

GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y PREVENCIÓN DEL TRAFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES¹

*Humberto Nogueira Alcalá **
*Christian Suárez Crothers ***

I. INTRODUCCIÓN

Pese a que no ha sido usual hasta la fecha que los estudios sobre la ley de tráfico de estupefacientes sean enfocados desde una perspectiva constitucional, es evidente que los aspectos de esta disciplina que se vinculan a la regulación del tráfico de drogas son sumamente variados.

Bien podríamos decir que ellos atraviesan buena parte del catálogo constitucional e, incluso, ponen en entredicho algunas de las disposiciones matrices de la Constitución, en especial las relativas al Estado de Derecho.

¿Qué explica entonces que los constitucionalistas no nos hayamos dado hasta la fecha a la tarea de abordar los problemas que esta regulación plantea?

Quizá una cierta percepción –equivocada sin duda– de que el tema tiene una connotación puramente policial y que el ordenamiento penal y procesal penal establecen los medios y las garantías suficientes para enfrentar lo que se denomina la lucha contra el narcotráfico y su principal consecuencia: el lavado de dinero.

De esta forma, se piensa, el Derecho Constitucional no entra a tallar con esta materia, salvo casos muy excepcionales de actos ilegales o arbitrarios que perturben la “legalidad” constitucional y que puedan dar pie a recurrir a su tutela jurisdiccional.

* Abogado, Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Profesor Titular de Derecho Constitucional. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile.

** Abogado, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Postgraduado en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid y en el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo, Francia. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Político y Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Talca, Chile.

¹ Desde una perspectiva metodológica debemos precisar que el presente análisis se refiere a la ley vigente y al tratado válidamente incorporado al derecho interno, una vez que tales normas jurídicas fueron aprobadas por los órganos colegisladores y por el Tribunal Constitucional a través del control preventivo de constitucionalidad desarrollado por las sentencias rol N° 198 y N° 214 de 4 de enero de 1995 y 18 de mayo del mismo año respectivamente. En el trabajo se realiza un análisis crítico exegético y hermenéutico desde la perspectiva académica del texto de la ley con el objeto de perfeccionar la legislación vigente sobre la materia y hacerla más coherente con el sistema de valores y normativa constitucional.

Sin embargo, esta ley, como sucede también con leyes del tipo de la ley antiterrorista, ameritan detenerse más de un momento para determinar tanto la naturaleza de sus disposiciones e instrumentos, como su legitimidad para limitar el ámbito de eficacia de los derechos.

Nos encontramos, pues, de pronto, con que una sola mirada a la estructura de estas leyes nos suscita de inmediato una serie de interrogantes nada fáciles de resolver y que, por cierto, no pretendemos ahora esclarecer de una vez para siempre. Y es que estamos frente a una de esas circunstancias que hacían decir a Carlos Santiago Nino que la palabra “derecho” presenta la inconveniencia en el lenguaje corriente de revestirse con una gran carga emotiva².

Esta “carga emotiva” se hace evidente cuando nos introducimos al mundo de las drogas y aunque lo hagamos desde una perspectiva jurídica, inmediatamente se despliegan como las hojas de una gran flor todos los hilos polémicos que circundan la vida del Derecho. Aparecen entonces los sesgos aportados por las grandes corrientes filosóficas, políticas, religiosas o morales. Y como si fuera poco, factores económicos y de relaciones entre los Estados se hacen cada vez más y más importantes.

A estas alturas, el lector comprenderá la dificultad de nuestra tarea, especialmente cuando no es el espíritu objetivo el que encabeza la mirada crítica, sino solo el espíritu de sospecha y el nudo prejuicio.

Usando una imagen que nos resulta familiar podríamos decir que la irrupción de la oleada del narcotráfico y del lavado de dinero resulta para el Estado de Derecho tan difícil de resistir como a un edificio los efectos de un maremoto. Quizá pueda parecer a algunos un tanto fuerte la analogía, pero la utilizamos aquí solo en el sentido de enfatizar como línea directriz de este trabajo aquella idea sostenida con cierta sagacidad por un viejo profesor de Derecho Civil de que, tanto en la vida como en el Derecho, es lo accesorio lo que sigue la suerte de lo principal y nunca al revés.

No es irrelevante partir de esta consideración, porque inmediatamente que la aceptamos estamos en la obligación de poner el acento en la ordenanza de

² NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Editorial Ariel, Barcelona 1991, p. 15.

construcciones y en la estructura y flexibilidad del edificio como en la profundidad de sus cimientos, más que en la consideración de que en nuestras costas se producen de tanto en tanto algunos maremotos.

Lo mismo ha de ocurrir en la relación entre la ley de drogas y el Estado de Derecho. Lo que importa no es la lucha ciega contra este flagelo, sino fortalecer los cimientos y la estructura de un Estado que, sin renunciar a su propósito declarado de construir el Bien Común con pleno respeto de los derechos fundamentales, pueda con las mismas herramientas del Estado constitucional combatir este fenómeno.

En la medida que ajustemos nuestro actuar a esta línea directriz nos estaremos comprometiendo con lo que fuera probablemente el propósito fundamental de los pensadores de la Ilustración que vislumbraban un mundo ordenado conforme a los cánones de la razón, para asegurar un amplio despliegue de la libertad. No de una libertad sin límites, por cierto, sino de una libertad concebida para convivir con la libertad de los demás. Pero hay que entender que la protección y la defensa de la libertad forma parte de las bases esenciales de nuestra propia civilización, de manera que no podemos impunemente renunciar a aquella sin perjuicio de esta. Bien ha podido afirmar Isaiah Berlin que "su decadencia marcaría la muerte de una civilización y de toda una concepción moral"³.

Quiérase o no, el aporte que representa el constitucionalismo a la historia de la civilización se advierte por la circunstancia de que el nuevo mundo que había de surgir con la Revolución Francesa, reconocía al individuo un ámbito de intimidad, un ámbito de decisión que, salvo circunstancias muy calificadas, no debía ser objeto de intervención por los poderes constituidos. Más aún, por la creencia encarnada jurídicamente de que el Estado tiene límites y que frente a su poder pueden los individuos levantar el magnífico edificio de unos derechos públicos subjetivos, que le son reconocidos por el propio Estado o que se anteponen incluso a su propia existencia.

Pero también es cierto que la naturaleza de los delitos que se cometen a propósito de la actividad del narcotráfico representa un conjunto de nuevos desafíos para el Estado, tanto desde el punto de vista de los efectos perniciosos, que su distribución y comercialización produce en la salud de sus habitantes, cuanto que los montos involucrados en esta actividad dificultan su prevención o represión por los medios ordinarios que brinda el ordenamiento jurídico. La internacionalización del narcotráfico y la constitución de grandes redes de tráfico a escala mundial dificultan todavía más la tarea de prevención, presionando hacia el establecimiento de una suerte de Derecho Internacional del narcotráfico, al que no están ajeno los factores reales de poder entre los Estados.

El presente trabajo tiene por objeto analizar los posibles perfeccionamientos que deberían introducirse

a la legislación antidrogas en el ordenamiento jurídico nacional para ajustarla plenamente al Estado de Derecho democrático constitucional, de manera que las acciones policiales y judiciales que se concreten en la materia estén revestidos de la más plena legitimidad y respeten cabalmente el bloque constitucional de los derechos esenciales de la persona o derechos humanos.

Para tal efecto es necesario tener en consideración el bloque constitucional de derechos, vale decir, los derechos asegurados constitucionalmente en el propio texto de la Carta Fundamental y en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Ello permitirá determinar los límites y las limitaciones de los derechos y el ámbito posible de su regulación legislativa.

La estructuración del bloque constitucional de derechos implica reconocer la existencia dentro del sistema nacional de un subsistema interamericano de derechos y garantías, el cual interactúa con respecto de los derechos contenidos en la Constitución en sentido formal. Esta interacción se concreta mediante la interacción del sistema interamericano e internacional de derechos en cada uno de los derechos coincidentes caso a caso, como asimismo, porque el sistema interamericano e internacional de derechos comprende no solo la letra de los derechos y garantías contenidas en las convenciones internacionales de derechos humanos, sino también la interpretación que realizan los órganos de aplicación, entre ellos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual tiene el carácter de órgano de interpretación y aplicación, con carácter jurisdiccional, a través de sus opiniones consultivas y sus sentencias, de donde surge una serie de construcciones interpretativas y aplicativas de los derechos de carácter general, aplicables a todos los derechos de la Convención.

Debe agregarse que el sistema internacional de protección de los derechos opera con carácter subsidiario del sistema nacional, como estándar o nivel mínimo que debe ser asegurado por los Estados-Partes.

1.1. Las limitaciones o límites al ejercicio de los derechos

Los derechos contenidos en la Convención Americana y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos deben considerarse como el mínimo exigible a los Estados-Partes, cuyos ordenamientos jurídicos debieron estar siempre sobre dicho mínimo, garantizando en mejor forma los derechos de las personas.

Los derechos tienen la función de impedir la intromisión de los poderes públicos y de la potestad estatal, en la esfera de autonomía que los derechos aseguran, como asimismo, los órganos estatales deben promover tales derechos, como lo afirma con nitidez nuestro Texto Constitucional en su artículo 5° inciso 2°.

Al ser los derechos asegurados en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, el míni-

³ BERLIN, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Alianza Universidad, p. 199.

mo exigible al Estado chileno, las convenciones internacionales imponen obligaciones a los Estados-Partes de dar efectividad a los derechos, como asimismo, de adoptar todas las medidas necesarias, para adecuar su ordenamiento jurídico interno, incluida su Constitución, a las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos aplicable (artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin perjuicio del propio Texto Constitucional, cuyo artículo 5° inciso 2° determina que los derechos esenciales constituyen un límite a la soberanía del Estado).

Las garantías exigidas por el sistema internacional e interamericano en materia de límites al ejercicio de los derechos esenciales son:

1. Los límites deben estar previstos por la ley; en la especie existe así la garantía del principio de reserva legal para regular y limitar el ejercicio de los derechos. Reserva que en nuestro sistema constitucional se transforma de reserva de ley en reserva parlamentaria, ya que el Congreso Nacional, a través de la ley en sentido formal, es el único autorizado para regular el ejercicio de los derechos (artículo 60 N° 20, en armonía con los artículos 19 N° 26 y 61 de la Constitución).
2. Las limitaciones y regulaciones deben ser necesarias en una sociedad democrática para obtener un fin legítimo.
3. Los límites o limitaciones deben ser proporcionales con el fin perseguido.
El Estado dispone en este último aspecto de un margen de discrecionalidad, el que tiene un carácter limitado. Este "margen de apreciación" de los Estados queda afectado, por la naturaleza de la finalidad de la limitación, como asimismo por la naturaleza de las actividades implicadas en el caso específico.
4. La interpretación sobre los límites a los derechos solo pueden ser los autorizados por las Convenciones y la Constitución, ya sea que se encuentren contenidos expresamente en ellas o deducidos del propio sistema de derechos y sus limitaciones generales o a través de la resolución de los conflictos aparentes o efectivos de derecho.

1.2 El respeto al contenido esencial de los derechos

Tanto el sistema internacional de protección de los derechos humanos como el sistema constitucional chileno de protección de los derechos prohíben realizar actos tendientes a la destrucción de los derechos asegurados por las convenciones como por el propio texto de la Constitución.

En tal sentido, debe tenerse especialmente en consideración el artículo 19 N° 26 de la Constitución en relación con la jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Constitucional.

La protección del contenido esencial de los derechos, en una primera aproximación, parece operar solo frente al legislador; sin embargo, el artículo 19

N° 26 debe armonizarse con el artículo 5° inciso 2°, que exige el deber de respeto y de promoción de los derechos asegurados por la Constitución como por los tratados internacionales a todos los órganos del Estado; por tanto, el deber de respeto al contenido esencial de los derechos no es solo dirigido al legislador, sino también a los órganos de gobierno y administración y a los órganos jurisdiccionales, como asimismo a los particulares, de acuerdo con los artículos 6° y 7° de la Constitución, que establece la obligación de respeto a los derechos contenidos en las normas constitucionales a toda persona o institución.

II. LA LEY DE TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL

En nuestro sistema jurídico, para hacer el respectivo análisis de la normativa jurídica en materia de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, debemos tener en consideración la Constitución Política de la República, la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas suscrita en Viena (Austria) el 20 de diciembre de 1988 por el Gobierno de Chile, ratificada el 13 de marzo de 1990 y publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 1990, y la Ley N° 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas publicado en el Diario Oficial del 30 de enero de 1995.

Las presiones, entonces, que el tema del narcotráfico ejerce sobre el sistema constitucional tienen una doble naturaleza: las unas son de carácter externo e imponen al Estado el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Esto es, si se quiere, el ámbito en que la política internacional se convierte en Derecho Internacional. Si bien llegados a este punto, un análisis riguroso nos puede llevar a analizar algunos problemas sensibles que se vinculan con el viejo concepto de soberanía, no es esta la línea que aquí seguiremos.

Mirada desde la normatividad y normalidad jurídica interna, por usar los términos de Hesse, la Constitución se ve afectada, como ya hemos dicho, tanto en cuanto al marco de principios y directrices que definen el Estado constitucional de Derecho, como desde el punto de vista del catálogo constitucional. A esto último nos abocaremos a continuación.

II.1 Desde la perspectiva del Estado de Derecho

Una correcta imbricación de la normativa jurídica sobre tráfico de estupefacientes en nuestro sistema constitucional nos obliga a situarnos dentro de la perspectiva de un Estado Liberal o Social de Derecho que es el que a todas luces marca el techo ideológico de gran parte de las constituciones de Occidente y, sin lugar a dudas, a nuestra Carta Magna. La propia práctica del Tribunal Constitucional pareciera reiteradamente querer fortalecer esta característica, ya sea cuando se trata de afirmar "la filosofía económica de

nuestra Constitución⁴ o de reafirmar, al más puro estilo decimonónico, la garantía del derecho de propiedad por sobre la visión funcional de la libertad de información⁵, cuando tuvo ocasión de pronunciarse sobre el proyecto en actual tramitación en el Congreso. Pero, independientemente de que la Constitución recoja o no de un modo puro la fórmula política del liberalismo en su versión original, y al margen también de aquella suerte de duplicidad en su techo ideológico afirmada por el constitucionalista argentino Nestor Sagües, tomando en consideración el cambio de perspectiva introducido por la reforma constitucional plebiscitada de 1989, no nos parece discutible que los principios de dignidad, inviolabilidad personal y de autonomía⁶, formen parte de las Bases de la Institucionalidad chilena, de sus valores fundamentales o principios, según la terminología que se prefiera escoger.

En este sentido, la circunstancia de que la Constitución del Estado establezca como finalidad del mismo la consecución del Bien Común, no trae como consecuencia un renacimiento de la razón de Estado como instrumento de acción política, ni menos como elemento legítimo de interpretación en sede jurisdiccional, toda vez que la propia Constitución supedita el cumplimiento de esta finalidad al "pleno respeto de los derechos y garantías"⁷ que ella regula. De este modo el constituyente parece haber captado y querido incorporar a nuestro ordenamiento constitucional la idea moderna de que el Estado tiene como legitimación y finalidad de su existencia la plena realización de los derechos fundamentales. (Concepción personalista e instrumentalista del Estado, que se deduce del artículo 1º de la Constitución, incisos 1º y 4º).

Una concepción tal, sin embargo, no puede perder de vista la circunstancia constitutiva también del universo de los derechos, consistente en el reconocimiento de que estos no se erigen como derechos absolutos y que, como ya afirmaba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, reconocen un límite en el respeto de la libertad ajena, es decir, en los derechos de los demás, o en lo que los alemanes llaman, haciendo más extensiva esta noción, los "intereses esenciales de la Sociedad"⁸.

El problema principal, entonces, que suscita la ley de tráfico de estupefacientes es el determinar *prima facie* cuáles son aquellos casos en que los "inte-

reses esenciales de la Sociedad" entran en pugna con titularidades subjetivas de carácter fundamental reconocidas a las personas por el Ordenamiento Constitucional.

Dichos límites son establecidos muchas veces por el propio constituyente bajo la forma de límites intrínsecos o immanentes al derecho, que resultan de la propia proclamación constitucional⁹, pero también se manifiestan mediante la remisión que aquel hace al legislador no solo para regularlos y complementarlos, (caso en el cual no se concibe una afectación del derecho por parte del legislador, sino solo una actividad destinada a facilitar su ejercicio), sino que para establecer un "dique" al ejercicio pleno del derecho; es decir, para limitarlo, siempre y cuando esa limitación no afecte al derecho en su esencia, ni imponga condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Tal es la regla del artículo 19 N° 26 de la Constitución y la manera específica como opera el principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales en nuestro Sistema.

Sin embargo, como afirma Prieto Sanchís, estas limitaciones deben justificarse y por ello interpretarse con "criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de los derechos"¹⁰.

Pero, ¿por qué hemos afirmado que la ley de tráfico de estupefacientes roza sensiblemente el buen funcionamiento de nuestro Estado de Derecho?

A nuestro juicio, por dos órdenes de razones: primero, porque constituye una legislación que limita los derechos fundamentales de un modo permanente, y segundo, toda vez que la ley no se ajusta plenamente al sistema constitucional en punto a determinados derechos.

II.2 Desde la perspectiva del Catálogo Constitucional

Lo que interesa desde nuestra perspectiva es la determinación del universo de limitaciones que la ley de estupefacientes establece respecto de derechos constitucionales específicos, como asimismo la indagación de si estas limitaciones son las adecuadas en el marco de nuestro Ordenamiento Constitucional.

Como los casos posibles de vinculación pueden extenderse a gran parte de los derechos, nos limitaremos solamente a describir los derechos y situaciones que resultan más intensamente regulados por la ley.

⁴ Sentencia Rol 134, considerando 5º y Sentencia Rol 146, considerando 8º.

⁵ Ver BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1993, pp. 60 y ss.

⁶ En el sentido que las desarrolla Carlos Santiago Nino en *La democracia deliberativa*

⁷ Artículo 1º, inciso 4º de la Constitución.

⁸ HESSE, Conrado. "Significado de los derechos fundamentales", en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 1996, p. 109.

⁹ Sobre la discusión en la doctrina alemana acerca de los llamados límites *inmanentes* o *exmanentes* y su inclusión en el contenido esencial, ver GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y Desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994, p. 273. Sobre la distinción entre límites intrínsecos e immanentes, consultar AGUIAR DE LUQUE, Luis. "Los límites de los derechos fundamentales", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 14, enero-abril de 1993, p. 21.

¹⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Editorial Debate, Madrid 1990, p. 165.

*El derecho a la tutela judicial efectiva*¹¹

Este derecho se encuentra consagrado en nuestro Texto Constitucional en varias disposiciones, pero principalmente por el artículo 19 N° 3, que se refiere a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

En un sentido estricto este derecho consiste, como lo define Bandrés Sánchez Cruzat, en "el derecho que garantiza al ciudadano el acceso a los tribunales de justicia y la obtención de una respuesta fundada en derecho a sus pretensiones sustantivas y a través de un proceso equitativo"¹². Pero en una perspectiva más amplia es comprensivo no solo del derecho a la pretensión jurisdiccional, sino que a todas las garantías procesal-constitucionales que comprenden el denominado debido proceso, incluyendo la imparcialidad e independencia del órgano que ejerce jurisdicción.

En conformidad a nuestra Constitución, este derecho comprende: el derecho a la defensa, el derecho a la legalidad del Tribunal, a la legalidad del juzgamiento, a la exclusión de presunciones de derecho en materia penal (y al derecho a la presunción de inocencia), a la irretroactividad de la ley penal y al principio de tipicidad.

¿De qué manera se vincula esta libertad con la ley de tráfico de estupefacientes?

Específicamente a través de las facultades que confiere al Consejo de Defensa del Estado para realizar la investigación preliminar de los delitos. A esta facultad se refiere el artículo 14 de la Ley N° 19.366, mientras que el artículo 18 se refiere a la conclusión de la misma y al procedimiento que debe seguir esta institución para deducir la acción penal.

El procedimiento o investigación preliminar resulta aplicable únicamente a los delitos tipificados en el artículo 12 de la ley, esto es, al llamado lavado de dinero.

En efecto, la ley sanciona al que "a sabiendas que determinados bienes, valores, dineros, utilidad, provecho o beneficio se han obtenido o provienen de la perpetración, en Chile o en el extranjero, de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en esta ley, participe o colabore en su uso, aprovechamiento o destino...", será penado, etc. "Se entiende por uso, aprovechamiento o destino de los bienes aludidos precedentemente todo acto, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que importe o haya importado tenencia, posesión o dominio de los mismos, sea de

manera directa o indirecta, originaria, simulada, oculta o encubierta". La pena asignada a este delito es de presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales.

Las normas procesales penales, destinadas a regular el procedimiento a seguir en esta clase de delitos, se encuentran establecidas en los artículos 14 a 20 de la misma ley.

Del conjunto de estas disposiciones podría estimarse que existe una incongruencia entre las disposiciones de la ley y las de la Constitución que regulan el derecho a la tutela judicial efectiva.

Enumerémoslas:

1. Desde el punto de vista del órgano que ejerce jurisdicción

El Estado Constitucional de Derecho predica como uno de sus fundamentos irrenunciables el principio de separación de los poderes del Estado que, en nuestro sistema constitucional, ha sido definido como el principio de distribución competencial entre los diferentes órganos del Estado. Las disposiciones que en los distintos textos constitucionales consagran este principio matriz del Ordenamiento, tienen como fundamento el temor que a los padres fundadores de la Constitución americana y a los constituyentes franceses de 1791 provocaba la atribución al monarca y, por ende, a la Administración de poderes jurisdiccionales. Ciertamente, la experiencia acumulada en este sentido durante siglos, tanto en Inglaterra como en Francia, no había sido precisamente alentadora y se había configurado como uno de los mayores obstáculos a la libertad. Por ello es que con rotundidad afirmaba Montesquieu en el *Espíritu de las Leyes* que cuando el Poder Judicial va unido al Poder Ejecutivo, "el juez podría tener la fuerza de un opresor"¹³.

Nuestra Constitución, aparte de consagrar en el artículo 7° este principio, inmediatamente después de la regulación del Congreso Nacional, dedica todo un capítulo, el VI, al Poder Judicial, estableciendo en el artículo 73 que: "La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley".

De este modo, no resulta ortodoxa la manera como el legislador de la Ley N° 19.366 decidió establecer un procedimiento preliminar para la investigación de los delitos de lavado de dinero, entregando la facultad de conocer de este verdadero proceso preliminar al Consejo de Defensa del Estado, más aún cuando el Consejo puede, aunque solo sea provisoriamente, adoptar ciertas medidas como la retención de depósitos en bancos o instituciones financieras que, a no dudarlo, afectan libertades constitucionalmente garantizadas.

Cierto es también que el propósito tenido a la vista por el legislador ha sido el de sortear con eficacia la

¹¹ Esta es precisamente la terminología que comienza a ser usada por nuestros constitucionalistas y procesalistas. Véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, en "La dignidad de la persona, derechos esenciales y derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos" y CAROCCA PÉREZ, Alex, en "Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno", ambos artículos publicados en la *Revista Ius et Praxis* de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 3 N° 2, pp. 111 a 144 y 145 a 226, respectivamente.

¹² BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. *Derecho Fundamental al Proceso Debido y el Tribunal Constitucional*. Editorial Aranzadi, Navarra 1992, p. 101.

¹³ MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Editorial Heliasta, Sexta edición, Buenos Aires 1984, p. 188.

complejidad que suscita la investigación de esta clase de delitos, otorgándole la competencia a un organismo del Estado dotado de la experiencia y de los medios necesarios para cumplir con estas relevantes funciones. Es así como en el Congreso se desestimó sucesivamente al Banco Central, a la Superintendencia de Bancos y al Servicio de Impuestos Internos como los organismos encargados de realizarla.

Se pensó que esta investigación tendría un carácter puramente administrativo y no contencioso, asociada al principio de que fuera solo este organismo el legitimado activamente para deducir la acción penal o para denunciar los hechos delictivos tipificados en el artículo 12. Así lo consagra expresamente el artículo 13 de la ley¹⁴.

La reserva de legitimación activa en el Consejo de Defensa del Estado fue basada, según consta de la Sesión N° 57 de 30 de marzo de 1993, realizada por la Cámara de Diputados, en la necesidad de evitar "que se pudieran producir acusaciones irresponsables que en definitiva perjudicaran a inversionistas serios y responsables". Es decir, sirvió como fundamento una razón de orden público económico.

Cabe, sin embargo, recordar que el Presidente del Consejo de Defensa del Estado es el representante judicial del Estado de Chile y que el Consejo, pese a su autonomía, se ha encontrado históricamente vinculado al Ministerio de Justicia y en la actualidad se configura como un servicio descentralizado sometido a la supervigilancia directa del Presidente de la República¹⁵.

2. Desde el punto de vista del procedimiento

Dígame lo que se diga, y aun cuando se pudiera sostener que el procedimiento de la investigación previa tiene un carácter puramente administrativo, los procedimientos reglamentados por la ley de tráfico adolecen de algunas deficiencias técnicas que es necesario poner al trasluz para que sean oportunamente corregidos.

Analicemos los tres procedimientos desarrollados por el legislador:

2.1 El procedimiento general aplicable a los delitos del Título I de la Ley, que no son delitos de lavado de dinero.

A estos delitos se aplican las normas generales de procedimiento y, por lo tanto, no merece mayores comentarios en la línea de nuestro análisis. Como es obvio, no requieren de una investigación preliminar,

ni se limita respecto de ellos el ejercicio de la acción penal al Consejo de Defensa del Estado.

2.2 El procedimiento previo en los delitos de lavado de dinero.

Se trata de un procedimiento reglamentado por los artículos 14 a 20 de la Ley N° 19.366, que se constituye como el antecedente que el Consejo debe tener en vista para resolver por la mayoría de los dos tercios de sus miembros en ejercicio si ha de deducirse o no la acción penal en los asuntos que han sido objeto de la investigación previa.

La ley configura al Consejo de Defensa del Estado como el organismo competente para recibir "denuncias e informaciones" respecto a la perpetración de los delitos que tipifica el artículo 12.

Recibida la denuncia o información, el Consejo procederá a realizar un examen de los antecedentes recibidos como de los elementos probatorios correspondientes. Este verdadero examen de admisibilidad de las denuncias deducidas solo da lugar a la investigación preliminar, si así lo acordaren los dos tercios de sus miembros en ejercicio.

La investigación tiene, evidentemente, por objeto investigar los hechos que puedan revestir los caracteres de delitos tipificados por el artículo 12.

¿Cuál es la naturaleza de esta investigación? Dice la ley que se trata de una investigación esencialmente administrativa, no contenciosa y obligatoria en ciertos casos¹⁶. Pero, además, agrega el artículo 17 de la ley, "será secreta".

No define la ley qué es lo que entiende por una investigación esencialmente administrativa, aunque habrá que suponer que se le atribuye este carácter, porque es realizada por un órgano de la administración y en atención a que no tiene forma de juicio. Pero, en la realidad, a diferencia de las investigaciones administrativas a que se refiere el Estatuto del ramo, esta investigación forma parte de un procedimiento previo al proceso judicial destinada a preconstituir prueba respecto a los hechos delictivos investigados. En el fondo, para ser claros, el procedimiento se parece bastante a la actuación que debe cumplir el Ministerio Público antes de calificar la procedencia de la acción penal en aquellos hechos que debe investigar con el doble propósito de determinar la participación punible de los afectados como la circunstancia de revestir los hechos con caracteres de delito.

Que sea no contenciosa significa que no tiene forma de juicio, que no hay contienda entre partes.

El carácter de obligatoria alude al deber de cooperación, asistencia y apoyo o asesoría que deben prestar ciertos funcionarios de la Administración del Estado o del Poder Judicial a los requerimientos de información que les sean formulados por el organismo investigador, sancionándose penalmente la resistencia o negativa a proporcionarlos.

¹⁴ "Artículo 13. Los juicios criminales por los delitos penados en el artículo anterior solo podrán ser iniciados por querrela o denuncia del Consejo de Defensa del Estado, una vez concluida la investigación preliminar a que se alude en los artículos siguientes".

¹⁵ AYLWIN AZÓCAR, Patricio y AZÓCAR BRUNNER, Eduardo. *Derecho Administrativo*. Editado por Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago 1996, p. 182.

¹⁶ Artículo 14, inciso tercero de la Ley N° 19.366.

La naturaleza secreta de la investigación preliminar se encuentra consagrada por el artículo 17 de la ley e, incluso, se hace extensiva "a toda forma y medios de comunicaciones, cualquiera sea su naturaleza", como expresamente prescribe el inciso primero, parte final de este artículo.

Se protege el secreto aplicando la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, a todo aquel "que entregue o difunda información de cualquier naturaleza acerca de los antecedentes que se le solicitan, inclusive del hecho de haber sido requeridos". Por otra parte, se coloca al Consejo de Defensa del Estado en la obligación de perseguir la responsabilidad civil o criminal a que den lugar estas infracciones.

El procedimiento hasta aquí analizado no merece ningún reparo, salvo el relativo a la pertinencia del órgano encargado de ejecutarlo que, como veremos *infra*, debe ser el Ministerio Público.

¿Cuál es entonces el verdadero problema?

Este se revela con gran claridad llegado el momento de sopesar las facultades que se otorgan al Consejo para llevar a cabo la investigación.

Estas atribuciones pueden clasificarse en:

a) *Atribuciones directas*, que son las entregadas sin intermediación de un órgano judicial al Consejo de Defensa del Estado, como son:

- La facultad para recibir denuncias e informaciones sobre la perpetración de alguno de los delitos tipificados por el artículo 12.
- La facultad para requerir la cooperación de las fuerzas de orden y seguridad pública, la que debe prestarse con carácter obligatorio.
- La facultad para realizar actuaciones en el exterior dirigidas a indagar y acumular pruebas acerca de la procedencia u origen de los bienes, valores, dineros, utilidad, provecho o beneficio a que se refiere el artículo 12.
- La facultad para solicitar asesoría directa a las representaciones diplomáticas y consulares de Chile en el exterior.
- La facultad para solicitar toda clase de informaciones o antecedentes relacionados con los hechos que se investigan a las autoridades y funcionarios de la Administración del Estado y del Poder Judicial, a que hemos hecho alusión *supra* (en estos casos, incluso, el prestar testimonio constituye una obligación de los funcionarios).
- La facultad para informar de entidades de países extranjeros expresamente designadas a estos efectos por un convenio internacional "sobre operaciones sujetas a secreto o reserva, si ha sido solicitada con el fin de ser utilizada en la investigación de delito de tráfico de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas o de aprovechamiento de los beneficios o utilidades que de ellos provengan, y que pudieran haber tenido lugar fuera de Chile".
- La facultad para imponerse de cualquier sumario penal y de todo otro proceso reservado o secreto en que se sospeche fundadamente la existencia de

antecedentes acerca de hechos constitutivos de los delitos contemplados en el artículo 12.

b) *Atribuciones indirectas*. Entendemos por tales aquellas que solo pueden ejercer previa autorización del juez competente. Esto es:

- Impedir la salida del país por un máximo de sesenta días a personas respecto de las cuales el Consejo tenga sospechas fundadas de estar "vinculadas" a alguno de los hechos previstos en el artículo 12. (Transcurrido este plazo, la medida caduca por el solo ministerio de la ley).
- Ordenar por un plazo no superior a sesenta días alguna de las siguientes medidas: 1) la prohibición de celebrar determinados actos y contratos y su inscripción en toda clase de registros; 2) la retención en bancos o entidades financieras de depósitos de cualquier naturaleza que sean; 3) el impedimento de transacciones de acciones, bonos o *debentures*, y 4) en general, cuanto conduzca a evitar la conversión del provecho ilícito en actividades que oculten o disimulen su origen delictual.
- La facultad para recoger e incautar la documentación y los antecedentes probatorios necesarios para la investigación de los hechos.
- La facultad para solicitar la entrega de antecedentes o copia de documentos sobre cuentas corrientes o cualquier documento de naturaleza secreta, relativos al mercado financiero. La práctica de la diligencia debe ser autorizada en este caso por el ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, que el presidente de dicha Corte designe por sorteo al momento de hacerse el requerimiento, por medio de un procedimiento secreto.

Como puede observarse, estas atribuciones tienen un carácter jurisdiccional indubitable, que hacen pertinente su conocimiento por un tribunal establecido por la ley conforme a la regla del artículo 73 de la Constitución.

La existencia de este procedimiento lleva a excesos el secretismo de las actuaciones del Consejo, impidiendo toda razonable preparación de la defensa por parte del afectado. No existe una obligación, como la que emana para el Ministerio Público del artículo 80A de la Constitución, de investigar con igual celo las circunstancias "que acrediten la inocencia del imputado" y tampoco se garantiza el derecho a la audiencia del afectado, incluso respecto de medidas que afectan su libertad personal, como ocurre con el arraigo. Estas circunstancias hacen difícilmente conciliables las disposiciones de la ley con el Texto expreso de la Constitución y con las obligaciones que Chile ha contraído al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷.

¹⁷ En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza el derecho a la defensa de los imputados, en los siguientes términos establecidos por el artículo 14, apartado 3º,

La legalidad del Tribunal se rompe toda vez que no puede afirmarse que el Consejo de Defensa del Estado, en su doble calidad de servicio de la Administración y parte posterior interesada en el proceso penal, constituya un órgano imparcial e independiente para conducir el procedimiento preliminar.

Por último, consideramos que la investigación preliminar no cumple con las garantías mínimas de un procedimiento y una investigación racionales y justos, en los términos introducidos por la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519, publicada en el Diario Oficial de 16 de septiembre de 1997, en razón de lo cual estimamos que las disposiciones pertinentes de la ley de tráfico de estupefacientes han incurrido en una causal de inconstitucionalidad sobrevenida. La propia Comisión de Estudios de la Nueva Constitución consideró, en su oportunidad, que estas garantías mínimas se expresan: 1) En el oportuno conocimiento de la acción 2) La adecuada defensa, y 3) La producción de la prueba que correspondiere.

2.3 El procedimiento de faltas.

Este procedimiento se aplica para sancionar a los que consumen algunas de las drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas en lugares públicos o abiertos al público, o en lugares o en recintos privados cuando se hubiesen concertado con tal propósito. Del mismo modo, para sancionar el porte o tenencia en lugares públicos de las sustancias o drogas antes referidas para su consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Existen en este procedimiento tres particularidades que quisiéramos brevemente comentar. Ellas consisten:

- 1° En la obligación de poner a los detenidos a disposición inmediata y directa del juez del crimen competente, según las reglas generales, o en la audiencia más próxima si no fuere hora de despacho,
- 2° En la mención hecha por el inciso 3° del artículo 42, a que una vez que el juez pone en conocimiento del inculcado el parte policial, lo interroga y lo cita para una próxima audiencia le otorgará "la libertad provisional si procediere esta medida con arreglo a la ley", y
- 3° En el hecho de que, en conformidad al inciso primero del artículo 44, se tengan como testimonios legalmente prestados las declaraciones contenidas

letras b y d: "3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección. d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y siempre que el interés de la justicia lo exija; a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo". De modo semejante, pero extendiendo la garantía a toda persona, regula la materia el artículo octavo de la Convención Americana.

en los respectivos partes o denuncias, en los casos en que el inculcado niega los cargos que se le formulan.

En cuanto a la primera de estas particularidades, cabe hacer notar que la Ley ha alterado la regla general que entrega competencia en materia de faltas a los Jueces de Policía Local, radicando la competencia para los casos prescritos por el artículo 41 en el Juez del Crimen. En lo que toca a la libertad provisional, no parece prudente la mención hecha por la ley cuando, por regla general establecida por el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, la libertad provisional se otorgará sin necesidad de caución si el delito imputado no mereciere pena aflictiva.

Finalmente, no se ajusta a las reglas del debido proceso ni al principio de la presunción de inocencia la sanción señalada en tercer lugar, que convierte en testimonios legalmente prestados los contenidos en los partes o denuncias, por el solo hecho de negar el inculcado los cargos que se le formulan. Nos parece que esta norma contradice abiertamente la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva de los derechos.

2.4 La presunción de inocencia.

El bloque de constitucionalidad de los derechos en la materia referente a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, establece en el artículo 19 N° 3, inciso 6°, que "la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal", a lo cual deben agregarse las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos ratificada por Chile y vigente en su artículo 8° numeral 2°, el que determina que "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad", de manera tal que es parte del ordenamiento jurídico nacional, como derecho esencial de la persona y límite al ejercicio de la potestad pública (artículo 5° inciso 2° de la Constitución), el principio de presunción de inocencia, mientras no se determine en un racional y justo procedimiento o debido proceso, la responsabilidad penal correspondiente.

La aplicación de medidas "más estrictas y rigurosas", que establece la Convención de Viena en su artículo 24, debe entenderse siempre dentro del marco estricto previsto por la Constitución y, en consecuencia, respetando estrictamente los límites del Estado de Derecho democrático, donde la lucha contra las drogas debe efectuarse respetando los derechos esenciales o humanos consagrados en la Constitución y los tratados internacionales vigentes ratificados por Chile.

Así toda remisión de actuaciones penales no puede concretarse menoscabando los derechos de defensa de las personas inculpadas, como son entre otros, la presunción de inocencia, las posibilidades de controvertir las pruebas y el principio *non bis in idem*, en otras palabras, respetando integralmente las garantías del

debido proceso aseguradas por la Constitución y el derecho convencional internacional de derechos humanos ratificados por Chile y vigente.

2.5 Inversión de la carga de la prueba.

El artículo 5º, numeral 7º de la Convención, al establecer que "cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen ilícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos", norma que se concreta, en el artículo 19 de la Ley Nº 19.366, que establece la presunción legal del origen ilícito de bienes, sin perjuicio de prueba en contrario. Tal norma solo puede significar que, frente a dudas por motivos fundados sobre la procedencia legal de bienes de una persona, se solicite a este que aporte explicaciones y elementos de juicio que demuestren la licitud de tal adquisición, por lo que ello no puede significar la afectación del principio de presunción de inocencia de la persona, la que solo deja de presumirse cuando se declara judicialmente la responsabilidad penal de la persona en el respectivo fallo, ya que ello significa vulnerar abiertamente el artículo 8º numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que es derecho interno e internacional simultáneamente.

Así, el Estado chileno no puede invertir la carga de la prueba, ya que ello afectaría el núcleo esencial del derecho a la presunción de inocencia. De la lógica del proceso surge que la carga de la prueba está a cargo del Estado, sin perjuicio de que las partes procesales puedan ejercer su iniciativa probatoria con el fin de esclarecer los hechos.

Solo los tribunales de la República conforme al debido proceso pueden declarar culpable a una persona cuando se demuestre la imputabilidad del hecho al autor y puede declarar la ilicitud del dominio de ciertos bienes.

La presunción de inocencia y la ilicitud del dominio de los bienes, como supuesto, deben ser desvirtuadas por el Estado para hacer posible la imposición de penas a quienes resulten culpables. La presunción de inocencia es uno de los derechos más importantes en el ámbito de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y del racional y justo proceso, cuyo núcleo esencial no puede ser afectado por el legislador.

En un Estado de Derecho democrático la sanción penal está determinada por la conducta del delincuente y no por las características personales de este; por ello es contrario al orden jurídico constitucional, como lo hace la Convención de Viena, en su artículo 3º, numeral 5º, letra b, como asimismo, la Ley Nº 19.366, en su artículo 35, agravar la pena conforme a una declaración de culpabilidad anterior. La pena en un Estado democrático de Derecho tiene que ser coherente con el respeto por la "dignidad de la persona humana" y sus "derechos esenciales", como lo deter-

mina la Constitución en las Bases de la Institucionalidad, armonizando y sistematizando los artículos 1º, 5º inciso 2º, 19 Nº 3 y el 7º de la Constitución en armonía con la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. En todo caso, el problema queda superado, porque la Convención de Viena, al establecer la posibilidad de agravar la pena, condiciona su aplicabilidad a que "el derecho interno de cada una de las partes lo permita".

En efecto, considerando que no es compatible con los principios de nuestra Constitución consagrar como circunstancias de agravación punitiva el hecho de que el delincuente haya sido declarado culpable en una ocasión anterior en particular, por delitos análogos a los previstos en la Convención, ya sea por un Tribunal extranjero o por uno del país donde es nacional la persona que es el sujeto activo de tales conductas.

El derecho a la vida privada

No es difícil comprender que el derecho a la vida privada, entendido en los términos amplios en que se le regula constitucionalmente por los artículos 4º y 5º de la Constitución Política del Estado, resulta constantemente comprometido por la ley de tráfico de estupefacientes.

Este compromiso involucra, a lo menos, cuatro órdenes de factores vinculados a la sanción del consumo privado en ciertas circunstancias: a la persecución de los delitos tipificados por la ley, a la salvaguarda de la identidad personal cuando ha operado la institución de la llamada "cooperación eficaz", y finalmente a la figura del agente encubierto.

Las disposiciones constitucionales que regulan este derecho hacen referencia a la protección de varios bienes jurídicos que el constituyente ha querido cautelar. Estos son, en sustancia: a) la protección de la vida privada en sentido estricto; b) el respeto de la vida pública de las personas; c) la protección de la honra de la persona y de su familia; d) la lesión de la vida privada en cualesquiera de los aspectos antes mencionados cuando es cometida por un medio de comunicación social; e) la inviolabilidad del hogar, y f) la inviolabilidad de la correspondencia.

Un aspecto adicional, aunque no considerado por la regulación constitucional, es el que se refiere a la protección de los datos personales contenidos en archivos automatizados o de uso manual.

Es evidente que el legislador ha tenido una cierta delicadeza en su regulación al tener presente en la misma ley la necesidad de proceder muchas veces con sigilo. Ese sigilo se ha predicado, como hemos visto, en el mecanismo de la investigación previa encargada al Consejo de Defensa del Estado en los delitos de lavado de dinero principalmente, porque en la investigación de estas operaciones puede resultar que se involucre indebidamente —como ha ocurrido en alguna ocasión— a personas que no tienen participación criminal en las redes del narcotráfico o del lavado de dinero.

No es necesario insistir cuál es la naturaleza de esta sensibilidad legislativa, dado que nos hemos referido a ella al iniciar este trabajo, sindicándola como uno de los pilares del constitucionalismo que emerge con la Revolución Francesa.

Podrá notarse, no obstante, que parecemos incurrir en una contradicción, al manifestar a propósito de la tutela judicial efectiva una reticencia bien marcada frente al secretismo de la actuación del Consejo en la práctica de la investigación preliminar, frente al elogio que ahora hacemos de la sensibilidad del legislador.

Sin embargo, como demostraremos, la contradicción es solo aparente, porque si bien el propósito de asegurar el secreto de dicha investigación es loable desde todo punto de vista, es también un hecho que la razón de ese secretismo se asocia a la vieja idea medieval, inquisitoria de conducir los procesos penales, tan cara a nuestra tradición procesal penal. De tal modo que no todo es atribuible a los principios incorporados por el constitucionalismo clásico. El problema realmente se manifiesta cuando la técnica del secretismo se lleva al extremo de provocar la indefensión de las personas que se van viendo afectadas por las investigaciones que realiza el Consejo de Defensa del Estado.

Sigamos, entonces, la ruta que hemos definido inicialmente.

Derecho a la vida privada y sanción al consumo personal

En el tratamiento de las limitaciones legales establecidas por el legislador de la Ley N° 19.366 no podemos escabullir esta cuestión principal relativa al margen que el legislador considera como digno de protección jurídica, cuando involucra el consumo personal de drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas.

Para la determinación de ese margen el legislador ha optado por la utilización de un criterio espacial, de acuerdo con el cual pareciera restringir el ámbito de expresión de la vida privada a las paredes domésticas, al admitir excepcionalmente el consumo personal si este se realiza sin previo concierto "en lugares o recintos privados".

Nos parece, sin embargo, que esta noción del legislador obedece a un criterio de raigambre civilista, que confunde el derecho a la inviolabilidad del hogar con el derecho a la vida privada en sentido estricto o derecho a la intimidad, sin considerar que modernamente ambos derechos se estructuran como entidades jurídicas perfectamente independientes. No parece lógico, por tanto, llegar al extremo denunciado por Casas Vallés de convertir al derecho a la inviolabilidad del hogar en un mero instrumento del derecho a la intimidad o del derecho a la vida privada en su sentido estricto, de acuerdo al concepto que parece emanar de nuestra Constitución¹⁸.

Lamentablemente, el legislador parece estar todavía sujeto al concepto premoderno del derecho a la intimidad que vincula esta garantía a la protección del domicilio como irradiación o consecuencia de la fuerza expansiva del derecho de propiedad.

En este sentido, pareciera oportuno recordar aquí las expresiones vertidas por Jorge Ovalle en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, cuando afirmaba que "la protección de la intimidad de la vida privada es una protección a algo que tiene cierta calidad de abstracto, que es la forma como cada uno mira sus propias relaciones con las personas queridas, con su familia y como ve su propia honra. En cambio, la protección del hogar y la correspondencia es protección de cosas concretas, que se expresan de diversas maneras y que se traducen en hechos materiales"¹⁹.

Pudiera no obstante considerarse que no es la intimidad el derecho que ha sopesado el legislador para exceptuar del ámbito de punibilidad al consumo personal en el marco de las paredes domésticas, sino simplemente el resguardo del interés social bajo la forma de la protección de la salud pública que se podría ver comprometido si no se sancionara, al menos como una falta, el consumo personal en lugares públicos o abiertos al público.

Derecho a la vida privada y persecución de los delitos tipificados por la ley

Este ámbito resulta mucho más fecundo, por lo menos para el análisis del derecho a la vida privada en relación al tráfico de drogas. Ello, por cuanto en los distintos procedimientos articulados por la ley para investigar y reprimir los delitos tipificados en la misma, se contempla la práctica de medidas que pueden ser atentatorias de algunos de los derechos que comprenden el haz de titularidades que en nuestro derecho integran los derechos de la vida privada.

a) La práctica de la intervención y apertura de documentos y comunicaciones y de la observación de personas.

No cabe ninguna duda que estas prácticas constituyen un límite directo al ejercicio del derecho a la vida privada, límite que el constituyente ha encargado regular al legislador de los derechos fundamentales que en nuestro medio —como sabemos— es, por regla general, el legislador ordinario.

Sin embargo, el propio legislador, consciente de la gravedad de estas limitaciones se ha autolimitado, estableciendo en el artículo 31 barreras al ejercicio de esta facultad. ¿Cuáles son estas?:

— Solo el organismo policial que investiga algunos de los delitos contemplados en la ley se encuentra

¹⁸ CASAS VALLÉS, Ramón. *Inviolabilidad domiciliar y derecho a la intimidad*. Revista Jurídica de Cataluña N° 1-1987, p. 170.

¹⁹ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 129ª, p. 5.

legitimado activamente para recurrir ante el juez del crimen para solicitar la intervención.

- No basta con la presentación de una mera solicitud, sino que será necesario fundarla, so pena de ser rechazada.
- La presentación fundada se debe dirigir al juez del crimen del territorio jurisdiccional donde tengan lugar o se hayan llevado a cabo los actos preparatorios, la ejecución y la consumación de algunos de los delitos contemplados en el cuerpo legal.
- La resolución que se dicte autorizando o rechazando la intervención deberá ser igualmente fundada.
- La intervención no puede practicarse respecto de cualquier sujeto individualizado por el organismo policial, sino únicamente respecto de aquellas personas de quien se sospeche fundadamente que ha intervenido o interviene en los actos preparatorios o en la ejecución del delito.
- Se fija un plazo para realizar la intervención que no puede ser superior a veinte días, aun cuando puede ser prorrogable por idéntico período y siempre bajo autorización judicial; y por último,
- Se sanciona el abuso de poder en el ejercicio de estas atribuciones con la inhabilitación personal para el ejercicio de cargos y oficios públicos.

Sin perjuicio de que el legislador ha establecido en la ley algunos resguardos en beneficio del derecho a la vida privada, es pertinente realizar algunas observaciones a esta regulación, tanto desde el punto de vista del contenido de la garantía de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, como a la regulación misma de la intervención a la libertad autorizada por el legislador.

Desde el punto de vista del contenido de la libertad que se interviene, cabe hacer algunas precisiones. La primera se vincula con la historia del establecimiento en nuestro medio de esta libertad, regulada inicialmente como libertad de la correspondencia. Así se le conoció durante la mayor parte del siglo pasado y el primer cuarto de este siglo, y también bajo la vigencia de la Constitución del 33, estimándose que esta era una de las garantías más resistentes entre los derechos de las personas. Así, por ejemplo, Jorge Huneeus²⁰ creía que era una garantía absoluta, que no podía ser violada ni aun en situaciones de emergencia constitucional, con la sola excepción de la guerra²¹. Por cierto, se refería únicamente a la correspondencia epistolar, dado que la constitucionalización del derecho al secreto de la correspondencia telegráfica recién

se produce en Chile con la Constitución de 1925²². La segunda dice relación con la excesiva amplitud que el legislador ha configurado las posibilidades de intervención. En efecto, el artículo 31 señala que lo que el juez autoriza es "la intervención, apertura o registro de las comunicaciones o documentos privados la observación, por cualquier medio, de aquellas personas...".

Debe tenerse presente, igualmente, que desde el punto de vista del contenido de esta libertad, el secreto de las comunicaciones no se reduce al secreto de lo comunicado, sino al ejercicio de la libertad de comunicación. Lo que el constituyente quiere es que el flujo de comunicación o, lo que es lo mismo, el proceso comunicativo no sea objeto de interrupción. Por eso es que los términos utilizados por el constituyente, muy expresivos de esta idea, son: interceptar, abrir y registrar.

No interesa tanto respecto de esta libertad el contenido de la comunicación o del mensaje transmitido, como la existencia de un ámbito de actuación comunicativa libre de la injerencia de terceros y, en especial, de los poderes públicos²³.

Como una diferencia destacable con el derecho a la vida privada en el sentido estricto, en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones se presume de derecho que toda comunicación afecta a la intimidad. Sin embargo, no viola esta garantía aquel de los partícipes en el proceso comunicativo que da a conocer el contenido de lo relatado, ya sea telefónica, telegráficamente o a través de cualquier otro medio semejante. A lo sumo, se afectará la esfera íntima del que envía el mensaje. Así, por lo demás, lo han reconocido algunas de las sentencias de nuestros tribunales como la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 14 de junio de 1993, que denegó un recurso de protección invocado en contra de una querrelada en causa criminal por delito de giro doloso de cheque, que grabó de manera oculta una conversación en que el querellante reconocía que los cheques habían sido pagados. El recurso se dedujo tanto en contra de la querrelada como del juez que sustanció el juicio criminal, en este último caso por haber agregado al proceso un medio de prueba obtenido de forma ilícita. La Corte estimó al rechazar el recurso, que solo "*existe un acto arbitrario o ilegal... cuando es un tercero ajeno el que intercepta, abre o registra comunicaciones y documentos privados...*" (Considerando 3° de la Sentencia) y que la recurrida "*fue una de las protagonistas de esa conversación, interviniendo de una manera inmediata y directa, por lo que no reviste el carácter de tercera ajena a ella...*" (Considerando 4° de la Sentencia).

Finalmente, respecto a la manera como la Ley N° 19.366 regula esta libertad es necesario efectuar algu-

²⁰ HUNEEUS, Jorge. *La Constitución ante el Congreso*, 2ª edición, Tomo II, Imprenta Cervantes, Santiago, 1891, p. 347.

²¹ Sin embargo, como el mismo Huneeus refiere (op. cit., p. 348), existían leyes especiales que autorizaban abrir, interceptar o registrar papeles y efectos. Estas leyes eran: las leyes de aduana, las disposiciones del Código de Comercio que ordenan la exhibición de libros de los comerciantes y los artículos 146, 155 y 156 del Código Penal, que tipifican los delitos cometidos a este respecto por los empleados públicos, los empleados del servicio de correos y los particulares.

²² Con anterioridad había sido reconocida por el Reglamento del Gobierno de 31 de enero de 1872.

²³ Ver ESPÍN, Eduardo. "Los derechos de la esfera personal", en *Derecho Constitucional*, Luis López Guerra y otros, Tirant Lo Blanch, Valencia 1994, V. I, p. 218.

nas observaciones. Desde luego, decir que, pese a la apariencia de una regulación exhaustiva y protectora de la inviolabilidad de las comunicaciones, el artículo 31 de la ley debió haber contemplado alguna disposición que asegurara la entrega al juez de la integridad de las intervenciones, observaciones hechas o documentos registrados, mediante una transcripción de su contenido debidamente certificado por el Secretario del Tribunal; y en el caso de la intervención telefónica, la posibilidad posterior de audición por parte de los interesados con plenas garantías de defensa, como ha sido exigido, por ejemplo, por la Segunda Sala del Tribunal Supremo Español en sentencia de 17 de noviembre de 1994.

Por otra parte, el Tribunal de Estrasburgo en las sentencias *Dudgeon* y *Silver y Otros*, de 22 de octubre de 1981 y 25 de mayo de 1983, y en la Sentencia *Malone* de 2 de agosto de 1984, ha precisado los límites que debe cumplir la ley de desarrollo en relación a este derecho, señalando en lo fundamental dos criterios: a) proporcionalidad con el fin legítimo perseguido por la intervención, y b) certeza y previsibilidad sobre el supuesto al que se vincula la adopción de una medida de interceptación de las comunicaciones²⁴.

Estas últimas consideraciones llevan a estimar conveniente cuidar la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida dentro del Estado de Derecho democrático de las medidas interventoras en el ámbito de la privacidad; en tal sentido debe regularse por la ley la forma de efectuar dicha intervención, garantizando la destrucción de aquellos aspectos de la invasión de la privacidad que no son relevantes para la investigación y que dicha información no trascienda a terceros.

Ello exige regular los funcionarios que llevarán a efecto dicha intervención y su responsabilidad en la fuga de dicha información.

b) La facultad conferida al Consejo de Defensa del Estado para imponerse de cualquier sumario penal y de todo otro proceso reservado o secreto en que se sospeche fundadamente la existencia de antecedentes acerca de hechos constitutivos de los delitos contemplados en el artículo 12.

Consideramos que, en este caso, contemplado en el artículo 15 de la ley, la facultad otorgada al Consejo no puede ser entendida de un modo ilimitado y, de manera semejante a como enunciáramos en el epígrafe anterior, será necesario que el Tribunal al cual se soliciten los antecedentes califique las siguientes circunstancias:

1. Si existe proporcionalidad entre la necesidad de obtener la información requerida y la naturaleza de la infracción que la promueve.

2. Debe aplicarse por el juez requerido un criterio de subsidiariedad, esto es, solo acordarse la medida cuando no existe otro medio adecuado para realizar la investigación, y finalmente,
3. Deberá acreditarse la utilidad que reviste para el Consejo la obtención de la información solicitada.

c) En materia de secreto bancario.

Del mismo modo que ocurre con el secreto mercantil, el secreto bancario protege la información contenida en los libros o asientos de la banca frente a los terceros que pretendan investigarlos²⁵. Constituye una garantía del ejercicio de la actividad bancaria, que solo será confiable en la medida que asegure la reserva de los depósitos y operaciones correspondientes, pero también de la intimidad económica de los individuos.

Sin embargo, el resguardo de la actividad económica de las personas tiene como límite también el deber en que estas se encuentran de contribuir al financiamiento de la actividad estatal, y en este aspecto se excepciona generalmente a la Hacienda Pública (léase Servicio de Impuestos Internos) cuando se trata de evitar la evasión impositiva o el fraude tributario. Pero, aun en este caso, las disposiciones legales que regulan en Chile el secreto bancario son sumamente estrictas²⁶. Así, el inciso 4° del artículo 20 del DFL N° 252; Ley General de Bancos, de 1960, puede disponer: "La justicia ordinaria y la militar, en las causas que estuvieren conociendo, podrán ordenar la remisión de aquellos antecedentes relativos a *operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso*, sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de parte o inculpado o reo en esas causas, u ordenar su examen, si fuere necesario".

No obstante lo anterior, la ley ha otorgado al Consejo de Defensa del Estado la facultad de requerir la entrega de antecedentes o copias de documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras operaciones sujetas a secreto o reserva, estableciendo el deber para los bancos y demás entidades financieras de proporcionarlos en el más breve plazo. El procedimiento utilizado para ello, que involucra la participación de un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago autorizando la diligencia, se desenvuelve dentro de un criterio exacerbado de sigilo, que deja en la indefensión al afectado, el que no puede hacer valer las observaciones o rectificaciones que estime pertinentes. Será prudente, por lo tanto, que en el ejercicio de sus atribuciones, el ministro respectivo que actúa

²⁵ Ver "Banco de Santiago con servicio de Impuestos Internos", Recurso de Protección resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 27 de enero de 1981.

²⁶ Respecto a los límites de las facultades investigadoras de la propia Hacienda Pública cuando se afecta la intimidad económica, ver la Sentencia de la Corte Suprema de 2 de abril de 1981, recaída en el Recurso de Protección Banco O'Higgins con Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos.

²⁴ JIMÉNEZ CAMPO, Javier. "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 20, mayo-agosto 1987, p. 60.

sin audiencia ni intervención de terceros, aplique criterios de razonabilidad, proporcionalidad y subsidiariedad para dar o no lugar a las diligencias solicitadas.

Entrega vigilada

El artículo 11 de la Convención se refiere a la institución de la "entrega vigilada"; si bien ella en abstracto no vulnera el ordenamiento jurídico nacional, debe tenerse especial cuidado de que en su aplicación práctica no se violen Derechos Humanos Fundamentales al permitir la existencia de agentes infiltrados que realicen operaciones ilícitas; ello debe tenerse igualmente presente en la abstención prevista en el artículo 11 de la Convención, para que ello no se constituya en una renuncia a la potestad punitiva del Estado y no se llegue al nivel en que la cooperación de las autoridades con la actividad delictiva haga perder la frontera entre legalidad e ilegalidad y ello termine convirtiéndose en una fuente adicional de corrupción.

Los beneficios por colaborar con la justicia

No se puede negociar el acto de justicia, este debe mantenerse incólume. El acto por el cual el infractor penal repara, en parte y bajo algún aspecto, el daño causado a la sociedad, el colaborar con la justicia se merece un tratamiento adecuado a su conducta. En todo caso, las razones de conveniencia no pueden llegar hasta el desconocimiento de la existencia de la pena, en la medida que ella constituye lo justo, lo que se merece. El dejar de aplicar la justicia es contrario al Estado de Derecho, el que se inspira en ella como valor superior. En tal sentido, deben configurarse delitos específicos en que puedan incurrir los cooperadores eficaces, los agentes encubiertos, los informantes que incurrir en falsedad o formulen cargos de tenencia inexistente de sustancias sicotrópicas ilícitas.

Libertad condicional

El numeral 7° del artículo 3° de la Convención de Viena de 1988 establece que las partes deben velar, porque sus tribunales y demás autoridades competentes, al considerar la posibilidad de conceder la libertad provisional o la libertad condicional a los condenados por los delitos relacionados con el narcotráfico, deben tener en cuenta la gravedad de esos delitos y de las circunstancias de agravación punitiva.

Este párrafo debe entenderse en el sentido que su aplicación se concretará de acuerdo con el sistema procesal y penal interno y teniendo en consideración los beneficios de las políticas de sometimiento y de colaboración de presuntos delincuentes a la justicia.

La Convención de Viena de 1988 no consagra delitos, sino que establece la obligación de los Estados de definirlos, conforme a su ordenamiento jurídico interno, lo cual debe concretarse de acuerdo con el principio de legalidad y siempre que la conducta sancio-

nada esté expresamente descrita en la ley (artículo 19 N° 3, incisos 7° y 8° de la Constitución).

Por último, todas las obligaciones derivadas de la Convención de Viena de 1988 no pueden ser interpretadas en ningún caso al margen del valor central de la dignidad de la persona (artículo 1° inciso 1° de la Constitución) y del principio de respeto y promoción de los derechos esenciales (artículo 5° inciso 2°).

El derecho de propiedad

Los artículos 25 a 29 de la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, regula la incautación y el comiso de bienes y propiedades.

En efecto, el artículo 25, en su inciso 4°, determina: "Si el Tribunal estimare conveniente la enajenación de alguna de las especies a que hace mención este artículo o si ello se hace necesario, debido a gastos de administración y conservación que exceden su producido, el juez de la causa la dispondrá de resolución fundada. La enajenación se llevará a cabo por medio de martillero designado por el Tribunal, a través de venta directa o subasta".

A su vez, el artículo 27 de la ley determina que "sin perjuicio de las reglas generales, cabrán especialmente en comiso los bienes raíces; los bienes muebles, tales como vehículos motorizados terrestres, naves y aeronaves, dinero, efectos de comercios y valores mobiliarios, todo instrumento que haya servido o hubiere estado destinado a la comisión de cualquiera de los delitos penados en esta ley; los efectos que de ellos provienen o las utilidades que hubieren originado, cualquiera sea su naturaleza jurídica o las transformaciones que hubieren experimentado, como asimismo todos aquellos bienes facilitados o adquiridos por terceros a sabiendas del destino u origen de los mismos.

Igual sanción se aplicará respecto de las sustancias señaladas en el inciso primero del artículo 26, y de las materias primas, elementos, materiales, equipos y otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados, en cualquier forma, para cometer alguno de los delitos sancionados por esta ley".

El artículo 28 de la ley, en su inciso 2°, precisa: "El Ministro de Bienes Nacionales, con acuerdo del Ministerio del Interior, resolverá acerca de la conveniencia de enajenar los bienes decomisados o de destinarlos o devolverlos a alguna institución pública o privada que no persiga fines de lucro, entre cuyas funciones esté la prevención del consumo indebido, el tratamiento o la rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción o el control del tráfico ilícito de estupefacientes".

Es necesario analizar la constitucionalidad de las normas antes señaladas para evitar cualquier duda sobre la materia.

Nuestra Constitución en su artículo 19 N° 24 asegura la propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, en la medida en que ella haya sido adquirida con los modos le-

gales determinados por el ordenamiento jurídico y cumpla con las obligaciones que derivan de la función social de la propiedad.

La Carta Fundamental garantiza en el artículo 19 N° 24, inciso tercero, que "Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador".

A su vez, el artículo 19 N° 17, literal g) determina: "No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas".

De acuerdo con tales normas constitucionales, nuestro sistema jurídico admite la extinción del dominio en beneficio del Estado respecto de bienes que hayan sido adquiridos de manera ilícita o que hayan sido utilizados o sean fruto de la comisión de delitos.

Ello implica, en todo caso, distinguir claramente el comiso de la confiscación en cuanto sanciones penales.

El comiso o decomiso es una pena de carácter pecuniario que opera como una sanción penal, ya sea principal o accesoria, en virtud de la cual el autor o copartícipe de un hecho punible pierde en favor del Estado los bienes, objetos o instrumentos con los cuales se cometió el ilícito y todas las cosas y valores que provengan de la ejecución del delito, exceptuándose los derechos que tengan sobre los mismos sujetos pasivos o terceros.

La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, publicado en el Diario Oficial del 20 de agosto de 1990, incorporada válidamente a nuestro Ordenamiento Jurídico, en el artículo 5° regula el decomiso, señalando en el numeral 9°, que "nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará el principio de que las medidas que en él se prevén sean definidas y aplicadas de conformidad con el derecho interno de cada una de las partes y con arreglo a lo dispuesto en él". Ello significa que corresponde al legislador nacional regular las situaciones en que es posible el decomiso y el procedimiento por medio del cual este puede ser declarado. Así, de acuerdo con la Convención y la Constitución, la declaración de un decomiso debe hacerse con arreglo a la ley para concretarse y decretarse mediante sentencia judicial.

La confiscación recae sobre bienes sin ninguna vinculación con las actividades ilícitas, significando la privación de la propiedad sin compensación o equivalencia alguna.

En los casos ya sea de confiscación o decomiso, en la medida que constituyen sanciones penales, solo pueden ser establecidas por el tribunal competente respectivo, a través de una sentencia que demuestre y

determine la vinculación entre la conducta delictiva de la persona y el origen de los bienes.

En esta materia, cabe agregar, que la confiscación solo es posible de concretar cuando se haya establecido judicialmente la existencia de una asociación ilícita. A su vez, como ello consiste en una excepción a la norma general, debe aplicarse en forma restrictiva.

En esta perspectiva, la ley debe definir la existencia de la asociación ilícita y sus límites.

El principio de no discriminación o test de la igualdad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha analizado el artículo 1° y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, estableciendo que en cada caso es necesario averiguar, si la diferencia de trato viola las disposiciones de la Convención, como asimismo el derecho a la igualdad ante la ley, que establece nuestra Constitución en su artículo 19 N° 2.

De las consideraciones hechas por la Corte Interamericana surgen ciertos criterios generales que permiten afinar si existe o no trato discriminatorio.

El test de la igualdad exige para que no exista discriminación el cumplimiento de ciertos criterios:

1. La igualdad ante la ley se vulnera cuando, entre casos comparables, la distinción carece de justificación objetiva.
2. La igualdad ante la ley exige la existencia de una justificación de la norma, debiendo esta apreciarse con la legitimidad de la finalidad perseguida, la que debe ser examinada dentro de los principios generalmente prevalecientes en las sociedades democráticas.
3. La igualdad ante la ley exige una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y las finalidades perseguidas.
4. La igualdad ante la ley se vulnera cuando existen otros medios que permiten llegar a la misma finalidad legítima, sin afectar tan significativamente otros derechos y garantías.

El principio de igualdad ante la ley, con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que le son inherentes, nos indica la falta de proporcionalidad de sancionar de la misma manera el tráfico de 2 o 5 gramos de cocaína que el homicidio, como asimismo la pena de asociación ilícita para el tráfico de sustancias sicotrópicas ilícitas se inicia con penas superiores a la de homicidio. Las penas sobre plantación y cosecha de sustancias sicotrópicas ilegales contemplan sanciones similares a la violación.

Todo ello indica la necesidad de analizar todo el sistema de penas para adecuarlas al carácter de razonables y proporcionadas que exige la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos.