

EL SECRETO DE LA INVESTIGACIÓN EN LOS CASOS DE LA LEY 20.000

Manuel Guerra Fuenzalida¹

Introducción

Uno de los principios inspiradores de nuestro sistema de enjuiciamiento criminal es el de publicidad. Mediante el mismo se procura que los actos procesales que se van produciendo a lo largo del procedimiento estén revestidos de la transparencia que el sistema requiere para su legitimidad.

No obstante constituir la publicidad un principio fundamental de nuestro sistema, el mismo ha contemplado situaciones en las cuales por diversas razones está permitido decretar el secreto de la investigación.

En el presente artículo pretendemos mostrar el tratamiento especial que la Ley 20.000, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, le da a este tema a través de normas que establecen un ámbito más amplio al Ministerio Público a efecto de que éste pueda realizar investigaciones más eficaces y cumpla, además, con su deber de protección respecto de quienes presentan determinadas calidades que los transforman en merecedores de una especial protección.

Finalmente, buscamos entregar elementos que permitan una adecuada interpretación de las normas que en la Ley N° 20.000 establecen situaciones relativas al secreto de la Investigación, tomando posición respecto a los casos que más debate generan.

I. El secreto de la investigación en el Código Procesal Penal

El Código Procesal Penal ha establecido en su artículo 182 como norma de carácter general, y por ende aplicable en principio a toda investigación por hechos constitutivos de delito, el que las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y por la policía serán secretos para los terceros ajenos al procedimiento.

De este modo, se ha dejado abierta la posibilidad de que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento puedan tener acceso a los registros de la investigación, lo cual se condice con la necesidad de garantizar un debido proceso a todos los intervinientes posibilitando una adecuada participación en el curso de la investigación.

1 Director de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

No obstante lo anterior, el propio artículo 182 del CPP, establece que incluso respecto del imputado o los restantes intervinientes, el Fiscal puede decretar que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación, estableciendo como requisito adicional la identificación de las piezas o actuaciones que van a ser objeto de secreto, fijando un plazo de cuarenta días para su extensión, existiendo el derecho a que los intervinientes soliciten su limitación o derechamente solicitando se le ponga término.

Como mecanismo de resguardo adicional, el inciso quinto del citado artículo dispone que no se podrá disponer el secreto sobre la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tuviere derecho a intervenir, así como respecto de las actuaciones en que participare el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor.

La norma en comento, por ende, establece un principio de publicidad que admite limitaciones, las cuales guardan relación con la eficacia de la investigación y el éxito de las diligencias que el Fiscal disponga, lo cual en caso alguno atenta en contra de la esencia del sistema de enjuiciamiento criminal que recoge como principio fundante la publicidad.

II. Casos de secreto de la investigación contenidos en la Ley N°20.000

Frente a la norma general del artículo 182 del CPP, la Ley N°20.000, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, y que fue dictada con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, contiene una serie de normas que regulan los casos en que se puede decretar el secreto de la investigación otorgando al ente persecutor un margen mayor para limitar la publicidad.

En efecto, la citada ley dispone medidas constitutivas de secreto que pueden subclasificarse según tengan por finalidad servir de medidas de protección a favor de testigos, peritos, agentes encubiertos, reveladores, informantes y cooperadores eficaces, o que estén destinadas a asegurar el mejor resultado de la investigación.

En primer término, con la finalidad de proteger la seguridad de testigos, peritos, agentes encubiertos, reveladores, informantes y cooperadores eficaces, el artículo 36 de la ley dispone que: *“Cuando se trate de la investigación de los delitos a que se refiere esta ley, si el Ministerio Público estimare que existe riesgo para la seguridad de los agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes, testigos, peritos y, en general, de quienes hayan cooperado eficazmente en el procedimiento podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto de uno o mas intervinientes.*

Se aplicará lo dispuesto en el artículo 182 del Código Procesal Penal, pero el Ministerio Público podrá disponer que se mantenga el secreto hasta el cierre de la investigación. Además deberá adoptar medidas para garantizar que el término del secreto no ponga en riesgo la seguridad de las personas mencionadas en el inciso anterior”.

En esta norma se ve reflejado el afán protector que respecto de determinadas personas la ley pretende establecer. De otro modo, no se puede entender la decisión del legislador de mencionar expresamente qué grupos de personas son aquellos respecto de los cuales se establece esta necesidad de protección.

Paralelamente, la norma antes citada agrega un elemento innovador, cual es que respecto de la extensión del secreto de conformidad con el inciso segundo, puede disponerse el secreto de las diligencias relativas a alguna de las personas señaladas en el inciso primero hasta el cierre de la investigación.

Por último, la norma establece un deber de protección especial que es de cargo del Ministerio Público una vez que ha cesado el secreto, a efecto de no poner en riesgo la seguridad de alguno de los amparados por el secreto de la investigación.

Esta norma responde a la lógica de la especial complejidad que revisten las investigaciones por delitos de la Ley N°20.000, en que la realidad indica que la posibilidad de que quienes detenten alguna de las calidades mencionadas en la disposición objeto de estudio están naturalmente expuestos a represalias que pueden llegar a afectar incluso su vida, por lo que puestos en juego por un lado la posibilidad de acceso a los intervinientes, frente a la necesidad de dotar de eficacia a las investigaciones relativas al tráfico de drogas, la ley ha optado por favorecer esta última, resguardando el derecho de la defensa a que en la oportunidad procesal relativa al Juicio Oral tendrá de todos modos la posibilidad de conocer todos los antecedentes y poder preparar su Teoría del Caso.

Por otro lado, en cuanto a la extensión del secreto, no es menor el hecho de que el Ministerio Público pueda decretar el secreto de las actuaciones en que aparezcan algunas de las personas que el artículo 36 señala, ya que de ese modo se pretende evitar fenómenos más específicos, como son las amenazas que puedan llevar a una eventual retractación durante el transcurso de la investigación.

Desde una perspectiva constitucional tampoco se ve afectado el debido proceso, pues respecto de dicha garantía el núcleo esencial de la misma está constituida por la posibilidad de rebatir las pruebas que se esgriman respecto del imputado, derecho que permanece incólume frente a la norma en comento.

Paralelamente, el artículo 37 de la Ley N°20.000 se preocupa de reforzar la especial preocupación del legislador en orden a proteger a quienes facilitan o cooperan con el éxito de la investigación mediante el establecimiento de un tipo penal que sanciona a quienes violen el secreto de la investigación y de la

identidad de las personas a que se refiere el artículo 36, fijando una pena que va del presidio menor en su grado medio a máximo.

De este modo, se contempla un mecanismo destinado a otorgar eficacia a la norma del artículo 36 a fin de evitar que sea una norma meramente declarativa de propósitos, ya que se busca inhibir precisamente las intenciones de quienes puedan vulnerar el secreto decretado por el Ministerio Público.

Particular análisis merece la norma dispuesta en el artículo 38 de la Ley N°20.000. Esta se caracteriza, en primer término, por estar dispuesta con la finalidad de asegurar un mejor resultado de la investigación, posibilitando una adecuada y eficiente recolección de antecedentes que permitan un efectivo ejercicio de las facultades que la Constitución y la ley confieren al Ministerio Público.

La primera característica digna de análisis de la disposición aludida es el hecho de que amplía el marco de aplicación del secreto, ya que dispone que la investigación no sólo será secreta para los terceros ajenos al procedimiento, sino que también será secreta, sin necesidad de que se decrete, respecto de los terceros afectados por una investigación preliminar del Ministerio Público.

Lo anterior no es menor si consideramos que el artículo 182 del CPP, al cual ya nos hemos referido, impide esta posibilidad al señalar como principio general que el secreto sin necesidad de decisiones del Ministerio Público se refiere única y exclusivamente a los terceros ajenos al procedimiento.

Pues bien, consciente de la dinámica en que opera el Tráfico de Drogas, que supone la realización de una actividad organizada y mayoritariamente clandestina, es que la ley dispone de especiales técnicas de investigación, las cuales son mecanismos destinados a apoyar el proceso de averiguación de la verdad en que está inmerso el Ministerio Público.

La utilización de dichas técnicas, como la interceptación de comunicaciones telefónicas, la utilización de agentes encubiertos, reveladores o informantes, sólo pueden ser eficaces si quien es objeto de una investigación está imposibilitado de conocer de la existencia de la misma, ya que lo normal es que la utilización de estas técnicas se haga durante el proceso de investigación preliminar o desformalizada, etapa fundamental para la obtención de antecedentes que permitan el posterior enjuiciamiento de los partícipes.

En principio podría preguntarse cuál es el motivo que lleva al legislador a establecer esta norma especial de secreto imposibilitando el conocimiento por parte del afectado por la investigación de alguno de los delitos contemplados en esta ley, siendo del caso indicar que la explicación está dada por la historia fidedigna del establecimiento de la norma en estudio.

En efecto, en el proceso de discusión de la ley, en el informe complementario la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia con fecha 11 de mayo de 2004, se tuvo especialmente en consideración evitar que un presunto narcotraficante desbaratara lo avanzado poniendo en riesgo a los participantes encubiertos utilizando mecanismos que le permitan acceder a lo obrado en la investigación.

En definitiva se procuró evitar que las organizaciones criminales, mediante la presentación de alguna solicitud de control judicial anterior a la formalización, contemplada en el artículo 186 del CPP, pudiesen acceder al contenido de las mismas frustrando el éxito de las diligencias investigativas.

Quizás el aspecto más novedoso es la disposición contenida en la parte final del inciso primero del artículo 38, que establece una posibilidad de extensión del secreto única en nuestra legislación.

En efecto, esta norma posibilita que el Ministerio Público disponga respecto del imputado, así como respecto de los restantes intervinientes, el secreto por un plazo de 120 días, renovables sucesivamente con autorización judicial por plazos máximos de sesenta días.

Respecto de esta disposición se ha originado un interesante debate sin que hasta la fecha exista un criterio absolutamente asentado en la materia, pero respecto del cual nos ha parecido conveniente dar a conocer nuestra opinión, no sin antes analizar la raíz del problema y las posibilidades de interpretación existentes.

El tema objeto de debate, en lo relativo a esta disposición, guarda relación con el nivel de autonomía que el Ministerio Público tendría en la adopción de la medida, así como también respecto de a qué sujetos se consideraría extendida la medida.

En efecto, el tema no es menor si consideramos que la regla general en materia de secreto de la investigación razona sobre la base de que durante el período de vigencia del mismo los intervinientes tienen el derecho a solicitar la revisión de la mantención del secreto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 182 del CPP.

De ese modo, se suscita una primera controversia, la cual se refiere al hecho de que si algún interviniente tiene o no derecho dentro del plazo de 120 días indicados en la ley a solicitar el levantamiento del secreto, o si por el contrario, dicho derecho no existiría, con lo que la discusión de la vigencia quedaría postergada hasta la época en que se discutiesen las renovaciones del mismo.

Sobre el particular estimamos que la ley da de manera clara y precisa los parámetros a la luz de los cuales debe interpretarse la norma del artículo 38 de la Ley N°20.000.

En efecto, lo que hace la disposición legal es establecer una prerrogativa al Ministerio Público en orden a poder decretar el secreto total y absoluto de la investigación por un plazo de 120 días, sin que exista la posibilidad de discutir su levantamiento durante dicho período.

Para aseverar lo anterior, creemos que los fundamentos son múltiples y revisten un nivel de coherencia que no hace plausible la sustentación de una tesis diversa como la que se ha planteado por algunas defensas, siendo indispensable para arribar a una conclusión como la esbozada, realizar una interpretación sistemática de las diversas normas en juego.

En primer término, tal como ya lo hemos expresado, el principio general en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal es que la investigación sea pública para los intervinientes y secreta respecto de los terceros ajenos al procedimiento, lo cual se corrobora de la sola lectura del artículo 182 del CPP.

Luego, la ley en la disposición aludida establece casos en que el Ministerio Público puede decretar el secreto de piezas, registros o documentos por un plazo de 40 días, estando sujeta dicha decisión a la revisión por parte del Juez de Garantía, quien puede limitar su extensión, como poner término al secreto.

El principio general enunciado se ve ratificado por la disposición del artículo 36 de la Ley N°20.000, que, como hemos señalado, posibilita que en aras de la protección de determinadas personas que revisten determinadas calidades y determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto de uno o más intervinientes.

Así las cosas, esta disposición establece un régimen especial de secreto y de protección específica a favor de determinados sujetos, lo cual se ve reafirmado por la posibilidad de extender el Ministerio Público el secreto hasta el cierre de la investigación.

Pues bien, en ese contexto, la norma del artículo 38 de la Ley N°20.000, especial en la materia y que busca asegurar el mejor resultado de la investigación, establece un régimen especial de secreto que por un lado comienza reafirmando el principio de secreto absoluto de la investigación respecto de terceros ajenos al procedimiento y que, además, innova al extender dicho secreto absoluto a los terceros afectados por una investigación preliminar del Ministerio Público.

Ahora bien, es en ese momento en que la ley contempla la norma excepcional que da la posibilidad al Ministerio Público de decretar el secreto absoluto de la investigación respecto del imputado y los restantes intervinientes por un plazo de 120 días, sin posibilidad de que dicha decisión sea objeto de revisión en el plazo señalado.

En efecto, la ley sólo ha contemplado la posibilidad de intervención judicial para los casos en que transcurrido el plazo de 120 días el Fiscal opte por solici-

tar la renovación del secreto, caso que deberá ser resuelto por el Juez de Garantía por períodos sucesivos no pudiendo exceder cada una del plazo de 60 días.

De ese modo, el legislador ha querido otorgar una herramienta especial al Ministerio Público tendiente a posibilitar el éxito de las investigaciones en un área especialmente compleja como es la relativa al Tráfico de Drogas, intención que se ve reflejada si se analiza el proceso de discusión de esta norma en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado en que expresamente se estableció como mecanismo de control a la actividad del Ministerio Público la posibilidad de levantamiento una vez transcurridos los 120 días en que la decisión de secreto es autónoma de dicho ente, pero no dentro de este plazo, al igual como en su momento se había realizado con motivo de la discusión de la Ley N°19.913 sobre Lavado de Dinero, en que se contempla igual posibilidad, pero por un plazo de seis meses y que a los Senadores integrantes de la comisión les pareció excesivo para hacerlo aplicable a la Ley de Drogas.

De otra forma no se entendería la expresión “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 36*” con que comienza la redacción del artículo 38 de la Ley N°20.000, toda vez que, como hemos visto, la norma del artículo 36 ya se refiere al secreto, con lo que el artículo 38, si no tuviese el sentido que proponemos, sería tautológico, ya que repetiría la posibilidad de un secreto susceptible de revisión por parte del Juez de Garantía desde el primer momento.

Por otra parte, de haber querido el legislador sujetar la mantención de este secreto dentro de los primeros 120 días a la supervisión judicial, lo habría señalado expresamente, cosa que no ocurre, toda vez que lo que se indica de manera precisa es que esta es una facultad del Ministerio Público, reservando la intervención judicial para la discusión de la renovación del mismo, luego de transcurridos los 120 días ya indicados.

Hasta la fecha el tema no ha dado origen a mayores discusiones, no obstante lo cual es relevante plantear que han existido un par de casos en que el tema se ha resuelto, a nuestro juicio, de manera equivocada, explicitando los respectivos jueces que en aras del adecuado ejercicio del derecho a defensa, debe siempre existir la posibilidad de levantar el secreto por parte del juez, mas aun cuando se ha decretado con carácter absoluto, toda vez que al no conocer el contenido de la investigación, se haría ilusoria la posibilidad de defender al imputado desacreditando las imputaciones de las cuales ha sido objeto.

Sobre el particular, es necesario decir que la esencia del derecho a la defensa está dada por la convergencia de dos ejes fundamentales, el primero guarda relación con la necesidad de que el imputado cuente con asistencia letrada desde los primeros actos del procedimiento dirigidos en su contra, lo que se traduce en la especie con el momento en que se formaliza la investigación en su contra o se discute la legalidad de su detención, y, el segundo, con la posibilidad de desvirtuar los cargos de los que ha sido objeto y a los cuales ha tenido

acceso precisamente en el acto en que se ha formalizado investigación en su contra.

Por ende, lo relativo a la mayor amplitud o no del secreto debe ser entendida como una modalidad accesoria en la investigación destinada a proteger la eficacia e integridad de la misma, y que, como hemos visto, es de alcance limitado en el tiempo y está sujeta a controles posteriores, sin afectar la esencia del derecho a la defensa en cuanto a la posibilidad de controvertir las imputaciones de las cuales se ha sido objeto.

Conclusiones

Como hemos podido apreciar, el tema no es aún pacífico a nivel jurisprudencial, siendo indispensable, además, que la doctrina se preocupe de analizar sus alcances, toda vez que se refiere a un elemento esencial de las investigaciones por Tráfico de Drogas.

En ese sentido, claramente el sistema de enjuiciamiento criminal debe buscar el logro de una armonía entre lo que es por una parte el respeto a los derechos y garantías fundamentales de las personas que son objeto de la imputación penal, frente al desafío de efectuar una persecución penal eficiente y que sirva de pilar para la consecución de los diversos fines de un Estado Democrático de Derecho, como lo es el logro de la paz social.

En ese contexto, es indispensable reconocer la existencia de áreas de criminalidad en que resulta indispensable contar con herramientas que sin afectar la esencia de los derechos de las personas, posibiliten la ejecución del rol persecutor del Estado, siendo el Tráfico de Drogas una de aquellas que más impacto tienen en nuestra sociedad.

Sobre esa base es que consideramos que las normas del secreto establecidas en la Ley N°20.000 posibilitan la consecución de las finalidades que la Constitución y la ley han impuesto al Ministerio Público, otorgando la posibilidad de revisar el mismo cuando ya se ha avanzado lo suficiente, lo cual en caso alguno puede ser entendido como una negación al derecho a la defensa.