

Oficio N° 43-2016

INFORME PROYECTO DE LEY 53-2015

Antecedente: **Boletín N° 10.460-25.**

Santiago, 8 de abril de 2016.

Mediante Oficio N° 12.237, recibido el 21 de diciembre de 2015, el Presidente de la Cámara de Diputados, don Marco Antonio Núñez Lozano, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a esta Corte el proyecto de ley que fortalece la investigación de delitos terroristas y de aquellos que afecten la seguridad del Estado en casos de especial gravedad (Boletín N° 10.460-25).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión del día de 6 de abril del actual, presidida por el titular señor Hugo Dolmestch Urra y con la asistencia de los ministros señores Milton Juica Arancibia, Sergio Muñoz Gajardo, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Carlos Künsemüller Loebenfelder, Haroldo Brito Cruz y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa Egnem Saldías y María Eugenia Sandoval Gouët, señores Lamberto Cisternas Rocha y Ricardo Blanco Herrera, señora Gloria Ana Chevesich Ruiz, señor Carlos Aránguiz Zúñiga, señora Andrea Muñoz Sánchez y señores Manuel Valderrama Rebolledo y Jorge Dahm Oyarzún, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

**AL SEÑOR PRESIDENTE
OSVALDO ANDRADE LARA
H. CÁMARA DE DIPUTADOS
VALPARAÍSO**

“Santiago, ocho de abril de dos mil dieciséis.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que mediante Oficio N° 12.237, recibido el 21 de diciembre de 2015, el Presidente de la Cámara de Diputados, don Marco Antonio Núñez Lozano, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a esta Corte el proyecto de ley que fortalece la investigación de delitos terroristas y de aquellos que afecten la seguridad del Estado en casos de especial gravedad (Boletín N° 10.460-25).

El objeto general del proyecto se orienta a proponer varias modificaciones procesales y orgánicas, con el fin de dotar de mayores herramientas investigativas a las policías y fiscales en el contexto de investigaciones por delitos terroristas y en contra de la seguridad interior del Estado.

El oficio remitido solicita la opinión de esta Corte sólo en relación al artículo 7° de la propuesta que, como se verá, dispone la posibilidad que por resolución de la Corte Suprema una investigación por delitos terroristas –a solicitud del Ministerio Público– quede sujeta a la competencia de un tribunal distinto del que debería conocer en razón del territorio o lugar de los hechos;

Segundo: Que el artículo 7° de la moción que, como se ha dicho, es el único al que refiere la petición de informe por parte de la Cámara de Diputados, es del siguiente tenor:

Artículo 7°: *“Para la investigación y enjuiciamiento de las acciones señaladas en el artículo primero, el Fiscal designado podrá solicitar a la Corte Suprema la prórroga de competencia a tribunales ubicados en una región distinta a aquella en que hayan tenido lugar los ilícitos; siempre que ello sea indispensable para el éxito de la investigación o para la seguridad de los intervinientes, testigos y peritos.*

Designada la región por parte de la Corte Suprema, se procederá a sortear el juzgado de garantía competente para conocer del asunto. Este acto se verificará en presencia del secretario de la Corte, el Presidente de la misma y el Fiscal designado.

Con todo, el tribunal competente solo podrá estar radicado en una de las regiones contiguas a aquella donde se hubiesen cometido los ilícitos, sin perjuicio de la facultad de la Corte Suprema de elegir otra región cuando a juicio

de esta, de ello dependiese el éxito de la persecución penal, y siempre que la distancia no suponga un perjuicio sustancial para los intervinientes”;

Tercero: Que abordando esa única disposición transcrita en el motivo precedente, esto es sin pronunciarse sobre ninguna de las demás normas integrantes del proyecto, es indispensable resaltar que la prórroga de la competencia que propone el proyecto aparece abiertamente inviable, conclusión que se impone a la luz de la improcedencia en materia penal de la referida figura procesal.

De admitirse tal prórroga, resultaría obviamente afectado el principio del juez natural, al ver descartada su competencia por la prevalencia de la de otro tribunal, a consecuencia de una determinación autónoma radicada en una facultad entregada de manera exclusiva al Ministerio Público, con efectos obligatorios para las demás partes de la causa, desprovistas de la posibilidad de oponerse a ello. Este procedimiento, que aparece altamente inapropiado e inconveniente, se visualiza, además, como una contravención a la prohibición de rango constitucional de constituir comisiones especiales para conocer y juzgar, en este caso, cierto tipo de delitos.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar **en los términos precedentemente expuestos** el artículo 7° del proyecto de ley que fortalece la investigación de delitos terroristas y de aquellos que afecten la seguridad del Estado en casos de especial gravedad. Ofíciase.

Los Ministros **señores Brito y Cisternas y señora Muñoz** estuvieron por informar el artículo 7° de la moción expresando que la regla allí propuesta establece un mecanismo especial de “prórroga de competencia” penal para casos de terrorismo o delitos en contra de la seguridad del estado y, en principio –a su juicio- ello no merece mayores reparos, siempre que el pleno ejercicio de los derechos procesales de todos los intervinientes no resulte amagado, en especial en lo relativo a acceder y aportar prueba no obstante el cambio de lugar. De ser así, la cuestión territorial pasa a segundo plano.

Por ello, en su opinión, resulta esencial que para autorizar la prórroga de competencia se establezca un estándar que asegure normativamente tales prevenciones, cuya justificación sea contenida en una resolución fundada que

ponga de manifiesto la posibilidad de que todos los intervinientes podrán participar en las pesquisas, acceder a las pruebas y aportarlas al juicio.

Se previene que la Ministra **señora Egnem** además de lo dicho por el voto de mayoría acotado al artículo 7º consultado, considera que su texto no resulta conveniente porque, en su concepto, configura más bien un obstáculo para el éxito de la persecución penal, particularmente en lo que dice relación con la aportación de pruebas, verbigracia, la testifical.

Se previene que los Ministros **señores Muñoz, Künsemüller Brito y Cisternas, señora Muñoz y señor Dahm**, por considerar que los demás artículos de la propuesta normativa contemplan reglas que alteran la esfera de facultades de los Juzgados de Garantía, además de lo ya señalado respecto a su artículo 7º, estuvieron por ampliar el informe de esta Corte en los siguientes términos:

1º) El proyecto no modifica ningún cuerpo legal, estableciendo una Ley autónoma que agrega instrumentos de investigación a las leyes N° 18.314 y N° 12.927. Tal modo no parece adecuado, pues es preferible prever las reformas que se proponen directamente en las respectivas leyes especiales. Esto, además de facilitar su inteligencia, permitiría considerar las importantes diferencias conceptuales y criminológicas existentes entre los delitos terroristas, los previstos en la ley de seguridad interior del Estado y los relativos al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, cuyas normas particulares se quieren aplicar en la investigación de los primeros;

2º) La iniciativa legal se fundamenta en dos presupuestos distintos. En primer lugar, la moción parte de la base que las leyes N° 18.314 y 12.927 se encuentran infra aplicadas. Indican los proponentes que la realidad nacional y, especialmente, las circunstancias que se viven en la región de la Araucanía, harían necesario elevar la frecuencia de su aplicación, por lo que es necesario encontrar mecanismos que la faciliten¹. En segundo lugar, se sostiene que una de las principales barreras que impiden mayor aplicación de esta legislación es *“la falta de inteligencia policial y de medios de prueba idóneos [...]”*², razón por la

¹ “Ejemplo de ello es lo ocurrido en la Región de la Araucanía en los últimos años –pero particularmente en los últimos meses–, donde los niveles de violencia resultan inéditos y los resultados son millones de dólares en pérdidas y personas lesionadas, mutiladas, e incluso fallecidas; en un espiral de violencia que amenaza con dañar sustancialmente las bases del Estado democrático de Derecho.” Moción Boletín N° 10.460-25. p. 1.

² *Ibíd.*

cual sería necesario dotar –en estos casos– de mayores herramientas investigativas y organizacionales al órgano persecutor.

Es útil consignar que las materias de que se trata –más allá de la efectividad de estos supuestos– atendida su naturaleza han de observarse no sólo con criterios de legalidad sino, también, desde el contenido de la Constitución Política de la República y las obligaciones internacionales asumidas en los tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por Chile. En este sentido, debe tenerse en cuenta que recientemente –en sentencia de 29 de mayo de 2014, Caso Norín Catrimán y otros³– el Estado chileno fue condenado en razón de la aplicación de la Ley N° 18.314 al pueblo Mapuche, precisamente debido a diversos defectos en la reglamentación e implementación de las reglas de acopio y rendición de prueba que, a juicio de la Corte Interamericana, implicaron vulneraciones al derecho esencial a la presunción de inocencia y a la igualdad ante la ley.

De ahí que, considerando las reformas que se proponen, resulte relevante tener presente la manera en que la legislación chilena define al terrorismo y, también, los criterios procesales aceptados en nuestra legislación que desarrollan la garantía constitucional del debido proceso. En efecto, para la doctrina nacional el concepto de terrorismo bajo la Ley N° 18.314, no se encuentra adecuadamente acotado⁴. A su respecto pugnan criterios amplios con otros restringidos. Esta situación, criticada por diversos sectores, es compensada por la práctica jurisdiccional de los tribunales nacionales que han integrado la reglamentación internacional y constitucional para precisar la amplitud del concepto de terrorismo

3º) El proyecto en estudio que postula el aumento en las facultades del persecutor no previene el control de la jurisdicción de garantía para compensar tales potestades que amenazan directamente la legitimidad de las reformas. De contarse con un examen de mérito de las medidas especiales de investigación se dispondría de un control o autorización de carácter jurisdiccional preventivo en una etapa particularmente crítica, pues en ella pueden ser afectadas las garantías personales con la consiguiente invalidez de la prueba;

4º) Analizando los artículos 1º a 6º de la moción, surgen las apreciaciones que para cada uno de ellos se indican:

³ Disponible en: <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2014/07/Sentencia-Nor%C3%ADn-Catriman-y-otros-Corte-IDH.pdf>

⁴ VILLEGAS, Myrna. “Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal”. Polít. crim. n° 2, A3, 2006, p. 1-31, *passim*.

Artículo 1º: *“Autorízase al Fiscal Nacional, de oficio o a requerimiento de partes, el nombramiento de un fiscal con dedicación exclusiva para la investigación de los hechos constitutivos de delito de las leyes 18.314 y 12.927; cuando a juicio de este se trate de hechos que amenacen gravemente el ejercicio de las garantías fundamentales de un sector significativo de la población nacional, o persigan socavar de manera cierta las bases del Estado democrático de derecho.*

Dicho requerimiento tendrá el carácter de denuncia y deberá cumplir con lo señalado por los artículos 10 y 26 de las leyes 18.314 y 12.927 respectivamente.

En los casos de hechos perpetrados fuera del territorio nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la ley 12.927, formulado el requerimiento será competente para dirigir la investigación el fiscal designado, de acuerdo al inciso primero.

La designación se hará por un plazo de hasta un año, pudiendo prorrogarse hasta por igual periodo de tiempo en casos calificados”.

Este artículo permite al Fiscal Nacional, de oficio o a petición de parte, nombrar un fiscal con dedicación exclusiva para la investigación de delitos que a su juicio tengan mérito para ser subsumidos en las leyes N° 18.314 (delitos terroristas) o 12.927 (delitos contra la seguridad interior del Estado), y que “[...] amenacen gravemente el ejercicio de las garantías fundamentales de un sector significativo de la población nacional, o persigan socavar de manera cierta las bases del Estado democrático de derecho”.

Esta facultad, para la investigación de hechos complejos o delicados, ya se encuentra implícita en la reglamentación actual del Ministerio Público. En efecto, bajo la interpretación estándar de los artículos 17 a 19 de la Ley 19.640, se ha admitido el empleo de comisiones de servicio y/o designaciones de fiscales específicos con dedicación exclusiva para investigar determinados hechos⁵.

De allí que la previsión expresa de la institución sea procedente.

A consideraciones similares lleva el análisis de la regla que establece el inciso tercero del primer artículo de la propuesta. En ella se estipula la plena

⁵ V.gr. Para el caso de Kurt Martinson http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/sala_prensa/noticias_det.do?id=8351; o respecto del denominado caso bombas www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/noticiaPdf?noticiaId=6813

aplicabilidad de la regla del inciso primero respecto de hechos perpetrados fuera del territorio nacional;

Artículo 2°: *“Para asegurar el éxito de la investigación, el Fiscal Nacional podrá solicitar la colaboración de los distintos órganos de Estado, en los asuntos que a ellos les compete y tengan relación con el mandato investigativo al que se refiere el artículo anterior.*

De esta manera, el Fiscal Nacional podrá requerir de los órganos y servicios de la Administración del Estado, incluidas las Fuerzas de Seguridad y de Orden, la destinación de funcionarios de sus respectivas dependencias, en comisión de servicio a la Fiscalía Nacional, sin sujeción a la limitación establecida en el inciso primero del artículo 76 de ley N°18.834, sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 29, de 2005, del Ministerio de Hacienda”.

Tal como ocurre con el artículo primero, esta regla parece encontrarse en la regulación vigente, por lo que ambos incisos del artículo 2° de la propuesta resultan sobreabundantes e innecesarios, puesto que bajo el esquema regulatorio actual, y para toda clase de delitos, el Fiscal Nacional siempre puede solicitar la colaboración de otros órganos del Estado y la comisión de servicio de funcionarios⁶, dentro de los límites, atribuciones y prohibiciones previstas en la Constitución Política de la República, especialmente en los artículos 6, 7 y 101, así como también en las leyes.

Artículo 3°: *“Las diligencias de la investigación tendrán carácter reservado y sólo podrán tener acceso a ellas, con omisión de la identidad de quienes las practiquen, los intervinientes una vez que la misma se formalice.*

La infracción del deber de reserva de esta u otra disposición de la presente ley, será sancionada con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo, tratándose de quien proporcionare la información. En caso de que la información fuere difundida por algún medio de comunicación social, se impondrá a su director, además, una multa de diez a treinta unidades tributarias mensuales”.

⁶ En efecto, tanto la Constitución Política de la República como la Ley N° 19.640, establecen elevados estándares de colaboración con el Ministerio Público, respecto de todos los organismos del Estado. Al punto de que de conformidad al artículo 17 letra i) de la Ley 19.640, el Fiscal Nacional puede llegar a “[s]olicitar, en comisión de servicio, a funcionarios de cualquier órgano de la Administración del Estado, para que participen en las actividades propias del Ministerio Público. Dichas comisiones tendrán el plazo de duración que se indique en el respectivo decreto o resolución que las disponga [...]”.

Esta norma abandona la regla general de publicidad estableciendo como tal la reserva y que sólo podrán tener acceso a ellas, “*con omisión de la identidad de quienes las practiquen*” los intervinientes en la misma, una vez que esta se formalice.

Actualmente, cualquiera sea el ilícito investigado, e independientemente del carácter formalizado de una investigación, el expediente investigativo está siempre sujeto a reserva o secreto relativo, por lo que a este respecto la propuesta resulta una vez más innecesaria (artículo 182 del CPP)⁷.

Ante esto cabe preguntarse cuáles son los efectos de establecer el secreto o reserva absoluto para la totalidad de la pesquisa sin sujeción a plazo legal o control judicial alguno. A nuestro juicio, los términos absolutos de la medida cercenan el derecho a defensa de los intervinientes. Por esta razón, no puede sino que informarse desfavorablemente la propuesta contenida en el inciso primero del artículo 3°. De hecho, ni siquiera la legislación de la Ley N° 20.000 prevé una regla tan intensa respecto del secreto del expediente. El artículo 36 de dicho cuerpo normativo trata al secreto de modo parecido al Código Procesal Penal, mediante la previsión de estándares que justifiquen la medida extraordinaria de reserva. En efecto, dispone que:

“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

⁷ De conformidad a lo dispuesto en el artículo 182 del CPP “[l]as actuaciones de investigación realizadas por el ministerio público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento”. Esto no quiere decir, sin embargo, que el expediente investigativo no pueda, en determinadas ocasiones, contar con secreto o reservas absolutos. En efecto, el inciso tercero del mismo artículo 182 del CPP, permite al fiscal que dirige la investigación “disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación”. De este modo, ya con la legislación actual el fiscal puede declarar el secreto de determinadas actuaciones cuando la investigación lo amerite, en todo caso, con varios límites. El primero de estos límites es temporal: el fiscal solo puede declarar el secreto de la investigación por 40 días. El segundo es jurisdiccional, y está fijado en el inciso quinto de este artículo, que estipula que “[e]l imputado o cualquier otro interviniente podrá solicitar del juez de garantía que ponga término al secreto o que lo limite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él, o a las personas a quienes afectare.”. Por último, se establece una regla de exclusión de secreto respecto de “[...] la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en las que participare el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor”.

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”.

Particular mención merece la propuesta de omitir la identidad de los investigadores. No puede desconocerse que las defensas tienen derecho a solicitar que en el juicio sea justificada toda afirmación de carácter técnico, como son los informes de la investigación, pues es claro que esos antecedentes habrán de ser aportados por el Ministerio Público como prueba de cargo.

De allí que sea inadecuada la norma que se propone y que impediría pedir aclaraciones y mayores justificaciones a las personas que evacuren los aludidos informes.

Atendida las consideraciones antedichas, también la regla del inciso segundo del artículo 3°, que castiga la infracción al secreto dispuesto en estos términos con sanciones penales, aparece como desproporcionada. En este sentido, guarda mayor coherencia con el principio de proporcionalidad la regulación actualmente vigente, que también se encuentra reforzada penalmente, mediante lo dispuesto en el artículo 246 del Código Penal⁸.

Artículo 4°: *“Para llevar a cabo su cometido, el Fiscal designado podrá hacer uso de todos los mecanismos investigativos y medios de prueba que disponga el Código Procesal Penal y las leyes 18.314 y 12.927, independiente del cuerpo legal por el cual se formalice en definitiva a quienes resulten imputados.*

Asimismo, podrá autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos, y a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de esos Servicios actúen en tal calidad.

⁸ El artículo 246 del Código Penal prescribe: *“Art. 246. El empleado público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados, incurrirá en las penas de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, o bien en ambas conjuntamente. Si de la revelación o entrega resultare grave daño para la causa pública, las penas serán reclusión mayor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales. Las penas señaladas en los incisos anteriores se aplicarán, según corresponda, al empleado público que indebidamente anticipare en cualquier forma conocimiento de documentos, actos o papeles que tenga a su cargo y que deban ser publicados.”.*

Para los efectos de esta ley, agente encubierto es el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales que persiguen los fines señalados en la parte final del inciso primero del artículo 1º, 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 y le será aplicable lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 25 de la ley 20.000.

Informante es quien suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de estos delitos o de quienes han participado en él, o que, sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa de alguna manera en los actos preparatorios del mismo.

El agente encubierto y el informante en sus actuaciones como tales, 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.

Las normas sobre protección a testigos y peritos dispuestos en los artículos 15 y siguientes de la ley 18.314, serán aplicables a agentes encubiertos e informantes en cuanto sean necesarias para proteger la vida o integridad física de los mismos en caso de peligro grave”.

El artículo cuarto del proyecto propone dos clases de reglas principales. La primera, establecida en su inciso primero, se refiere a la potestad general de emplear los medios de prueba obtenidos mediante los procedimientos de las leyes N° 18.314 y 12.927, y las segundas, establecen al agente encubierto e informante.

El primer inciso estipula la autorización legal genérica para utilizar todas las herramientas investigativas especiales de las leyes N° 18.314 y 12.927, cualquiera sea el delito por el cual se formalice a los imputados.

Los restantes incisos del artículo 4º trasladan las normas de la Ley N° 20.000 al texto propuesto, y si bien son normas pensadas respecto de una criminalidad diferente –circunstancias en las que nada asegura su eficacia–, no se advierten razones que justifiquen claramente su rechazo.

No obstante, es importante tener presente que hoy se cuestiona que los Fiscales se encuentren autorizados para utilizar agentes encubiertos sin necesidad de autorización judicial previa. En efecto, en la regulación actual, sólo en contextos muy acotados (v.gr. Ley N° 20.000) puede el fiscal emplear mecanismos de esta clase sin autorización anterior de la judicatura, y aun así, la doctrina ha criticado duramente que el Fiscal pueda proceder de esta manera. Tal reparo al empleo de agentes encubiertos tiene asidero porque estos pueden ser tanto o más vulneratorio de garantías -como ocurre con la intimidad o la inviolabilidad del hogar- que, por ejemplo, una escucha telefónica⁹.

Por este motivo se sugiere restringir su aplicación a casos cuyo mérito sea justificado de manera preventiva ante el juez de garantía –mediante resolución fundada, según las reglas de validez previstas en el CPP–, en audiencia que habría de celebrarse con las reservas correspondientes.

La regulación del agente encubierto que realiza la propuesta de artículo cuarto en sus incisos segundo a sexto se limita a reiterar de modo genérico la ya escueta regulación de la Ley 20.000, sin aclarar varios de los problemas a que ha dado lugar el empleo de agentes encubiertos en materia de drogas. No especifica los límites de aquello que puede realizar el agente, por ejemplo, para separarlo del agente provocador, ni establece mecanismos como para poder determinar los límites de lo que puede realizar sin autorización judicial previa. Con todo, la regulación presenta algunos avances, como el estándar de proporcionalidad para la causal de justificación del inciso quinto del artículo en comento.

Artículo 5°: *“El Fiscal designado podrá requerir de la Agencia Nacional de Inteligencia, a través de su jefe de servicio, toda la información que tenga en relación al caso y los recursos operativos necesarios para el éxito de la investigación.*

Los antecedentes recopilados y aportados por la Agencia Nacional de Inteligencia así como de otros organismos de inteligencia pertenecientes a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad; podrán ser utilizados como elementos de prueba y no serán objeto de exclusión, sin perjuicio del valor probatorio que se les otorgue por el tribunal respectivo”.

El artículo 5° de la propuesta consta de dos incisos. En el primero establece la posibilidad de requerir de la Agencia Nacional de Inteligencia

⁹ RIQUELME, Eduardo. “El agente encubierto en la Ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo”. Polit. Crim. N° 2, °2, 2006, pp. 12 y ss.

información que sea relevante para el caso. En el segundo, establece que los elementos probatorios recabados, así como los aportados por otros organismos pertenecientes al Sistema de Inteligencia del Estado (Ley 19974), *“podrán ser utilizados como elementos de prueba y no serán objeto de exclusión”*.

La regla establecida en el inciso primero del artículo en comento resulta problemática por varias razones. Según la Ley 19.974, el propósito de la información de inteligencia y contrainteligencia es eminentemente preventivo. Lo que se busca es proporcionar mejores estándares para la toma de decisiones por parte del Estado.

A este respecto se formulan algunos comentarios.

En primer lugar, al establecer la posibilidad de incorporar esta información como elemento probatorio, primero a la carpeta investigativa, y luego al eventual juicio (público), hace relativamente cierta la divulgación de datos sensibles, que deberían mantenerse en secreto. ¿Qué interés debería prevalecer en este caso? ¿El interés de mantener en secreto la información recaudada, o el de perseguir a los responsables de un ilícito? ¿Cómo se resolverán los casos en que a un fiscal le sea negada la información?

En segundo lugar, la regulación propuesta aumenta las fuentes de transferencia de la misma, arriesgando también su reserva. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la legislación vigente permite al Ministerio Público recabar información de inteligencia, con una redacción que especifica de mejor manera los mecanismos mediante los que este organismo puede acceder a la información derivada del Sistema Nacional de Inteligencia, y las responsabilidades penales y administrativas que ello conlleva. En efecto, así lo demuestra el artículo 39 de la Ley N°19.974, que en lo pertinente señala:

“Lo dispuesto en el artículo anterior no obstará a la entrega de antecedentes e informaciones que soliciten la Cámara de Diputados o el Senado, o que requieran los Tribunales de Justicia, el Ministerio Público a través del Fiscal Nacional, o la Contraloría General de la República, en uso de sus respectivas facultades, los que se proporcionarán sólo por intermedio de los Ministros del Interior, de Defensa Nacional y del Director de la Agencia, en la forma prevista en el inciso segundo del artículo 9º de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, o por medio de oficios reservados dirigidos al organismo competente, según el caso.

Las autoridades y los funcionarios que hubieran tomado conocimiento de los antecedentes a que se refiere el inciso anterior, estarán obligados a mantener el carácter secreto de su existencia y contenido aun después del término de sus funciones en los respectivos servicios.” (énfasis agregado).

Por otra parte, lo que se propone plantea una dificultad mayor. Indirectamente involucra a las Fuerzas Armadas en cuestiones de seguridad pública interior, al facultar legalmente para que se les requiera información. Tal moción es particularmente discutible ante lo que previene el artículo 101 inciso 2° de la Constitución Política de la República que encomienda la cautela del “orden público y la seguridad pública interior” sólo a Carabineros e Investigaciones.

Finalmente la misma norma postula que los informes de las Fuerzas Armadas y de Orden puedan ser utilizados como medio de prueba sin prever la forma y las condiciones en que serán aportados al juicio ignorando el derecho a participar en la producción de todos los elementos de convicción, lo que se estima integra el derecho al debido proceso.

En efecto, la imposibilidad de excluir del juicio este tipo de pruebas en la audiencia de preparación del juicio oral que se propone (artículos 276 del Código Procesal Penal), genera una clase de prueba privilegiada en favor del Estado, pues a diferencia de lo que ocurre con todas las probanzas se quiere impedir la posibilidad que el juzgado de garantía verifique su legalidad y la circunstancia de no haberse infringido la constitución al momento de obtenerse las.

Tal norma afectaría inequívocamente al derecho de defensa, por lo que no es aceptable, pues la cuestión de ilicitud ni siquiera podría ser planteada. De este modo, la moción olvida que al juicio oral ha de llegar la prueba completamente depurada a objeto de que únicamente se la pondere. El proceso funciona, entre otros criterios ineludibles, en torno al principio de igualdad de armas, esto es, atribuyendo a todos los sujetos procesales las mismas posibilidades de actuación, de tal modo que carece de justificación jurídica que la prueba de que se trata no pueda ser sometida a examen antes de ser valorada como ocurre con toda clase de pruebas. Sobre todo si se tiene presente que la lógica del actual sistema procesal penal supedita la legitimidad de la persecución al respeto de los derechos fundamentales.

Artículo 6°: *“Al menos una vez al mes, el Fiscal designado para la investigación deberá remitir un informe al Fiscal Nacional; el que tendrá carácter reservado. Sin perjuicio de lo anterior, los requirentes podrán solicitar por escrito al Fiscal Nacional tener acceso a dichos informes, quien con el mérito de la solicitud, procederá a ponerlos en su conocimiento total o parcialmente según lo estime pertinente para el éxito de la investigación”.*

Este artículo, que establece deberes especiales de información del Fiscal designado al Fiscal Nacional, no parece implicar mayores problemas. No afecta las facultades de los tribunales de justicia, y a lo sumo, pone en riesgo la autonomía en la manera de llevar la investigación del fiscal adjunto frente al Fiscal Nacional.

Los Ministros **señores Juica y Pierry y señora Chevesich** concurren a la prevención anterior con excepción de todo cuanto refiere a la organización y atribuciones del Ministerio Público –artículo 1º, inciso segundo del artículo 2º, inciso primero del artículo 5º y artículo 6º- atendido su carácter de órgano autónomo y, por lo tanto, independiente del Poder Judicial, a cuyo respecto no procede informar con arreglo a lo estatuido en el artículo 77 de la Constitución Política de la República.

El Ministro **señor Muñoz** deja expresado, asimismo, que establecer asimetrías en el procedimiento entre los intervinientes, además de alterar la igualdad de armas, afecta el debido proceso que el Estado debe preservar, puesto que es posible que en general y en casos concretos afecte la responsabilidad política internacional del mismo Estado, impugnando específicamente las decisiones judiciales que apliquen la ley, como ha ocurrido ya en nuestro país, determinando luego modificaciones legales, por lo cual resulta más apropiado estudiar cuidadosamente las normas que se aprueben por el Parlamento.

Los Ministros **señor Künsemüller y señora Chevesich** previenen especial y expresamente su parecer desfavorable respecto de la norma proyectada en el segundo inciso del artículo 5º, en cuanto impide considerar como objeto de exclusión la prueba constituida por antecedentes recopilados y aportados por la Agencia Nacional de Inteligencia u otros organismos de inteligencia pertenecientes a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, por considerar inaceptable -por contravenir sensiblemente las garantías ínsitas del

debido proceso- inhibir a los intervinientes de ese mecanismo de exclusión o de descalificación probatoria.

Acordado con el **voto en contra** del Ministro **señor Aránguiz** quien, amén de considerar pertinente que el dictamen de esta Corte se extienda a todas las normas propuestas en la moción parlamentaria, porque más allá del informe obligatorio que constitucionalmente es su deber evacuar, no le resulta vedado opinar en el conjunto, como colaborador de la actividad del Estado que es en su calidad de agente público, y por ello, estuvo por informarla favorablemente en su integridad, teniendo presente que el terrorismo constituye una situación absolutamente excepcional que, en cuanto tal, no condice con la aplicación a su respecto de las normas ordinarias del ordenamiento que rige en materia de delitos comunes, sino que son necesarias disposiciones especiales que permitan en adecuado combate jurídico a este flagelo, resultando aportantes todas las propuestas en el proyecto, algunas de las cuales pueden ajustarse para evitar parte de los inconvenientes que denuncia la mayoría.

Por lo anterior, y a juicio de este disidente, el proyecto de ley en estudio se inserta y adquiere sentido en el ámbito de un esfuerzo serio de parte del órgano competente, demostrativo de su voluntad real de combatir uno de los flagelos más perniciosos para los derechos humanos y la estabilidad de un Estado de Derecho por medio de uno de sus pilares basales: la ley. Así lo han advertido países de cuya credencial democrática somos tributarios.

PL 53-2015”.

Saluda atentamente a V.S.

Milton Juica Arancibia
Presidente subrogante

Jorge Sáez Martín
Secretario