



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

## **ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 61 DE LA LEY N°20.000**

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la  
Universidad de Chile

Autor: Lucas Grez Morel

Profesor guía: Eduardo Morales Robles

Santiago, Chile

2019

## Tabla de Contenidos

Resumen .....	1
Introducción.....	2
I. Política Criminal sobre Estupefacientes .....	6
1. La Política Represiva .....	6
2. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988 .....	11
3. Modelo Chileno .....	14
3.1. Ley N°19.366 .....	17
3.2. Ley N°20.000.....	22
II. Marco Jurídico del artículo 61 de la Ley N°20.000.....	28
1. Sujetos Regulados .....	29
2. Conducta Prohibida .....	35
3. Sanción .....	36
4. Excepciones.....	40
5. Procedimiento y Rol de la Contraloría General de la República .....	47
6. Bien Jurídico Tutelado: La Probidad Administrativa .....	50
6.1. Relación con la Corrupción.....	54
6.2. Probidad Administrativa en el Derecho Positivo Chileno .....	55
III. Constitucionalidad de la Norma .....	61
1. Principios del Control Constitucional.....	61
1.1. Principio de Razonabilidad .....	61
1.2. Principio de Proporcionalidad.....	65
2. Test de Constitucionalidad.....	70
2.1. Debido Proceso: .....	70
2.1.1. Derecho a la Defensa Jurídica.....	73
2.1.2. Presunción de Inocencia.....	77
2.2. Igualdad ante la Ley.....	83
2.3. Libertad de Trabajo y su protección .....	87
2.4. Derecho a desarrollar cualquier actividad económica .....	91

3. Conclusiones del Control de Constitucionalidad.....	94
Conclusión.....	95
Bibliografía .....	100

## **Resumen**

El presente trabajo trata sobre el origen, fundamento, sentido y alcance del artículo 61 de la ley N°20.000, según el cual se establece que a los abogados que se desempeñen como funcionarios o empleados a cualquier título en la Administración del Estado les estará prohibido ejercer la defensa o representación de personas imputadas por delitos contemplados en la ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes, so pena de ser sancionados con la destitución del cargo, la cesación del contrato u otra medida disciplinaria dependiendo de la gravedad de la conducta que se le atribuye al imputado patrocinado o representado.

Dicha norma encuentra su origen y fundamento en la política criminal de corte represivo- preventivo sobre control de drogas imperante en el mundo, la cual, además de haber generado distintos instrumentos internacionales sobre la materia, ha ejercido una influencia sustancial sobre el ordenamiento jurídico chileno. En ese sentido, intentaremos dilucidar si el precepto en comento se ajusta o no a lo dispuesto en nuestra Carta Fundamental, toda vez que su aplicación implica la restricción de ciertos derechos y libertades fundamentales consagrados por nuestra Constitución.

## **Introducción**

El consumo de sustancias psicoactivas ha estado presente en la historia de la Humanidad desde sus orígenes. Conocido es el uso de distintos tipos de estupefacientes en rituales ceremoniales y fiestas desde los albores de las civilizaciones humanas. En efecto, las investigaciones arqueológicas han encontrado referencias al opio en las tablillas cuneiformes descubiertas en Uruk, datadas del 3.000 antes de la era cristiana. En éstas se representa a la adormidera, planta que da origen a dicha sustancia, mediante dos signos, de los cuales el segundo significa “júbilo”, “gozar”. Asimismo, imágenes de flores de adormidera aparecen en cilindros babilónicos antiguos y en imágenes de la cultura cretense micénica.<sup>1</sup> Del mismo modo, está comprobado que los egipcios y los romanos utilizaban el opio para fines terapéuticos y analgésicos.

Sin embargo, en la Edad Media se daría origen a la gran oposición social contra el consumo de las sustancias sicotrópicas, toda vez que su uso chocaba con las premisas ideológicas del monoteísmo cristiano imperante. En base a dicha doctrina, todo tipo de conocimiento que no viniera de Dios, es decir de las escrituras judeocristianas, era considerado ajeno al reino, y por tanto pecaminoso. De esta forma, cualquier conocimiento que no perteneciese al campo ideológico era prohibido, y como gran parte de la botánica psicoactiva era usada en carnavales paganos, su consumo representaba una alternativa de conocimiento que se asemejaba más a la magia y a la ciencia. Podemos observar, por tanto, que las primeras restricciones al consumo de drogas tuvieron su origen en fundamentos de carácter religioso y totalizantes, donde se buscaba imponer, en base al miedo, una limitación a toda forma de conocimiento y expresión que no respondiera a los cánones ideológicos de la cultura occidental cristiana.

Más tarde, las distintas políticas represivas contra las sustancias psicoactivas encontrarían su principal causa en criterios de carácter económico. Así, en el siglo XVIII los emperadores chinos Yung-Chen y Chia Ching posteriormente, establecerían las primeras prohibiciones al consumo de opio y su importación, para dejar de favorecer a Portugal y a Inglaterra, que eran los principales proveedores de opio del imperio oriental. Dichas medidas

---

<sup>1</sup> SÁNCHEZ, Sergio (2011). Contexto histórico del uso y figuración social actual de las drogas, en *Aportes para una nueva política de drogas*. Santiago, Chile, p. 5.

serían el precedente de las dos “guerras del opio” en las que se vería enfrentado el Imperio Chino contra las potencias europeas de Inglaterra y Francia. Estas no tendrían otra causa que la disputa por los beneficios económicos de la comercialización del producto de la adormidera. En efecto, al momento en que China legaliza nuevamente la importación y cultivo de opio, terminando con el problema del contrabando y liquidando a la *East India Company*, el parlamento inglés declarararía al comercio del opio como “una empresa moralmente injustificable.”<sup>2</sup>

Este rechazo “moral” hacia el consumo de sustancias estupefacientes iría evolucionando en las distintas naciones occidentales, de forma tal que, a finales del siglo XIX y durante el siglo XX, surgirían en Estados Unidos distintos movimientos políticos de corte conservador y moralista, que impulsarían políticas represivas de control de drogas y alcohol. De esta forma, ya en los años cincuenta, el discurso jurídico contra las drogas centraría su atención en la peligrosidad del estereotipo moral del consumidor. Dicha posición se iría reforzando, de modo tal que para los años sesenta las drogas, especialmente la marihuana, formarían parte de la llamada “contracultura”. Se potenciaría, por consiguiente, el discurso médico-jurídico según el cual la no participación de los jóvenes consumidores en el ideal de vida americana justificaba la necesidad de tratamiento médico de la “enfermedad”.

Al consumidor de drogas se le considera como el enemigo interno, mientras que a los productores como el externo, politizando de esta manera el discurso en defensa de la Seguridad Nacional. En los últimos años de la década de los setenta surge el estereotipo contra la cocaína y, más tarde, en los años ochenta se internacionaliza el discurso de la criminalización. En los años siguientes la situación empeora de manera considerable; se mantiene el discurso médico de tratamiento de los consumidores y se refuerza la internacionalización de la lucha contra algunas drogas por medio de la militarización del conflicto en los países periféricos productores y la punibilidad extrema en los países centrales consumidores. De esta manera se fue forjando la conocida *guerra contra las drogas*.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Ibid., p. 9.

<sup>3</sup>ZILIO, Jacson (2012). El derecho penal de las drogas. *Revista Crítica Penal y Poder*, N°3, Observatorio del sistema penal y derechos humanos, Universidad de Barcelona. Barcelona, España, p. 109.

Este discurso encontraría acogida en Chile, donde a través de las leyes N°17.934, N°18.403, N°19.366 y posteriormente la ley N°20.000, aún vigente, se implementará una política de corte represivo y preventivo siguiendo el modelo propuesto por las Naciones Unidas y por los Estados Unidos. La adopción de este paradigma prohibicionista ha significado que las leyes sobre la materia, además de otorgarle mayores facultades a los organismos de control e investigación y de sancionar con mayor gravedad las conductas ya reguladas y tipificar nuevos delitos, hayan fijado como uno de sus objetivos principales el combatir y sancionar severamente el tráfico ilícito de estupefacientes y a las organizaciones criminales que lo manejan.

En dicho esfuerzo, se incorporó a nuestro ordenamiento una norma sin precedente alguno en el mundo, según la cual se le prohíbe a los abogados que se desempeñen como funcionarios o empleados a cualquier título en la Administración del Estado el ejercer la defensa o representación de personas imputadas por delitos relacionados al tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, so pena de ser destituidos de sus cargos, cesados de sus contrato o sancionados mediante otra medida disciplinaria, dependiendo de la gravedad de la conducta que se le imputa al respectivo representado.

Precisamente el objetivo de este trabajo será analizar este precepto único del ordenamiento jurídico chileno, determinando su origen, fundamento y alcance. Para aquello se utilizará un método inductivo, según el cual se intentará llegar a una conclusión jurídica a partir del análisis en concreto de la norma aludida.

En ese sentido, en primer lugar nos abocaremos a presentar y analizar el modelo imperante en materia de política criminal sobre estupefacientes en el mundo. A su vez, estudiaremos el principal instrumento internacional en el cual se materializa dicho discurso, esto es la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, para finalmente enfocarnos en el estudio de la normativa chilena sobre la materia.

Luego realizaremos un análisis pormenorizado de la norma del artículo 61 de la ley N°20.000, para determinar su marco jurídico, estudiando cada uno de sus elementos y aspectos, así como también su sentido, aplicación y alcance. Para lo anterior se revisarán los

distintos criterios doctrinarios sobre la materia y la jurisprudencia pertinente emanada de los tribunales y órganos de control del Estado.

Finalmente se llevará a cabo un control de constitucionalidad de la norma, en base a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, para determinar si la afectación de los distintos derechos implicados responde o no a lo establecido en nuestra Carta Fundamental, para concluir en definitiva, si el precepto se ajusta o no a las bases de nuestro ordenamiento jurídico.

## **I. Política Criminal sobre Estupefacientes**

### **1. La Política Represiva**

El problema de la droga, o más bien, de la producción, comercialización y consumo de ciertas drogas, se ha convertido en el frente crucial de una verdadera guerra que, si bien se combate al interior de las naciones, encuentra su base y fundamento en el discurso represivo imperante a nivel internacional

En efecto, la situación del sistema de control de drogas es emblemática desde este punto de vista, ya que ha dado cabida a un traslado significativo de las instancias decisivas desde el ámbito nacional al internacional, consecuencia de la internacionalización de la política en contra de la producción y comercialización de dichas sustancias iniciada con la Convención Única de Estupefacientes de 1961 de las Naciones Unidas.

A partir de este pacto, comienza a operar de manera transversal en el mundo el discurso según el cual las drogas representarían una grave amenaza para la salud pública -tanto física como moral- y para el bienestar de todo el género humano. Impera a su vez, la concepción de que un mundo mejor, es un mundo sin drogas, de modo tal que se plantea como meta acabar con la producción y comercialización de todo tipo de estupefacientes ilícitos.

Se considera que la drogas destruyen vidas y comunidades, que socavan el desarrollo humano sostenible y generan delincuencia, afectando a los distintos sectores de la sociedad en todos los países. Se sostiene a su vez que el uso indebido de drogas afecta a la libertad y al desarrollo de jóvenes y adultos, por lo que se plantea que el consumo ilícito de drogas no debe aceptarse como estilo de vida.

Del mismo modo, y en respuesta al crecimiento exponencial del narcotráfico a nivel internacional, el discurso dominante también señalaría al problema de las drogas como una

amenaza grave para la independencia de los Estados, la democracia, la estabilidad de las naciones, la seguridad nacional y el Estado de Derecho.<sup>4</sup>

Los vínculos aparentes entre el tráfico ilícito de drogas y la participación de grupos terroristas, delincuentes, la corrupción y la delincuencia transnacional organizada, determinaría a los distintos Estados a fortalecer la cooperación mutua para combatir a fuego y castigo dichas amenazas.

De tal manera, los grupos de narcotraficantes se erigen como el enemigo número uno de la comunidad internacional, toda vez que representan la corrupción moral de la sociedad globalizada. “La industria de la droga compra funcionarios, elecciones y partidos. En una palabra, compran poder. Por eso, representa una amenaza para la seguridad y el desarrollo de los países, especialmente de aquellos ya golpeados por la pobreza, el desempleo y la pandemia del VIH, precisamente los países del tercer mundo donde se ubican los cultivos ilícitos (Asia occidental y los Andes) y aquellos que sirven de tránsito (África occidental, América Central, el Caribe y Europa sudoriental).”<sup>5</sup> Se sostiene que el tráfico de drogas no sólo infecta a la población de muchos lugares, sino que también corrompe los Gobiernos y al mundo empresarial y financiero.

Es así como la comunidad internacional, a través de distintos instrumentos, se impone la urgente necesidad de responder a los graves desafíos planteados por los vínculos cada vez más estrechos entre el tráfico ilícito de drogas, la corrupción y otras formas de delincuencia organizada; en particular la trata de personas, el tráfico de armas de fuego, los delitos cibernéticos y, en algunos casos, el terrorismo y el blanqueo de dinero. Del mismo modo, se insta a aunar fuerzas para confrontar los retos a los que se enfrentan las autoridades encargadas de administrar la justicia, tales como responder a los medios utilizados por las organizaciones delictivas transnacionales para evitar la detección y el enjuiciamiento.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> ONU (1988) *Declaración Política principios rectores de la reducción de la demanda de drogas y medidas de fomento de la cooperación internacional en la lucha contra el problema mundial de las drogas*, p. 3.

<sup>5</sup> Discurso del Sr. Antonio María Costa, Secretario General Adjunto de las Naciones Unidas y Director Ejecutivo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en la inauguración de la serie de sesiones de alto nivel de la Comisión de Estupefacientes en su 52º período de sesiones.

<sup>6</sup> ONU (2009). *Declaración política y plan de acción sobre cooperación internacional en favor de una estrategia integral y equilibrada para contrarrestar el problema mundial de las drogas*, p. 13.

Se entiende que para facilitar y proteger el comercio ilícito de drogas en el que participan, los grupos delictivos organizados suelen intentar ejercer influencia en funcionarios públicos, incluidas las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. Por lo tanto, las políticas dirigidas a reducir la oferta deben complementarse con medidas contra la corrupción y deben aplicar un criterio amplio que entrañe la colaboración del gobierno y la sociedad civil. En ese contexto, se recomienda a los países en desarrollo, especialmente aquéllos en cuyo territorio se encuentran las principales rutas del narcotráfico, asistencia técnica a fin de seguir fortaleciendo sus organismos de represión antidrogas.<sup>7</sup>

En virtud de dicho discurso, los distintos órganos internacionales de control de drogas y las potencias mundiales, lideradas por los Estados Unidos, han planteado una serie de estrategias nacionales e internacionales para reducir tanto la oferta como la demanda de drogas ilícitas. Este modelo de control de drogas recalca la necesidad de una cooperación internacional eficaz y creciente, la cual exige a su vez un enfoque integral, multidisciplinario y equilibrado de las estrategias de reducción de la oferta y la demanda de drogas, en virtud del cual esas estrategias se refuercen mutuamente.

Sin embargo, si bien pareciera que los objetivos propuestos y las intenciones son loables, en concreto, estas estrategias no han significado más que un progresivo avance de los poderes estatales en detrimento de los derechos y libertades individuales. Con la implementación de este discurso, los delitos relativos a las drogas se consideran como “imperdonables” y desde esta perspectiva cualquier medida está justificada. El ambiente de miedo e ignorancia generado por los medios de comunicación, sumado a décadas de retórica marcial proveniente de los Estados Unidos, asentaron las bases para establecer un modelo de política criminal que vulnera severamente los derechos fundamentales.

Es más, a partir de la presidencia de Ronald Reagan, se exporta al mundo el modelo según en el cual lo que se necesita, es un endurecimiento de todas las fases del sistema de justicia penal, desde la investigación y el procedimiento previo a la sentencia, hasta las etapas de apelación. Según esta perspectiva, el objetivo de la represión es hacer que el sistema sea

---

<sup>7</sup> Ibid., p. 32.

más efectivo en la captura de infractores de drogas, para facilitar de esta manera su condena una vez procesado y castigarlos más severamente.

Acorde con esta metodología, al incrementar la certeza de ser condenado por este tipo de delitos y la mayor gravedad de su castigo, se desalentaría a otros sujetos de traficar drogas. De esta forma la oferta de drogas disminuiría y, por lo tanto, disminuiría también su consumo. En otras palabras, al extender, expandir e intensificar el sistema de fiscalización se corregirían los errores del pasado, y de esta forma el sistema de control de drogas finalmente comenzaría a funcionar eficazmente.<sup>8</sup> La lógica seguida es que, al hacer el negocio de la droga más riesgoso, éste se volvería menos atractivo.

Observamos por tanto que la histeria antidrogas encarna la creencia profunda de que el imputado por drogas merece el peor tratamiento aplicado por el sistema de justicia penal y que las acusaciones deben ser fáciles de procesar y probar. Este paradigma debilita profundamente la base del principio elemental y axiomático que comprende la presunción de inocencia, así como también el derecho de igualdad ante la ley. El nuevo modelo presta poca deferencia a la tradición o a los principios, justificando sus desviaciones de las garantías constitucionales sobre la base de una “crisis” de drogas.<sup>9</sup>

La guerra contra las drogas se ha transformado en realidad en una lucha contra los derechos y libertades individuales. Y no sólo contra los derechos del sujeto relacionado con el mundo de los estupefacientes, sino que contra los de cualquier ciudadano, puesto que las investigaciones llevan consigo registros y confiscaciones de bienes sin las debidas garantías, instalación de aparatos de escucha y utilización de agentes encubiertos, por mencionar tan solo algunas de las medidas que se vienen practicando asiduamente en la actualidad.

Con la represión del narcotráfico se ha creado en realidad un problema que puede servir como justificación de un nuevo Derecho penal, susceptible de ser utilizado en la represión

---

<sup>8</sup> WISOTSKY, Steven (1993). Zero tolerance, zero freedom: a report on the current situation in the United States war on drugs, en *La actual política Criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*, Valencia, España. Editorial: Tirant lo Blanch, p. 392.

<sup>9</sup> Ibid. p. 395

del enemigo interno, o como laboratorio para ensayar nuevas estrategias de eliminación del disidente o del opositor al sistema.<sup>10</sup>

Creemos necesario destacar que no es ciertamente una casualidad que la guerra contra las drogas constituyó, durante las décadas pasadas, tal vez el mejor instrumento de que disponían los Estados Unidos, para legitimar su hegemonía. Son en efecto, los Estados Unidos, el país que más ha presionado por la internacionalización de la política represiva contra ciertas drogas. Dicha política, como se sabe, le ha proporcionado a este país una ocasión de penetración y de control en los otros países a nivel planetario. Parece que en el esfuerzo por imponer su liderazgo en el “nuevo orden internacional”, el problema de la droga logró sustituir el papel que en el pasado había ocupado la existencia del llamado “socialismo real” en la presentación simbólica del “imperio del mal”. Dicho discurso permitió encubrir, a través de la imagen salvadora de su poder imperial, el peso de los intereses económicos y geopolíticos de este país en el orden internacional.<sup>11</sup>

Las campañas antidroga le han servido y sirven a los Estados Unidos para ampliar su influencia en otros países, penetrar en ellos con supuestas banderas humanitarias y consolidar la dependencia de sus satélites. La internacionalización del problema ha provocado una nueva forma de opresión cultural y económica de los países poderosos sobre los países más débiles, pervirtiendo de esta forma los principios del Derecho Internacional en favor de una política represiva.

En definitiva, todo este discurso represivo frente a las drogas converge en la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* o *Convención de Viena de 1988*, que viene a complementar los Convenios anteriores y a instaurar de manera definitiva el modelo prohibicionista frente al consumo de drogas y el tráfico ilícito de las mismas que impera hasta el día de hoy, y del cual nuestro país es parte integrante. A continuación, realizaremos un breve análisis de dicho instrumento.

---

<sup>10</sup> MUÑOZ, Francisco (1993). *La actual política Criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia, España. Editorial: Tirant lo Blanch, p. 527.

<sup>11</sup> BARATTA, Alessandro (1993). Fundamentos Ideológicos de la actual política criminal sobre drogas, en *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia, España. Editorial: Tirant lo Blanch p. 33.

## **2. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988**

Mientras los anteriores instrumentos internacionales justificaban básicamente su existencia en la necesidad de salvaguardar la salud de la humanidad, la última Convención modificó significativamente el énfasis; sin abandonar las referencias a la salud, complementada con el término más genérico de bienestar y con una especial preocupación por los efectos del tráfico y del consumo sobre la infancia, el acento se coloca en las repercusiones de tipo político, económico y cultural del tráfico ilícito. Se señala que la capacidad económica y organizativa desarrollada por los narcotraficantes es tal, que está socavando las economías lícitas de muy diversos países, corrompiendo las estructuras administrativas, comerciales y financieras de naciones enteras, afectando ya de modo directo a la estabilidad, seguridad y soberanía de los Estados.<sup>12</sup>

Tales daños adicionales, sobrevenidos a consecuencia de la prohibición, en ningún caso motivan a las Naciones Unidas a cuestionarse la corrección del modelo seguido desde los Convenios de 1961 y 1971, centrado en el control de la oferta y cuya garantía básica es la punición del tráfico ilícito. Por el contrario, nos encontramos por primera vez ante una Convención sobre drogas que se ocupa casi exclusivamente de la represión y persecución penal, con el propósito confesado de perfeccionar los instrumentos represivos existentes e introducir otros nuevos para cubrir ámbitos hasta ahora descuidados.<sup>13</sup>

De esta forma, dicho instrumento establece como objeto material de los delitos, ante todo a los estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Sin embargo, se niega a realizar cualquier tipo de distinción entre las diversas sustancias según su mayor o menor nocividad.

Por otra parte, si realiza una ampliación de lo que se debe entender como objeto material al incluir en el concepto a los precursores químicos precisos para elaborar ciertos

---

<sup>12</sup>Ver Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, *Los Tratados de fiscalización internacional de drogas*. Naciones Unidas (2014). Edición Revisada, pp. 85-86

<sup>13</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (1993). Alternativas a la actual legislación sobre drogas, en *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia, España. Editorial: Tirant lo Blanch, p. 585.

estupefacientes o sustancias psicotrópicas.<sup>14</sup> Se añaden a su vez los equipos y materiales destinados a fines de cultivo, fabricación, o tráfico de las sustancias reguladas.<sup>15</sup> Además, establece que deben considerarse igualmente, los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de las actividades de tráfico, comprendiéndose de esta forma tanto los activos de cualquier tipo como los instrumentos legales que acrediten derechos sobre dichos activos.<sup>16</sup>

La desmesurada extensión del objeto material que tales preceptos suponen constituye un adelantamiento inadmisibles de la punición, que rompe cualquier freno político-criminal de cara a ulteriores avances en esa línea. Del mismo modo, el concepto de precursor da cabida a una ampliación ilimitada de las listas que aluden a ellos, mientras que los conceptos de equipos y materiales, al no constituir un catálogo cerrado, permiten abarcar cualquier cosa a partir exclusivamente del análisis subjetivo.<sup>17</sup>

En cuanto a las conductas delictivas básicas incluidas, cabe señalar que la novedad más relevante de la reforma es haber considerado como conductas punibles el cultivo, la adquisición y la posesión para el consumo personal. Tal opción político-criminal se pretende asegurar con una definición muy amplia del concepto de “tráfico ilícito”, que inequívocamente abarca las actividades dirigidas al consumo.<sup>18</sup>

A su vez se tipifican ciertos comportamientos específicos de ejecución imperfecta, de autoría y participación en actos preparatorios del delito de tráfico, tales como la fabricación, transporte o distribución de materiales, equipos o precursores químicos con conocimiento de que se pretende utilizarlos con fines de cultivo, producción o fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.<sup>19</sup> Se castigan también, de modo específico la

---

<sup>14</sup> ONU (1988). Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, artículos 1, 3. 1. a). iv), 12 y Anexo.

<sup>15</sup> *Ibid.*, artículos 3 y 13.

<sup>16</sup> *Ibid.*, artículos 1, 3. 1. b) y c). i y 5.

<sup>17</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (1993). *Ob. cit.*, p. 586.

<sup>18</sup> ONU (1988), *ob. cit.*, artículo 1.

<sup>19</sup> *Ibid.*, artículo 3. 1. a). iv).

instigación o inducción pública, la asociación, confabulación<sup>20</sup> y el encubrimiento<sup>21</sup> tanto de las conductas básicas, como de actos preparatorios.

Observamos que el texto aspira a una punición absoluta de toda conducta relacionada de alguna forma con el tráfico y consumo de drogas, lo cual es claramente incompatible con los principios penales de intervención mínima, ultima ratio y seguridad jurídica.

Por otra parte, en el párrafo 5 del artículo 3 del texto en comento, se establecen las circunstancias agravantes que, de concurrir, elevarían las penas impuestas por la conducta básica. Así el uso de armas o violencia, que la conducta se realice en centros penitenciarios, educativos, asistenciales o en sus inmediaciones o que el delincuente integre grupos de delincuencia organizada son algunas de las establecidas por el precepto. Del mismo modo constituye agravante que se cometa alguna de las conductas tipificadas por funcionario público en actividades relacionadas con su cargo.

En cuanto a las penas a imponer la Convención insiste en que las sanciones sean acordes a la gravedad de los delitos, lo que necesariamente implica la imposición de penas privativas de libertad y pecuniarias, además de la de decomiso. Se establece esta última pena como instrumento fundamental para menoscabar el poderío económico del narcotráfico, la cual a su vez se refuerza con la medida procesal previa de embargo.

De esta forma, son susceptibles de decomiso o embargo, aquellos bienes obtenidos directa o indirectamente de todas las conductas delictivas reguladas, así como también aquellos cuyo valor equivalga a los obtenidos o derivados de tales conductas. Esto parece a lo menos discutible, ya que dicha medida permitiría afectar bienes de origen lícito, violando el principio de culpabilidad y poniendo en riesgo la seguridad jurídica.

Del mismo modo, se manifiesta el carácter profundamente represivo de la Convención en otras medidas procesales y facultades de investigación propuestas por esta, tales como la

---

<sup>20</sup> Ibid., artículo 3. 1. c). iv.

<sup>21</sup> Ibid., artículos 3. 1. b). i, ii y 3.1. c). i. En concreto se trata de a) *conversión o transferencia de bienes con el fin de ocultar o encubrir su origen, o de ayudar a eludir consecuencias jurídicas a los delincuentes por sus acciones*, b) *ocultación o encubrimiento de tales bienes*, c) *adquisición, posesión o utilización de los bienes conociendo su origen al momento de recibirlos*.

extradición<sup>22</sup>, los plazos de prescripción prolongados para estos delitos<sup>23</sup> y el ya mencionado decomiso. Igualmente, la recomendación de invertir la carga de la prueba respecto al origen ilícito de los bienes sujetos a decomiso<sup>24</sup>, atenta directamente contra los principios del Derecho Procesal Penal, especialmente contra el principio de presunción de inocencia.

En resumen, observamos que este pacto es en extremo represivo y sólo persigue dismantelar las ganancias del tráfico ilícito de drogas, transgrediendo otros instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y atentando contra las bases mismas del Estado de Derecho. El traficante de drogas es considerado como la peor amenaza para la sociedad globalizada, por lo que restringir sus derechos progresivamente, será parte de la estrategia.

### **3. Modelo Chileno**

Al alero de la Convención de Viena de 1988 se ha desplegado un modelo prohibicionista de control de drogas a nivel Internacional. En América Latina, los diversos lineamientos establecidos en este ámbito giran en torno a políticas de corte preventivo-represivo, las cuales se imponen al compás de directrices trazadas por las potencias industrializadas, no sólo en términos positivos -como por ejemplo incrementando la militarización, erradicando los cultivos o acudiendo a recursos como la extradición - sino también negativos -combatiendo la legalización y rechazando el diálogo -.

Este sistema fundamenta su ámbito de acción en la prohibición total de toda forma de consumo, producción, compra y venta de cualquier sustancia psicoactiva ilegal. El modelo chileno hizo eco de tal paradigma, institucionalizando en la década de los noventa el discurso que demoniza el consumo y la comercialización de drogas.

Pues bien, con la acogida del paradigma de una “sociedad libre de drogas”, se instala en Chile un clima de miedo e ignorancia ante el fenómeno de las drogas, lo que se puede

---

<sup>22</sup> Ibid., artículo 6

<sup>23</sup> Ibid., artículo 3.8

<sup>24</sup> Ibid., artículo 5. 7.

ejemplificar en la asimilación casi instintiva del consumidor con el adicto, la vinculación de esta última figura con la del delincuente, o la aparente ceguera ante la flagrante contradicción planteada por el hecho de que las drogas más comprobadamente dañinas, como el alcohol y el tabaco, sean legales y de venta libre.<sup>25</sup>

Dicha posición se materializa en 1990 con la creación del Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes o CONACE (actual SENDA), organismo estatal encargado de ocuparse del tema del consumo, producción y comercio de sustancias psicoactivas ilegales, funciones que se llevarían a cabo bajo esta mirada paradigmática. Así, en el documento emitido por esta entidad “Política y Plan Nacional de Prevención y Control de Drogas de 1993”, se señala que “la drogadicción tiene muy serias consecuencias para la convivencia social y el bienestar de las personas, afectando directamente las bases culturales, económicas y políticas de la sociedad”. El discurso oficial representaría al sujeto de prevención de consumo como un enfermo psiquiátrico, el cual requiere tratamiento médico, dejando poco espacio para que el consumidor recreacional aparezca como un sujeto sano en la comunidad.

Del mismo modo, la “Estrategia Nacional sobre drogas 2003-2008”, profundizaría el marco valórico y determinaría la estrategia a seguir ante el problema de las drogas, al señalar que éstas “contienen un potencial desintegrador de la familia, de la convivencia social e incluso de las instituciones del Estado”, lo cual “nos obliga como país a enfrentarlo con firme y decidida voluntad”, lo que se traduce en un “compromiso de trabajo permanente orientado a impedir la producción de drogas..., la utilización del sistema económico financiero para el lavado de activos, así como perseguir los demás delitos conexos vinculados a la problemática de las drogas y las organizaciones criminales transnacionales”.<sup>26</sup>

Observamos así, como la Política Nacional desplegada durante la década de los noventa y dos mil, hace propio el discurso represivo impulsado por los Estados Unidos y fija como una de sus centralidades, el combate contra el tráfico ilícito y las organizaciones criminales. En efecto, el ya mencionado documento del CONACE de 1993 establecería como

---

<sup>25</sup> SÁNCHEZ, Sergio y MUSALEM, Pedro (2011). *Aportes para una nueva política de drogas*, Santiago, Chile, p. 3.

<sup>26</sup> SÁNCHEZ, Sergio (2011). Principales paradigmas preventivos en el mundo de hoy, en *Aportes para una nueva política de drogas*. Santiago, Chile, p. 22.

uno de sus principales objetivos el “reprimir con la mayor decisión y rigor las actividades de las organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito, las cuales abastecen a la población de sustancias peligrosas, incentivan su consumo, hacen uso del territorio nacional para el tránsito de la droga hacia terceros países, son responsables de otros graves delitos asociados, y buscan corromper las instituciones de la sociedad nacional.”

Esta posición, como señalamos, responde a su vez al Convenio de 1988 de las Naciones Unidas, ratificado por Chile, dónde se declara de forma explícita el objetivo político que es “promover la cooperación entre las Partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional. En el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente Convención, las Partes adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos”<sup>27</sup>

Así el CONACE en respuesta a lo establecido por el acuerdo de Viena, al trazar la Política Nacional para el periodo, señala que es necesario “destinar recursos para desarrollar modelos de prevención atractivos y realistas, que formen en los miembros de la sociedad un efectivo rechazo a la droga; intensificar el control de la oferta y represión del tráfico ilícito y desarrollar los mecanismos jurídico-legales que potencien la eficacia del control; y favorecer y desarrollar aquellas experiencias de tratamiento y rehabilitación que hayan resultado más exitosas.”

Dichos lineamientos darían como resultado que en 1995 se dictara la ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y deroga la ley N°18.403. A su vez, ésta sería sustituida por la actual ley N°20.000, la cual fue promulgada el 16 de febrero del año 2005. A continuación, realizaremos un breve análisis de ambas leyes, centrandó nuestra atención en las distintas innovaciones en materia de control de drogas introducidas por dichos cuerpos normativos.

---

<sup>27</sup> ONU (1988), ob. cit., artículo 2.

### 3.1. Ley N°19.366

La ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefaciente y sustancias sicotrópicas del año 1995 o ley N°19.366, en el entendido de que el tráfico ilícito de sustancias o drogas estupefacientes y psicotrópicas y su consumo indebido constituyen una seria alteración de la convivencia social y afectan de una u otra forma todas las actividades del país, es el resultado de la misión encargada por el Gobierno de Patricio Aylwin a la CONACE, de elaborar un nuevo texto legal que considerara la normativa contenida en los tratados internacionales suscritos por Chile, el estudio y regulación de la situación de los consumidores de drogas y, en general, de adecuar la legislación a las necesidades de la investigación y sanción de los ilícitos relacionados con el tráfico ilegal, producción y siembra de tales sustancias.<sup>28</sup>

En ese sentido, dicho texto legal incorpora una serie de innovaciones a la normativa relativa a estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que profundizan el modelo preventivo-represivo, otorgándole mayores facultades a los organismos de control e investigación, sancionando con mayor gravedad las conductas ya reguladas y tipificando nuevos delitos relacionados con el consumo y tráfico de drogas.

Una de las más importantes innovaciones de la ley fue sancionar el conjunto de conductas constitutivas de hechos que caben dentro del denominado “lavado de dinero”, contemplado en el artículo 12, y cuyo antecedente se halla en la Convención de las Naciones Unidas, artículo 3°, N° 1, letra b). A su vez, entrega la función de investigar y controlar aquellos ilícitos al Consejo de Defensa del Estado, dotándolo de herramientas importantes, como es la solicitud de levantamiento del secreto bancario.<sup>29</sup>

La ley incorpora este nuevo delito para atacar la principal motivación de las organizaciones delictivas dedicadas al tráfico ilegal de estupefacientes, el interés económico y la obtención de ganancias. Para desalentar tal propósito, busca sancionar las conductas que tienen por objeto ocultar o encubrir el origen ilícito de los recursos que genera el tráfico ilegal de estupefacientes.

---

<sup>28</sup> Mensaje Presidencial por proyecto de Ley N°19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

<sup>29</sup> Ley N°19.366, artículo 16.

El cuerpo legal sanciona además todo acto que importe el desvío de precursores o sustancias químicas esenciales a la preparación de drogas estupefacientes o sicotrópicas para la perpetración, dentro o fuera del país, de alguno de los hechos considerados como delitos en la ley<sup>30</sup>, cumpliendo de esta forma con las recomendaciones formuladas tanto en la Convención de Naciones Unidas, como por la Comisión especializada de la Organización de los Estados Americanos.

Del mismo modo, elimina el elemento subjetivo del propósito de la siembra o cultivo exigido en la ley N°18.403<sup>31</sup>, y prevé una sanción más grave para quien estando autorizado para la siembra, desvíe o destine al tráfico ilícito algunas de las especies objeto de tal autorización<sup>32</sup>. Se sanciona también el suministro de hidrocarburos aromáticos a menores a sabiendas de que están destinados a ser consumidas por éstos.<sup>33</sup>

Por otra parte, la ley aborda de una forma novedosa la situación del consumo indebido de drogas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas. En efecto, el presidente Aylwin en el mensaje del proyecto de ley señala que “sin desconocer la calidad de enfermo del consumidor habitual, se ha estimado necesario sancionar el consumo de estas sustancias en lugares públicos o abiertos al público. La práctica de estas conductas se ha constituido en una verdadera propaganda o difusión de las mismas, significando la vez, la tolerancia que la sociedad muestra frente a este consumo en público, una verdadera aceptación de las mismas.” De esta forma, en el artículo 41 se sanciona como falta el consumo y tenencia para el consumo personal en lugares públicos, así como también el consumo en lugares privados cuando se hubieren concertado con tal propósito. Establece a su vez, que deberá aplicarse necesariamente pena corporal en caso de reincidencia. Dichas conductas se sancionan además como delitos en casos muy calificados, por el peligro que conlleva el consumo de estas drogas para la actividad que los infractores desarrollan.

Además, se incorpora con el artículo 24, la disposición en virtud de la cual todos los delitos que trata la ley se sancionan como consumados desde que hay un principio de ejecución y se castiga, asimismo, la conspiración para cometerlos.

---

<sup>30</sup> Ibid., art. 6.

<sup>31</sup> Ibid., art. 2.

<sup>32</sup> Ibid., art. 3.

<sup>33</sup> Ibid., art. 10.

En cuanto a las facultades de investigación y control, la ley contiene normas más amplias relacionadas con la incautación y decomiso de bienes provenientes o utilizados en la comisión de alguno de los delitos que tipifica.<sup>34</sup>

Siguiendo con la normativa contenida en la Convención de Naciones Unidas de 1988, se incorpora la técnica de “entregas vigiladas”, según la cual se faculta al tribunal para autorizar, que los envíos ilícitos o sospechosos de estupefacientes, precursores o químicos esenciales, salgan del territorio nacional, lo atraviesen, entren o circulen en él, con el propósito de individualizar y detener a todas las personas que participan en el delito.<sup>35</sup> Asimismo, se añaden las figuras de agente encubierto e informantes, entendiéndolo al primero como el funcionario policial que, debidamente autorizado por sus superiores, oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictivas simulando ser parte de ellas o estar interesado en la comisión del delito que se investiga, con el propósito de identificar a los partícipes o recoger las pruebas que servirán de base al proceso penal; y al segundo como aquel que suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él.<sup>36</sup>

Del mismo modo, obedeciendo a la recomendación de los acuerdos y tratados internacionales suscritos por el país, consistentes en fomentar la cooperación judicial a nivel internacional, atendido el carácter transnacional de estos delitos, la ley faculta al juez del crimen para requerir y otorgar la más amplia colaboración, autorizándolo para entregar copias de antecedentes procesales aun cuando la causa esté en sumario y en su etapa secreta.<sup>37</sup>

Ahora bien, podemos observar cómo se produce una tendencia considerable hacia el otorgar cada vez más facultades intrusivas y restrictivas de libertad, respondiendo al paradigma imperante en la región. Así, bajo el argumento de que las investigaciones de los ilícitos a los que se refiere la ley revisten de notoria complejidad, y que las herramientas otorgadas cumplen la función de responder a los medios con que cuenta la delincuencia organizada para eludir la acción de la justicia y los controles policiales<sup>38</sup>, se permite previa

---

<sup>34</sup> Ibid., artículos 16, 19, 25, 26, 28 y 29.

<sup>35</sup> Ibid., art. 29.

<sup>36</sup> Ibid., art. 34.

<sup>37</sup> Ibid., art. 30.

<sup>38</sup> Mensaje Presidencial por proyecto de Ley N°19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

autorización judicial, la intervención, apertura o registro de las comunicaciones o documentos privados o la observación de sospechosos, por un breve período, sancionándose de todas formas cualquier abuso que pudiere cometerse en el ejercicio de estas atribuciones.<sup>39</sup>

En la misma línea, se introduce mediante el artículo 40°, la norma según la cual se declara improcedente otorgar a los condenados las medidas alternativas de reclusión nocturna y libertad vigilada, con la excepción de que concurra la atenuante de cooperación eficaz, disposición sumamente arbitraria que encuentra su fundamento en el discurso que considera que dichas infracciones revisten de suma gravedad y que supuestamente da cara a los medios con que cuenta esta delincuencia para eludir el cumplimiento de la pena.

### **3.1.1. Artículo 51**

En base a dicho discurso, producto de una indicación parlamentaria, se introduce al proyecto de ley, una disposición única en el mundo, que es el precedente del artículo que es objeto central de este trabajo. Esta es la contenida en el artículo 51 de la ley N°19.366, mediante la cual se establece que *“los abogados, estudiantes y egresados habilitados para actuar judicialmente que se desempeñen como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios de la administración del Estado o en instituciones o servicios descentralizados, territorial o funcionalmente, no podrán patrocinar ni actuar como apoderado o mandatario de inculcados o procesados por crímenes, simples delitos o faltas a que se refiere esta ley. Si se tratare de crímenes o simples delitos, la infracción a esta prohibición se sancionará administrativamente con la destitución del cargo o término del contrato. Si se tratare de faltas, se considerará infracción grave a sus obligaciones funcionarias, pudiendo disponerse hasta la destitución o el término del contrato.”*

Según aparece de la historia fidedigna del establecimiento de la ley N°19.366, el referido precepto fue incorporado en atención a que se estimó “conveniente dejar establecido en la ley la prohibición que él señala, considerando la gravedad que reviste el hecho de que un abogado del Estado pudiera actuar en defensa de los implicados en este tipo de

---

<sup>39</sup>Ibid., art. 31.

delitos”.<sup>40</sup>En relación con dicha disposición, el Ministro de Justicia de la época, don Francisco Cumplido Cereceda, manifestó que “esta norma recoge experiencias observadas entre los abogados que se desempeñan como funcionarios públicos y asumen la defensa de personas en este tipo de delitos, materia en la que se han constatado ciertas irregularidades”.<sup>41</sup>

Durante la discusión en Sala, el diputado Juan Pablo Letelier habría advertido lo siguiente: “según lo que aquí se señala, los abogados de las Corporaciones de Asistencia Judicial no podrán defender a un acusado de un delito sin saber previamente si es culpable o no. Me parece un despropósito por decir lo menos, esta norma, por cuanto se les niega a ciertos ciudadanos un derecho constitucional básico. Entonces mi consulta es acerca de la validez de la norma, de si es constitucional, porque se termina negando el derecho a defensa a un grupo de ciudadanos por el solo hecho de ser inculcados.”<sup>42</sup>

De todas formas, se aprobó el proyecto de ley con el mencionado precepto, sosteniendo que dichos imputados no caerían en indefensión, ya que pasarían a ser representados por el abogado de turno. Sin embargo posteriormente, la ley N°19.393, modificó el mencionado artículo 51, agregando un inciso segundo nuevo, por el cual se estableció una excepción a la referida prohibición, señalando que *“no se aplicará la prohibición establecida en el inciso anterior a los abogados que se desempeñen como funcionarios de las Corporaciones de Asistencia Judicial, a los contratados por éstas y siempre que no ejerzan alguna de las funciones a que se refiere dicho inciso, y a los egresados de las Facultades de Derecho que estén realizando la práctica gratuita requerida para obtener el título de abogado, cuando en esas calidades la respectiva Corporación les encargue intervenir en la defensa de personas naturales beneficiarias de la asistencia jurídica gratuita.”*

Es así como se introduce a nuestra normativa sobre estupefacientes una disposición sin precedente alguno en el mundo, que refuerza la perspectiva política según la cual en la lucha contra las drogas no se debe escatimar en recursos, aun cuando esto signifique transgredir derechos constitucionales básicos. A su vez, la Ley N°20.000, dentro de varias innovaciones,

---

<sup>40</sup>Primer Informe de la Comisión Especial del Problema de la Droga en Chile, de la Cámara de Diputados, boletín N°65307. Historia de la Ley N°19.366.

<sup>41</sup>Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Historia de la Ley N°19.366.

<sup>42</sup>Cámara de Diputados. Legislatura 326. Sesión 11. Fecha 23 de junio de 1993. Discusión particular. Historia de la Ley N°19.366.

replicaría el precepto anterior adecuándolo al nuevo sistema procesal penal y las instituciones propias de aquel.

### **3.2. Ley N°20.000**

El actual cuerpo legal que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas se enmarca dentro del proyecto de la reforma procesal penal llevado a cabo durante la década del 2000, donde se toma la decisión política de emprender reformas legislativas consideradas como necesarias para dotar al sistema judicial y a los órganos policiales y de control de los medios apropiados para cumplir el deber de investigar y sancionar adecuadamente todas las conductas delictivas, dentro de las cuales tienen un lugar especial las relativas a las drogas ilegales.

De esta forma, la ley N°20.000 busca en primer lugar adecuar nuestra normativa sobre control de estupefacientes a los principios e instituciones del nuevo sistema procesal penal. Así, se busca adaptar todo el procedimiento investigativo a las nuevas normas procesales penales y a las funciones del Ministerio Público. En efecto, este organismo pasa ocupar el rol que en la antigua ley N°19.366 tenía el Consejo de Defensa del Estado, como ente encargado de llevar a cabo todas las diligencias investigativas y de control. Cabe señalar que se contempla además una ampliación del ámbito de aplicación de las técnicas investigativas y su mejor regulación.

Por otra parte, la nueva regulación en materia de drogas busca robustecer las penas, estableciendo un sistema que las hace aplicables plenamente a todos los partícipes, con supuesta proporcionalidad a la gravedad y el daño de los diferentes hechos sancionados. A la vez, se tipifican nuevas conductas delictivas, estableciendo sanciones severas para desincentivar toda forma de distribución de las sustancias reguladas.

Pues bien, la gran innovación de la ley N°20.000, además de adecuar la norma al nuevo proceso penal, es la tipificación expresa del tráfico ilícito de pequeñas cantidades de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, el comúnmente denominado microtráfico.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Ley N°20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, artículo 4.

La antigua ley de drogas N°19.366 no distinguían entre pequeños y grandes traficantes al momento de sancionar las conductas delictivas. Por lo tanto, se debían imponer condenas que oscilaban entre cinco años y un día y quince años de cárcel, sin importar la cantidad de droga que se traficase. Por esta razón, en los casos en que el tráfico era de pequeñas cantidades, los jueces preferían aplicar la figura de consumo y sancionarlo mediante una multa.

Ante dicha situación, y con el objeto de que dichas conductas fuesen proporcionalmente sancionadas, la ley N°20.000 consagra la figura de microtráfico y establece penas de privación de libertad que van de los 541 días a los cinco años, a lo que se agrega una multa de 10 a 40 UTM. Cabe destacar, que la norma establece que se configurará el tipo señalado, siempre que el imputado no acredite que la sustancia es para consumo personal, lo que no es más que una manifiesta situación de inversión de la carga de la prueba.

En el mismo sentido, la ley vigente pone especial atención en las asociaciones criminales, persiguiendo a cada uno de sus participantes y sancionándolos de forma más severa. Así el artículo 16 del texto en comento, eleva las penas de aquellos que financien o ejerzan posiciones de mando y planificación en tales organizaciones o que suministren toda clase de instrumentos o colaboren de cualquier forma con las mismas para la consecución de sus fines; mientras que el artículo 19 letra a) agrega una nueva circunstancia agravante, estableciendo que se deberá aumentar la pena en un grado en el caso que el imputado forme parte de una agrupación o reunión de delincuentes, siempre que no incurra en una de las conductas del mencionado artículo 16. Asimismo, se establece una regulación más rigurosa en relación a las medidas de control de precursores y sustancias químicas esenciales.<sup>44</sup>

Por otra parte, se eliminan las disposiciones referentes al delito de lavado de activos que se encontraban anteriormente en la Ley N°19.366, toda vez que estas se contemplarían de manera más amplia en la ley N°19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.

En lo relativo a las faltas en las que incurren quienes consumieren drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas y las demás conductas que la ley 19.366 sancionaba de este

---

<sup>44</sup> Ibid., Título V, artículos 55 a 60.

modo, se mantienen en general dichas regulaciones, adecuándose el procedimiento a las normas de la reforma procesal penal, estableciéndose que serán de conocimiento del Juez de Garantías, de acuerdo a las reglas generales.<sup>45</sup>

En cuanto a las técnicas investigativas, además de adaptar las normas sobre su procedencia, se encomienda al Juez de Garantía otorgarlas a petición fundada del Ministerio Público. Se concede una mayor amplitud para ejercerlas, fundamentado en el hecho de que la nueva institucionalidad permite un mayor grado de protección a los derechos que tales técnicas pudieran afectar.

De esta forma, a través del artículo 24, la ley le otorga facultades al Ministerio Público para ordenar la retención e incautación de correspondencia, la obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, la interceptación de comunicaciones telefónicas y el uso de otros medios técnicos para investigar cualquiera de los delitos previstos por la norma, cualquiera sea la pena que merecieren, en conformidad a las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal. Sin embargo, respecto a la investigación de los delitos regulados por esta ley, el ordenamiento es más permisivo, ya que se establece que no será necesario indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida, siendo suficiente consignar las circunstancias que lo individualizaren o determinaren.

Del mismo modo, con el fin de enfrentar la realidad del microtráfico, se agrega a nuestro ordenamiento la figura del "agente revelador", definiéndolo como el funcionario policial que debidamente autorizado, simula ser comprador o adquirente para sí o para terceros de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, para lograr de ese modo la manifestación o incautación de la droga.<sup>46</sup> Por su parte, el agente encubierto, con una definición más precisa, se reserva para actuar frente a las organizaciones delictuales.

Asimismo, el cuerpo legal busca potenciar la figura del cooperador eficaz; otorgando la posibilidad de reducir hasta en tres grados la pena de quién aporte antecedentes que permitan comprobar o prevenir delitos de asociación ilícita<sup>47</sup>, mejorando a su vez las normas

---

<sup>45</sup> Ibid., art. 54.

<sup>46</sup> Ibid., art. 25.

<sup>47</sup> Ibid., art 22.

sobre su protección y el secreto de los actos administrativos y judiciales en que intervenga<sup>48</sup>; con el propósito de contar efectivamente con un elemento de gran trascendencia en la prevención de otros delitos similares y la obtención de pruebas sobre el delito y sus partícipes.

Por último, la ley permite nuevamente la aplicación de las penas sustitutivas contempladas en la ley N°18.216, siempre que la persona no haya sido previamente condenada por alguno de los crímenes o simple delitos contemplados por la misma o por la ley N°19.366, en virtud de una sentencia ejecutoriada, haya cumplido o no, efectivamente la condena, requisito que no se exige si le es reconocida la circunstancia atenuante de cooperación eficaz.

Vemos que el conjunto de innovaciones incorporadas en esta materia tiene por objeto principal adaptar la normativa de drogas al nuevo sistema procesal penal, otorgar las herramientas apropiadas para endurecer las sanciones, lograr que todos los partícipes sean condenados y que las penas se cumplan efectivamente.

El presidente de ese entonces, Eduardo Frei Ruiz-Tagle, en el mensaje del proyecto de la ley N°20.000, señalaría:

“Como puede observarse del conjunto de reformas propuestas, ellas se concentran en un claro objetivo de establecer los medios para lograr que la ley se cumpla plena y efectivamente y se constituya en una herramienta eficaz frente a una actividad delictiva cada vez más compleja y difícil de investigar y comprobar, para cumplir el propósito de todo juicio penal: la condena de todos los que intervienen en la perpetración de estos ilícitos, con una pena proporcional al hecho y que las sanciones sean cumplidas.

Constituye asimismo, un medio apropiado para lograr los propósitos de política criminal, que desalienten a los que pretenden incurrir en estas actividades, atraídos por las ganancias, con desprecio de los daños individuales, familiares y sociales que provocan”.

Es así como, al alero del discurso represivo-preventivo dominante en la regulación de drogas de nuestro país, se reitera a través del artículo 61 de la ley N°20.000, nuevamente la disposición única en el mundo, en virtud de la cual se prohíbe a aquellos abogados que se

---

<sup>48</sup> Ibid., artículos 30 al 37.

desempeñen como funcionarios o empleados de la Administración contratados a cualquier título, ejercer la defensa o representación de personas imputadas por infracciones a dicho cuerpo legal.

Al respecto, durante la tramitación del proyecto de la nueva ley, el representante del Ministerio de Justicia señaló que la disposición pertinente era igual a la que se contenía en el anterior texto legal, la cual había operado bien, ya que era lógico que los abogados de la Administración estén impedidos de defender, en su ejercicio profesional, este tipo de delitos.<sup>49</sup>

Sin embargo, con el propósito de adaptar la disposición a la nueva realidad jurídica e institucional, se agregó, dentro de la excepción a dicho precepto, a los abogados que se desempeñen en la Defensoría Penal Pública o como prestadores del servicio de defensa penal pública, cuando intervengan en esas calidades.

Al revisar la historia fidedigna de la tramitación del proyecto, podemos ver que el senador Chadwick observó que el precepto no contemplaba incompatibilidades ni sanciones para los contadores, médicos ni cualesquiera otros profesionales que prestasen servicios a personas imputadas de la comisión de alguno de los delitos contemplados en esta ley. Le preocupó el hecho de que el precepto sólo se refiera a los abogados, en circunstancias que “hay un derecho constitucional en juego, cual es el derecho a defensa jurídica de todas las personas, que alcanza mayor relevancia con la presunción de inocencia que las ampara.”

En respuesta a lo anterior, el senador Espina, señaló que “los narcotraficantes buscan a estos profesionales por las conexiones que tienen, de modo que limitar su contratación es una forma de arrinconar al narcotráfico”. A su vez, el senador Andrés Zaldívar, indicó que “se inclina por considerar que no es apropiado que los abogados que forman parte del aparato del Estado patrocinen o actúen como mandatarios en estos procesos”, punto de vista que fue compartido por el Senador Aburto, “atendido que el vínculo que tiene el abogado con el Estado lo pone en una situación moral especial.”

---

<sup>49</sup> Informe de la Comisión Especial de Drogas, de la Cámara de Diputados, Boletín N°2439-20. Historia de la ley N°20.000.

Finalmente, la Comisión alcanzó consenso en que esta prohibición no afectaba el derecho de defensa -tanto así que, si el imputado no tiene defensor, el propio Estado le proporcionará uno-, sino que lo que está en juego es el respeto que debe tener el abogado que es funcionario público con un Estado que asume como su obligación la de controlar el tráfico ilícito de estupefacientes.<sup>50</sup>

De esta manera, podemos apreciar que la prohibición en análisis ha tenido una evolución legislativa tendiente a hacerla cada vez más exigente, manteniendo sólo aquellas excepciones que digan relación con la actuación que a los funcionarios públicos corresponde en virtud del ejercicio propio de las funciones que desempeñan en determinadas entidades cuyo objeto principal es precisamente garantizar la defensa en juicio, todo ello en atención a los objetivos trazados por el modelo prohibicionista para perseguir con eficacia los tipos penales regulados por la normativa relativa al control de estupefacientes.

Por lo tanto, si bien la ley comentada presenta varias disposiciones que vulnerarían garantías constitucionales, en el próximo capítulo del presente ensayo centraremos nuestro esfuerzo en estudiar y analizar los alcances de este último artículo que parece estar olvidado, para, de esta forma, añadir una nueva variante a los cuestionamientos impulsados en el último tiempo contra nuestra institucionalidad en materia de sanción y prevención del tráfico de estupefacientes.

---

<sup>50</sup> Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Historia de la ley N°20.000.

## **II. Marco Jurídico del artículo 61 de la Ley N°20.000**

En la ley N°20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, bajo el TITULO VI de “Disposiciones Varias”, se encuentra el mencionado artículo 61, el cual dispone lo siguiente:

*"Los abogados que se desempeñen como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios de la Administración del Estado o en instituciones o servicios descentralizados, territorial o funcionalmente, no podrán patrocinar ni actuar como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en esta ley.*

*Si se tratare de actuaciones relativas a crímenes o simples delitos, la infracción de esta prohibición se sancionará administrativamente con la destitución del cargo o con el término del contrato. Si se tratare de faltas, se considerará infracción grave de las obligaciones funcionarias, pudiendo disponerse hasta su destitución o el término del contrato.*

*No se aplicará la prohibición establecida en el inciso primero a los abogados que se desempeñen en la Defensoría Penal Pública o como prestadores del servicio de defensa penal pública, cuando intervengan en esas calidades, ni a los abogados en su desempeño como funcionarios de las Corporaciones de Asistencia Judicial, a los contratados por éstas, y a los egresados de Facultades de Derecho que estén realizando la práctica gratuita requerida para obtener el título de abogado, sólo en lo relativo a su actuación en dichas Corporaciones.*

*Para efectos de lo dispuesto en este artículo, el juez de garantía o el Ministerio Público, en su caso, deberá informar a la Contraloría General de la República sobre la identidad de los abogados que patrocinen o actúen como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en esta ley".*

Por tanto, a grandes rasgos, el precepto establece una prohibición de carácter administrativa, que consiste en impedir que quienes tengan una relación laboral con entidades de la Administración del Estado asuman la defensa o representación de las personas que se

encuentran imputadas por conductas contempladas en la ley N°20.000, so pena de ser sancionados administrativamente con la destitución del cargo, término del contrato u otra medida disciplinaria, dependiendo de la gravedad de la conducta que se le imputa al respectivo representado. A su vez, la disposición señala las excepciones a dicha prohibición y establece el deber de informar al órgano de control por parte del Ministerio Público o por el juez de garantía la identidad de aquellos abogados que ejerzan la defensa de personas imputadas por las conductas aludidas.

A continuación, realizaremos un análisis pormenorizado del artículo en comento, desmembrando el precepto en cada uno de sus aspectos y elementos, para determinar de esta forma su aplicación y alcance. Realizaremos dicho esfuerzo, en base a los distintos criterios doctrinales aplicables a la norma, así como las distintas interpretaciones que se han elaborado desde la jurisprudencia, tanto administrativa como judicial y constitucional.

### **1. Sujetos Regulados.<sup>51</sup>**

En primer lugar, cabe señalar que la prohibición establecida recae sobre las personas que desempeñen la profesión de abogados. En ese sentido, el Código Orgánico de Tribunales en su artículo 520 señala que *“los abogados son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes.”*

Por su parte, la ley N°18.120, que establece las normas sobre comparecencia en juicio, señala en su artículo 1° que *“la primera presentación de cada parte o interesado en asuntos*

---

<sup>51</sup> En relación con la interpretación y alcance del artículo 61 de la ley N°20.000, conviene precisar que la Contraloría General de la República ha interpretado diversos aspectos relativos a su aplicación, así como respecto del artículo 51 de la ley 19.366, norma de similar tenor que la precedió, razón por la cual la jurisprudencia en ella recaída es plenamente aplicable a la nueva norma, según se ha precisado mediante oficio N°25.331 bis, de 2006. En efecto, la jurisprudencia administrativa contenida principalmente en los dictámenes N°s. 23.433 y 34.865, de 1995; 47.934, de 1998; 23.858, de 2002; 25.331 bis, de 2006; 14.689 y 52.088, ambos de 2007; 31.000, de 2008, ha abordado diversos aspectos relativos a la prohibición que ahora interesa, especialmente en lo relativo al universo de servidores a los cuales afecta

*contenciosos o no contenciosos ante cualquier tribunal de la República, sea ordinario, arbitral o especial, deberá ser patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión. Del mismo modo, en el artículo siguiente se establece que “ninguna persona, salvo en los casos de excepción contemplados en este artículo, o cuando la ley exija la intervención personal de la parte, podrá comparecer en los asuntos y ante los tribunales a que se refiere el inciso primero del artículo anterior, sino representada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.”*

Por tanto, podemos observar que los abogados son aquellos profesionales a los cuales nuestro ordenamiento jurídico otorga las facultades para ejercer la defensa en juicio de una persona -junto con los otros sujetos mencionados en el artículo 2 de la ley 18.120-, de forma tal que, por regla general, no será posible comparecer ni actuar ante los distintos tribunales, sino es a través de la representación y patrocinio de dichos letrados.

Así, encontramos que casi desde sus mismos orígenes la idea jurídica de defensa otorgada a los abogados se da dentro de las formas procedimentales. En efecto, antes de constituirse el derecho de defensa como principio, se desarrolla en forma técnica en el proceso, mediante las oportunidades que se van otorgando al demandado y a las partes en el litigio, para hacer valer sus derechos ante el órgano jurisdiccional apropiado, lo que surge con claridad, dentro de los sistemas acusatorios y en el proceso civil.<sup>52</sup>

Ahora bien, la prohibición establecida no recae sobre todos los abogados, como es evidente, sino que solo sobre aquellos que se desempeñen como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios de la Administración del Estado o en instituciones o servicios descentralizados, territorial o funcionalmente. Sobre este punto se ha generado bastante jurisprudencia, a través tanto de los dictámenes de la Contraloría General de la República, como de las sentencias de Recursos de Protección de los Tribunales Superiores de Justicia.

De esta forma, en lo que respecta al ámbito de aplicación de la prohibición del artículo 61 en comento, se ha precisado por la jurisprudencia, que atendido que el objeto de la prohibición es amplio, en cuanto consiste en impedir que quienes tengan una relación laboral

---

<sup>52</sup> VAZQUEZ, Jorge (1996). *La defensa penal*. Santa Fe, Argentina. Editorial: Rubinzal-Culzoni, p. 78.

con entidades de la Administración del Estado asuman la defensa de las personas que se encuentran en la situación procesal descrita, quedan afectos a ella todos los abogados que tengan algún vínculo laboral con alguna de las entidades que señala, ya sea que se desempeñen en calidad de titulares, a contrata, o incluso en virtud de un contrato a honorarios o contratos regidos por el Código del Trabajo.<sup>53</sup>

En efecto, en el Dictamen de la Contraloría N°34.865 de 1995 se aclara que los abogados contratados a honorarios en cualquiera de las entidades señaladas (en el caso en concreto era la Dirección del Trabajo), están afectos a la prohibición del artículo 51 de la ley N°19.366 (ley vigente en aquel año). Ello porque la norma establece una prohibición amplia, al aludir a los contratados “a cualquier título”, aplicándose de esta forma también a las personas que presten servicios a honorarios en los órganos que indica, pues el objetivo es impedir que quienes tengan relación laboral con entidades de la administración estatal, asuman la defensa de quienes estén en la situación procesal descrita. Esto, no obstante que, los contratados a honorarios no tengan la calidad de funcionarios públicos. Esta es la misma postura que se sostiene respecto a los defensores licitados y contratados por convenios directos, como veremos más adelante.

En cuanto a los órganos o entidades a los cuales se refiere la disposición citada, se ha precisado por la jurisprudencia que son aquellos que constituyen o integran la Administración del Estado, al tenor de lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 1° de la ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ya sean instituciones o servicios descentralizados.<sup>54</sup>

Por lo tanto, están sometidos a la prohibición los abogados que se desempeñen como empleados o funcionarios contratados a cualquier título en “*Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.*”

---

<sup>53</sup> Dictamen N°31.000 de Contraloría General de la República, de 4 de julio de 2008.

<sup>54</sup> Dictámenes de la Contraloría General de la República N°31.000 del 4 de julio de 2008 y N°52.088 del 19 de noviembre de 2007.

De esta forma, debemos entender que están afectos a dicha prohibición los abogados que presten servicios a cualquier título, incluso en virtud de un contrato de honorarios, en cualquier órgano de la Administración, dentro de los cuales se comprende incluso a las Municipalidades; las empresas públicas creadas por ley, tales como el Banco del Estado, la Corporación Nacional del Cobre y Televisión Nacional de Chile; y los organismos descentralizados, tales como el Instituto Nacional de Derechos Humanos, las Universidades y Centros de Formación Técnica Estatales, el Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género, dentro de muchos otros; por lo que la respectiva autoridad administrativa se encontrará en la obligación de sancionar a quien vulnere cualquiera de las obligaciones que en aquéllas se prevén.

Por lo tanto, podemos observar que, en virtud del precepto aludido y la jurisprudencia sobre la materia, se dan casos tan extremos como que un profesor de la Universidad de Valparaíso<sup>55</sup> o un abogado honorario del Instituto Nacional de Deportes, sean destituidos de sus cargos o cesados en su contrato por representar a un imputado por microtráfico o incluso consumo en cualquier instancia del procedimiento.

Cabe señalar que la prohibición del artículo 61 no afecta a aquellos que se desempeñan en empresas o entidades donde el Estado tiene participación. Ello, porque conforme a los artículos 1 y 6 de la ley N°18.575, las empresas o entidades privadas en que el estado o sus organismos tienen participación no quedan comprendidas dentro de la administración del Estado, atendido a que es el propio ordenamiento jurídico el que excluye de esa administración a los entes constituidos y regulados por el derecho común, aun cuando en ellos tengan participación organismos administrativos.<sup>56</sup>

Ahora bien, habiendo determinado al sujeto activo de la prohibición administrativa, cabe referirse al otro sujeto al cual el artículo 61 hace referencia, el imputado por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en la ley N°20.000.

En virtud del artículo 7 del Código Procesal Penal, entendemos que reviste la calidad de imputado aquella “*persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde*

---

<sup>55</sup> Caso real, Recurso de Protección Antiguo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol 76-2008.

<sup>56</sup> Dictamen N°47.934 de Contraloría General de la República, de 24 de diciembre de 1998.

*la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.”*

A su vez, dicha disposición señala que *“se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.”* De esta forma podemos entender que se prohíbe la representación o defensa de la persona imputada por los delitos señalados, desde la primera actuación del procedimiento llevada en su contra, pudiendo ser esta un allanamiento, una detención por flagrancia o un control de detención, sin que sea necesario que haya una formalización en su contra.

Cabe señalar que el artículo 8 del mismo texto legal establece que *“el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra”*, mientras que en virtud del artículo 4 se reconoce la garantía de presunción de inocencia con la que cuenta el imputado, señalando que *“ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.”* Sobre la aplicación de dichas garantías respecto del artículo 61 de la ley N°20.000, nos referiremos más adelante.

Ahora, se debe precisar que los imputados cuya defensa esta prohibida para los abogados que se desempeñen en la Administración del Estado, son aquellos a los cuales se les atribuye participación en un delito contemplado por la ley analizada. Esta ley comprende dentro de sus preceptos todos los grados de conductas punibles, es decir crímenes, simples delitos y faltas, conforme al artículo 3 del Código Penal, y respecto a la imputación de cada una ellas es que se establece la prohibición de defensa. Dicha imputación puede ser tanto por la calidad de autor, como de cómplice o encubridor de la conducta típica, como bien se establece en el artículo 14 del texto recién citado. Cabe señalar que la ley N°20.000 contiene tipos tan amplios, que muchas de las conductas que podrían considerarse perpetradas en calidad de cómplice o encubridor, son sancionadas como delitos ejecutados en calidad de autor.

A su vez, la ley en comento establece en su artículo 17 que será sancionada la conspiración para cometer los delitos contemplados por la misma, de modo tal que el precepto castiga lo que en doctrina se considera como una especie de acto preparatorio, el cual sólo irroga sanciones punitivas, en consonancia a lo contemplado en el artículo 8 del Código Penal, en casos excepcionales y expresamente sancionados, como es el caso de la disposición en estudio. Se trata de una excepcional anticipación de punibilidad, entendiendo que hay principio de ejecución desde que se verifica la conducta conspirativa, lo que implica que deberá castigarse a los sujetos coludidos como autores del delito programado de que se trate, de acuerdo a las reglas generales del iter criminis y rebajando su pena en un grado.

Sin embargo, respecto al grado de desarrollo de los delitos tipificados en esta ley, cabe señalar que los límites establecidos por la norma son bastante difusos, toda vez que a partir de sus dos primeros artículos el legislador ha contemplado el castigo de aquellas conductas consideradas como “actos preparatorios” o “tentativas” del posterior tráfico ilícito de drogas y estupefacientes, estableciéndose el castigo expreso de etapas muy tempranas de aquellas conductas que justamente buscan ser prevenidas por la normativa vigente. Al establecer un tipo tan amplio como el de tráfico contenido en la ley, se adelantan las barreras punitivas y, por consiguiente, en opinión de la doctrina mayoritaria, no se contemplaría el delito frustrado.

Dicha posición esta reforzada además por lo establecido en el artículo 18, en el cual se establece que los delitos tratados por la ley “*se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución.*”

Por tanto, de acuerdo a lo anterior, entendemos que el imputado cuya defensa está vedada para aquel abogado vinculado laboralmente con la Administración puede llegar a ser una persona que sea sorprendida consumiendo droga en una plaza, o que esconda o guarde una pequeña cantidad de droga de un traficante, o que se ponga de acuerdo con otra para vender unos gramos de marihuana, aun cuando finalmente no lo llegue a hacer.

## **2. Conducta prohibida.**

En cuanto al alcance de la prohibición, la jurisprudencia ha precisado que abarca tanto las actuaciones como patrocinante, apoderado o mandatario de una persona imputada por un crimen, simple delito o falta, contemplado en la ley N°20.000, sin importar la calidad en que sea imputado ni el grado de ejecución del delito, como bien señalamos, ya que lo que se quiere impedir, es que los mencionados profesionales asuman las defensas de quienes se encuentran en la situación descrita.

En primer lugar, se prohíbe patrocinar a una persona inculcado por algún delito de la ley 20.000. En ese sentido, entendemos que el patrocinio es un contrato solemne por el cual las partes o interesados en un asunto, encomiendan a un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión la defensa de sus pretensiones ante los Tribunales de Justicia. Este se exige al momento de hacer la primera presentación en juicio ante los tribunales y opera para todo el proceso hasta el cumplimiento de la sentencia. Así, la defensa oral ante tribunales colegiados sólo podrá ser alegada por los abogados patrocinantes, a excepción de los alegatos ante Corte de Apelaciones y Cortes Marciales, lo cuales pueden ser ejercidos por postulantes en práctica profesional. El patrocinio se encuentra regulado en los artículos 1 y 2 de la ley N°18.120 que establece las normas de comparecencia en juicio.

En segundo lugar, se prohíbe actuar como apoderado o mandatario, representación que se ejerce en base a un mandato judicial. Este es un contrato solemne en virtud del cual una persona otorga a otra facultades suficientes para que la represente ante los Tribunales de Justicia. A diferencia del patrocinio, pueden ser mandatarios, además de los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, el procurador del Número, los postulantes designados de la Corporación de Asistencia Judicial, estudiantes inscritos en tercero, cuarto o quinto año de Derecho en alguna Universidad autorizada y egresados de las mismas facultades hasta tres años después de haber rendido los exámenes correspondientes. El mandatario esta autorizado para tomar parte en el juicio del mismo modo que podría hacerlo el mandante, hasta el cumplimiento de la sentencia definitiva. El mandato judicial se encuentra regulado en el artículo 2 de la ley N°18.120.

Estas dos instituciones procesales conforman el *ius postulandi*, o capacidad para comparecer en juicio. Así el patrocinio se refiere a la fijación de estrategias procesales, como

se ejecutará la defensa en juicio; mientras que el poder o mandato judicial se enfoca en la representación o sustitución en el proceso de la parte por el apoderado o mandatario, para todos los efectos legales. Estas pueden ser ejercidas por una o por dos personas distintas, sin embargo, en la práctica procesal penal en el caso de la defensa del imputado, lo común es que se concentren en la figura del abogado defensor, lo que no necesariamente ocurre con el querellante.

Como bien señalamos, esta prohibición comprende el ejercicio del patrocinio o poder en cualquier actuación en que la persona representada tenga la calidad de imputado por los delitos señalados, por lo que extiende a todas las diligencias y audiencias del procedimiento, incluso a aquellas previas a la formalización y al control de detención.

En cuanto a la aplicación temporal de la prohibición, y dado que el legislador reguló en forma expresa la entrada en vigencia de las disposiciones de la ley N°20.000 en su artículo 1 transitorio, se ha precisado que sus normas se aplican a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia -esto es, el 16 de febrero de 2005-, razón por la cual a los abogados que han patrocinado o actuado como apoderados o mandatarios de quienes han intervenido en hechos delictivos anteriores a esa data, se les debe aplicar lo dispuesto en el artículo 51 de la ley N°19.366.<sup>57</sup>

### **3. Sanción**

Ahora bien, la sanción que contempla el referido artículo 61 en caso de contravención a la prohibición que establece, es la destitución del cargo o el término del contrato en el caso de crímenes y simples delitos. En el caso de faltas, la vulneración de la prohibición de que se trata, se considerará infracción grave a las obligaciones funcionarias, pudiendo disponerse hasta la destitución del cargo o el término del contrato.

Como se puede inferir del texto expreso, lo que el artículo 61 establece es una sanción administrativa. La definición de dicho concepto ha sido elaborada principalmente por la doctrina española, país de cuyo ordenamiento es heredero nuestro Derecho Administrativo.

---

<sup>57</sup> Dictamen N°31.000 de Contraloría General de la República, de 4 de julio de 2008.

De esta forma, García de Enterría define sanción administrativa como “un mal infringido por la Administración, a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa.”<sup>58</sup>Más preciso sería Luciano Parejo al señalar que “la sanción administrativa es un mal infringido a un administrado en el ejercicio de la correspondiente potestad administrativa por un hecho o conducta constitutiva de infracción asimismo administrativa, es decir, tipificado legal y previamente como tal.”<sup>59</sup>

En Chile, la doctrina nacional mayoritaria ha asimilado el concepto de sanción al de pena. Así, para Enrique Cury, la sanción tiene un significado procesal en cuanto “penas administrativas son todas aquellas medidas sustantivas que, de conformidad con el ordenamiento vigente, son impuestos directamente por la autoridad administrativa, sin intervención de tribunales”. Continúa señalando que también tiene un significado material, ya que “es impuesta a hechos que atentan contra la estructura y organización de la Administración u contra otros bienes jurídicos que, por encontrarse estrechamente vinculados a ella, le interesa primordialmente.”<sup>60</sup>

Entendemos así, que dentro de las potestades con que cuenta la Administración para cumplir con su fin de servicio público en la tutela efectiva de los intereses generales de la población, se encuentra la potestad sancionadora. Esta es aquella que reconoce a los órganos de la Administración (como a los tribunales) la capacidad de imponer sanciones administrativas a los particulares en caso de infracción de ciertos deberes jurídicos establecidos en el ordenamiento jurídico.<sup>61</sup> Bermúdez, por su parte, la define como “el poder jurídico con que cuenta la Administración del Estado, de carácter permanente, expresamente atribuido por la ley, en virtud del cual se le habilita para perseguir al sujeto imputado de

---

<sup>58</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás (2000). *Curso de Derecho Administrativo. T. II*, 7a edición. Madrid, España. Editorial: Thomson. p. 161.

<sup>59</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. JIMENEZ, Blanco. ORTEGA ALVAREZ, L (1998). *Manual de Derecho Administrativo. Volumen I*. 5° ed. Barcelona, España. Editorial Ariel DA. p. 614.

<sup>60</sup>Citado en el proyecto de Ley que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos sancionatorios y Modifica ley N°19.884, sobre transparencia, límite y control de gasto electoral. Boletín N°3475-2006. Disponible en: [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

<sup>61</sup> NIETO, Alejandro (1994). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, España. Edit.: Tecnos, pp. 21-22.

aquellas conductas activas u omisivas, que se estima son constitutivas de infracción administrativa, e imponerle una retribución negativa o sanción por las mismas”<sup>62</sup>

Esta, si bien no está expresamente reconocida en nuestra Carta Fundamental, si se encuentra recogida en diversas leyes administrativas, atribuyéndole a órganos especializados de la Administración del Estado el poder jurídico para imponer sanciones en conformidad a la ley,<sup>63</sup> como es el caso del precepto analizado.

Por lo tanto, podemos observar que la norma establecida en el artículo 61 de la ley N°20.000, responde al interés del ordenamiento jurídico de impedir que determinados profesionales puedan ejercer la influencia del cargo que ocupan para favorecer a inculpados, so pena de que se despliegue en su contra la potestad sancionadora de la Administración del Estado.

En efecto, en caso de verificarse la infracción, la sanción deberá aplicarse administrativamente, para lo cual, tal como se ha precisado por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General contenida en los dictámenes N°s.25.331 bis de 2006; 14.689 y 52.088 ambos de 2007 y 31.000 de 2008, es necesario recurrir al procedimiento sancionatorio que se establezca en el estatuto aplicable al órgano administrativo de que se trate, sin perjuicio de las facultades que corresponden al órgano de control ya mencionado.

Ahora bien, la sanción establecida es distinta dependiendo del delito que se le atribuye al imputado. Así tratándose de conductas delictivas que sean sancionados como crímenes o simples delitos, le corresponderá al órgano administrativo en cuestión destituir de su cargo al infractor o cesarle el contrato.

La destitución está comprendida en el artículo 121 del Estatuto Administrativo como una de las medidas disciplinarias de las que pueden ser objeto los funcionarios, y es definida por el artículo 125 como “*la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento de poner término a los servicios de un funcionario.*”

---

<sup>62</sup> BERMÚDEZ, Jorge (2010). *Derecho Administrativo General*. Santiago, Chile. Edit.: Abeledo Perrot, p.178.

<sup>63</sup> FERRADA, Juan. (2007) Las potestades y privilegios de la administración pública. En el régimen administrativo chileno. *Revista de Derecho (Valdivia)*. [on line] p. 80.

A su vez, el mismo precepto en su inciso segundo señala que la “*destitución procederá sólo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa*” y en los casos que expone a continuación, fijando en su letra e) “*los demás casos contemplados en este Estatuto o leyes especiales*”. Dentro de dicha hipótesis es donde se enmarca la destitución como sanción a la infracción del artículo 61.

La destitución se deberá tramitar conforme al procedimiento que para tal efecto establezca el estatuto aplicable al afectado y será la sanción de todos los funcionarios que desempeñen un cargo público, el cual, en consonancia a la letra a) del artículo 3 de la ley N°18.834, comprende al personal de planta y a los empleados a contrata de las instituciones señaladas en el artículo 1° del mismo texto.

Mientras que la sanción de término del contrato operara para aquellos empleados contratados en base a honorarios por alguna de las entidades de la Administración del Estado. Como bien establece el artículo 11 del Estatuto Administrativo, “*las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones del Estatuto Administrativo*”, razón por la cual no procede la destitución, sino que el término del contrato que los vincula con la Administración, como señala el inciso segundo del artículo 61.

Por otra parte, cuando la conducta delictiva imputada sea una falta, la desatención de lo establecido en la norma analizada, se considerará una infracción grave a las obligaciones funcionarias, pudiendo disponerse hasta la destitución o el término del contrato. El uso de la preposición “hasta” permite inferir que, en la hipótesis señalada, también se podrán aplicar las sanciones establecidas en el artículo 119 del Estatuto Administrativo para la infracción de las obligaciones y deberes funcionarios, esto es la anotación de demérito en la hoja de vida y las medidas disciplinarias. Comprenden estas últimas la censura, multa, suspensión del empleo desde treinta días a tres meses y la ya mencionada destitución.

Ahora bien, respecto a los efectos que conlleva la infracción a la prohibición establecida en el artículo 61 de la ley 20.000, es sumamente necesario precisar que, tal como lo ha informado la Contraloría General a través de sus dictámenes N°s.25.331 bis de 2006 y 17.413 de 2011, la norma en análisis establece una prohibición que sólo afecta a los abogados que tengan, al momento de intervenir en alguna de las causas a que se refiere ese precepto,

una relación laboral, de cualquier naturaleza, con algún órgano de la Administración del Estado, incluidos los funcionarios regidos por el Código del Trabajo y los prestadores de servicios a honorarios.

De esta manera, la prohibición en comentario no afecta el ingreso a alguna entidad de la Administración del Estado, de los profesionales que, antes de pertenecer a algún servicio público, hayan ejercido la defensa de los imputados en tales procesos. Por lo tanto, el abogado que haya actuado como patrocinante o mandatario de una persona imputada por tales delitos sin estar vinculado a algún servicio de la Administración del Estado, no estará inhabilitado para poder ingresar a alguno de estos en el futuro.

Sin embargo, es de suma importancia señalar que, de todas formas su identidad estará consignada en la nómina que confecciona la Contraloría en virtud de la información proporcionada por el Ministerio Público o el juez de garantía, según corresponda. Esto en la práctica ha significado un riesgo claro y patente al momento de postular a desempeñar empleos y funciones en órganos de la Administración del Estado, por lo que los abogados defensores evitan tomar causas que los hagan entrar en dicha “lista negra”.

#### **4. Excepciones.**

Como bien se señaló anteriormente, en un principio el artículo 51 de la ley N°19.366 no contenía excepciones a la prohibición analizada, lo cual fue modificado por la ley N°19.393, ya que se permitió que los abogados que se desempeñasen en las Corporaciones de Asistencia Judicial y los egresados de derecho que estuviesen realizando su práctica profesional pudiesen ser designados para actuar en defensa de personas naturales inculpadas por delitos de la misma ley, cuando fuesen beneficiarias de la asistencia jurídica gratuita.

Con la aplicación de la reforma procesal penal, se hizo necesario adecuar dicha disposición a la nueva realidad institucional, por lo que la ley N°20.000 agrega a las excepciones contenidas en el inciso tercero del artículo 61, a los abogados que se desempeñen en la Defensoría Penal Pública o como prestadores del servicio de defensa penal pública, cuando intervengan en esas calidades.

Se exime de la prohibición estudiada a los abogados señalados con el fin de garantizar el derecho a defensa de los imputados por conductas de la ley de estupefacientes, entendiendo que precisamente ese es el objetivo que el ordenamiento jurídico contempla para las instituciones y letrados exceptuados.

Así, en cuanto a la excepción referida a los abogados en su desempeño como funcionarios de las Corporaciones de Asistencia Judicial y a los contratados por éstas y a los egresados de Facultades de Derecho que estén realizando la práctica gratuita requerida para obtener el título de abogado, sólo en lo relativo a la actuación en dichas corporaciones, cabe recordar que, como ya se mencionó, ella se justifica también por la especial naturaleza de los servicios jurídicos prestados por dichas instituciones.<sup>64</sup>

En efecto, dichas corporaciones según lo dispuesto en las leyes N°s. 17.995 y 18.632, son servicios que gozan de personalidad jurídica y patrimonio propio, que no persiguen fines de lucro. Su finalidad es prestar asistencia jurídica y judicial gratuita a personas de escasos recursos y proporcionar los medios para que los postulantes a obtener el título de abogado puedan efectuar la práctica necesaria para el ejercicio de la profesión.

Sus empleados revisten el carácter de funcionarios públicos, por cuanto se desempeñan en un organismo que forma parte de la Administración del Estado, aun cuando no se les aplican las disposiciones del Estatuto Administrativo, sino que, sus respectivos contratos de trabajo y las normas aplicables al sector privado contenidas en el Código del Trabajo, así lo ha precisado la jurisprudencia administrativa contenida en los dictámenes N°s. 11.889 y 40.873, de 2001; 49.757, de 2002; 15.987, de 2004 y 31.000, de 2008.

En consecuencia, tal como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional mediante la sentencia que resuelve el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Rol N°1.133 del año 2008, los funcionarios de dichas Corporaciones, siendo servidores de la Administración del Estado, están también exentos de la prohibición de que se trata por expresa disposición de la ley, lo que viene a materializar el asesoramiento y la defensa jurídica a quienes no pueden procurárselos por sí mismos, dando eficacia al derecho a la defensa jurídica que garantiza la Constitución.

---

<sup>64</sup> Dictamen N°31.000 de Contraloría General de la República, de 4 de julio de 2008.

Respecto a la Defensoría Penal Pública, cabe señalar que, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1, 2, 35 y 36 de la ley N°19.718 que la creó, dicha institución es un servicio público descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia, cuya finalidad es proporcionar defensa penal gratuita a quienes, careciendo de abogado, sean imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, causas dentro de las cuales se encuentran, por cierto, las reguladas por la ley N°20.000. Su misión, por lo tanto, es garantizar el debido proceso y el derecho a contar con un abogado defensor.

En atención de aquello, el inciso tercero del artículo 61 exime al personal de dicha institución de obedecer la prohibición estudiada sólo cuando intervenga en su calidad de funcionario de la defensoría.

Fuera de esa hipótesis, la jurisprudencia administrativa en sus oficios N°s. 54.476 de 2005, 14.689 de 2007 y 31.000 de 2008 concluye que; en virtud de lo establecido en el artículo referido, y atendido a que según lo preceptuado en el artículo 27 de la referida ley N°19.718, se encuentra expresamente prohibido el ejercicio de la profesión de abogado, a quienes desempeñen las funciones de Defensor Nacional, Defensor Regional o defensores locales -salvo en los casos propios o de su cónyuge-; dichos servidores se encuentran impedidos de actuar como “defensores privados” de imputados en cualquier causa, especialmente las reguladas por la ley N°20.000.

Cabe destacar que en lo que respecta a las excepciones que la norma comentada contempla en su inciso tercero, se ha señalado por esta misma jurisprudencia, que ellas deben aplicarse restrictivamente, razón por la cual no cabe extender su aplicación a situaciones no previstas.

Así, respecto a la discusión de si corresponde aplicar o no la norma a los defensores públicos contratados por medio de licitaciones o convenios directos, la Contraloría General señaló a través del dictamen N°44.753 del año 2012, principalmente, lo siguiente:

Que atendido lo dispuesto fundamentalmente en los artículos 4, 31, 40, 42 y 49 de la mencionada ley N°19.718, se desprende que la prestación de los servicios de defensoría se ejecuta por defensores penales públicos, esto es, por abogados que son funcionarios de la entidad de que se trata -defensores locales- o por personas naturales o jurídicas contratadas mediante los procedimientos licitatorios previstos en esa normativa o, excepcionalmente, a través de convenios directos.

Que a su vez, de acuerdo al artículo 51 del mismo texto legal, los abogados que en virtud de tales certámenes deban asumir la defensoría penal pública serán incluidos en una nómina que elaborarán las Defensorías Regionales, individualizándolos con sus nombres y, según proceda, señalando su pertenencia a una persona jurídica licitada, indicando los artículos 52 y 54 de ese texto legal que el letrado elegido por el beneficiario queda designado como defensor del imputado o acusado, teniendo desde entonces, por el solo ministerio de la ley, el patrocinio y poder suficiente para actuar a su favor, sin poder excusarse de asumir su representación.

Que el mismo órgano de control señaló en el dictamen N°25.331 bis de 2006 que el objeto de la restricción del citado inciso primero es impedir que quienes tengan un vínculo laboral con entidades de la Administración del Estado asuman la defensa de personas que se encuentran en la situación procesal descrita, afectando a todo aquel que tenga un vínculo de cualquier naturaleza con la Administración del Estado, incluidos los que ejecuten sus labores sobre la base de honorarios o contratos regidos por el Código del Trabajo, como bien señalamos anteriormente.

Por lo tanto, se concluye que la excepción establecida en el inciso tercero del precepto referido resulta aplicable a los abogados que prestan el servicio de defensa penal pública, sea como funcionarios de la Defensoría Penal Pública o en virtud de un convenio suscrito con ésta, circunstancia de la cual se sigue que estas últimas personas se encuentran sujetas, correlativamente, a la prohibición que constituye el enunciado principal de esa disposición cuando actúan fuera de dichas calidades, es decir como defensores privados.

Del mismo modo, la Contraloría precisa que respecto a los abogados que prestan los servicios de defensoría con motivo de un acuerdo de voluntades, es decir a través de una licitación o convenios directos, el citado inciso tercero no distingue si aquél ha sido suscrito

por una persona natural o por una persona jurídica, por lo que se entiende que los destinatarios de la norma son los letrados que, particularmente considerados, ejecutan la tarea pública de que se trata, puesto que el patrocinio o la representación de los beneficiarios de la Defensoría Penal Pública es asumida por individuos determinados, tal como se desprende de los mencionados artículos 51 a 54 de la ley N°19.718.

Se concluye así, que una interpretación diversa implicaría establecer una diferencia arbitraria entre personas que ejercen exactamente las mismas labores, por el solo hecho de ejecutarlas en virtud de licitaciones o convenios directos.

De esta forma se resuelve que, tanto los abogados que hayan convenido por sí con la entidad ocurrente la prestación del servicio de defensoría penal pública, como aquellos que integran o se desempeñan en una persona jurídica contratada a ese efecto, se encuentran sujetos a la prohibición establecida en el inciso primero del artículo 61 de la ley N°20.000, excepto cuando actúen en ejercicio de esa actividad.<sup>65</sup>

Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago tuvo una opinión distinta al momento de fallar el Recurso de Protección Rol N°33.167 del 2012. En efecto, en dicha sentencia señaló que al analizar la ley N°18.834, se puede observar un claro distingo entre los defensores penales públicos-, en cuanto funcionarios regidos por dicho texto legal, tanto respecto de la designación, promoción y remoción-, con aquellos que han sido elegidos mediante un proceso de licitación.

Que, respecto a estos últimos, se ha producido una externalización de la defensa penal en favor de los imputados o acusados, con el objeto de que éstos cuenten con un abogado que les permita ejercer su derecho a defensa, como lo garantiza la Constitución Política de la República. Por lo tanto, las personas naturales o jurídicas que en tales condiciones llevan a cabo la prestación respectiva -específicamente los abogados licitados- en ningún caso pueden adquirir la calidad de funcionarios públicos, precisamente porque lo que ha hecho el Estado es desplazar hacia el exterior dicha actividad. Así, se concluye que no se encuentran regidos por la ley N°18.834, sino que se vinculan con el Estado sólo a través del contrato de licitación,

---

<sup>65</sup> Dictamen N°44.753 de Contraloría General de la República, de 25 de julio de 2012.

el que se encuentra regulado en la ley N°19.718, determinándose en ella, el tipo de responsabilidad que les afecta y las causales por las que se puede poner término a éste.

De esta forma, se señala que no parece aceptable la conclusión a la que llega la Contraloría, porque quien participa en una licitación como la revisada, lo hace en las condiciones fijadas en el proceso respectivo. En ese caso, si nada indica que, dentro de las restricciones, se considere una prohibición como la sugerida en el dictamen, señalar que esta si se debe aplicar, implica afectar de un modo anómalo los intereses del licitado y modificar extemporáneamente tales condiciones, en términos que una carga de esa naturaleza debe ser conocida y aceptada por quien intervenga en el proceso, considerando que importa una limitante de entidad para quien se dedica o puede dedicarse, además, al ejercicio liberal de la profesión de abogado.

En mérito de lo expuesto, la Corte llega a la conclusión que la prohibición contemplada en la norma en estudio solo afecta a los abogados que se desempeñen como funcionarios del Estado, regidos por la ley N°18.834, sea como funcionarios públicos o a contrata, pues lo que se pretende es evitar que aquellos abogados que se desempeñen en la Administración Pública, actúen como apoderados o abogados en este tipo de delitos, respecto de los cuales el Estado es quien debe controlar, prevenir y reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes.

Agrega a dicha fundamentación que la conclusión anterior aparece corroborada con lo dispuesto en el inciso segundo de la norma en estudio, pues la transgresión de la prohibición, se sanciona haciendo efectiva una responsabilidad de carácter administrativa, sea con la destitución o el término del contrato- desvinculaciones que están expresamente previstas en el artículo 146 de la ley N°18.834, propia de los funcionarios públicos y del personal a contrata-, o como incumplimiento a las obligaciones funcionarias, también propia del derecho administrativo; y, consecuentemente, ajena al ámbito particular o privado, situación en la que se encuentran los abogados licitados.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Resolución N°13.415 de Corte de Apelaciones de Santiago, de 11 de enero de 2013. Recurso de Protección Rol N°33.167/2012

Como podemos apreciar la jurisprudencia no se encontraba de acuerdo respecto a la solución de la discusión, por lo que la Corte Suprema debió resolver la controversia mediante la resolución N°35.755, que falla el Recurso de Protección Rol N°1.201 del año 2013.

En ésta, además de revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones antes expuesta y rechazar el recurso de protección por considerarse que este no procedía en contra del mencionado dictamen N°44.753 por no ser un acto administrativo, se señaló lo siguiente respecto a la discusión revisada.

Que conforme a lo establecido en las leyes N°19.718 y N°20.000, se concluyó que la prohibición rige tanto para los abogados funcionarios de la Defensoría Penal Pública como para los abogados contratados a cualquier título en instituciones o servicios descentralizados territorial o funcionalmente.

Se entiende que, tanto los abogados que son funcionarios de la Defensoría Penal Pública, como aquellos que forman parte de las personas jurídicas adjudicatarias de la respectiva licitación despliegan la misma labor, de forma tal que advertir la existencia de alguna distinción en cuanto al alcance de la prohibición importaría establecer una diferencia arbitraria entre ellos.

Carece de lógica sostener que las prohibiciones establecidas en la ley para los funcionarios públicos no se aplican a quienes desempeñen igual labor en instituciones que funcionalmente colaboran en la prestación del servicio de la respectiva repartición pública, como es el caso. La excepción a la prohibición se contempla en la propia disposición, y rige exclusivamente respecto a la actuación del abogado en lo relativo a la actuación en el desempeño de su calidad de defensor público, no en lo demás.

La Excelentísima Corte cierra su argumentación señalando que la conclusión a la que se arriba está motivada por la naturaleza del fundamento que justifica la prohibición, que no es otro, que promover y proteger la probidad de los funcionarios públicos y de quienes, como en el caso analizado, realizan y desempeñan igual labor, evitando de este modo que dichos

abogados pudieren verse expuestos al influjo de imputados por los ilícitos que tipifica y castiga la Ley N°20.000.<sup>67</sup>

En definitiva, podemos reafirmar que la posición imperante en nuestra jurisprudencia es la que considera que las excepciones contempladas en el inciso tercero artículo 61 deben ser aplicadas restrictivamente, con el objeto de garantizar el bien jurídico de probidad que el precepto dice proteger.

## **5. Procedimiento y rol de la Contraloría General de la República.**

Respecto a la aplicación y control de la prohibición establecida en la norma en comento, se debe tener presente que, conforme a lo dispuesto en su inciso final, el juez de garantía o el Ministerio Público, en su caso, debe informar a la Contraloría General de la República sobre la identidad de los abogados que patrocinen o actúen como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en esta ley.

Por su parte, este órgano fiscalizador, para cumplir adecuadamente con las obligaciones que el artículo 61 le impone y en atención a la información proporcionada por los organismos mencionados, mantiene una base de datos actualizada con la identidad de los letrados que ejerzan la defensa o representación de los imputados aludidos. Cabe precisar que, la jurisprudencia administrativa contenida en el oficio N°17.413 del año 2011, señaló que nadie podrá ser eliminado de dicha nómina, aun cuando quién en esta se encuentre consignado no esté inhabilitado para ingresar a algún servicio de la Administración, ya que no existe norma legal que faculte para proceder a tal eliminación.

Por otra parte, como bien señalan los oficios de la Contraloría General N°41.280 de 2006 y N°31.000 de 2008, la información de dicha nómina está sujeta a la normativa constitucional y legal existente sobre la materia, especialmente a las regulaciones contenidas en la ley N°19.628, sobre Protección de la vida privada. El artículo 20 del texto legal citado establece, que “*el tratamiento de datos personales por un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia*”, por lo tanto, al transmitir los

---

<sup>67</sup> Resolución N°35.755 de la Corte Suprema, sala tercera constitucional, de 29 de mayo de 2013. Recurso de Protección Rol N°1.201/2013

antecedentes señalados, se debe precisar su procedencia, en cada caso, a la luz de la naturaleza de la información que se pretende ceder y de las competencias que desarrolla el órgano que se requiera. Asimismo, conforme a la letra j) del artículo 61 de la ley N°18.834, sobre el Estatuto Administrativo, el servicio que acceda a la información se encuentra obligado a guardar la debida reserva de los datos personales de que conozca.

De esta forma, el manejo que la Contraloría General realiza de la información proporcionada por el Ministerio Público o el juez de garantía, se efectúa dentro del marco de atribuciones que la ley le entrega. Estas, en consonancia a lo dispuesto en la propia ley N°20.000, no pueden sino estar destinadas a velar por la correcta y efectiva aplicación de la prohibición que el citado artículo 61 establece respecto de los abogados que se desempeñan como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios de la Administración del Estado o en instituciones o servicios descentralizados territorial o funcionalmente, organismos que, precisamente, se encuentran sujetos al control de dicha entidad fiscalizadora.

En efecto, es la propia Constitución Política de la República la que en su artículo 98 dispone que la *“Contraloría General de la República ejercerá el control de legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.”*

Del mismo modo, conforme a lo establecido en los artículos 1 y 6 del texto refundido de la ley N°10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, a dicho órgano de control le corresponde, entre otras funciones, vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo, informar en diversas materias relativas al personal que se desempeña en los organismos públicos sometidos a su fiscalización y, ejercer todas las otras atribuciones que le encomienden las leyes o en las cuales éstas le den intervención, como sucede precisamente con lo dispuesto en el artículo 61 de la ley N°20.000.

Ahora bien, la intervención del ente fiscalizador no puede limitarse a llevar el referido registro, sino que en el ejercicio de sus funciones le corresponde velar porque la referida prohibición sea acatada por los abogados que se desempeñan como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios a que se refiere el inciso primero del artículo 61 y que se encuentran sujetos a su fiscalización, para lo cual debe proceder a contrastar la información referida con la contenida en los registros de personal que mantiene acorde con lo dispuesto en el artículo 38 de la ley N°10.336.

Por lo tanto, como bien se desprende de la jurisprudencia administrativa contenida en los dictámenes N°s. 25.331 bis de 2006, 14.689 de 2007 y 31.000 de 2008, en caso de que se verifique una infracción a la referida prohibición, la Contraloría General de la República, en virtud de sus atribuciones fiscalizadoras y aplicando el principio de coordinación, deberá informar dicha vulneración al organismo público respectivo, a fin de que se adopten las medidas tendientes a aplicar administrativamente las sanciones que procedan, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 de la ley N°20.000, a través del procedimiento que para tal efecto establezca el estatuto aplicable al afectado.

Cabe señalar que, en la mayoría de los casos, el procedimiento establecido para imponer la sanción de que se trata será el contemplado en la ley N°18.834, sobre Estatuto Administrativo. De esta forma, se deberá proceder según las reglas de la investigación sumaria, contenida en su artículo 126, cuando la sanción consistiera en una medida disciplinaria distinta a la destitución -sin perjuicio de los casos en que excepcionalmente procede también para la aplicación de esta última-. Mientras que, cuando los hechos revistieran mayor gravedad y procediera la destitución, se deberá seguir el procedimiento contemplado para el sumario administrativo regulado en los artículos 127 a 145 del mismo texto. Distinto es lo que ocurre cuando el órgano en cuestión cuenta con un procedimiento sumarial propio, como es el caso de las Municipalidades, cuyo procedimiento sancionatorio se encuentra contemplado en los artículos 124 y siguientes de la ley N°18.883, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

De todas formas, una vez impuesta la sanción, la Contraloría General deberá realizar un control de legalidad de la misma, conforme a lo que establece el artículo 99 de la Constitución Política de la República, el cual dispone que, “*en el ejercicio de la función de control de*

*legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, de acuerdo a la ley, deben tramitarse por la Contraloría, o representará la ilegalidad de que puedan adolecer.”*

## **6. Bien Jurídico Tutelado: La Probidad Administrativa.**

A lo largo del estudio del artículo 61 de la ley N°20.000 hemos podido comprobar que el bien jurídico que la norma busca proteger es la “probidad administrativa”. En efecto, la Corte Suprema al fallar el mencionado Recurso de Protección Rol N°1.201 del 2013 señaló precisamente que la naturaleza del fundamento que justifica la prohibición, no es otro, que promover y proteger la probidad de los funcionarios públicos y de quienes realizan y desempeñan igual labor, evitando de este modo que los abogados, que se encuentran en la situación descrita, pudieren verse expuestos al influjo de imputados por los ilícitos que tipifica y castiga la ley N°20.000. Añadió a lo anterior que, en definitiva, precisamente como consecuencia de lo que la citada probidad impone, no resulta consecuente ni encuentra justificación el que dichos profesionales actúen en contra de los intereses del Estado y de la comunidad, habida consideración a que los comportamientos castigados por ese cuerpo normativo sin excepción pugnan con los valores e intereses que el cuerpo social promueve y defiende.<sup>68</sup>

Del mismo modo, la doctrina nacional mayoritaria ha señalado que lo que se protege principalmente con esta norma es la “probidad del funcionamiento de la administración del Estado”. En este sentido, Etcheberry señala que lo que se desea proteger aquí es “la apariencia de imparcialidad y honestidad que debe rodear a la Administración pública”<sup>69</sup>; mientras que, Rodríguez y Ossandón afirman que el bien jurídico protegido “está constituido por la función administrativa, cuyo correcto desempeño exige que se respeten los principios de objetividad, imparcialidad y honestidad en las relaciones con los particulares.”<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> Resolución N°35.755 de la Corte Suprema, sala tercera constitucional, de 29 de mayo de 2013. Recurso de Protección Rol N°1.201/2013

<sup>69</sup> ETCHEBERRY, Alfredo (1998). *Derecho Penal Parte General*, 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, p. 426.

<sup>70</sup> RODRIGUEZ, Luis, y OSSANDON, Magdalena (2005). *Delitos contra la función pública: El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, p. 422.

Ahora bien, para determinar lo que se entiende por probidad, es útil señalar que etimológicamente la palabra “probidad” tiene su origen en el vocablo “*probitas*” del latín, que significa bondad, rectitud de ánimo, integridad y honradez en el obrar. Por lo tanto, comúnmente se ha señalado que la probidad implica la integridad en el obrar de una persona, esto es, el actuar en forma recta, intachable desde el punto de vista ético. Por ello, puede considerársela como un valor y una virtud moral que debieran poseer o desarrollar las personas para guiar su comportamiento en el desempeño de cualquier actividad o trabajo, sea en el ámbito particular o público. En términos generales, la probidad es la rectitud, integridad, moralidad y honradez a que tiene que ajustarse la conducta humana. Es una cualidad moral exigible en todo ámbito de actividad que tenga efecto más allá del propio actor.

En cuanto al concepto de “probidad administrativa”, es necesario precisar que este se puede entender de distinta manera, en consideración del enfoque o perspectiva desde el cual se le define.

Desde el punto de vista de la ética del Servicio Público, el concepto de probidad administrativa tiene dos alcances. Por una parte, viene a constituir la finalidad o propósito de la ética específica de la función pública, consistente en que los agentes públicos actúen en forma moralmente correcta en el desempeño de sus funciones. Por la otra, representa una cualidad o virtud moral que poseen o pueden desarrollar los agentes públicos y que, al tenerla realmente, los impulsa a actuar de un modo ético o moralmente correcto en el ejercicio de su función.<sup>71</sup> Por ende, la “probidad administrativa” consiste en actuar honradamente en el seno de la administración, constituyéndose en un objetivo o propósito de la ética del servicio público y en un valor moral de los particulares.

Desde el punto de vista de la ciencia de la administración, Bascuñán al elaborar su teoría tendiente a demostrar que la administración pública constituye una disciplina de estudio que reúne las características sistemáticas y metodológicas que permiten calificarla de ciencia, identifica los principios básicos en que ella se sustenta. Entre ellos, hace referencia

---

<sup>71</sup> DRAPKIN, Álvaro (1994). *Algunas precisiones sobre la noción de probidad en la Función Pública*. Santiago, Chile. Editado por el Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Escuela de Gobierno y Gestión Pública, Documento de Trabajo N°44, p. 7.

a la necesidad de que exista “idoneidad del funcionario público”, de manera que en el ejercicio de su función pública refleje idoneidad para el cargo.<sup>72</sup>

Al respecto, Drapkin sostiene que “la probidad administrativa es considerada como un principio básico o fundamental en la estructuración y funcionamiento del Gobierno y la Administración del Estado, y se la incluye junto con los otros dos principios esenciales de la administración en un Estado de Derecho contemporáneo, cuales son la legalidad y la eficiencia. Estos tres principios conforman la trilogía que configura el basamento del modelo de una Administración Pública idónea e ideal”.<sup>73</sup>

Bajo esta visión, la “probidad administrativa” viene a conformar un principio fundamental, base o cimiento de la Administración Pública, formando parte del estatuto normativo de la misma.

Finalmente, desde el punto de vista del Derecho, que es la que nos interesa, se entiende que el concepto de probidad administrativa implica un principio aplicable a la Administración y, además, un deber de los funcionarios públicos.

De esta forma, el artículo 8 de la Constitución Política de la República lo reconoce como principio al señalar que el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento a este en todas sus actividades.

Como principio, básicamente consiste en actuar honradamente en el seno de la Administración, haciendo prevalecer el interés público sobre el privado. En este sentido aparece consagrado en nuestro ordenamiento, específicamente en el artículo 52 de la ley de Bases Generales de la Administración del Estado, al señalar, que el estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa “*consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular*”; y casi del mismo modo en la letra g) del artículo 61 de la ley sobre Estatuto Administrativo, referido a las obligaciones de cada funcionario.

---

<sup>72</sup> BASCUÑAN, Aníbal (1963). *Elementos de la Ciencias de la Administración Pública*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, p. 131.

<sup>73</sup> DRAPKIN, Álvaro (1994), ob. cit., p. 7

El connotado académico, Enrique Silva Cimma sostuvo que “este principio rector constituye una base esencial para el correcto ejercicio de la función pública y por ello se proyecta al ejercicio de toda función pública con independencia del cuerpo de normas y especificidad de la ley estatutaria que regule a quien la desarrolla”.<sup>74</sup>

Así también lo ha entendido nuestra jurisprudencia administrativa, dado que la Contraloría General de la República ha reiterado en sus dictámenes que la observancia del bien jurídico de la probidad funcionaria “es un principio administrativo básico, de rango esencial dentro de la Administración”.<sup>75</sup>

Por otra parte, el empleado público, al momento de asumir su cargo contrae a la vez múltiples deberes que son propios de su función pública, cuyo fundamento último responde al interés general que justifica la existencia de tal función. Entre los deberes funcionarios están los de carácter moral, que consisten en responder a ciertos cánones éticos, de manera que la conducta del agente público se ajuste al principio probidad administrativa. De ahí que la probidad administrativa, en Derecho, constituya para el funcionario público un deber moral, del cual se desprenden, a su vez, otros imperativos que tienen un fundamento ético, tales como el deber funcionario de comportarse con dignidad en el desempeño del cargo, en su vida privada y social.

El resguardo de la probidad en cuanto principio y deber moral no sólo constituye la base de obligaciones funcionarias, sino que también, en forma más amplia, es el fundamento de distintas prohibiciones administrativas, cuya infracción genera las responsabilidades y sanciones correspondientes. Este es el caso de la norma del artículo 61 de la ley N°20.000.

---

<sup>74</sup> SILVA, Enrique (1993) *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, p. 122.

<sup>75</sup>Dictamen N°26.854/83 de la Contraloría General de la República, en Compendio de Jurisprudencia Administrativa. Santiago, bienio 1983/83, p. 256.

## 6.1. Relación con la Corrupción

Como bien señalábamos antes, la probidad es el resultado del desarrollo ético de las personas, mientras que la corrupción, en su acepción común, es entendida como un modo de comportamiento que se da cuando el sujeto activo carece de probidad, a causa de lo cual se desvía de sus funciones regulares y vulnera las normas éticas propias de su oficio en busca de un interés particular. La corrupción se manifiesta como un mal o patología moral que puede darse en las actuaciones de las personas y, específicamente, en las acciones de los agentes públicos, en tanto que la probidad aparece como el antídoto natural que impide su desarrollo.

Para la Comisión Nacional de Ética Pública, creada por decreto número 423 del Ministerio del Interior en abril de 1994, “hay corrupción cuando un agente público en el ejercicio de las funciones que le atribuye la legislación vigente, y a través de las mismas, consigue un beneficio privado. En las conductas corruptas hay una desviación de las obligaciones normales que incluye la función pública y la violación de las normas que la regulan, con el propósito de satisfacer un interés privado”.<sup>76</sup>

En la misma, línea podemos señalar que corrupción se entiende como “la utilización de un cargo público en beneficio propio o de terceros y en contra de los intereses de la institución o comunidad (...). A un nivel más profundo, la corrupción puede ser interpretada como una falla en la estructura institucional de la sociedad, en particular en su capacidad de gobernabilidad. Si la estructura institucional fuese efectiva, los actos de corrupción serían detectados y sancionados como regla general y, a la vez, las normas serían adaptadas de manera expedita para inhibir actos de corrupción.”<sup>77</sup>

De lo anterior se puede inferir que las medidas que se adopten para prevenir y sancionar la corrupción no necesariamente producen como efecto directo el fortalecimiento de la

---

<sup>76</sup> RODRÍGUEZ, Luis (2004). Delimitación del concepto penal de Corrupción. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXV*, Valparaíso, Chile, p. 358. [pp. 339 - 359]

<sup>77</sup> SOTO, Raimundo (2000). *La corrupción desde una perspectiva económica*, Programa de Postgrado en Economía, ILADES Georgetown University y Banco Central de Chile. p. 7.

probidad. Pero, por el contrario, el apego de todos los agentes de la Administración al principio de probidad evita y permite prevenir la corrupción.

Se advierte que determinados hechos o circunstancias que se proponen como causas de corrupción, como por ejemplo, la dimensión del Estado, el tipo de régimen político, las deficiencias administrativas, la insuficiencia de los controles o las bajas remuneraciones, no son en sí mismas y en forma directa causas de corrupción ni de ausencia de probidad. El individuo recto lo será aunque existan tales circunstancias, pero ellas pueden constituir factores que favorezcan el desarrollo de conductas corruptas en las personas que carezcan de probidad.

Así, en términos generales existen ciertos elementos que favorecen la aparición de la corrupción y están presentes en buena parte de los países en desarrollo. Estos serían la falta de una clara delimitación entre lo público y lo privado; la existencia de un ordenamiento jurídico e institucional inadecuado a la realidad nacional y la inoperancia práctica de las instituciones públicas.<sup>78</sup>

## **6.2. Probidad Administrativa en el Derecho Positivo Chileno**

En la actualidad el marco jurídico básico, no excluyente por cierto, que regula la probidad administrativa esta conformado en primer lugar por el ya mencionado artículo 8° de la Constitución Política de la República que previene lo siguiente:

*“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.*

*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.”*

La reforma Constitucional, materializada a través de la ley N°20.050, incorporó a nuestra Constitución el nuevo artículo 8°, en virtud del cual se integran dos principios rectores a nuestra Carta Fundamental; el de probidad y el de publicidad de los actos de los órganos

---

<sup>78</sup> SOTO, Raimundo (2000), ob. cit., p. 18.

del Estado. De esta manera, estos dos principios se consagran como nuevas bases de la Institucionalidad Chilena.

La inclusión de estas dos nuevas bases de la institucionalidad, tiene por objeto hacerlas aplicables a todo el funcionamiento del Estado, a todos quienes ejercen funciones públicas aun cuando no revistan necesariamente la calidad de servidores del Estado, vinculando no sólo a sus órganos, sino además a los particulares que coadyuvan en dicha función, pues lo que se trata de cautelar es el interés general, impidiendo que este sea sacrificado en función de objetivos o aspiraciones de carácter particular.<sup>79</sup>

En segundo lugar, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, incluso antes que la Constitución Política de la República, había establecido y reconocido el carácter de principio de la institucionalidad nacional de la probidad.

Así, en el inciso segundo de su artículo 3 señala que *“la Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas (...).”*

Asimismo, el artículo 13, prescribe que *“los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.*

*La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.”*

La referencia a las “normas especiales” se relaciona con el hecho de que el inciso segundo del artículo 43 previene que *“cuando las características de su ejercicio lo requieran, podrán existir estatutos de carácter especial para determinadas profesiones o actividades”*. Estos “estatutos especiales” están mayoritariamente mencionados en el artículo 162 del Estatuto Administrativo, el cual finaliza señalando que los funcionarios afectos a esos textos

---

<sup>79</sup> En tal sentido véase la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 634/06 del 9 de agosto del 2007.

particulares “*se sujetarán a las normas de este Estatuto Administrativo en los aspectos o materias no regulados por sus estatutos especiales.*”

Ya en el Título III, “De la Probidad Administrativa”, de la Ley Orgánica en estudio, se regula de manera pormenorizada este principio y sus efectos. Se trata, en tal sentido, en primer lugar la obligación de las autoridades y funcionarios de la Administración del Estado de dar cumplimiento al principio de probidad.

En efecto, el artículo 52, inciso primero, dispone que las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de probidad administrativa.

La doctrina administrativa ha precisado que el personal que se desempeña en la Administración del Estado en virtud de un contrato de honorarios está igualmente obligado a cumplir con el principio de probidad administrativa. Así, la Contraloría General de la República señaló, a través de sus dictámenes N°129 de 2004 y 383 de 2007, que las personas contratadas a honorarios deben observar el principio de probidad administrativa, el que no sólo alcanza a los empleados o funcionarios públicos, sino que también a aquéllos contratados sobre la base de honorarios, como quiera que éstos también tienen el carácter de “servidores estatales”, en la medida que prestan servicios al Estado, en virtud de un contrato suscrito con un órgano público.

Por otra parte, en el inciso segundo del artículo 52, se establece cual es el contenido del principio de probidad administrativa el cual “*consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.*”

Observamos de tal manera que, este principio encuentra su base en el “interés general”, el que, conforme al artículo 53 del mismo texto, “*exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz*”. Asimismo el legislador orgánico señaló que dicho interés general “*se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución*

*de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.”*

Finalmente, el Título III regula también las inhabilidades e incompatibilidades administrativas, así como la responsabilidad administrativa y sus sanciones, por transgredir en último término el principio de probidad.

De tal manera, el artículo 62 de la misma ley N°18.575 tipifica un conjunto de conductas que afectan la obligación de sujetarse en todas sus actuaciones al principio de probidad. Señala que *“contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas”*, de las cuales mencionaremos solo las que pudieran tener relevancia en relación a la prohibición contenida en el artículo 61 de la ley 20.000.

*“1. Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tuviere acceso en razón de la función pública que se desempeña;*

*2. Hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero;*

*3. Emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros;*

*4. Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales;*

*8. Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración.”*

En tercer lugar, podemos ver que el principio de probidad administrativa se encuentra contemplado de igual forma en la ley N°18.834, sobre el Estatuto Administrativo, al establecer expresamente en la letra g) de su artículo 62 que será obligación de cada funcionario *“observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con*

*preeminencia del interés público sobre el privado*”, sin perjuicio de que el resto de las obligaciones implican de una u otra forma el deber de desempeñarse conforme a dicho principio.

Finalmente, en materia penal también se protege la obediencia al principio de probidad a través de la tipificación de figuras que sancionan vulneraciones a dicho bien jurídico. De esta manera, el Código Penal sanciona la prevaricación (artículo 223), la malversación de caudales públicos (artículo 232), el fraude y las exacciones ilegales (artículo 239), el cohecho (artículo 248) y el soborno (250) por ejemplo.

De este modo, el principio de probidad pasó de tener un mero significado jurisprudencial -que en definitiva se limitaba a identificar conductas que transgredían o podían transgredirlo basado en la idea de deberes morales que establecía el antiguo Estatuto Administrativo- a un reconocimiento legal, primero en la ley N°18.575, luego en la ley N°18.834 y por último como máxima aplicable a todos los Órganos de la Administración del Estado y consecuentemente a todos sus funcionarios, cualquiera que fuera la posición que en ella ocuparan, para que en última instancia, fuese instaurado como precepto constitucional exigible y fiscalizable, a todos quienes desempeñen una función pública, con independencia de cuál sea esa labor, plasmando de tal forma, una concepción amplia del principio, además de vinculante.<sup>80</sup>

Cabe mencionar además, que Chile ha suscrito los principales instrumentos internacionales de nuestra región sobre el control de corrupción, entendiéndose por estos la Convención Interamericana Contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

La Convención Interamericana contra la Corrupción fue promulgada por el decreto N°1.879, de 1998, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicada en el Diario Oficial el 2 de febrero de 1999. Esta Convención, fue el primer instrumento internacional de carácter jurídico que se adoptó respecto a la corrupción, y ha puesto en la agenda internacional la

---

<sup>80</sup> PALLAVICINI, Julio (2013). El principio de probidad administrativa en la jurisprudencia de la Contraloría General. *Revista de Derecho Público Vol. 78*, Universidad de Chile, Santiago, Chile, p. 125.

necesidad de penalizar la corrupción y toda otra forma de enriquecimiento ilícito, potenciando el principio de probidad.

Su principal propósito es comprometer a los Estados Partes a adoptar “los mecanismos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción... promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes...”.<sup>81</sup>

En ese sentido, se establecen nuevos tipos penales como el soborno activo, soborno pasivo y transnacional, el enriquecimiento ilícito, uso indebido de información reservada o de bienes del Estado, y el tráfico de influencias. Se impone también el deber de obrar conjuntamente, prestándose colaboración técnica y judicial entre los Estados Partes. Esta cooperación internacional, en disposiciones relativas a la extradición, secreto bancario y asistencia y cooperación recíproca.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción fue suscrita en México el 9 de diciembre de 2003, siendo ratificada y promulgada por nuestro país el año 2006. Esta ha tenido un alcance sin precedentes, convirtiéndose en el mayor y más importante acuerdo en esta materia, pasando a ser el primer instrumento internacional que pretende combatir a nivel general la corrupción, considerando que esta “ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional, que afecta a todas las sociedades y economías.”<sup>82</sup>

De tal manera, en su artículo 1 establece que su finalidad es “a) *Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;* b) *Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;* y c) *Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.*”

---

<sup>81</sup> Convención Interamericana Contra la Corrupción, artículo II.

<sup>82</sup> Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, preámbulo.

### **III. Constitucionalidad de la Norma**

#### **1. Principios del Control de Constitucionalidad**

Habiendo realizado ya el análisis jurídico sobre los elementos, efectos y alcances de la norma establecida en el artículo 61 de la ley N°20.000, y comprobando de esta forma que el bien jurídico que pretende tutelar es la “probidad administrativa”; corresponde ahora aplicar un control de constitucionalidad al precepto estudiado, de acuerdo a los criterios utilizados tanto por la jurisprudencia constitucional extranjera, como por el Tribunal Constitucional Chileno. Sin embargo para realizar esta tarea, es preciso señalar antes, que dicho mecanismo de resguardo de los derechos y libertades constitucionales se basa en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales procederemos a revisar brevemente a continuación a partir de los estudios que los profesores Martínez y Zúñiga han realizado sobre la materia.

##### **1.1. Principio de Razonabilidad**

Hablar de razonabilidad en el Derecho supone analizar si las decisiones de relevancia jurídica son o no “razonables”, o sea, si los fundamentos que las justifican son o no ajustadas a la razón, y no producto de meras apreciaciones subjetivas reactivas a sentimientos, impresiones o gustos personales.<sup>83</sup> En efecto, como señala D’Ors, una decisión racional debe combinar la argumentación lógica de conceptos jurídicos claros, con la necesidad de alcanzar una solución práctica y lo más sencilla posible. Dicha decisión prudente, además, no solo resulta exigible a los tribunales, sino que a toda actividad jurídica.<sup>84</sup>

De esta forma, se entiende que la razón deberá guiar todo proceso de creación e interpretación de Derecho, de modo tal que ante la decisión de determinar qué solución es la

---

<sup>83</sup> MARTÍNEZ, José y ZUÑIGA, Francisco (2011). El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales, Año 9, N°1*. Talca, Chile. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, p. 200.

<sup>84</sup> D’ORS, Álvaro (1999). *Nueva introducción al estudio del Derecho*. Madrid, España, Civitas, pp. 75-76. En MARTÍNEZ, José y ZUÑIGA, Francisco (2011), p. 200.

jurídicamente adecuada, deberemos tomar por esta la que se apega de manera más completa a los estándares de razonabilidad y sentido común.

Esta idea ha sido la matriz de los sistemas constitucionalistas occidentales, cuyo primer referente se encuentra en el ordenamiento de los Estados Unidos. De hecho, los padres del constitucionalismo norteamericano entendían a la Constitución como una manifestación de la razón, como una forma de alcanzar un gobierno que no estuviese fundado en la arbitrariedad y la fuerza. Ello suponía, entre otras cosas, el respeto y protección a la justicia y a los derechos que la Naturaleza confiere al ser humano, y por lo tanto, hacía necesario transformar la Constitución en un texto escrito en el que se plasmaran expresamente las competencias que se atribuirían a los poderes públicos.<sup>85</sup>

Con posterioridad, dicho modelo constitucionalista sería adoptado por distintos países, siendo Chile uno de aquellos. Así, nuestra Constitución recogería el sistema clásico principalmente a través de dos preceptos. En primer lugar, el artículo 5, que en su inciso segundo dispone que *“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*

En segundo lugar, el artículo 7 de la misma carta en sus incisos primero y segundo, consagra el principio de juridicidad, según el cual los poderes públicos son creados por la Constitución y las normas dictadas conforme a ella; que estos solo pueden ejercer las competencias que expresamente les hubieren sido conferidas por la Carta Fundamental y las normas que se ajusten a aquella, y que el ejercicio de ellas debe someterse a los procedimientos contemplados en la Constitución y en la ley.

Así, se entiende que la protección de los derechos fundamentales es el eje central de los sistemas constitucionalistas clásicos, siendo el objetivo principal de las Constituciones garantizarlos frente al ejercicio del poder.

---

<sup>85</sup> SMITH, Steven (1998). *The Constitution and the pride of reason*. New York, USA. Oxford University Press, pp. 3-9, 33, 45-47. En MARTÍNEZ, José y ZUÑIGA, Francisco (2011), ob. cit., p. 204.

Sin embargo, no hay que confundirse respecto al alcance de los mismos, no se puede sostener que los derechos esenciales sean ilimitados. Por el contrario, cada uno de los derechos y libertades tienen un contenido propio y por ende límites, los cuales permiten identificarlos y diferenciarlos de los demás o de otras instituciones o realidades jurídicas.<sup>86</sup>

En tal sentido, como señalan los profesores Martínez y Zúñiga, es necesario comprender que para el efecto de fijar los límites entre los distintos derechos y libertades, el poder legislativo deberá llevar a cabo una regulación y reglamentación normativa, que en todo aspecto deberá ceñirse a los estándares del principio de razonabilidad. Del mismo modo, Nogueira nos recuerda que “toda limitación autorizada por la Carta Fundamental que realice el legislador de los derechos fundamentales, además de la necesidad de que esté expresamente autorizada por la Carta Fundamental, debe ser justificada, no pudiendo ser arbitraria”.<sup>87</sup>

De tal manera, para los académicos mencionados, la idea antes esbozada se materializaría en nuestra Constitución a partir de dos exigencias que emanan de sus artículos 5, 6, 7 y 19, siendo la primera formal y la segunda material o de fondo. La exigencia formal dice relación con que la regulación o reglamentación provenga de los órganos competentes y que se ajuste a las formalidades y procedimientos contemplados en la Constitución. En nuestra Carta Fundamental, la regulación, complementación o, en su caso, limitación del ejercicio de los derechos compete solo al legislador, en los casos en que la propia Constitución así lo dispone. Así se aplica el principio de legalidad en materia de derechos.

En cuanto a las exigencia material o de fondo, esta requiere que los objetivos de la norma, contenido y los medios empleados en esta sean acordes a la Constitución y respondan a cierta “racionalidad” del orden jurídico, en particular con aquel supuesto núcleo irreductible que constituye a cada derecho o libertad, y que permite identificarlos unos de otros, el cual se ha entendido como su contenido esencial y que se encuentra tutelado por el artículo 19 N°26.

---

<sup>86</sup> MARTÍNEZ, José y ZUÑIGA, Francisco (2011), ob. cit., p. 205.

<sup>87</sup> NOGUEIRA, Humberto (2008). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad, Tomo I.* Santiago, Chile. Editorial: Librotecnia, p. 128.

De tal forma, al constatar la importancia del rol que cumple el legislador en la tarea de regulación, complementación y limitación de los derechos, será a su vez, fundamental controlar que el ejercicio de dichas competencias se haga respetando el contenido esencial de los mismos. En tal sentido, el control de constitucionalidad es una de las herramientas más importantes para controlar la observancia de aquellas exigencias, toda vez que no solo apunta a verificar que las actuaciones de los poderes públicos se ajusten formalmente a la Constitución, sino que además, determina si existe o no correspondencia entre el ejercicio de la potestad normativa y el fin perseguido por esta.<sup>88</sup>

Para Martínez y Zúñiga, tal correspondencia consiste, por una parte, en que el “acto normativo sea efectivamente la vía idónea para conseguir el fin, y, por otra, que las regulaciones, complementaciones o, en su caso, limitaciones al ejercicio de los derechos, sean razonables. Ello implicara a veces verificar que exista una proporcionalidad entre la medida normativa y el fin perseguido a través de esta. Si esto se cumple la norma estará conforme a la Constitución.”<sup>89</sup>De tal manera, los docentes agregan el criterio de proporcionalidad al principio de razonabilidad como instrumento para controlar la relación entre el acto normativo y el fin perseguido por el legislador, el cual, como veremos, se considerará en sí mismo como un principio del control de constitucionalidad.

En definitiva, podemos concluir que el control de constitucionalidad implica necesariamente un juicio de razonabilidad y que, si bien dicho principio no se encuentra expresamente reconocido en nuestra Constitución, este si esta implícito en los Art. 7, con relación al 5, y 19, números 2, 3, 7, 20, 22 y 26.

En efecto, el artículo 7, al consagrar el principio de imperio del Derecho, descansa claramente en la idea de que los poderes públicos no pueden actuar de manera arbitraria. Ello implica que, además de su “*investidura regular*”, deben actuar “*dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.*” En tal sentido, la competencia de los órganos estatales debe entenderse no solo formalmente, sino que además desde un punto de vista material o de fondo, según el cual esta se encuentre limitada por el respeto a, como señala el artículo 5,

---

<sup>88</sup> MARTÍNEZ, José y ZUÑIGA, Francisco (2011), ob. cit., pp. 205-206.

<sup>89</sup> Ídem.

*“los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (...) garantizados por esta Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que estén vigentes.”*

Esa misma idea se consagra en el numeral 26 del artículo 19, según el cual se establece que en los casos que la Constitución autoriza al legislador para complementar, regular o limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, de todas formas este no podrá afectar su contenido esencial, *“ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”*

Del mismo modo, en el Artículo 19 de la Carta Fundamental encontramos que algunos derechos, de forma implícita pero clara, se vinculan a la idea de razonabilidad. Se trata del principio de igualdad y sus diversas manifestaciones (N<sup>os</sup>. 2, 20 y 22) y del derecho al debido proceso (N<sup>os</sup>. 3 y 7), los cuales analizaremos más adelante, al ser, en nuestra opinión, precisamente de aquellos a los cuales la norma del artículo 61 de la ley N<sup>o</sup>20.000 transgrede.

## **1.2. Principio de Proporcionalidad**

Como bien señalamos anteriormente, el control de constitucionalidad está estrechamente vinculado con el principio de razonabilidad, el cual a su vez comprende el principio de proporcionalidad.

Pues bien, el juicio de proporcionalidad consiste en determinar hasta qué punto resulta constitucionalmente admisible una intervención estatal, o lo que es lo mismo, cual es el grado de intervención compatible con el respeto a los derechos. Mediante la proporcionalidad se puede llegar a determinar si una actuación estatal, y más precisamente, si la intensidad de esta es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin.<sup>90</sup> Desde luego ello apunta a eliminar la arbitrariedad, y de tal forma, el juicio de proporcionalidad supone el de razonabilidad.

En ese sentido podemos sostener que, si bien razonabilidad y proporcionalidad son conceptos parecidos, que apuntan al mismo objetivo de evitar la arbitrariedad, estricta y

---

<sup>90</sup> ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ, José y ZUÑIGA, Francisco (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales, Año 10, N<sup>o</sup>1*. Talca, Chile. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, p .66.

formalmente no son lo mismo. Realmente lo que hay entre ambos principios es una relación de género a especie. Ello, porque la idea de razonabilidad abarca la proporcionalidad, siendo esta una consecuencia o manifestación de aquella, mediante la cual se puede llegar a determinar si una actuación estatal es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin.<sup>91</sup> En efecto, como señala Fernández, una forma de saber si un acto normativo es o no arbitrario y carente de razonabilidad, es determinar si existe proporcionalidad entre aquel y el fin que se persigue.<sup>92</sup>

En definitiva, podemos entender que en cierta forma, el principio de proporcionalidad viene a reflejar la misma exigencia propia del principio de razonabilidad, a saber, que la producción de Derecho debe sujetarse a ciertos estándares que impidan o disminuyan al máximo la arbitrariedad.<sup>93</sup> Ese es el fundamento de la idea de proporcionalidad, que teniendo su origen en Alemania, se ha expandido por todos los países que recogen el sistema de Derecho Continental, tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial.

En cuanto al desarrollo histórico de este principio en la jurisprudencia y doctrina internacional, cabe señalar que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania fue el primero que desarrolló el concepto de la proporcionalidad con estrecha referencia a la naturaleza de los derechos fundamentales y al estado de derecho, consagrándolo como un principio general de rango constitucional, que debe presidir la actuación de todos los poderes públicos.<sup>94</sup> De tal forma, a partir de la jurisprudencia elaborada por dicho Tribunal, la proporcionalidad pasó a transformarse en un principio constitucional de protección de los derechos fundamentales, en virtud del cual se “prohíbe que las acciones de los poderes públicos sean excesivas y se establece la obligación de que estén contenidas dentro de sus propios límites”.<sup>95</sup>

En ese sentido, se señaló que la intervención del poder Estatal no debe superar la intensidad mínima que sería necesaria para cumplir eficazmente la finalidad legítimamente perseguida, de modo tal que, si el objetivo que se pretende alcanzar pudiese ser

---

<sup>91</sup> MARTÍNEZ, José y ZUÑIGA, Francisco (2011), ob. cit., pp. 201-202.

<sup>92</sup> FERNÁNDEZ Miguel (2001), *Principio constitucional de igualdad ante la Ley*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, pp. 262-263.

<sup>93</sup> ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ, José y ZUÑIGA, Francisco (2012), ob. cit., p. 66.

<sup>94</sup> Ibid., p. 68.

<sup>95</sup> PEREIRA, Antonio (2003). *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, Santiago de Compostela, España. Tórculo Edicións, p. 42. En ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ, José y ZUÑIGA, Francisco (2012), ob. cit., p. 68.

suficientemente logrado por una intervención menos invasiva que la que en definitiva se implementó, aquel exceso supondría una infracción a la proporcionalidad, y en consecuencia, dicho acto recaería en inconstitucionalidad.

En definitiva, la doctrina y jurisprudencia identifican cuatro requisitos que comprenden al principio de proporcionalidad, los cuales deben aplicarse a toda intervención, regulación y limitación de los derechos y libertades fundamentales emanada de cualquiera de los poderes del Estado.

En primer lugar, (i) se exige que la actuación estatal que restrinja dichos derechos debe perseguir una finalidad legítima. A su vez, (ii) dicha intervención debe ser adecuada o idónea para la promoción de dicho objetivo legítimo. En tercer lugar, (iii) la intervención debe ser necesaria, aquello quiere decir que, de entre las distintas alternativas de restricción de que se disponga, debe ser la que afecte menos los derechos involucrados, es decir, la que signifique una invasión menos intensa. Finalmente (iv) se requiere que el acto normativo sea proporcional en sentido estricto, esto quiere decir que la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada para la consecución de su objetivo. Por lo tanto, los instrumentos y los medios aplicados deben justificarse en su grado de gravedad, de modo tal que la intensidad de las intervenciones sea proporcionada a la urgencia o necesidad de los objetivos. Este último conlleva una ponderación entre el interés del individuo, manifestado en su derecho fundamental, y el interés público. Esta ponderación debe tener en cuenta la situación particular del individuo y, desde luego, no puede suponer la anulación o negación del derecho.<sup>96</sup>

En conclusión cada vez que una actuación afecte un derecho o principio constitucional, se requerirá acreditar la adecuación, necesidad y aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento respecto a la consecución de la finalidad legítima perseguida por la misma, para determinar si la intervención del poder es proporcional al objetivo expresado.

De esa manera, si bien este principio no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, si ha sido recogido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En efecto, a través de la Opinión Consultiva 5/85, dicha

---

<sup>96</sup> ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ, José y ZUÑIGA, Francisco (2012), ob. cit., p. 71.

Magistratura sostuvo que en el sistema interamericano la restricción (i) debe responder a la “existencia de una necesidad social imperiosa”, es decir, debe estar orientada “a satisfacer un interés público imperativo”; (ii) “entre varias opciones para alcanzar este objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido”, y (iii) “la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”<sup>97</sup>. Asimismo, en la Opinión Consultiva 8/87, la Corte señaló que la licitud de las medidas de suspensión de garantías que se adopten depende “del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella”.<sup>98</sup>

De tal forma, tal como sostienen Medina y Nash, podemos concluir que la Corte Interamericana entiende que toda restricción de los derechos constitucionales debe ser (i) conducente para conseguir proteger el valor que se puede proteger mediante la restricción de ese derecho particular; (ii) debe ser proporcional, es decir, en la medida estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido; y (iii) no debe haber otra alternativa para conseguir el fin perseguido que restringir ese derecho, lo que implica que, si la hay, debe emplearse esa alternativa y no la restricción.<sup>99</sup>

Ahora, si bien es cierto que la Constitución chilena no contiene ninguna norma que consagre expresamente el principio de proporcionalidad, se ha sostenido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que respecto de este, ocurre algo similar a lo que pasa con el principio de razonabilidad, toda vez que se encontraría “implícito en las reglas del Estado de Derecho, siendo un principio inherente a éste”.<sup>100</sup>

De esta forma, encontraríamos al principio de proporcionalidad en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, contenido en la garantía general de protección de los derechos constitucionales consagrada en las bases de la Institucionalidad que conforman el Estado de Derecho; y en distintos numerales del artículo 19, tanto en el segundo al establecer la prohibición de toda conducta arbitraria, como en el 26 al consagrar la garantía normativa del

---

<sup>97</sup> Opinión Consultiva 5/85 CIDH, 13 de noviembre de 1985, punto 46.

<sup>98</sup> Opinión Consultiva 8/87 CIDH 30 de enero de 1987, punto 22.

<sup>99</sup> MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio (2007). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago, Chile. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 34-35.

<sup>100</sup> NOGUEIRA, Humberto (2008), ob. cit., p. 246.

contenido esencial de los derechos; en el N°3, a propósito del derecho al debido proceso; y en el N°20 del mismo precepto, al reconocer el derecho a la igual repartición de los tributos, y prohibir al legislador “*establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.*”

Por consiguiente, el Tribunal Constitucional chileno ha aplicado este principio y su correspondiente test, chequeando a través de sus sentencias si existe relación ente los medios legítimos utilizados y el fin perseguido por el acto normativo. En tal sentido, su jurisprudencia ha señalado que la regulación legal de los derechos “debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos.”<sup>101</sup> Asimismo, de manera más detallada, la sentencia Rol N°1.046 del 2008, sostuvo que en el examen de constitucionalidad de normas legales “debe necesariamente revisarse si las limitaciones que ellas establecen se encuentran suficientemente determinadas por la ley y si están razonablemente justificadas; esto es, si persiguen un fin lícito, resultan idóneas para alcanzarlo y si la restricción que imponen puede estimarse proporcional al logro de esos fines lícitos que la justifican.”<sup>102</sup> Y en la sentencia Rol N°1.061 también del año 2008, dijo que “si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean –las mismas restricciones– proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando, por ende, tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes.”<sup>103</sup>

En definitiva, la proporcionalidad es antes que todo un mecanismo de control del poder, es decir un instrumento destinado a medir si la intervención estatal es o no lícita. Para determinar aquello, se entiende que su requisito principal es que los derechos y las libertades de una persona solo se pueden limitar en la medida en que ello sea apropiado y necesario para lograr un objetivo legítimo. Estas normas exigen también que de las opciones disponibles para restringir los derechos y las libertades de una persona con miras a lograr un

---

<sup>101</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°541/06, de 13 de julio de 2006, considerando 15.

<sup>102</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°1.046/08, de 3 de marzo de 2008, considerando 22.

<sup>103</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°1.061/08, de 17 de abril de 2008, considerando 17.

objetivo legítimo, se adopte la que resulte menos intrusiva para los derechos fundamentales. Por lo tanto un acto normativo no será lícito, si en la práctica ello se traduce en la anulación o derogación del derecho o libertad de que se trate.

Como bien señala Aldunate, el fundamento “del principio de proporcionalidad se deriva de estar los poderes públicos vinculados a los derechos fundamentales y, en consecuencia, no ser admisible para ellos una disminución de las posibilidades de actuación de los titulares de derechos fundamentales si no es en virtud de una causa justificada, y solamente en la medida necesaria para obtener el fin que justifica dicha causa.”<sup>104</sup>

## **2. Test de Constitucionalidad**

Conforme a lo anterior, procederemos a realizar el test de constitucionalidad de la norma establecida en el artículo 61 de la ley N°20.000, para determinar en definitiva, si el precepto en comento es razonable o arbitrario y, por consiguiente, si este se apega o no a nuestra Carta Fundamental. Para aquello analizaremos cuáles son los derechos constitucionales que podrían verse vulnerados por la norma, y respecto de ellos aplicaremos el mecanismo de resguardo señalado, en atención de los requisitos establecidos por la doctrina y jurisprudencia para determinar si la disposición satisface o no los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

De tal manera, podemos observar que los derechos constitucionales que se ven afectados por el artículo estudiado son los siguientes:

### **2.1. Debido Proceso**

El debido proceso es un principio general del Derecho, compuesto a su vez por una serie de principios de los que emanan diversos derechos o facultades. Dichas garantías se encuentran recogidas por gran parte de los textos constitucionales y tratados internacionales, así como también por las leyes de procedimientos que rigen en los diversos países. Se configura de esta forma como una garantía para el resto de los derechos y libertades, toda

---

<sup>104</sup> ALDUNATE, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago, Chile. Legal Publishing, p. 264.

vez que para regularlos o limitarlos, se deben observar los principios que constituyen al debido proceso.<sup>105</sup>

De tal manera, el debido proceso ha sido conceptualizado por la doctrina nacional como aquel Derecho Fundamental que garantiza al ciudadano que su causa sea oída por un tribunal imparcial y a través de un proceso equitativo; por tanto se constituye como el derecho al proceso debido que agrupa y se desdobra en un haz de derechos filiales reconocidos a la vez todos ellos como Derechos Fundamentales, y que incluye entre otros principios y garantías el derecho a la defensa, el principio de igualdad de armas, el principio de contradicción, el principio de publicidad, el principio de aceleración procesal y el de presunción de inocencia<sup>106</sup>. Por su parte, los profesores Maturana y Montero han señalado que “el debido proceso más bien se refiere al conjunto de derechos y garantías ineludibles para asegurar la adecuada defensa y la tutela judicial efectiva de los individuos dentro de un Estado de Derecho, permitiendo cumplir íntegramente la función constitucional de resolver los conflictos y con ello la mantención del imperio del derecho y la paz social. Así entendido, podemos aventurar señalar que el debido proceso es aquel conjunto de normas y garantías que derivan de exigencias constitucionales y tratados internacionales propias de un Estado de Derecho, y que como sustento mínimo debe considerar la realización del proceso ante un juez natural, independiente e imparcial, teniendo siempre el imputado el derecho a la defensa y derecho a un defensor, la expedita resolución del conflicto, en un juicio contradictorio, en el que exista igualdad de tratamiento entre las partes, pudiendo ambas rendir su prueba, y el derecho a recurrir la sentencia emanada de éste”.<sup>107</sup>

Por consiguiente, el debido proceso se encuentra consagrado por diferentes Tratados Internacionales ratificados por Chile. Así, la Declaración de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 10 dispone: “*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

---

<sup>105</sup> MARTÍNEZ, José y ZUÑIGA, Francisco (2011), ob. cit., p. 215.

<sup>106</sup> ALVARADO, Adolfo (1989). El Debido Proceso. *Gaceta Jurídica* N°110. Santiago, Chile, p. 8.

<sup>107</sup>MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl (2010) *Derecho Procesal Penal. Tomo I*. Santiago, Chile. Editorial: Librotecnia, p. 29.

Políticos, establece este derecho principalmente en su artículo 14, en el cual se consagran a su vez diversas garantías que integran el debido proceso como la igualdad ante los Tribunales de Justicia, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, la posibilidad de recurrir a la revisión de las sentencias condenatorias por Tribunales Superiores y a no ser condenado o absuelto por un delito por el cual ya fue juzgado, entre otras. Asimismo, dentro de nuestro continente, es recogido por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en sus artículos 18 referente al derecho a la justicia, 25 sobre la protección contra la detención arbitraria y el 26 sobre el derecho a proceso regular; y por el Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 8 establece las garantías judiciales, entre las que se cuentan algunas como el derecho a ser oído en un plazo razonable, a un tribunal competente, presunción de inocencia, derecho a defensa y el derecho a un juicio público.

En nuestra Constitución, el debido proceso está consagrado en los numerales 3 y 7 letras b) a la i) del artículo 19, y si bien su principal ámbito de aplicación es el judicial, debe ser respetado por todos los poderes públicos, en cada una de las actuaciones que realicen en el ejercicio de sus funciones. Así, se distingue entre el debido procedimiento procesal y el debido procedimiento sustantivo, siendo el primero el que dice relación con la actividad jurisdiccional propiamente tal, mientras que el segundo se relaciona con la actividad de los otros poderes del Estado.

En ese sentido, el Poder Ejecutivo deberá respetar dicha garantía en todas las decisiones con las que pueda afectar los derechos de las personas, asimismo, el Poder Legislativo deberá observarla en las leyes sobre procedimientos, o en las que regulen o limiten el ejercicio de derechos fundamentales, cuando la Constitución así lo ha autorizado.<sup>108</sup> A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que “tanto los órganos judiciales como los administrativos cuando han de resolver un asunto que implique el ejercicio de la jurisdicción, han de hacerlo con fundamento en el proceso que previamente se incoe, el que ha de tramitarse de acuerdo a las reglas que señale la ley, la que siempre, esto es sin excepción alguna, ha de contemplar un procedimiento que merezca el calificativo de racional y justo. De ahí que el legislador este obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente

---

<sup>108</sup> MARTÍNEZ, José y ZUÑIGA, Francisco (2011), ob. cit., p. 215.

presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquellas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda, excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas, o las restrinja en tal forma que la coloque en una situación de indefensión o de inferioridad.”<sup>109</sup>

Dicho lo anterior, podemos observar que la norma establecida en el artículo 61 de la ley N°20.000, vulneraría el derecho constitucional estudiado, al transgredir dos de los principios que lo integran, los cuales vendrían siendo el derecho a la defensa jurídica por una parte, y el principio de presunción de inocencia por el otro.

### **2.1.1. Derecho a la Defensa Jurídica**

Como bien señalamos, el derecho a la defensa es una de las garantías que comprende el debido proceso, ya que en virtud de este se busca garantizar los derechos individuales fundamentales y la racionalidad y legalidad misma de las actuaciones del Poder en el Estado de Derecho.

La doctrina ha conceptualizado el derecho a la defensa como el “derecho a solicitar y obtener la intervención de abogado para la defensa de los derechos de las personas, intervención que debe admitirse no sólo en los tribunales de justicia, sino en cualquier otro órgano jurisdiccional o ante cualquier autoridad”.<sup>110</sup>

Así mismo, la doctrina ha entendido que debe distinguirse en el concepto de defensa su sentido lato o general y su sentido estricto. Según el primero, la defensa es la actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los derechos subjetivos y los demás intereses jurídicos del imputado; desde un punto de vista objetivo, aparece como un canon general de nuestro ordenamiento jurídico. Deriva en forma directa de los fundamentos constitucionales y aparece como manifestación de los valores de libertad individual y seguridad jurídica; se relaciona con el concepto de debido proceso y abarca la totalidad de las garantías que rodean

---

<sup>109</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°808/07, de 29 de junio de 2007, considerando 10.

<sup>110</sup> EVANS, Enrique (1986), *Los derechos Constitucionales, Tomo II*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, p. 27.

al mismo. Mientras que en sentido estricto, la defensa es la actividad que se contrapone a la acción penal ejercida por el Ministerio Público, ejercida en las oportunidades procesales debidas tendiente a la exposición de las razones en favor del interés y el derecho del imputado y destinadas al logro de sus posiciones dentro de la causa.<sup>111</sup>

Este derecho se encuentra contemplado en diversos tratados internacionales ratificados por Chile. Así, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se dispone que “*todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella (...)*”. A esto agrega en su numeral 3 letra b) y d) que “*durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, (...) a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; y 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 un defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.*” Asimismo, en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica, referente a las garantías judiciales, se establece casi en los mismos términos el derecho al debido procedimiento, agregando en su numerando 2, letras c), d) y e) las llamadas Garantías Mínimas, toda vez que dispone que durante el proceso se garantizará la “*concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; el derecho del inculcado de defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; y el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.*”

Por su parte, nuestra Carta Fundamental consagra el derecho a la defensa jurídica en los incisos segundo y tercero de su artículo 19, N°3, en los siguientes términos: “*Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad*

---

<sup>111</sup> VAZQUEZ, Jorge (1996), ob. cit., p.140.

*o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida (...)*”

*La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”.*

Del mismo modo, como señalamos en el capítulo anterior, la garantía estudiada se encuentra consagrada en el artículo 8 del Código Procesal Penal al disponer este que *“el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra. Todo imputado que carezca de abogado tendrá derecho irrenunciable a que el Estado le proporcione uno. La designación del abogado la efectuará el juez antes de que tenga lugar la primera actuación judicial del procedimiento que requiera la presencia de dicho imputado.”* Esto, a su vez es complementado por el artículo 102 del mismo texto, al establecerse el derecho del imputado a designar libremente a un defensor.

Por lo tanto, habiendo señalado lo anterior, podemos observar que la norma del artículo 61 de la ley N°20.000 limita el derecho a la defensa jurídica de aquellos personas imputadas por algún delito de la ley mencionada, toda vez que le prohíbe a los abogados que se desempeñen a cualquier título como empleados o funcionarios de la Administración del Estado el ejercer el patrocinio o poder de los sujetos que se hallaren en dicha situación procesal.

Ahora, como bien señalamos, los derechos constitucionales no son absolutos, dado que tienen un contenido definido y propio, por lo que pueden ser susceptibles a limitaciones en circunstancias determinadas. Sin embargo, toda regulación o restricción de estos, debe ser racional y proporcional al fin perseguido por la norma. Por lo tanto, al aplicar el control de proporcionalidad a la restricción establecida respecto a la protección de la probidad administrativa, que hemos podido definir como el bien jurídico tutelado por el precepto, podemos concluir que, si bien el objetivo perseguido es legítimo, la intervención del legislador no cumpliría con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En efecto, el fin de la norma es salvaguardar la probidad de los funcionarios y empleados de la Administración del Estado, buscando que estos no se vean influenciados por

sujetos u organizaciones delictuales que fomenten su corrupción. Sin embargo, si bien este es un objetivo legítimo, la prohibición señalada no satisface el requisito de idoneidad, ya que tanto la restricción como la consecuencia jurídica no son aptas para alcanzar la protección del bien jurídico, ya que jamás podría considerarse como contrario a la probidad la defensa en juicio de una persona imputada por crimen, simple delito o falta contenido en la Ley de Drogas. La Constitución asegura a toda persona el derecho a defensa y, por supuesto, no excluye de esta garantía a quienes se encuentran imputados por delito alguno. Por ende, la defensa de un imputado por una conducta relacionada al tráfico de drogas –como la de ningún otro- podría considerarse, en el plano constitucional o jurídico, como contraria a la moral o a la probidad, ni aun en tiempos en que la sociedad o los medios de comunicación estimen execrable ese tipo de delitos.<sup>112</sup>

Asimismo, tampoco se cumple con el requisito de necesidad, dado que la prohibición establecida es una de las alternativas más severas de las que se dispone para proteger el bien jurídico tutelado, vulnerando gravemente el derecho involucrado. Si bien el ordenamiento garantiza adecuadamente el acceso a defensa jurídica gratuita de esos imputados a través de la defensoría penal pública y que además estos pueden acceder a defensores privados que no tengan la calidad de servidores públicos, el derecho de todas formas se ve gravemente restringido, toda vez que dichos imputados no tendrán la libertad de designar al letrado del cual depende su caso, y en muchas ocasiones su libertad, a menos que este se encuentre dentro de aquel grupo de abogados que no se desempeña ni en virtud de un contrato de honorarios como empleado de la Administración del Estado, y que a su vez no le importe quedar consignado en la nómina confeccionada por la Contraloría, lo cual como vimos se presenta como un obstáculo serio al momento de postular a algún empleo o función pública.

De tal forma, las intervenciones estatales que se presentan como opciones menos invasivas para tutelar la probidad administrativa, son aquellas que ya existen en distintas normas de nuestro ordenamiento. Así, la incorporación realizada el año 2005 del principio de probidad en el artículo 8 de la Constitución, las distintas normas sobre la materia de la Ley Orgánica Constitucional de bases generales de la Administración del Estado y el Estatuto

---

<sup>112</sup> Voto disidente de los ministros Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake y Jorge Correa Sutil, Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°1.133/08, de 18 de noviembre de 2008, considerando 10.

Administrativo, la Ley N°20.880 sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses y la tipificación expresa de los delitos de funcionarios públicos contemplados en el artículo 13 de la misma ley N°20.000, así como la agravante del artículo 19 letra d) del mismo texto que aumenta en un grado la pena cuando *el delito se cometió por funcionarios públicos aprovechando o abusando de su calidad de tales*, se presentan como alternativas suficientes para salvaguardar la probidad de los funcionarios y empleados de la Administración del Estado, sin la necesidad de restringir el derecho a la defensa jurídica de determinados imputados ni presumir la corrupción de un funcionario público.

De acuerdo a lo anterior, en definitiva, la norma tampoco es proporcional en sentido estricto, dado que la gravedad de la intervención no es la adecuada para la consecución de su objetivo. Si bien el objetivo es legítimo, la intensidad de la prohibición establecida excede de la necesaria para la promoción del fin perseguido. La probidad de los abogados que se desempeñen como empleados o funcionarios públicos debe ser un objetivo de nuestro ordenamiento, pero dicho fin no reviste de la urgencia suficiente como para presumir legalmente la corrupción de los abogados defensores y así limitar el derecho constitucional de las personas que se encuentran en la situación procesal señalada. En la práctica la prohibición recae sobre abogados cuyo trabajo regular consiste en ejercer la defensa de personas imputadas por cualquier clase de delito y que en general no ocupan cargos de alta relevancia en la Administración del Estado.

Por lo tanto, podemos concluir que la limitación del derecho a defensa jurídica de las personas imputadas por delitos previstos en la ley N°20.000 contemplada en el artículo 61 de dicho texto, no obedece al principio de proporcionalidad, de modo tal que dicha norma se constituye en una intervención estatal irracional e injusta y, por consiguiente, inconstitucional. Esta conclusión se ve reforzada, por el hecho de que la norma además reviste de absoluta arbitrariedad, como veremos al revisar el derecho de igualdad ante la ley.

### **2.1.2. Presunción de Inocencia**

La presunción de inocencia es el derecho que se encuentra más gravemente transgredido por la norma del artículo 61 de la ley N°20.000, ya que este vulnera su contenido

esencial estableciendo una presunción de culpabilidad, tanto de la persona imputada por los delitos de la ley aludida como del abogado que la defiende o representante.

Cabe señalar que la presunción de inocencia es “el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir.”<sup>113</sup> En ese sentido el principio de inocencia se concibe como el mecanismo por el cual el imputado conserva un estado de inocencia hasta la sentencia definitiva que lo declare culpable, que limita las medidas precautorias, que lo erige en sujeto de una relación procesal dotado de un inviolable derecho a la defensa, lo libera de la carga de la prueba y hace que en caso de duda la decisión haya de inclinarse en su favor”.<sup>114</sup>

Entendemos de tal forma que dicha garantía constituye el estado jurídico de toda persona a la que se le reprocha una conducta punible, que orienta la actuación del ordenamiento y del tribunal competente, según el cual no se le debe considerar ni tratar como culpable mientras tal presunción no se pierda o destruya por la formación de la convicción del órgano jurisdiccional a través de la prueba objetiva, y sea condenado a través de una sentencia firme fundada.

Si bien este principio no se encuentra expresamente contenido en el texto de nuestra Carta Fundamental, ya que el artículo 19 N°3 sólo establece en su inciso sexto que “*la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal*”, este sí está contenido de forma implícita en el derecho al debido proceso y forma parte del bloque constitucional de derechos

---

<sup>113</sup> NOGUEIRA, Humberto (2005), Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Revista Ius et Praxis*, 11 (1). [on line], p. 3.

<sup>114</sup> POZO, Nelson (2006). *Presunción de inocencia o estado de inocencia en el nuevo proceso penal*. *Gaceta Jurídica* (313), p. 13.

en virtud del mandato del artículo 5 inciso 2 de la Constitución, al estar contemplado en distintos tratados internacionales ratificados por Chile.

En efecto, la presunción de inocencia se encuentra consagrada en el artículo 11 N°1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, ya que dispone que *“toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el cual sean establecidas todas las garantías necesarias para la defensa.”* Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas en su artículo 14 N°2 señala que *“toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia en cuanto no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*, mientras que la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8 N°2 establece casi de igual forma que *“toda persona acusada por un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”*

De todas formas, este derecho se incluyó en el artículo 4 del Código Procesal Penal, el cual dispone *“Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”*.

Respecto al alcance de la presunción de inocencia, la doctrina ha señalado que esta comprende a lo menos dos significados garantistas que son “la regla de tratamiento del imputado”, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal y “la regla del juicio”, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda.<sup>115</sup>

En ese sentido la primera dimensión del principio de inocencia es que el imputado o acusado no puede ser considerado ni tratado como culpable hasta que el juez determine su responsabilidad a través de la sentencia. Por tanto, se configura como una regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal, que obliga a reducir al mínimo estrictamente necesario las medidas restrictivas del imputado en el proceso.

Así, la presunción de inocencia no es incompatible con la aplicación de medidas cautelares personales, sin embargo estas deben ser adoptadas por el órgano competente,

---

<sup>115</sup> FERRAJOLI, Luigi. (2001), *Derecho y razón, quinta edición*. Madrid, España, Editorial: Trotta, p. 551

previa formalización de la investigación y por medio de una resolución judicial fundada en derecho, basadas en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias del caso concurrentes, aplicando los principios en la adecuación y proporcionalidad de ellas.

El segundo efecto o dimensión consiste en que el imputado o acusado no debe probar su inocencia, sino que quién acusa debe probar su culpabilidad por los medios de prueba que contempla el ordenamiento jurídico. Así, la carga de prueba la tiene en este caso el Ministerio Público. Por lo tanto, finalmente el juez solo podrá determinar la responsabilidad del acusado a través de la sentencia, la que podrá ser condenatoria solamente si el tribunal adquiere a través de la prueba la convicción de que el acusado es responsable del delito.

La valoración del conjunto de la prueba corresponde exclusivamente al tribunal competente, de forma tal que el principio de inocencia solo se podrá destruir con la actividad probatoria verificada ante este, con el requisito de que esta sea suficiente para desvirtuar tal presunción y que pueda llevar a la condena del o de los imputados.

De esta forma, la presunción de inocencia es una garantía básica y vertebral del proceso penal, constituyendo un criterio normativo del derecho penal sustantivo y adjetivo, descartando toda normativa que implique una presunción de culpabilidad y establezca la carga al imputado de probar su inocencia. En efecto, este principio busca evitar los juicios condenatorios anticipados en contra del inculcado, sin una consideración detenida en la prueba de los hechos y la carga de la prueba, obligando asimismo a determinar la responsabilidad del acusado a través de una sentencia fundada, congruente y acorde a las fuentes del derecho vigentes.<sup>116</sup>

Al considerarse a la presunción de inocencia como un derecho fundamental, se entiende que sólo podrá ser regulado por la potestad legislativa, la que tiene como límite la no afectación de su contenido esencial. A su vez, como derecho es de aplicación directa e inmediata y obliga a todos los órganos y agentes del Estado. Por lo tanto observamos que la garantía en cuestión no solo encuentra aplicación respecto del poder jurisdiccional, sino que obliga a todos los poderes del Estado. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos

---

<sup>116</sup> NOGUEIRA, Humberto (2005), p. 6.

Humanos ha señalado que “la presunción de inocencia puede ser violada no sólo por el juez o una Corte, sino también por otra autoridad pública”<sup>117</sup>. En el mismo sentido la Corte sostuvo que el derecho a la presunción de inocencia “exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella”.<sup>118</sup>

En mérito de lo anterior, podemos concluir que se vulnera la presunción de inocencia cuando se presume la culpabilidad del imputado o cuando de hechos no probados se extraen consecuencias jurídicas sancionatorias que afecten los derechos fundamentales, situaciones que precisamente ocurren con la aplicación de la norma del artículo 61 de la ley 20.000.

En efecto, el precepto estudiado, en primer lugar establece una presunción de culpabilidad en contra de la persona imputada, ya que sin que exista aún una sentencia condenatoria fundamentada y firme, limita arbitrariamente su derecho a defensa jurídica en base a la mera imputación de una conducta delictiva contemplada en la ley N°20.000. La norma indirectamente supone que toda persona a la cual se le atribuye responsabilidad en cualquiera de los delitos mencionados es a priori culpable, por lo que es necesario que dicho individuo no se relacione con un abogado vinculado con la Administración del Estado, so peligro de que este último sea corrompido por su patrocinado o apoderado. Dicha presunción legal vulnera y anula el contenido esencial del principio constitucional de presunción de inocencia, ya que trata al imputado como culpable desde la primera actuación o diligencia en su contra, sin que exista de por medio una sentencia condenatoria ni, siquiera, una resolución fundada del órgano competente tras la formalización de la investigación, como se exige para la imposición de medidas cautelares personales. De esta forma se transgrede el contenido mismo del principio, que precisamente entiende que toda persona tiene derecho a que se le considere y trate como inocente hasta que se establezca legalmente su culpabilidad.

El artículo 61 de la ley N°20.000, por lo tanto, realiza un juicio de responsabilidad anticipado, limitando irracional, injusta y desproporcionadamente el derecho a defensa

---

<sup>117</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Lori Berenson vs. Perú. Serie C N°119. Sentencia de 24 de noviembre de 2004, párrafo 159.

<sup>118</sup> Ibid., párrafo 160.

jurídica de las personas imputadas por los delitos relacionados al consumo y tráfico ilícito de estupefacientes, constituyéndose de tal forma en una intervención legislativa totalmente arbitraria y contraria a la Constitución, toda vez que vulnera el núcleo esencial del principio de presunción de inocencia, transgrediendo de tal forma los artículos 5, 7, y 19 en sus números 2, 3 y 26, de la Constitución Política de la República.

A su vez, la disposición en comento vulnera también el principio de presunción de inocencia que ampara al abogado vinculado a la Administración del Estado, ya que supone que la probidad de éste se ve gravemente afectada por el mero hecho de ejercer la defensa de los imputados señalados, desconociéndose los fundamentos racionales y objetivos que tuvo el legislador para arribar a tal conclusión y establecer la aludida prohibición y su respectiva sanción. En definitiva la prohibición legislativa presenta tintes de arbitrariedad e irracionalidad respecto también del sujeto activo de la misma, ya que, asentado en un sentimiento de suma desconfianza respecto de los empleados y funcionarios de nuestra Administración, asume que estos se corromperán por el simple hecho de ejercer la defensa y representación de personas imputadas por delitos contemplados en la ley de drogas.

En ese sentido, la doctrina y jurisprudencia nacional ha precisado que el derecho a la presunción de inocencia, así como el resto de garantías constitucionales dentro de las que se comprende al debido proceso, debe aplicarse no solo al ámbito de las conductas eventualmente delictivas, sino también a la adopción de cualquier intervención normativa o resolución administrativa o jurisdiccional, que se base en conductas de las personas y de cuya apreciación derive para ellas una afectación de sus derechos o una sanción, ya que ellas son manifestación del ámbito punitivo estatal.<sup>119120</sup>

De esta forma, podemos concluir en definitiva, que el artículo 61 de la ley N°20.000 vulnera directamente el derecho constitucional de debido proceso, toda vez que transgredidos de las principales garantías que lo componen, el derecho a la defensa jurídica y el principio de presunción de inocencia. En efecto, la norma afecta el contenido esencial de dichos derechos más allá de lo razonable, en relación con los objetivos que quiso lograr,

---

<sup>119</sup> NOGUEIRA, Humberto (2005), p. 15.

<sup>120</sup> Sentencia de Tribunal Constitucional Roles Nos. 244, de 1996; 479 y 480, de 2006; 725 y 766, de 2008; 1.183, 1.184, 1.203, 1.205, 1.221 y 1.229, de 2009; y 1.518, de 2010

limitando desproporcionada y arbitrariamente el derecho a defensa jurídica y anulando o negando el principio de presunción de inocencia, de modo tal que superó el grado de afectación constitucionalmente permitido.

Tal como señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia de la causa Rol N° 1.345/09, de 10 de marzo de 2009, si bien el legislador goza de un ámbito de autonomía para legislar, al momento de reglar el ejercicio de un derecho debe hacerlo prudentemente y “dentro de latitudes razonables”. Del mismo modo, en la sentencia de la causa Rol N° 1.463/09, de 18 de agosto de 2009, la Corte reiteró que “el legislador no es libre para regular el alcance de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y asegura a todas las personas. Por el contrario, y como lo dispone el artículo 19, N° 26, de la misma, debe respetar la esencia del derecho de que se trata como también evitar la imposición de condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Por lo tanto, al establecer la norma revisada, el legislador se extralimitó de sus facultades, llevando a cabo una actuación normativa que reviste de total inconstitucionalidad.

## **2.2. Igualdad ante la Ley**

Como bien adelantamos, el precepto en estudio también vulnera gravemente el derecho de igualdad ante la Ley. A través de la norma del artículo 61 de la ley N° 20.000, el legislador estableció una discriminación arbitraria en contra de las personas imputadas por delitos del mencionado texto legal, toda vez que contempla una diferenciación irracional, desproporcionada y contraria al bien común, como pasaremos a explicar a continuación.

Debemos entender por igualdad ante la ley a aquel derecho cuyo objetivo consiste en que todas las personas queden sometidas al mismo ordenamiento jurídico para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, es decir, al bloque completo de normatividad, desde la Constitución y las leyes hasta los actos administrativos y judiciales, incluyendo los actos jurídicos particulares; sin que sea procedente efectuar entre ellas distinciones favorables o adversas.<sup>121</sup>

---

<sup>121</sup> FERNÁNDEZ, Miguel (2001), ob. cit., p. 119.

Éste se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 26 establece que *“todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*; y en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone que *“todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”*

Por su parte, nuestra Constitución lo consagra en el primer inciso de su primer artículo, al establecer que *“las personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos”*; y de forma más concreta en el artículo 19 N°2 al garantizar expresamente la igualdad ante la ley y señalar que *“en Chile no hay personas ni grupo privilegiados”* y que *“ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*.

Así, en el segundo inciso del último precepto citado, el principio jurídico de igualdad sustenta el derecho a no ser discriminado, en virtud del cual se prohíbe la imposición o adopción de diferencias arbitrarias, cualquiera que sea la autoridad -pública o privada- que la establezca, incluso que se trate del legislador. Tal proscripción de las discriminaciones es absoluta, o sea, no admite excepción alguna y opera con alcance erga omnes. En consecuencia, queda absolutamente prohibido -a todo órgano, persona, norma y decisión- discriminar, pudiendo solo contemplarse diferencias que sean razonables, es decir, objetivamente justificables.<sup>122</sup>

Lo anterior no quiere decir que la igualdad sea absoluta, en efecto el legislador puede establecer diferenciaciones para situaciones diversas, sin embargo estas deben satisfacer los principios de razonabilidad y justicia, sin basarse en el mero arbitrio. En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N°790 del 25 de mayo del año 2007 precisó que *“el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, pero ello debe sustentarse siempre en presupuestos razonables y*

---

<sup>122</sup> Ibid., p. 122.

objetivos que justifiquen la diferencia sin que, por tanto, ella quede entregada al libre arbitrio del legislador”

Por consiguiente, como afirma Evans, es natural que en una serie de ámbitos la ley pueda hacer diferenciaciones entre personas o grupos, pero el elemento de la esencia de la garantía de igualdad ante la ley es la inadmisibilidad de discriminaciones arbitrarias, lo que se encuentra en la letra expresa de la Constitución. Así, el autor entiende por discriminación arbitraria “toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual, en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable.”<sup>123</sup>

En definitiva, lo que busca la Carta Fundamental es “la igualdad sustantiva justa, es decir, la que admite diferencias, pero sólo cuando se hallan fundadas en consideraciones razonables, plausibles, proporcionadas, juiciosas, lógicas y sensatas. Tales valores son criterios de justicia que permiten establecer caso por caso, en qué rasgos dos personas, actividades, situaciones, circunstancias, procedimientos o cosas deben ser iguales para que sea justa la *isonomía* entre ellas; y en cuáles de esas hipótesis deben ser desigualmente tratadas.”<sup>124</sup> De tal forma, lo que se proscribe son las distinciones arbitrarias, siendo aquellas las que no se encuentren fundadas en la justicia y la razón, como señala Pfeffer, “las que sólo representan un mero capricho sin fundamento racional”.<sup>125</sup>

Como bien afirmó el Tribunal Constitucional a través de la sentencia Rol N°53 del 5 de abril de 1988, “la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias (...). No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias específicas. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas.”

---

<sup>123</sup> EVANS, Enrique (1986), *Los derechos Constitucionales, Tomo I*. Santiago, Chile, Ed. Jurídica, pp.14-15.

<sup>124</sup> CEA EGAÑA, José (1999). *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica*. Valdivia, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral, p. 126.

<sup>125</sup> PFEFFER, Emilio (1987). *Manual de Derecho Constitucional*. Santiago, Chile. Ed. Conosur, p. 371.

Por consiguiente, la tarea ahora es determinar si la norma en estudio produce o no una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, para lo cual se debe resolver, en primer término, si efectivamente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre determinadas personas y si ella importa una transgresión a la Carta Fundamental. Para esos efectos habrá de considerarse no sólo que la diferencia carezca de fundamento razonable y objetivo que pueda justificarla, sino, además, que adolezca de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad perseguida por el legislador.

Habiendo realizado el ejercicio anterior, podemos observar que el legislador estableció a través de la norma estudiada una diferenciación claramente arbitraria en contra de las personas imputadas por conductas tipificadas en la ley N°20.000, ya que, sin fundarse en la razón, justicia o prosecución del bien común, se limita el derecho a defensa e incluso se deniega la presunción de inocencia de los sujetos que se encuentran en la situación procesal mencionada. Como hemos ido demostrando a lo largo del presente ensayo, la norma encuentra su fundamento en la política de hostilidad y represión que se ha ido desarrollando en todo el mundo en contra de las personas a las cuales se les atribuye responsabilidad en los delitos vinculados al narcotráfico.

Afirmamos que esta diferenciación es arbitraria dado que, como vimos en el apartado anterior, la limitación de las garantías contempladas por el derecho de debido proceso no obedece a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Si bien se podría afirmar que la discriminación se encuentra fundada en supuestos de hechos distintos, que vendría siendo la calidad de imputado por delitos de ley de estupefacientes, y que persigue un fin determinado, que es proteger la probidad administrativa, lo que garantizaría su constitucionalidad; de todas formas podemos corroborar que existen otro tipo de conductas sancionables y punibles en nuestro ordenamiento que buscan tutelar el mismo bien jurídico - como vendrían siendo el cohecho, el soborno, el financiamiento irregular de campañas, el fraude y las exacciones ilegales, entre otros- para los cuales no se establece la misma restricción de los derechos mencionados. A su vez, entendiendo que el bien jurídico protegido por los delitos tipificados en la ley N°20.000 es la salud pública y que dichas conductas importan un puesta en peligro del mismo (delitos de peligro), también podemos comprobar que existen otras figuras que comparten la misma estructura y tutelan el mismo bien jurídico,

como las conductas tipificadas en el artículo 315 del Código Penal, sobre envenenamiento, infección de aguas o comestibles y adulteración de sustancias destinadas al público, cuyos imputados no se encuentran sometidos a la restricción estudiada.

De tal forma, aun cuando otras figuras comparten una misma estructura y buscan proteger los mismos bienes jurídicos, solo las personas imputadas por los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes ven restringido su derecho a defensa jurídica y anulada la presunción de inocencia que los ampara, lo que configura claramente una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar. Por consiguiente, la norma no es más que una discriminación arbitraria, ya que ni la situación de hecho merece un tratamiento diferente ni la diferenciación responde a los principios de razonabilidad, objetividad y justicia. La norma no encuentra una justificación prudente, lógica, coherente ni meditada, sino que responde a criterios puramente discrecionales e irracionales, frutos del capricho y hostilidad contra un grupo determinado. Asimismo, tampoco hallamos en la norma una proporcionalidad entre la intervención establecida y el objeto perseguido, como vimos anteriormente, por lo que en definitiva no existe una relación coherente, idónea y necesaria entre los medios y el fin. La restricción estudiada se establece solo en contra del grupo de individuos mencionado, haciendo eco del discurso represivo que impera transversalmente en el mundo.

Por lo tanto, el trato desigual que da el legislador a dichas personas no es constitucionalmente legítimo, ya que no reúne las condiciones referidas para aquello, dígame distintas situaciones de hecho, finalidad, razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. El precepto no hace más que excluir a ciertos individuos de una situación jurídica concreta, esto es el amparo del debido proceso, en razón de su calidad personal. Al carecer la norma de una justificación objetiva y razonable, se le debe calificar como arbitraria, gratuita y subjetiva y, por ende, constitucionalmente inadmisibles.

### **2.3. Libertad de Trabajo y su protección**

Ahora bien, como afirmamos con anterioridad, la norma estudiada no sólo vulnera derechos de aquellas personas imputadas por delitos contemplados en la ley N°20.000, sino

que transgrede también ciertas libertades de los abogados que se encuentren vinculados a la Administración del Estado. En efecto, al prohibir el artículo 61 de la ley aludida la representación y defensa de los imputados que se encuentren en la situación procesal mencionada, el precepto no hace más que restringir la libertad de trabajo de tales letrados, ya que les impide ejercer o desempeñar una actividad remunerativa lícita, debido a un esfuerzo desproporcionado del legislador por proteger la probidad de aquellos que desempeñen funciones o empleos a cualquier título en la Administración del Estado.

Esta garantía se encuentra en el artículo 19 N° 16 de nuestra Carta Fundamental, el cual en concreto en su primeros incisos asegura *“la libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.*

*Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.*

*Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.”*

Por lo tanto, como bien señala Evans, la libertad de trabajo “habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley”, de forma tal que esta garantía se desenvuelve en dos sentidos, pues implica el derecho a la libre contratación por una parte y el derecho de elegir trabajo con entera libertad y con acceso a una justa retribución por la otra.<sup>126</sup>

En ese sentido, entendemos que la garantía de libertad de trabajo que consagra nuestra Carta Fundamental tiene por objeto cautelar la libertad que tiene todo individuo para elegir u optar a toda clase de trabajo u ocupación, de acuerdo a sus aptitudes, sin que sea posible restringir esta facultad, salvo que existan motivos legales. Asimismo, esta garantía impide

---

<sup>126</sup> EVANS, Enrique (1990). *Los derechos Constitucionales, Tomo III*. Santiago, Chile. Tercera edición, Editorial Jurídica, p. 10

imponer, dentro de las relaciones laborales, determinados trabajos o servicios que restrinjan el ejercicio de esta libertad, de forma tal que cada individuo de acuerdo a sus aptitudes puede libremente optar a toda clase de trabajo u ocupación lícita.<sup>127</sup>

Se trata de una garantía de corte liberal que reafirma la idea de autonomía para realizar cualquier actividad productiva lícita, permitiendo a toda persona obtener y desempeñar tales actividades siempre que no estén prohibidas por el legislador. De esta forma, esta libertad lo que hace es generar un ámbito protegido de la intervención del poder, el cual se satisface precisamente con la abstención estatal, siempre que no concurra un interés nacional que permita la intervención del legislador.

De tal forma, lo que corresponde verificar en este caso, es si la intervención del legislador sobre la garantía de libertad de trabajo de los abogados mencionados responde a fundamentos razonables y es proporcional con el objetivo que persigue la norma, que no es otro que prevenir que los imputados por delitos contemplados en la ley N°20.000 ejerzan su influencia sobre estos letrados para corromperlos, y que de esta forma no se vulnere el principio de probidad.

Sin embargo, antes cabe señalar que la Contraloría General, en relación con las alegaciones referidas a que la disposición legal en estudio vulneraría la garantía del N°16 del artículo 19 de la Constitución, puesto que se estaría efectuando una discriminación que no se basa en la capacidad e idoneidad profesional, ha resuelto que; dado que el vínculo estatutario que une al abogado con la Administración supone la sujeción de los empleados a un régimen de derecho público preestablecido, unilateral, objetivo e impersonal fijado por el Estado, en el cual se regulan íntegramente sus derechos, obligaciones y modalidades de desempeño desde su incorporación voluntaria y mientras dura la relación, y atendido que las personas ingresan voluntariamente a los organismos de la Administración del Estado, precisamente en ejercicio de la garantía constitucional que consagra la libertad de trabajo; al hacerlo, estas quedan afectas a todas las normas de carácter legal que en razón de dicho vínculo laboral les sean aplicables, así como todas las normas sobre incompatibilidades, inhabilidades y probidad, incluidas las de leyes especiales, como es el caso de la ley N°20.000, por lo que no

---

<sup>127</sup> MAGASICH, Jorge (1984) *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXI, N°1 (ENERO-ABRIL), Sección 5.

puede entenderse que el referido artículo 61 vulnera el artículo 19 N°16 de la Carta Fundamental.<sup>128</sup>

Ahora, si bien el argumento del ente controlador sigue un curso lógico, lo que revisamos en este trabajo no es la pertinencia de la aplicación de la norma en casos particulares, sino que su constitucionalidad a priori, es decir que esta se encuentre en consonancia con las bases de nuestro ordenamiento jurídico. Para aquello, como bien hemos venido haciendo, es necesario aplicarle el correspondiente test de constitucionalidad, en base a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

De esta forma, podemos observar que sin bien el fin perseguido por la norma es legítimo, la intervención legislativa de la libertad de trabajo no satisface los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, replicando los argumentos dados para demostrar la desproporcionalidad de la intervención del derecho a defensa jurídica del imputado, entendemos que el precepto no satisface el requisito de idoneidad, ya que tanto la restricción como la consecuencia jurídica no son aptas para alcanzar la protección del bien jurídico, toda vez que no se ve como la labor profesional de los abogados aludidos podría amagar su probidad o moral. Ni la prohibición ni la sanción contenidas en el precepto estudiado pueden considerarse como un medio idóneo razonable para combatir el tráfico de drogas, ni como un modo razonable e idóneo para defender la probidad de la administración pública. Este precepto no encuentra más fundamentos que el sentimiento de desconfianza que se tiene hacia los funcionarios y empleados de la Administración del Estado y la política represiva seguida en contra de las conductas vinculadas al tráfico ilícito de estupefacientes, ya que exagera las posibilidades de corrupción de nuestros agentes estatales, negando la presunción de inocencia que los ampara, y estableciendo por consiguiente una norma innecesaria y transgresora de derechos constitucionales. De esta forma, tampoco se cumple con el requisito de necesidad, dado que la prohibición establecida es una de las alternativas más severas de las que se dispone para proteger el bien jurídico tutelado, vulnerando gravemente la libertad de trabajo de los abogados sujetos a la prohibición, ya que restringe su libertad de desempeñar una actividad remuneratoria lícita. Como bien señalamos, nuestro ordenamiento contiene mecanismos

---

<sup>128</sup> Dictamen N°31.000 de Contraloría General de la República, de 4 de julio de 2008.

legales y administrativos más adecuados y menos severos para proteger la probidad administrativa. En definitiva, la intensidad de la prohibición establecida excede de la necesaria para la promoción del fin perseguido, por lo que la norma es desproporcionada en sentido estricto.

El artículo 61 de la Ley N°20.000, en cuanto prohíbe determinado ejercicio profesional de la abogacía, limitando por ende la libertad de trabajo de este grupo, resulta contraria a la Constitución Política, ya que prohíbe una clase de trabajo en términos incompatibles con lo dispuesto en el numeral 16° del artículo 19 de la Constitución. En efecto, este precepto establece que “*ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así*”. En consecuencia, para que el legislador pueda legítimamente prohibir un trabajo, la norma constitucional exige que tal trabajo que el legislador prohíbe se oponga a la moral o a alguno de los demás valores constitucionales.

De esta forma, como bien señaló el fallo del Tribunal Constitucional respecto al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la causa Rol 1.133 de 2008, si el legislador prohíbe un trabajo por mero capricho o sin que el trabajo prohibido efectivamente se oponga a alguno de los cuatro fines enunciados en el precepto constitucional, la norma infringirá la Carta Fundamental. Esto quiere decir que si bien corresponde al legislador calificar en qué casos un trabajo se opone a la moral, la seguridad o salubridad públicas o debe prohibirse en razón del interés nacional, tales calificaciones deben ser razonables, no arbitrarias ni desproporcionadas, como es el caso.

#### **2.4. Derecho a desarrollar cualquier actividad económica**

Del mismo modo, la norma del artículo 61 de la ley N°20.000 vulnera también el derecho de los abogados vinculados a la Administración del Estado a desarrollar cualquier actividad económica. Esta garantía se encuentra consagrada en el artículo 19 N°21 de nuestra Carta Fundamental, el cual dispone que se asegura a todas las personas “*el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.*”

Raúl Bertelsen, miembro de la Comisión de Estudio de la Constitución de 1980, fijó el sentido y alcance de esta norma constitucional en los siguientes términos: “toda persona, sea esta persona natural o jurídica, tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando, por consiguiente, la normativa constitucional, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea considerada en sí misma ilícita, y lo son solo las que la Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen”<sup>129</sup>

Por ende, podemos entender esta garantía como el derecho de todas las personas a desarrollar, individualmente o asociadas, las actividades económicas que ellas decidan.<sup>130</sup> De tal manera, esta garantía implica proteger un aspecto de la libertad personal y además dar un especial resguardo a la libertad de trabajo en materia económica, entendiendo que solo podrá ser limitado cuando se estime que dicha actividad contraviene la moral, el orden público o la seguridad nacional.

Tal como señalara Verdugo, lo que buscó el constituyente fue enfatizar este derecho para precaver cualquier obstáculo que pudiese perturbar o interferir arbitrariamente toda actividad económica que no fuere contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.”<sup>131</sup> No obstante, cabe señalar que estas limitaciones o prohibiciones que pueden afectar el derecho estudiado, presentan una diferencia sustancial con las que pueden aplicarse a la libertad de trabajo, dado que no contempla dentro de sus hipótesis que dichas restricciones puedan sustentarse en razones de interés nacional.

Por lo tanto, cabe analizar si existen razones para determinar que el patrocinio o la representación judicial de personas encausadas por crímenes, simples delitos o faltas

---

<sup>129</sup> Citado por el Tribunal Constitucional, en la sentencia de la causa Rol N°280, del 20 de octubre de 1998, considerando 22.

<sup>130</sup> CEA EGAÑA, José (1991). Notas sobre orden público económico, *Gaceta Jurídica* 135, p. 24.

<sup>131</sup> VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto (1994). *Derecho Constitucional, Tomo I*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, p. 291.

relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas son contrarios a la moral, el orden público o la seguridad nacional.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional señaló a través de la sentencia de la causa Rol N°1.133 de 2008, que la prohibición en estudio tiene su fundamento, en la probidad funcionaria y, más precisamente, en la conveniencia social de evitar que los abogados que son servidores públicos de la Administración del Estado pudieran ejercer la influencia que su calidad de tales les confiere para llevar a cabo la defensa de imputados por esa clase de conductas, de tan negativa connotación social y de un innegable efecto disolvente sobre las instituciones y la moral pública. Por lo demás, el ponderar este elemento como un factor incidente en la regulación legal de la actividad de los abogados que son funcionarios públicos es una cuestión de mérito que sólo cabe al legislador sopesar y resolver en el ejercicio de sus potestades, lo que queda comprendido dentro de la mención que la Constitución hace a las normas legales que regulen la respectiva actividad.

Si bien el raciocinio de la Magistratura es correcto, toda vez que efectivamente corresponde al legislador realizar la ponderación entre el bien jurídico legítimo tutelado y la intervención estatal de los derechos constitucionales, olvidó señalar que dicho ejercicio debe contemplar también los principios de razonabilidad y proporcionalidad, para evitar que se produzcan discriminaciones arbitrarias y excesivas. En ese sentido, tal como observamos respecto a la libertad de trabajo, podemos afirmar que la norma del artículo 61 de la ley N°20.000 es sumamente desproporcionada, ya que restringe el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita que ampara a los abogados vinculados con la Administración del Estado, sin cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. De tal forma, extendemos los argumentos enarbolados para explicar la desproporcionalidad de la norma respecto al derecho a defensa jurídica y libertad de trabajo.

En definitiva, tal como señaló el dictamen N°64.792 de 1967 de la Contraloría General de la República, el legislador reconoce en términos amplios los derechos de los funcionarios a realizar actividades privadas, pero condiciona su ejercicio a que la profesión, industria o comercio que desarrolla el empleado sea conciliable con la posición que ocupa en la Administración del Estado y que esa actividad no importe un menoscabo del cumplimiento

de las obligaciones que afectan a los servidores públicos. En ese sentido no vemos cómo el ejercicio de la labor de la defensa privada, como actividad económica, por parte de los abogados que se desempeñen a cualquier título en la Administración del Estado puede ser contraria a la moral, el orden público o seguridad nacional, e incluso cuando se estimase que si afecta tales valores, existen otros mecanismos menos excesivos y más adecuados para proteger la probidad administrativa. De esta forma, se vulnera también el artículo 19 N°22 de la constitución ya que se establece una discriminación arbitraria de trato por parte del Estado en materia económica. Así, podemos concluir que el precepto en estudio, al ser una intervención arbitraria, discrecional y desproporcionada, no supera el control de constitucionalidad y por tanto deviene en inconstitucionalidad.

### **3. Conclusiones del Control de Constitucionalidad**

En mérito de lo expuesto, podemos concluir que la norma del artículo 61 de la ley N°20.000 es inconstitucional, toda vez que transgrede los artículos 1, 5, 6, 7, 19 en sus números 2, 3, 16, 21, 22 y 26 de la Constitución Política de la República; así como también los artículos 2, 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10 y 11 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948; 18, 25 y 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; y 1, 8, 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En efecto, este precepto afecta el contenido esencial del derecho de debido proceso, vulnerando el derecho a defensa jurídica de las personas imputadas por conductas contempladas en la ley N°20.000 y anulando el principio de presunción de inocencia de las mismas y de los abogados vinculados a la Administración del Estado que ejerzan su patrocinio o poder; así como también viola el derecho de igualdad ante la ley de los imputados mencionados; y la libertad de trabajo y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita que amparan a los letrados mencionados.

## **Conclusión**

Es preocupante la tendencia que se observa en el mundo respecto a las políticas de control del tráfico ilícito de estupefacientes, según la cual se ha tendido a la restricción e incluso supresión de derechos fundamentales y a la concesión de facultades intrusivas y represivas sin precedentes hacia los órganos de control del Estado.

Esta extensión y agudización de la intervención penal llega a pervertir la función misma del Derecho penal y procesal. Lejos de servir éstos para la tutela y garantía de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, la evolución observada pone de manifiesto los gravísimos atentados que derivan para principios centrales del Estado de Derecho reconocidos internacionalmente y a nivel constitucional. Tal es el caso de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, gravemente vulnerados por la equiparación punitiva indiscriminada de conductas de muy diversa entidad y por la previsión de penas, prohibiciones y sanciones absolutamente excesivas e injustificadas. Asimismo, se atenta gravemente contra el derecho de debido proceso e igualdad ante la ley, afectados por ejemplo, por el empleo de agentes provocadores, premios a la delación, presunciones de culpabilidad, inversiones de la carga de la prueba, y demás medidas pretendidamente garantizadoras de una mayor eficacia preventiva, que por ninguna parte resulta confirmada a la luz de los datos estadísticos conocidos.

Estas lesiones a la seguridad jurídica y a los derechos fundamentales se agudizan en países de América Latina, incluso en los no productores como Chile, mediante la extensión incontrolada de las agencias policiales y administrativas, la instrumentalización de procesos groseramente inquisitorios, la limitación del derecho a defensa jurídica y la negación del principio de presunción de inocencia, todo ello en un contexto de selección clasista, y a veces hasta racista, de los imputados.<sup>132</sup>

Del tal forma, la lucha contra la droga se ha convertido en el eje de un proceso universal de redefinición de la propia identidad que abarca a todos los actores. Así, los distintos Estados han desplegado todo su aparato represor e ideológico en contra de este enemigo que

---

<sup>132</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (1993). Ob. cit., p. 557.

supuestamente pone en jaque los valores y pilares propios de la sociedad moderna. La familia, los sistemas educativo, laboral y político, la cultura y los medios de comunicación encuentran en las drogas y la delincuencia a su chivo expiatorio para explicar los males que les aquejan.

En esta nueva guerra santa, se combate, aparentemente, en nombre de la salud pública, del bien y de la civilización, pero lo cierto es que con esta política no se hace más que perseguir a una pequeña minoría de imputados por tráfico y consumo de drogas ilícitas, que por lo general pertenecen a los estratos más desprotegidos y explotados de la sociedad. Son ellos los que pagan con su propia personalidad el costo social de la guerra, siendo objeto de un proceso drástico de estigmatización, represión e inserción en roles criminales. A las personas imputadas por delitos relacionados al tráfico ilícito de estupefacientes se les considera como individuos portadores de una cosmovisión distinta a la de todos los demás, situándolos en roles antagónicos con respecto a la normalidad dominante.<sup>133</sup>

La hostilidad general dirigida hacia este grupo suscita un alto grado de consenso y estabiliza la integración de la mayoría; esto se verifica sobre todo cuando, como en el caso del círculo de la droga, estamos en presencia de sistemas de control social y la minoría desviada es también el grupo en relación con el cual dicho control se ejerce. De tal manera la prevención y represión del tráfico ilícito de drogas se constituye como un sistema cerrado que se autorreproduce, en el cual la reacción social criminalizadora y marginalizadora produce por sí misma la realidad que la legitima, exagerando sus efectos negativos, para de tal manera utilizarlos como razones suficientes para implementar una política represiva a nivel penal y comunicacional.<sup>134</sup> El modelo centra su atención en estos individuos, valorándolos como sujetos aislados de su entorno, sin hacerse cargo de las condiciones de desigualdad y marginalidad en las que se encuentran inmersos.

En efecto, observamos como en el mundo proliferan los discursos políticos que ponen su centralidad en la seguridad, la delincuencia y el peligro de las migraciones, enmudeciendo aquellas luchas que por años demandan derechos sociales que les garanticen un estándar

---

<sup>133</sup> BARATTA, Alessandro (1993) ob. cit., p. 27

<sup>134</sup> BARATTA, Alessandro (2004). Introducción a la criminología de la droga, *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires, Argentina. Editorial B de F, pp.114 -116.

mínimo de calidad de vida. El discurso oficial permite desplazar de esta forma un problema general, que sólo puede ser resuelto con un cambio de las relaciones sociales de producción, por otro problema de carácter individual, que concierne a sujetos y grupos determinados.<sup>135</sup>

El despliegue de dicha política represiva se ha fortalecido y continuado en países como Chile sin grandes cambios hasta hoy. Sin embargo, es de suma importancia señalar, que no se han conseguido las metas propuestas, esto es, erradicar o reducir sensiblemente el narcotráfico y el consumo de drogas. Más bien ha sucedido lo contrario, el consumo y tráfico de drogas ilegales se ha mantenido estable, e incluso ha crecido. Es más, a mayor nivel de represión, mayor es el precio de la droga y mayores son los márgenes comerciales y las ganancias que genera.

A su vez el modelo represivo ha generado un aumento de la población reclusa, que junto con el problema del hacinamiento y de las malas condiciones materiales, tiene ahora el de las drogodependencias y el del tráfico dentro de las propias instituciones penitenciarias. Tampoco la salud pública, eje en torno al cual debe girar toda la regulación legal de esta materia, se ha visto mejorada con la actual política represiva. Es precisamente la prohibición la que, al evitar el control por parte del Estado u organismos públicos de la producción y venta, convierte a la droga en un producto de escasa calidad o de una calidad imposible de conocer por el potencial consumidor.<sup>136</sup> Es así como podemos afirmar que el problema no es tanto el narcotráfico y el consumo de drogas, sino que la ineficacia y torpeza de la peligrosa política criminal empleada hasta la fecha.

Expresión de dicha situación son las leyes N°19.366 y N°20.000 que han sancionado el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en nuestro país. Dichos cuerpos normativos haciendo eco de la política represiva imperante en el mundo, han establecido normas y regulaciones sumamente invasivas y transgresoras de principios y derechos consagrados por nuestra Constitución, dentro de las cuales se encuentra el artículo 61 de la ley N°20.000, precepto cuyo estudio ha sido el objetivo central de este trabajo.

---

<sup>135</sup> BARATTA, Alessandro (1993), ob. cit., p 26.

<sup>136</sup> MUÑOZ, Francisco y AUNIÓN, Bella (1993). Drogas y Derecho Penal, en *La actual política Criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia. España. Editorial: Tirant lo Blanch, p. 576.

Como bien hemos demostrado, este artículo, al establecer que los abogados que se desempeñen como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios de la Administración del Estado o en instituciones o servicios descentralizados, territorial o funcionalmente, no podrán patrocinar ni actuar como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en dicha ley, so pena de ser sancionados con la destitución del cargo o con el término del contrato; vulnera los principios de razonabilidad y proporcionalidad, transgrediendo arbitraria e irracionalmente los derechos de debido proceso con sus garantías de derecho a defensa jurídica y presunción de inocencia, así como también el derecho de igualdad ante la ley, libertad de trabajo y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita.

Por lo tanto, debemos concluir que, habiendo constatado que la política represiva de control de estupefacientes no ha logrado los objetivos propuestos, y que por el contrario ha significado una constante vulneración de derechos fundamentales y constitucionales, es el momento de dar un giro radical en esta materia.

Así, reconociendo la responsabilidad que tenemos como sociedad en la falta de oportunidades, en la marginalización de amplios sectores de la población y la reproducción de la desigualdad social, debemos dejar de valorar a los consumidores y traficantes como sujetos aislados de su entorno y pertenecientes a una contracultura que se debe combatir.

En ese sentido, se vuelve imperativo repensar una nueva política de control de estupefacientes, según la cual se reconstruya el discurso a partir del respeto y protección de los derechos humanos y las libertades personales, impulsando una intervención mínima del derecho penal y fijando como objetivo de dicha intervención la resocialización de los delincuentes. Para aquello, urge trabajar en una nueva legislación que tenga como objetivo central el reconocer la libertad de autodeterminación de las personas y por consiguiente, centrar los esfuerzos en controlar la demanda de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, despenalizando el consumo, venta y producción de las mismas, y donde el Estado tenga un rol activo como regulador de las condiciones en las que éstas se elaboraren, distribuyan y consuman. Aquello permitirá realizar un control de calidad de las sustancias elaboradas, protegiendo efectivamente los bienes jurídicos de salud individual y pública, permitiendo un consumo informado y seguro de las mismas.

De esta manera, se podrá destinar todos los recursos que se emplean actualmente en el combate contra el narcotráfico en educación, salud, vivienda y sistemas de rehabilitación, cuidado e información para prevenir de tal modo el consumo desmedido y dañino para la salud. Chile aún está a tiempo de enmendar el curso que se ha seguido en la fatídica guerra contra las drogas, para lo cual no hay ninguna opción mejor a nuestro juicio que destinar las mismas energías, trabajo y recursos en impulsar una política de control de drogas que sitúe como eje central el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales y libertades personales. Para aquello es necesario dedicar tiempo y estudio en buscar nuevas alternativas y proyectar políticas novedosas, siendo este trabajo un humilde aporte en dicho esfuerzo.

## **Bibliografía**

### **A. Doctrina**

1. ALDUNATE, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago, Chile. Legal Publishing.
2. ALVARADO, Adolfo (1989). El Debido Proceso. *Gaceta Jurídica N°110*. Santiago, Chile.
3. ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ, José y ZUÑIGA, Francisco (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales*, Año 10, N°1. Talca, Chile. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. [pp. 65-116].
4. BARATTA, Alessandro (1993). Fundamentos Ideológicos de la actual política criminal sobre drogas, en *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia, España. Editorial: Tirant lo Blanch.  
-- (2004). Introducción a la criminología de la droga, *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires, Argentina. Editorial B de F.
5. BASCUÑAN, Aníbal (1963). *Elementos de la Ciencias de la Administración Pública*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
6. BERMÚDEZ, Jorge (2010). *Derecho Administrativo General*. Santiago, Chile. Editorial: Abeledo Perrot.
7. CEA EGAÑA, José (1991). Notas sobre orden público económico, *Gaceta Jurídica N°135*. Santiago, Chile  
-- (1999). *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica*. Valdivia, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral.
8. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (1993). Alternativas a la actual legislación sobre drogas, en *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia, España. Editorial: Tirant lo Blanch.
9. DRAPKIN, Álvaro (1994). Algunas precisiones sobre la noción de probidad en la Función Pública. Santiago, Chile. Editado por el Instituto de Ciencias Políticas de la

Universidad de Chile, Escuela de Gobierno y Gestión Pública, Documento de Trabajo N°44.

10. ETCHEBERRY, Alfredo (1998). *Derecho Penal Parte General*, 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
11. EVANS, Enrique (1986), *Los derechos Constitucionales, Tomo I*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile.  
--. (1986), *Los derechos Constitucionales, Tomo II*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile.  
--. (1990). *Los derechos Constitucionales, Tomo III*. Santiago, Chile. Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile.
12. FERNÁNDEZ Miguel (2001), *Principio constitucional de igualdad ante la Ley*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
13. FERRADA, Juan. (2007) *Las potestades y privilegios de la administración pública. En el régimen administrativo chileno*. Revista de Derecho (Valdivia). [on line]
14. FERRAJOLI, Luigi. (2001), *Derecho y razón, quinta edición*. Madrid, España, Editorial: Trotta
15. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás (2000). *Curso de Derecho Administrativo. T. II, 7a edición*. Madrid, España. Editorial: Thomson.
16. MAGASICH, Jorge (1984) *Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXI, N°1* (ENERO-ABRIL), Sección 5.
17. MARTÍNEZ, José y ZUÑIGA, Francisco (2011). *El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Estudios Constitucionales, Año 9, N°1. Talca, Chile. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.
18. MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl (2010) *Derecho Procesal Penal. Tomo I*. Santiago, Chile. Editorial: Librotecnia
19. MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio (2007). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago, Chile. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile
20. MUÑOZ, Francisco (1993). *La actual política Criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia. España. Editorial: Tirant lo Blanch.

21. MUÑOZ, Francisco y AUNIÓN, Bella (1993). *Drogas y Derecho Penal*, en *La actual política Criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia. España. Editorial: Tirant lo Blanch.
22. NIETO, Alejandro (1994). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, España. Editorial: Tecnos.
23. NOGUEIRA, Humberto (2005), Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Revista Ius et Praxis*, 11 (1). [on line]  
--. (2008). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad*, Tomo I. Santiago, Chile. Editorial: Librotecnia.
24. PALLAVICINI, Julio (2013). El principio de probidad administrativa en la jurisprudencia de la Contraloría General. *Revista de Derecho Público* Vol. 78, Universidad de Chile, Santiago, Chile.
25. PAREJO ALFONSO, Luciano. JIMENEZ, Blanco. ORTEGA ALVAREZ, L (1998). *Manual de Derecho Administrativo. Volumen I*. 5° ed. Barcelona, España. Editorial: Ariel DA.
26. PFEFFER, Emilio (1987). *Manual de Derecho Constitucional*. Santiago, Chile. Editorial: Conosur.
27. POZO, Nelson (2006). *Presunción de inocencia o estado de inocencia en el nuevo proceso penal*. Gaceta Jurídica N°313. Santiago, Chile.
28. RODRÍGUEZ, Luis (2004). Delimitación del concepto penal de Corrupción. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXV, Valparaíso, Chile. [pp. 339 - 359].
29. RODRIGUEZ, Luis, y OSSANDON, Magdalena (2005). *Delitos contra la función pública: El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
30. SÁNCHEZ, Sergio (2011). Contexto histórico del uso y figuración social actual de las drogas, en *Aportes para una nueva política de drogas*. Santiago, Chile.  
--. (2011). Principales paradigmas preventivos en el mundo de hoy, en *Aportes para una nueva política de drogas*. Santiago, Chile.

31. SÁNCHEZ, Sergio y MUSALEM, Pedro (2011). Aportes para una nueva política de drogas, Santiago, Chile.
32. SILVA, Enrique (1993). Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
33. SOTO, Raimundo (2000). La corrupción desde una perspectiva económica, Programa de Postgrado en Economía, ILADES Georgetown University y Banco Central de Chile.
34. VAZQUEZ, Jorge (1996). La defensa penal. Santa Fe, Argentina. Editorial: Rubinzal-Culzoni.
35. VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto (1994). *Derecho Constitucional, Tomo I*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
36. WISOTSKY, Steven (1993). Zero tolerance, zero freedom: a report on the current situation in the United States war on drugs, en *La actual política Criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*, Valencia, España. Editorial: Tirant lo Blanch.
37. ZILIO, Jacson (2012). El derecho penal de las drogas. Revista Crítica Penal y Poder, N°3, Observatorio del sistema penal y derechos humanos, Universidad de Barcelona. Barcelona, España [pp. 104-120].

## **B. Fuentes Legales**

- Código Orgánico de Tribunales
- Código Penal
- Código Procesal Penal
- Constitución Política de la República
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción
- Convención Interamericana Contra la Corrupción
- Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes

- Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
- Declaración de Derechos Humanos de 1948
- Ley N°10.336, de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República
- Ley N°18.120, que establece las normas sobre comparecencia en juicio
- Ley N°18.403, que sanciona el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes
- Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
- Ley N°18.834, sobre Estatuto Administrativo
- Ley N°18.883, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.
- Ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas
- Ley N°19.393, que introduce modificaciones a la ley N°19.366
- Ley N°19.628, sobre protección de la vida privada
- Ley N°19.718, que crea la Defensoría Penal Pública
- Ley N°19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos
- Ley N°20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas
- Ley N°20.050, Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República
- Ley N°20.880 sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

### **C. Jurisprudencia**

- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Lori Berenson vs. Perú. Serie C N°119, 24 de noviembre de 2004.
- Sentencia de la Corte Suprema sobre Recurso de Protección Rol N°1.201/13.

- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso sobre Recurso de Protección Antiguo causa Rol N°76/2008 y sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre Recurso de Protección causa Rol N°33.167/12.
- Sentencias del Tribunal Constitucional Roles N°: 53/88; 244/96; 280/98; 541/06; 634/06; 479/06; 480/06; 790/07; 808/07; 725/08; 766/08;1.046/08; 1.061/08; 1.133/08; 1.183/09; 1.184/09; 1.203/09; 1.205/09; 1.221/09; 1.229/09; 1.345/09; 1.463/09; 1.518/10.
- Dictámenes de la Contraloría General de la República N°: 26.854/83; 23.433/95; 34.865/95; 64.792/67; 47.934/98; 11.889/01; 40.873/01; 23.858/02; 49.757/02; 129/04; 15.987/04; 54.476/05; 25.331/06; 41.280/06; 383/07; 14.689/07; 52.088/07; 31.000/08; 17.413/11; 44.753/12.

#### **D. Otras Fuentes**

- Comisión Global de Política de Drogas (2018). *Regulación: El control responsable de las drogas*
- Consejo Nacional para el control de estupefacientes (1993). *Política y plan nacional de prevención y control de drogas*
- Consejo Nacional para el control de estupefacientes (2003). *Estrategia Nacional sobre drogas 2003-2008*
- Documento final del período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el problema mundial de las drogas celebrado en 2016
- Historia de la Ley N°19.366
- Historia de la ley N°20.000
- Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2017
- ONU (1988). *Declaración Política, principios rectores de la reducción de la demanda de drogas y medidas de fomento de la cooperación internacional en la lucha contra el problema mundial de las drogas.*

- ONU (2009). *Declaración política y plan de acción sobre cooperación internacional en favor de una estrategia integral y equilibrada para contrarrestar el problema mundial de las drogas.*
- ONU (2014). *Declaración política y plan de acción sobre cooperación internacional en favor de una estrategia integral y equilibrada para contrarrestar el problema mundial de las drogas.*
- Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 5/85, 13 de noviembre de 1985.
- Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 8/87, 30 de enero de 1987.
- Proyecto de Ley que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos sancionatorios y Modifica ley N°19.884, sobre transparencia, límite y control de gasto electoral. Boletín N°3475-2006. Disponible en: [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).