de registro, con las penas contempladas en el artículo 269 ter del Código Penal.”

La obligación de registro y custodia de los registros por parte del Ministerio Público, que se regula en el proyecto del ejecutivo, obedece a que durante los años de reforma procesal penal los expedientes fiscales no son foliados, lo que produce normalmente desordenes y discrepancia entre las copias entregadas a la defensa y las que se hacen valer por el Ministerio Público en la audiencia de preparación de juicio oral. Esta situación ha llevado a sobreseimientos como en el conocido del “Registro Civil”. Entonces, la propuesta encuentra su fundamento en la informalidad de la tramitación de los expedientes fiscales y los constantes incidentes en causas complejas, referente a discrepancias entre lo entregado a la defensa o señalado por los propios testigos en juicios referente a los registros de sus participaciones en audiencia preliminares. Ante estos incidentes, y la imposibilidad de ejercer un real control de lo prescrito en los artículos 227 y 228 del CPP, parece lo más sano que las piezas de cargo de estas pruebas sean custodiadas por un tercero imparcial.

16. Medidas de protección de testigos, peritos y cualquier otro interesado

La propuesta es la siguiente:

“Artículo 266 O. Protección de testigos y peritos por parte del Ministerio Público. Sin perjuicio de las reglas generales, en cualquier etapa del procedimiento, cuando el Ministerio Público estimare que por las circunstancias del caso existe riesgo o peligro grave para la vida o la integridad física de un testigo, perito, agente encubierto o revelador y de quienes hayan colaborado eficazmente en el procedimiento, como asimismo de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, convivientes u otras personas a quienes se hallaren ligados por relaciones de afecto, dispondrá, de oficio o a petición de parte, las medidas especiales de protección que resulten adecuadas.

Para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, el fiscal podrá, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226 E, aplicar medidas tales como:

a) 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 la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar una clave u otro mecanismo de verificación, para esos efectos;

- b) Que su domicilio sea fijado, para efectos de notificaciones y citaciones, en la sede de la fiscalía o del tribunal, debiendo el órgano interviniente hacerlas llegar reservadamente a su destinatario, y
- c) Que las diligencias que tengan lugar durante el curso de la investigación, a las cuales deba comparecer el testigo o perito protegido, se realicen en un lugar distinto de aquél donde funciona la fiscalía y de cuya ubicación no se dejará constancia en el registro respectivo, y.
- d) Que, una vez decretada la protección de alguna de las personas señaladas en el inciso 1°, se prohíba la revelación de dicha identidad y la prohibición de captación de su imagen por cualquier medio.

Cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de garantía la revisión de las medidas resueltas por el Ministerio Público, quien deberá ponderar, para su alzamiento o cancelación, el lapso de duración de la medida y el grado de afectación del derecho de defensa del imputado. No obstante, la duración de la reserva a que se refiere este artículo en ningún caso podrá exceder de seis meses desde la primera declaración del testigo o perito protegido. Siempre cesará la reserva una vez cerrada la investigación. La infracción de las medidas previstas en este artículo que determine o permita el conocimiento o divulgación de la información referida a testigos o peritos protegidos será sancionada con las penas previstas en el artículo 226 E”.

“Artículo 226 P. Medidas de protección adicionales. Las medidas de protección antes descritas podrán ir acompañadas, en caso de ser necesario, de otras medidas complementarias, tales como la provisión de los recursos económicos suficientes para facilitar la reinserción del sujeto u otra medida que se estime idónea en función del caso.

El tribunal podrá autorizar que, durante la investigación o con posterioridad al juicio, las personas que hubieren de ser protegidas cambien su identidad en caso de ser necesario para su seguridad. Para ello deberá dictar una resolución que ordene a la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación y demás organismos públicos pertinentes el cambio de nombre en documentos públicos u oficiales con la sola presentación o exhibición de copia autorizada de la resolución judicial respectiva.

La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación adoptará todos los resguardos necesarios para asegurar el carácter secreto de la resolución y de estas medidas, conforme al reglamento que se dicte al efecto. Todas las actuaciones judiciales y administrativas a que dé lugar esta medida serán secretas.

El empleado público que violare este sigilo será sancionado con la pena prevista en el artículo 226 E.

Quienes hayan sido autorizados para cambiar de identidad sólo podrán usar sus nuevos nombres y apellidos en el futuro, sin perjuicio de los interrogatorios durante el juicio oral, en el que deberán responder las preguntas orientadas a establecer su credibilidad. El uso malicioso de su anterior identidad será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo.”

“Artículo 226 Q. Derecho de defensa durante el juzgamiento. En ningún caso, la reserva o secreto decretado durante la investigación impedirá el ejercicio del derecho de la defensa a que se le revele la identidad de los testigos o peritos protegidos que sean ofrecidos como medios de prueba por el Ministerio Público en su acusación en la oportunidad a que se refiere el artículo 260 o, en procedimientos sin etapa de preparación, en la audiencia en que se juzgue al imputado. Lo mismo regirá respecto de cualquier antecedente,

diligencia o actuación que haya sido producido durante el período de reserva de la investigación y que se quiera hacer valer en el juicio.

Tampoco impedirá el ejercicio de su derecho a conainterrogar al testigo o perito para establecer su credibilidad o acreditación y esclarecer los hechos sobre los cuales depone.

En tal caso, para evitar la revelación de la identidad del testigo o perito a personas distintas de los abogados intervinientes, el tribunal adoptará de oficio o a petición de parte las medidas previstas en el artículo 289”.

16.1. Sobre el uso de testigos secretos, protegidos o “sin rostro”

Como el proyecto del Ejecutivo reafirma la utilización de los testigos sin rostro o secretos, al menos durante la etapa de investigación, es necesario hacer una referencia sobre esta figura, para después analizar la propuesta.

Como es de público conocimiento, la figura de los testigos secretos ha sido utilizada reiteradamente en las causas seguidas en la Región de la Araucanía contra comuneros mapuche.

Ahora bien, a nivel internacional, se ha condenado el uso de testigos secretos por la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Sin embargo, la CEDH ha establecido ciertos criterios para aceptar los testigos secretos, que son los siguientes:

- El deber de verificar la concurrencia de un peligro cierto, inminente y fundado para la vida, integridad o libertad del testigo y que implique la estricta necesidad de mantener en reserva su identidad;
- La existencia de un juez de instrucción o investigación que conozca la identidad del testigo y que lo interroga con el fin de indagar sobre sus antecedentes, relación con el acusado, intereses en juego, etc.;
- La emisión de un informe por parte de dicho juez investigador en el que proporcione elementos de análisis suficientes para que el tribunal que conoce de la causa pueda evaluar la credibilidad del testigo;
- La posibilidad del abogado defensor de apelar de la decisión que autoriza el anonimato de los testigos;
- La posibilidad del abogado defensor de interrogar ampliamente al testigo, salvo en lo que concierne a su identidad;
- El conocimiento de la identidad del testigo por parte del tribunal, pudiendo observar directamente su comportamiento al ser interrogado, para formarse su propia opinión sobre la credibilidad de sus dichos; y

- El deber del tribunal de examinar y evaluar la evidencia proporcionada por el testigo anónimo con extremo cuidado.

El problema de estas medidas de contrapeso es que son imposibles de aceptar en un juicio adversarial como el nuestro, en que los jueces deben mantenerse pasivos en el ingreso de información al proceso. De allí, que aquellos Estados que poseen un juicio adversarial, hayan categóricamente rechazados los testigos secretos. Por ejemplo, en Colombia se han declarado inconstitucionales en virtud de la decisión C-392/2000 de fecha 6 de abril de 2000, la que declaró inexecutable los artículos que permitían el uso de testigos secretos en el proceso colombiano. En el mismo sentido, cabe señalar que en EE. UU. siempre se han rechazado en razón de lo prescrito en la VI Enmienda de la Constitución de ese país, que a saber señala: “En todas las causas criminales el acusado gozará del derecho ...a ser confrontado con los testigos –que declaran – en su contra”, lo que se conoce como cláusula de confrontación y prohíbe entre otras cosas los testigos secretos. En Italia, también se prohibió con la llegada del nuevo CPP acusatorio (1998), prescribiéndose: “Art. 111 La jurisdicción se administrará mediante un juicio justo regulado por la ley. Todo juicio se desarrollará mediante confrontación entre las partes, en condiciones de igualdad ante un juez ajeno e imparcial, y con una duración razonable garantizada por la ley. Durante el juicio penal, la ley garantizará que la persona acusada de un delito sea informada,... El juicio penal estará regulado por el principio contradictorio para la práctica de las pruebas. No se podrá fundar la culpabilidad del acusado en declaraciones hechas por personas que, por libre decisión, no hayan querido ser interrogadas por parte del acusado o de su defensor. La ley regulará aquellos casos en los que la práctica de las pruebas no tenga lugar mediante una confrontación por consenso del imputado, por imposibilidad demostrada de carácter objetivo o bien por efecto de una conducta manifiestamente ilícita.”

En síntesis, en los sistemas acusatorios más modernos y más aún en aquellos adversariales no se aceptan los testigos secretos, porque no son posibles las compensaciones propuestas por los tribunales internacionales de DD. HH.

En nuestro sistema ocurrió algo parecido. Al respecto, cabe señalar que al momento de la discusión del CPP, y sobre la posibilidad de establecer testigos secretos en contra del imputado se señaló: “...en cuanto establece el secreto de la identidad de un testigo, cuando pudiere significar peligro para éste o para otra persona, fue cuestionado, porque la experiencia ha demostrado que los testigos secretos se prestan para venganzas personales. Si se está actuando en un procedimiento oral y abierto, en donde el juez puede optar por otras medidas, por ejemplo, impedir ingreso al público, no parece razonable mantener el secreto de la identidad del testigo, porque afecta la transparencia e induce al abuso de la norma. Hoy en día, el secreto de la identidad del testigo dura exclusivamente hasta el término del sumario. Suponer que se mantendrá la validez del testimonio de una persona que se niega a identificarse y dar a conocer su identidad en el juicio oral final pudiera significar una indefensión absoluta hacia el afectado. En la legislación procesal penal, lo que el juez toma en cuenta es la calidad del testigo. Los

testigos se pesan, no se suman; por lo tanto, lo que vale es la calidad del testimonio. Si se le han restado la identidad y sus antecedentes como elementos de la calidad al testigo, se presta para que dos personas, bajo el pretexto de la identidad falsa, se pongan de acuerdo para acusar a una persona de un hecho y ésta nunca podrá desvirtuarlo, lo cual excede con creces los objetivos del secreto del testigo. El inculpado tiene pleno derecho a saber quién lo está acusando, con todos sus antecedentes. El derecho a defenderse es un principio consagrado en la Constitución” (Pfeffer U., Emilio, Código Procesal Penal Anotado y Concordado, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, páginas 473 y ss.)

En consecuencia, el Estado de Chile al modificar su sistema procesal penal adscribió a un sistema adversarial, con un juicio oral con pasividad del juez en el ingreso de la información. Por lo anterior, como las compensaciones ante el eventual uso de testigos secretos son impracticables, ello trasunta en que no es posible bajo ningún aspecto el uso de testigos secretos. Porque, como se sabe, el juicio oral chileno está fundado en la disputa abierta entre el Estado y el individuo, principio que es esencial para asegurar la justicia. Esta disputa no puede ocurrir si al acusado se le prohíbe conocer la identidad de sus acusadores, en otras palabras, sin la identidad del testigo a la defensa se la priva de la adecuada posibilidad de testear aspectos cruciales de la credibilidad del testigo descubiertos en la etapa investigativa o previa al juicio, y revelarlos a través del contraexamen. Si los testigos tienen segundas intenciones, mala reputación, han sido inexactos en testimonio previos, han declarado contrariamente en la investigación, si tienen o no relaciones con algún otro interviniente, problemas de percepción, memoria u otros o existe evidencia de corrupción policial, todos elementos que pueden permanecer siempre ocultos con la reserva de identidad y que merman el control del testigo. Es como estar obligado a aceptar una afirmación unilateral no verificada. Y en esas condiciones se afecta gravemente la integridad del proceso judicial y aumentan las dudas si se ha impuesto realmente la justicia.

16.2. En relación a las medidas de protección propuestas por el poder ejecutivo

En relación a las medidas propuestas por el ejecutivo sobre de protección de testigos, parece correcto someterlas a un control judicial, pero son excesivas en cuanto al plazo en que se puede mantener el secreto del testigo, esto es, hasta 6 meses desde que se dispuso la reserva, siendo el cierre de la investigación el límite material absoluto. Lo anterior, porque en la etapa preliminar el defensor puede solicitar diligencias que le interesan para generar prueba de descargo, por ejemplo, antecedentes para desacreditar un testigo de cargo. Pero, al no conocer el nombre del testigo de cargo, la defensa no podrá instar por esas diligencias y, subsecuentemente, jamás podrá generar la prueba de descargo necesaria para controvertir esa pieza en la etapa de juicio oral. En síntesis, aun cuando finalizada la investigación la reserva debe ser levantada, el descubrimiento puede resultar inoperante desde la perspectiva del derecho de defensa, porque la defensa ya no podrá solicitar las diligencias mencionadas al fiscal al haberse producido el cierre de la investigación. Por tanto, saber el nombre del testigo sin haber

podido solicitado diligencias para desacreditarlo, puede ser una grave afectación al derecho de defensa y a la contradicción necesaria para que la decisión judicial sea informada y correcta por parte del Tribunal de Juicio Oral.

17. Agente encubierto y agente revelador

La propuesta es la siguiente:

“Artículo 226 H. Agente encubierto y agente revelador. Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una o más personas hubieren cometido o participado en la preparación o comisión, o que ellas prepararen actualmente la comisión o participación, en un hecho constitutivo de alguno de los delitos contenidos en el artículo 226 A, el juez de garantía, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar a funcionarios policiales determinados para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores.

Agente encubierto es el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictivas 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. Asimismo, el Ministerio Público podrá adoptar todas las medidas y acciones que tiendan a dar verosimilitud a la historia ficticia del agente encubierto.

Agente revelador es el funcionario policial que simula requerir de otro la ejecución de una conducta delictiva con el propósito de lograr la concreción de los propósitos delictivos de éste.

La orden judicial deberá circunscribir el ámbito de actuación de los agentes en conformidad a los antecedentes y el o los delitos invocados en la solicitud correspondiente y expresará, de igual forma, la duración de la autorización, que no podrá exceder de ciento ochenta días, pudiendo prorrogarse por períodos de hasta igual duración, para lo cual el tribunal deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos que hacen procedente esta medida.

Para los efectos del registro a que se refiere el art. 226 E, deberán consignarse los resultados de la actuación de los agentes, así como la fecha y contenido de las resoluciones judiciales que la autorizan.

El agente encubierto y el agente revelador estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre y cuando ellos se hayan cometido en el marco de la autorización judicial respectiva y sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma.”

“Artículo 226 J. Los funcionarios policiales, agentes encubiertos y reveladores que ejecuten las medidas o actuaciones a que se refieren los dos artículos precedentes fuera del objeto o límites impuestos por el mandamiento judicial respectivo serán sancionados, además de las penas que corresponda por los delitos cometidos, a la pena de inhabilitación absoluta y perpetua para ejercer cargos públicos.

Igual pena se impondrá al fiscal del ministerio público o funcionario policial que hubiere tenido conocimiento de los delitos cometidos por aquéllos y no los hubiere denunciado en

un tiempo próximo e inmediato a dicho conocimiento, sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan.”

“Artículo 226 R. Declaración judicial de agentes encubiertos y agentes reveladores. Sin perjuicio de las medidas de protección previstas en este párrafo, la declaración judicial de agentes encubiertos y de agentes reveladores estará sujeta a la autorización previa de la autoridad a la que pertenecen.

La ausencia de declaración sólo podrá suplirse en los casos y formas previstos en el artículo 331.”

17.1. Legislación vigente sobre agente encubierto y revelador

Previamente a analizar la propuesta del ejecutivo, resulta necesario fijar la legislación vigente sobre agente encubierto y revelador.

En materia de delitos de lavado y blanqueo de activos, Ley N° 19.913 de 18 de diciembre de 2003 que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, regula estas figuras en el artículo 33:

Artículo 33. Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, serán aplicables respecto de los delitos establecidos en los artículos 27 y 28, todas las normas de la ley N° 19.366, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y las que contenga cualquier otra ley que la sustituya o modifique, que se refieran a las siguientes materias:

a) Investigación: se comprenden, especialmente, la colaboración de organismos del Estado, la facultad del Ministerio Público para efectuar actuaciones fuera del territorio nacional o sin previo conocimiento del afectado y la cooperación internacional en general; levantamiento del secreto bancario; gratuidad de los antecedentes requeridos durante la investigación; técnicas especiales de investigación, como la entrega u operación vigilada, la utilización de agentes encubiertos e informantes, la interceptación de comunicaciones y demás medios técnicos; protección de las personas que hayan colaborado con la investigación, incluyendo el resguardo de su identidad e imagen, cambio de identidad, secreto de determinadas actuaciones, registros o documentos como medida de protección cuando exista riesgo para su seguridad, sanciones en caso de infracción, y posibilidad de prestar testimonio de manera anticipada”.

En materia de delitos de pornografía infantil, la Ley N° 19.927 de 14 enero de 2004 que modificó el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, también contiene una regulación sobre estas técnicas especiales de investigación:

Artículo 369 ter Código Penal. Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 366 quinquies, 367, 367 bis, 367 ter, 374 bis, inciso primero, y 374 ter, y la investigación lo hiciere imprescindible, el tribunal, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de esa persona o de quienes integren dicha organización, la

fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de comunicaciones. En lo demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal.

Igualmente, bajo los mismos supuestos previstos en el inciso precedente, podrá el tribunal, a petición del Ministerio Público, autorizar la intervención de agentes encubiertos. Mediando igual autorización y con el objeto exclusivo de facilitar la labor de estos agentes, los organismos policiales pertinentes podrán mantener un registro reservado de producciones del carácter investigado. Asimismo, podrán tener lugar entregas vigiladas de material respecto de la investigación de hechos que se instigaren o materializaren a través del intercambio de dichos elementos, en cualquier soporte.

La actuación de los agentes encubiertos y las entregas vigiladas serán plenamente aplicables al caso en que la actuación de los agentes o el traslado o circulación de producciones se desarrolle a través de un sistema de telecomunicaciones.

Los agentes encubiertos, el secreto de sus actuaciones, registros o documentos y las entregas vigiladas se regirán por las disposiciones de la ley N° 19.366”

En materia de Inteligencia del Estado, la Ley N° 19.974 de 2 de octubre de 2004 sobre el Sistema de Inteligencia del Estado y que crea la Agencia Nacional de Inteligencia, contiene dos disposiciones sobre esta materia:

“Artículo 31. Los directores o jefes de los organismos de inteligencia militares o policiales, sin necesidad de autorización judicial, podrán disponer que uno de sus funcionarios, en el ámbito de las competencias propias de su servicio y en el ejercicio de las actividades señaladas en el inciso segundo del artículo 23, oculte su identidad oficial con el fin de obtener información y recabar antecedentes que servirán de base al proceso de inteligencia a que se refiere esta ley. Para tal objetivo podrá introducirse en organizaciones sospechosas de actividades criminales.

La facultad a que se refiere el inciso primero comprende el disponer el empleo de agentes encubiertos, y todos aquellos actos necesarios relativos a la emisión, porte y uso de la documentación destinada a respaldar la identidad creada para ocultar la del agente”.

“Artículo 32. Los directores o los jefes de los organismos de inteligencia del Sistema podrán recurrir, sin necesidad de autorización judicial, al uso de informantes, entendiéndose por tales, a las personas que no siendo funcionarios de un organismo de inteligencia, le suministran antecedentes e información para efectuar el proceso de inteligencia”.

La Ley N°20.000 de fecha 16 de febrero de 2005, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, tiene la siguiente regulación:

“Artículo 25. 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 sicotrópicas, 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”.

“Artículo 30. Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en el Código Procesal Penal, en cualquier etapa del procedimiento, cuando el Ministerio Público estimare, por las circunstancias del caso, que existe riesgo o peligro grave para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, de un informante o de un agente encubierto o revelador y, en general de quienes hayan colaborado eficazmente en el procedimiento, en los términos del artículo 22, como asimismo de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos u otras personas a quienes se hallaren ligados por relaciones de afecto, dispondrá, de oficio o a petición de parte, las medidas especiales de protección que resulten adecuadas. Para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, el fiscal podrá aplicar medidas tales como:

a) 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 la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar una clave u otro mecanismo de verificación, para esos efectos;

b) que su domicilio sea fijado, para efectos de notificaciones y citaciones, en la sede de la fiscalía o del tribunal, debiendo el órgano interviniente hacerlas llegar reservadamente a su destinatario, y

c) que las diligencias que tengan lugar durante el curso de la investigación, a las cuales deba comparecer el testigo o perito protegido, se realicen en un lugar distinto de aquél donde funciona la fiscalía y de cuya ubicación no se dejará constancia en el registro respectivo”

“Artículo 32. Las declaraciones del cooperador eficaz, de los agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes, y, en general, de testigos y peritos, cuando se estimare necesario para su seguridad personal, podrán ser recibidas anticipadamente en conformidad con el artículo 191 del Código Procesal Penal. En este caso, el juez de garantía podrá disponer que los testimonios de estas personas se presten por cualquier medio idóneo que impida su identificación física normal. Igual sistema de declaración protegida podrá disponerse por el tribunal de juicio oral en lo penal, en su caso. Si las declaraciones se han de prestar de conformidad al inciso precedente, el tribunal deberá

comprobar en forma previa la identidad del testigo o perito, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado civil, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio. Consignada en el registro tal comprobación, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pudiere poner en peligro la protección de ésta. En ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito protegido podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo personalmente, con los resguardos contemplados en los incisos precedentes. Dispuesta por el fiscal la protección de la identidad de los testigos en la etapa de investigación, el tribunal deberá mantenerla, sin perjuicio de los otros derechos que se confieren a los demás intervinientes”.

“Artículo 36. Cuando se trate de la investigación de los delitos a que se refiere esta ley, si el Ministerio Público estimare que existe riesgo para la seguridad de los agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes, testigos, peritos y, en general, de quienes hayan cooperado eficazmente en el procedimiento podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto de uno o más intervinientes. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 182 del Código Procesal Penal, pero el Ministerio Público podrá disponer que se mantenga el secreto hasta el cierre de la investigación. Además, deberá adoptar medidas para garantizar que el término del secreto no ponga en riesgo la seguridad de las personas mencionadas en el inciso anterior”.

En materia de delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, la Ley N° 20.507 de 8 abril 2011 que tipifica figuras y las incorpora al Código Penal, prescribe al efecto:

“Artículo 411 octies Código Penal. Previa autorización del juez de garantía competente, el fiscal podrá autorizar, en las investigaciones por los delitos previstos en el presente párrafo, que funcionarios policiales se desempeñen como agentes encubiertos y, a propuesta de dichos funcionarios, que determinados informantes de esos servicios actúen en esa calidad.

Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos indicados en este párrafo, y la investigación lo hiciera imprescindible, el tribunal, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de esa persona o de quienes integren dicha organización, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de comunicaciones. En lo demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal. Estas técnicas podrán ser utilizadas por el fiscal sea que se trate de una persona, un grupo de personas o una organización delictiva que hubiere cometido o preparado la comisión de los delitos señalados en este artículo. En todo aquello no regulado por este artículo los agentes encubiertos e informantes se regirán por las disposiciones respectivas de la ley N° 20.000”.

17.2. Análisis de la propuesta del ejecutivo

a) Conforme se señala en el proyecto del gobierno, el presupuesto que habilita la técnica investigativa de agente encubierto y agente revelador, es la existencia de fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que:

- una o más personas hubieren cometido o participado en la preparación o comisión, o,
- que ellas prepararen actualmente la comisión o participación, en un hecho constitutivo de alguno de los delitos contenidos en el artículo 226 A.

Al respecto, se deben reiterar algunas observaciones hechas sobre la aplicación extraterrorista de estas técnicas. Como se señalara, el listado taxativo de delitos a los cuales se les aplicarían las técnicas de investigación contenido en el artículo 226 A, pierde todo sentido con la formula genérica indicada al final: “Excepcionalmente, a la investigación de todos aquellos crímenes en que se justifique fundadamente por parte del Ministerio Público que, por sus especiales características, se dificulte su investigación al punto de hacer indispensable el uso de medidas especiales de pesquisa.” Con dicha fórmula, se establece legislativamente la instancia para que el Ministerio Publico alegue en todos los casos de crímenes, el uso de estas técnicas. Asimismo, con la formula genérica antes dicha, pierde todo sentido la proclamación final del artículo que prohíbe el uso indebido de las técnicas para delitos ajenos al ámbito de aplicación: “En ningún caso podrá fundarse una condena por algún delito diferente de aquellos comprendidos en el inciso precedente en medios de prueba obtenidos en conformidad con las disposiciones de este párrafo.” En efecto, se abrirá con la redacción indicada del proyecto, un espacio enorme de debate e interpretación acerca de aquellos delitos en que proceden estas técnicas de investigación. Es decir, al tenor de la norma que se propone, el debate se centrará en si el caso era o no “delito diferente de aquellos comprendidos en el inciso precedente”. Sin perjuicio de lo anterior, necesariamente la definición de si se trata o no de aquellos delitos que ameritaban técnicas especiales, no es meramente potestativa del Ministerio Publico, sino una definición necesariamente judicial; y ello se deriva del tenor del propio proyecto al establecer que “En ningún caso podrá fundarse una condena por algún delito diferente de aquellos comprendidos en el inciso precedente en medios de prueba obtenidos en conformidad con las disposiciones de este párrafo.” Por tanto, serán los tribunales los que necesariamente deberán controlar si el caso era o no, según el caso concreto, de aquellos delitos que ameritaban técnicas especiales.

b) En segundo término, desde ya se pueden advertir dificultades por la vigencia simultánea de regulaciones, y yuxtaposición normativa en ciertos cuerpos de leyes que exigen definición.

En efecto, el proyecto enuncia que “Con esta regulación se busca agrupar las medidas especiales que parecen ser comunes en la investigación de delitos de mayor complejidad de (sea que la complejidad provenga o no de su carácter de criminalidad organizada) y someterlos a normas comunes que disminuyan la dispersión normativa hoy existente en la materia” Sin embargo el proyecto no se hace cargo de las consecuencias de dicho propósito en el sentido que, si pretende traer al Código Procesal Penal una regulación común para todos los delitos complejos de leyes especiales, necesariamente debería derogar entonces las regulaciones vigentes y propias de cada ley especial. No es posible dejar vigente ambos estatutos regulativos so pena de caer en

contradicciones y debates de vigencia de la ley en materia procedimental, de investigación, y de los estatutos vigentes para medidas intrusivas. Además, no parece adecuado someter a un régimen único materias que por sus características, naturaleza y gravedad, se han regulado de manera especial, con técnicas especiales propias.

Asimismo, se advierte una yuxtaposición normativa en ciertos cuerpos de leyes del listado del art. 226 A. Considerando la observación anterior, se pueden observar regulaciones que se sobre ponen unas sobre otras:

- Respecto de los delitos contemplados en los artículos 366 quinquies, 367, 367 bis, 367 ter y 374 bis, inciso primero, del Código Penal, se genera una yuxtaposición normativa, al existir por una parte la regulación relativa a las técnicas especiales de investigación contenida en el artículo 369 ter del mismo Código, y por el otro, la contenida en el presente proyecto.

- A su vez, el artículo 374 ter que es un delito previsto por el artículo 369 ter del Código Penal, pero no por el proyecto, debiese concluirse que se mantiene a su respecto la regulación actual de técnicas especiales de investigación del art. 369 ter.

- Respecto de los “crímenes” contemplados en la Ley N° 20.000 que el proyecto indica, cabe preguntarse si respecto de los “simples delitos” cabría mantener la aplicación de las disposiciones pertinentes de la ley 20.000, y aplicar la propuesta respecto de los crímenes.

- Respecto delito de lavado de activos contenido en la Ley N° 19.913 cabe mencionar que esta ley respecto de los delitos contemplados en sus artículos 27 y 28, se remite en lo relativo a la aplicación de las técnicas especiales de investigación, a las normas de la ley 19.366 (actual 20.000), por tanto, nuevamente se genera una superposición de la normativa aplicable.

c) La norma exige para la diligencia la existencia de “fundadas sospechas, basadas en hechos determinados”, cuestión que no se exige en la ley 20.000, ni en la ley 19.913, ni en la ley 19.974. Sí se exige en cambio la existencia de antecedentes fundantes previos, es decir, fundadas sospechas en la ley 19.927 y en la ley 20.507. Además, los presupuestos son respecto de hechos pasados (“hubieren cometido o participado en la preparación o comisión”), o respecto de hechos futuros (“ellas prepararen actualmente la comisión o participación”, hipótesis esta última que no se encuentra expresada en la legislación vigente, ni de la ley, 20.000, ni de la 19.913, ni de la 19.927, ni de la 19.974 (con las relevantes salvedades que se indicarán más adelante respecto de esta ley), ni de la ley 20.507. Luego, la exigencia de antecedentes previos respecto a hechos pasados, y ahora también la exigencia de antecedentes respecto de eventuales hechos futuros, justifica que la diligencia deba ser fundada, entregándose la satisfacción de este criterio un tercero ajeno a la investigación, como es el juez, al cual el proyecto encarga la autorización de la misma.

d) Iniciativa de la diligencia y requisito de autorización judicial. El juez de garantía, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar a funcionarios policiales determinados para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores.

Aparece, en principio, positivo que sea el Ministerio Público quien tenga la iniciativa de solicitar esta técnica investigativa, porque representa el interés público y actúa criterio de objetividad, y no una institución o persona natural determinada en calidad de querellante, que por definición representa un interés parcial, de parte, sin criterio de objetividad.

Aparece igualmente positivo, que se requiera autorización judicial, para dar lugar a la diligencia a partir de las “sospechas fundadas, en hechos determinados” que el Ministerio Público le entregue al tribunal y que, en consecuencia, sea un Tribunal imparcial quien juzgue la necesidad y justificación de la diligencia. La autorización judicial es especialmente justificada considerando:

- Que la técnica de agente encubierto o revelador, por su naturaleza intrusiva, afecta directamente la garantía de la intimidad y privacidad de los imputados, consagrada en el artículo 19 N°4 de la Constitución, al introducirse bajo una identidad e historia ficticia al ámbito de intimidad de los mismos, para realizar una investigación con fines incriminatorios. El agente encubierto, como técnica de investigación supone por esencia para operar, traicionar la confianza que el imputado le ha entregado al agente.

- Que la técnica, en caso de recabar información de cargo, afectará el derecho a guardar silencio de los imputados, al declarar luego en juicio los agentes, todo aquello que escucharon del imputado y vieron respecto a su conducta, erigiéndose como testigos de oídas del mismo no obstante guarde silencio.

- Que la técnica, bajo las prescripciones del proyecto, tiene como presupuesto investigativa, además, la existencia de sospechas de que los imputados “prepararen actualmente la comisión o participación, en un hecho constitutivo de alguno de los delitos contenidos en el artículo 226 A”. Es decir, ya no se trata de la investigación de hechos pasados, sino de hipotéticos hechos futuros, lo cual supone la investigación y pesquisa de actos preparatorios, que sin perjuicio de la observación realizada precedentemente en cuanto a su actual impunidad en el proyecto, suponen por su naturaleza incierta en cuanto a su consumación, un mayor estándar de control en cuanto a la seriedad y fundamento de las sospechas que se invocarán como justificación para la diligencia. Cabe recordar que la ley 20.000, no exige autorización judicial para esta técnica investigativa, pudiendo el Ministerio Público disponerla en forma autónoma.

Con todo, ambas exigencias normativas del proyecto – iniciativa del Ministerio Público y autorización judicial - aparecen como posibles disposiciones ineficaces e inútiles para el objetivo que tienen, que entendemos es controlar la suficiencia de los antecedentes, la objetividad y respeto de garantías que la autorización judicial supone al pronunciarse sobre la diligencia. Ello en virtud de lo dispuesto en los artículos 23 inciso 2° y 31 de la Ley 19.974 sobre sistema de inteligencia del Estado al regular lo que, entendemos, es el

mismo objeto de proyecto del examen, como es el terrorismo. En efecto, la citada ley dispone:

“Artículo 23.- Cuando determinada información sea estrictamente indispensable para el cumplimiento de los objetivos del Sistema y no pueda ser obtenida de fuentes abiertas, se podrá utilizar los procedimientos especiales de obtención de información a que se refiere el presente Título, en la forma y con las autorizaciones que en el mismo se disponen.

Dichos procedimientos estarán limitados exclusivamente a actividades de inteligencia y contrainteligencia que tengan por objetivo resguardar la seguridad nacional y proteger a Chile y su pueblo de las amenazas del terrorismo, el crimen organizado y el narcotráfico (...).”

“Artículo 31.- Los directores o jefes de los organismos de inteligencia militares o policiales, sin necesidad de autorización judicial, podrán disponer que uno de sus funcionarios, en el ámbito de las competencias propias de su servicio y en el ejercicio de las actividades señaladas en el inciso segundo del artículo 23, oculte su identidad oficial con el fin de obtener información y recabar antecedentes que servirán de base al proceso de inteligencia a que se refiere esta ley. Para tal objetivo podrá introducirse en organizaciones sospechosas de actividades criminales.

La facultad a que se refiere el inciso primero comprende el disponer el empleo de agentes encubiertos, y todos aquellos actos necesarios relativos a la emisión, porte y uso de la documentación destinada a respaldar la identidad creada para ocultar la del agente””

De las citadas normas se desprende textualmente que los directores o jefes de los organismos de inteligencia militares o policiales, sin necesidad de autorización judicial, pueden disponer el empleo de agentes encubiertos en el ejercicio de las actividades señaladas en el inciso segundo del artículo 23, que es justamente “resguardar la seguridad nacional y proteger a Chile y su pueblo de las amenazas del terrorismo”.

En consecuencia, se genera una duplicidad de regulaciones del mismo objeto en relación a la técnica investigativa en estudio.

Cabe observar que en esta materia, el proyecto de ley se frustraría en un doble aspecto con la Ley 19.974: en primer lugar, respecto a la iniciativa de la diligencia, en cuanto no es el Ministerio Público el que podría disponerla, sino los directores o jefes de los organismos de inteligencia militares o policiales; y, en segundo lugar, respecto la autorización para la misma, en cuanto derechamente no se requiere autorización judicial para que se lleva a cabo conforme aquella Ley.

Lo anterior no parece en absoluto improbable si se considera que la Agencia Nacional de Inteligencia tiene entre sus labores específicas en la Ley 19.974, la aplicación de medidas de inteligencia, para detectar, neutralizar y contrarrestar acciones terroristas, y de organizaciones criminales transnacionales:

“Artículo 8º.- Corresponderán a la Agencia Nacional de Inteligencia, en adelante la Agencia, las siguientes funciones: (...)

f) Disponer la aplicación de medidas de inteligencia, con objeto de detectar, neutralizar y contrarrestar las acciones de grupos terroristas, nacionales o internacionales, y de organizaciones criminales transnacionales”.

En consecuencia, se observa una duplicidad de funciones de investigación y pesquisa en materia de terrorismo y de criminalidad compleja: tanto el Ministerio Público como la Agencia Nacional de Inteligencia, tienen el mismo cometido, pero se advierte que dicha labor la realizan, al menos en esta materia, con estatutos jurídicos diversos, que podrían estimarse contradictorios, en la medida que uno de ellos expresamente exige autorización judicial para la diligencia.

e) En el proyecto se define al agente encubierto como el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictivas 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. Asimismo, se posibilita al agente contar con una historia ficticia y medios para materializarla, para lo cual la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación deberá otorgar los medios necesarios para tener la oportuna y debida materialización de ésta. Asimismo, el Ministerio Público podrá adoptar todas las medidas y acciones que tiendan a dar verosimilitud a la historia ficticia del agente encubierto.

La definición conceptual de agente encubierto es exactamente la misma que la empleada por la ley 20.000. Pero, conforme al proyecto la calidad de agente encubierto y revelador solo puede revestirla un funcionario policial. En cambio, la ley 20.000, establece en el artículo 25 inciso 1º, que el Ministerio Público puede autorizar, a propuesta de funcionarios policiales, que determinados “informantes” de los servicios policiales actúen en alguna de las dos calidades anteriores. Por ello, nos parece institucionalmente correcto que, dada la especial intrusividad que tiene la diligencia, sea un funcionario policial el que desempeñe bajo estándares profesionales y de objetividad, la labor de agente encubierto o revelador.

f) En el proyecto se define al agente revelador como el funcionario policial que simula requerir de otro la ejecución de una conducta delictiva con el propósito de lograr la concreción de los propósitos delictivos de éste. Esta definición es diferente a la de la Ley 20.000. La frase “con el propósito de lograr la concreción de los propósitos delictivos de éste” supone que aquellos propósitos delictivos existen, y por tanto, están acreditados al tenor del inciso 1º, mediante hechos determinados, que constituyen las fundadas sospechas. Esta propuesta es correcta, porque la inexistencia de antecedentes determinados que constituyan las sospechas fundadas, garantiza que no existirán instigaciones a cometer delitos a personas que solas y espontáneamente no habrían cometido delitos.

g) Conforme se indica en el proyecto, el ámbito de la diligencia será fijado por la resolución judicial. En efecto, la orden judicial deberá circunscribir el ámbito de actuación de los agentes en conformidad a los antecedentes y el o los delitos invocados en la solicitud correspondiente. Y también, expresará de igual forma, la duración de la autorización, que no podrá exceder de ciento ochenta días, pudiendo prorrogarse por períodos de hasta igual duración, para lo cual el tribunal deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos que hacen procedente esta medida.

El control jurisdiccional de estas técnicas de investigación como la determinación del objeto y de la extensión temporal de la misma, son aspectos positivos de la propuesta.

Sin embargo, en el evento que se recurra a la formula genérica de la parte final del art. 226 A, esto es. “excepcionalmente, a la investigación de todos aquellos crímenes en que se justifique fundadamente por parte del Ministerio Público que, por sus especiales características, se dificulte su investigación al punto de hacer indispensable el uso de medidas especiales de pesquisa” necesariamente la resolución judicial debiese, además, incorporar la justificación fundada que entregó el Ministerio Público que se está ante un delito de cuya investigación se dificulte, al punto de hacer indispensable el uso de medidas especiales de pesquisa. Incorporar este aspecto en el contenido de la resolución judicial, además de estar dentro de los requisitos genéricos de la fundamentación de las resoluciones (art. 36 CPP) y del deber de registro que impone la ley al tribunal (art. 9 inc. final CPP), es la única manera para que en lo sucesivo la defensa y el tribunal puedan controlar la veracidad y exactitud de la “excepcionalidad” de los casos que establece el artículo 226 A del proyecto.

h) El proyecto contempla un especial deber de registro y contenido del mismo, cuando la investigación sea secreta, indicando que para los efectos del registro a que se refiere el art. 226 E, deberán consignarse los resultados de la actuación de los agentes, así como la fecha y contenido de las resoluciones judiciales que la autorizan.

El proyecto propone un registro especial de las declaraciones y actuaciones secretas de los agentes encubiertos y reveladores:

“Artículo 226 E. Registro de declaraciones y actuaciones secretas. Cuando alguna diligencia o actuación del Ministerio Público, o ejecutada bajo su dirección y responsabilidad, deba mantenerse en secreto durante la etapa de investigación, ya sea por el plazo señalado en el artículo 182 o conforme al artículo precedente, deberá depositarse en sobre sellado u otro medio que garantice su indemnidad y en un registro especial que deberá llevar el tribunal de garantía, copia autorizada de la o las declaraciones de testigos o peritos protegidos, agentes encubiertos y reveladores y del contenido de las actuaciones secretas realizadas, con indicación de la fecha del registro y de las declaraciones y actuaciones.

El administrador del tribunal será personalmente responsable de la intangibilidad de los sobres sellados u otros medios análogos, los que sólo podrán ser conocidos o abiertos por resolución judicial.

El que abriere, alterar, dañare, ocultare o destruyere los sobres sellados o medios análogos o su contenido, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Si además se divulgare su contenido, la pena se aumentará en un grado. Tratándose de su divulgación por un medio de comunicación social, se impondrá a su director del mismo, una multa de once a veinte tributarias mensuales.

Las declaraciones o actuaciones realizadas durante la investigación secreta que no hubieren sido registradas conforme al inciso primero no podrán ser utilizadas como prueba de cargo en el juicio oral, sin perjuicio de sancionarse, a quien dolosamente incumplió con el deber de registro, con las penas contempladas en el artículo 269 ter del Código Penal”

Al respecto, las principales características de la regulación son las siguientes:

- Las declaraciones y actuaciones de los agentes que deberán registrarse serán “...las copias autorizadas de la o las declaraciones de testigos o peritos protegidos, agentes encubiertos y reveladores y el contenido de las actuaciones secretas realizadas, con indicación de la fecha del registro y de las declaraciones y actuaciones, deberán depositarse en sobre sellado u otro medio que garantice su indemnidad.”
- El registro especial lo lleva el tribunal de garantía.
- Este registro solo procede cuando la investigación ha sido declarada secreta, según el inc. 1º: “cuando alguna diligencia o actuación del Ministerio Público, o ejecutada bajo su dirección y responsabilidad, deba mantenerse en secreto durante la etapa de investigación, ya sea por el plazo señalado en el artículo 182 o conforme al artículo precedente” .
- La propuesta establece una sanción procesal y otra penal en caso de incumplimiento del registro. En efecto, las declaraciones o actuaciones realizadas durante la investigación secreta que no hubieren sido registradas conforme al inciso primero no podrán ser utilizadas como prueba de cargo en el juicio oral. Sin perjuicio de sancionarse, a quien dolosamente incumplió con el deber de registro, con las penas contempladas en el artículo 269 ter del Código Penal.

Sobre esta parte del proyecto pueden formularse las siguientes observaciones:

- Del inciso 1º, 2º y 3º, se desprende que lo que se pretende es custodiar el registro de la declaración y actuación de los agentes, depositándolo en el tribunal. Es decir, se pretende garantizar “la indemnidad del registro” a efectos de que no se altere, modifique o destruya, entre la fecha en que fue realizada la diligencia, y la fecha en la cual será utilizado, eventualmente en juicio. Si entendemos que el registro propiamente tal es aplicable a todo evento, por los arts. 227 y 228 CPP, entonces sería deseable que la fórmula comprendiera como parte de este deber de registro especial, por lo excepcional

de la técnica investigativa, la autorización judicial que medió y, sobre todo, el carácter de la información incriminatoria que se ha recabado el agente.

Por otro lado, el inc. 4°, con un buen propósito pero con una deficiente redacción, da a entender que cuando la investigación NO HA SIDO declarada secreta, no sería necesario el registro, lo cual es un error, pues el registro la ley lo requiere a todo evento y porque la norma del inc. 4° lo que pretende en el fondo es sancionar la “no custodia” o el “no depósito” del registro en el tribunal, para garantizar su indemnidad. Sobre este punto, cabe tener presente que el registro propiamente tal, y la indemnidad del mismo, son especialmente relevantes para:

- El control de la defensa y del tribunal que la diligencia ser realizó efectivamente respecto de un delito que la hace procedente y dentro del ámbito que determinó la resolución judicial que autorizó la diligencia, y que el propio artículo 226 H inciso 5° establece; y,
- Para el conocimiento de parte de la defensa de la información incriminatoria recopilada. Especialmente tratándose de delitos en los cuales se perseguirá “la preparación”, es decir, proposiciones o conspiraciones de delitos, y que por definición no suponen un resultado, debería con mayor certeza conocerse aquellos aspectos fácticos recopilados por el agente, que fundamentan la incriminación de “preparación”, cuestión que si no hay registro, o no hay registro oportuno o inmediato de ello, no solo no se podría controlar, sino que se correría el riesgo que de registrarse tardíamente, se altere la veracidad, exactitud y circunstancias de la realidad de los hechos, en forma posterior.

Por tanto, debiese:

- Reiterarse la obligación del registro en el inc. 1° conforme a los arts. 227 y 228 CPP con una formula equivalente a “Sin perjuicio del deber de registro de las actuaciones de investigación...”
- Aclararse la redacción del inc. 4° en cuanto a precisar que se sanciona el “no depósito” en el tribunal. Se propone la redacción siguiente: “Las declaraciones o actuaciones realizadas durante la investigación secreta que no hubieren sido depositadas conforme al inciso primero no podrán ser utilizadas....”.

- i) El proyecto establece una exención de responsabilidad penal de los agentes. El agente encubierto y el agente revelador estarán exentos de responsabilidad criminal por:
- aquellos delitos en que deban incurrir o
 - que no hayan podido impedir,

Los requisitos para la exención de responsabilidad son que los delitos:

- Se hayan cometido en el marco de la autorización judicial respectiva;
- Sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación; y
- Guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma.

Precisamente la debilidad advertida en el proyecto en los párrafos anteriores, respecto de la no exigencia de registro estricto cuando la investigación no ha sido declarada secreta, es una nueva debilidad para efectos de poder controlar la concurrencia o no de los requisitos de la exención de responsabilidad que establece la norma.

Ello es importante ante una posible yuxtaposición normativa. Por ejemplo, una norma equivalente se encuentra en el artículo 25 inciso final de la ley 20.000, norma que permite ser agente revelador o encubierto a un informante. Cabe observar que si el proyecto, conforme el art. 226 A que fija el ámbito de aplicación de las nuevas técnicas especiales reguladas, determina como aplicable éstas a, entre otros, los delitos constitutivos de crímenes de la ley 20.000.-, significaría que respecto de los delitos con pena de simple delito de la misma ley, continuaría rigiendo la citada norma del artículo 25 inciso final, y por tanto, el informante seguiría autorizado para actuar como agente encubierto, y por tanto, seguiría exento de responsabilidad penal conforme a la misma norma, pero así en relación con la normativa del proyecto.

18. Entrega vigilada

La propuesta del gobierno es la siguiente:

“Artículo 226 I. Entregas vigiladas. Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una o más personas hubieren cometido o participado en la preparación o comisión, o que ellas prepararen actualmente la comisión o participación, en un hecho constitutivo de algún crimen de la Ley N° 20.000, del delito de lavado de dinero o de alguno de los delitos contenidos en los artículos 366 quinquies, 367, 367 ter y 374 bis del Código Penal, el juez de garantía, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar que los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos indicados en este inciso o los efectos y objetos del mismo, se trasladen, guarden o intercepten o que circulen dentro del territorio nacional, salgan de él o entren en él, bajo la vigilancia o el control de la autoridad correspondiente, cuando se presuma fundadamente que tal procedimiento facilitará la identificación de los miembros de la asociación criminal o de quienes participen en alguno de los delitos señalados en este inciso, conocer sus planes y comprobarlos.

El Ministerio Público podrá disponer en cualquier momento la suspensión de la entrega vigilada o controlada y solicitar al juez de garantía que autorice la detención de los partícipes y la incautación de los instrumentos o efectos del delito, si las diligencias llegaren a poner en peligro la vida o integridad de los funcionarios o agentes encubiertos que intervengan en la operación, la recolección de antecedentes importantes para la investigación o el aseguramiento de los partícipes. Lo anterior es sin perjuicio de que, si surgiere ese peligro durante las diligencias, los funcionarios policiales encargados de la entrega vigilada apliquen las normas sobre detención en casos de flagrancia.

Cuando los instrumentos, efectos u objetos se encuentren en zonas sujetas a la potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduanas observará las instrucciones que imparta el Ministerio Público para los efectos de aplicar esta técnica de investigación.

El Ministerio Público deberá adoptar todas las medidas necesarias para vigilar las especies y bienes a que se alude en el inciso primero, como, asimismo, para proteger a todos los que participen en la operación. La identidad de tales personas deberá ser

registrada en conformidad a lo dispuesto en el artículo 266 E. Asimismo, deberá constar en dicho registro la identidad del fiscal o autoridad del Ministerio Público que hubiera solicitado la autorización a que se refiere el inciso primero, su fundamento y el origen de las especies utilizadas en el procedimiento.

En el plano internacional, la entrega vigilada o controlada se adecuará a lo dispuesto en los acuerdos o tratados internacionales.

No obstará a la consumación de los delitos que se pesquisen con ocasión de una entrega vigilada o controlada, el hecho de que en ella se hayan sustituido o marcado los objetos sobre que recae, o de que hayan participado funcionarios, agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes. La intervención de estos últimos no será considerada inducción o instigación al delito en los términos del artículo 10, N° 14 del Código Penal, si los responsables hubieren cometido el mismo hecho u otros de similar naturaleza sin su intervención.”

18.1. Legislación vigente sobre entrega vigilada

Previo a analizar la propuesta del ejecutivo, resulta necesario fijar la legislación vigente sobre entrega vigilada.

Ley N° 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, contiene la siguiente normativa sobre la materia:

“Artículo 33. Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, serán aplicables respecto de los delitos establecidos en los artículos 27 y 28, todas las normas de la ley N° 19.366, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y las que contenga cualquier otra ley que la sustituya o modifique, que se refieran a las siguientes materias:

a) Investigación: se comprenden, especialmente, la colaboración de organismos del Estado, la facultad del Ministerio Público para efectuar actuaciones fuera del territorio nacional o sin previo conocimiento del afectado y la cooperación internacional en general; levantamiento del secreto bancario; gratuidad de los antecedentes requeridos durante la investigación; técnicas especiales de investigación, como la entrega u operación vigilada, la utilización de agentes encubiertos e informantes, la interceptación de comunicaciones y demás medios técnicos; protección de las personas que hayan colaborado con la investigación, incluyendo el resguardo de su identidad e imagen, cambio de identidad, secreto de determinadas actuaciones, registros o documentos como medida de protección cuando exista riesgo para su seguridad, sanciones en caso de infracción, y posibilidad de prestar testimonio de manera anticipada; (...).”

En materia de delitos de pornografía infantil el Código Penal contiene las siguientes normas:

“Artículo 369 ter Código Penal. Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 366 quinquies, 367, 367 bis, 367 ter, 374 bis, inciso primero, y 374 ter, y la investigación lo hiciere imprescindible, el tribunal, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la interceptación o grabación de las

telecomunicaciones de esa persona o de quienes integren dicha organización, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de comunicaciones. En lo demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal.

Igualmente, bajo los mismos supuestos previstos en el inciso precedente, podrá el tribunal, a petición del Ministerio Público, autorizar la intervención de agentes encubiertos. Mediando igual autorización y con el objeto exclusivo de facilitar la labor de estos agentes, los organismos policiales pertinentes podrán mantener un registro reservado de producciones del carácter investigado. Asimismo, podrán tener lugar entregas vigiladas de material respecto de la investigación de hechos que se instigaren o materializaren a través del intercambio de dichos elementos, en cualquier soporte.

La actuación de los agentes encubiertos y las entregas vigiladas serán plenamente aplicables al caso en que la actuación de los agentes o el traslado o circulación de producciones se desarrolle a través de un sistema de telecomunicaciones.

Los agentes encubiertos, el secreto de sus actuaciones, registros o documentos y las entregas vigiladas se regirán por las disposiciones de la ley N° 19.366”.

En la Ley N° 20.000 se contienen las siguientes normas sobre esta materia:

“Artículo 23. El Ministerio Público podrá autorizar que los envíos ilícitos o sospechosos de las sustancias a que se refieren los artículos 1º y 2º, o las sustancias por las que se hayan sustituido, total o parcialmente, las anteriormente mencionadas, los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos sancionados en esta ley y los efectos de tales delitos, se trasladen, guarden, intercepten o circulen dentro del territorio nacional, salgan de él o entren en él, bajo la vigilancia o el control de la autoridad correspondiente, con el propósito de individualizar a las personas que participen en la ejecución de tales hechos, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos.

Se utilizará esta técnica de investigación cuando se presuma fundadamente que ella facilitará la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero, como, asimismo, el cumplimiento de alguno de los fines descritos en el inciso anterior.

Cuando las sustancias, instrumentos y efectos del delito se encuentren en zonas sujetas a la potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduanas observará las instrucciones que imparta el Ministerio Público para los efectos de aplicar esta técnica de investigación.

El Ministerio Público podrá disponer en cualquier momento la suspensión de la entrega vigilada o controlada y solicitar al juez de garantía que ordene la detención de los partícipes y la incautación de las sustancias y demás instrumentos, si las diligencias llegaren a poner en peligro la vida o integridad de los funcionarios, agentes encubiertos o informantes que intervengan en la operación, la recolección de antecedentes importantes para la investigación o el aseguramiento de los partícipes. Lo anterior es sin perjuicio de que, si surgiere ese peligro durante las diligencias, los funcionarios policiales encargados de la entrega vigilada o controlada apliquen las normas sobre detención en caso de flagrancia.

El Ministerio Público deberá adoptar todas las medidas necesarias para vigilar las especies y bienes a que se alude en el inciso primero, como, asimismo, para proteger a todos los que participen en la operación. En el plano internacional, la entrega vigilada o controlada se adecuará a lo dispuesto en los acuerdos o tratados internacionales.

Sin perjuicio de las facultades que se le confieren en los artículos 47 y siguientes, el Ministerio Público podrá solicitar a las autoridades policiales y judiciales extranjeras, directamente y sin sujeción a lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, la remisión de los elementos de convicción necesarios para acreditar el hecho delictuoso y las responsabilidades penales investigadas en el país, de conformidad a los convenios y tratados internacionales vigentes, como asimismo, otorgar a dichas autoridades extranjeras tales antecedentes o elementos de convicción

No obstará a la consumación de los delitos que se pesquisen con ocasión de una entrega vigilada o controlada, el hecho de que en ella se hayan sustituido las sustancias a que se refieren los artículos 1º y 2º de esta ley, o de que hayan participado funcionarios, agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes. La intervención de estos últimos no será considerada inducción o instigación al delito”.

18.2. Análisis de la propuesta del Ejecutivo

a) Como se indica en el proyecto, el propósito de la diligencia es que los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos indicados en este inciso o los efectos y objetos del mismo, se trasladen, guarden o intercepten o que circulen dentro del territorio nacional, salgan de él o entren en él, bajo la vigilancia o el control de la autoridad correspondiente.

Ahora bien, la diligencia debe ser autorizada por el juez de garantía, a petición del Ministerio Público, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados de que una o más personas hubieren cometido o participado en la preparación o comisión, o que ellas prepararen actualmente la comisión o participación, en un hecho constitutivo de algún crimen de la Ley N° 20.000, o del delito de lavado de dinero o de alguno de los delitos contenidos en los artículos 366 quinquies, 367, 367 ter y 374 bis del Código Penal; y,
- Cuando se presuma fundadamente que el referido procedimiento facilitará la identificación de los miembros de la asociación criminal o de quienes participen en alguno de los delitos señalados en este inciso, conocer sus planes y comprobarlos.

El propósito de la técnica de entrega vigilada, está restringido a los delitos que refiere el inciso 1º. Consecuencia necesaria, es concluir entonces que no se aplica a los demás delitos mencionados en el art. 226 A. Por tanto, no se aplicaría a los delitos de los artículos 106 108, 121, 122, 411 bis, 411 ter y 411 sexies, todos del Código Penal; a los contemplados en la Ley que determina las conductas terroristas; y a los delitos de los artículos 1 letra d) y e), 4º letras a) hasta d), 5º letras a) y b) y 6º letra c) de la Ley N° 12.927, sobre Seguridad del Estado y a los que excepcionalmente, a la investigación de todos aquellos crímenes en que se justifique fundadamente por parte del Ministerio Público que, por sus especiales características, se dificulte su investigación al punto de hacer indispensable el uso de medidas especiales de pesquisa.

Debería entenderse entonces que el art. 226 I, inc.1°, es una norma especial que prima, y por tanto, excluye el ámbito regulatorio que establece el art. 226 letra A. Recordemos que el art. 226 A se denomina “Ámbito de aplicación” y prescribe que “Las disposiciones de este título serán aplicables, en todo caso, a la investigación de los delitos previstos en...”. Por tanto, salvo que se estime existe una contradicción normativa, no cabría sino concluir que existe un criterio de especialidad que hace exclusiva la diligencia solo para los delitos que refiere el artículo 226 I.

Por otro lado constituye un aspecto positivo del proyecto que medie autorización judicial, como acontece en delitos sexuales (Art. 369 ter CP) y no quede al mero arbitrio del Ministerio Público como ocurre en la Ley 20.000; Ley 20.596 que modificó el abigeato (art. 448 quater Código penal); y en la Ley 19.913 en materia de lavado de dinero, art. 33.

En el mismo sentido, es igualmente positivo que el estándar para la concesión de la medida en cuanto a las presunciones fundadas que se exigen, supone el análisis de las mismas por un tercero imparcial como es el juez.

b) Por otro lado, el proyecto contempla la posibilidad que el Ministerio Público pueda disponer en cualquier momento la suspensión de la entrega vigilada o controlada y solicitar al juez de garantía que autorice la detención de los partícipes y la incautación de los instrumentos o efectos del delito, si las diligencias llegaren a poner en peligro la vida o integridad de los funcionarios o agentes encubiertos que intervengan en la operación, la recolección de antecedentes importantes para la investigación o el aseguramiento de los partícipes. Lo anterior es sin perjuicio de que, si surgiere ese peligro durante las diligencias, los funcionarios policiales encargados de la entrega vigilada apliquen las normas sobre detención en casos de flagrancia.

Asimismo, se señala en el proyecto, cuando los instrumentos, efectos u objetos se encuentren en zonas sujetas a la potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduanas observará las instrucciones que imparta el Ministerio Público para los efectos de aplicar esta técnica de investigación.

Por último, durante la ejecución de esta diligencia el Ministerio Público deberá adoptar todas las medidas necesarias para vigilar las especies y bienes a que se alude en el inciso primero; y para proteger a todos los que participen en la operación. La identidad de tales personas deberá ser registrada en conformidad a lo dispuesto en el artículo 266 Asimismo, deberá constar en dicho registro la identidad del fiscal o autoridad del Ministerio Público que hubiera solicitado la autorización a que se refiere el inciso primero, su fundamento y el origen de las especies utilizadas en el procedimiento.

c) El proyecto también propone una regulación de la diligencia en el plano internacional, señalando al efecto que la entrega vigilada o controlada se adecuará a lo dispuesto en los acuerdos o tratados internacionales.

Creemos que debe armonizarse la compatibilidad de la norma en materia de los delitos posibles de investigar bajo esta técnica, con los ilícitos que a su vez las convenciones suscritas por Chile autorizan para investigar bajo esta técnica, en las siguientes materias:

1. Decreto N° 543 del Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 20 de agosto de 1990: Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas;
2. Decreto 288 del Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 18 de febrero de 2004: Promulga la Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, municiones, explosivos, y otros materiales relacionados;
3. Decreto 342 del Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 16 de febrero de 2005: Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar, aire, y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños;
4. Decreto 375 del Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 30 de enero de 2007: Promulga la Convención de las Naciones Unidas por la corrupción.

d) Asimismo, el proyecto propone una regulación similar a la contenida en la Ley N° 20.000, en cuanto a que no obstará a la consumación de los delitos que se pesquisen con ocasión de una entrega vigilada o controlada el hecho de que en ella se hayan sustituido o marcado los objetos sobre que recae, o de que hayan participado funcionarios, agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes.

En el proyecto se señala que la intervención de estos últimos no será considerada inducción o instigación al delito en los términos del artículo 10, N° 14 del Código Penal, si los responsables hubieren cometido el mismo hecho u otros de similar naturaleza sin su intervención. Sin embargo en parte alguna el proyecto reguló o mencionó la figura del informante, por lo cual no aparecería autorizada su participación en cualquiera materia de la investigación. En consecuencia, la figura del informante debiera eliminarse del inciso en estudio.

e) El proyecto propone una sanción para aquellos agentes del estado que no cumplen con el mandato judicial: “Los funcionarios policiales, agentes encubiertos y reveladores que ejecuten las medidas o actuaciones a que se refieren los dos artículos precedentes fuera del objeto o límites impuestos por el mandamiento judicial respectivo serán sancionados, además de las penas que corresponda por los delitos cometidos, a la pena de inhabilitación absoluta y perpetua para ejercer cargos públicos.”

f) En el proyecto se sanciona con igual pena al fiscal del ministerio público o funcionario policial que hubiere tenido conocimiento de los delitos cometidos por aquéllos y no los hubiere denunciado en un tiempo próximo e inmediato a dicho conocimiento, sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan.

Creemos que en este caso se genera un concurso aparente entre esta norma, y el tipo penal del art. 175 del CPP (sanciona al funcionario público que no denunciare los delitos que tome conocimiento durante sus funciones). Por principio de especialidad, entendemos que se aplicaría el art. 226 J inc.2°.

IV. Consideraciones en materia de responsabilidad penal del adolescente

El Mensaje presidencial (755-362) contenido en el Boletín N° 9.692-07, del Proyecto de ley objeto del presente análisis y que modifica los Código Penal y Procesal Penal, presenta conflictos importantes con la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Estos problemas se derivan básicamente –aunque no exclusivamente- de la mayor extensión temporal que permitiría la nueva legislación en materia de detención e investigación. Lo anterior se agrava dada la extensión a todos los crímenes que permite el art. 226 A propuesto.

El proyecto de ley señala que debe existir una legislación antiterrorista, pero en concordancia, conforme ya hemos visto, con el respeto a los derechos humanos universales y que no olvide parámetros elementales de un derecho penal democrático. Debemos entender, entonces, que dentro del respeto a los derechos humanos universales se enmarca el respeto de la Convención sobre los Derechos del Niño, fuente fundamental de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil. Frente al eventual conflicto entre el derecho penal juvenil y la ley antiterrorista, es el primero quien ha de primar.

El art. 8 del proyecto señala lo siguiente en materia de adolescentes:

“Artículo 8°. En ningún caso, adolescentes podrán ser juzgados por los delitos señalados en los artículos 1°, 3°, 5° y 6°.

La exclusión contenida en el inciso anterior no se extenderá a las medidas de investigación y demás disposiciones que no digan relación con la determinación y cuantía de la sanción a imponer a los adolescentes responsables de algunos de los delitos a que se refieren los artículos anteriores.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la aplicación de las penas que, por los delitos a que hace mención el artículo 1° [artículos 141, 142, 150 A, 315, 316, 391, 395, 396, 397 o 398 del Código Penal y artículos 5°, 5° b) y 6° de la Ley N° 12.927 el delito de colocación de artefactos explosivos e incendiarios establecido en la Ley N° 17.798], se apliquen de conformidad a la Ley N° 20.084 y de las que deban imponerse a los mayores de edad que participen en esos delitos o sean coautores de los mismos o tengan intervención de conformidad al artículo 2° de la presente Ley”.

Como punto de partida, se debe recordar que hace muy pocos años el legislador excluyó expresamente a los adolescentes del ámbito de aplicación de la Ley que determina Conductas Terroristas, por medio de dos leyes: la Ley 20.467, de 8 de octubre de 2010, y la Ley 20.519, de 21 de junio de 2011. Por ende, la aplicación a un adolescente de cualquier aspecto de la nueva legislación propuesta implica en sí un grave retroceso en la debida protección de los derechos de los niños.

Asimismo, se debe tener presente que, en el derecho internacional, se entiende que la participación de personas menores de 18 años en actividades vinculadas a la llamada criminalidad compleja u organizada los hace más bien víctimas que victimarios de las mismas, sobre la base de la presunción de que habría manipulación, utilización o explotación de los niños por parte de adultos.

Así, la Convención sobre los Derechos del Niño señala:

Artículo 33.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

Artículo 34.

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;*
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;*
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.*

Artículo 35.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Artículo 36.

Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Por su parte, el Convenio 182 OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación⁵⁶, establece en su art. 3 que la expresión “peores formas de trabajo infantil” incluye:

⁵⁶ Decreto N°1447, Ministerio de Relaciones Exteriores, de 29.08.2000, publicado en el DO de 17.11.2000.

“a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes.”

Además, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que castiga delitos gravísimos, tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, excluye de su competencia a los menores de 18 años (art. 26). Lo anterior, sin embargo, no es óbice para sean crímenes de guerra el reclutamiento y utilización de niños menores de 15 años en un conflicto armado no internacional. De hecho, la primera condena de la CPI fue precisamente por dicho delito (Caso Lubanga, 2012).

De lo anterior puede desprenderse un concepto político-criminal de que, en casos de criminalidad organizada o compleja, la comprensión que ha tenerse de la participación de niños en tales actividades es de una utilización de los mismos por parte de los adultos. Así lo ha entendido, por lo demás, nuestro legislador en el art. 72 CP al aumentar la pena de los adultos que se prevalezcan de los niños en la perpetración del delito.

Por otro lado, en materia procesal penal, se establecen por parte del proyecto de ley ciertas normas que resultan incompatibles con lo dispuesto en la LRPA. A saber, se incorpora un título que establece medidas de investigación respecto de la criminalidad compleja u organizada (pero ampliable a todos los crímenes), en el que algunas características de dichas medidas no pueden ser aplicadas a los adolescentes sin retroceder sustantivamente en la protección de sus derechos procesales:

- *Para la investigación de los delitos complejos, el fiscal dispondrá del plazo de tres años desde la primera intervención judicial por cualquier causa. Artículo 226 C.*

Esta norma está en directa colisión con lo establecido en el Art. 38 de la LRPA, toda vez que el plazo establecido para la investigación de delitos cometidos por adolescentes es en principio de 6 meses, ampliables por una vez, sin que con la ampliación se puedan superar los 8 meses de investigación. En todo caso, la LRPA permite la separación de investigaciones y acusaciones cuando hay adultos y adolescentes co-intervinientes (art. 28, inc. 2°).

- *El agente revelador como funcionario policial que simula requerir de otro la ejecución de una conducta delictiva con el propósito de lograr la concreción de los propósitos delictivos de éste. Artículo 226 H.*

Dadas las características propias de la adolescencia (por ejemplo, mayor susceptibilidad e impresionabilidad, menores herramientas y competencias sociales para oponerse a los designios o presiones de un adulto, más aún si es un agente entrenado, y propensión a asumir mayores riesgos), resulta muy peligroso el hecho de que pueda contemplarse el uso de agentes reveladores con adolescentes, pues será muy difícil discernir si efectivamente éste tenía realmente un propósito delictivo o si fue “instigado” por el agente a tenerlo. En la práctica, es razonable suponer que el efecto –querido o no- de la actuación reveladora sobre un adolescente devenga más bien en una “provocación” del delito.

- *El control de la detención en los delitos complejos se someterá a las reglas generales, pero el plazo para efectuar la formalización de la investigación podrá ser ampliado por el juez de garantía hasta por el término de cinco días cuando el fiscal así lo solicite, por ser conducente para el éxito de alguna diligencia. Artículo 226 M.*

En el proyecto de ley se amplía el plazo general para pasar a control de detención hasta por el término de 5 días a petición del fiscal para asegurar el éxito de las diligencias investigativas, lo que a todas luces resulta contrario a la LRPA y a la Convención de Derechos del Niño, ya que es sabido que el tiempo en el caso de los niños y adolescentes presenta una connotación distinta, razón por la cual la celeridad en los plazos y sobretodo en el plazo para que el Juez de Garantía pueda conocer el mecanismo y la legitimidad de la detención del adolescente debiese estar garantizado por un plazo más breve. La ley 20.084 señala expresamente en su Art. 31 que “Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, en sus respectivos ámbitos de competencia, deberán poner a los adolescentes que se encuentren en las situaciones previstas en los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal, a disposición del juez de garantía, de manera directa y en el menos tiempo posible, no pudiendo exceder de 24 horas (...) Si se diere lugar a la ampliación del plazo de la detención conforme al artículo 132 de dicho Código [solo por hasta 3 días], ésta sólo podrá ser ejecutada en los centros de internación provisoria de que trata la presente ley.”

- *Cuando proceda la prisión preventiva, el Ministerio Público puede solicitar ciertas medidas restrictivas como recluir al imputado en lugares públicos especialmente destinados a este objeto; establecer restricciones al régimen de visitas e interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica. Artículo 226 N.*

Un primer comentario a esta regla es que los adolescentes sólo pueden ser privados de libertad como medida cautelar en recintos del SENAME, tal y como señala su artículo 43:

“La administración de los Centros Cerrados de Privación de Libertad y de los recintos donde se cumpla la medida de internación provisoria corresponderá siempre y en forma directa al Servicio Nacional de Menores...” La existencia de otros recintos especiales contraría esta norma.

Por otro lado, retroceder en materia de terrorismo a una aplicación de las normas en cuestión, trae como consecuencia directa una afectación al principio de utilizar la privación de libertad como último recurso y por el período más breve que proceda (art. 37 letra b CDN), pues se hace aplicable el art. 19 N°7 letra e) que exige unanimidad de los ministros titulares de una Corte de Apelaciones para aprobar u otorgar la libertad. Esta regla constitucional impidió en varias oportunidades la libertad de un adolescente mapuche los años 2010-2011.

Además, es un derecho fundamental de los adolescentes el poder recibir visitas periódicas de familiares u otros (art. 37 c) CDN y art. 49 inc. 2° i) LRPA), como una forma de evitar los efectos negativos del encarcelamiento y mantener el vínculo con su comunidad. Como ha indicado el Comité de los Derechos de Niño de Naciones Unidas, “[l]a excepción contemplada en el párrafo c) del artículo 37 de la Convención, en el sentido de que la separación deberá efectuarse ‘a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño’, debe interpretarse de manera restrictiva; la alusión al interés superior del niño no se refiere a lo que sea conveniente para los Estados Partes,” como sería el caso de la norma propuesta en el proyecto que es de sólo interés estatal.

Por último, las normas restrictivas en materia de comunicaciones y correspondencia atentan contra el derecho del adolescente a que durante el procedimiento penal se respete plenamente su vida privada (art. 40. 2. Letra b, vii).

En conclusión, nuestra opinión es que en materia de terrorismo no se debe innovar respecto de los adolescentes y debe mantenerse una norma que haga inaplicable cualquier disposición, sustantiva o procesal, relativa ha dicho fenómeno delictivo. Además de ello, ya que la aplicación del proyecto en materia procesal es más amplia que a sólo los delitos de terrorismo, su eventual aplicación a las personas menores de 18 años entra en contradicción y vulnera el derecho a un juzgamiento especializado de los adolescentes, reconocido tanto en el plano internacional como en el nacional.