Artículo: Procedimiento preliminar regulado en la ley de estupefacientes (¿Anticipo del juicio penal oral?)
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 199
AÑO LXIV
ENERO - JUNIO 1996
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Procedimiento preliminar regulado en la ley de estupefacientes (¿Anticipo del juicio penal oral?)
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

PROCEDIMIENTO PRELIMINAR REGULADO EN LA LEY DE ESTUPEFACIENTES (¿ANTICIPO DEL JUICIO PENAL ORAL?)

HECTOR OBERG YAÑEZ
Profesos Depto. Derecho Procesa
Universidad de Concepción

Un novedoso procedimiento investigatorio de carácter preliminar se contiene en la ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, entre sus artículos 13 y 18, y que pensamos podría ser el antecesor de una de las etapas que comprende el proceso penal oral, cuya vigencia se pretende implantar en nuestro país, y que a no dudar puede ser un serio argumento en su oportunidad para apoyar tal cambio.

Importa tal procedimiento una creación del legislador al entregar a un órgano administrativo -como lo es el Consejo de Defensa del Estado- toda una investigación que hoy en día ordinariamente cumplen los tribunales del crimen a través de la etapa sumarial del juicio por crimen o simple delito de acción pública. Se cambia el sujeto investigador: de un ente perteneciente al Poder Judicial, se traslada a otro que está vinculado al Poder Ejecutivo. Y aunque la ley establezca que se trata de una "investigación preliminar", en verdad lo que hay es un verdadero proceso a cargo de un organismo colegiado para determinar la procedencia o improcedencia de deducir la acción penal. Aparece, en consecuencia, el principio de la discrecionalidad en el ejercicio de esta acción penal pública, perdiendo así su carácter obligatorio que tiene a la fecha.

El campo a que queda delimitada esta investigación preliminar está señalado en el artículo 12 de la Ley N° 19.366, norma que tipifica lo que se denomina "lavado de dinero" en la jerga común, y que expresa: "El que, a sabiendas que determinados bienes, valores, dineros, utilidad, provecho o beneficios 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

Artículo: Procedimiento preliminar regulado en la ley de estupefacientes (¿Anticipo del juicio penal oral?)
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

colabore en su uso, aprovechamiento o destino, será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales.

"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".

Es el mismo texto legal el que se encarga de especificar las peculiaridades de esta investigación, señalando que tiene un carácter meramente preliminar y esencialmente administrativa y no contenciosa. Es interesante destacar como el legislador a través de estas particularidades muy recalcadas, desea dejar establecido que no se trata de un proceso y que el órgano que la practica no está ejerciendo una actividad jurisdiccional, circunstancias que obstan a que pueda reclamarse de ella ante otra autoridad por la vía de los recursos ordinarios y/o extraordinarios. No obstante, nos parece que sí podría impugnarse este quehacer administrativo por medio de un recurso de protección, ya que se pueden ver afectadas ciertas garantías constitucionales del o los investigados. Al atribuirle el carácter de una investigación no contenciosa se soslaya el debido proceso a que debiera sujetarse en su instrucción, pues se margina el principio de la bilateralidad, de la contradicción, de la defensa a que tiene derecho toda persona a la que se le imputa la comisión de un hecho que puede importar un delito. Con este tipo de investigación administrativa, de ser positiva, la labor que a continuación le corresponda al juzgado del crimen será mínima, toda vez que todos los antecedentes serán proporcionados por el Consejo de Defensa del Estado, los que no sólo van a constituir sospechas fundadas o presunciones fundadas, sino que un medio de prueba fehaciente, prácticamente condenatorio. Y con el mérito de ellos, el juez instructor se verá en la necesidad de dictar el respectivo auto de procesamiento *ab initio* del proceso penal.

No se respeta, asimismo, la noción del debido proceso, ya que quien lleva adelante este mecanismo investigatorio es el Consejo de Defensa del Estado y es éste mismo (art. 13) el encargado de dar inicio en forma exclusiva al juicio criminal correspondiente a través de una querella o denuncia, y no sólo iniciarlo sino que también ejercitar la acción penal cuando así lo acuerde (art.37 inc. 2º). En otras palabras, habrá sido juez instructor en la investigación preliminar y posteriormente será parte en el sumario criminal, pues a no dudar que se querellará -no limitándose a una denuncia- para poder sustentar y defender lo obrado en esa etapa preliminar y solicitar otras medidas que aseguren el éxito de aquélla. Se es juez y parte, falta imparcialidad, aun cuando el Tribunal Constitucional nada expresó sobre este punto en su control de constitucionalidad de esta ley, limitándose el análisis de rigor solamente al art. 16 de la misma.

Otra particularidad de esta investigación administrativa es su carácter obligatorio para ciertos funcionarios y entidades, como son las autoridades y funcionarios o empleados de cualesquiera de los servicios de la administración del Estado, las instituciones o servicios descentralizados territorial o funcionalmente o las entidades de derecho privado en que el Estado o sus instituciones

Artículo: Procedimiento preliminar regulado en la ley de estupefacientes (¿Anticipo del juicio penal oral?)
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tengan aportes o participación mayoritarios o igualitarios, e incluso se le autoriza para hacerse asesorar por las representaciones diplomáticas y consulares chilenas en el exterior, organismos todos los cuales deben cooperar en la investigación proporcionando los antecedentes que posean o se les requiera, quienes en caso de resistencia o negativa a entregar los informes, documentos u otros antecedentes se hacen pasible de sanción penal (presidio menor en sus grados medio a máximo) según lo establece el art. 17. Empero esta actividad del instructor va más allá, pues también se le faculta para ordenar alguna de las medidas que contempla el art. 19, por un plazo no superior a sesenta días, previa autorización judicial del Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago designado por sorteo por el Presidente de dicha Corte en el acto de hacerse el requerimiento. Entre esas medidas es posible indicar todas aquellas que sean necesarias para "evitar el uso, aprovechamiento, beneficios o destino de cualesquiera clase de bienes, valores o dineros provenientes de los delitos" materia de la investigación. Y al efecto "podrá decretar, entre otras, la prohibición de celebrar determinados actos y contratos su inscripción en toda clase de registros; retener en bancos o entidades financieras depósitos de cualesquiera naturaleza que sean; impedir transacciones de acciones, bonos o debentures y, en general, cuanto conduzca a evitar la conversión del provecho ilícito en actividades que oculten o disimulen su origen delictual", y lo que es digno de destacar es que se presume el origen ilícito de tales bienes, colocando la carga de la prueba de un hecho negativo en el investigado, presunto autor hasta ese momento de un ilícito penal. Se hace tabla rasa de aquel otro gran principio que rige en materia procesal penal de considerar inocente al inculpado mientras no exista una "sentencia dictada por el tribunal establecido por la ley, fundada en un proceso previo legalmente tramitado" (art. 42 C.P.P.). Aquí sucede exactamente lo contrario, pues por la vía de estimar ilícito el origen de los bienes adquiridos, se está tácitamente reconociendo que el investigado ya ha tenido una actitud dolosa previa al adquirir dichos bienes muebles o inmuebles. Hay un claro prejuzgamiento, y ningún respeto por las convenciones de carácter internacional que garantizan los llamados derechos humanos del inculpado. Por cierto, para llevar adelante las medidas aludidas precedentemente, y a fin de darle un barniz jurisdiccional, la referida autorización se impetra ante un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago.

¿Pero, cómo llega el Consejo de Defensa del Estado a decidir el inicio de la investigación? Según indica el art. 14, cualquier persona o entidad está habilitada para denunciar e informar al Organismo en referencia sobre la posible perpetración de los delitos mencionados en el art. 12. Y ante esta denuncia o información el Consejo procede a su examen y análisis de los elementos probatorios que reúna. Si en su concepto tales hechos pueden constituir alguna de las figuras delictivas descritas en la norma, con el voto de los dos tercios de sus miembros en ejercicio, ordenará investigar los hechos correspondientes (art. 14 inc. 2º). En el curso de la investigación prestarán declaraciones, a no dudar, el denunciante o el informante, así como aquellas personas a quienes afecte obligatoriamente y que sean citadas para este fin. También podrán concurrir con el mismo objeto, pero voluntariamente, las personas naturales o jurídicas que puedan pro-

Artículo: Procedimiento preliminar regulado en la ley de estupefacientes (¿Anticipo del juicio penal oral?)
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

porcionar antecedentes o testimonios. Se recalca que ellas no pueden ser compelidas de manera alguna para el propósito de la investigación. Estos testimonios obligatorios o voluntarios se prestan bajo juramento o promesa de decir la verdad, y si se incurre en falsedad en ellos, los infractores serán sancionados con las penas del art. 210 del Código Penal. Cabe tener presente además que la colaboración de las fuerzas de orden y seguridad pública es obligatoria en todo caso. Por otra parte, los notarios, conservadores y archiveros deben estar prestos para entregar en forma expedita y rápida, gratuita y libre de toda clase de derechos e impuestos, los informes, documentos, copias de instrumentos y datos que se les soliciten, y bajo la sanción penal antes citada si incumplen lo pedido, sin perjuicio de las medidas disciplinarias y administrativas que acuerda la ley, y de la responsabilidad civil que pudiere afectar al infractor.

A lo dicho hay que agregar las nuevas facultades que la ley 19.393, de 22 de junio de 1995, otorgó al Consejo de Defensa del Estado, al modificar el art. 16 de la Ley de Estupefacientes agregando las letras c) y d), en virtud de las cuales ese Organismo en caso de aparecer indicios graves puede "recoger e incautar la documentación y los antecedentes probatorios necesarios para la investigación de los hechos" y en la medida que de tal diligencia resulte "el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante" para aquélla. Al respecto hay que tener presente que los indicios son, en nuestro sistema procesal penal, las llamadas presunciones judiciales, y que en la especie se le ha añadido el calificativo de ser graves, que a la vez es uno de los requisitos que la ley procesal requiere para que a este tipo de prueba se le considere como completa. Debe tenerse en cuenta que esta diligencia sólo puede encomendarse a un abogado que sea funcionario del Consejo de Defensa del Estado, previa autorización de un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, designado por sorteo por su Presidente, quien resuelve de inmediato, de plano, sin audiencia ni intervención de terceros. La resolución que rechaza la petición será someramente fundada y el Consejo puede apelar de ella. Este recurso es conocido en cuenta por la Sala de Cuenta de la Corte de Santiago, tan pronto como se reciban los antecedentes, y se tramita en forma secreta. Una vez fallado el recurso, el expediente se devuelve íntegramente al Consejo de Defensa del Estado. A no dudar que lo expuesto no es sino una demostración del principio inquisitivo en su forma más absoluta; y realmente digno de destacarse que en las postrimerías del siglo XX se establezca por el Poder Legislativo, ayudado por el Tribunal Constitucional, un procedimiento que vulnere prácticamente la mayoría de los derechos humanos y garantías establecidas en nuestra Carta Fundamental, así como los respectivos tratados internacionales atinentes al tema. Y siendo hombres construidos por el derecho y para el derecho, no nos es posible aceptar que el fin justifica los medios.

De la diligencia que se lleve a cabo es menester levantar un acta por el funcionario que la practicó, y que contendrá los detalles acontecidos durante su desarrollo. En realidad es similar a la constancia de un allanamiento, naturaleza que reviste por lo demás la aludida actuación, aun cuando no se le llame por tal nombre. Guardando las apariencias legales, se autoriza para que de es-

Artículo: Procedimiento preliminar regulado en la ley de estupefacientes (¿Anticipo del juicio penal oral?)
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ta acta se entregue una copia a la persona de quien se recogió e incautó la documentación. Asimismo, se le proporciona a ésta copia de la resolución judicial que concedió la autorización para proceder, con indicación del tribunal que la dictó.

El afectado por esta medida tiene derecho a apelar dentro de los cinco días siguientes contados desde la entrega del acta y de la resolución mencionada. Este recurso se conoce y falla, en la misma forma ya mencionada precedentemente, por la Sala de Cuenta de la Corte de Apelaciones de Santiago. Habrá que entender que el recurso se interpone ante el Consejo de Defensa del Estado, y que éste lo concede para ante el tribunal de alzada indicado, quien lo tramitará en forma secreta. De esta forma el apelante no tiene ninguna posibilidad de apersonarse a la instancia y de hacer valer la defensa de sus derechos. El manto de la reserva lo cubre todo, bajo sanción penal para el infractor, como se ha dicho ya. Sería bueno preguntarse cómo el apelante puede informarse si el recurso le es favorable y qué consecuencias se derivan de esa resolución, pues hay que considerar que concedida la autorización del Ministro la diligencia se cumple desde que es dictada, sin necesidad de notificación alguna, y se haya interpuesto recurso o no en su contra. Por lo demás, la otra alternativa significa apelar después que la diligencia se realizó y de haber logrado ésta su objetivo. De manera tal, que el resultado del recurso en ambos casos es en definitiva irrelevante para el recurrente. Es una verdadera mofa para el justiciable todo el mecanismo creado para dar la sensación de legalidad en esta seudo justicia preliminar.

Más allá de este allanamiento, y siempre con la mente puesta de ser el investigado indiciariamente culpable, se ha otorgado asimismo al Consejo poder omnímodo para requerir, previa autorización judicial, la entrega de antecedentes o copias de documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras operaciones amparadas por el secreto o reserva pertenecientes a personas naturales o jurídicas o comunidades, que sean objeto de la investigación. Al respecto, los bancos u otras entidades así como las personas naturales que están autorizadas o facultadas para operar en los mercados financieros, de valores, de seguros y cambiarios deben proporcionar tales antecedentes en el más breve plazo. La negativa o resistencia a entregarlos se sanciona con presidio menor en sus grados medios a máximos (art. 17 inc. 2º), y es el mismo Consejo quien se encarga de perseguir la responsabilidad penal o civil que emane de la infracción señalada, sin perjuicio de hacer efectivas otras sanciones disciplinarias y administrativas que correspondan, de acuerdo con la ley.

Amén de las diligencias que pueden practicarse, y ya indicadas, hay otras actuaciones que están destinadas a restringir la libertad ambulatoria de algunas personas, y respecto de las cuales se sospecha fundadamente que están vinculadas a alguna de las figuras delictuales comprendidas en el art. 12 de la ley. Para lograr este fin, y previa autorización judicial, el Consejo puede impedir la salida del país del afectado -en otras palabras decreta un arraigo- por un período máximo de sesenta días, debiendo comunicarse esta medida a la Policía de Investigaciones y a Carabineros de Chile, diligencia que

Artículo: Procedimiento preliminar regulado en la ley de estupefacientes (¿Anticipo del juicio penal oral?)
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

queda sin efecto por el solo ministerio de la ley al transcurrir el plazo en cuestión, y de la cual deberán tomar nota oficiosamente los organismos policiales mencionados.

En una disposición -art. 29 inc. 1°- no muy explícita para el procedimiento que se analiza, se indica que a petición "fundada del organismo que investigue actos preparatorios, de ejecución o consumados de alguno de los delitos sancionados en esta ley, el juez del crimen del territorio jurisdiccional donde aquellos se lleven o hayan sido llevados a cabo, podrá autorizar que los envíos ilícitos o sospechosos de las sustancias a que se refieren los arts. 1 y 6 (substancias o drogas estupefacientes o sicotrópicos; precursores o substancias químicas esenciales destinadas a la preparación de drogas estupefacientes o sicotrópicos), salgan del territorio nacional, lo atraviesen, entren o circulen en él, con el propósito de individualizar a las personas que participen en la comisión de tales hechos". A no dudar este organismo investigador a que se alude es el Consejo de Defensa del Estado en su investigación preliminar, pero no es en esta etapa en la que puede impetrarse esta diligencia, pues el inc.2° de este art.29 requiere que el organismo haya denunciado el delito y proporcionado los antecedentes que permitan presumir fundadamente que la autorización que se pide "facilitará la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero". Luego, se requiere que la investigación preliminar esté afinada y que el Consejo en su momento haya tomado el acuerdo de iniciar el respectivo juicio criminal ante el competente juez. De esta suerte, entonces, no cabe aplicar este art. 29 en la referida investigación preliminar, el cual sólo tendrá vigencia en la medida en que ya se haya incoado el proceso penal pertinente.

Hay que destacar que será una circunstancia atenuante de responsabilidad penal, la cooperación eficaz con la autoridad administrativa "que conduzca a la determinación del cuerpo del delito o de sus autores, cómplices o encubridores, o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley". Y es el mismo legislador quien cuida de establecer que "se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento aludido"(art. 33). Estas declaraciones y antecedentes tienen el carácter de secretas desde que se prestan o entregan a la autoridad administrativa, en el caso en examen. Por cierto, al darse esta situación la investigación preliminar pierde, al menos parcialmente y respecto del afectado por ella, el carácter de secreta que le atribuye el art. 17 de la ley, aun cuando para el resto de la sociedad siga manteniéndose tal reserva bajo sanción penal de ser infringida, incluyéndose en ésta al requerido por el mero hecho de dar éste a conocer su situación personal en la investigación de que es objeto.

Llama la atención que el legislador en esta norma -art. 33-, aún utilice una expresión ya en desuso en nuestro derecho procesal penal desde el año 1989, como es la referencia "a la determinación del cuerpo del delito...", y que fuera reemplazada por la noción más precisa y certera de "hecho punible". Esta circunstancia, así como otras que se han deslizado en distintos cuerpos legales,

Artículo: Procedimiento preliminar regulado en la ley de estupefacientes (¿Anticipo del juicio penal oral?)
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

demuestra la falta de acucia y de conocimiento legal por parte de nuestros congresales, lo que es inadmisible, y que sólo contribuye a mantener ideas o conceptos ya superados, con los consiguiente embrollos interpretativos.

Después de esta breve descripción de la llamada investigación preliminar, no cabe sino recordar a quien en el siglo XV fuera don Tomás de Torquemada, Primer Inquisidor General de España, llamado por sus contemporáneos "azote de los herejes...", quien jamás habrá pensado que en un país que le fue ignoto, quinientos años después, tendría tan preclaros discípulos. Sólo se echa de menos en este procedimiento preliminar el tormento y la hoguera. Torquemada puede descansar en paz, aún hay herejes y verdugos.