

Regulación de las medidas intrusivas

No existe en la ley chilena una definición ni enumeración legal y taxativa de medida intrusiva, pero según la doctrina nacional son *“actividades de investigación o búsqueda de pruebas dentro de algún ámbito de privacidad de la persona que la Ley protege, como son, por ejemplo el domicilio, las comunicaciones privadas, el cuerpo y los vestidos de la persona, su correspondencia y otras”* (Riego y Duce, 2000).

Las técnicas intrusivas y métodos encubiertos de investigación policial se encuentran en diversas normas, cada una de ellas con disposiciones que paulatinamente han sido coordinadas y sistematizadas, ellas son:

- Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad.
- Ley N° 20.000, que sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.
- Código Procesal Penal.
- Ley N° 19.974, de 2004, Sobre Sistema de Inteligencia del Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia.
- Código Penal, en materia de delitos de producción, comercialización, importación, exportación, distribución, difusión o exhibición de pornografía infantil, promoción o facilitación de la prostitución infantil, obtención de servicios sexuales de mayores de catorce pero menores de

dieciocho años de edad, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza.

- Ley N° 19.970, que Crea el Sistema de Registros de ADN.

Puede decirse que las principales técnicas o métodos intrusivos son:

1. Intervención de las comunicaciones telefónicas, informáticas, radiales y de la correspondencia en cualquiera de sus formas.
2. Escucha y grabación electrónica.
3. Allanamiento encubierto.
4. Levantamiento del secreto bancario.
5. Intervención de sistemas y redes informáticas.
6. Agente encubierto.
7. Informante.
8. Observación participante.

De la comparación de las medidas intrusivas existentes en diversas leyes, con las señaladas por el Ejecutivo, que serían materia de indicación al proyecto de ley que determina conductas terroristas y modifica los códigos penal y procesal penal (Boletines 9.692-07 y 9.696-07, refundidos), puede concluirse que todas las medidas señaladas por el Ejecutivo ya están contempladas en la Ley N° 20.000, y algunas de ellas en la Ley 18.314, salvo las de Agente Encubierto, Agente Revelador e Informante, que no se contemplan en esta última ley.

Está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de Ley, contribuyendo a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.

Contacto
E-mail: atencionparlamentarios@bcn.cl
Tel.: (56)32-226 3168 (Valpo.)

El presente documento responde a una solicitud parlamentaria del Congreso Nacional, conforme a sus orientaciones y particulares requerimientos. Por consiguiente, tanto la temática abordada como sus contenidos están determinados por los parámetros de análisis acordados y por el plazo de entrega convenido. Su objeto fundamental no es el debate académico, si bien su elaboración observó los criterios de validez, confiabilidad, neutralidad y oportunidad en la entrega.

Juan Pablo Cavada Herrera
Abogado (Universidad Diego Portales, 1997), Postítulo y Magíster en Gestión y Dirección Tributaria (Universidad Adolfo Ibáñez, 2002, 2003), Postítulo en Derecho Penal Parte General (Universidad de Salamanca, España, 2003). Áreas de especialidad: Derecho Tributario, Derecho Penal Económico, Minero.
E-mail: jcavada@bcn.cl
Tel.: (56) 2 226390

Introducción

Se hace un análisis de las normas legales chilenas que contemplan medidas investigativas consideradas intrusivas, para verificar en cuales de ellas están presentes las modificaciones anunciadas el 23 de marzo de 2018, por el Presidente de la República, a la Ley N° 18.314, de 1984, sobre Delitos Terroristas (Portal web Gobierno de Chile, 2018).

Para ello se cuenta solo con la información contenida en diversos medios de prensa sobre las modificaciones señaladas, por ejemplo, EMOL de 23 de marzo de 2018, que informa once modificaciones a la Ley señalada, una de las cuales se refiere a

[L]a incorporación de técnicas investigativas de mucho mayor eficacia que como (sic) las contempladas en nuestra Ley de Drogas o de Lavado de Dinero, tales como agentes encubiertos, agentes reveladores, entregas vigiladas, interceptaciones de comunicaciones y muchas más.

I. Medidas intrusivas en general

No existe una definición ni enumeración legal y taxativa de medida intrusiva, pero el Ministerio Público (2010) señala como medidas intrusivas en casos generales:

- a) Entrada y registro en lugares cerrados.
- b) Interceptación de comunicaciones telefónicas.
- c) Retención e incautación de correspondencia.
- d) Otros medios técnicos de investigación: por ejemplo, filmaciones, fotografías, grabaciones.
- e) Medidas a ejecutar sin conocimiento del afectado.

Según Riego y Duce (2000), las técnicas intrusivas corresponden

[A]l desarrollo de actividades de investigación o búsqueda de pruebas dentro de algún ámbito de privacidad de la persona que la Ley protege, como son, por ejemplo el domicilio, las comunicaciones privadas, el cuerpo y los vestidos de la persona, su correspondencia y otras.

Recopilando las medidas intrusivas contempladas en la legislación analizada más adelante, puede decirse éstas son:

1. Intervención de las comunicaciones telefónicas, informáticas, radiales y de la correspondencia en cualquiera de sus formas.
2. Escucha y grabación electrónica.
3. Allanamiento encubierto.

4. Levantamiento del secreto bancario.
5. Intervención de sistemas y redes informáticas.
6. Agente encubierto.
7. Informante.
8. Observación participante.

Las últimas tres técnicas no requieren autorización judicial, seguramente, por el hecho que no deberían implicar vulneraciones de garantías personales y su objetivo sería, en un primer momento, sólo la recolección de información para la prevención de situaciones futuras (Ministerio Público, 2005).

Estas técnicas de investigación, *a priori*, vulneran garantías de las personas, tales como la inviolabilidad de las comunicaciones privadas o del hogar, el respeto por la vida privada o intimidad, propiedad, etc., pero su justificación, desde la óptica de la política criminal, se encontraría en la naturaleza del ilícito investigado, el que, de otra forma, quedaría impune al no poder determinarse sus elementos típicos (Ministerio Público, 2005).

Las técnicas intrusivas y métodos encubiertos de investigación policial se encuentran en diversas normas, cada una de ellas con disposiciones particulares que paulatinamente han sido coordinadas y sistematizadas.

Dichas normas son:

- Código Penal, en materia de delitos de producción, comercialización, importación, exportación, distribución, difusión o exhibición de pornografía infantil, promoción o facilitación de la prostitución infantil, obtención de servicios sexuales de mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza.
- Código Procesal Penal.
- Ley N° 19.970, que Crea el Sistema de Registros de ADN (Bofill, 2014).
- Ley N° 19.974, de 2004, Sobre Sistema de Inteligencia del Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia.
- Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad.
- Ley N° 20.000, que sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

A continuación se hace el recuento señalado y se indican los principales aspectos generales de las medidas intrusivas existentes en Chile, señaladas por el Ejecutivo, analizándolas en las leyes en que estén previstas.

Al final del documento se sintetiza la información en un cuadro resumen, contrastando las medidas existentes, con las anunciadas por el Gobierno.

II. Medidas intrusivas en Chile

1. Agente Encubierto, Agente Revelador e Informantes

El artículo 25 de la Ley N° 20.000, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 2005, dispone en su inciso primero (los subrayados son nuestros):

[E]l 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.

2. Entregas vigiladas

El artículo 23, incisos primero y segundo, de la Ley N° 20.000, citada, dispone sobre las entregas vigiladas:

Artículo 23.- El Ministerio Público podrá autorizar que los envíos ilícitos o sospechosos de las sustancias a que se refieren los artículos 1° y 2°, 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.

3. Medidas de protección a la identidad y seguridad de cooperadores y familiares, testigos, víctimas y peritos

Chile cuenta con un sistema para la protección de denunciantes (informantes o cooperadores) en el ámbito penal y otro para el ámbito administrativo.

A continuación se señalan las medidas pertinentes en el ámbito penal en general, luego en el ámbito penal especial, particularmente en la Ley N° 20.000, y finalmente en el ámbito administrativo.

a) Ámbito penal general

El sistema penal contempla un mecanismo de protección de denunciantes de carácter general aplicable a cualquier persona que se encuentre en un proceso de investigación o juzgamiento penal por cualquier tipo de delito, y una legislación especial para la protección de denunciantes de corrupción vinculada principalmente al área administrativa.

Este sistema se regula mediante diversas normas, siendo la más importante la Constitución de la República, cuyo artículo 83 dispone que corresponde al Ministerio Público adoptar medidas para proteger a las víctimas y a los testigos, en el marco de un proceso o investigación penal.

Esta norma debe relacionarse con otras que la desarrollan, como por ejemplo, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, N° 19.640, cuyo artículo 17, letra a), inciso segundo, dispone:

Corresponderá al Fiscal Nacional (...) dictar las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de protección de las víctimas y testigos.

A raíz de estas disposiciones, el Ministerio Público creó una unidad administrativa especial, denominada "Unidad División de Atención a las Víctimas y Testigos en la Fiscalía Nacional y Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos" (URAVIT) en cada región de Chile.

Otra norma relevante es el artículo 6, inciso primero, del Código Procesal Penal, que reitera el deber del Ministerio Público de proteger a las víctimas en todas las etapas del procedimiento penal, disponiendo además que los Tribunales tienen la obligación de garantizar la vigencia de los derechos de las víctimas durante el procedimiento.

Por su parte, el artículo 78 del Código Procesal Penal dispone la obligación de los fiscales de adoptar en cualquier etapa de los procedimientos penales, medidas de protección para las víctimas de los delitos a fin de facilitar su intervención en los procedimientos. De ser el caso, esta norma faculta a los fiscales a extender estas medidas de protección al núcleo familiar del protegido.

Dichas medidas han sido desarrolladas mediante instrucciones administrativas del Ministerio Público (2005: 4, 5), siendo clasificadas en medidas autónomas que no requieren de autorización judicial y medidas que si requieren de autorización judicial (Ministerio Público, 2005).

- Medidas autónomas de protección:
 - ✓ Medidas de protección policial como la vigilancia, entre otras ad hoc.
 - ✓ Mecanismos o instrumentos de llamados de emergencia implementadas por el Ministerio Público en el domicilio del protegido.
 - ✓ Cambio de domicilio temporal o definitivo.
 - ✓ Cambio de número telefónico.
 - ✓ Aseguramiento y defensas a la estructura del domicilio del sujeto.
 - ✓ Entrega de teléfonos celulares.

- Medidas de protección que requieren autorización judicial:
 - ✓ Medidas cautelares personales como prisión preventiva del imputado.
 - ✓ Prohibición de frecuentar lugares o personas.
 - ✓ Cambio de identidad.
 - ✓ Diversas medidas de protección en el juicio oral, tales como la reserva de la identidad, impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectuare la audiencia, privacidad y reserva de la audiencia, entre otros.

b) Ley N° 20.000

- Reserva judicial de identidad de colaboradores en el procedimiento y de sus familiares:

El artículo 30, inciso primero, de la Ley N° 20.000 dispone que, 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, como asimismo de su cónyuge, o conviviente civil, 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.

En su inciso segundo, el artículo 30 dispone que para proteger la identidad de los intervinientes 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.

- Prohibición judicial de revelar la identidad de testigos o peritos protegidos

Esta medida no parece una medida intrusiva, sino solo una medida de protección a terceros intervinientes en los procesos, pero se la menciona por estar expresamente relacionada con el punto anterior.

El artículo 31 de la Ley N° 20.000 establece que, dispuesta que sea la medida de protección de la identidad a que se refiere el artículo 30, el tribunal, sin audiencia de los intervinientes, deberá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, deberá decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio.

La infracción de estas prohibiciones 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, además, a su director, una multa de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales.

c) **Ámbito administrativo**

En el ámbito administrativo se ha adoptado una legislación sobre protección de denunciantes de corrupción, la Ley N° 20.205, de 2007

[Q]ue protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad.

Esta norma modifica el Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834), el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales (Ley N° 18.883) y la Ley Orgánica

Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley N° 18.575) que señala en general, el deber de los funcionarios públicos de denunciar hechos de corrupción de los que tuvieran conocimiento.

De acuerdo con esta Ley, son denunciables todos los hechos irregulares y faltas al principio de probidad en general, que consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular¹.

A su vez, el artículo 55 de la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone:

[E]l interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la Ley.

El sistema de protección de denunciantes chileno otorga medidas de protección a los posibles denunciantes de corrupción por el sólo hecho de serlo. Estos derechos son:

- No ser objeto de las medidas disciplinarias de suspensión o destitución.
- No ser objeto de traslado de localidad o de función.
- No ser objeto de calificación por parte del superior jerárquico.

¹ El artículo 64 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado tipifica un conjunto de conductas contrarias al principio de la probidad administrativa, entre ellas: Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tuviere acceso en razón de la función pública que se desempeña; hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero; emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros; ejecutar

Estos derechos son aplicables desde la denuncia y son extensibles hasta 90 días después de realizada la investigación y sanción de la denuncia.

Un segundo grupo de medidas de protección están referidas a la provisión de garantías durante el desarrollo del proceso de investigación administrativo en el que es posible solicitar la reserva de la identidad, así como de los documentos e información que el denunciante pudiera prestar (artículo 90 B de la Ley N° 20.205).

Con relación a su ámbito de aplicación o sujetos de protección, está restringido al sector público.

Asimismo, también existen servidores públicos que al no regirse por el Estatuto Administrativo, tampoco se encuentran cubiertos bajo la protección de denunciantes de la Ley chilena².

Esta característica habría sido ratificada reiteradamente por la Contraloría General de la República mediante diversa jurisprudencia administrativa, rechazando que se apliquen las protecciones en el caso de que no concurren servidores del Estado (Sánchez, Francisco, 2010).

En cuanto al diagnóstico de la situación chilena, el Informe de Chile sobre el examen de la implementación de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, concluye que en el ámbito penal "*El marco legal de Chile parece estar conforme con la disposición bajo examen*" (UNODC, 2015: 77). Por su parte, en el ámbito administrativo, se señala que es una limitación el ámbito de aplicación de la norma que se limita a los servidores públicos.

El informe recomienda a Chile considerar la posibilidad de otorgar un sistema de protección similar al establecido por la Ley N° 20.205.

[r]especto a sujetos que no sean funcionarios públicos en la medida que estos denuncien antes ¿a? las autoridades competentes hechos relacionados con

actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales, entre otros (Chevarría y Silvestre, 2013, que se remite al artículo 62 de la citada Ley).

² Por ejemplo, los que se desempeñan en las empresas estatales, instituciones de Defensa Nacional, Contraloría General de la República y del Banco Central, personas contratadas bajo régimen de honorarios, ex-funcionarios, empleados de confianza, Carabineros de Chile, entre otros.

delitos tipificados con arreglo a la Convención (UNODC, 2015:79).

4. Cooperador Eficaz o Delación Compensada

A continuación se analizan las dos normativas en Chile que contemplan la delación compensada.

a) Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas

En Chile, el delito de terrorismo está tipificado en la Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad (Ley Antiterrorista en adelante).

El artículo 4° de la Ley Antiterrorista establece dos figuras político-criminales: el arrepentimiento eficaz y la delación compensada. Respecto de esta última, la norma autoriza a disminuir la pena hasta en dos grados cuando el acusado entregue información o proporcione antecedentes

[q]ue sirvieran efectivamente [...] para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos.

b) DL N° 211 de 1973. Colusión o Libre Competencia

Para detectar y sancionar más eficazmente las conductas colusivas, el artículo 39 bis del Decreto Ley N°211, de 1973 ³ (en adelante D.L. N° 11) permite otorgar un beneficio a los agentes económicos que cooperen con la Fiscalía Nacional Económica (FNE) proporcionando antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal de la Libre Competencia (TDLC), obteniendo como contrapartida la exención o reducción de las multas que pudieren imponérsele con motivo de la ejecución de conductas colusorias.

Así, en este contexto, la delación compensada es un mecanismo para investigar infracciones a la libre competencia vinculadas a casos de colusión.

Conforme con el artículo 39 bis del D.L. N° 211, la delación compensada se aplica respecto de aquellas infracciones a la libre competencia contempladas en el artículo 3° letra a) del mismo cuerpo legal, esto es en los casos de acuerdos expresos o tácitos entre competidores o las prácticas concertadas entre ellos, destinados a:

- Fijar precios;

- Establecer condiciones de comercialización de bienes o servicios;
- Limitar la producción de bienes y servicios;
- Asignarse zonas o cuotas de mercado;
- Excluir competidores; o,
- Afectar procesos de licitación.

En tales casos, los partícipes de tal conducta pueden acceder a una reducción o exención de la multa aplicable, cuando aporten a la FNE antecedentes para acreditar la existencia de la infracción a la libre competencia y la determinación de los responsables.

El inciso segundo del mismo artículo 39 bis del D.L. N° 211 establece que, para acceder al beneficio de reducción o exención de multa se deben cumplir los siguientes requisitos copulativos:

- Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal;
- Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, y
- Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.

Pueden solicitar el beneficio todas las personas naturales o jurídicas a quienes se pueda atribuir responsabilidad por una conducta colusoria, independientemente del grado de participación que hayan tenido en la misma. Así, pueden ser beneficiarios de la delación compensada, entre otros, las empresas competidoras miembros del cartel, sus ejecutivos, empleados y asesores que hayan tenido participación en éste, y las personas naturales y jurídicas que faciliten la puesta en práctica de la conducta colusoria.

Conforme con el inciso tercero del artículo 39 bis del D.L. N° 211, el beneficio de exención se concede a quien sea el primero en aportar los antecedentes a la FNE. Los demás partícipes de la conducta ilícita, pueden acceder a una reducción de la misma, conforme con el inciso cuarto, siempre que aporten antecedentes adicionales a los presentados por el primero, pero tal rebaja no puede superar el 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta, que no pueden acogerse a los beneficios.

³ Que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia.

El beneficio de la reducción de la multa, por su parte, está disponible para quienes lo soliciten y den cumplimiento a los mismos requisitos señalados, aportando antecedentes adicionales que agreguen valor a los ya existentes en poder de la FNE. La reducción de multa, a diferencia de la exención de multa, puede otorgarse a más de un solicitante del beneficio de delación compensada, en la medida que cada uno de ellos cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 39 bis del D.L. N° 211.

Quien solicita el beneficio ante el TDLC es la FNE, quien debe individualizar a cada ejecutor y señalar además que cumplió con los requisitos para acceder a dicho beneficio. Acogida por el Tribunal la denuncia y, por tanto acreditada la infracción a la libre competencia, se establece una prohibición para el Tribunal quien no puede imponer multa a quien aparece como acreedor de la exención ni imponer una multa superior a la solicitada para quien ha obtenido una reducción de la misma, salvo que, en uno y otro caso, se acredite que se trata de quien organizó la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella.

Para la aplicación de esta medida de auto-denuncia, la Fiscalía Nacional Económica (12017) publicó en marzo de 2017 la “Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión”, que reemplazó a la “Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en Casos de Colusión” de octubre de 2009.

Este documento busca entregar certeza jurídica a quienes buscan beneficiarse de la delación compensada, reduciendo los espacios de discrecionalidad que la Ley confiere a la autoridad (FNE, 2017).

El texto fue sometido a tres procesos de consulta pública y recoge los comentarios, sugerencias y aportes de diversos organismos como el Colegio de Abogados de Chile, la *American Bar Association*, la *International Bar Association* y el Departamento de Justicia de Estados Unidos). Además, incorpora las modificaciones efectuadas recientemente al Decreto Ley N° 211 mediante la Ley N° 20.945 (FNE, 2017).

Conforme al artículo 39 bis del D.L. N° N° 211, el TDLC no puede imponer una multa a quien la FNE haya individualizado como acreedor de una exención, como tampoco una multa mayor a la solicitada en su requerimiento a quien(es) haya individualizado como acreedor(es) de una reducción, a menos que se acredite durante el proceso que dicho ejecutor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionado a los demás a participar en ella.

c) Ley N° 20.000

El artículo 22 de la Ley N° 20.000 establece una circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta Ley.

En estos casos, el tribunal puede reducir la pena hasta en dos grados, pero si se trata del delito del artículo 16 de la Ley, consistente en asociarse u organizarse con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en la Ley N° 20.000, la pena puede reducirse hasta en tres grados.

La norma citada define cooperación eficaz como “*el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso primero*”, inciso que a su vez exige que la cooperación conduzca a esclarecer los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta Ley. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados.

La calificación de la cooperación como eficaz o no, depende del Ministerio Público, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación.

La reducción de pena opera después de la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurren; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales.

5. Interceptaciones de las comunicaciones

a) Constitución Política de la República

La Constitución Política de la República asegura a todas las personas, en el artículo 19 N° 4 y N° 5, “*El respeto y protección a la vida privada...*” y “*La inviolabilidad (...) de toda forma de comunicación privada*”. El N° 5 señalado establece a continuación:

[l]as comunicaciones y documentos privados (sólo pueden) interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la Ley.

En consecuencia, la Constitución Política de la República establece el principio de reserva legal para que la restricción de estos derechos sea legítima (Horvitz, López, 2002).

La interceptación de las comunicaciones, injustificada o arbitraria, es contraria a algunos Pactos Internacionales suscritos por Chile, como por ejemplo, el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 11) (Nogueira, 2000). Señala Nogueira (2000), que estas Convenciones exigen que

[L]a Ley que autoriza la interceptación de las comunicaciones telefónicas debe responder a un fin legítimo, vale decir, a un principio de necesidad ante una razón de interés, en el contexto de una sociedad democrática, como se deduce de los artículos 30 y 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En coherencia con lo anterior, la misma Constitución Política establece que la Ley podrá establecer la interceptación de comunicaciones y en dicho caso, la autorización judicial al funcionario, es una delegación de la facultad que la Ley entrega al juez (artículo 19, N° 5, ya señalado).

La interceptación de comunicaciones autorizada judicial o legalmente posibilita al agente a desarrollar su investigación sin cometer alguno de los delitos previstos en el artículo 161 A del Código Penal⁴, lo que se ve confirmado por la parte final de esta disposición que señala:

[E]sta disposición no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de la Ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas.

Cabe destacar que el artículo transcrito dice relación con la protección jurídica de las comunicaciones privadas. En cuanto a las comunicaciones colectivas, ellas se encuentran protegidas por los delitos consagrados de la Ley General de Telecomunicaciones.

b) Ley N° 18.314

La Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas, regula técnicas intrusivas y métodos encubiertos de recopilación de información e investigación.

El inciso primero del artículo 14 dispone:

[E]n 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 solicitará al juez de garantía que califique la conducta como terrorista. En virtud de esta calificación que se efectuará mediante resolución fundada, el Ministerio Público podrá pedir al juez de garantía que decrete, por resolución igualmente fundada, todas o algunas de las siguientes medidas:

[3]. Interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica.

El artículo 14 otorga competencia a los jueces del crimen y jueces de garantía, según sea el sistema procesal correspondiente, para disponer la interceptación, apertura o registro de comunicaciones telefónicas e informáticas y de la correspondencia epistolar y telegráfica, de los procesados o imputados calificados como terroristas, por los delitos descritos en el artículo 2° de la Ley N° 18.314. El inciso 2° del artículo 14 limita el alcance de las restricciones respecto del sujeto terrorista, pues indica que no podrán afectar la comunicación con sus abogados.

El término “comunicación” utilizado puede entenderse en sentido amplio, relacionado a las comunicaciones públicas o colectivas que están más vinculadas con la libertad de expresión. También, puede ser entendido como comunicaciones privadas, es decir aquellas en la que debe haber un destinatario concreto y específico y que se dan en la esfera íntima de las personas. Atendido el tenor del artículo 14 y el sentido de la restricción legal, parece ser que la comunicación aplicable a esta norma es la de sentido más restringido.

El artículo 14 autoriza al Ministerio Público para solicitar, en cualquier momento, la realización de diligencias de investigación que se requieran, en los términos del artículo 236 del Código Procesal Penal. Esta norma autoriza al Fiscal para realizar diligencias, con autorización judicial, sin conocimiento del afectado y aún antes de formalizarse

⁴ Esta norma sanciona al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se

produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público; y la difusión de conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos ocurridos en lugares como los señalados.

investigación. Dentro de las diligencias de investigación que el Ministerio Público puede realizar se encuentran, por ejemplo, la retención e incautación de correspondencia, interceptación de comunicaciones telefónicas o de otros medios de telecomunicación y grabación de comunicaciones entre personas presentes.

c) Ley N° 20.000

Al igual que en la Ley N° 19.366, las medidas de retención e incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros medios técnicos de investigación, se pueden aplicar respecto de todos los delitos previstos en la Ley N° 20.000, cualquiera sea la pena que tengan asignada (no se aplica la limitación de pena establecida en el artículo 222 del Código Procesal Penal) y respetando en lo demás las normas del Código Procesal Penal.

• Innovaciones respecto de la Ley N° 19.366

Para la individualización del afectado es suficiente que se consignen las circunstancias que lo determinaren (no se aplica el inciso 4° del artículo 222 del Código Procesal Penal).

El artículo 24 de la Ley N° 20.000 dispone que la intervención telefónica deberá efectuarse en conformidad a lo dispuesto en el Código Procesal Penal, es decir, no rige lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 222 del Código Procesal Penal, en cuanto a indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida, siendo suficiente consignar las circunstancias que lo individualizaren o determinaren.

d) Código Procesal Penal

El artículo 222 del Código Procesal Penal regula la interceptación de comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación, cuando

[E]xisten fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella prepare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciera imprescindible.

Luego, el artículo 226 señala que el juez de garantía podrá disponer la grabación de comunicaciones entre personas presentes.

Escapando al principio de que las técnicas intrusivas se utilizan para la investigación de delitos especiales o de organizaciones criminales, el Código Procesal Penal hace

extensible a los delitos comunes que merezcan pena de crimen, la posibilidad de solicitar la interceptación y grabación de comunicaciones.

De acuerdo al Código de Procesal Penal se puede autorizar la interceptación de comunicaciones, cuando se den los siguientes presupuestos:

Presupuestos de procedencia:

- Que existan fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella prepare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen; y
- Que la investigación lo hiciera imprescindible.

e) Código Penal, en materia de delitos de pornografía infantil

El artículo 369 ter del Código Penal, permite a los jueces del crimen y jueces de garantía, según sea el caso, "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.

La norma también dispone que se podrá autorizar judicialmente la utilización de Agentes encubiertos.

f) Ley N°19.974 sobre Sistema de Inteligencia del Estado y Crea La Agencia Nacional de Inteligencia

Esta Ley establece procedimientos especiales de obtención de información, en los artículos 23 y siguientes, pero solo cuando determinada información sea estrictamente indispensable para el cumplimiento de los objetivos del Sistema y no pueda ser obtenida de fuentes abiertas, y en la forma y con las autorizaciones que se disponen en el Título V de la citada Ley.

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.

El artículo 24 de la citada Ley señala que, para sus efectos, se entenderá por procedimientos especiales de obtención de información, los que permiten el acceso a antecedentes relevantes contenidos en fuentes cerradas o que provienen de ellas, que aporten antecedentes necesarios al cumplimiento de la misión específica de cada organismo operativo.

La norma dispone que tales procedimientos son:

- a) La intervención de las comunicaciones telefónicas, informáticas, radiales y de la correspondencia en cualquiera de sus formas;
- b) La intervención de sistemas y redes informáticos;
- c) La escucha y grabación electrónica incluyendo la audiovisual, y
- d) La intervención de cualesquiera otros sistemas tecnológicos destinados a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de comunicaciones o información

III. Tabla resumen

En la tabla siguiente se señalan las leyes chilenas que contienen medidas intrusivas (en la línea), y las medidas intrusivas señaladas por el Ejecutivo, que serían materia de indicación al proyecto de ley que determina conductas terroristas y modifica los códigos penal y procesal penal (Boletines 9.692-07 y 9.696-07, refundidos).

De la observación de dicha tabla puede concluirse que todas las medidas señaladas están contempladas en la Ley N° 20.000, y algunas de ellas en la Ley 18.314, salvo las de Agente Encubierto, Agente Revelador e Informante, que no se contemplan en esta última ley.

Tabla N° 1: Medidas intrusivas contempladas en la legislación chilena

Medida intrusiva anunciada por el Ejecutivo	Leyes que contienen medidas intrusivas					Decreto Ley N° 211 Colusión o libre competencia
	Ley N° 18.314	Ley N° 20.000	Código Procesal Penal	Ley N° 19.974, Sistema de Inteligencia del Estado	Código Penal (pornografía infantil, prostitución infantil)	
Agente Encubierto, Agente revelador, Informante	No	Si	No	Si	Si	No
Entrega vigilada o controlada	No	Si	No	No	Si	No
Protección de identidad	Si	Si	Si	Si	Si	Si
Cooperación eficaz o delación compensada	Si	Si	No	No	No	Si
Interceptación de comunicaciones	Si	Si	Si	Si	Si	Si
Registro de ADN	Si	Si	Si	Si	Si	Si

Fuente: Tabla de elaboración propia.

Referencias

- EMOL, 23 de marzo, 2018, *Los 11 cambios a la Ley Antiterrorista que impulsará el Gobierno de Piñera*. Disponible en: <http://bcn.cl/24ngk> (Abril, 2018).
- Bofill, Genszch, Jorge, *Sistema nacional de registro de ADN regulado en la Ley N° 19.970: análisis de sus presupuestos de aplicación*. Disponible en: <http://bcn.cl/24nb1> Pp. 147 y ss. (Abril, 2018).
- Fiscalía Nacional Económica (2017), *Guía de Delación Compensada*. (2017). Disponible en: <http://bcn.cl/24naw> (Abril, 2018).
- Gobierno de Chile (2018). *Presidente Piñera impulsa reforma a Ley Antiterrorista: "Es urgente y necesaria"*. Disponible en: <http://bcn.cl/24nay> (Abril, 2018).
- Horvitz, María Inés y López, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, Año 2002.
- Ministerio Público (2005). Oficio N° 65, *Técnicas de investigación y medidas investigativas del Ministerio Público específicas de la Ley N° 20.000*.
- Ministerio Público (2006). *Protección de testigos en Chile*. Documento presentado en la Primera Reunión Regional de la Asociación Mundial de Fiscales para Latinoamérica, 25 al 27 de julio 2006 Santiago, Chile. Disponible en: <http://bcn.cl/24nb3> (Abril, 2018).
- Ministerio Público (2010), Oficio FN 133/2010, *Instrucción general que imparte criterios de actuación aplicables a Etapa de Investigación en Proceso Penal*. Disponible en: <http://bcn.cl/24naz> Pp. 18-20. (Abril, 2018).
- Nogueira, Humberto. *El derecho a las comunicaciones privadas y la Ley N° 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, en *Gran Criminalidad Organizada y Tráfico Ilícito de Estupefacientes*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica Conosur, Año 2000.
- Riego, Cristián y Duce, Mauricio. *La Etapa de Investigación en el nuevo proceso penal*, varios autores. Santiago, Chile. Editorial Conosur Ltda., 2000.
- UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, *Informe sobre el examen de Chile, Examen por El Salvador y Ucrania sobre la aplicación por parte de Chile del Capítulo III. "Penalización y aplicación de la ley" y del Capítulo IV. "Cooperación Internacional" de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Ciclo de examen 2010 - 2015 (2015). Disponible en: <http://bcn.cl/1rt4c>(Abril, 2018).

Textos normativos

- Código Penal. Disponible en: <http://bcn.cl/24nek> (Abril, 2018).
- Constitución Política de la Republica de Chile. Disponible en: <http://bcn.cl/24nex> (Abril, 2018).
- DFL N° 29, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo. Disponible en: <http://bcn.cl/24k9n> (Abril, 2018).

DFL N°1 y 1-19653, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Disponible en: <http://bcn.cl/24nf0> (Abril, 2018).

DFL N°1, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973. Disponible en: <http://bcn.cl/24nf4> (Abril, 2018).

Ley N° 18.314, que Determina conductas terroristas y fija su penalidad. Disponible en: <http://bcn.cl/24ne3> (Abril, 2018).

Ley N° 19.696, que Establece Código Procesal Penal. Disponible en: <http://bcn.cl/24new> (Abril, 2018).

Ley N° 19.970, que Crea el sistema nacional de Registros de AND. Disponible en: <http://bcn.cl/24nes> (Abril, 2018).

Ley N° 19.974, sobre el Sistema de Inteligencia del Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia. Disponible en: <http://bcn.cl/24ned> (Abril, 2018).

Ley N° 20.000, que Sustituye la Ley n° 19.366, que Sanciona el trafico ilicito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Disponible en: <http://bcn.cl/24h6s> (Abril, 2018).

Ley N° 20.205, que Protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad. Disponible en: <http://bcn.cl/24nez> (Abril, 2018).