



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
Centro de Estudios de Derecho Informático

“Procedimientos especiales de obtención de información:  
Análisis del título V de la ley N° 19.974 y algunas  
consideraciones  
pertinentes a la protección de derechos fundamentales”

Memoria para optar al grado de  
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: Nicolás Medina Cabrera

Profesora Guía: Lorena Donoso Abarca

Santiago, Chile

2012

## **RESUMEN**

La presente investigación se enfoca en el análisis del título V de la ley N° 19.974 de 02 de octubre de 2004, *“Sobre el sistema de inteligencia del Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia”* y las atribuciones que le caben en la investigación de hechos a través de la interceptación de comunicaciones, con relación a los Derechos Fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República, en particular, al Derecho a la Inviolabilidad de las Comunicaciones.

Se abordan en consecuencia las condiciones legitimantes de los procedimientos franquados por la ley y algunas cuestiones relativas a ellos que resultan problemáticas. Desde ya se puede advertir que este trabajo parte desde un enfoque mixto, tomando elementos del Derecho Penal, la Geopolítica, la Criminología, el Derecho Constitucional y del pensamiento político. También se advierte que las consideraciones históricas tienen reservado un lugar en cuanto a la importancia de los argumentos esgrimidos aquí. A su vez, este enfoque mixto o multidisciplinario parte desde una perspectiva empírico-sistémica que se fundamenta en la necesidad de que se produzca un debate en todas las áreas de las humanidades con respecto al Sistema de Inteligencia de nuestro país, sobretodo en cuanto al título V de la ley que lo regula, que presentar una serie de fallas, tal como se pretende exponer.

Por lo tanto, más que teorizar sobre un tema desde una óptica de un ámbito del derecho u otro y plantear una única conclusión, se busca sacar a relucir varios puntos cuya discusión se hace urgente en la medida en que varios derechos fundamentales de la ciudadanía pueden estar comprometidos sin la debida difusión a la ciudadanía.

## TABLA DE CONTENIDO

Resumen .....	2
INTRODUCCIÓN.....	7
1.- Planteamiento del problema:.....	8
2.- Síntesis de la investigación .....	11
3.- Preguntas y posibles respuestas que guían la investigación .....	12
4.- Objetivos de la investigación .....	18
a) Objetivo general: .....	18
b) Objetivos específicos:.....	18
5.- Hipótesis de trabajo.....	19
6.- Limitación de la investigación.....	19
CAPÍTULO I. LA LEY 19.974.....	21
1.1.- Antecedentes y Contexto de la ley 19.974 .....	21
1.2.- Estructura y Ámbito de Aplicación de la Ley 19.974: .....	24
1.3.- Principios del sistema nacional de inteligencia .....	28
1.4.- Sistema de inteligencia del Estado .....	31
1.3.1 Concepto:.....	31
1.3.2.- Alcance .....	31
1.3.3.- El Comité de Inteligencia.....	32
1.3.4. Organismos integrantes del sistema : .....	32
CAPÍTULO II. LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE INFORMACIÓN .....	34
1.- Análisis crítico de las condiciones legitimantes de los procedimientos especiales de obtención de información.....	36
1.1.- Narcotráfico.....	37
1.2.- Crimen organizado .....	42
1.3.- Seguridad Nacional (del Estado) .....	62

2.- Amplitud conceptual, confusión y delimitación de las condiciones legitimantes .....	71
3.- Problemas relativos a la sustanciación de los procedimientos especiales de obtención de información .....	77
3.1.- Discrecionalidad del Director de la Agencia.....	78
3.2.- Posición del juez ante la solicitud: capacidad cognoscitiva, discrecionalidad e independencia e del Ministro de Corte de Apelaciones. ....	81
3.3.- No existencia de una desclasificación de las resoluciones: Violación deontológica y teleológica a una exigencia impuesta por el principio de publicidad. ....	93
<b>CAPÍTULO III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y EN PARTICULAR EL DERECHO A LA INVIOABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES.....</b>	<b>102</b>
1.- Los Derechos Fundamentales involucrados en los Procedimientos Especiales de Información:.....	102
2.- El Derecho a la Inviolabilidad de las Comunicaciones .....	105
2.2.- Sistema de normas de protección y garantía del Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas: .....	106
2.3.- Excepciones que considera la ley .....	109
2.4.- Relevancia del resguardo de la intimidad frente al grado tecnológico actual .....	110
3.- El valor de Alexy: Estructura, Colisión y Ponderación de los Derechos Fundamentales. ....	115
3.1.- Introducción a Alexy:.....	115
3.2.- Distinción entre reglas y principios: Estructura de las normas de Derecho Fundamental (Mandatos de optimización) .....	119
3.3.- Conflicto de Reglas y Colisión de Principios: .....	121
3.4.- Ley de Colisión y Ponderación:.....	124
3.5.- Supuesto de hecho y Ponderación en los Procedimientos Especiales de Obtención de Información: .....	126
4.- La pertinencia del Garantismo de Ferrajoli frente a los Procedimientos Especiales de Obtención de Información:.....	130
<b>CAPÍTULO IV. BREVE ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO: LOS CASOS DE ESPAÑA Y EEUU. ....</b>	<b>138</b>

1.- Estados Unidos: Patriot Act. El terror incontrolado que mató a la razón liberal.....	138
2.- España: Ley 11/2002 de 6 de Mayo reguladora del Centro Nacional de Inteligencia: .....	142
CONCLUSIONES.....	145
BIBLIOGRAFÍA.....	160
Libros y revistas:.....	160
Memorias: .....	162

## **INTRODUCCIÓN**

La ley N° 19.974 fue publicada en el año 2004 y constituyó la primera experiencia de un Sistema Nacional de Inteligencia. La necesidad de tal sistema radicaba en la ausencia de una institucionalidad y una regulación normativa capaz de enfrentarse a los desafíos que plantea un mundo globalizado. A su vez, dicho texto legal, en su Título V, estatuyó una serie de procedimientos de investigación de ciertas conductas consideradas como amenazas sociales, tales como el Narcotráfico, el Crimen Organizado, el Terrorismo y la Seguridad Nacional son fenómenos nocivos y que incluso pueden llegar a socavar la autoridad Estatal, que podrían afectar algunos de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución. Tales injerencias, no obstante, requieren autorización judicial para ser llevadas a cabo no necesariamente cumplen con las exigencias de pleno respeto a los derechos de las personas y por ende merecen ser estudiadas a cabalidad.

El propósito de la presente investigación es analizar tales procedimientos en contraste con nuestro catálogo iusfundamental y determinar si aquellos guardan observancia a lo dispuesto por la carta magna y sus principios. Para ello, en una primera parte se analiza la historia de la ley para luego exponer los procedimientos especiales de Información y analizar las condiciones que la ley establece para legitimar la intromisión de la autoridad en el ámbito privado de las personas, especialmente sus comunicaciones.

En el tercer capítulo se analizan los Derechos Fundamentales afectados por los Procedimientos Especiales de Obtención de Información y, particularmente, se desarrolla la conceptualización, fuentes normativas e importancia del resguardo de la inviolabilidad de las comunicaciones. A continuación se presenta un marco teórico para enfrentar la ponderación y la colisión entre los Derechos Fundamentales del afectado y

los intereses superiores esgrimidos por las instituciones de inteligencia. Luego se expone por qué es importante adoptar una perspectiva garantista en tanto los procedimientos en cuestión manifiestan una excepción explícita e implícita a los principios de legalidad, publicidad y sujeción a control, propios de un Estado de Derecho Democrático. Se verá hasta que medida ello es plausible y por qué parecen necesarias algunas reformas legales atingentes.

Por último, expone brevemente dos casos de legislación comparada, para dar lugar a las conclusiones de la investigación.

Al final de la memoria se presenta un anexo con la ley N° 19.974 y una serie de entrevistas a personas doctas en el tema.

La hipótesis que guía esta investigación es que *“las técnicas intrusivas contempladas en la Ley N°19.974 de 2004, denominadas “Procedimientos Especiales de Obtención de Información”, fallaron con respecto al catálogo iusfundamental, al conformarse con un mero cumplimiento formal de las exigencias impuestas por la Constitución”*.

El método de investigación responde a los propios de la dogmática jurídica, mediante el estudio lógico, histórico y sistemático de la ley, jurisprudencia relevante y entrevistas con expertos ligados a la materia.

## **1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:**



La ley Nº 19.974 en título V, denominado “*Los procedimientos especiales de obtención de información*”, faculta a los directores o jefes de organismos de inteligenciaa solicitar la autorización judicial – ministro de corte de apelaciones- para emplear los siguientes procedimientos consagrados en el art. 24: a) 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. *Con lo que en virtud de un interés estatal, se estarían conculcando garantías consagradas por la constitución como las del 19 n° 4.* Ciertamente, los procedimientos en cuestión proceden frente ante situaciones relacionadas con conceptos taxativamente enunciados por la ley que tienen por objetivo “resguardar la seguridad nacional y proteger a Chile y su pueblo de las amenazas del terrorismo, el crimen organizado y el narcotráfico”; pero tampoco una norma jurídica puede ser aceptada sin mayor examen en razón de la buena voluntad o utilidad de sus declaraciones, especialmente cuando de ellas dependen respeto y ejercicio de garantías constitucionales.

Otro dilema, en absoluto superfluo, es el hecho de que la resolución que autorice el empleo de dichos procedimientos, deberá dictarse, a la luz del Art.28, “*Sin audiencia ni intervención del afectado ni de terceros, y será fundada*”. De este modo,

también se estarían conculcando las garantías procesales que informan el principio de debido proceso. Por consiguiente, parecemos estar frente a una problemática jurídica no resuelta y escasamente abordada por la doctrina. Al ser una legislación relativamente nueva – año 2004- no es posible encontrar estudios nacionales enfocados en esta ley, por lo que la novedad de la realidad jurídica que se crea con la norma en comento aconseja e impone un examen acucioso de ella. Por dichas razones, es más que pertinente abocarse al estudio de la situación explicada, ya que existe un marco legal que podría revertir altos grados de discrecionalidad y que en definitiva, considerando nuestra experiencia en inteligencia estatal, el grado tecnológico alcanzado y la escasa publicidad de las intrusiones, podría eruirse como justificación legal de la violación de ciertos derechos fundamentales.

Por su parte, la factibilidad de la investigación es alta, aun tomando en cuenta la carencia de estudios doctrinales nacionales específicos al respecto. Ello porque la bibliografía teórica y doctrinal sobre derechos fundamentales es de una extensión inmensa y porque existen fuentes bibliográficas cuyo contenido es aplicable al estudio *sui generis*<sup>1</sup>, además de la posibilidad de contar con fuentes de campo y la historia fidedigna de la ley. Mención aparte merece la jurisprudencia, ya que por su inicial carácter secreto, será difícil de conseguir.

---

<sup>1</sup> Teorías sobre la prueba ilícita, por ejemplo.

El método a seguir considerará el uso de fuentes bibliográficas y fuentes de campo, complementando ambas dos para formar la base del marco teórico. Se espera que el resultado de la investigación permita esclarecer el alcance del título V de la ley en comento, especialmente si es que la normativa se constituye como una fuente legal que salvaguarda el cumplimiento de los preceptos constitucionales y lo dispuesto por los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile; es decir, se pretende determinar si es que los *procedimientos especiales de obtención de información*<sup>2</sup> constituyen una vulneración legítima de garantías fundamentales, junto con explicitar las ocasiones en que ello se justifica, además de advertir la siempre delicada relación entre actividades de inteligencia y derechos constitucionales.

## **2.- SÍNTESIS DE LA INVESTIGACIÓN**

Como se señaló precedentemente, el método a utilizar consistirá en el estudio de fuentes bibliográficas y fuentes de campo. Las dos fuentes positivas primordiales serán la ley n° 19974 y su respectiva historia. A ello, cuando corresponda, se añadirán fuentes positivas de derecho comparado – *PatriotAct*, *Ley CNI* de España, por ejemplo.

---

<sup>2</sup> O facultades intrusivas, indistintamente en adelante.

En el ámbito teórico y doctrinal se hará uso de cuanta bibliografía se halle en la disponible en la red y en soporte de papel en bibliotecas Chilenas. Los objetivos se dividirán en uno general y en cinco específicos. En general se estudiarán los procedimientos antedichos y se determinará la legitimidad de la conculcación de derechos fundamentales a la luz de lo dispuesto en la ley en contraste con lo preceptuado por nuestra Carta Magna. Los objetivos específicos girarán en torno a ello y tratarán, a saber, de los siguientes temas: análisis del grado de discrecionalidad de los directores de organismos de inteligencia; establecer si es que la intervención del ministro de apelaciones constituye resguardo suficiente para los afectados y razonar en torno al grado fáctico de independencia que poseen los ministros ante presiones políticas y de los organismos de inteligencia; la investigación teórica de los supuestos de hecho o condiciones legitimantes que justifiquen las intrusiones; análisis en derecho comparado del punto anterior y; presentar una opinión sobre cómo deberían actuar las agencias de inteligencia en base a criterios de legitimidad democrática.

### **3.- PREGUNTAS Y POSIBLES RESPUESTAS QUE GUÍAN LA INVESTIGACIÓN**

La pregunta primordial de la investigación gira en torno a una contingencia posible, cuyo acaecimiento pasado marca un precedente negativo en los anales de la historia de nuestro país, y que se basa en la posibilidad de que las

actuaciones de servicios de inteligencia estatal violen los derechos fundamentales que emanan de la Constitución. Así las cosas, **es válido cuestionarse si es que las facultades intrusivas que detenta la agencia en virtud de la ley pueden significar la comisión de actividades que ilegítimamente constriñan derechos garantizados por la constitución y aquellos que nacen de los Tratados Internacionales ratificados por Chile.** Las preguntas y respuestas específicas gravitan en torno a lo anterior y se manifiestan de la siguiente manera:

¿Cuál es el grado de discrecionalidad que poseen los directores o jefes de servicios de inteligencia para iniciar un procedimiento especial obtención de información? ¿Qué sospechas son suficientes para solicitar la autorización judicial para el uso de las facultades intrusivas? Frente a estas dos preguntas se podría responder que el grado de discrecionalidad que detentan los directores de organismos inteligencia es altísimo en cuanto a la mera solicitud. Sólo basta sostener que las actividades desplegadas por un ciudadano o un grupo de ellos pone en riesgo la seguridad nacional o se enmarcan dentro del crimen organizado, el terrorismo o el narcotráfico, ya que la ley no contempla un catálogo taxativo de actividades que legitiman la intervención y, por el contrario, sólo menciona los conceptos antedichos. Pero la discrecionalidad tiene su límite en la actuación del juez, ya que finalmente es el último quien decide el despliegue de las facultades intrusivas.

¿Es suficiente la intervención de un ministro de corte de apelaciones en el proceso para salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos investigados? ¿Es capaz este último de discernir si es que las razones argüidas por el solicitante poseen o carecen de fundamento según lo dispuesto por la ley? ¿Fácticamente, el juez puede hacer caso omiso de presiones políticas o gubernamentales, manteniendo su independencia y constituyéndose en garante incorruptible de los derechos fundamentales de los ciudadanos?

La respuesta a estas interrogantes es un asunto de ponderación, de percepciones. Debido al carácter de la pregunta y a la naturaleza de la disciplina de estudio, es un asunto que jamás podrá admitir una respuesta única o exacta como ocurre por antonomasia en el campo de las ciencias exactas. Si bien es cierto que nuestra constitución política consagra la división de poderes propuesta por Montesquieu que ha sido aceptada por la mayoría de los Estados occidentales, no deja de ser verdadero el hecho de que en la realidad dicha división es y ha sido, en ciertas ocasiones, más aparente que real<sup>3</sup>. Confirma lo anterior el papel cómplice que tuvo la justicia en casos de derechos humanos acaecidos durante la dictadura. Así, no es impensable que los jueces se vean expuestos a duras presiones políticas, que por cierto, serán menores en un sistema democrático que en uno de corte dictatorial o

---

<sup>3</sup> Interesantes al respecto son los estudios del profesor Edmundo Fuenzalida en relación a la percepción ciudadana del sistema judicial antes, durante y después de la dictadura.

totalitario. A esto se añade un problema de publicidad ya que *la resolución judicial que autorice o deniegue el uso de los procedimientos a que se refiere el artículo 24 deberá dictarse sin audiencia ni intervención del afectado ni de terceros y será fundada* – Art. 28, inc. 1-. El secreto se fundamenta en el éxito de los procedimientos; lo que se busca es proteger al Estado y al Pueblo de ciertos males: en el fondo, se vulneran los derechos de unos porque los derechos de otros – que son más o más valiosos- se ven amenazados. Pero aquí no se discute ello sino la idoneidad del agente judicial consagrado por la ley para velar por la protección de los derechos de los afectados. Habrá algunos que adhieran a la suficiencia del ministro de apelaciones para la misión que le ha encomendado la ley y la constitución, pero habrá otros que consideren que la ley peca por defecto, ya que aun reconociendo que un juez de rango elevado – como un ministro de corte de apelaciones- es menos susceptible ante presiones externas, no se puede dejar de desear que el tema sea conocido no de manera unipersonal sino por un grupo colegiado integrado por ministros de Corte Suprema y representantes ciudadanos<sup>4</sup>, o tal vez por un juez de Garantía, en razón de la función garante que el nuevo procedimiento penal le ha encomendado. Creo que lo último ayudaría a una mayor independencia de quienes tomen la decisión de autorizar la ejecución de facultades intrusivas.

---

<sup>4</sup> ¡Cuánto bien haría a Chile la creación una defensoría del pueblo u otras instancias de representación ciudadana en ámbitos no parlamentarios! Lamentablemente ello escapa el campo de estudio.

¿Teóricamente, por qué razones se justifica la intrusión del estado en la intimidad de las personas?, ¿Cuáles son las condiciones legitimantes que justifican dichas intrusiones?, ¿Qué condiciones legitimantes se han establecido en Derecho comparado?, ¿Cómo deberían actuar las agencias en este ámbito en base a criterios de legitimidad democrática?

La intrusión del Estado en la vida íntima de los ciudadanos es un tema de larga data. Comprendiendo que, al menos en teoría, no nos hallamos en el Leviatán de Hobbes, las razones que justifican la intrusión estatal en la intimidad de las personas deben fundamentarse en un ámbito preventivo: sólo es posible intervenir derechos fundamentales frente a situaciones que no admitan otra posibilidad<sup>5</sup> y que – desde un punto de vista positivo- ello esté contemplado en la legislación vigente<sup>6</sup>. Aquí se está en el límite del derecho penal, los fundamentos de la génesis estatal y los derechos fundamentales. Obviamente sería insensato buscar una respuesta final y además sería imposible compendiar la inmensa vastedad teórica relativa a esta materia. Por ello se estudiarán solo ciertas teorías que resulten pertinentes y permitan ofrecer una respuesta a la problemática. No obstante la respuesta preliminar no puede esperar: a

---

<sup>5</sup> La paradoja del derecho penal, precisamente, es proteger derechos fundamentales vulnerando derechos fundamentales.

<sup>6</sup> En virtud del principio de legalidad.



mi juicio, sólo es legítimo vulnerar los derechos fundamentales de ciertos individuos cuando las acciones desplegadas – o que a futuro ejecuten- afecten tan gravemente los derechos fundamentales de otros individuos o colectividades que no haya otra opción diversa posible para corregir o prevenir ese daño. Ya fuera del ámbito teórico, las condiciones legitimantes que justifican las intrusiones son que las actividades ejecutadas por los afectados pongan en peligro la seguridad nacional o digan relación con el terrorismo, el narcotráfico o el crimen organizado. Por consiguiente, el asunto estaría bastante claro y no dejaría mucha discusión al respecto. Sin embargo estamos frente a una apariencia, ya que al no ser taxativas las actividades que autorizan las intrusiones, el espacio de discrecionalidad para solicitar la autorización de las intrusiones es, francamente, enorme. Incluso me atrevería a decir que incentiva la creatividad.

En derecho comparado, las condiciones legitimantes varían y dependen, evidentemente de las leyes que regulen las actividades de inteligencia. Por dicha razón es necesario observar las disposiciones legales de cada país, mas no se puede desconocer el elemento material, la realidad circunstancial, que inspiró la dictación de aquellas leyes. Son ineludibles los casos de España y EEUU, puesto que además de constituir países que legalmente han ejercido influencias de diversa especie sobre nosotros, han sido dos estados que han tratado el tema del “terrorismo”. Por ello es que tal vez sus legislaciones, especialmente EEUU, sean más ásperas que la nuestra.

#### **4.- OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

##### **A) OBJETIVO GENERAL:**

El objetivo general de la investigación radica, como se ha dicho, en comprobar si las facultades intrusivas prescritas por la ley en comento en su título V, vulneran garantías constitucionales o derechos que emanan de los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile.

##### **B) OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

Los objetivos específicos se basan en la búsqueda de respuestas a las preguntas hechas anteriormente, dividiéndose en cinco subtemas sobre los que se ha hecho mención: a) Determinación del grado de discrecionalidad de los directores o jefes de organismos de inteligencia; b) Dilucidar si es que el papel que la ley le otorga el ministro de corte de apelaciones es suficiente garantía para el debido resguardo de los derechos de los afectados; c) Investigar las razones que han sido dadas en el ámbito teórico para sostener las condiciones legitimantes de las intrusiones; d) Realizar un estudio de las condiciones legitimantes han sido instauradas en Derecho Comparado y;

e) En virtud al estudio a realizar, postular una forma de actuación de las agencias de inteligencia en base a criterios de legitimidad democrática.

## **5.- HIPÓTESIS DE TRABAJO**

La manera en que han sido consagradas las *facultades intrusivas* no permite asegurar que las vulneraciones a los derechos fundamentales de los afectados son ajustadas a derecho o que revistan el carácter de legitimidad necesario como para justificar dichas intrusiones, según lo previsto en la Constitución y los tratados ratificados por el Estado chileno. Ello genera, a su vez, la consideración una serie de hipótesis alternativas que inciden en lo anterior y que dicen razón con un grado desproporcionado de discrecionalidad del que gozan los jefes de los servicios de inteligencia y con el hecho de que la actuación de los jueces de corte de apelaciones es insuficiente para el resguardo de las garantías fundamentales.

## **6.- LIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

No obstante su próxima vinculación con las teorías de los derechos fundamentales y de las actividades de inteligencia estatal, esta investigación tiene por

objeto un ámbito específico: **El estudio del título V de la ley 19.974: Los procedimientos especiales de información.** Por lo tanto, la investigación no pretende acabar en un grueso volumen teórico que aglomere diversas posiciones doctrinales y teóricas sino más bien servir como advertencia frente a una situación consagrada y aceptada por nuestro ordenamiento, que podría estar amparando legalmente la vulneración ilegítima de derechos fundamentales. Es relevante señalar lo que pudiese acusarse como una falta de perspectiva, en tanto la presente tesis no considera los demás títulos de la ley, especialmente el relativo a las sanciones y el control de las actividades realizadas por la agencia. A lo anterior se debe replicar que los temas referidos son una manifestación del problema general que se halla, sin embargo, en niveles o parcelas diversos; el marco legal legitimante de las intrusiones tiene su límite propio a pesar de la estrecha vinculación con su control posterior o el ámbito sancionatorio, al igual como ocurre con la diferenciación que se hace en el derecho penal: la teoría de la pena y la teoría del delito, no obstante su evidente correspondencia, tienen su propio campo de estudio perfectamente delimitado.

## **CAPÍTULO I. LA LEY 19.974**

### **1.1.- ANTECEDENTES Y CONTEXTO DE LA LEY 19.974**

La Agencia Nacional de Inteligencia constituye el primer antecedente de una institución a la cabeza de un verdadero sistema centralizado de inteligencia nacional. Durante la dictadura, los organismos de inteligencia de las FFAA o de las fuerzas de orden público continuaron trabajando bajo sus respectivas funciones y mandatos normativos, o bien actuaron, según la ocasión, al margen del derecho. La sola mención de CNI o DINA hasta el día de hoy provocan prejuicios negativos contra cualquier institución de inteligencia estatal. Históricamente, tales resquemores tienen fundamentos sólidos cuya evidencia consta no sólo en los informes gubernamentales – v.gr. Valech- o comisiones realizados a comienzos de nuestra democracia, sino en el imaginario colectivo del país. Por ello, para muchos ciudadanos, la sombra de los terribles abusos dictatoriales permanece cercana a la palabra inteligencia estatal.

En los albores del retorno a la democracia, la inteligencia estatal fue un tema postergado. Quizá porque su despliegue e institucionalización se asociaba de suyo al gobierno militar. Con el correr del tiempo se hizo evidente que, frente a un contexto cada vez más globalizado, la creación de un sistema de inteligencia era un imperativo insalvable que debía ser cumplido por cada estado. En búsqueda de cumplir tal

necesidad es que fue publicada en 1993 la Ley N°19.212, que creó la Dirección de Seguridad Pública e Informaciones, servicio público centralizado de carácter directivo, técnico y especializado, dependiente del Ministerio del Interior. Su objeto se explicitaba en su Artículo 3°, del siguiente tenor:

*“Corresponderá a la Dirección:*

- a) Servir de órgano coordinador de las informaciones relacionadas con el orden público, con la seguridad pública interior y con las apreciaciones de inteligencia.*
- b) Recabar, recibir y procesar, en el ámbito de su competencia, los antecedentes y la información necesarios para producir inteligencia.*
- c) Relacionarse, a través del Ministerio de Defensa Nacional, con los organismos de inteligencia de las Fuerzas Armadas, para recabar la información referente al orden público y a la seguridad pública interior de que ellos tuvieren conocimiento, y proporcionarles a dichos organismos de inteligencia la información que pudiere obtener en sus actividades de seguridad interior que incida en el ámbito de responsabilidad de las Fuerzas Armadas.*
- d) Coordinar el intercambio de información, en materias propias de la Dirección, entre los distintos organismos públicos que la recogen y disponen de ella.*
- e) Proponer políticas y planes que pueda desarrollar el Estado en materia de orden público y de seguridad pública interior.*
- f) Desarrollar y mantener un banco de datos centralizado, en asuntos propios del ámbito de su competencia.”*

Sin embargo, por diversos motivos, como la excesiva dependencia de la Dirección con relación al Ministerio del Interior, el defectuoso entramado en relación a las garantías fundamentales, el fracaso como servicio público en cuanto a la capacidad para erigirse como la base de un sistema de inteligencia coordinado y, principalmente,

porque tanto la forma como el contenido de la ley se apartaban de las necesidades impuestas por el statu quo, el 8 de enero de 1997 la Honorable Cámara de Diputados hizo un llamado a legislar la materia. Pasaron cuatro años hasta que el Presidente Lagos presentó un proyecto de Ley que se hizo cargo de tal llamado el 10 de octubre de 2001. El objetivo de este proyecto de ley, principalmente se encaminaba a *“Contribuir a que el Estado chileno mejore su capacidad de inteligencia, con el objeto de poder enfrentar y resolver, de mejor modo, los desafíos que pueden amenazar la seguridad del país, la estabilidad institucional y el régimen democrático. Tres afirmaciones preliminares explican el sentido del proyecto que someto a vuestra consideración:*

*1. En Chile existen entidades públicas que realizan actividades de inteligencia.*

*2. Para un Estado moderno, la actividad de inteligencia es un instrumento gubernamental legítimo y necesario.*

3. La reglamentación vigente en materia de servicios de inteligencia, adolece de insuficiencias en relación con la eficacia de tal institucionalidad, así como desde la perspectiva de la garantía de los derechos de las personas frente a la actuación de tales entidades y de la fiscalización de las actividades de los servicios de inteligencia.”<sup>7</sup>

Asimismo, es relevante señalar que una de las pretensiones del ejecutivo con el proyecto fue establecer y regular el Sistema de Inteligencia del Estado, y que por ende

---

<sup>7</sup> Mensaje del ejecutivo. En Historia de la Ley n° 19.974. pp. 5-6. Disponible en versión electrónica en: [<http://www.bcn.cl> consulta: 26/9/2011]

la pretensión de que sus normas se aplicaran a toda actividad de inteligencia que realicen los órganos o servicios que integren dicho Sistema.<sup>8</sup>

La discusión parlamentaria, por su parte, y los demás trámites legales exigidos por la Constitución versaron principalmente sobre la urgente necesidad de establecer el sistema de inteligencia, la violación al secreto bancario que contemplaba originalmente el proyecto de ley y que finalmente fue desechado y asobre la protección de las garantías fundamentales que debían erigirse como límite al actuar de los organismos de inteligencia.

La tramitación y aprobación de la ley se llevó a cabo bajo un clima de acuerdo y no suscitó mayores polémicas.

## **1.2.- ESTRUCTURA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 19.974:**

La ley 19.794 se organiza en 8 títulos cuyo contenido se refiere a los siguientes aspectos:

Título I.- De los principios de la actividad de Inteligencia

Título II.- Del sistema de inteligencia del Estado

---

<sup>8</sup> Para cumplir este propósito derogó a cabalidad la Ley n° 19.212



Título III.- De la Agencia Nacional de Inteligencia

Título IV.- De los servicios de inteligencia

**Título V.- De los procedimientos especiales de obtención de información**

Título VI.- Del control de los organismos de inteligencia

Título VII.- De la obligación de guardar secreto

Título VIII.- De las responsabilidades.

A pesar de que el presente estudio se enfoca únicamente en el título V de la ley, no se pueden obviar ciertos conceptos y objetivos definidos en ella. En primer lugar habrá de considerarse el ámbito de aplicación de la ley, que según el artículo 1 de la ley se define en los siguientes términos:

*“Artículo 1º.- Esta ley tiene por objeto establecer y regular el Sistema de Inteligencia del Estado. Sus normas se aplicarán a toda la actividad de inteligencia que realicen los órganos y servicios que integren dicho Sistema.”*

Como puede apreciarse de este artículo, la ley 19.974 tiene una aplicación general a las actividades de inteligencia desarrolladas por todos los organismos que participen de esta actividad. Siendo así es relevante analizar qué entiende la ley por

“inteligencia” y “contrainteligencia”. Al respecto el proyecto de ley<sup>9</sup> declara que se entiende por inteligencia *“el conocimiento útil, resultado del procesamiento de información, desarrollado por un organismo profesional, para asesorar en sus decisiones a los niveles superiores del Estado, con el objetivo de prevenir e informar de riesgos a los intereses nacionales y el logro de los objetivos del país, la seguridad y la defensa”*. En el texto definitivo este concepto quedó en los términos siguientes: *“el proceso sistemático de recolección, evaluación y análisis de información, cuya finalidad es producir conocimiento útil para la toma de decisiones.”* Como podemos apreciar, el texto definitivo objetiviza el concepto, eliminando la referencia al organismo que desarrolla esta actividad.

De su parte, en el proyecto de ley se entiende por contrainteligencia: *“una parte de la inteligencia destinada a detectar, localizar y neutralizar las acciones de inteligencia desarrolladas por otros Estados o grupos nacionales o extranjeros, o sus agentes, que estén dirigidas contra la seguridad del Estado, sus autoridades, de la defensa nacional y/o del régimen de gobierno”*. En este caso, el texto aprobado en el congreso nacional quedó en los términos siguientes: *“aquella parte de la actividad de inteligencia cuya finalidad es detectar, localizar y neutralizar las acciones de inteligencia desarrolladas por otros Estados o por personas, organizaciones o grupos extranjeros, o*

---

<sup>9</sup> Historia de la ley 19974, pág. 6. Disponible en publicación electrónica en [www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/.../HL19974.pdf](http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/.../HL19974.pdf)

por sus agentes locales, dirigidas contra la seguridad del Estado y la defensa nacional.”

En este caso el legislador más bien realiza una ordenación de los agentes desde los cuales se desarrollan las acciones que la actividad de inteligencia busca detectar, localizar y neutralizar.

Además del concepto general de inteligencia, en el proyecto de ley se especifica los siguientes aspectos:

- a) **Inteligencia policial:** que corresponde a carabineros de Chile y la policía de investigaciones y que es entendida como la función de procesamiento de la información relacionada con las actividades de personas, grupos de personas y organizaciones que de cualquier manera afecten o puedan afectar las condiciones de orden público y seguridad interior, como asimismo la seguridad de las instituciones policiales.
- b) **Control de los servicios de inteligencia:** entendido como procedimientos internos y externos establecidos para garantizar la sujeción al derecho de la actuación de los órganos que componen el Sistema de Inteligencia del Estado. El primero queda encargado al director de la Agencia Nacional de Inteligencia o por el jefe de cada organismo de inteligencia y comprenderá, entre otras cosas, la adecuación de los procedimientos empleados a las normas legales y reglamentarias vigentes y al respeto de los derechos y garantías constitucionales.

De su parte, el control externo es entregado a la Contraloría General de la República, en los ámbitos de su competencia; por los Tribunales de Justicia; y por la Cámara de Diputados, a través de una comisión especial.

### **1.3.- PRINCIPIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE INTELIGENCIA**

En materia de principios, la ley es bastante escueta. Se limita a la declaración del artículo 3°, que dispone: *“Los organismos y servicios de inteligencia y sus integrantes deberán sujetarse siempre, en el cumplimiento de sus objetivos y funciones, a la Constitución Política y a las leyes de la República.”* Este texto no dista en demasía del que contenía el texto del mensaje, que disponía: *“Los servicios de inteligencia y sus integrantes deberán sujetarse siempre, en el cumplimiento de sus objetivos y funciones, a la Constitución Política de la República y a las leyes dictadas conforme a ella”*.

En el informe de la Comisión de Defensa de la cámara de diputados se dijo en relación con este precepto, *“que, en estricto rigor, esta norma es innecesaria, por cuanto todos los servicios y órganos de la República deben sujetarse a la Constitución y a las leyes. Sin embargo, dada la importancia y la naturaleza del Sistema que se establece se ha destinado un artículo específicamente para ello, con la corrección de*

*redacción en orden a utilizar la expresión “siempre deberán sujetarse”<sup>10</sup>*. Entendemos en consecuencia que pese a sus atribuciones especiales, el legislador quiso que el sistema nacional de inteligencia respetará, los principios de legalidad y juridicidad, entre otras normas constitucionales, entre las que destaca el catálogo de Derechos Fundamentales del artículo 19. Así se lee en las actas de establecimiento de la ley, en las que queda claro que la ley no profundiza en estos aspectos porque entiende que los valores y principios de la ley son los mismos que inspiran a la Constitución Política de la República<sup>11</sup>. En esta misma instancia parlamentaria se especifican y enumeran los principios que debieran regir a esta ley, a saber:

- a) principio del respeto al ordenamiento jurídico, al régimen democrático, a los derechos constitucionales integralmente concebidos y, particularmente, a las garantías constitucionales;
- b) Principio de la autorización judicial previa;
- c) Principio de la proporcionalidad de las medidas que se tomen en relación con los delitos que se cometan;
- d) Principio de la reserva y de la autorización exclusiva de la información;

---

<sup>10</sup> Historia de la ley 19.974, página 59. Op.cit.

<sup>11</sup> Historia de la ley 19.974, página 146, Diputado Leal. Op.cit

Si bien estos aspectos no quedaron plasmados en la letra de la ley, entendemos que es en este sentido que debe entenderse el Título II cuando establece la forma en que se coordina el Sistema Nacional de Inteligencia, el Título III que crea, organiza y regula la Agencia Nacional de Inteligencia. El Título IV cuando trata de los Servicios de Inteligencia Militar y Policial, respectivamente. El Título sexto, al consagrar la sujeción a control interno y externo a este tipo de organismos.

La pregunta natural que surge a este respecto es si todo el proceso de control reviste el carácter de secreto y no se contempla la posibilidad de una desclasificación de datos ¿cómo podría ejercerse el control de los organismos del sistema en orden a garantizar su cumplimiento a las normas constitucionales?. Esto es especialmente crítico respecto de las atribuciones que establece el Título quinto, cuando regula los Procedimientos Especiales de Obtención de Información<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup>No es mucho lo que se pueda hablar ni investigar de la sujeción a control. Quien quiera contemplar la ley no debe hacer mayor trabajo, puesto que esta se halla en el anexo de esta memoria. No obstante, a través del trabajo se verá cómo, gracias a una óptica garantista y liberal, la crítica a los Procedimientos contemplados en la ley alcanzan a desvirtuar el secreto del control externo e interno, en consonancia con el catálogo iusfundamental y los principios de legalidad, publicidad y sujeción a control, propios de un Estado de Derecho Democrático.

## **1.4.- SISTEMA DE INTELIGENCIA DEL ESTADO**

### **1.3.1 CONCEPTO:**

Conjunto de organismos de inteligencia, independientes entre sí, funcionalmente coordinados, que dirigen y ejecutan actividades específicas de inteligencia y contrainteligencia, para asesorar al Presidente de la República y a los diversos niveles superiores de conducción del Estado, con el objetivo de **proteger la soberanía nacional y preservar el orden constitucional, y que, además, formulan apreciaciones de inteligencia útiles para la consecución de los objetivos nacionales.**

### **1.3.2.- ALCANCE**

Mientras el proyecto de ley entendía que lo integran: *“La Agencia Nacional de Inteligencia, que se crea; la Dirección de Inteligencia de Defensa del Estado Mayor de la Defensa Nacional; las Direcciones de Inteligencia de las Fuerzas Armadas; y las Direcciones o Jefaturas de Inteligencia de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. Incluye por tanto a “las unidades, departamentos o cualquiera otra dependencia de las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad Pública, que realicen tareas de inteligencia, se*

*consideran como parte integrante de las respectivas direcciones o jefaturas centrales de inteligencia”,* finalmente, el texto aprobado en el Parlamento establece la siguiente estructura del sistema:

### **1.3.3.- EL COMITÉ DE INTELIGENCIA**

El Comité de inteligencia es un Órgano integrado por los jefes de los organismos que componen el Sistema cuya función es constituir una instancia de coordinación técnica entre los organismos integrantes del Sistema, destinada a optimizar, regular, revisar y evaluar el flujo e intercambio de información e inteligencia y de facilitar la cooperación mutua. Las reuniones de dicho Comité se realizarán periódicamente y serán presididas por el Director de la Agencia Nacional de Inteligencia, quien deberá convocarlo de acuerdo con lo dispuesto en la letra b) del artículo 12.

### **1.3.4. ORGANISMOS INTEGRANTES DEL SISTEMA :**

Integran el sistema de inteligencia del estado: “a) La Agencia Nacional de Inteligencia; b) La Dirección de Inteligencia de Defensa del Estado Mayor de la Defensa Nacional; c) Las Direcciones de Inteligencia de las Fuerzas Armadas, y d) Las Direcciones o Jefaturas de Inteligencia de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. Las unidades,



departamentos o cualquiera otra dependencia de las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad Pública que realicen tareas de inteligencia se considerarán, para los efectos de la aplicación de esta ley, como partes integrantes de las respectivas direcciones o jefaturas de inteligencia señaladas precedentemente”.

## **CAPÍTULO II. LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE INFORMACIÓN**

La ley 19974 conceptualiza los procedimientos especiales de información en su artículo 24, en los siguientes términos: *“Para los efectos de esta ley se entiende 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. Tales procedimientos son los siguientes:*

- 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.”*

La forma en que están contemplados no plantea equívocos y, por ende, no requiere mayor descripción. Eso sí, tales procedimientos no pueden usarse sino cuando concurren en la especie ciertas condiciones legitimantes establecidas en el artículo 23: *“Cuando determinada información sea estrictamente indispensable para el cumplimiento de los objetivos del Sistema y no pueda ser obtenida de fuentes abiertas,*

*se podrá utilizar los procedimientos especiales de obtención de información a que se refiere el presente Título, en la forma y con las autorizaciones que en el mismo se disponen. Dichos procedimientos estarán limitados exclusivamente a actividades de inteligencia y contrainteligencia que tengan por objetivo resguardar la seguridad nacional y proteger a Chile y su pueblo de las amenazas del terrorismo, el crimen organizado y el narcotráfico. Los que sin ser parte del Sistema de Inteligencia del Estado utilicen tales procedimientos, serán castigados con presidio menor en cualquiera de sus grados, sin perjuicio de las penas que correspondan por los crímenes o simples delitos cometidos con ocasión de la actividad ilícita.”*

Aquellos loables objetivos de todo estado que constituyen las condiciones legitimantes parecieran justificar la intrusión de la autoridad Estatal en la vida privada de personas sospechosas, pero tal asunto no admite una aceptación tan lisa y llana. Aunque tampoco debe olvidarse que tales técnicas intrusivas deben ser autorizadas por un ministro de Corte de Apelaciones o el Juez Militar que corresponda según un procedimiento contemplado entre los artículos 25 a 29 y que se irán desarrollando conforme el avance del presente texto. El artículo 30 ordena que *“las personas naturales o jurídicas que, previa exhibición de la orden judicial competente, sean requeridas para permitir el cumplimiento de alguna de las medidas indicadas en el artículo 24, deberán acceder a tal petición de manera inmediata o según lo señalado en la autorización judicial. La obligación establecida en el inciso precedente no regirá*

*respecto de las personas que señala el artículo 303 del Código Procesal Penal, pero únicamente con relación a los casos y en los términos previstos en dicho Código.”*

En último lugar, los artículos 31 y 32 versan, correspondientemente, sobre la autorización para el uso de agentes encubiertos e informantes, cosa que no será tratada por no exigirse la intervención de la judicatura.

## **1.-ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS CONDICIONES LEGITIMANTES DE LOS PROCEDIMIENTOS**

### **ESPECIALES DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN**

Los procedimientos especiales de información se justifican en el mensaje con que se acompañó el proyecto de ley en los términos siguientes: *“El narcotráfico, el crimen organizado y el terrorismo constituyen un nuevo tipo de amenazas para la seguridad de los países, que se alejan de las hipótesis tradicionales de conflictos vecinales y, por lo tanto, responden a lógicas distintas dentro de un mundo globalizado. Es difícil distinguir los límites entre la información que se requiere para la seguridad interior y la que se necesita para la seguridad exterior. Lo anterior justifica la existencia de un sistema que permita que la información residual que sea útil para ambos ámbitos de la seguridad pueda ser compartida, lo cual es posible en el marco de la iniciativa que se analiza.”*<sup>13</sup> De ello se desprende que las condiciones legitimantes del establecimiento de estas medidas son las especiales características de estas figuras en sus distintas fases de desarrollo. Asimismo, de la historia de la ley se desprende que el

---

<sup>13</sup> Historia de la ley, pág. 48

ánimo del legislador fue siempre establecer estas medidas con carácter de excepcional y que se excluyeran las *“actividades de inteligencia relacionadas con el orden público y que pudiesen afectar a los movimientos sociales u organizaciones gremiales”*. Asimismo, fue una preocupación constante del legislador el que estos procedimientos no afectaren indebidamente a las garantías fundamentales reconocidas en la Constitución. En este sentido se pronunció el Ministro del Interior de la época, señor José Miguel Insulza.

### **1.1.- NARCOTRÁFICO**

Desde un punto de vista positivo y estrictamente legal, el narcotráfico no requiere mayor análisis: es una conducta penada por la ley, cuya descripción emana nítidamente de aquella. En efecto, la ley N° 20.000 es bastante clara en sus dos primeros artículos:

*“Artículo 1º.- Los que elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, sin la debida autorización, serán castigados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales. Si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, podrá rebajarse la pena hasta en un grado. Incurren también en este delito, quienes tengan en su poder elementos, instrumentos, materiales o equipos*

*comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de las sustancias o drogas a que se refieren los incisos anteriores.*

*“Artículo 2º.- La producción, fabricación, elaboración, distribución, transporte, comercialización, importación, exportación, posesión o tenencia de precursores o de sustancias químicas esenciales, con el objetivo de destinarlos a la preparación de drogas estupefacientes o sustancias sicotrópicas para perpetrar, dentro o fuera del país, alguno de los hechos considerados como delitos en esta ley, será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales. Si alguna de las conductas descritas en el inciso anterior se hubiere realizado sin conocer el destino de los precursores o de las sustancias químicas esenciales por negligencia inexcusable, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a medio.”*

De lo anterior se desprende que la denominación correcta dada por la ley es el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y no narcotráfico. A su vez, en los artículos inmediatamente siguientes a los citados, el cuerpo legal en cuestión determina otra serie de conductas abarcadas dentro del tráfico mencionado. Aun así, de la fácil lógica interna de la ley -lo que posibilita una subsunción simple de los hechos- y de su coherencia sistemática no se desprende nítidamente el bien jurídico protegido por ella, a raíz de lo cual se han mantenido viejas críticas a la penalización de esta conducta. Asumiendo que los bienes jurídicos principalmente comprometidos son

la salud pública y la libertad de los afectados,<sup>14</sup> *“en todo caso, es contradictorio, ya se ha dicho, con las bases de un Estado liberal que se proteja penalmente a los ciudadanos por los daños que se causan a sí mismos, forzándolos a la austeridad. El derecho que tenga su base en la libertad no puede contener en sus prohibiciones y mandatos reglas que aseguren el sentimiento moral o que impongan modelos de felicidad. Si así fuera, el “sujeto” pasaría a ser “objeto” o propiedad de la comunidad.”*<sup>15</sup> Junto con derribar, o al menos debilitar, el fundamento material de la ley, la postura antedicha plantea una gran duda ante la legitimación de actividades de inteligencia que vulneran derechos consagrados en la Constitución, que es reflejada en preguntas como las siguientes: ¿Frente a un bien jurídico difuso o indeterminado se pueden conculcar tales derechos?, ¿Es una respuesta mesurada del ordenamiento jurídico el permitir intromisiones de la autoridad en ámbitos íntimos o personales?

Antes de responder a estas preguntas huelga afirmar que en la antigua ley de drogas -N° 19.936- *“El daño que el legislador tenía en vista al crear los tipos legales de tráfico ilícito de estupefacientes no consiste en la autolesión, expresión de la autonomía de la voluntad de individuos singulares, dispuestos a exponer su salud y su libertad a riesgos (aún los más irracionales), sino en la posibilidad real que, de ese uso*

---

<sup>14</sup> En tanto su libre determinación se ve afectada por una dependencia psíquica y física a las sustancias estupefacientes y/o psicotrópicas.

<sup>15</sup> POLITOFF, S. Y MATUS, J.P: “Objeto jurídico y objeto material en los delitos e tráfico ilícito de estupefacientes” en Anexo, Gaceta jurídica (Santiago) nº 226 (1999). p. 5. El texto se refiere la antigua ley de drogas, aunque los defectos siguen siendo los mismos; o acaso han aumentado su magnitud.

*determinado, pudiera seguirse la difusión incontrolable de sustancias que pongan en peligro la salud y la libertad de los demás...Tal peligro está directamente vinculado al trayecto de la droga en el circuito criminal y su acceso a los más vulnerables, en particular a los jóvenes.”*<sup>16</sup> Esto plantea que el bien jurídico protegido por la antigua ley es claramente colectivo. La Ley N° 20.000 sigue protegiendo aquel bien jurídico colectivo, que no es otro que la salud pública, además de cautelar – según algunos- la integridad física y psíquica de la persona y su libertad. Pero nada de lo dicho anteriormente legitima las técnicas intrusivas contempladas en el título V de la ley 19.974; se podrá rebatir y discutir *ad eternum* acerca de los bienes jurídicos cautelados por la ley de drogas, mas lo que hace relevante al narcotráfico en materia de inteligencia estatal es que aquel, desde los setenta en adelante, se ha constituido como un fenómeno que ha sido capaz de generar un poder alternativo al Estado en varias regiones: *“Las fuerzas y procesos del narcotráfico configuran una de las más graves amenazas a la soberanía, la seguridad y la existencia misma del Estado latinoamericano.”*<sup>17</sup> Ejemplo de lo dicho es la situación actual de México, país en que los carteles dominan *de facto* ciertas zonas, vencen al ejército y controlan a altos

---

<sup>16</sup> POLITOFF, S Y MATUS, J.P: *ibid.* pp. 8-9

<sup>17</sup> KAPLAN, M: *“El estado latinoamericano y el narcotráfico”* Editorial Porrúa, México. (1991) p. XI. Una visión sociológico-jurídica bastante completa de este fenómeno hasta fines del siglo XX.



funcionarios estatales y del parlamento, además de detentar la suficiente fuerza como para teñir un proceso electoral con sangre y salir impunes de ello.<sup>18</sup>

Las actividades de inteligencia, por su naturaleza, están llamadas a pugnar contra *“Diversas fuerzas dentro y fuera del Estado y de la respectiva nación <<que>> operan respecto al primero, lo condicionan y desgastan, lo amenazan en su coherencia e integridad, en su autonomía y en su supremacía, en su eficacia y permanencia, en su identidad y en su existencia misma.”*<sup>19</sup> Una de esas fuerzas es, precisamente, el narcotráfico y es por ello que la condición legitimante en cuestión, no obstante estar contenida en la ley, replica a un fenómeno que puede llegar a amenazar la supervivencia del Estado. Por ello es que los procedimientos especiales de obtención de información no hallan su legitimación directa en bienes jurídicos como la salud pública o la libertad del individuo sino en la protección de la autoridad y la existencia misma del Estado, no siendo medido ni permitido por la Ley N° 19.974 una vulneración de garantías fundamentales en casos relativos a consumo o microtráfico,

---

<sup>18</sup> Sin hacer juicios axiológicos, la realidad es irrefutable.

[[http://www.elpais.com/articulo/internacional/narco/mexicano/acorralla/politica/elpepiint/20100630elpiint\\_1/Tes](http://www.elpais.com/articulo/internacional/narco/mexicano/acorralla/politica/elpepiint/20100630elpiint_1/Tes)] consulta: 26/09/2011.

<sup>19</sup> KAPLAN, Marcos: *ibídem.* p.17

por ejemplo.<sup>20</sup> La ley en cuestión así lo entiende, tal como se verá más adelante, cuando se examine la discrecionalidad del Director de la Agencia.

## **1.2.- CRIMEN ORGANIZADO**

Al igual que el narcotráfico y las demás condiciones legitimantes establecidas por el Art. 24 de la Ley N° 19.974, la delincuencia o el crimen organizado constituye un fenómeno de tal magnitud y complejidad que incita a escapar de los márgenes de este estudio. Es posible, no obstante, conceptualizarlo sin traspasar el alcance de esta obra. Como comienzo, es recomendable destacar que los orígenes de éste fenómeno son difusos y están asociados por antonomasia a la actividad mafiosa. Es el caso de la mayoría de las Tríadas Chinas que *“sostienen su noble procedencia de las fraternidades antimanchúes del siglo XVII”*<sup>21</sup>; de la Cosa Nostra, cuya *“primera referencia conocida... data de 1837 y se recoge en un informe del Fiscal General de Trapani... dirigido al ministro de Justicia de entonces.”*<sup>22</sup> Siendo la mafia calabresa otro ejemplo que se

---

<sup>20</sup> Para ello existen otras técnicas de investigación contemplados en la ley no. 20.000. Véase BALBOTÍN, C: “El agente encubierto de la Ley 20.000”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales; profesor guía: Mario Garrido Montt.

<sup>21</sup> GAYRAUD, J.F: “El G9 de las mafias en el mundo: geopolítica del crimen organizado”. Ediciones Urano (2007), p.199 Excelente obra que profundiza en la realidad de las mafias en un mundo globalizado, criminalizado, según el autor.

<sup>22</sup> *Ibidem.* p.79

remonta a esas épocas: “Aunque hay veladas alusiones a la Ndrangheta desde el siglo XVIII, hasta 1880 no se producen condenas judiciales que prueben su existencia.”<sup>23</sup> En Chile no constan conexiones con éstos grupos u otras agrupaciones de organización delictiva, lo que no es excusa para omitir un posible contacto o no considerar al crimen organizado como algo lejano a nuestras fronteras, consideradas las frágiles barreras económicas que se erigen en un statu quo globalizado. De hecho, las mafias, el *estadio superior del crimen organizado*,<sup>24</sup> se caracterizan por ser subrepticias, especializándose en el arte del secreto y la permanencia en las sombras. Instaladas en un país o establecidos ciertos nexos, utilizan bancos e industrias para blanquear dinero, sobornan a funcionarios judiciales y parlamentarios y se hacen influyentes en los medios de comunicación, existiendo la posibilidad de que coopten – sino ellos mismos, al menos sus intereses- el aparato estatal.

Las mafias sirven para ejemplificar un grupo particular y conocido de la delincuencia organizada, pues, no son el único tipo existente de organizaciones criminales. En efecto, de la enunciación misma del fenómeno es fácil discernir que se trata de actividades delictivas, pero que en virtud de ciertos elementos, se distancian de la delincuencia común. Siguiendo ese orden de ideas, un elemento diferenciador vendría dado por el hecho de que la criminalidad organizada realiza actos a nivel de

---

<sup>23</sup> Ibídem. p.91

<sup>24</sup> Ibídem. Tercera parte p. 267

escala y con intenciones racionales futuras, que se *“enmarcan en un conjunto de ilícitos en el que se involucran un sin fin de intereses, sean éstos capital financiero, infraestructura, mercado o política; conjugando un entramado de delitos bastante más complejos e integrantes de una...<<totalidad>> que sobrepasa con creces la actuación individual de todos sus integrantes. Además, la delincuencia organizada contempla la producción y distribución de bienes y servicios, mientras que la criminalidad común solo cumple una función redistribuidora de la riqueza.”*<sup>25</sup> Gracias a esta aproximación ya se hace posible el acercamiento a una concepción política de este objeto: *“El crimen organizado consiste en la actividad de un grupo de individuos, los cuales deliberadamente buscan desarrollar roles y especializaciones, patrones de interacción, esferas de responsabilidades y rendiciones de cuentas, y quienes con el transcurso del tiempo se comprometen en una variedad de emprendimientos ilegales e ilícitos, involucrando el uso de grandes cantidades de capital, asociados no afiliados, corrupción de funcionarios públicos y sus representantes, dirigidos hacia el logro de grandes acumulaciones de capital en la forma de dineros desgravados y bienes de valor, los cuales son posteriormente procesados a través de legítimas “fachadas” y*

---

<sup>25</sup> CARVACHO, P. y CASTILLO, S.: “La delincuencia organizada transnacional (Y su relación con el lavado de dinero)”, Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales; prof. Guía: Hernán Salinas Burgos, p.20

*“amortiguadores” en orden a lavar su ingreso oscuro en ganancias blanqueadas.”*<sup>26</sup> Con todo, la alta asertividad de esta noción política se torna incompleta desde un punto de vista jurídico-legal si se pretende su utilización como fundamento de un interés superior capaz de sobreponerse a garantías constitucionales.

Estando situados en un terreno que demanda soluciones desde un prisma legal y normativo, es en dos ámbitos donde es viable encontrar concepciones adecuadas: el derecho internacional y el derecho penal. En aquél se halla la primera concepción de contenido vinculante en nuestro ordenamiento: el Protocolo de Palermo<sup>27</sup>, que en su artículo 2 letra a) define al **“grupo delictivo organizado”** como aquel *“estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.”* Como se sabe, el tratado vigente forma parte del derecho interno y, de esta manera, no cabe duda acerca de que la delincuencia organizada posee una definición de contenido obligatorio. A pesar de ello,

---

<sup>26</sup> LUPSHA, Peter, citado en CARVACHO, P. y CASTILLO, S.: “La delincuencia organizada transnacional: (Y su relación con el lavado de dinero)”, Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales; prof. Guía: Hernán Salinas Burgos, p.25

<sup>27</sup> “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños. Protocolo de Palermo”. Decreto no. 342 del Ministerio de RREE, publicado el 16-FEB-2005. Disponible en versión electrónica en:

[<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=235583&idVersion=2005-02-16#delincuencia%20organizada0>] consultada:26/9/2011

cabe preguntarse razonablemente si es que el tratado, al estar referido a una materia específica, o sea, la trata de personas, logra permear tal vinculatoriedad a otras esferas del ordenamiento nacional. Personalmente, me inclino por afirmar lo último, en virtud del Art. 2 letra b) del mentado instrumento: "Por "delito grave" se entenderá la *"conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave"*. Ya admitida la indiscutible calidad de fuente legal que reviste la definición anterior, lo que aún resta es un pronunciamiento desde la óptica del derecho penal, con el objetivo de identificar los elementos que componen la organización criminal. Se advierte una vez más que no se ahondará en contenidos penales, como la delincuencia organizada con relación a la autoría o lo que se denomina como derecho penal de la empresa, por mencionar algunos. La utilidad del derecho penal es que permite estructurar el concepto aquí tratado: *"En síntesis podemos destacar algunas de las condiciones que, a mi juicio, deben concurrir en esta empresa criminal para constituir organización en sentido jurídico-penal: 1) La existencia de un centro de poder, donde se toman las decisiones...; 2) Actuación a distintos niveles jerárquicos, de modo tal que los órganos ejecutivos, en su individualidad, desconocen el plan global, conociendo sólo la parte de plan asumida; 3) Aplicación de tecnología y logística, actuando sus componentes con estricta profesionalidad; 4) Fungibilidad o intercambiabilidad de los miembros de la empresa criminal que actúan en los niveles inferiores; 5) Sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder, con pérdida de moral individual y férrea disciplina; 6) Movilidad internacional y; 7)*

*Apariencia de legalidad y presencia en los mercados como medio de transformación de los ilícitos y beneficios.”<sup>28</sup>*

Los procedimientos especiales de obtención de información, en consecuencia, están legitimados en la medida en que sobrevengan amenazas del Crimen Organizado Transnacional, basándose siempre en la fuente legal antedicha y en los elementos propuestos – o similares- para determinar si dichas amenazas se alejan de la delincuencia común. Siendo la delincuencia organizada capaz de violentar derechos de las personas, bien sea adoptando la trata de personas, la empresa mafiosa o asuma actividades ligadas al narcotráfico, huelga aún afirmar la inexistencia, por la novedad u otros factores, de una objetividad con respecto a la criminalidad organizada en cuanto a separarla claramente del terrorismo o el narcotráfico. Ello, por supuesto, no quiere decir que el Estado deba quedarse de brazos cruzados, mas sirve para atestiguar que es de enorme relevancia el establecimiento de límites a las actividades de inteligencia, pues, nuestra legislación permite confusión entre las condiciones legitimantes, lo que conlleva el riesgo de ampliar o disminuir las intrusiones a la intimidad de los ciudadanos según la el prisma político que se adopte. Posteriormente trataré esta problemática, y por ahora me atenderé a sostener que en el ámbito policial o de inteligencia, es preciso *“lograr un equilibrio entre la esperada eficacia y la protección de*

---

<sup>28</sup> CHOCLÁN, J.A: “La Organización Criminal. Tratamiento Penal y Procesal”. Editorial Dykinson. (2000) p.9

*los legítimos intereses sociales individuales.”<sup>29</sup> Si aceptamos que los derechos fundamentales condicionan los límites de actuación estatal, la última cita se hace requisito indispensable de nuestro ordenamiento jurídico porque: “Hay que asegurar de manera sistemática el respeto del estado de derecho, también en la lucha contra esas formas de criminalidad que se incluyen en la expresión crimen organizado... La investigación proactiva tiene por fin develar la estructura y métodos de una organización criminal, con el fin de permitir el desencadenamiento de un proceso penal contra sus miembros. La investigación de este tipo, si se acompaña de medidas que atentan gravemente a los derechos fundamentales, sólo ha de ser posible en las condiciones siguientes:*

- *No deben utilizarse más medios admitidos por el derecho positivo y que respeten los derechos humanos (principio de legalidad).*
- *No debe tener lugar salvo si no existen otros medios legales menos graves para alcanzar aquel fin (principio de subsidiariedad)*
- *Debe limitarse a infracciones particularmente graves (principio de gravedad y proporcionalidad).*
- *No puede admitirse sino con autorización judicial o bajo control judicial (principio de judicialidad) <<y por último>>;*

---

<sup>29</sup> KÜNSEMULLER, C: “El XVI Congreso internacional de Derecho Penal” en Gaceta



*Las medidas adoptadas en el curso de una investigación proactiva o durante la investigación ordinaria deben entenderse de manera particularmente restrictiva en la medida que atenten contra la intimidad de las personas. En particular, estas medidas deben estar legalmente previstas y, si se trata de medidas graves, deben ser ordenadas y controladas por la autoridad judicial.”*<sup>30</sup> Superficialmente, la ley 19.974 hace eco de éstas exigencias, pero bajo las apariencias, es posible aseverar que no se hace cargo a cabalidad, ya que es defectuosa en cuanto a la actuación del juez, a la confusión o “ambigüedad” conceptual de las condiciones legitimantes y a otras materias que serán expuestas.

### **1.3) Terrorismo:**

Esta condición legitimante merece un estudio especial debido a su complejidad conceptual, por lo que su tratamiento se dividirá en tres acápites, empezando por una conceptualización teórica, observando enseguida lo dispuesto en la Constitución y la Ley con respecto al tema, y finalizando con una síntesis de lo que ha sido la experiencia terrorista en Chile desde 1973 en adelante.

---

<sup>30</sup>Ibidem. pp. 86-87

*Concepto teórico:*

La claridad con que la RAE define terrorismo es meridiana y tiene dos acepciones. La primera postula al terrorismo como la *dominación por el terror*, y la segunda lo establece como la *sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror*. En el ámbito del derecho, no obstante, dichas acepciones no son idóneas y revelan diáfananamente su insuficiencia para conceptualizar cabalmente un fenómeno de orígenes remotos<sup>31</sup> que a partir de la segunda mitad del siglo XX comenzó a manifestarse con vigor inaudito, siendo el ataque a las torres gemelas en septiembre de 2001, el suceso que le otorgó el sitial preeminente del que goza en la actualidad. Luego del mentado incidente, el terrorismo copó la atención de la opinión pública a lo largo y ancho del orbe, sosteniendo algunas autoridades, principalmente estadounidenses y afines, que se estaba en presencia de una amenaza planetaria de la cual no se podía hacer caso omiso. Sea cual sea la ideología u sesgo político al cual adhiera un individuo, no existe posibilidad de contrariar el acaecimiento de los hechos que siguieron a los atentados en Nueva York: hoy en día el terrorismo ocupa, como

---

<sup>31</sup> No hay un inicio exacto o consensuado, pero “Al parecer fue el publicista conservador EdmundBurke quien popularizó en Inglaterra la idea de que en Francia se produjo un régimen de terror durante la Revolución Francesa. En 1791 en una de sus cartas Burke sostuvo que los revolucionarios franceses gobiernan como tiranos por medio del terror”. En RUIZ-TAGLE, P. y CRISTI, R: “La República en Chile: Teoría y práctica del constitucionalismo republicano”, 1era Ed. (LOM), pp. 283-284

nunca antes<sup>32</sup>, un porcentaje importante e invariable de la agencia noticiosa<sup>33</sup> y en nombre de su erradicación se justificaron las invasiones a Irak y Afganistán. A todo aquel lamentable panorama se sumaron los terribles atentados perpetrados en occidente, en Madrid el 2004 y en Londres el 2005, suscitando mayor polémica frente al tema. Pero en oriente las acciones terroristas provocan un saldo de muertes aún más brutal y registran orígenes previos. Prueba de ello son las insoportables realidades que sufren los ciudadanos palestinos e israelitas, la frecuencia de los atentados que acaecen en Irak; los bombazos registrados en la India<sup>34</sup> y, entre otras atrocidades no mencionadas, los atentados cometidos en Sri Lanka por los Tigres de Liberación del Eelam Tamil.

La mención de este último grupo armado es fundamental para demostrar el primer aspecto problemático de la conceptualización del terrorismo: la determinación del quién y el por qué. A mediados de los 70 la minoritaria etnia tamil percibía un trato discriminatorio en favor de la mayoría cingalesa, originaria de Ceilán. De aquel sentimiento de menoscabo nacen los LTTE y con ello comienza el inacabado terror que

---

<sup>32</sup> Nunca la ETA, el IRA, u otros grupos clasificados como “modelos del terrorismo” lograron el impacto causado por Al Qaeda. En ese sentido Bin Laden logró eruirse como el paradigma del terrorista del siglo XXI.

<sup>33</sup> Es imposible no encontrar un artículo referido al tema en cuestión o a sus consecuencias páginas como <http://www.cnn.com> o <http://www.bbc.co.uk>

<sup>34</sup> El horrible atentado de 2006: [<http://www.elpais.com/todo-sobre/tema/Atentado/India/182/>]. Más reciente, aquél que dejó más de sesenta muertos, en mayo del año pasado: [<http://es.euronews.net/2010/05/28/atentado-ferroviario-en-la-india>] ambas consultadas el 26/09/2011.

hasta el presente se cierne sobre la pequeña ínsula. En 1991, esta facción asesinó a Rajiv Gandhi, ex-primer ministro de la India y cabeza del Partido del Congreso. En 2001 Estados Unidos, Canadá y Gran Bretaña, entre otros, incluyen a esta facción dentro de su lista de organizaciones terroristas. Sin embargo los LTTE se consideran a sí mismos como combatientes que luchan por independizar a su nación de un Estado que históricamente los desplazó. Si el terrorismo hubiese sido lo que es hoy en día, ¿Sería tan fácil catalogar como terroristas a los LTTE en sus inicios?, ¿Quién resiste violenta e heroicamente y quién siembra terror injustificado? La respuesta se muestra ardua en tanto implica un juicio axiológico que es sentenciado subjetivamente por cada hombre en un momento histórico dado. Así, desde la óptica de los adictos a la Francia de Vichy, el movimiento de resistencia era una banda de terroristas. Del mismo modo, El Mercurio, La Tercera, y los simpatizantes a la dictadura, estimaban que los frentistas merecían idéntico calificativo tras el atentado a Pinochet en 1986. Por lo tanto la solución de la pregunta requiere, y en realidad parte desde allí, la aclaración de un dilema innegablemente político que emana de la noción misma de legitimidad.

“We must begin, therefore, by examining the very notion of legitimacy. History in its written form (which is not always identical to history as it is experienced by peoples) has always drawn a distinction between tyrants and kings, usurpers and legitimate leaders. Aristotle, to whom we owe the definition of tyranny, admires Harmodius and Aristogeiton for committing tyrannicide and thereby putting an end to

the reign of Pisistratus and his followers in the sixth century B.C. Twenty-four centuries later, when French revolutionaries shouted “Mort au Tyran”, they were speaking of their own king who, although he was a legitimate successor in a multi-secular monarchy, was contested by the people, who aspired to rights and liberties. That particular dispute ultimately became so violent that the resulting dread got out of control, earning the name of “The Terror”. When this reign of terror succumbed to its own excesses, the White Terror followed. But how was terrorizing and who was resisting?”<sup>35</sup>

Afortunadamente, las postrimerías del siglo XVIII ofrecieron dos sucesos que, motivados por la arrolladora influencia del movimiento de la ilustración, se constituyeron como precedentes del criterio que hoy en día zanja la disyuntiva en la mayoría de los casos, dotando a la legitimidad de un contenido obligatorio, asentado en un consenso bastante amplio -por no decir casi unánime- a nivel global. Me refiero primeramente a la Declaración de Independencia Norteamericana de 1776 y la Declaración Universal de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, y luego a su sucesora del siglo XX: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Dichos instrumentos, que emergieron como respuestas a nefastas situaciones vividas por la humanidad, establecieron que el hombre posee ciertos derechos humanos

---

<sup>35</sup> HESSEL, S: “Terrorism and resistance en Terrorism, artículo inserto en Victims and International Criminal Responsibility”. SOS ATTENTATS (2003) p. 267

fundamentales inalienables e inherentes a su naturaleza y que la legitimidad de todo Estado deriva del respeto de éstos. Por consiguiente, dichas garantías, derechos o libertades, son anteriores al Estado y cualquier organización política, en tanto pretenda ostentar el carácter de legítima, está obligada a actuar con el más irrestricto respeto a las exigencias que emanan del contenido de aquellos derechos.<sup>36</sup> Lamentablemente, el resplandor de esta luz nacida en el seno del ideario liberal no ha logrado disipar las densas tinieblas que en la realidad segregan al género humano; mas parecería absurdo renegar de su gran valor teórico. Esto porque aun existiendo diferentes doctrinas o teorías al respecto, las bases para la conceptualización del terrorismo están sitas en el terreno de los derechos humanos.

No existiendo un concepto único o un consenso mayoritario en torno a una definición, se puede afirmar, sin embargo, que el “terrorismo es un término de connotación condenatoria absoluta, pero cuyo objeto es indeterminado.”<sup>37</sup> Podría creerse que la solución a este déficit se halle en el “concepto mismo de terror –como- un criterio útil para intentar conceptualizar los fenómenos de violencia política que en la práctica son asociados la palabra terrorismo. Los distintos autores que se han

---

<sup>36</sup>La noción de lo justo/injusto antecede al Estado y por ello se puede afirmar que se está en presencia de un retorno al iusnaturalismo, que sin embargo se distingue de su versión antecesora por fundamentarse no en la fe sino en la razón.

<sup>37</sup> ZALAJUETT, J: “El terrorismo desde un punto de vista normativo”, p.108. Un muy buen texto para insertarse en la problemática desde el prisma del Derecho Internacional. No aparece en catálogo bello. Sólo lo tengo en soporte fotocopia.

ocupado del tema están divididos a este respecto [...] –aunque- La mayoría de los autores coinciden en que el terrorismo es una estrategia insurreccional, más que una ideología, y que tiene más sentido describir el terrorismo centrándose en las acciones terroristas, antes que en el autor y la organización que emprende tales acciones. A la hora de las definiciones, todos enfatizan las dificultades.”<sup>38</sup> Por ello es que Zalaquett enumera, citando Laqueur, una serie de elementos comunes que de las acciones terroristas:

a) El uso o amenaza de uso de la fuerza;

b) Tal uso o amenaza es un medio de combate o elemento de una estrategia para lograr ciertos objetivos.<sup>39</sup>

c) El propósito es inducir a un estado de miedo en la(s) víctima(s).

d) La fuerza se usa sin consideración alguna, o bien no se ajusta tal uso a las normas humanitarias.

e) La publicidad de los actos es un elemento esencial.

Sin embargo, el autor es consciente de la insuficiencia de estos elementos para “describir otras categorías de violencia impermissible, a las cuáles en la práctica también

---

<sup>38</sup>ZALAUQUETT, J: ib. idem, p.109

<sup>39</sup> A mi juicio, dichos objetivos son políticos las más de las veces. VILLEGAS, M. Sostiene el carácter político del terrorismo.

se da a veces el nombre de terrorismo, ni nos permiten discernir qué caracteriza exactamente a la especie terrorismo dentro del género violencia política impermisible.” Luego el autor se enfoca en tratar de presentar bases para la conceptualización del fenómeno en cuestión, logrando su objetivo, más no arribando a un concepto preciso y determinado. Todo ello demuestra el elevado grado de dificultad inherente a esta tarea, que tanto a nivel nacional como internacional está lejos de ser resuelta. Finalmente Zalaquett aboga por una convención que se ocuparía “no solo de una adecuada conceptualización normativa de distintas formas de violencia política, sino que señalaría además los deberes de los Estados en la lucha contra el terrorismo, tanto en el plano interno como el de la cooperación internacional.”<sup>40</sup>

A raíz de todo lo anterior es posible vislumbrar por qué, en el ámbito de la inteligencia estatal, es preocupante que una de las condiciones legitimantes establecidas en la ley N° 19.974 repose sobre un concepto indefinido en el ámbito teórico, ya que si bien es cierto existe una norma positiva al respecto – la ley 18.314-, no deja de ser cierto que en virtud de su errónea materialidad, el ordenamiento jurídico permite formalmente una conculcación a ciertos derechos. Nadie aquí sostiene que el sistema legal, ante la insalvable dificultad conceptual que plantea el terrorismo, omita normar el asunto o permita un vacío legal. Lo que aquí se arguye es que la

---

<sup>40</sup> ZALAUQUETT, J: *ib. idem.* P.119



decisión que se lleve a cabo sobre el inicio de un procedimiento especial de información debe considerar la dificultad conceptual propia del terrorismo, especialmente teniendo en cuenta la defectuosa legislación nacional – y su aplicación– y la situación histórica referente al tema en Chile, ambos factores que se analizarán a continuación.

*El terrorismo frente a la Constitución y la ley:*

La CPR, en su artículo noveno establece: El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. El mismo artículo menciona una serie de sanciones para los responsables de aquellos delitos, cosa que comienza a escapar a los límites de la investigación. Lo importante aquí es rescatar que nuestra carta magna no hace otra cosa que concordar con la expresión condenatoria absoluta a una acción atentatoria contra los derechos humanos, que antes fue mencionada.<sup>41</sup>

A su vez, la ley 18.314 soslaya de mala manera el escollo de la conceptualización, no enunciando un concepto y en cambio describe delitos comunes – art. 2- que revertirán el carácter de terroristas cuando concurriere en ellos alguna de las circunstancias siguientes:

---

<sup>41</sup> Sin embargo, la redacción de este artículo reviste peligros por la amplitud gramatical de su mandato, cuestión que genera una serie de problemas relacionados con la igualdad ante la ley o la legitimación de una “retórica constitucional que en definitiva legitima el terrorismo de Estado”. Ruiz-Tagle, P. y CRISTI R, op. cit. pp. 291-293

1º Que el delito se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas...

2º Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

Así las cosas, la ANI debe velar por detectar a tiempo los delitos terroristas taxativamente enunciados en el artículo 2 de esta ley, estando perfectamente facultada para solicitar la respectiva autorización del Ministro de Corte de Apelaciones e iniciar el procedimiento especial de obtención de información ante la venia de este último. Detrás de este simple enunciado, hay empero, un grave problema: la reforma a la ley 18.314, introducida por la Ley 19.027 en 1991 excluyó la finalidad política como “elemento constitutivo del concepto de terrorismo... lo que permite extender en demasía el ámbito de punibilidad[...] La falta de consideración del móvil político como elemento constitutivo de los delitos terroristas determina la inexistencia de un bien jurídico específico protegido, optándose por considerar como bienes protegidos de forma general y difusa los protegidos por las conductas en la ley penal común, con la

consiguiente flexibilización del ámbito de punibilidad ya aludido.”<sup>42</sup> En consecuencia a ello, la ley pasó de proteger bienes jurídicos colectivos, o una serie de derechos humanos, a proteger especialmente un bien jurídico en particular, como lo ha demostrado la experiencia chilena relativa al terrorismo una vez vuelta la democracia.

*Experiencia terrorista en Chile post 1973:*

Como antes se mencionó, el estudio *in extenso* del terrorismo escapa al objetivo de esta investigación, pero no cabe duda acerca de su gravitación en tanto condición legitimante de las técnicas intrusivas franqueadas por la ley. La experiencia terrorista en Chile está marcada por dos procesos principales:<sup>43</sup> la opresión terrorista de la dictadura contra ciertos grupos<sup>44</sup>, en la cual participaron activamente los organismos de inteligencia de la época, y el denominado conflicto mapuche<sup>45</sup>. El primero está enmarcado en un período histórico donde los agentes estatales actuaban al margen de la ley y el poder judicial había sido cooptado por la junta militar. El segundo, principia con un país articulando su recuperada democracia y se caracteriza por una profunda

---

<sup>42</sup> CAYUQUEO, MONTESINOS, SAAVEDRA y SOLER: “Conflicto mapuche y legislación antiterrorista: Análisis crítico para un estado de derecho democrático”; profesor guía Myrna Villegas, pp. 151-152

<sup>43</sup> Algunos se extrañarán al ver el nombre de Jaime Guzmán tan solo en un pie de página. De partida, su asesinato es polémico y no es unánimemente calificado como terrorista. Incluso aceptando tal calificación, se habla de procesos sostenidos en el tiempo y no de hechos aislados.

<sup>44</sup> Ver ZALAUQUET P.

<sup>45</sup> HUMAN RIGHTS WATCH y OBSERVATORIO DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: “Indebido proceso: los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuche en el sur de Chile”. Se hace evidente, respecto del conflicto mapuche hasta el año 2004, la inconsecuencia procesal y política del poder judicial con relación a los principios jurídicos tradicionales del ordenamiento legal.

incomprensión y mal uso del concepto de terrorismo, tanto en la ley misma como en su aplicación.<sup>46</sup> Lo anterior derivó en una criminalización del pueblo mapuche, cuyo proceso de reivindicaciones de tierra ha tratado de ser deslegitimado al emparentarlo con acciones violentas que en la mayoría de los casos mal pueden merecer el calificativo de terroristas. El error de la legislación chilena consiste en una defectuosa consideración de los elementos constitutivos y de los bienes jurídicos protegidos en los delitos de terrorismo, pues, aquella termina por proteger exclusivamente el bien jurídico propiedad. Bastante esclarecedora es la conclusión de VILLEGAS al respecto:

“A través de los delitos de terrorismo se protegen, de un lado, un bien jurídico colectivo, y de otro, bienes jurídicos individuales... el temor que produce o puede llegar a producir la violencia empleada en su comisión, es un medio en la conducta, cuyo objetivo no es otro que alterar el orden constitucional democrático. Esto implica un reconocimiento a la finalidad política, que es lo que, en definitiva, impide que el terrorismo se convierta en un cajón de sastre de cualquier conducta[...] los bienes jurídicos individuales son el vehículo para atentar contra el bien jurídico colectivo. Y en este sentido, pienso que deben restringirse a aquellos que afectan o pueden afectar la vida, la integridad física, la salud (individual y pública) y la libertad... Los delitos de

---

<sup>46</sup> Hago notar que la integridad de éste capítulo fue escrita antes de la huelga de hambre realizada el año pasado por comuneros mapuche. Decidí no alterarla para recalcar la innegable existencia de un problema no resuelto por nuestro ordenamiento. Sólo gracias al impacto que produjo la huelga salió a la luz pública – aunque el duopolio mediático no haya querido- el hecho del necesario debate que aún debemos resolver como sociedad.

terrorismo no pueden proteger los bienes jurídicos sino sólo los más importantes y frente a los ataques más graves. En términos de las características del terrorismo: el terrorismo no viola cualquier derecho humano, sino solo derechos humanos fundamentales... Derechos humanos, porque el terrorismo se caracteriza por un ataque frontal a los mismos; derechos humanos fundamentales, porque lo que el terrorismo en definitiva, no respeta, son las vías “materiales” de participación democrática que la Constitución consagra, utilizando como método la violencia indiscriminada. Violencia que tiene por finalidad someter a la población, sobre la base del miedo o la intimidación, a los postulados políticos del terrorismo. Desde esta perspectiva, no parece adecuarse al concepto de terrorismo la protección del bien jurídico propiedad, cuando esto no lleva inserto un peligro concreto para la vida, integridad o salud de las personas. Suponer que los delitos de terrorismo existen para proteger la propiedad a secas, implica desconocer la naturaleza misma del terrorismo.”<sup>47</sup>

El irrefutable peso de la conclusión anterior se ve confirmado, paradójicamente, por sus posibles detractores, que – con mayor o menor razón- podrán argüir que la propiedad sí reviste el carácter de derecho humano fundamental. Si reviste o no es algo que da para un exhaustivo análisis, que aún detentando el mayor rigor posible, no logrará convencer a la totalidad de sus lectores; lo trascendente es que la conclusión

---

<sup>47</sup> VILLEGAS, M: “Derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche”, Ediciones La Cátedra (Santiago:2009) pp. 83-85.

precedente nos hace ver que estamos frente a un debate abierto, que manifiesta algo normal de un sistema democrático: el conflicto ideológico es inherente a él, y por tal motivo, resulta en extremo delicado que una ley autorice la vulneración de ciertos derechos fundamentales en virtud de un concepto cuyo objeto es difuso y sobre el cual no existe consenso general, sobretodo si se estima que la mayoría de las acciones que pudiesen ser denominadas “terroristas”, históricamente han sido desplegadas por agentes vinculados a los organismos de inteligencia estatal.<sup>48</sup>

### **1.3.- SEGURIDAD NACIONAL (DEL ESTADO)**

De nuestra parte, consideramos que este es el concepto matriz del cual derivan todas las demás condiciones legitimantes de los procedimientos especiales de información. Como es lógico concluir de lo explicado, el terrorismo, el crimen organizado y el narcotráfico son fenómenos que justifican la intrusión del Estado en el ámbito de las libertades personales en razón de que aquellos son potencialmente capaces de lesionar derechos fundamentales de las personas de una manera ilegítima. Dicha lesión se quiere prevenir y con ello se pretende justificar una actuación *ex ante* de la autoridad. Sin embargo, el mandato preventivo contenido en la Ley N° 19974 no

---

<sup>48</sup> Comparto la opinión de que en Chile hubo terrorismo de Estado, en virtud de las caracterizaciones de GARZÓN VALDÉS, citado en RUIZ-TAGLE, P y CRISTI, R: op. cit, pp. 293-295.

se funda en la mera protección de la integridad física, el derecho a la vida u otros derechos fundamentales, individuales o grupalmente considerados, que puedan ser violentados sino que la inteligencia estatal actúa en el resguardo de un grupo social identificado como “Chile o pueblo chileno”. El artículo 23 inc. 2 lo grafica del siguiente modo: *“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.”* Qué quiere decir, entonces, el artículo: ¿Los procedimientos especiales están instituidos en igual beneficio de Chile (el estado) y su pueblo o existe una diferencia, o una prelación, a favor del Estado?

Personalmente, nos inclinamos por sostener que la redacción de la ley no es azarosa ni mucho menos producto de la negligencia del legislador. En ella creo distinguir una intención de separar tajantemente al Estado y al pueblo que -en teoría- lo instaura o erige a aquél a través de un contrato o un pacto.<sup>49</sup> La separación expresa entre estado y pueblo no es casual y obedece a un factor histórico: A diferencia de las unificaciones europeas de siglo XIX, donde la existencia de “pueblos” o naciones dieron derivaron en diversos Leviatanes -en Estados-Nación-, el caso chileno es inverso: aquí, el Estado Chileno forjó a la nación o pueblo a través de la historia, siendo la guerra,

---

<sup>49</sup> GÓNGORA, M: “Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los Siglos XIX y XX, Editorial Universitaria, séptima edición (1998). La lectura de las páginas 59-72 bastan para comprender la tesis del autor.

principalmente, la matriz de nuestra identidad nacional. Esta tesis de Góngora, a pesar de no compartirla a cabalidad, es reveladora para comprender la dicotomía hecha por la ley en cuestión: El Estado, a pesar de ser un instrumento en servicio del bien común, reacciona mediante sus servicios de inteligencia frente a actividades que puedan minar su soberanía y/o supervivencia. Es cierto que los procedimientos especiales de obtención de información dicen tener como objetivo la protección del pueblo chileno, esto es, de los derechos fundamentales que detentan sus integrantes por el sólo hecho de ser personas<sup>50</sup>, pero no deja de ser cierto que dicha protección es de carácter secundario o está subordinada a la protección de la soberanía Estatal, siendo ésta el verdadero sustrato o elemento principal que legitima las condiciones ya enunciadas. Si esto no fuera así, ¿cuál sería la razón por la cual los órganos de inteligencia estatal deberían sustraerse de la prevención de delitos comunes que efectivamente violentan gravemente derechos fundamentales?, ¿Por qué, siguiendo el mismo argumento, si lo que se quiere es proteger derechos fundamentales, las actividades de inteligencia no tienen injerencia en otros tipos de acciones ideales para conculcar derechos consagrados en la constitución? La respuesta es simple: porque no atentan contra la seguridad del Estado, ergo, el normal ejercicio de su soberanía.

---

<sup>50</sup> En realidad es por el hecho de ser chilenos, ya que de éste análisis no se podría argumentar la protección de extranjeros



A este argumento podría clasificársele como antojadizo o contrario al texto legal, porque el tenor literal de la ley efectivamente señala la *seguridad nacional* y en parte alguna de su texto alude a la *seguridad del Estado*. Me parece, en respuesta de lo anterior, que un estudio serio debe ir más allá de la mera exégesis legal, en pos de develar su materialidad y verdadero sentido. Naturalmente, el artículo 5 de la Constitución actual, acude en apoyo a tal revelación: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que ésta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” A mi juicio, el primer inciso no deja dudas: *esencial* u *originariamente* – o la denominación que se quiera adoptar- la soberanía reside en la Nación, pero sólo puede hacer un ejercicio eleccionario de ella; el efecto de ello es que las autoridades, valga decir, el Estado Chileno es quien realiza constantemente actos soberanos en representación de la nación. Aquí no se pretende dar inicio a elevadas discusiones de filosofía política o realizar disquisiciones acerca de conceptos como democracia o soberanía. Es más, ni siquiera deseo dar una definición de alguno de aquellos conceptos. Lo único que se plantea, a raíz de los fundamentos exployados, es que la real justificación de toda

actividad de inteligencia estatal no es proteger a la nación o pueblo *per se*, sino más bien a un tipo de forma organizativa o social llamada Estado. Tanto de la ley no 19.974 como del espíritu de la Constitución en lo tocante a estos temas dan a entender lo mismo: se protege no la seguridad de una colectividad con rasgos comunes denominada “Nación”, sino más bien la seguridad de una nación enquistada a un Estado, entendiendo que este tipo de organización o asociación es la única capaz de permitir la supervivencia o seguridad del pueblo chileno. Asimismo, se resguarda un tipo o forma de Estado particular, marcado por un determinado sesgo ideológico-político, que atesora su *ethos* en la Cartamagna que lo informa. Indagar en profundidad acerca de la historia, las situaciones políticas o la ideología subyacente a la Constitución es tarea de otras investigaciones. Mi intención es recalcar que la normativa en cuestión, desde los preceptos legales a las disposiciones constitucionales, instituye un aparato de inteligencia cuyo fin más caro es la protección del libre-ejercicio de la soberanía del Estado de Chile. No existe, en todo caso, norma alguna que defina la soberanía, pero se subentiende que está relacionada con la independencia con respecto a otro estado, la integridad del territorio y/o la libertad de tomar las decisiones que se estimen convenientes.

En tiempos de guerra externa o frente a la amenaza de ataques o intrusiones de otros Estados, la distinción propuesta entre *seguridad nacional* y *seguridad del Estado* puede ser presentada como una sutileza inútil, demasiado académica o desprovista de

todo sentido práctico. No es mi objetivo hablar de aquellas crudas épocas dónde la razón pocas veces guía el actuar de los hombres y sus asociaciones políticas sino hacer uso de la palabra para denunciar el gran riesgo que representa, aún en tiempos de democracia, la defectuosa institucionalidad vigente en materia de inteligencia con relación a la protección de ciertos derechos fundamentales que puedan ser afectados, como son el derecho a la intimidad y la honra o la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, entre otros. Lo anterior se hace patente porque al protegerse la *seguridad del Estado* – a través de un concepto tan maleable como la seguridad nacional- se da vasto curso legal para que la solicitud referida en la ley se funde incluso en meras sospechas de delitos que se enmarcan en la ley 12.927, texto legal profundamente antidemocrático, actualizado y refundido por la dictadura a través del Decreto no. 890 de 1975, y actualmente vigente<sup>51</sup>. El hecho de que durante los gobiernos de la concertación no se haya hecho uso masivo de la Ley Sobre Seguridad del Estado se debe, ante todo, a una decisión política. No obstante, no se puede dejar de mencionar que la ley fue aplicada en reiteradas ocasiones a raíz del conflicto mapuche<sup>52</sup> y, en menos ocasiones, contra periodistas u otras personas que publicaron hechos perjudiciales para ciertas autoridades.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Legislación disponible en formato digital en: [<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16080&r=1#0>] consulta: 26/09/2011

<sup>52</sup> Consultar la obra de VILLEGAS, M; y las siguientes webs, consultadas el 26/09/2011:

La ley 12.927 ha sido objeto de reformas pero su espíritu autoritario permanece incólume. En nombre de ésta ley, en un pasado no muy lejano, se justificaron los excesos de la autoridad. Y el retorno a la democracia es una excusa que no me parece válida para evitar el análisis, ya que de hecho, la concordancia entre la ley 12.927 y la ley ANI da un grado enorme de discrecionalidad a los directores de las agencias, lo que se verá en su oportunidad, considerando además el carácter secreto de los procedimientos del título V y el escaso control externo que propone la ley. A eso se suma la situación crítica del control informal realizado por la ciudadanía, ya que el procedimiento en cuestión es secreto, y dudo que algún periodista osado pueda burlar la barrera de los medios de comunicación en cuanto a su pluralismo: en la prensa existe un oligopolio aliado al gobierno de turno, la televisión abierta se cuadra en su abismante mayoría con el gobierno de turno y la radio constituye una excepción cuya efectividad resulta menor. Al final, todo el resguardo de las garantías de los afectados depende de la decisión de un juez, cuya independencia histórica no ha sido de lo más férrea.

---

1)[<http://www.mapuche.info/mapuint/seguel040900.html>];

2) [[http://www.azkintuwe.org/reportaje\\_8.htm](http://www.azkintuwe.org/reportaje_8.htm)];

3) [<http://alainet.org/active/13689&lang=es>]

<sup>53</sup> Ver: [<http://www.periodismo.uchile.cl/libertaddeexpresion/documentos/l sie.htm>] consultada el 26/09/2011

Una objeción, empero, todavía se puede argüir contra el pésimo estadio legislativo que he planteado: ¿No es cierto que el ejercicio de la soberanía está limitado por lo dispuesto en el inciso 2 del Art. 5 de la constitución y no es igualmente verdadero que el artículo 42 de la Ley N° 19.974 impone el mismo límite al establecer que “El Director de la Agencia y los jefes o directores de los servicios de inteligencia del Sistema deberán adoptar las medidas conducentes a prevaler todo abuso o exceso en el ejercicio de las atribuciones o facultades que les otorga esta ley y velar, en todo momento, porque los procedimientos empleados se adecuen al respeto de las garantías constitucionales y a las normas legales y reglamentarias? Es decir, hasta el momento, alguien podría sostener, con toda propiedad, el análisis no ha sido veraz en tanto el resguardo de los derechos fundamentales encuentra concreción efectiva en la misma ley y en la constitución. Para defender mi punto de vista replicaré con algo que muchas veces posee un efecto más persuasivo que una mera exposición de ideas: un caso hipotético que incluso prescindirá de los conceptos límite de reales amenazas terroristas o la presencia de espías en tiempos de guerra, por ejemplo.

Supongamos que en la ciudad de Talca, producto de varios factores, comienzan a acaecer protestas en contra una reforma laboral que los trabajadores de la zona consideran pernicioso para sus intereses. Ahora pensemos que el movimiento social es encabezado por cinco personas que han convocado a la población a una movilización para un determinado día. A su vez, el Director de inteligencia policial sospecha que los

trabajadores bloquearán un camino o quizá sólo se sumaran en gran convocatoria al llamado de los dirigentes. Ante ello, el funcionario de inteligencia en cuestión presenta antecedentes – sean falsos o no- que indiquen la posible comisión de dos delitos consagrados en la ley 12.927: “Art. 6° Cometén delito contra el orden público: a) Los que provocaren desórdenes o cualquier otro acto de violencia destinado a alterar la tranquilidad pública; y d) Los que inciten, promuevan o fomenten o de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen o impidan el libre acceso a puentes, calles, caminos u otros bienes de uso público semejantes.” En los hechos, el agente de inteligencia sostiene la necesidad de la aplicación de técnicas intrusivas por delitos de orden público; mas sostiene enérgicamente que sus pretensiones son totalmente justificadas porque se teme el brote de una rebelión que pone en peligro la seguridad nacional y con ello la soberanía del Estado. Además le comunica al Ministro que producto de ciertas ineficiencias administrativas, no saben la residencia de uno de los dirigentes y que de los demás sólo saben el barrio dónde están porque han dejado sus hogares por temor a represalias por parte de la policía. Por éste último motivo, se solicita la interferencia de todas las líneas telefónicas y sistemas informáticos de un barrio entero. Presentados éstos antecedentes, el juez debe aceptar o denegar la autorización de modo fundado. ¿Qué debe hacer el juez, a partir de los antecedentes, permitir que se viole la intimidad de ciertas personas y la inviolabilidad de las comunicaciones de otras tantas en virtud de la protección del Orden Público? O una

interrogante más profunda y teórica, ¿Es esta una decisión basada en una subsunción similar al común de las resoluciones judiciales?

Obviamente, la respuesta a la primera pregunta dista mucho de ser única y depende totalmente del criterio de cada juez, en vista de que el ordenamiento consagra normas jurídicas que pueden fundamentar las posiciones de cada parte. Esta antinomia genera que la decisión del juez se separe de los criterios comunes de aplicación de la ley. Alejados de querer resolver la bizantina discusión de si el magistrado crea derecho o no, lo que nos ocupa es la notoriedad de una argumentación judicial distinta, la presencia de un tipo peculiar de caso, que debe basarse en una ponderación de derechos fundamentales que colisionan. Dicha colisión de derechos y una sugerencia para su resolución se exponen durante la segunda parte de éste capítulo. También con posterioridad se explicará por qué la decisión del juez estará demasiado influida por sus concepciones políticas e ideológicas.

## **2.- AMPLITUD CONCEPTUAL, CONFUSIÓN Y DELIMITACIÓN DE LAS CONDICIONES**

### **LEGITIMANTES**

A través a los argumentos esgrimidos a lo largo de este capítulo en torno a las condiciones legitimantes, resulta evidente percibir una amplitud conceptual en cada uno de ellos. Si bien es cierto que, como se afirmó, el sustrato común a todas las

condiciones establecidas en la ley dice relación con la protección de la soberanía estatal, en ciertas ocasiones los límites de los cuatro conceptos parecen difusos e incluso a primera vista no sería posible diferenciar a uno del otro o, al menos, no confundirse en cuanto a los caracteres de cada fenómeno. Así las cosas, la semejanza entre algunos de los conceptos permitiría un uso flexible de ellos, y por lo tanto, un grado mayor de discrecionalidad de la autoridad. Pero la verdad es que, en virtud del principio de legalidad y de dotar un grado razonable de claridad al asunto, la delimitación conceptual parece un deber imperativo, que además va en ayuda del Derecho Penal en cuanto a sentar bases para la garantía del principio *bis in idem*. Soy consciente de que tanto la doctrina nacional como internacional no ha encontrado real consenso entre los elementos normativos que caracterizarían el terrorismo o que muchas veces la opinión del lego no alcanzaría a percibir una divergencia tangible entre aquel concepto y el crimen organizado. Por ello propongo no definiciones específicas sobre cada concepto sino límites adecuados para discernir entre uno y otro fenómeno. Se advierte, en todo caso, que la delimitación no está fundamentada en el orden positivo sino que más bien constituye una proposición de *legeferenda*; o, en otras palabras, un esfuerzo intelectual apoyado en el sentido común y en doctrinas que a mi juicio contribuyen con las exigencias impuestas por la razón y la certeza jurídica, en respuesta a una parte del ordenamiento legal vigente que está fundado en confusiones, ambiciones políticas simplistas y autoritarias y lato desconocimiento.



La delimitación que propongo es totalmente graficable en un sistema de conjuntos. El primer conjunto o universo, que abarca a todos los demás, está compuesto por la seguridad del Estado en tanto sustrato común de todas las condiciones legitimantes. En este conjunto mayor flotan normas correspondientes a la seguridad estatal en particular y, además, existen tres subconjuntos donde no penetran las normas sobre seguridad del Estado específicas. A su vez, uno de los conjuntos, la criminalidad organizada, contiene íntegramente dentro de sus límites al narcotráfico; y, finalmente, el terrorismo se presenta como un subconjunto que está muy cerca de la criminalidad organizada pero no la alcanza a tocar, sucediendo exactamente lo mismo con el narcotráfico. La imposición de estos límites claros la justifico en lo siguiente: Aún soslayando la errada definición dada por el Protocolo de Palermo a la criminalidad organizada, se puede desprender de dicha norma una equivocación a medias, ya que el precepto legal alcanza a tocar su esencia o elemento diferenciador, esto es, el lucro. La delincuencia organizada puede buscar otros bienes materiales pero el lucro constituye su ambición: es su *leitmotiv*, su sentido principal; simplemente sin la búsqueda del lucro no se está frente al fenómeno de la delincuencia organizada. Por su lado, la actividad terrorista, independiente de la forma que se elija para su conceptualización,<sup>54</sup> es por esencia política: su motivación no radica en el lucro sino en alcanzar un sitio de

---

<sup>54</sup> Una serie de normativas internacionales - incluyendo nuestra ley- optan por no definir al terrorismo ni por catalogar organizaciones terroristas, limitándose a definir ciertos actos que revisten tal carácter. Véase ZALAUQUETT, J. op. cit.

poder político, sea este el derrocamiento de cierta autoridad, la imposición de una ideología concreta, etcétera. Las actividades que pueden ser calificadas como terroristas influenciadas por ideas religiosas también caben dentro de este saco, pues, ellas pretenden influir en el plano material prescindiendo de un beneficio económico, por lo que ideología y religión no vendrían a separarse cualitativamente en torno a este respecto. A mi parecer, la obra de GAYRAUD es más ilustrativa que mis palabras a este respecto: “Se ha hablado tanto sobre las relaciones y las coincidencias entre el terrorismo y la gran criminalidad organizada, que se ha llegado a olvidar sus diferencias intrínsecas. El terrorismo es clandestino y subversivo por naturaleza, y debe manifestarse antes o después, a través de atentados y reivindicaciones, para afirmar su dimensión política de oposición y conquista del poder. La gran delincuencia organizada es, en esencia, parasitaria y encubierta... la lógica terrorista propugna la confrontación; la criminalidad organizada busca su integración en el sistema. El terrorismo se nutre de una luz deslumbrante, de destellos puntuales e impactantes; la gran criminalidad se sacia con las sombras. A la subversión política le gusta actuar en el escenario, y al parasitismo criminal entre bambalinas.”<sup>55</sup> Así, de la opinión del autor se deriva que, además de la dicotomía lucro/poder, existe otro elemento diferenciador: mientras la delincuencia organizada es sistémica y vive a sus sombras, el terrorismo se sitúa fuera

---

<sup>55</sup> GAYRAUD, J.F: op. cit, pp. 25-26.

del sistema<sup>56</sup>. Sin embargo, el gran déficit de la diferenciación realizada por el autor radica en calificar a la subversión dentro de su naturaleza, porque el efecto de aceptar lo último es alejarse del concepto de “terrorismo de Estado” u “opresión terrorista Estatal”. Aunque el error es remediable mediante un complemento. En realidad, no es lo subversivo lo natural del terrorismo sino sus posturas ilegítimas frente a un sistema: cuando confronta al sistema es subversivo, vale decir, asistémico; mas cuando el terrorismo emana de una fuente estatal, este usa el aparato estatal como un medio para mantener un sistema ilegítimo.<sup>57</sup>

Finalmente, es factible plantearse una duda inicial con respecto al narcotráfico y las intenciones políticas que han podido tener alguna de sus manifestaciones. Los casos de cohecho o corrupción que se ven en México, por ejemplo, permitirían aseverar su carácter híbrido en relación a la dicotomía lucro/poder (político). Con la misma intención se podría hacer mención de la idea periodística de un narcoestado en la Colombia de Pablo Escobar o también señalar ciertas organizaciones caracterizadas como terroristas y vinculadas al narcotráfico. Aún así, ninguno de esos argumentos me

---

<sup>56</sup> GAYRAUD, J.F: op. cit, pp. 45-47 El autor se refiere particularmente a la diferencia entre el fenómeno mafia y el terrorismo. A mi modo de ver las cosas, la divergencia puede hacerse extensiva.

<sup>57</sup> La legitimidad de las actuaciones del Estado está dada por el respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana. El tema es polémico porque importa conflictos relativos a la autodeterminación de los pueblos o a la soberanía de los Estados. También se puede criticar los DDHH como productos de una visión etnocentrista o se puede lisa y llanamente renegar de ellos. Discutir sobre eso es otro tema: la legitimidad en torno a los DDHH resulta funcional y fundado en una democracia de cuño liberal como es la nuestra.

parece válido para sostener que el narcotráfico reviste un carácter mixto: el narcotráfico, a pesar de socavar la soberanía del Estado e incluso generar poderes de facto en ciertas localidades no tiene una intención de eliminar al aparato estatal. La cosa es al revés, lo confronta mediante las armas y pretende aprovechar los vacíos que éste deja u ocuparlo como instrumento para satisfacer sus fines lucrativos. No está vinculado a una ideología ni mucho menos pretende una legitimidad política ni una legalización de sus acciones. De hecho, en estricto rigor y desprovisto de cualquier contenido axiológico, el origen del poder del narcotráfico se origina por una acción del Estado legislador: el mandato prohibitivo con respecto al tráfico de psicotrópicos y estupefacientes es lo que genera el escandaloso caudal lucrativo de ésta actividad, lo que consecuentemente, otorga la posibilidad de alcanzar un poder económico capaz de cooptar (o comprar) los poderes del Estado. Dentro de una relación de causalidad, por lo tanto, la legalización del tráfico en cuestión llevaría aparejada una estrepitosa reducción del poder económico de éste fenómeno, trasuntando en una desaparición de su influencia a nivel estatal ante su incapacidad monetaria para sostener la corrupción de los funcionarios públicos, jueces y legisladores. Lo anterior es discutible en cuanto al plano ético, sanitario y político, pero es indesmentible en cuanto a la realidad económica subyacente a este mercado ilegal que se rige, al igual que todo mercado, por las leyes de la oferta y la demanda. Por último, creo necesario afirmar que el

sicariato, los macabros asesinatos y la violencia que rodea al narcotráfico<sup>58</sup> no dice relación con la idea de terrorismo en razón de los motivos a expuestos: no se trata de violencia política insurreccional, subversiva o antisistémica sino de una guerra entre carteles para dominar un mercado.

### **3.- PROBLEMAS RELATIVOS A LA SUSTANCIACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS**

#### **ESPECIALES DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN**

Como se desprende de su nombre, el procedimiento consagrado en los arts. 23-31, es bastante peculiar. De partida, lo primero que salta a la vista es la inexistencia de un juicio propiamente tal, esto es, una controversia jurídica actual, entre partes, y sometida al conocimiento de un tribunal de justicia. El Art. 28 es claro a este respecto: “La resolución judicial que autorice o deniegue la utilización de los procedimientos a que se refiere el artículo deberá dictarse sin audiencia ni intervención del afectado ni de terceros, y será fundada.” Se está, por lo visto, en presencia de una vulneración a las reglas que informan el debido proceso, hallándose el sospechoso en un estado donde el garante de sus derechos fundamentales es el ministro de Corte de Apelaciones. Sin

---

<sup>58</sup> KAPLAN, M. op. cit y cita 5. La realidad mexicana es mi ejemplo.

defensa jurídica a favor del afectado ya se está en presencia de una situación que materialmente contraría lo dispuesto en el Art. 19 N° 3 incisos segundo y quinto; además de generarse -ante una hipotética autorización del juez a la aplicación de las técnicas intrusivas solicitadas- la conculcación de los garantías consagradas en los artículos 19 N° 4 y 5. Sobre esto nos referiremos más adelante. De momento es imperioso señalar que la sustanciación misma del procedimiento preceptuado en la ley 19.974 presenta una serie de defectos cuya notoriedad resulta evidente al ser contrastados con ciertos principios consagrados en nuestra Cartamagna, y profundamente arraigados en la tradición jurídica de nuestro país. Cuestiones relativas al grado de discrecionalidad del Director de la Agencia, la posición del juez frente a la solicitud presentada por aquél y la publicidad de las resoluciones en que recae la solicitud se verán a continuación. Cierra el capítulo el intento de sortear la barrera del secreto legal, con el fin de vislumbrar, en la práctica, la sustanciación de los procedimientos especiales de obtención de información.

### **3.1.- DISCRECIONALIDAD DEL DIRECTOR DE LA AGENCIA**

El artículo 27 determina la discrecionalidad en el siguiente tenor: El Director de la Agencia podrá disponer el uso de los procedimientos especiales a que se refieren las letras a) a d) del artículo 24 y solicitar la correspondiente autorización sólo en el

ejercicio de las funciones señaladas en las letras f) y g). Éstas funciones son: f) Disponer la aplicación de medidas de inteligencia, con objeto de detectar, neutralizar y contrarrestar las acciones de grupos terroristas, nacionales o internacionales, y de organizaciones criminales transnacionales y g) Disponer la aplicación de medidas de contrainteligencia, con el propósito de detectar, neutralizar y contrarrestar las actividades de inteligencia desarrolladas por grupos nacionales o extranjeros, o sus agentes excluyendo las del inciso segundo del artículo 20.<sup>59</sup> Por consiguiente, se puede concluir que las condiciones legitimantes del artículo 23 están cercadas por las funciones descritas, pudiéndose entrever que el director puede usar a su arbitrio y sin límites la causal de terrorismo, pero que las condiciones legitimantes relativas a narcotráfico, organizaciones criminales y los grupos que atenten contra la seguridad nacional están fundadas en relación a su carácter transnacional. De este modo, una pequeña red de narcotráfico, de carácter nacional, no puede verse afectada por procedimientos especiales de obtención de información. Sin embargo, como se ha visto, el terrorismo es un concepto tan maleable que la discrecionalidad selectiva del Director para fundar su solicitud es amplísima. Aunque una cosa es lo que pretenda aquél y otra cosa es lo que acepte el juez, pues, la aplicación de las técnicas intrusivas del Art. 24 sólo puede realizarse con el visto bueno de la autoridad judicial competente.

---

<sup>59</sup> Art 20, inc 2: Comprende la inteligencia y contrainteligencia necesaria para detectar, neutralizar y contrarrestar, dentro y fuera del país, las actividades que puedan afectar la defensa nacional.

Lo preceptuado por el artículo 27 debe ser necesariamente leído una vez más ya que hay algo peculiar en él, que puede reflejarse en las siguientes dos interrogantes: ¿Por qué el mentado artículo se refiere al “Director de la Agencia” y no hace uso del plural “Los Directores de los servicios de inteligencia?”, ¿Ello significa que el límite a la discrecionalidad formal a las condiciones legitimantes – el art 8, letras g) y f)- está referido únicamente al Director de la Agencia, no alcanzando entonces a vincular a los demás directores de organismos de inteligencia estatal? ¿Hay una intención desconocida del legislador o se debe a un mero descuido? Por otra parte, ¿Cuál es el criterio que debe seguir el juez o los mismos directores en conformidad al texto legal? Personalmente adhiero a la idea de que el límite a la discrecionalidad se entiende para todos los directores. En primer lugar, porque si el fin de la ley era crear un Sistema Nacional de Inteligencia, es a todas luces ilógico que el superior jerárquico de la Agencia, es decir, el coordinador del sistema esté más limitado que los directores de inteligencia de los restantes organismos estatales. El segundo argumento que va en auxilio de mi postura es que al estar situados frente a derechos fundamentales, la ley se debe entender en beneficio de los afectados. Sin embargo, mi posición podría ser desvirtuada por el hecho de que la ley distingue expresamente entre “El” Director y “los” directores – Art. 42, por ejemplo-, de tal manera que, hechas las diferencias, y en cumplimiento del tenor de la ley, la limitación podría estar referida sólo al Director de la ANI. Con todo, lo tocante a este punto saca a la luz otra deficiencia sensible que dice relación con la eventualidad de diversas interpretaciones en cuanto a la



discrecionalidad de los demás directores, cosa que conlleva también a un problema de competencia, porque en virtud de un texto oscuro ciertas autoridades podrían arrojar facultades que no poseen.

### **3.2.- POSICIÓN DEL JUEZ ANTE LA SOLICITUD: CAPACIDAD COGNOSCITIVA, DISCRECIONALIDAD E INDEPENDENCIA E DEL MINISTRO DE CORTE DE APELACIONES.<sup>60</sup>**

Tal y como se mencionó en la exposición de la ley, el inciso 2 de su artículo 25 dispone que será competente para pronunciarse sobre la mencionada autorización un Ministro de Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional se realizará la diligencia o donde se inicie la misma. Para este efecto, el Presidente de cada Corte de Apelaciones designará por sorteo a dos de sus miembros, por el plazo de dos años, y la solicitud podrá ser presentada ante cualquiera de ellos. Más allá de lo anterior y de la forma en cómo se debe dictar la resolución<sup>61</sup>- y sus respectivos requisitos<sup>62</sup> la ley opta

---

<sup>60</sup> El art. 26 establece la posibilidad de la interacción de un juez designado por el Código Militar. Ante ello no omitiré pronunciamiento: es simplemente inaceptable que la actividad civil sea conocida por la Justicia Militar.

<sup>61</sup> Art. 28 inc. 1 ya citado.

<sup>62</sup> Art. 28 inc. 2: La resolución que autorice el empleo e los mencionados procedimientos deberá incluir la especificación de los medios que se emplearán, la individualización de la o las personas a quienes se aplicará la medida y el plazo por el cual se decreta, que no podrá ser superior a noventa días, prorrogable por una sola vez hasta por igual período. En caso de que la solicitud sea rechazada, la

por el mutismo. No menciona ni la clase de antecedentes que deben servir de base a la solicitud, el modo cómo se deben presentar las pruebas, ni da ejemplos ilustrativos. Sumado a ello, la norma en comento es tan sui generis que presenta una omisión gravísima: es manifiesta la ausencia de un plazo que vincule al juez a un pronunciamiento sobre la solicitud, configurándose en consecuencia un vacío legal. La ausencia de dicho plazo es un craso error, ante el cual cabe preguntarse, con justa razón, por la efectiva participación de un juez en el procedimiento. ¿Si las actividades de inteligencia estatal relacionadas con las técnicas intrusivas del título V responden a necesidades urgentes que surgen frente a situaciones extremas, cómo es posible que la ley no fije un plazo para la deliberación y decisión del juez? Ello porque en estricto rigor, el ministro competente podría permanecer en silencio, sin que aquello constituya una trasgresión formal a la ley. Para colmo, a la lista de defectos ya anunciados se añade el hecho de que, habida consideración de la urgencia y trascendencia de la actuación oportuna del organismo de inteligencia,<sup>63</sup> el sentenciador pueda verse expuesto a presiones políticas emanadas desde el ejecutivo, sea de modo directo a través del Presidente o Ministros de Estado, sea indirectamente mediante la misma ANI. En tal estado de las cosas, no es baladí señalar que la tan preciada independencia

---

resolución será susceptible del recurso de reposición por parte de los directores o jefes de los organismos de inteligencia que hubieran solicitado la autorización.

<sup>63</sup>Entiéndase desde el fin preventivo de la inteligencia estatal que surge de la concordancia entre los artículos 27 y 8.

del juez tambalea riesgosamente; riesgo cuya magnitud se incrementa exponencialmente con la excepción legal al principio de publicidad, y la consecuencial ausencia de un informal control ciudadano. A continuación se desarrolla lo antedicho, seguido de una propuesta que pretende edificarse como cura a los vicios detectados.

#### CAPACIDAD COGNOSCITIVA Y DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ:

Del hecho que la normativa aplicable no precise cuáles antecedentes sirven de fundamento a la autorización o rechazo de la solicitud elevada por el Director de la Agencia se desprende que el ministro posee un amplio grado de discrecionalidad al momento de optar por una u otra decisión. Sin embargo, dicha discrecionalidad no permite un alejamiento de la ley y, por lo tanto, tendrá que ponderar los hechos que se le presenten según cual sea o sean las condiciones legitimantes que se aduzcan por parte del solicitante de las técnicas intrusivas. Así, a modo ejemplar, ante la concurrencia de un caso de narcotráfico interno, el ministro está obligado a fundar su sentencia en relación a lo dispuesto por la ley 20.000 y las restantes disposiciones legales atinentes, además de señalar el por qué existe primacía de los derechos fundamentales de la colectividad sobre las libertades de los afectados. Exponiendo su pensamiento en relación a la vinculación del juez a la ley, dentro de un sistema jurídico influenciado por la codificación, Hassemer dice: *“El postulado a la ley como exigencia*

*dirigida a la actuación judicial es indiscutible. Incluso cuando el juez actúa creadoramente sigue siendo válida la orden constitucional de crear derecho de acuerdo con las instituciones previstas en la ley, al menos hasta cuando no se demuestre que no contiene reglas de decisión. Lo que se ha demostrado es que el juez, por regla general, dispone de espacios de decisión. Ni siquiera una teoría radical de la libertad judicial defendería que no se puedan establecer legalmente determinados límites a dichos espacios de decisión.”*<sup>64</sup> A su vez, el mismo autor añade que *“La codificación de grandes sectores del derecho – derecho civil, derecho mercantil, derecho penal, derecho procesal – significó, tras un largo período de dispersión jurídica, la posibilidad de una jurisprudencia “segura” con todas sus consecuencias para la protección de los derechos de los ciudadanos... significó asimismo la consolidación escrita y el afianzamiento de las posiciones jurídicas respecto de la arbitrariedad estatal y las innovaciones judiciales, todo lo cual constituye una condición de primer rango en nuestra concepción actual de la justicia propia del Estado de derecho. La seguridad jurídica alcanzada por medio de la codificación no sólo significó que la actuación judicial fuera más predecible... significaba también que existía la posibilidad de comprobar con mayor exactitud la corrección de las actuaciones judiciales.”*<sup>65</sup> Por la concordancia de tales argumentos, se esclarece que la vinculación del juez a la ley halla su objeto en la seguridad jurídica, concepto

---

<sup>64</sup> HASSEMER, W: “Sistema Jurídico y Codificación: La Vinculación del Juez a la Ley” En Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer eds., El Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Madrid: Debate. P. 215

<sup>65</sup> HASSEMER, W: *ibid.* p. 201

consagrado a favor de los ciudadanos como una cortapisa a las arbitrariedades de la autoridad. En consecuencia, los espacios de decisión para la deliberación del juez no están deslindados exclusivamente por el texto legal en la especie, ni por la ley 20.000 o la 18.314: la frontera principal al grado de discrecionalidad del juez viene dada por la carta fundamental, pues, de ahí mana la sujeción judicial a la ley y las garantías fundamentales que legitiman el fin mismo del Estado como autoridad, y que la autoridad, valga la redundancia, debe respetar. Y este argumento parece más ineludible cuando estamos ante la concurrencia de un procedimiento donde la autoridad judicial actúa como doble-garante, ya que por un lado representa los derechos fundamentales de la colectividad – la nación o el interés general- y por el otro las garantías constitucionales del afectado. La ponderación, entonces, debe ser meticulosamente realizada, pues, de ella depende que el ciudadano conserve intactos sus derechos fundamentales, relativos a la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones.

Ahora bien, la vinculación a la ley por parte de los jueces se comprueba mediante el examen hecho a la fundamentación de sus resoluciones.<sup>66</sup> En nuestro país, por regla general, las sentencias o resoluciones cuyo fundamento es defectuoso, a

---

<sup>66</sup> Menester es indicar que en pos de la mentada seguridad jurídica, las resoluciones que afectan sustancialmente los derechos de las partes, como por ejemplo, las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, deben fundamentarse en arreglo a la ley. Véase art. 170 n° 5 del CPC.

juicio de las partes, son susceptibles de recursos<sup>67</sup>, cuyo propósito radica en la salvaguardar el imperio de la ley. No siendo esta una investigación de cariz procesalista, la determinación de la naturaleza de la resolución en comento escapa los propósitos de aquella. Lo que sí se yergue como problemático es la excepcionalidad de la fundamentación exigida por el Art. 28 del texto legal pertinente, principalmente por dos razones: primero porque al no haber intervención del afectado o un defensor en su favor, no existe siquiera posibilidad de entablar un recurso ante un tribunal superior que se pronuncie sobre la resolución anterior<sup>68</sup>, y segundo, porque la gracia de fundamentar las sentencias se ve destruida frente al secreto impuesto por la ley: la ciudadanía no puede comprobar si sus magistrados, en teoría garantes de la manifestación soberana de aquella, han actuado o no con sujeción a la ley y a las garantías constitucionales consagradas por la carta fundamental. El último problema se verá más adelante, por separado. De momento, para incitar la reflexión del lector sobre esta situación, cito un ínfimo extracto de la sabia prosa del jurista más influyente de nuestra historia:

*“Pero, dejando de lado los ejemplos de las demás naciones, parécenos que basta una superficial reflexión para reconocer el derecho de los pueblos a esta institución*

---

<sup>67</sup>Según la contingencia, de apelación, casación en el fondo, casación en la forma, etc.

<sup>68</sup> De hecho, el art. 28 de la ley sobre la cual gira esta investigación establece sólo el recurso de reposición a favor del Director de la Agencia.

*tutelar <<se refiere la necesidad de fundar las sentencias>>. Los depositarios de caudales públicos están obligados a dar cuenta de su administración; y ¿no lo estarán los funcionarios a quienes se ha confiado la seguridad de las personas y propiedades? ¿Un hombre podrá ser enviado al cadalso y una familia sumida en la miseria por un imperioso y lacónico fiat, sin que se manifieste la disposición soberana que lo autoriza, y de que el magistrado por su naturaleza no es más que el intérprete? Semejante régimen estaría bien colocado a la sombra de la monarquía despótica, donde los tribunales <<son>> emanaciones de una voluntad omnipotente[...] ¿No deberá saber el público si un poder que pesa sobre todos los hombres, que se extiende a todos los actos de la vida, se administra con inteligencia y pureza? ¿Y no es la exposición de los fundamentos de las sentencias el único medio de impartir este conocimiento?”<sup>69</sup>*

Extrapolar la impresión que Bello tendría sobre esta ley sería inadecuado y revelaría una insensatez mayor. Pero el principio que se extrae de sus palabras yace a maltraer en el caso *sub lite*: el fundamento de la resolución, en los hechos, es infalible e insubsanable por muy erróneo que sea, y al momento de la decisión – sin pensar en contingentes sanciones posteriores- todo depende única y exclusivamente de la voluntad del juez. Es aquí donde comienza a vislumbrarse la capital trascendencia de la independencia judicial.

---

<sup>69</sup> BELLO, A: “Necesidad de Fundar las Sentencias” En Escritos Jurídicos, Políticos y Universitarios. Valparaíso: Edeval. (1979c) p.p 112-113.

Nuestro país no ofrece singularidad sustancial en cuanto al estricto seguimiento a la idea de la división tripartita de los poderes del Estado desarrollada por Montesquieu su obra *El espíritu de las leyes*.<sup>70</sup> En pos de aquel imperativo propio del republicanismo, la independencia de un poder en relación a otro está consagrada en nuestro ordenamiento por el Art. 7 de la Constitución. Sobre el poder judicial en particular, la misma constitución prescribe la independencia de éste en su Art. 76 y el COT reafirma tajantemente lo anterior en su artículo 12: *El poder judicial es independiente de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones*. En el orden positivo, por consiguiente, el asunto está perfectamente zanjado. En el teórico, tampoco hay grandes polémicas, y la independencia del poder judicial ha se ha impuesto con éxito desde los albores de nuestra república: “El ensanche de la libertad civil en todos los pueblos civilizados de la tierra, es debido casi exclusivamente a la observancia que tiene en ellos el principio de feliz invención que determina y separa los

---

<sup>70</sup> La idea en sí misma no es creación del francés: “It is clear, however, that Montesquieu did not invent the doctrine of the separation of powers, and that much of what he had to say in Book XI, Chapter 6 of the *De l’Esprit des Loix* was taken over from contemporary English writers, and from John Locke. Montesquieu, it is true, contributed new ideas to the doctrine; he emphasized certain elements in it that had not previously received such attention, particularly in relation to the judiciary, and he accorded the doctrine a more important position than did most previous writers.”. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2da ed. 4.VILE, M.J.C. Disponible en versión electrónica en: [[http://oll.libertyfund.org/index.php?Itemid=287&id=462&option=com\\_content&task=view](http://oll.libertyfund.org/index.php?Itemid=287&id=462&option=com_content&task=view)] consultada el 26/09/2011



poderes constitucionales... La parte más importante de él, por lo que toca al bienestar del ciudadano, es indudablemente la que separa al poder de juzgar del poder de hacer las leyes, y del de ejecutarlas. Esto es lo que pone a cubierto la libertad individual de los embates a que se hallaría expuesta, si las facultades del juez confundidas con la vasta autoridad del legislador diesen lugar a la arbitrariedad, o fueran el azote terrible de la opresión ligada con el poder ejecutivo. Cualquiera que sea la forma de gobierno, la observancia de este principio será la columna de los derechos civiles; y faltando él, no se podrá contar con ninguno de los bienes que deben asegurar al individuo las leyes de una sociedad organizada.”<sup>71</sup> No obstante, al igual que Bello lo confirma en sus palabras siguientes, la independencia de los tres poderes no es total ya que la división de poderes se basa en una lógica de frenos y contrapesos, donde cada poder posee instrumentos e instancias para fiscalizar al otro. Fiss habla de “insularidad política” al referirse a este tipo de independencia, sosteniendo que ella supone “que la judicatura sea independiente de las instituciones políticas y del público en general”<sup>72</sup> y admitiendo – dentro del contexto norteamericano- que *“aunque se acepte que la independencia es una de las virtudes cardinales del poder judicial, también es cierto que un exceso de independencia puede ser inconveniente. Queremos aislar a la judicatura de las instituciones sujetas a control popular y al mismo tiempo reconocer que algunos*

---

<sup>71</sup> BELLO, A: “Independencia del Poder Judicial”. En Escritos Jurídicos, Políticos y Universitarios. Valparaíso: Edeval. (1979b) p.p. 85-86.

<sup>72</sup> FISS, O: “El Grado Adecuado de Independencia”. Revista Derecho y Humanidades N° 5. (1997) p.55

*elementos del control político deben permanecer. Debemos acomodar dos valores – no sólo la legitimidad del poder judicial, sino también la soberanía popular- y esto nos requiere optimizar, más que maximizar, esta forma de independencia. En contraste con la imparcialidad, sencillamente no es cierto que en una democracia mientras más insularidad política mejor. Lo que necesitamos es sólo el grado correcto de insularidad.”*<sup>73</sup> Considero, en primer término, que tal postura es análoga a nuestra realidad.<sup>74</sup> Mas el razonamiento que sigue radica en que aquel grado correcto de insularidad no es algo fácil de cuantificar ni se puede determinar a partir de fórmulas matemáticas o científicas. Necesariamente se requiere un debate acerca de la posición institucional del juez en el procedimiento específico que nos ocupa. Tan relevante discusión, a mi juicio, está condicionada y debe principiar por la experiencia chilena al respecto.

Concretamente, durante el mandato militar, la independencia judicial fue una mascarada burlesca que bajo su solemne antifaz escondió cobardemente los arrebatos autoritarios del ejecutivo; arbitrariedades que - no me cansaré de decirlo- en reiteradas ocasiones fueron ejecutadas por agentes de órganos de inteligencia. *“El sistema jurídico no fue ningún obstáculo para las políticas del gobierno militar dirigidas a*

---

<sup>73</sup> FISS, O: *ibid.* p. 62

<sup>74</sup> De hecho, la segunda parte del citado ensayo de Owen Fiss, trata sobre el retorno Chileno a la democracia y la complejidad del cambio parcial de régimen que enfrentó Aylwin.

*eliminar a sus adversarios e imponer un nuevo molde normativo para la vida humana al país. En particular, los tribunales de justicia, dirigidos por la Corte Suprema, rechazaron numerosísimos recursos de amparo interpuestos en favor de personas detenidas por las fuerzas armadas o la policía, y que no eran puestas a disposición de un juez. Al actuar de este modo los tribunales de justicia dejaron de cumplir con sus obligaciones constitucionales y legales, y lo que es más grave, hicieron perder a los ciudadanos la confianza en que había una autoridad superior a quien reclamar por los abusos cometidos por los funcionarios gubernamentales. Es decir, ayudaron a destruir el legado de la historia de un país respetuoso de las leyes y de los derechos humanos.”<sup>75</sup> Luego, en el amanecer del restablecimiento democrático, el poder judicial fue groseramente independiente: sus personeros de más alto rango, fieles al dictador que los había investido, no vacilaron en proteger a los funcionarios delincuentes del dictador. Aunque la demora en los juicios sobre crímenes de lesa humanidad o abusos a los derechos humanos no es responsabilidad única del poder judicial, puesto que, en mi opinión, la actuación política de la concertación se distinguió por el sesgo timorato y cobarde que habitaba en el interior de sus partidos.<sup>76</sup> Totalmente discutible e inflamable es esta declaración, pero más pacífica resulta, al menos, la hecha por Fiss al*

---

<sup>75</sup> FUENZALIDA, E: “Derecho y cultura jurídica en Chile (1974-1999)”. Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización. UNAM (2003), p.226

<sup>76</sup> Una excepción al temor reverencial constituye el caso Cereceda. Un correcto análisis, a mi juicio, en RUIZ-TAGLE, P: “Apuntes sobre la igualdad constitucional en Chile.”

referirse sobre *“el corazón de los valores que la norma de la insularidad política busca desarrollar: un compromiso con la justicia, no con la política.”*<sup>77</sup>

Tras veinte años en democracia, innecesario parece citar a Aristóteles, Aquino o, incluso a autores modernos, a fin de definir “la” concepción de justicia que compromete el actuar de los jueces; por el contrario, basta con señalar que en procedimientos donde la autoridad conculca derechos fundamentales sin que el afectado lo sepa, el grado correcto de insularidad de los jueces debe ser determinado, precisamente, por el catalogo establecido en el Art. 19 de la Constitución Política de la República. Los jueces no deben olvidar que la materialidad del movimiento liberal revolucionario fue avivada, en gran parte, por los abusos cometidos por autoridades despóticas. El alma de la constitución se inspira en proveer a los ciudadanos una garantía o promesa de que la autoridad tiene límites, y que dichos límites se basan en dos ideas: primero, que la soberanía reside en el pueblo –Art. 5 de la CPR-, y que por lo tanto el nivel de legitimidad que goce la autoridad es consecuencia de que acepte su subordinación ante sus mandantes, lo que se manifiesta en los hechos con un actuar respetuoso de los derechos constitucionales por parte de los poderes públicos; y segundo, que en virtud de lo precedente, dicha soberanía encuentra su límite en los derechos fundamentales. Ergo, el juez debe ponderar el asunto siendo fiel a tales

---

<sup>77</sup> FISS, O: op. cit. p.72

fundamentos, permaneciendo incorruptible ante los guiños de la autoridad, y tratando que de los efectos de sus resoluciones se produzca la menor conculcación posible a derechos fundamentales. Infortunadamente, en virtud del entramado ocultista de la ley, poco y nada se sabe acerca de las actuaciones de los jueces en los procedimientos especiales de obtención de información. Por el bien de los afectados inocentes<sup>78</sup>, sólo cabe esperar que los años los hayan hecho entrar en razón o que los nuevos Ministros no se hayan contaminado con los resabios del servil hábito de aquellos adictos a un ejecutivo que los tenía en la palma de la mano.

### **3.3.- NO EXISTENCIA DE UNA DESCLASIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES: VIOLACIÓN**

#### **DEONTOLÓGICA Y TELEOLÓGICA A UNA EXIGENCIA IMPUESTA POR EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.**

Irremediablemente llegamos al principio de publicidad. Con respecto a él es importante señalar que el día 20 de agosto de 2008 fue publicada la Ley N° 20.285 Sobre acceso a la información pública. El propósito de esta ley, contenido en su art.1,

---

<sup>78</sup> En el capítulo IV se profundizará en el enfoque garantista que sostengo. En todo caso puedo adelantarme un tanto y decir que aquel enfoque tiene límites. Una relectura al párrafo anterior no haría mal. Cuando digo que es deber de los Ministros procurar *que de los efectos de sus resoluciones se produzca la menor conculcación posible a derechos fundamentales*, lo hago considerando tanto lo cualitativo como lo cuantitativo. Así, el juez debe ponderar los hechos de un modo garantista, pero tampoco olvidando que también es garante de los derechos de ciudadanos distintos a los afectados por las técnicas intrusivas. Por ejemplo, frente a un caso extremo de colisión de derechos, la vida de un par de personas me parece más valiosa que el *habeas data* de un afectado que *realmente* planea el poner una bomba en un lugar público. Dejo a entrever que el garantismo se funda en FERRAJOLI y la idea de ponderación en ALEXANDER.

es *“regular el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.”* En efecto, el mentado texto legal estableció el derecho de la ciudadanía a acceder a la información sobre la administración estatal, salvo diversas excepciones; la publicación de ley se debe a una asentada consideración política, sobre la cual se tuvo bastante consenso en el parlamento, en aras de profundizar y concretizar la consagración constitucional del principio de publicidad, en virtud de la ley de reforma constitucional no. 20.050 del 26 agosto de 2005.

Gracias a ella, el Art. 8 inc. 2 de la Constitución quedó estatuido de la siguiente manera: *“son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de éstos cuando la publicidad afectará el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.”*

Lo primero a destacar del texto transcrito es que nuevamente la Constitución ocupa un término demasiado amplio como la seguridad de la Nación, el interés nacional o el cumplimiento de las funciones de los organismos públicos. Lo segundo es que todos los supuestos de hecho se cumplen copulativamente en la ley objeto de esta tesis. Lo otro, e igualmente relevante, es el hecho de que el principio no aparece

definido expresamente. Sin embargo, usando las herramientas que provee el código civil – Art. 20- se puede llegar a una correcta definición usando el sentido *“natural y obvio de las palabras, al tenor del cual la quiere decir “calidad o estado de público” y público <<en la acepción cognoscitiva>> significa notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos[...]* Con ello, se persigue que los actos de los órganos del Estado, los fundamentos en que se sustentan y los procedimientos conforme a los cuales se adoptan sean notorios, patentes o manifiestos y no secretos, reservados ocultos o escondidos, vale decir que cualquier persona pueda acceder a dicha información a raíz de que, en el Estado Democrático y Constitucional de Derecho, tiene que obrarse siempre con transparencia, la cual permite y promueve que las personas conozcan esos actos, sus fundamentos y los procedimientos seguidos para adoptarlos.”<sup>79</sup> El secreto, en consonancia con lo anterior, constituiría una excepción a la regla general, demostrándose al efecto que el principio de publicidad no es de carácter absoluto. Tal excepción se pretende validar porque *“una democracia constitucional genuina, desde el doble ángulo de lo público y lo privado, se tipifica por la información amplia pero no ilimitada, el pluralismo de las fuentes noticiosas, el libre debate y crítica, la transparencia en las decisiones, la buena fe y confianza en las actuaciones, así como*

---

<sup>79</sup>FERNÁNDEZ, M.A: “El principio constitucional de publicidad”. Revista de Derecho Público (Santiago) vol. 69 (2007) pp. 148-149

*otras cualidades que, incluyendo casos instrumentales de secreto o reserva, la convierten en gobierno visible, controlable y responsable por antonomasia.”<sup>80</sup>*

Las palabras de FERNÁNDEZ me parecen demasiado simples; tocan la superficie de la Constitución pero no logran adentrarse hasta sus raíces, ya que da algunas cosas por sentado. Trata, no obstante, de acercarse a un concepto más profundo al referirse al secreto apoyado en las concepciones de su maestro. Pero analicemos lo que plantea aquél. Habla de una “democracia constitucional genuina” y del indiscutible lugar que el secreto tiene en ella. No entrando a rebatir teóricamente la noción de democracia genuina planteada por CEA, se puede asimilar que, asumiendo la copulatividad de los elementos de su “tipificación”, no nos hallamos inmersos en una situación fáctica que nos permita aseverar lo “genuino” de nuestra democracia constitucional. El pluralismo del que se habla, en los hechos es escaso en la prensa escrita y prácticamente inexistente en la televisión abierta.<sup>81</sup> Como sea, el hecho es que para este sector de la doctrina constitucional chilena, el secreto, como excepción al principio de publicidad, está plenamente justificado en un Estado Constitucional<sup>82</sup> y Democrático.

---

<sup>80</sup>CEA, J.L, citado en FERNÁNDEZ M.A: op. cit. p. 151

<sup>81</sup>Esperemos que la nueva norma televisiva solucione esto.

<sup>82</sup>Prefiero llamarlo “de Derecho”: En virtud del principio de supremacía Constitucional se puede ahorrar la pomposidad.



Recapitulemos gran parte de lo escrito hasta ahora para demostrar el déficit de los autores citados. Y hagámoslo, por qué no, asumiendo el papel de un ciudadano común y silvestre. La soberanía reside esencialmente en la nación y yo, como parte de ella, sólo puedo ejercitar la porción que me corresponde de ella en una manifestación eleccionaria. Pero las Autoridades del Estado, unas con más legitimidad democrática que otras, son las que ejercen la soberanía de manera constante en representación de una colectividad humana que recibe el apelativo de Nación. En beneficio de ella, y no de otra cosa, el artículo 5 inc. 2 de la Constitución al reconoce el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana como límite al ejercicio de la soberanía, afirmando que *“es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”* El consenso doctrinario y teórico es tan unánime que no podría mencionar a ningún jurista que disienta acerca de la legitimidad de esta limitación.<sup>83</sup> Concordado lo anterior con el artículo 8 inciso 2, es totalmente evidente que el principio de publicidad consagrado allí se justifica por el hecho de que la ciudadanía – o la nación- verifique de qué manera o en qué medida las

---

<sup>83</sup> Lógicamente, en lo que se separan los autores son las fuentes o corrientes ideológicas que fundamentan la defensa a esta limitación. Un ejemplo harto extremo y honesto de iusnaturalismo católico se puede apreciar en MUÑOZ, S: “La limitación de la soberanía garantizada por tribunales” en

autoridades que la representan, es decir, sus mandatarias, están ejercitando la soberanía en estricto cumplimiento con la limitación que le impone la ley fundamental. Aunque parezca paradójico, en un autor tan asociado a los absolutismos como HOBBS se puede hallar un argumento clave para concebir la razón del por qué, en una sociedad que se jacta de ser democrática, es indispensable que las excepciones del principio de publicidad no revistan un carácter eterno, especialmente si se trata de actividades de inteligencia. Según el inglés: *“La misión del soberano (sea un monarca o una asamblea) consiste en el fin para el cual fue investido con el soberano poder, que no es otro sino el de procurar la seguridad del pueblo;... Y esto se entiende que debe ser hecho no ya atendiendo a los individuos más allá de lo que significa protegerlos contra las injurias, cuando se querellan, sino por una providencia general contenida en pública instrucción de doctrina de ejemplo; y en la promulgación y ejecución de buenas leyes, que las personas individuales puedan aplicar a sus propios casos.”*<sup>84</sup>

Por lo tanto, eludiendo la difusa extensión de los requisitos constitucionales que justifican el secreto, me parece evidente que si el legislador aprueba una ley que consagra un Sistema de Inteligencia en aras de la seguridad de la nación – o del Estado-, lo mínimo que se puede exigir en un sistema democrático es que el ordenamiento le entregue a la ciudadanía las facultades necesarias para discernir si es que quienes actúan en su supuesto beneficio cumplen o no con la finalidad de la ley, en razonable conformidad con los límites franqueados por el Art. 5 inc. 2. Con más razón todavía si

---

<sup>84</sup>HOBBS, T: “Leviatán” Fondo de Cultura Económica (Buenos Aires: 2007), p. 275

es que la ANI, aunque sea indirectamente, es mandataria de la ciudadanía y su bienestar. Creo que el hecho de cumplirse el requisito formal de una ley de quórum calificado no es suficiente en tanto las excepciones al principio de publicidad deberían ser entendidas añadiendo un criterio temporal. Así, si bien es cierto que en un momento dado, la Agencia debe reaccionar mediante un procedimiento secreto para ayudar a prevenir un hipotético atentado terrorista, lo cierto es que nada obstaría a publicar los antecedentes de dicho procedimiento cinco años después, sin siquiera revelar nombres ni ciertos datos que puedan atentar contra los derechos fundamentales de los afectados. Lo mismo podría aplicarse a las resoluciones judiciales que intervienen en dicho proceso. Nada justifica que dentro de un sistema democrático, un organismo público opere en las sombras; la excepción relativa al secreto puede ser justificable en un momento dado, pero transcurrido cierto tiempo, no se ve comprometido el interés general, ni la seguridad de la nación ni el correcto desempeño de las funciones de las instituciones intervinientes. Pienso que la obligación de guardar secreto establecida en el título VII de la Ley N° 19.974-además de que la ley no obligue a llevar registros administrativos y judiciales-, atenta gravemente contra el principio de publicidad, violándolo tanto deontológicamente como teleológicamente, al perpetuar secretos inexpugnables para la ciudadanía, cuyo mayor perjuicio radica objetivamente en su enorme potencialidad de ocultar abusos de la autoridad. Resulta indispensable, entonces, una reforma a en este aspecto que establezca el criterio temporal del secreto y un procedimiento de desclasificación de los antecedentes administrativos y judiciales: sólo de esta manera las autoridades públicas implicadas estarían cumpliendo con su deber de actuar públicamente y con el fin del principio de publicidad, que no es otro que permitirle a la nación el juzgar si es que el ejercicio de la soberanía ha sido desplegado con razonable arreglo a sus límites. Los controles

internos y externos<sup>85</sup> establecidos en la ley tampoco satisfacen el principio antedicho en tanto la sombra se esparce apenas un poco más: lo que podamos suponer como ciudadanos acerca de la actuación de la Contraloría y de la fiscalización de la Cámara de Diputados son sólo conjeturas. Así las cosas, depende de meras suposiciones la determinación del grado de incidencia de la ANI en cuanto al no acaecimiento de atentados terroristas en Chile o a la inexistencia de un cartel de narcotráfico capaz de poner en jaque al Estado chileno. Por último, y asumiendo que los principios de legalidad, publicidad y control son objetivos irrenunciables en nuestro sistema político, es necesario denunciar que la ley ANI permite los antónimos de tales principios: la ilegalidad, la invisibilidad y la irresponsabilidad. Estos son factores de crisis del Estado de Derecho y Democrático. Con respecto a cómo el secreto – la invisibilidad- puede afectar a un país, FERRAJOLI corrobora lo siguiente: *“Esta invisibilidad representa el segundo aspecto de la crisis simultánea del Estado de derecho y de la democracia. Con ella, en realidad, se desvanece el presupuesto general tanto de uno como de la otra, y por lo tanto la posibilidad de control, tanto jurídico como político, sobre la actividad de las instituciones públicas. Naturalmente, la invisibilidad de las sedes y de las formas del poder no es del todo una novedad en los ordenamientos democráticos modernos. Es más bien un aspecto fisiológico de los aparatos burocráticos, que siempre han tenido, por connaturales exigencias de expeditividad y sobre todo de inmunidad, una insuprimible vocación al secreto; y en los cuales, contrariamente a la idea weberiana de la burocracia como máquina racional que realiza de la manera más pura el modelo del poder legal, es casi inevitable, sobre todo a falta de controles políticos penetrantes, la formación de centros de poder ocultos e ignotos, separados de las sedes institucionales visibles, dotados de competencias y funciones que no son resultado consolidado por la*

---

<sup>85</sup>Ver título VI de la ley no. 19.974

*práctica.*”<sup>86</sup> Precisamente, el objeto de consagrar el principio de publicidad en nuestro ordenamiento radica en el cumplimiento de un gobierno de leyes, donde la autoridad cumpla las normas y no haga lo que le resulte más cómodo; y, por ello, el control político informal de la ciudadanía o nación – la fuente de la soberanía- es una pretensión irrenunciable, sobretodo en frente de un aparato público altamente intrusivo en sus derechos fundamentales que puede vulnerar su intimidad y su honra, que puede intervenir su correspondencia y que puede acusar a parte de ella sin que ésta siquiera lo sepa.

---

<sup>86</sup>FERRAJOLI, L: “El Garantismo y la Filosofía del Derecho.” Universidad Externado de Colombia (2000) primera edición, pp. 74-75

# **CAPÍTULO III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y EN PARTICULAR EL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES**

## **1.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INVOLUCRADOS EN LOS PROCEDIMIENTOS**

### **ESPECIALES DE INFORMACIÓN:**

Tal cómo ha sido la tónica del presente estudio, no se pretende abarcar ni profundizar sobre la teoría de los derechos fundamentales. Ello en virtud de su ya indicada perspectiva empírico-sistémica, que, a saber, busca comprobar cómo una norma positiva vigente resulta coherente con los demás postulados del ordenamiento jurídico. Para tal fin, pareciera bastar con el mero examen de los derechos consagrados por la Constitución con relación a los procedimientos franqueados por la ley, aunque, en mor de su evidente contenido material es menester la búsqueda de alguna teoría que permita entender y enfrentar el conflicto entre la ley – y los derechos que dice proteger- y los derechos fundamentales de los ciudadanos afectados por los procedimientos especiales de obtención de información. Tales teorías provienen de autores que se verán a continuación. Nuestra tarea, por el momento, es identificar qué derechos son conculcados o pueden serlo en virtud del título V de la ley 19.974.

Por la forma en que están establecidos los procedimientos especiales de información, en los cuáles no hay audiencia ni intervención del imputado o de terceros, se puede apreciar con claridad una concusión al debido proceso consagrado en el N° 3 del Art. 19 de la Constitución Política de la República. Especialmente son vulnerados sus incisos segundo y quinto, que son transcritos a continuación, respectivamente: *“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida...”*, y *“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”* En nuestra opinión, la interpretación de los derechos consagrados en nuestro catálogo iusfundamental debe ser extensiva, con lo cuál queda en evidencia la trasgresión hecha por ésta ley: la defensa jurídica depende de un juez que, como se exployó, en ciertas ocasiones puede mostrar un grado de independencia escaso y un conocimiento menor del asunto; y además, la resolución – que se debe analogar a sentencia en virtud de una concordancia con el precepto constitucional- no se funda en proceso legalmente tramitado.

Al no partir de una óptica procesal constitucional basta con aseverar lo siguiente para aceptar que el debido proceso se ve vulnerado. En primera instancia, como expresa COLOMBO, *“se trata de una garantía vinculada a la historia misma de la*

*libertad, como un principio informador del ordenamiento jurídico más allá de los límites del derecho procesal.”<sup>87</sup> Por último, aunque no exista definición legal del principio ni exista una definición uniforme, “consta en las actas de la discusión que la Comisión estuvo conteste en que las garantías mínimas de un racional y justo proceso eran las siguientes: a. Que se deduzca y notifique la acción a las partes, otorgando a la parte contrariale plazo para preparar su defensa y responder adecuadamente; b. Que exista real e igual oportunidad, entre las partes, de producción y refutación de pruebas, sin perjuicio de las evidencias que la autoridad competente obtenga de oficio y; c. Que se dicte la sentencia con respecto a la Constitución y a las leyes, en procesos de doble instancia como regla general, de manera que la única instancia, o sin revisión del tribunal superior, sea nada más que excepcional.”<sup>88</sup> Los primeros dos requisitos son claramente vulnerados y nada más se dirá al respecto.*

Los derechos vulnerados que sí requieren un tratamiento a mayor abundamiento son los contemplados en el 19 N° 4 y 19 N° 5: el Derecho a la intimidad y vida privada y el Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, respectivamente. No obstante, por la forma y el contenido de los procedimientos preceptuados el título

---

<sup>87</sup> COLOMBO, J: “El Debido Proceso Constitucional” (2003) citado en SOLÍS, D: “Síntesis histórica de la aparición del principio del debido proceso y su incorporación en el sistema de enjuiciamiento penal chileno”. En Revista Corpus Iuris Regionis n° 8 (2008) p. 77.

<sup>88</sup> CEA, J: “Derecho Constitucional Chileno” (2004) citado en SOLÍS, D: “Síntesis histórica de la aparición del principio del debido proceso y su incorporación en el sistema de enjuiciamiento penal chileno”. En Revista Corpus Iuris Regionis n° 8 (2008) p. 83.



quinto de la Ley N°19.974, el Derecho directamente afectado es el de la inviolabilidad de las comunicaciones, por lo que a continuación se da curso a su análisis por separado.

## **2.- EL DERECHO A LA INVIOABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES**

Al artículo 19 N° 5 consagra y asegura a todas las personas: “La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.” La inviolabilidad del hogar, por motivos evidentes, escapa al objeto de estudio.

El Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones puede ser conceptualizado como “aquél derecho, derivación y concreción del derecho a la vida privada, en virtud del cual se prohíbe a los poderes del Estado y a los particulares, la captación, interceptación, grabación y/o reproducción ilegal de una comunicación privada.”<sup>89</sup> A su vez, el mismo autor sostiene el motivo de su protección: “Es un derecho fundamental, de carácter civil y político, cuyo fundamento último es la dignidad y la libertad de la

---

<sup>89</sup> ÁLVAREZ, D: “Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas”. Revista Chilena de Derecho Informático n°5 (Santiago: 2004) p. 192

persona humana, siendo por ello necesario su reconocimiento normativo y el establecimiento de normas sustantivas de protección que sancionen su vulneración.”<sup>90</sup>

El concepto resulta claro y no admite mucha discusión al respecto. El motivo de su protección tampoco. Mas urge ir más allá de la corteza y desarrollar tres aspectos que plantea este derecho en relación a los procedimientos especiales de información, a saber, 1) Que la protección de la inviolabilidad de las comunicaciones no sólo depende de lo prescrito en la constitución sino también de lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile; 2) Que el Art. 19 N° 5 admite excepciones y; 3) La enorme importancia que reviste el resguardo de la intimidad frente al grado tecnológico actual.

## **2.2.- SISTEMA DE NORMAS DE PROTECCIÓN Y GARANTÍA DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS:**

Como es sabido, el ejercicio la soberanía legítima del Estado admite un límite en los derechos consagrados en la constitución y los tratados. Así es preceptuado en el inciso segundo del Art. 5 de la carta magna chilena: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la*

---

<sup>90</sup> *Ibíd.* p. 192

*naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”* Luego de tal aseveración resulta obligatoria una revisión a los principales tratados en materia de Derechos Humanos incorporados al ordenamiento nacional.

En primer lugar, uno de los instrumentos internacionales con más trascendencia a nivel internacional<sup>91</sup> dispone en su Art. 12 que *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”* Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>92</sup> en su artículo 11 números 2 y 3, preceptúa que *“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*. Se añade al conjunto de normas lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuyo artículo 17 establece que: *1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni*

---

<sup>91</sup> Me refiero a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en versión electrónica en: [<http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>] consultada el 26/09/2011.

<sup>92</sup> Conocido también como Pacto San José de Costa Rica.

*de ataques ilegales a su honra o reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. Por último, el Art. 161-A del Código Penal consagra la defensa punitiva de este bien jurídico: “Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales 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.[...] Esta disposición no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas.”*

Así las cosas, “este conjunto de normas configuran en nuestro ordenamiento el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, el cual no es más que una extensión explícita del derecho a la vida privada reconocido en el numeral 4° del artículo 19 de nuestra Constitución, derecho que forma parte esencial del

reconocimiento de la dignidad humana como valor supremo a resguardar por parte de un Estado Democrático de Derecho como el nuestro.”<sup>93</sup>

De todos los preceptos normativos enunciados, no obstante, se desprende siempre una excepción. No se habla de injerencias a secas sino de injerencias arbitrarias o ilegales, lo cual, expresamente permite excepciones.

### **2.3.- EXCEPCIONES QUE CONSIDERA LA LEY**

*“El derecho a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones, efectivamente, es uno de los derechos fundamentales de la persona humana. Sin embargo, no por ello se erige como un derecho absoluto, aunque sí erga omnes, dado que en sí mismo plantea la existencia de limitaciones.”*<sup>94</sup> Independiente de si la afirmación del carácter absoluto nos remita a un orden jerárquico de valores iusfundamentales, lo que importa es analizar que las excepciones deben ser realizadas en conformidad a la ley y deben estar exentas de arbitrariedad: *“Así, en aquellos casos en que la inviolabilidad de las comunicaciones se pueda ver sobrepasada legalmente la resolución judicial debe convertirse en el resguardo para las personas, en el sentido de*

---

<sup>93</sup> ÁLVAREZ, D: op. cit. p. 193

<sup>94</sup> ARRIETA, R: “Derecho a la vida privada: Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas”. Revista Chilena de Derecho Informático n° 6 (2005) p. 155

*que el derecho no será soslayado en forma indiscriminada.”*<sup>95</sup> Tal como vimos, al no existir un procedimiento propiamente tal, y al no ser pública la actuación de la agencia ni la del juez, no existe forma de comprobar si las resoluciones revisten ser arbitrarias o no. Es cierto que dependerán del caso a caso, pero no existe motivo alguno para establecer que la realidad se condiga con la ley. Basado en antecedentes históricos, tal como se vio hace un momento, el panorama no es alentador. Resta decir que la aceptación de la constitucionalidad de cada excepción legal depende mucho del criterio usado: frente a una mera legalidad, es decir, a un correcto proceso de génesis legal según las normas de creación de leyes que establece la Constitución, la Ley N°19.974 no presenta problemas; pero si sometimos el cotejo de la ley ante la carta magna y la materialidad de su catálogo, el asunto se vuelve cuando menos problemático. Este último criterio será visto con posterioridad.

#### **2.4.- RELEVANCIA DEL RESGUARDO DE LA INTIMIDAD FRENTE AL GRADO TECNOLÓGICO ACTUAL**

La contingencia que enfrentamos hoy aparece distinta a la de cualquier época previa en cuanto a las comunicaciones y al grado tecnológico alcanzado. Producto de los avances de la ciencia, la cotidianeidad humana se ha visto trasformada y se halla en

---

<sup>95</sup> *Ibíd.* p. 155

un trepidante cambio constante. No es necesario ser un experto para observar que en el día a día, gran parte de nuestra actividad, sea laboral, social o recreacional, se desenvuelve en un espacio virtual. Fotografías, material audiovisual, datos personales, y por tanto una parcialidad de nuestra historia y nuestro presente constan en internet o en sistemas electrónicos. Mediante las comunicaciones privadas por tanto, proyectamos parte de nuestra personalidad. Lo que se protege, entonces, con el mandato constitucional que prohíbe la inviolabilidad de las comunicaciones no es un secreto insustancial: “El fundamento de esto se encuentra en el hecho de que este derecho se extiende mucho más allá de la frontera del mero secreto del acto de comunicarse, al límite de considerar que el valor realmente comprometido es el de garantizar que las personas tengan una actuación comunicativa libre que se despliegue en forma fluida y sin intervención de persona alguna, mucho menos de un poder público.”<sup>96</sup> Por ello es que con razón se ha dicho que el secreto de las comunicaciones no es más que una proyección explícita del derecho a la intimidad contemplado en el Art. 19 N° 4 de nuestra carta iusfundamental. Así las cosas, aun cuando la comunicación pueda tener reservada una definición propia, a saber, *“el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos”*<sup>97</sup>,

---

<sup>96</sup> Ibídem. p. 157

<sup>97</sup> PERALES, A: “Derecho al Secreto de las Comunicaciones”. Breviarios Jurídicos. Editorial Iustel (Madrid: 2007) p.17

cuando se vulnera aquella transmisión, necesariamente se está en presencia de una violación a la intimidad del emisor o el receptor.

*Aquél “núcleo de la intimidad, especialmente protegido frente a las injerencias de los medios informáticos, afecta a una <<zona espiritual íntima y reservada de una persona o un grupo, especialmente de una familia, la cual comprende no sólo relaciones afectivas, sexuales, sino también la esfera de la confianza, que comprende toda la información de un sujeto, ligado a otro por razones de afectividad o parentesco, o por razones religiosas, ideológicas, raciales, o profesionales>>.”<sup>98</sup> Enfrentados a una situación y a medios que fácilmente pueden adentrarse a dicha zona sin el consentimiento de la persona violentada es necesario establecer barreras normativas e instituciones que actúen de manera racional y eviten todo tipo de arbitrariedades aun cuando su motivo de acción radique en intereses superiores o generales. Al respecto se pronuncia FERNÁNDEZ RODRIGUEZ: “La realidad actual nos ofrece una especial vulnerabilidad en Internet de la intimidad, lo cual se conecta con los episodios de inseguridad informática a los que asistimos periódicamente en la Red. Las nuevas tecnologías no sólo abren nuevas formas de comunicación sino que también dan mayores opciones técnicas para la injerencia en la vida privada y para agredir a las propias comunicaciones. Aparecen, de este modo, un elenco de agresiones a la*

---

<sup>98</sup> ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, J: “La Defensa de la intimidad de los Ciudadanos y la Tecnología Informática.” Editorial Arazandi (Pamplona: 1999) p. 17. Citando la Ley de Protección de Datos inglesa de 1984.



*intimidad... Frente a ello se hace necesario mantener operativas las exigencias dimanadas del derecho a la intimidad y del derecho al secreto de las comunicaciones, lo que refuerza la necesidad de incidir en la protección horizontal de los mismos...Por lo tanto, el derecho al secreto de las comunicaciones requiere especial atención en la actualidad dado que el progreso tecnológico lo ha sometido a nuevos peligros. Su vulneración afecta tanto a la libertad como a la intimidad, además de provocar en la ciudadanía un sentimiento de inseguridad.”<sup>99</sup>*

Lo que dice el autor citado en relación a internet va al caso, pues, además del ámbito telefónico, es en este medio dónde se producirían mayormente las intervenciones prevenidas en la ley ANI. En virtud de todo lo explicitado hasta el momento, las exigencias impuestas por el sistema de normas que protege la inviolabilidad de las comunicaciones radican en que la injerencia sea legal y no arbitraria, fin que la ley no asegura por si misma. En el mismo orden de cosas queda evidenciado que la garantía en cuestión se protege por ser una pretensión inherente a la libertad de la persona humana, entendida ésta última en su acepción negativa<sup>100</sup>, según la clasificación hecha por BERLIN en su famoso ensayo sobre dos conceptos de libertad; que no obstante su invaluable valor, admite límites según la perspectiva

---

<sup>99</sup> FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, J: “Secreto e Intervención de las Comunicaciones en Internet.” Editorial Civitas (MADRID: 2004) pp. 188-189

<sup>100</sup> Entendida como no-interferencia.

subjetiva o la ideología desde dónde se le observe. *“Philosophers with an optimistic view of human nature, and a belief in the possibility of harmonizing human interest, such as Locke or Adam Smith and, in some moods, Mill, believed that social harmony and progress were compatible with reserving a large area for private life over which neither the state nor any other authority must be allowed to trespass. Hobbes, and those who agreed with him, especially conservative or reactionary thinkers, argued that if men were to be prevented from destroying one another, and making social life a jungle or a wilderness, greater safeguards must be instituted to keep them in their places, and wished correspondingly to increase the area of centralized control, and decrease that of the individual. But both sides agreed that some portion of human existence must remain independent of the sphere of social control. To invade that preserve, however small, would be despotism.”*<sup>101</sup> Con ello, finalmente queda zanjado que toda sociedad (liberal occidental) está enfrentada a la exigencia de conciliar el interés privado del ciudadano con los intereses generales. En una sociedad democrática como la nuestra, el criterio base para tal ponderación viene dado por las garantías y

---

<sup>101</sup> “Filósofos con una visión optimista de la naturaleza humana, y una creencia en la posibilidad de armonizar los intereses humanos, como Locke o Adam Smith y, en alguna medida, Mill, creen que la armonía social y el progreso son compatibles con reservar una gran área para la vida privada sobre la cual a ningún estado ni autoridad debería estarle permitido traspasar. Hobbes, y aquellos que concuerdan con él, especialmente pensadores conservadores o reaccionarios, sostienen que si los hombres deben prevenirse de destruirse unos a otros, y hacer con ello la vida una jungla o una tierra salvaje, mayores salvaguardias deben ser instituidas para mantenerlos en sus respectivos lugares, y desean, correspondientemente, incrementar el área de control central, y disminuir la del individuo. Pero ambos lados concuerdan en que alguna porción de la existencia humana debe permanecer independiente de la esfera del control social. Invadir tal área, por pequeña que sea, sería despotismo.” Traducción propia de un extracto de BERLIN, I: “Two concepts of liberty”. A. Quentin (ed.) Political Philosophy, Oxford University press. (Oxford: 1967) p.157

derechos establecidos en la Constitución, que deben ser considerados como *mandatos de optimización*, tal y como se verá enseguida. No están demás unas últimas palabras para cerrar este punto: *“Puede decirse que en una sociedad democrática, la defensa de la intimidad personal es un presupuesto ineludible de la libertad. Donde no se protege la intimidad de las personas es difícil que las libertades públicas de los ciudadanos sean respetadas [...] <<sin embargo>> no puede ignorarse que las sociedades democráticas, por paradójico que resulte, amparándose en la legitimidad que les atribuye la defensa de los intereses generales, pidan y demanden, cada vez con más insistencia, tener acceso a datos personales y por lo tanto sensibles, aduciendo para ello fines estadísticos, sanitarios, etcétera.”*<sup>102</sup>

### **3.- EL VALOR DE ALEXY: ESTRUCTURA, COLISIÓN Y PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

#### **3.1.- INTRODUCCIÓN A ALEXY:**

Como se ha planteado en la Introducción, esta obra no busca discurrir en torno a aspectos que conciernen a cabalidad al ámbito de la Filosofía del Derecho o

---

<sup>102</sup>ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, J: op.cit. pp. 21-22. Más adelante se analizarán aquellos intereses generales.

enclaustrarse en una única área del Derecho. El camino al fin de esta investigación parte desde un criterio empírico-sistémico, es decir, de un análisis de una ley positiva y de cómo ésta guarda coherencia con relación al sistema jurídico chileno. Sin embargo, resulta imposible e insensato obviar el evidente cariz normativo que posee toda investigación jurídica relacionada con los Derechos Fundamentales establecidos en nuestro texto constitucional. Ello porque de los preceptos del catálogo del Art. 19 emana un contenido axiológico, valorativo y/o de deber ser. Impera, por tanto, la necesidad de fundar críticas y proposiciones en relación a juicios que resulten adecuados en torno al análisis de los Derechos Fundamentales. Para bien o para mal, es costumbre que en las memorias de humanidades el análisis se apoye en argumentos de autores ilustres. Como aspecto positivo se puede esgrimir que esta necesidad de paráfrasis genera un mejor marco para el entendimiento intersubjetivo y, por ello, un avance desde la certeza que impone una base ya asentada. No se exige entonces que cada autor genere o analice, o en otras palabras, que cree un nuevo marco teórico. Se puede replicar un efecto negativo de esta práctica: el perjuicio a la originalidad y el estancamiento intelectual. Con todo, y por fortuna para la tesis que aquí se presenta, la irrupción de ALEXY proporciona todo lo bueno de una opinión asentada y esquiva la réplica negativa en mor de su incuestionable originalidad. En su Teoría de los Derechos Fundamentales<sup>103</sup> el autor formula una serie de ideas bien fundamentadas que

---

<sup>103</sup>ALEXY, R: "Teoría de los Derechos Fundamentales." Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

permiten conceptualizar a los Derechos Fundamentales de manera tal que son perfectamente distinguibles del resto de las normas jurídicas integrantes del ordenamiento; y lo que es mejor, facilita un marco teórico adecuado para analizar el fenómeno en estudio, a saber, si los procedimientos creados por la ley 19.974 afectan legítimamente a ciertos derechos preceptuados en el catálogo de nuestra carta magna. Mas antes de proseguir con la exposición de las ideas del profesor alemán y su pertinencia en la *especie*, es necesario contextualizar la obra en comento para no incurrir en el frecuente error de una erudición malentendida.

En primer lugar, es perentorio señalar que uno de las ventajas que presenta el libro del autor en cuestión es que no aspira a dar una definición extra-constitucional<sup>104</sup> de los Derechos Fundamentales. No entra entonces a discutir sobre Derechos Fundamentales o Humanos que preceden el nacimiento del Leviatán, cuya conceptualización requiere, para que sea exacta, una definición igualmente exacta de la naturaleza del ser humano. Basta decir que hasta hoy en día los pensadores no han hallado consenso en torno a ello y que no son pocas las voces que incluso reniegan del concepto mismo de naturaleza humana. ALEXY evita entrar en aquél terreno horadado y pantanoso, lleno de trincheras ideológicas, y se conforma humilde y sabiamente con

---

(MADRID: 2002)

<sup>104</sup>O una conceptualización filosófica absoluta, o iusnaturalista, tanto de cuño escolástico como racionalista.

entregar una visión cuyo prisma de partida no es otro que el catálogo contemplado por la Constitución alemana. Ahora bien, esta misma ventaja que se produce al esquivar discusiones gracias al análisis del derecho vigente, deja una apariencia que incita a dudar acerca de la plausibilidad de extrapolar la teoría en comento al ordenamiento chileno. Pero quien haya leído la obra mentada no redundará en este problema, ya que por un lado significaría desconocer la identidad histórica de nuestro derecho<sup>105</sup>, y por el otro, lo que ALEXY postula es una estructura – o categorías- *sui generis* de los Derechos Fundamentales que los diferencia del resto de las normas del ordenamiento; como tal, es una manera de enfrentar al catálogo del Art. 19 más que de atribuirle un contenido específico y foráneo que no le sería aplicable;<sup>106</sup> es una teoría normativo-material que proporciona un prisma inicial y no un concepto absoluto o atemporal.

Es prudente, en segundo sitio, señalar que la complejidad del texto en cuestión no implica una dificultad mayor a la hora de aprehender lo sustancial de las tesis que nos preocupan. Hago esta advertencia porque ni los alumnos, ni los abogados, ni los jueces que actualmente ejercitan la judicatura, se formaron en una tradición analítica y

---

<sup>105</sup> Es una apreciación personal debido a que, en general, extrapolamos contenidos y formas jurídicas foráneas y las adaptamos a nuestra realidad. El Código Civil en relación al Código de Napoleón, la práctica de nominación de artículos en nuestro Código Procesal Penal; los principios que ordenan nuestra legislación penal sustantiva; la misma Constitución. En fin, todo ello se creó imitando modelos y movimientos extranjeros.

<sup>106</sup>RUIZ TAGLE, P: “Una dogmática para los derechos fundamentales en Chile”, en Revista de Derecho Público, N° 63 (2002), pp. 197 y 198. Citado en SALMONA, F: “Decisión judicial y colisión de Derechos Fundamentales”. Cuadernos del Tribunal Constitucional. N° 40 (2008)

es bastante probable, además, que la teoría de los enunciados normativos les parezca tan extraña como la ceremonia de un matrimonio consensual chino. Ello sin mencionar el gran impacto que causarían a la mayoría los enunciados y esquemas de nomenclatura lógica a lo largo de todo el libro; o las curvas de indiferencia y tablas que a primera vista se presentan como materia de economistas o sociólogos. Pero lo relevante sorteja aquellas barreras y se encausa en aras de alcanzar aquel objetivo que el autor define como la ciencia de los derechos en cuestión: *“Dar respuestas racionalmente fundamentadas a las cuestiones vinculadas con los Derechos Fundamentales.”*<sup>107</sup>

### **3.2.- DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS: ESTRUCTURA DE LAS NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL (MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN)**

La divergencia estructural entre reglas y principios constituye el sustrato sobre el cuál se erige toda la teoría de Derechos Fundamentales propuesta: *“Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales... la distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material*

---

<sup>107</sup>ALEXY, R: op. cit. p. 24

*de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales... lo que falta <<se refiere al contexto germano de ese entonces>> es una distinción precisa entre reglas y principios y su utilización sistemática.”<sup>108</sup> La aseveración no resulta polémica. El dilema reposa en la determinación del criterio ideal que posibilite la distinción, ya que varios han sido presentados como idóneos: la generalidad, la forma de su génesis, el carácter explícito de su contenido valorativo, la distinción gradual, entre otros.<sup>109</sup> Sin embargo, los criterios a los que se ha hecho mención no merecen nuestra atención puesto que no resuelven el problema: no se distingue nítidamente la peculiaridad cualitativa de reglas y principios.*

El criterio que si se hace cargo de establecer una diferencia cualitativa entre reglas y principios es el provisto por ALEXY, que considera a los últimos como *mandatos de optimización*: *“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no*

---

<sup>108</sup> *Ibídem.* pp. 81 y 82.

<sup>109</sup> *Ibídem.* pp. 82-85.



*sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.”<sup>110</sup> Lo que resta explicitar es cómo se resuelven los conflictos de reglas y las colisiones entre principios.*

### **3.3.- CONFLICTO DE REGLAS Y COLISIÓN DE PRINCIPIOS:**

Aterrizar lo anterior con un ejemplo extraído del ordenamiento nacional lo aclara todo: El Art. 1545 CC preceptúa que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales.” Estamos claramente en presencia de una norma con carácter de regla, puesto que el sentenciador, al momento de analizar la validez del contrato, concordará el artículo en cuestión con los arts. 1462, 1464 y 1469, entre otros. Aquí no hay una consideración de lo jurídico y fácticamente posible; se trata de un proceso

---

<sup>110</sup>ALEXY, R: op. cit. pp. 86 y 87.

binario. No hay regla opuesta que lleve a otro resultado: el contrato es válido o no es válido, sea mediante la inmediata declaración de invalidez de una regla por lo estipulado en otra<sup>111</sup>, o bien sea por una cláusula de excepción que elimina a una de las reglas en conflicto.

En contraste a los conflictos de reglas, la colisión de principios debe ser resuelta de un modo totalmente disímil, cosa que queda clara en palabras del autor propuesto: *“Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido- uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que el principio desplazado haya de introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos- tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”*<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup>Por ser de mayor jerarquía o por la razón que determine el juez en virtud de los principios hermenéuticos establecidos en los arts. 19 a 24 del Código de Bello.

<sup>112</sup>Ibídem. p. 89

Por consiguiente, lo que huelga aún es explicitar el modo en el cual la judicatura debe establecer la *relación de precedencia condicionada*.

La buscada manera no es otra que considerar que para los casos particulares, el juez debe ponderar el enfrentamiento entre los principios establecidos en los derechos fundamentales según una *ley de colisión*. Antes de formular dicha ley, considero imperioso señalar que el mismo ALEXY sostiene la inexistencia de relaciones absolutas de precedencia,<sup>113</sup> salvo, quizá el principio de dignidad humana, matriz del el sistema constitucional alemán. Al extrapolar el modelo en comento a la situación Chilena, surgen polémicas con respecto a la antedicha inexistencia de una jerarquía absoluta de Derechos Fundamentales que, en otros términos, produce los mismos efectos que aseverar la existencia de una relación absoluta de precedencias. La obra citada de SALMONA es vicaría en gran parte de la obra analizada del pensador alemán, mas parece olvidarlo al momento de plantear formas de solución de la colisión de derechos fundamentales,<sup>114</sup> y luego de su aparentemente involuntario olvido, vuelve a las enseñanzas de su mentor: J. L. CEA, quién está a favor una categorización jerárquica de los derechos consagrados en nuestro catálogo iusfundamental.<sup>115</sup> El establecer una primacía taxativa que consagre que unos derecho fundamentales estén por encima de

---

<sup>113</sup>Ibídem. p. 92

<sup>114</sup>SALMONA, F: op. cit. pp. 47 y ss.

<sup>115</sup>CEA, J: "Derecho Constitucional Chileno". Editorial PUC (Santiago: 2003) pp. 65 y ss.

otros parece erróneo porque, en primer término, destruye la idea de ALEXY, que inserta en un necesario contexto democrático, admite la colisión de distintos valores y la consecuente imposibilidad de acuerdo entre los ciudadanos acerca de cuáles priman sobre otros. En segundo lugar, resulta una mala interpretación del texto constitucional toda vez que si así hubiese sido querido por el constituyente, es arduo sostener por qué no fue explícito al respecto. Es una mera teoría de CEA que supone una intuición de valores que, en tanto proceso intuitivo, depende de la subjetividad de cada participante de la sociedad. Estimo que aceptar la teoría de CEA implica que la Constitución no puede separarse de su génesis dictatorial al no poder amoldarse a un contexto democrático. Por dichos motivos no adhiero a la jerarquización de los Derechos Fundamentales. Estimo que los argumentos proferidos son suficientes para continuar con el desarrollo de la tesis, en tanto la presente memoria no es un estudio de teoría constitucional; no obstante, quien desee profundizar en el tema puede nutrirse de la polémica desplegada por la doctrina chilena.<sup>116</sup>

#### **3.4.- LEY DE COLISIÓN Y PONDERACIÓN:**

---

<sup>116</sup> A pesar de disentir de su tesis debe reconocerse el mérito expositivo que tiene la obra citada de SALMONA en torno a este punto.

La ponderación no es otra cosa que determinar cuál de los principios en colisión – derechos fundamentales-, que abstractamente detentan el mismo rango, reviste mayor gravitación en un caso particular, es decir, cuál es el que debe sacrificarse en aras del otro. Esto porque, como se puede intuir de lo ya planteado, los principios no contienen mandatos definitivos – como las reglas en su ámbito de validez- sino mandatos *prima facie*. Por tal motivo es posible decir que frente a una colisión de dos derechos fundamentales (principios) hay dos posibilidades de decisión:<sup>117</sup>

(1) (P1 **P** P2) C

(2) (P2 **P** P1) C

Donde P1 y P2 son los principios en pugna; **P** indica precedencia, y C significa la condición de precedencia: *“El concepto de relación de precedencia condicionada permite una respuesta simple. El principio P1 tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P2, cuando existen razones suficientes para que P1 preceda a P2, bajo las condiciones C dadas en el caso concreto.”*<sup>118</sup> En base a ello, la ley de colisión puede ser formulada como: *“Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del*

---

<sup>117</sup> En el libro citado de ALEXY hay cuatro posibilidades, pero las primeras dos se refieren a casos donde existen relaciones absolutas de precedencia, por lo que su análisis no se tomará en cuenta, en virtud del rechazo a la idea del criterio de jerarquía que aquí ha sido esbozado.

<sup>118</sup> ALEXY, R: op. cit. p. 93

*principio precedente.*"<sup>119</sup> Ahora bien, lo que cabe preguntarse ahora es sobre el supuesto de hecho que predispone la ley N° 19.974 al juez que recibe la solicitud por parte del director de la agencia.

Antes de abordar tal tópico cabe hacer una última prevención. El carácter de los principios implica que su ponderación deba realizarse de acuerdo a una máxima de proporcionalidad, integrada por tres máximas parciales: Adecuación, Necesidad y Proporcionalidad stricto sensu.<sup>120</sup>

### **3.5.- SUPUESTO DE HECHO Y PONDERACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN:**

Para que sea posible entablar la solicitud que autorice el inicio de los Procedimientos Especiales de Información se requiere el supuesto de hecho de que las conductas desplegadas por el sospechoso se encuadren dentro de actividades relacionadas con las condiciones legitimantes ya mencionadas del artículo 23 de la ley ANI. Los Directores de los organismos de inteligencia civil, por decirlo de algún modo, y

---

<sup>119</sup> Ibidem p. 94

<sup>120</sup> Una explicación concisa y detallada en ALEXY, R: op. cit. pp. 111-115. No se ahondará en este tema en consideración a lo expuesto una y otra vez: no pretendo parafrasear conceptos de sobra conocidos sino que se analicen aquellos en torno a los procedimientos franqueados en la legislación estudiada.

los Directores de inteligencia militar deben presentar antecedentes que el investigado pueda estar involucrado en alguna de las actividades del precepto citado; pero El Director de la Agencia se debe limitar a lo dispuesto en Art. 27.<sup>121</sup> Independiente del director que se trata, el supuesto de hecho presentado al juez genera una *relación de precedencia condicionada híbrida*. Me explico: ante este tipo de procedimientos no nos hallamos ante una colisión de principios normal. No acaece en la especie una pugna entre el derecho fundamental afectado de un particular contra el de otro particular; y tampoco es el paradigmático caso de una libertad económica consagrada constitucionalmente que se enfrenta a la autoridad estatal en el acto de argüir una razón de Estado. Aceptando la tesis planteada en el capítulo referido a las condiciones legitimantes, i.e. que la base de todas ellas se halla en la protección del Estado, entendido éste como una forma organizativa de la nación, resulta fácil observar cómo la indicada colisión de principios se aparta de un tránsito normal. Colisionan los derechos fundamentales del posible afectado por la intervención de la inteligencia estatal con los derechos fundamentales de toda la nación, en cuya representación acude el Estado en cumplimiento del mandato legal impuesto por la ley 19.974. Por dicho motivo la colisión genera una ponderación extraña:

---

<sup>121</sup> Véase supra 2.1 capítulo tres.

a) En primer término, porque si los principios son mandatos de optimización, que se ponderan en la dimensión del peso, no se ve la forma en que el interés de proteger la inviolabilidad de las comunicaciones del involucrado preceda al interés de la mayoría según los términos de ésta ley, vale decir, la suma de los derechos fundamentales de cada individuo integrante del pueblo chileno. Por consiguiente, la legislación en comento no sólo pone en una balanza a un individuo o un grupo de ellos contra el abrumador peso de la mayoría sino que traiciona el supuesto carácter liberal de la carta magna chilena. Huelga decir que quienes representan a esa mayoría -que en teoría está dispuesta a este tipo de representación- gozan de escasa legitimidad democrática. Volviendo al tema del corte liberal de nuestra Constitución, uno puede argüir que la responsabilidad de este atropello al liberalismo y a su ideología de los derechos fundamentales no radica en aquella sino en el ejercicio negligente de los parlamentarios o en el Tribunal Constitucional. Pero, si mi entendimiento no falla, un texto constitucional que otorga su venia formal a la génesis de una ley que en su *ethos* lleva la idea del individuo como un medio de la sociedad, o se autoflagela o, decidida e indefectiblemente, se distancia de tratar al hombre como un fin en si mismo y, por ende, se aleja de Kant y los liberales, acercándose a sus antagonistas: se ve atraída al albur de Maquiavelo, Hobbes, Smith y Guzmán. Y qué perogrullada que se acerque al último.



Ante semejante disyuntiva emergen dos interrogantes: ¿Existe, entonces una jerarquía de valores en nuestra Constitución en que la razón de Estado goce de primacía por sobre los derechos instituidos en el catálogo del Art. 19? y ¿Por qué tanto problema en aceptar el resguardo del pueblo chileno frente a ataques terroristas o amenazas del narcotráfico, por ejemplo?

La última pregunta será resuelta en base a los planteamientos de Ferrajoli. La respuesta a la primera pregunta entra en la polémica mencionada hace poco. Depende de la interpretación a la que se adhiera, aunque sigo sosteniendo que la ponderación y el criterio de jerarquía no se llevan bien de la mano. El hecho es que la Constitución no se pronuncia y, consecuentemente, tanto en los fallos del TC como en la doctrina, se pondera.

b) En base a lo anterior es que llegamos a la explicación de la *relación de precedencia híbrida*. No le da tanto aquél carácter el hecho de que, en cierto sentido, lo que se pondera es el supuesto de hecho más que la colisión de principios sino el hecho de que, dependiendo de si el juez adhiere o no al criterio de jerarquía de principios, estimará que la relación de precedencia es absoluta o relativa. Esto resulta particularmente curioso, quizá más raro que tan sólo es más o menos probable que los principios colisionen por tratarse de una colisión que aún no ha acaecido: ¿Es entonces a seguridad del Estado una regla que está por sobre cualquier principio o derecho fundamenta?.

#### **4.- LA PERTINENCIA DEL GARANTISMO DE FERRAJOLI FRENTE A LOS PROCEDIMIENTOS**

##### **ESPECIALES DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN:**

En su monumental y compleja obra *“Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal”* FERRAJOLI distingue tres acepciones de Garantismo. La primera es la trascendente para efectos de nuestro estudio.<sup>122</sup> Ella *“designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de <<estricta legalidad>> SG propio del estado de derecho, que... <<se caracteriza>> en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es <<garantista>> todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.”*<sup>123</sup>

La definición planteada se extiende al ordenamiento constitucional y a la forma en cómo debe entenderse la protección de los derechos fundamentales, puesto que si bien la intervención de la autoridad contemplada en ésta ley no es un caso clásico de derecho penal, en dónde se priva a una persona de su libertad física mediante la imposición de una pena, sí se está en presencia de la supresión ex ante de una inviolabilidad, es decir, el estado vulnera el derecho de un sospechoso antes de que

---

<sup>122</sup> Las otras acepciones son propias de teoría del derecho y filosofía del derecho. Quien quiera profundizar en ellas véase FERRAJOLI, L: *“Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal”*. Editorial Trota (5ta edición: 2001) pp. 852-853

<sup>123</sup> *Ibídem.* pp. 851-852

éste realice un tipo delictivo. Por ello cabe sostener que al menos se está en el límite. Lo anterior es correcto desde el aspecto teórico pero es incompleto en el aspecto positivo ya que en virtud del Art. 161-A del Código Penal, sí estamos en presencia de una materia regulada positivamente por eliuspuniendi.

Por otra parte, y sin hacerme partícipe de un afán historicista, es claro que el garantismo responde a las necesidades de un contexto espacial y temporal dado: el proceso de génesis del modelo liberal clásico del Estado de Derecho. Refiriéndonos, al igual que FERRAJOLI, no al *Rechtsstaat* alemán, en el sentido de un *estado legal o regulado por leyes*<sup>124</sup> sino en el sentido más significativo, propio del uso italiano y francés, de un modelo de organización política caracterizado, esquemáticamente por tres principios que conviene recordar: a. el principio de *legalidad* de toda actividad del Estado, es decir, de su subordinación a leyes generales y abstractas emanadas de órganos político-representativos y vinculadas, a su vez, al respecto de ciertas garantías fundamentales de libertad y de inmunidad personales así como de ciertos derechos de los ciudadanos procesalmente justiciable; b. el principio de *publicidad* de los actos, tanto legislativos como administrativos y judiciales, que impone al ejercicio de todos los poderes, sedes, formas y procedimientos visibles, además de normativamente preconstituidos por leyes (*“el gobierno del poder público en público”*, siguiendo a Norberto Bobbio); c. la *sujeción a control* de todas las actividades estatales bajo la doble forma de *control jurisdiccional de legitimidad*, ejercido por jueces independientes, y de *control político, ejercido por el Parlamento sobre los aparatos ejecutivos y administrativos y por los electores sobre el Parlamento.*<sup>125</sup>

---

<sup>124</sup>Cumplimiento formal de la ley.

<sup>125</sup>FERRAJOLI, L: “El Garantismo y la Filosofía del Derecho.” Universidad Externado de Colombia” (2000)

Como se explicó en el capítulo anterior, los procedimientos en estudio constituyen una excepción normativa a los principios que informan tal Estado de Derecho y que están expresados en nuestra constitución. Si no se acepta esta aseveración, al menos debe reconocerse que constituye un caso particular y de sacrificio de derechos fundamentales en virtud de un supuesto interés de la mayoría: el principio de legalidad no se cumple a cabalidad en tanto respeta la mera legalidad – formal- y no la estricta legalidad – sujeción a la materialidad de la constitución. El principio de publicidad se encuentra íntegramente vulnerado ya que no se consagra un proceso de desclasificación. Por último, la sujeción a control preceptuada en la ley resulta sospechosa en su aspecto jurisdiccional y político. En aquél por la presencia de jueces militares, la ausencia de plazos para la decisión del juez y la limitación temporal de los procedimientos; y en el político porque el control parlamentario viola el principio de publicidad y, por consiguiente, la ciudadanía no puede controlarlos ejercer la *governanza(governance)*, es decir, el control desde abajo hacia arriba propio de una sociedad democrática.

Pero lo cierto es que todavía no llegamos a responder la última pregunta formulada en el subcapítulo anterior: ¿Por qué deberíamos preocuparnos o mostrarnos reacios de aceptar sin miramientos el legal resguardo del pueblo chileno frente a ataques terroristas, amenazas del narcotráfico o actos que pongan en riesgo la seguridad nacional (del Estado)?

Para dar una respuesta satisfactoria a esta interrogante, que es la más trascendental de la presente investigación, es necesaria una perspectiva garantista. Ella debe ser aceptada porque, a mi juicio, si nuestra Constitución consagra un catálogo iusfundamental es porque se hace heredera y partícipe de aquél movimiento liberal que busca instaurar límites férreos que protejan y garanticen ciertos derechos que detentan los ciudadanos frente a la autoridad del Estado u otros particulares. A su vez, el argumento anterior se apoya en la idea de que el Leviatán no es un fin en si mismo si

no un instrumento para la realización del individuo.<sup>126</sup> Con tal valoración de la persona frente a la autoridad no resulta coincidencia que, además del Art. 19, nuestra carta magna consagre los principios de legalidad, publicidad y sujeción a control. Es más, lo hace por esa valoración de la persona humana y no por otra cosa. Es imperioso entonces, citar nuevamente a FERRAJOLI: *“Podemos caracterizar al Estado de Derecho como un sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio de la fuerza con el fin de excluir o al menos minimizar la violencia en las relaciones interpersonales. La democracia, por otra parte, ha sido eficazmente definida como una técnica de convivencia orientada a la solución no violenta de conflictos. Esto quiere decir que en el Estado Democrático de derecho no debería existir otra violencia legal que aquella mínima necesaria para prevenir formas de violencia ilegales y más vejatorias.”*<sup>127</sup>

En el entendido que los Procedimientos Especiales de Información implican la concusión legal de derechos fundamentales, y por tanto son una forma de violencia contra aquellos y la libertad de la persona, se puede apreciar, finalmente y en virtud de todo lo antedicho, que el título V en su integridad deja mucho que desear en el contexto de un Estado de Derecho democrático. Aquí nadie plantea la extinción o la futilidad de un Sistema Nacional de Inteligencia. Resultaría completamente iluso e, inviable políticamente hablando, creer que en el globalizado statu quo, un Estado no debiese contar con instituciones que velen por su seguridad contra amenazas provenientes de diversos fenómenos: guerras, atentados, crimen organizado, etcétera.

---

<sup>126</sup>Esa es la lectura que deduzco del artículo primero de la Constitución Política de la República.

<sup>127</sup>FERRAJOLI, L: “El Garantismo y la Filosofía del Derecho.” Universidad Externado de Colombia” (2000) pp. 91-92.

Sin embargo, no existe ninguna prueba al alcance de la ciudadanía que permita concluir que la ausencia actual de atentados terroristas o de carteles que socaven la autoridad estatal se deba a las actividades desplegadas por la ANI o los restantes organismos de inteligencia estatal. Es más, en casos como el del terrorismo, el único precedente constatable en los últimos treinta años proviene de actividades ilícitas cometidas dentro del ámbito de actuación de las diversas agencias estatales existentes durante la dictadura.

Al momento de erigirse necesidades o fines en pos de un interés superior, los derechos individuales parecen supeditados a ellos; en estricto rigor, podrían estarlo en algunos casos, pero el asunto debe ser sometido a examen y, por ningún motivo, debe guiarse por contingencias irracionales de pasiones exaltadas. La ley en cuestión parece no seguir este consejo y olvida que la arbitrariedad, tanto judicial como estatal, siempre está latente y es una posibilidad. Si queremos aspirar a cumplir con aquella minimización de la violencia que se condice con la maximización de la libertad que pregona FERRAJOLI, es apremiante que se establezca una ley que contemple, no sólo nominalmente, sino en su espíritu, procedimientos que acoten al máximo las posibles arbitrariedades cometidas en pos de un fin superior enarbolado en contra de males cuyas causas pueden ser prevenidas por otras vías más idóneas. En pocas palabras, el catálogo iusfundamental debe ser tomado en serio; una ley que no contempla la incomunicabilidad de los datos obtenidos por distintas agencias, que no establece un

proceso de desclasificación o publicación diferida, que no cumple con el debido proceso, en la cual la independencia del juez no está asegurada, entre tantos otros defectos ya mencionados, pareciera ser bastante defectuosa. Es mera y no estricta legalidad; es cumplir por encima con la Constitución y olvidar la materialidad histórica que existe tras ella y la sistematicidad inherente que debe comprobarse entre el catálogo iusfundamental y la Ley.

A quién no lo convenzan los argumentos hasta aquí esgrimidos puede pensar en el siguiente caso hipotético, que perfectamente puede darse y guardar plena observancia según los términos simplistas y de mera formalidad de la ley. En artículo 26 de la Ley N°19.974 establece que *“Los directores o los jefes de los servicios de inteligencia de las Fuerzas Armadas podrán presentar las solicitudes directamente al Ministro de Corte de Apelaciones a que se refiere el artículo anterior, o a través del juez institucional que corresponda, de acuerdo con lo establecido en el Título II del Libro Primero del Código de Justicia Militar.”* El mentado código, en su artículo 15-A dispone que *“Habrá un Juzgado de Aviación para todo el territorio nacional y su asiento será determinado por el Presidente de la República.”* En virtud de lo anterior, el Juez de Aviación, podría recibir una solicitud del Director del organismo de inteligencia de la FACH, para iniciar los procedimientos contemplados en el Art. 24 de la ley de inteligencia, cuyo ámbito de actuación sería todo el territorio nacional. De otorgar la venia el magistrado, y al no existir un control específico sobre el traspaso de datos

personales ni un límite de personas posibles afectadas, los procedimientos podrían mantenerse por 90 días y luego ser renovados por igual plazo, en razón de lo prescrito en el artículo 28 inciso 2, y la información proveniente de ellos podría ser almacenada por todos los organismos de inteligencia nacional.

Los proveedores de telefonía u otros servicios comunicacionales, por su parte, estarían obligados a acatar y callar frente a la petición de la autoridad.<sup>128</sup> ¿Sabe algún civil común y silvestre si es que sus datos están allí? ¿Sabe si su espacio íntimo ha sido invadido por bienes superiores maleables y contingentes, si su teléfono está intervenido, si parte de sus comunicaciones y sus sistemas electrónicos están libres de la vigilancia de los órganos inteligencia? ¿Aprobaría dicha violación a su comunicación privada e intimidad? Alguien podría sostener que ésta es una posición alarmista. Respondo: quizá lo es, pero está motivada por la impotencia ante el secreto injustificado de una situación amparada formalmente por la ley.

También podría decirse que el control externo establecido en la ley basta. Basta la intervención de un Juez Militar que es parte de la misma institución que el

---

<sup>128</sup> Artículo 30.- Las personas naturales o jurídicas que, previa exhibición de la orden judicial competente, sean requeridas para permitir el cumplimiento de alguna de las medidas indicadas en el artículo 24, deberán acceder a tal petición de manera inmediata o según lo señalado en la autorización judicial.



solicitante, basta una comisión parlamentaria que jamás podrá comunicar a la sociedad lo que estima y basta la voz atada de la Contraloría.<sup>129</sup>

Quizá a algunos les baste, pero es un debate pendiente en la sociedad chilena y en el ámbito jurídico. Huelga ahora investigar cómo se ha legislado al respecto en algunos países que, de una manera u otra, poseen nexos con la situación nacional.

---

<sup>129</sup>Nos referimos a la obligación de guardar secreto y a las responsabilidades – penales, incluso contempladas en los títulos séptimo y octavo de la ley, respectivamente.

## **CAPÍTULO IV. BREVE ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO: LOS CASOS DE ESPAÑA Y EEUU.**

### **1.-ESTADOS UNIDOS: PATRIOTACT.EL TERROR INCONTROLADO QUE MATÓ A LA RAZÓN LIBERAL**

Luego de los ataques perpetrados el 11 de septiembre de 2001 en contra del World Trade Center, el Pentágono y un avión de pasajeros, Estados Unidos entró en un período de histeria colectiva. El temor por nuevos ataques fue acrecentado por los medios y el Congreso<sup>130</sup>, preso de tal fenómeno y ansioso por erigir una respuesta legal para prevenir nuevos ataques, aprobó la Patriot Act of 2001, un texto legal que, en términos generales, ampliaba las facultades de los numerosos organismos de Inteligencia del país norteamericano. La ley casi no tuvo discusión y fue *pasada* en un mes. La oposición fue menor y quienes se opusieron en el Congreso, a favor de las libertades civiles según fundamentos más o menos racionales, alejados a las pasiones de la mayoría, serían vistos como enemigos de la seguridad estadounidense. *“After 11 Sep 2001, anyone in Congress who refused to vote for the amendments desired by the*

---

<sup>130</sup>Debe recordarse que ciertas cartas con anthrax fueron enviadas a ciertos congresistas.

*Justice Department could be branded as an enemy of American security.”*<sup>131</sup>La extorsión político-emocional por parte de algunos sectores relacionados al ámbito de inteligencia estatal no es descartable. *“Another explanation is that allegedly preventing future terrorist attacks was a pretext for the Justice Department to obtain statutory amendments that it had wanted for years, but Congress had previously refused to pass because of concerns about civil liberties, etc. Hasty passage was essential, because if Senator like Leahy(D-Vt.), Feingold (D-Wisc.), and Specter (R-Penn.) were allowed to revise the text, they would reject many of the parts that the Justice Department wanted”*<sup>132</sup>. La prevención de ataques futuros aparece entonces como una muy Buena excusa para limitar las libertades individuales.

La Ley patriota aparece como una herramienta para fortalecer al pueblo americano para interceptar y obstruir a la amenaza del terrorismo. A través de su texto enmendó, ampliando las facultades de la autoridad, una serie de preceptos legales que versaban sobre intervención de las comunicaciones, tal como consta en las secciones 201, 202, 203, 204 y 217 de la citada norma. Analizar todos los preceptos y modificaciones requiere un conocimiento exhaustivo del Derecho estadounidense, que escapa tanto al alcance del trabajo como del investigador. Con todo, es posible distinguir la dirección adoptada por la ley: la ampliación del control centralizado, de la

---

<sup>131</sup> STANDLER, R: “Brief History of the USA Patriot Act of 2001”. p. 5. Disponible en versión electrónica en: [http://www.rbs0.com/patriot.pdf] consulta: 26/09/2011

<sup>132</sup> Ibídem. p. 5

seguridad por sobre la intimidación, del temor por sobre lo racional. Un ejemplo legal que confirma lo anterior es el proporcionado por el la sec. 2516 del U.S. Code, modificado por la PatriotAct de 2001. *“The Attorney General, Deputy Attorney General, Associate Attorney General, or any Assistant Attorney General, any acting Assistant Attorney General, or any Deputy Assistant Attorney General or acting Deputy Assistant Attorney General in the Criminal Division or National Security Division specially designated by the Attorney General, may authorize an application to a Federal judge of competent jurisdiction for, and such judge may grant in conformity with section 2518 of this chapter an order authorizing or approving the interception of wire or oral communications by the Federal Bureau of Investigation, or a Federal agency having responsibility for the investigation of the offense as to which the application is made, when such interception may provide or has provided evidence of...”*<sup>133</sup> veinte causales taxativas que, a su vez, se remiten a una serie de leyes cuestionables relativas a antiterrorismo, inteligencia, etc.

Al contrastarlo con la ley chilena encontramos la similitud de que, al menos, la autorización para intervenir las comunicaciones orales o de cable, debe ser autorizada por un juez bajo ciertos resguardos. A los ciudadanos norteamericanos les corresponderá juzgar si la independencia judicial o la capacidad cognoscitiva del

---

<sup>133</sup> Disponible en versión electrónica en:

[[http://www.law.cornell.edu/uscode/18/usc\\_sec\\_18\\_00002516----000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/18/usc_sec_18_00002516----000-.html)] consulta: 26/09/2011

magistrado se ajusta a un criterio garantistas o no. De momento, resta decir que, a pesar de ser el mayor mal actualal que dice enfrentarse la sociedad estadounidense, comparten la funesta incapacidad de nuestra ley del ramo para definir al terrorismo, conformándose con establecer que ciertos actos revisten el carácter de terroristas.

*“§ 2331. Definitions: As used in this chapter— (1) the term “international terrorism” means activities that— (A) involve violent acts or acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State, or that would be a criminal violation if committed within the jurisdiction of the United States or of any State; (B) appear to be intended— (i) to intimidate or coerce a civilian population; (ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or (iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and (C) occur primarily outside the territorial jurisdiction of the United States, or transcend national boundaries in terms of the means by which they are accomplished, the persons they appear intended to intimidate or coerce, or the locale in which their perpetrators operate or seek asylum;”.*En el mismo artículo se definen legalmente a los actos relativos al terrorismo doméstico, diferentes únicamente de los ya señalados por el hecho de realizarse dentro de las fronteras de EEUU.

Finalmente, concuerdo con las conclusiones expresadas por STANDLER: *“I conclude that the fear of being blamed for another attack motivated legislators to do a hasty and unsatisfactory job. Instead of being concerned about constitutional limits*

*on government power, Ashcroft<sup>134</sup> engages in “the end justifies the means” reasoning and – a few weeks later- Congress agreed with that bogus philosophical position.”<sup>135</sup>*

## **2.- ESPAÑA:LEY 11/2002 DE 6 DE MAYO REGULADORA DEL CENTRO NACIONAL DE**

### **INTELIGENCIA:**

El 6 de mayo de 2002 fue publicada la ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia. En palabras del Rey Juan Carlos, el principal motivo para la instauración de tal institución radicaba en que *“la sociedad española demanda unos servicios de inteligencia eficaces, especializados y modernos, capaces de afrontar los nuevos retos del actual escenario nacional e internacional, regidos por los principios de control y de pleno sometimiento al ordenamiento jurídico.”<sup>136</sup>* Dicha demanda parecía justificada por cuanto España carecía de una institución central de inteligencia consagrada legalmente que encabezara su sistema de inteligencia.

En términos generales, la ley es bastante similar a la Chilena, salvo una particularidad en cuanto a los procedimientos análogos a los de nuestra Ley N°19.974: la actuación del juez está reglada por otra norma, de carácter orgánico constitucional, que consta de un artículo único. Ello se debe a que *“para las actividades que puedan afectar a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, la*

---

<sup>134</sup>El Attorney General – parecido a nuestro Ministro de Justicia- de aquella época.

<sup>135</sup> STANDLER, R: op.cit. p. 41

<sup>136</sup>Exposición de motivos de la ley. Disponible, junto a la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, en versión digital en: [<http://www.oc.ccn.cni.es/pdf/LeyesdelCNI.pdf>] consulta: 26/09/2011.

*Constitución española exige en su artículo 18 autorización judicial, y el artículo 8 del Convenio Europeo para Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales exige que esta injerencia esté prevista en la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”* En virtud de su escueto tamaño, se citará íntegra, adelantando desde ya que posee un aspecto valorable en comparación a nuestra norma, por cuanto ordena la destrucción inmediata de los datos que no tengan relación con los objetos de la investigación. Sin embargo, ambas leyes fallan en cuanto a un proceso de desclasificación, al perpetuar el secreto. Se cita la ley:

*“1. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorización para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro.*

*2. La solicitud de autorización se formulará mediante escrito que contendrá los siguientes extremos: a) Especificación de las medidas que se solicitan. b) Hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas. c) Identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas, y designación del lugar donde hayan de practicarse. d) Duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de afección a la inviolabilidad del domicilio y tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, ambos plazos prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad.*

*3. El Magistrado acordará, mediante resolución motivada en el plazo improrrogable de setenta y dos horas, la concesión o no de la autorización solicitada. Dicho plazo se reducirá a veinticuatro horas, por motivos de urgencia debidamente justificados en la solicitud de autorización del Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia que, en todo caso, contendrá los extremos especificados en el apartado anterior de este artículo. El Magistrado dispondrá lo procedente para salvaguardar la reserva de sus actuaciones, que tendrán la clasificación de secreto.*

*4. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia ordenará la inmediata destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante la autorización prevista en este artículo, no guarden relación con el objeto o fines de la misma.”*

En virtud de lo anterior, la ciudadanía española, al igual que la chilena, no tiene pleno acceso a las actuaciones de la CNI y, por tanto, tampoco puede comprobar que su actual seguridad se debe a los organismos de inteligencia. Los atentados de 2004 perpetrados en Madrid constituyen un precedente en contra de la institución en comento.

Finalmente es posible decir que tanto la experiencia española como la norteamericana difieren de la nuestra en materias de inteligencia, aunque, no obstante, guardan bastantes similitudes en su punto de partida: el sacrificio de la intimidad, y por ende, de la libertad personal, en pos de una seguridad colectiva que se ve amenazada por enemigos latentes, antagonistas que muchas veces resultan invisibles e improbables. Por otro lado, y como se ha dicho tantas veces, el hecho de que los espacios de deliberación se resten del posterior control público de la ciudadanía, puede generar la duda de que la ausencia de aquellas amenazas no se deba al ejercicio de los organismos de inteligencia estatal.



## CONCLUSIONES

1. La Ley N°19.974 nació de la necesidad, ante la defectuosa legislación anterior, de establecer un Sistema Nacional de Inteligencia que coordinara a todos los organismos existentes bajo la dirección de una agencia. A su vez, la normativa en cuestión se hizo aplicable para todos los organismos de inteligencia, cumpliendo con tal anhelo al derogarse la Ley N°19.212. Siendo ampliamente consensuado que la actividad de inteligencia es un organismo necesario de los Estados actuales para enfrentar una serie de problemas, tanto nacionales como transnacionales, se podría concluir que la presente ley constituyó un avance tangible en la materia. Lo anterior no admite muchas disputas en cuanto a la consolidación de una institución directiva y a la concreción de un sistema coherentemente normado, pero sí es posible advertir una serie de problemáticas con respecto a los Procedimientos Especiales de Obtención de Información contemplados en el Título V del texto legal.

2. Lo anterior se debe, primeramente, a que tales técnicas intrusivas son justificables según condiciones legitimantes establecidas en otras leyes y que, huelga decirlo, revisten varios defectos. El caso del narcotráfico, por ejemplo, resulta extraño en razón de que es el mismo Estado quién, con la prohibición, otorga a éste fenómeno

la posibilidad de empoderarse en la ilegalidad y llegar a constituir un poder alterno al Estado que muchas veces puede adentrarse y corromper el Leviatán. No obstante, desde un punto de vista normativo, tanto el Narcotráfico como la Criminalidad organizada se encuentran correctamente tipificados en nuestro ordenamiento. Las otras dos condiciones legitimantes son, en realidad, las que plantean mayores desafíos.

3. La primera de ellas, el terrorismo, ni siquiera está definido en la ley y no existe una definición unánime o un consenso aglutinado en la doctrina. Lo único que puede decirse a su respecto, citando nuevamente a ZALAUQUETT<sup>137</sup> es que *el terrorismo es un término de connotación condenatoria absoluta, pero cuyo objeto es indeterminado*. Por tanto, resulta extraño y anómalo, que esté tipificada específicamente una conducta que no se puede definir de momento. En virtud de ello la Ley N°18.314 necesita una reforma urgente en tanto ha sido utilizada en contra del Pueblo Mapuche, gracias a los defectos ya vistos de tal normativa, a saber, que supuestamente la propiedad a secas sería uno de los Bienes Jurídicos protegidos por la ley . Ello ya escapa de nuestro alcance pero urge pronunciamiento. Por otra parte, tampoco se debe olvidar que la abrumadora mayoría de casos relacionados a este fenómeno, en los últimos cincuenta años, provino del mismo Estado y que por ello su tratamiento se vuelve tan delicado.

---

<sup>137</sup>Ver cita n° 27

4. La seguridad de la nación es, como se aseveró, el quid del asunto: Es el concepto matriz del cual derivan todas las demás condiciones legitimantes. A su vez, es fácil de observar que el sustrato sobre el cuál reposan todas las condiciones legitimantes no es la seguridad de la nación *per se*, sino más bien, la seguridad del Estado que la ha organizado históricamente. Lo anterior aumenta su plausibilidad al hacer una segunda lectura del Art. 5 de nuestra Constitución. La soberanía reside esencialmente en la nación pero su ejercicio regular es realizado por las autoridades estatales; así las cosas, el fin evidente de todas las condiciones legitimantes es proteger la soberanía estatal. En cuanto a lo normativo, ésta condición legitimante se remite a una ley arcaica – N° 12.927- que fue utilizada durante la dictadura y que aún contempla delitos de Orden Público. En un contexto democrático y de Estado de Derecho, urge una reforma a este respecto.

5. En base a lo anterior es posible concluir que la amplitud conceptual de las condiciones legitimantes, sin querer negar la trascendencia negativa de éstos fenómenos, es un defecto no atribuible a la Ley N°19.974 sino a sus respectivas leyes. Ello no obsta a que las condiciones en cuestión puedan ser categorizadas según un sistema de conjuntos que las diferencie claramente: El primer conjunto o universo, que abarca a todos los demás, está compuesto por la seguridad del Estado en tanto sustrato común de todas las condiciones legitimantes. En este conjunto mayor flotan normas correspondientes a la seguridad estatal en particular y, además, existen tres

subconjuntos donde no penetran las normas sobre seguridad del Estado específicas. A su vez, uno de los conjuntos, la criminalidad organizada, contiene íntegramente dentro de sus límites al narcotráfico; y, finalmente, el terrorismo se presenta como un subconjunto que está muy cerca de la criminalidad organizada pero no la alcanza a tocar, sucediendo exactamente lo mismo con el narcotráfico.

6. Por tal amplitud es que el o los directores de los organismos de inteligencia poseen un grado elevado de discrecionalidad que debería acotarse reformando las leyes y estableciendo conductas taxativas.

7. En cuanto a la intervención del Juez quedan muchas dudas. La primera es la relativa a la permisión hecha por la ley ANI a los jefes de los organismos de inteligencia militar a recurrir, si así lo estiman conveniente, ante el Juez Militar que corresponda según el título II del Código de Justicia Militar. El ministro de Corte entonces puede ser burlado y, honestamente, la legitimidad democrática de la judicatura militar está bajo sospecha en cuanto a su vocación de ser garantes del derecho y a representar un férreo resguardo de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

8. Por otra parte, pero todavía en relación a la participación judicial en la autorización o rechazo de los procedimientos, es posible observar que su posición no es de las mejores. La ley en cuestión no fija un plazo para su respuesta, lo que se

muestra como una curiosidad indeseable. Además, al estar en el terreno del secreto, el magistrado puede ser sometido a diversas presiones que afectan sobre su capacidad cognoscitiva y su discrecionalidad: la Ley N°19.974 no establece criterios que ayuden a la decisión judicial salvo la sujeción a la ley y a la Constitución, por ello, su discrecionalidad dependerá de su interpretación del catálogo iusfundamental y de la ponderación que haga casuísticamente, cosa que se verá a continuación. Sobre este último particular cabe decir que dichas presiones, inherentes al ámbito no-público, ponen en jaque la independencia judicial, valor tan caro en un orden republicano y que en nuestra historia reciente reserva precedentes negativos.

9. En otro ámbito específico se puede ver con claridad como la ley en cuestión vulnera el principio de publicidad. A pesar de que la ley admite excepciones legales a éste principio, mediante una ley de quórum calificado que justifique el secreto de los actos o resoluciones de los órganos del Estado, ello no obsta a que, con posterioridad al despliegue de los procedimientos o de las resoluciones judiciales, éstas sean publicadas y dadas a conocer a la ciudadanía. Por lo tanto, la ley en comento, al no contemplar un procedimiento o un plazo para la desclasificación de los procedimientos entablados, vulnera su deber de cumplimiento con el principio de publicidad, y a su vez, queda en mora con respecto al fin que busca el mentado principio, que no es otro que prevenir los abusos y que la ciudadanía controle que el ejercicio de la función pública se adecúe a los límites dispuestos en la Constitución.

10. A primera vista, los derechos involucrados en los Procedimientos Especiales de Obtención de Información son los contemplados en los artículos 19 N° 3, 4 y 5, estos son, respectivamente, el Derecho a un debido proceso, el Derecho a la intimidad y el Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Con respecto al primero cabe decir que es efectivamente vulnerado en aras de un interés que el agente de inteligencia solicitante considera superior. Pero no se ve por qué no pueda intervenir alguien en nombre del intervenido, para que el magistrado, al menos, no sea Juez y parte. Desde la óptica tomada por el trabajo, se hace evidente que la inviolabilidad de las comunicaciones resulta directamente vulnerada por las técnicas intrusivas del Art. 24 y por ello se analiza su conceptualización y bloque normativo positivo que lo protege y garantiza.

11. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones es “aquél derecho, derivación y concreción del derecho a la vida privada, en virtud del cual se prohíbe a los poderes del Estado y a los particulares, la captación, interceptación, grabación y/o reproducción ilegal de una comunicación privada.”<sup>138</sup> El motivo de su protección se debe a que “Es un derecho fundamental, de carácter civil y político, cuyo fundamento último es la dignidad y la libertad de la persona humana, siendo por ello necesario su

---

<sup>138</sup> ÁLVAREZ, D: op.cit. p. 192

reconocimiento normativo y el establecimiento de normas sustantivas de protección que sancionen su vulneración.”<sup>139</sup> Como sabemos, la protección del derecho en cuestión no sólo emana del Art. 19 N° 5 sino también de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Tales preceptos normativos, sumados a la disposición del catálogo iusfundamental, conforman el bloque normativo al que ya se hizo mención. El Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.” Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 11 números 2 y 3, preceptúa que “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. Se añade al conjunto de normas lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuyo artículo 17 establece que:

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos

---

<sup>139</sup> *Ibidem*. p. 192

ataques. Por último, el Art. 161-A del Código Penal consagra la defensa punitiva de este bien jurídico.

12. En virtud de todo lo anterior se puede ver que la inviolabilidad de las comunicaciones admite excepciones. El Art. 19 N° 5 requiere de una excepción legal, pero si a ello le añadimos lo ordenado en las demás normas que conforman el bloque, se puede ver que no basta con cumplir la mera legalidad: debe ser una injerencia exenta de arbitrariedad. Qué tan arbitraria sea la intervención dependerá del caso a caso y de la ponderación que haga el juez, lo que será visto enseguida.

13. Todavía resta concluir algo importante, a saber, el fundamento de la protección del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Y dicho fundamento no es otro que “el hecho de que este derecho se extiende mucho más allá de la frontera del mero secreto del acto de comunicarse, al límite de considerar que el valor realmente comprometido es el de garantizar que las personas tengan una actuación comunicativa libre que se despliegue en forma fluida y sin intervención de persona alguna, mucho menos de un poder público.”<sup>140</sup> De ello se desprende que la inviolabilidad de las comunicaciones no es otra cosa que una extensión específica y explícita del derecho a la intimidad. Así las cosas, el asunto comienza a mostrar que la disputa fundamental

---

<sup>140</sup>Palabras de PERALES: volver a cita n° 86.



tiene que ver con la conjugación de la libertad personal y un interés superior que es la soberanía estatal. En un entorno en que la tecnología ha avanzado a trancos acelerados, introduciéndose en prácticamente todos los ámbitos de nuestra cotidianeidad, se hace patente que el “derecho al secreto de las comunicaciones requiere especial atención en la actualidad dado que el progreso tecnológico lo ha sometido a nuevos peligros. Su vulneración afecta tanto a la libertad como a la intimidad, además de provocar en la ciudadanía un sentimiento de inseguridad.”<sup>141</sup>

14. Quedando claro que el asunto radica en determinar cuán dispuestos estamos como sociedad a aceptar la intromisión de la autoridad en nuestro núcleo de intimidad, por ende, en alto grado en nuestra libertad, en aras de intereses superiores consagrados en la ley y que responden a situaciones contingentes. La respuesta a ello será dada en la última conclusión. Por ahora debemos enfocarnos en que ante dicha disyuntiva, es decir, entre aminorar/proteger/mantener la intimidad de los ciudadanos según condiciones legitimantes que se basan en la soberanía estatal, la judicatura involucrada debe decidir. Para ello es que ALEXY resulta imprescindible, pues, el autor alemán sostiene una teoría que permite solucionar la colisión entre tales principios, a saber, el principio consagrado en los arts. 19 números 4 y 5 y los principios, inherentes

---

<sup>141</sup> FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, J: “Secreto e Intervención de las Comunicaciones en Internet.” Editorial Civitas (MADRID: 2004) pp. 188-189

y transversales a nuestra constitución, de la dignidad y libertad humana contra el principio de que la protección de la soberanía estatal justifica ciertas excepciones porque gracias a ella se pueden proteger todos los principios.

15. La teoría de ALEXY considera a los derechos fundamentales como principios. Éstos, a su vez, son categorizados como mandatos de optimización, i.e. que su nivel de satisfacción vendrá dado o será limitado por los otros derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Así, los derechos fundamentales poseen una estructura diversa a la propia de las restantes reglas de nuestro ordenamiento, puesto que éstas son o no válidas; en cambio, los principios se mueven en la dimensión del peso. Por lo tanto, se entiende que éstos colisionen frecuentemente en un ordenamiento jurídico. Se subentiende, consecuentemente, que no existen principios que abstractamente estén por sobre otros, es decir, que en todas las ocasiones unos posean mayor jerarquía que los otros. En otros términos: no existe una relación de precedencia absoluta. Lo importante, entonces, resulta determinar bajo qué condiciones un principio, valga decir, un derecho fundamental, precede a otro, en el caso concreto. ALEXY elabora su ley de colisión de la siguiente manera: “Las condiciones bajo las

cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.”<sup>142</sup>

16. Lo curioso de los Procedimientos Especiales de Información a este respecto es que se puede advertir la presencia de una relación de precedencia híbrida, que se denomina de tal manera porque, dependiendo de la interpretación a la que adhiera el juez acerca de la jerarquización de valores, tal relación podrá revestir el carácter de absoluta o condicionada. Esta extraña colisión, donde se pondera más si el supuesto de hecho realmente está bien invocado, podría llegar a hacer pensar que bajo una apariencia liberal se esconden algunos preceptos de tintes absolutistas, por cuanto los derechos del individuo, bajo esta ley, siempre detentarán menor peso que la razón de Estado esgrimida por el organismo de inteligencia. Al volver al capítulo relativo a la teoría del autor alemán queda redundando la pregunta de si ¿Existe, entonces una jerarquía de valores en nuestra Constitución en que la razón de Estado goce de primacía por sobre los derechos instituidos en el catálogo del Art. 19? La respuesta dependerá de interpretaciones subjetivas del texto Constitucional y no está, por tanto, al alcance de la presente investigación encontrar respuesta cabal y definitiva.

---

<sup>142</sup>Ibidem p. 94

17. Una manera de enfrentar el problema de la intromisión estatal, por el motivo que sea, en aquél núcleo de intimidad ya expuesto es aquella proporcionada por el Garantismo. Este concepto se utiliza en la primera de las tres acepciones que identifica FERRAJOLI: “designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de <<estricta legalidad>> SG propio del estado de derecho, que... <<se caracteriza>> en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es <<garantista>> todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.”<sup>143</sup> Lo anterior, como se observó anteriormente, es aplicable a la Ley N°19.974, que constituye una excepción a los tres principios fundamentales de un Estado de derecho: legalidad, publicidad y sujeción a control. La trasgresión al primer principio es develada por el hecho de seguirse un criterio de mera legalidad, esto es, que la norma en comento cumple con los requisitos formales impuestos por la Constitución pero no observa el contenido consagrado en ella al dejar un espacio muy amplio a la arbitrariedad y violar los otros principios sin una justificación plausible. El principio de publicidad, a su vez, se ve vulnerado por un algo similar: la estricta legalidad permite excepciones pero siempre y cuando éstas se funden en la naturaleza y en el correcto funcionamiento de los

---

<sup>143</sup>Ver cita n° 113.

servicios. Así las cosas, es claro que durante el transcurso de la aplicación de las técnicas intrusivas, el procedimiento puede revestir el carácter de secreto. Pero ello no explica por qué una vez finalizado no se puedan publicar tales procedimientos. Ello por supuesto no incluye los datos sensibles de las personas, pero sí, en virtud del principio de sujeción a control, debiera exponerse a la ciudadanía la forma en que proceden los organismos de inteligencia y la manera en que los jueces fundan sus resoluciones. No se incita por ello a una total desconfianza en las instituciones que en secreto controlan las actuaciones de los organismos de inteligencia, pero si supuestamente todos los mencionados anteriormente actúan en beneficio de intereses superiores que nos tocan a todos, resulta un imperativo inherente a un Estado de Derecho Democrático que la ciudadanía controle a sus autoridades.

18. En el entendido que los Procedimientos Especiales de Información implican la concusión legal de derechos fundamentales, y por tanto son una forma de violencia contra aquellos y la libertad de la persona, se puede apreciar, finalmente y en virtud de todo lo antedicho, que el título V en su integridad deja mucho que desear en el contexto de un Estado de Derecho democrático. Aquí nadie plantea la extinción o la futilidad de un Sistema Nacional de Inteligencia. Resultaría completamente iluso e, inviable políticamente hablando, creer que en el globalizado statu quo, un Estado no debiese contar con instituciones que velen por su seguridad contra amenazas provenientes de diversos fenómenos: guerras, atentados, crimen organizado, etcétera. Sin embargo, no existe ninguna prueba al alcance de la ciudadanía que permita concluir que la ausencia actual de atentados terroristas o de carteles que socaven la autoridad

estatal se deba a las actividades desplegadas por la ANI o los restantes organismos de inteligencia estatal. Es más, en casos como el del terrorismo, el único precedente constatable en los últimos treinta años proviene de actividades ilícitas cometidas dentro del ámbito de actuación de las diversas agencias estatales existentes durante la dictadura. Por tales motivos es presuroso comenzar a debatir acerca de las reformas que merece la ley. Asuntos como la incomunicabilidad o un proceso de traspaso entre agencias de los datos personales obtenidos; una forma de aminorar la concusión del Debido Proceso gracias a la intervención de un funcionario de la Defensoría del Pueblo- por ejemplo- durante o con posterioridad a la intervención judicial; medidas que tiendan a asegurar la independencia de la judicatura; presencia limitada de la Justicia Militar, con condiciones legitimantes taxativas sólo relativas a espionaje y guerra externa y que, por lo tanto, excluyan tajantemente su competencia en materias civiles. Los defectos de las condiciones legitimantes deben ser subsanados mediante reformas a sus leyes correspondientes. El cambio principal no obstante dice relación con el secreto: es una necesidad irrenunciable que la ley cumpla con los principios ya expuestos y eso debe ser vigilado por la ciudadanía. Por ello apremia el establecimiento de un sistema de desclasificación o publicidad diferida que deleve los procederes de las autoridades públicas intervinientes en los Procedimientos Especiales de Obtención de Información. Al ser tan defectuosa la ley, sólo nos aferramos a la prudencia de los Jueces Militares y los ministros de Corte de Apelaciones y, ante una arbitrariedad o un error cometido por uno de ellos, podríamos actualmente ser objeto de tales técnicas intrusivas sin siquiera saberlo. Permitir tal cosa, por el interés superior que sea, es un atentado contra la libertad y la dignidad de la persona; es el incremento de la violencia y el control, y la minimización de la libertad negativa. Aceptar que tal estado de cosas implica dejar la puerta abierta a un germen de autoritarismo más propio de un Estado Orweliano a que a un Estado Democrático de Derecho.

19. Por último, los casos en Derecho nos muestran que el sacrificio de la intimidad, y con ello la libertad, en aras de intereses securitarios no es un fenómeno aislado. El caso de Estados Unidos nos deja la enseñanza de que la histeria sólo lleva a traicionar los ideales que las sociedades dicen defender. El caso español plantea algunas similitudes con el chileno, pero tiene la ventaja de que la autorización judicial previa debe ser dictada por una Ley Orgánico Constitucional. De todos modos, el secretismo los invade a todos y la ciudadanía no tiene cómo saber si es que han cumplido su labor con férreo respeto a los Derechos Fundamentales consagrados en sus respectivas Constituciones.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS Y REVISTAS:

1. ALEXY, R: "Teoría de los Derechos Fundamentales." Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (MADRID: 2002)
2. ÁLVAREZ, D: "Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas". Revista Chilena de Derecho Informático N° 5 (Santiago:2004)
3. ARRIETA, R: "Derecho a la vida privada: Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas". Revista Chilena de Derecho Informático N° 6 (Santiago:2005)
4. BELLO, A.: "Independencia del Poder Judicial". En Escritos Jurídicos, Políticos y Universitarios. Valparaíso: Edeval. (1979)
5. BELLO, A: "Necesidad de Fundar las Sentencias" En Escritos Jurídicos, Políticos y Universitarios. Valparaíso: Edeval. (1979)
6. BERLIN, I: "Two concepts of liberty". A. Quentin (ed.) Political Philosophy, Oxford University press. (Oxford: 1967)
7. CEA, J: "Derecho Constitucional Chileno". Editorial PUC (Santiago:2003)
8. CHOCLÁN, J: "La Organización Criminal. Tratamiento Penal y Procesal". Editorial Dykinson. (2000)
9. FERNÁNDEZ, M.A: "El principio constitucional de publicidad". Revista de Derecho Público (Santiago: 2007) vol. 69.
10. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, J: "Secreto e Intervención de las Comunicaciones en Internet." Editorial Civitas (MADRID: 2004)
11. FERRAJOLI, L: "El Garantismo y la Filosofía del Derecho." Universidad Externado de Colombia" (2000)



12. FERRAJOLI, L : "Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal". Editorial Trota (5ta edición: 2001)
13. FISS, O: "El Grado Adecuado de Independencia". Revista Derecho y Humanidades Nº 5. (1997)
14. FUENZALIDA, E: "Derecho y cultura jurídica en Chile (1974-1999)". Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización. UNAM (2003)
15. GAYRAUD, J.F: "El G9 de las mafias en el mundo: geopolítica del crimen organizado". Ediciones Urano (2007)
16. GÓNGORA, M: "Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los Siglos XIX y XX, Editorial Universitaria, séptima edición (1998).
17. HASSEMER, W: "Sistema Jurídico y Codificación: La Vinculación del Juez a la Ley" En Arthur Kaufmann y WinfriedHassemer eds. El Pensamiento Jurídico Contemporaneo. Madrid: Debate.
18. HESSEL, S: "Terrorism and resistance en Terrorism, artículo inserto en Victims and International Criminal Responsibility". SOS ATTENTATS (2003)
19. HOBBS, T: "Leviatán", Fondo de Cultura Económica (Buenos Aires: 2007)
20. HUMAN RIGHTS WATCH y OBSERVATORIO DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: "Indebido proceso: los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuche en el sur de Chile". (New York:2004)
21. KAPLAN, M: "El estado latinoamericano y el narcotráfico" Editorial Porrúa, México. (1991)
22. KÜNSEMULLER, C: "El XVI Congreso internacional de Derecho Penal" en



para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (UChile). profesor  
guía: Myrna Villegas.