

ASESORÍA EXTERNA

Septiembre 2019

ASESORÍA LEGISLATIVA A SENADOR FELIPE KAST SOMMERHOFF

INFORMANTE: JAVIER DE IRUARRIZAGA ARANEDA

SEPTIEMBRE 2019

Proyecto de ley que modifica el Código Procesal Penal con el objeto de permitir la utilización de técnicas especiales de investigación en la persecución de conductas que la ley califica como terroristas.

1. Antecedentes

Boletín: 12.589

Primer trámite constitucional (Senado), para segundo informe de comisión de Constitución y Seguridad Unidas, Urgencia Suma (03-09-2019).

Origen: Mensaje presidencial ingresado el día miércoles 24 de abril, 2019.

2. Contexto

El año 2010, se materializó la última gran reforma a la legislación antiterrorista por medio de la ley N° 20.467. En la tramitación de dicha reforma se postergó la inclusión de técnicas especiales de investigación para los delitos terroristas, como son, el uso de agentes reveladores o encubiertos, las entregas vigiladas, entre otras. En efecto, la ley N° 20.467 tuvo por objeto responder a las observaciones que se realizaron en el marco del Sistema Interamericano a la ley N° 18.314: se eliminaron las presunciones de responsabilidad penal y se modificaron las normas relativas a los testigos protegidos. Por ello, si bien en la iniciativa originalmente se consideraban aspectos investigativos, estos fueron dejados de lado para responder estrictamente las críticas de la Comisión Interamericana.

La ausencia de técnicas especiales investigativas es una de las falencias más criticadas actualmente en relación a la persecución de delitos terroristas. Precisamente, a propósito de la explosión de un artefacto explosivo en la Región Metropolitana el 4 de enero del presente año, el ex Fiscal Nacional, Sabas Chahuán, señaló públicamente que *"Desde que yo estaba en la fiscalía se ha insistido en que es necesario modificar la Ley de Conductas Terroristas, especialmente en cuanto a las técnicas de investigación, para incorporar las figuras del informante, el agente encubierto, la interceptación telefónica y de correos"*. Esto se condice con lo señalado por el actual Fiscal Nacional, don Jorge Abbott Charme, quien mediante oficio N° 392/2018 remitido al Congreso Nacional en el marco de los boletines refundidos N° 9.692-07 y 9.669-07, afirma que *"La Fiscalía ha señalado en varias oportunidades la necesidad de incorporar el uso de técnicas especiales en las investigaciones en que se persiguen delitos calificados como terroristas, dando cumplimiento, de esta manera, a diversos convenios e instrumentos internacionales relacionados con el terrorismo que recomiendan la introducción de estas técnicas para la investigación de estos delitos en los Estados Partes de dichos instrumentos internacionales y, además, teniendo presente la gravedad y complejidad de estos casos, por lo que se estima positiva su introducción(sic)"*.

Este diagnóstico también es compartido por el Congreso. En efecto, con fecha 8 de septiembre del año 2016, la sala de la Cámara de Diputados aprobó el informe de la Comisión Especial Investigadora encargada de "reunir información relativa a actos de gobierno y a la omisión de actuaciones gubernamentales en relación con la situación de inseguridad que se vive en la Región de la Araucanía y en las regiones aledañas". En la página 119 de dicho informe se establece como propuesta incorporar estas técnicas a la ley N° 18.314. Por otra parte, estas técnicas están consideradas para la investigación del delito terrorista en la iniciativa de la ex presidenta Bachelet, actualmente en trámite en el Senado.

3. Contenido

Desde el punto de vista de su contenido, la iniciativa contiene un **artículo único que modifica el Código Procesal Penal con el objeto de intercalar en el artículo 226 bis, que contiene el catálogo de delitos respecto de los cuales se aplican las técnicas especiales de investigación, la referencia a las conductas que la ley califica como delitos terroristas**. Es necesario extender la aplicación de estas herramientas para la persecución de delitos terroristas, cuya investigación carece de mecanismos suficientes y proporcionales a su gravedad. Resulta absurdo que el Ministerio Público disponga de técnicas especiales para indagar delitos como la receptación o el robo de cables, y no para un delito de la máxima gravedad como el terrorismo.

La incorporación de técnicas investigativas especiales no solo parece proporcional y sistemática teniendo a la vista el estado actual de nuestra legislación. Supone, además, dar respuesta a obligaciones internacionales. En efecto, la **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**, suscrita por nuestro país, en su artículo 20 señala: *"Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada."*

Lo anterior no supone bajo ningún punto de vista dejar de lado la discusión referida a una reforma sustancial a la legislación antiterrorista, que tiene lugar en el Senado. Una reforma a la manera como se investiga y sanciona el fenómeno terrorista es sumamente necesaria. No obstante lo anterior, es evidente que una modificación sustantiva y profunda en dicho sentido exige de un amplio y consensuado debate en el Congreso Nacional (como ocurre actualmente en el Senado con los boletines refundidos N° 9.692-07 y 9.669-07); lo que no obsta para avanzar paralelamente en un punto que creemos, genera consenso y parece prioritario.

4. Con miras a la discusión en particular

El texto original propone únicamente aumentar el ámbito de aplicación del actual Art. 226 bis del Código Procesal Penal a los delitos “que la ley califique como terroristas”, haciendo aplicables a su investigación las medidas de “interceptación de comunicaciones” (Art. 222), observación y grabación telemática y entre personas presentes (Art. 226). Además, permite la realización de “entregas vigiladas”, “agentes encubiertos”, “informantes” y “agentes reveladores”. Las indicaciones, en cambio, proponen importantes modificaciones sistemáticas y de fondo tanto al régimen común de estas medidas como a su extensión a los delitos terroristas en la forma propuesta por el texto aprobado en general. Por esto, se han subrayado los siguientes puntos para seguir en la discusión:

1. Falta de garantías y controles adecuados para el uso de las nuevas herramientas:

Todos los expertos en el tema hicieron hincapié en este punto. El profesor Jean Pierre Matus señala que se puede desprender del conjunto de las indicaciones un consenso básico: **no es posible extender el empleo de técnicas especiales de investigación a nuevos delitos, si no se tienen garantías de su uso y control adecuados, y esas garantías no existen en la actualidad.** Argumenta que hoy nos enfrentamos a una práctica desmesurada de interceptaciones telefónicas sin control sustancial por los juzgados de garantía.

Por eso propone las siguientes directrices:

- i. La necesidad de que las actuales herramientas especiales de investigación y, especialmente, las escuchas telefónicas, en la medida que afectan derechos fundamentales, tengan un adecuado control que:
 - a. Evite su uso descontrolado por parte de los fiscales adjuntos;
 - b. Evite la autorización con la sola palabra del fiscal;
 - c. Evite la falta de resguardo de su contenido durante la investigación, y de su destrucción y notificación posterior;
 - d. Evite el *shopping* de jueces para obtener autorizaciones, (solicitud de cualquier fiscal adjunto del Ministerio Público al juez de garantía que estime competente. En el fondo busca el juez que le permitirá intervenir);
 - e. Evite el *shopping* de sistemas de autorizaciones (normal, para crímenes 222 a 226, extraordinario 226 bis y de la ley inteligencia, caso “Huracán”);
 - f. Imponga un control efectivo de sus resultados;
- ii. La necesidad de extender el empleo de esas técnicas especiales de investigación, en la medida que exista un adecuado control de su uso, a las investigaciones de otros delitos de gran trascendencia social y que no parecen estar contemplados en la legislación vigente;

- iii. La necesidad de contar con un sistema de responsabilidades efectivas, incluyendo penales, por los abusos que se cometan en el empleo de estas medidas y la información obtenida gracias a ellas.
- 2. Establecer una **regla de proporcionalidad** para resolver la posibilidad de hallazgos casuales, con una fórmula similar a la utilizada a propósito de las interceptaciones de comunicaciones telefónicas. Si lo que se obtiene casualmente con la utilización de agentes recibe pena de crimen –o igual o superior a la delito indagado–, puede ser utilizado en otra investigación. Esto se hace cargo de observaciones de la Defensoría Penal Pública.

El profesor Raúl Núñez establece que, en este caso, los delitos descubiertos “accidentalmente” sólo podrán ser perseguidos si se trata de los más graves, es decir crímenes, pues para el resto de los delitos constituiría prueba ilícita.

- 3. **Cuerpo normativo que sea objeto de las modificaciones.** La profesora María Elena Santibáñez señala que, si bien es partidaria de que todos los delitos estuviesen en el Código Penal, así como todas las regulaciones procesales en el Código Procesal, hay que reconocer que en el terrorismo hay una particularidad, pues este delito tiene una regulación completa que no solo incorpora aspectos penales, sino también los procesales. Entonces, tener en el Código Penal el delito de terrorismo, con sus normas especiales, así como lo mismo en el Código Procesal, sería fragmentado y no sistemático. Por tanto, se haría necesario un nuevo cuerpo que orgánicamente contenga toda la regulación.

En la misma línea, el profesor Núñez señala que debiera haber una ley especial con aspectos adjetivos y sustantivos aparte. Cree que una inclusión de este tipo, especial, en una legislación general puede además de confundir, permear al resto de las normas generales, cuestión para la que no ha sido pensada.

- 4. Cuestión de fondo, **¿Eliminar el tipo subjetivo** (causar temor en la población)? El presidente de las comisiones unidas, Senador Harboe, planteó esa pregunta para conocer la perspectiva de los profesores sobre la idoneidad de esa medida. La profesora Santibáñez señala que deben incorporarse otros elementos de carácter objetivo para determinar el ánimo final. La exigencia especial hace que sea un delito distinto al resto, puesto que verdaderamente el terrorismo busca una finalidad diferente que es generar miedo en la población, pero ese ánimo no puede contraponerse a la posibilidad de juzgar por dicho delito entendiendo que el elemento probatorio hoy en día lo hace muy difícil. En el fondo es terminar con el elemento subjetivo cambiándolo por cuestiones objetivas que logren el mismo fin.

El profesor Matus, por su parte, respalda esa idea señalando que Chile ha suscrito tratados internacionales en lo que se establecen criterios objetivos para determinar el carácter de terrorista, como cuando se ponen explosivos en un aeropuerto, o una aeronave. Sin embargo, también señala que hay delitos terroristas subjetivos, como el de incendio, y también un tercer tipo relacionado con la asociación ilícita. En conclusión, no se trata de una situación de blanco y negro, sino que pueden ser múltiples los escenarios, y por tanto a eso

debiera adecuarse la legislación. El profesor Núñez, por su parte, se cuadra con esta posición, pues está de acuerdo con que hay tres dimensiones, y por tanto cree necesario pensar en algo más complejo, buscar una redacción completa que satisfaga todos los escenarios.