

44

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Ley 20.000: problemas actuales en su interpretación

Lorena Rebolledo Latorre
Manuel Rodríguez Vega

2022

 **ACADEMIA
JUDICIAL
CHILE**



Lorena Rebolledo Latorre

Abogada. Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Talca y la Universidad Pompeu Fabra. Subdirectora de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

Manuel Rodríguez Vega

Abogado. Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Talca. Doctor en Derecho por la Universidad de Chile.
Relator de la Excma. Corte Suprema.



Ley 20.000: problemas actuales en su interpretación

MATERIALES DOCENTES 44

© Lorena Rebolledo Latorre y Manuel Rodríguez Vega,
por los textos, 2022

© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2022
Amunátegui 465, Santiago de Chile
academiajudicial.cl • info@academiajudicial.cl

EDICIÓN Y DISEÑO: Tipografía (tipografica.io)

Todos los derechos reservados.

Resumen

Este texto pretende ser una guía que aporte desde un marco teórico-práctico al análisis de los principales problemas relacionados con el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, abarcando aspectos político-criminales que permitan formar una visión amplia del sistema penal, que inciden en la aplicación de la ley al caso concreto. Para ello, se dará revista a la regulación internacional y nacional, comprendiendo en esta última el análisis de las principales figuras tipificadas y sancionadas en la Ley 20.000, a la luz de la doctrina y jurisprudencia actualizada, así como de las técnicas especiales de investigación criminal previstas en relación con este tipo de ilícitos..

Contenido

5	CAPÍTULO 1 Aspectos político-criminales
28	CAPÍTULO 2 Delitos de tráfico y microtráfico de drogas
53	CAPÍTULO 3 Delito de cultivo de especies vegetales (artículo 8 Ley 20.000)
62	CAPÍTULO 4 Faltas del artículo 50 de la Ley 20.000
78	CAPÍTULO 5 Delito de asociación ilícita (artículo 16 Ley 20.000)
88	CAPÍTULO 6 Antijuridicidad y culpabilidad
98	CAPÍTULO 7 Autoría y participación en el delito de tráfico de drogas
110	CAPÍTULO 8 Concursos de delitos
122	CAPÍTULO 9 Circunstancias modificatorias y penas
136	CAPÍTULO 10 Técnicas especiales de investigación criminal
163	<i>Referencias</i>

Capítulo 1

Aspectos político-criminales

Estado actual de Chile en el mapa geopolítico de drogas

Nuestro país ha experimentado un aumento en las incautaciones de marihuana, drogas sintéticas y nuevas sustancias psicoactivas (NSP). El Informe Mundial sobre las Drogas 2020 (UNODC, 2020: 2-8) muestra como tendencia que el cannabis es la droga que más se consume a nivel mundial, con un cálculo estimativo de 192 millones de personas que consumieron cannabis en el 2018, además se informa que sigue siendo la droga que más reporta la comisión de infracciones penales, y es responsable de más de la mitad de los casos de delitos relacionados con las drogas, según datos entregados por 69 países en el período 2014-2018. Así también se subraya el aumento en el consumo de estimulantes, en particular, cocaína y metanfetamina.

Respecto de las nuevas sustancias psicoactivas (NSP)¹ se reporta que la aparición de sustancias no sujetas a fiscalización internacional se estabiliza indicándose que anualmente se detectan aproximadamente 500 NSP en los mercados nacionales de los Estados miembros, destacándose el aumento de nuevos opioides y el impacto en su consumo en la salud pública, en particular, el fentanilo: un ejemplo claro lo encontramos en

¹ «Las NSP han sido conocidas en el mercado por términos tales como “euforizantes legales”, “sales de baño” y “productos químicos de investigación”. A fin de promover una terminología clara sobre este asunto, la UNODC utiliza el término “nuevas sustancias psicoactivas (NSP)”, las cuales se definen como “sustancias de abuso, ya sea en forma pura o en preparado, que no son controladas por la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes ni por el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, pero que pueden suponer una amenaza para la salud pública”. El término “nuevas” no se refiere necesariamente a nuevas invenciones —varias NSP fueron sintetizadas por primera vez hace cuarenta años—, pero son sustancias que han llegado a estar disponibles recientemente en el mercado» (UNODC, 2018: 2). Con relación a las NSP o drogas emergentes véase Rebolledo (2014: 137-147).

América del Norte, que ha experimentado como fenómeno muertes por sobredosis de opioides.

A su vez, el Informe Mundial sobre las Drogas 2021 (UNODC, 2021: 1-13), entre sus conclusiones destaca nuevamente al cannabis, esta vez informando que se ha notificado su mayor potencia. En los últimos veinte años el principal principio activo presente en toda la planta, el Delta 9 THC, ha cuádruplicado su porcentaje; en Estados Unidos aumentó de 4% a 16%, aproximadamente, (en Chile, según veremos, en el 2021 se informó que el THC promedio es de un 17%) (Observatorio Nacional de Drogas, 2021: 6), existiendo un vínculo entre una baja percepción del riesgo y altos niveles de consumo. Adicionalmente, el Informe revela el aumento de ventas de drogas por internet, destacando las ventas de cannabis a través de la web oscura, a diferencia de lo que ocurre con las NSP y las sustancias utilizadas para la elaboración de drogas sintéticas que se hacen en la web visible.

En materia de mercados de la droga se indica que estos sufrieron cambios durante la primera fase de la pandemia de covid-19, dando lugar a dinámicas de tráfico tales como el aumento del tamaño de las remesas y la mayor utilización de rutas terrestres y vías de navegación, aeronaves privadas, transporte de mercancía por vía aérea y paquetes postales. En materia de NSP han bajado las notificaciones de países con ingreso alto y, al mismo tiempo, se han vuelto más disponibles en países pobres. Respecto a las incautaciones de metanfetamina, se han elevado notoriamente, triplicándose entre 2011 y 2019, y esto se explica porque los traficantes cambian los precursores por sustancias no sujetas a fiscalización, modificando sus procesos de producción. Finalmente, destacamos de este Informe, que los fentanilos siguen siendo los opioides sintéticos que más se incautan, liderando América del Norte.

Ante este panorama internacional ¿qué sucede con nuestro país? Nuestro país ha experimentado un aumento en las incautaciones de marihuana, drogas sintéticas y NSP.

Antecedentes de la Policía de Investigaciones de Chile indican que entre 2010 y 2019, la incautación de drogas sintéticas, medidas como dosis, ha aumentado aproximadamente un 7.000%. A lo anterior se suma que a partir de 2014 ha existido una diversificación en los tipos de drogas detectadas, en primera instancia, por la aparición de productos que contenían cannabinoides sintéticos (por ejemplo: SPICE) y luego, con la

fuerte irrupción de las drogas de efectos estimulantes y empatógenos llamadas NBOMes. Junto a estas nuevas drogas sintéticas también se han identificado: nuevos alucinógenos (por ejemplo, análogos de LSD y triptaminas sintéticas), estimulantes (catinonas sintéticas) y sedantes (sustancias tipo fenciclidina). En total, entre 2015 y 2020, unas cuarenta NSP han sido detectadas intentando ser ingresadas y comercializadas en Chile [...] En este sentido, la información surgida a partir de operativos antidrogas realizados por la Policía de Investigaciones de Chile y Carabineros de Chile indican que durante el año 2020 las cuatro drogas sintéticas mayormente incautadas fueron: ketamina, MDMA (éxtasis), dimetilriptamina (DMT) y el grupo de las 2C (tusi). Considerando las consecuencias asociadas a su consumo, estas drogas presentan efectos disociativos-alucinógenos, empatógenos, alucinógenos y estimulantes-alucinógenos, respectivamente. Estos efectos también se encuentran en otras drogas de alta prevalencia de consumo en Chile como son los derivados de cocaína (estimulante) y el LSD (alucinógeno). Aquellos separados por un guion (-) corresponden a efectos que se presentarían de manera dual en los consumidores, dependiendo principalmente de las cantidades utilizadas. Sobre las sustancias incautadas, llamativo resulta el caso de la ketamina, un compuesto de usos farmacéuticos veterinarios aprobados en Chile y que presenta 1/10 de la potencia de droga PCP, conocida como «polvo de ángel». La presencia de la ketamina en el mercado ilícito se sustenta en gran medida del desvío desde el mercado lícito veterinario (Observatorio del Narcotráfico en Chile, 2021: 165 y ss.).

Tendencias y amenazas del narcotráfico en Chile durante 2021

Ahora bien, según lo indica el Informe del Observatorio del Narcotráfico del Ministerio Público, las principales tendencias en materia de tráfico ilícito de drogas en 2021 se resumirían en los siguientes puntos:

- Se mantiene como tendencia el aumento en la incautación de marihuana, y la caída en la cocaína y pasta base. Se detecta, como amenaza, la venta masiva de un FALSO 2CB. Respecto de la marihuana elaborada, el clorhidrato de cocaína y la pasta base, podemos advertir que, desde el punto de vista de la incautación, se ha tendido a mantener la tendencia enunciada en 2019.
- La crisis impulsa como tendencia el surgimiento y la presencia de organizaciones criminales más poderosas y complejas. Se consig-

na como amenaza la presencia del Cartel de Sinaloa, y la voluntad de instalación en el país del Cartel Jalisco Nueva Generación.²

- Se observa como tendencia el notorio aumento de la capacidad de producción de drogas en suelo chileno, y como amenaza, el involucramiento en este proceso, de poderosas organizaciones criminales extranjeras, como la tercera gran amenaza que se advierte en este Informe.³

2 «Continuando con nuestro análisis de tendencias y amenazas, decíamos el 2019, que temíamos el surgimiento de nuevas organizaciones criminales en el país. Ello sustentado en los antecedentes históricos del narcotráfico, donde las crisis como la que actualmente vive el país y el mundo han apalancado el surgimiento de nuevas generaciones de organizaciones criminales, que caracterizábamos como más poderosas, y más complejas. No nos equivocamos. Como en cualquier sistema social, el surgimiento de organizaciones criminales más poderosas y complejas podía tener dos orígenes: interno, es decir que las propias organizaciones chilenas alcanzaran un nuevo nivel de desarrollo, o que organizaciones criminales extranjeras empezaran un proceso de instalación en Chile, provocando de manera exógena el mismo efecto. Para ambas posibilidades, nuestro país había evidenciado, hace varios años, un preocupante avance del crimen organizado, cosa que presagiaba a todas luces la llegada de organizaciones mayores, y como Chile no es una isla, por el contrario, las últimas décadas nos muestran que la suerte del narcotráfico nacional, está estrechamente ligada a la que sigue el continente, y probablemente el mundo, seguimos el camino de todos nuestros vecinos más cercanos: empezamos a ver cómo organizaciones extranjeras mucho más poderosas que las locales, marcaban con su presencia nuestro territorio. Es así como, durante el 2020 y parte del 2021, hemos podido ver, al menos a tres de las cinco más poderosas organizaciones criminales de América, cabecillas del narcotráfico regional, registrar su presencia en Chile» (Observatorio del Narcotráfico en Chile, 2021: 21).

3 «Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que existe un evidente proceso de aumento en la capacidad local para la producción de drogas, cuyos indicios pasan por el aumento de las plantaciones de marihuana, varias de ellas con alta tecnología, el aumento del cultivo *indoor* de la misma, el aumento de Ketamina para la producción del “Falso 2CB”, el aumento de incautaciones de 2CB, y el crecimiento sostenido de los laboratorios destinados a la producción de drogas de síntesis, probablemente asociado al “Falso 2CB”. Si bien no hemos incluido la información 2021 ya que aún no está completamente consolidada, todos los datos que hemos reunido sobre el primer semestre del presente año, nos indican que las tendencias se mantienen en todos los casos presentados. Consignaremos esta tendencia, es decir, el desarrollo de una capacidad de producción de drogas en suelo chileno, potenciado con el involucramiento confirmado de poderosas organizaciones criminales extranjeras, como la tercera gran amenaza que advertimos en el presente Informe 2021» (Observatorio del Narcotráfico en Chile, 2021: 26).

- Se verifica la instalación en los recintos penitenciarios de un «sistema de dominación», dirigido por las organizaciones criminales vinculadas al narcotráfico, que convierten las cárceles en centros de negocios para el crimen. Ello ha generado una amenaza de naturaleza totalmente inaudita en Chile, con acciones nunca vistas en años anteriores.⁴

En resumen, durante el 2021, se observan las siguientes amenazas y tendencias en el narcotráfico:

- Aumentan las incautaciones de marihuana y disminuyen las de cocaína.
- Los laboratorios de drogas sintéticas se mantienen en alza, y hacen su aparición los laboratorios de marihuana.
- Llamativa caída del éxtasis, y brusco aumento del «tucibí» y de los fármacos (Se confirmó que la mayoría de las incautaciones rotuladas como «tucibí», son ketamina, acompañada de cafeína⁵ u otra sustancia y no poseen ninguna molécula de 2CB (4-bromo-2,5-dimetoxifenil-2-etilamina), debido a ello se verificó un aumento notable en las incautaciones de ketamina.
- La crisis impulsa la presencia de organizaciones criminales de ma-

4 «El estudio de Gendarmería de Chile, titulado “Crimen Organizado en las Cárceles Chilenas”, que forma parte del presente informe, nos alerta sobre la existencia de un “sistema de dominación” que se ha instalado gradualmente en la red penitenciaria, conformado por las organizaciones criminales, principalmente vinculadas al narcotráfico, que replican al interior de los recintos penales las condiciones que han construido en distintos barrios. Esta forma de dominación se basa en el sometimiento por la violencia y el miedo del resto de la población, en este caso internos en condición de mayor vulnerabilidad, los que deben optar por servir a la organización criminal (los llaman “perros”), o perder la vida. De esta forma, son utilizados como carne de cañón para los enfrentamientos entre bandas, como correos para traer y guardar la droga, como homicidas en la ejecución de miembros de otras bandas, etcétera, recibiendo el costo punitivo de las acciones dispuestas por los jefes de las organizaciones criminales, quienes siempre ostentan en sus fichas una “muy buena” o “buena conducta”» (Observatorio del Narcotráfico en Chile, 2021: 26).

5 La cafeína como materia prima fue incluida como sustancia química sujeta a control penal mediante la dictación del Decreto 40 del 23 de junio de 2021, pasando, por lo tanto, a pertenecer al listado de precursores y sustancias químicas esenciales del Decreto 1.358 del 17 de abril de 2007. La razón de esta modificación atiende a que es utilizada como adulterante de diversas drogas en Chile, por ejemplo, en cocaínas (clorhidrato o base) y en comprimidos de éxtasis.

yor envergadura: Cartel de Sinaloa, Cartel Jalisco Nueva Generación y Clan del Golfo.

- Narcotraficantes crean en las cárceles un sistema de dominación. Los internos son sometidos por la violencia y son obligados a delinquir. Han producido una inédita alza en los homicidios. Organizan intentos de fuga jamás vistos en democracia.

Antecedentes y compromisos internacionales suscritos por Chile en materia de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas

El sistema global de fiscalización de drogas —estupefacientes y sicotrópicas— se basa en tres convenciones internacionales: la Convención Única de Estupefacientes de 1961, el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

Mención separada recibe la Convención de Palermo del año 2000, atendida su regulación del crimen organizado transnacional en diversas figuras penales, entre ellas, los delitos relativos al tráfico de drogas.

Convención Única de Estupefacientes 1961,
enmendada por el Protocolo de 1972

El 30 de marzo de 1961 se firmó en Nueva York la Convención Única de Estupefacientes, la cual fue incorporada a nuestro derecho interno mediante el Decreto Supremo 35, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial* el 16 de mayo de 1968. En relación con este documento se dice que constituye

el más importante instrumento internacional sobre control de drogas, ha sido casi universalmente ratificado y ha servido también de modelo o referencia de todos los tratados posteriores, los que, en general, no hacen más que complementarlo. La Convención, nacida en el seno del Consejo Económico Social de las Naciones Unidas, tiene su origen en un Proyecto de Convención Única sobre Estupefacientes que se preparó en 1956, destinado a sustituir entre las Partes, por un tratado único, los numerosos tratados existentes a la fecha.⁶

⁶ «Los principales instrumentos internacionales multilaterales suscritos a 1961, todos los cuales reconocen su matriz en el movimiento originado en la Conferen-

La Convención (Decreto Supremo 35, del 16 de mayo de 1968) se enmarca en un contexto general de limitación de la producción, tráfico y uso de estupefacientes, con sus correspondientes mecanismos de fiscalización, reforzados a través de la colaboración y coordinación internacionales, por lo que se establece la obligación de las partes de «luchar por todos los medios» contra el tráfico ilícito de estupefacientes (artículo 35), mediante la incorporación, por parte de los Estados, de una serie de normas penales (Hernández, 1992: 12). Entre otras, se establece en el artículo 36, 1 a) que las partes se obligan a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta [...], transporte, importación y exportación de estupefacientes, deban ser considerados como delitos si se cometen intencionalmente, y sancionarlos en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad. Agrega el mismo artículo 36 en su numeral 2, ii) que la participación deliberada o la confabulación para cometer estos delitos, así como la tentativa de cometerlos, esto es, los actos preparatorios y sus operaciones financieras relativas, se considerarán también delitos.

Este instrumento fue modificado el año 1972 (Decreto Ley 1.261, del 28 de noviembre de 1975); para añadir un apartado b) al párrafo primero del artículo 36, el cual dispuso que en caso de ser los autores del delito personas que hagan uso indebido de estupefacientes, las partes podrán, en vez de declararlas culpables o de sancionarlas penalmente, o además de declararlas culpables o de sancionarlas, ser sometidas a medidas de

cia de Shanghai de 1909, eran los siguientes: a) la Convención del Opio de la Haya (1912); b) el Acuerdo de Ginebra concerniente a la fabricación, comercio interior y uso de opio preparado (1925) y el Acuerdo de Bangkok para la supresión del hábito de fumar opio en el Lejano Oriente (1931); c) la Convención Internacional del Opio, firmada en Ginebra el 19 de febrero de 1925; d) la Convención para limitar la fabricación y reglamentar la distribución de estupefacientes, firmada en Ginebra el 13 de julio de 1931; e) la Convención para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas, firmada en Ginebra el 26 de junio de 1936; f) el Protocolo de Lake Success (Nueva York), firmado el 11 de diciembre de 1946, que modificó todos los instrumentos anteriores; g) el Protocolo de París, firmado el 19 de noviembre de 1948, que somete a fiscalización ciertas drogas no comprendidas en la Convención de Ginebra de 1932 y h) el Protocolo para limitar y reglamentar el cultivo de la adormidera y la producción, el comercio internacional, el comercio al por mayor y el uso del opio, firmado en Nueva York el 23 de junio de 1953» (Hernández, 1992: 11-12).

tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social, lo que a nuestro juicio constituye un salto hacia la denominada justicia terapéutica y restaurativa, que hoy encuentra en Chile su máximo exponente en el desarrollo de la política pública denominada Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o Alcohol, según veremos más adelante.

Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971

El 21 de febrero de 1971, se firmó en Viena el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, el cual se incorporó a nuestro derecho interno el 3 de noviembre de 1976, mediante la dictación del Decreto Supremo 570 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Se trata de un texto cuyas disposiciones son, en general, análogas a las contenidas en la Convención de 1961. En realidad, es un Convenio complementario, destinado a extender la fiscalización a una serie de sustancias sicotrópicas que no estaban contempladas por la Convención de 1961 (alucinógenos, estimulantes y depresores del sistema nervioso central), fundamentalmente, de origen farmacéutico.

Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, «Convención de Viena»

El 20 de diciembre de 1988 se suscribió en Viena la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, la que fue incorporada en Chile mediante la dictación del Decreto Supremo 543 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial* el 20 de agosto de 1990. Su finalidad fue consagrar un programa de criminalización penal y, al mismo tiempo, completar la Convención Única y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas. En especial, su alcance se extiende a asegurar medidas que perfeccionen la persecución penal del tráfico ilícito de estupefacientes a nivel internacional (Hernández, 1992: 15). El párrafo 1 a) del artículo 3 dispone que las partes deben tomar las medidas necesarias para que los Estados partes adopten medidas destinadas a tipificar como delitos en su derecho interno, los actos de producción y tráfico de drogas y los de cultivo de adormidera, coca y cannabis, cuando se realicen dolosamente. También, los Estados se obligan a establecer disposiciones relativas a la sanción de

la posesión o adquisición de las drogas con el objeto de realizar alguna de las conductas citadas. Al mismo tiempo, la Convención obliga a tipificar como delitos la fabricación, transporte o distribución de equipos o materiales o de precursores, a sabiendas de que se utilizarán en la producción o cultivo de drogas y la organización, gestión o financiación de los delitos anteriores. Se establece, en el párrafo segundo, del artículo 3 la tipificación del «consumo personal»; sin perjuicio de la reserva que puede formular cada Estado, en relación con los principios constitucionales y los derechos fundamentales de su ordenamiento jurídico, se deben adoptar medidas necesarias para tipificar como delitos penales la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal si se realiza de modo intencional y en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.

A estas normas internacionales se debe agregar la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, dado su impacto en las figuras delictivas relativas al tráfico de drogas, pues aborda el fenómeno de la criminalidad organizada.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, «Convención de Palermo, año 2000»

Fue publicada en el *Diario Oficial* del 16 de febrero de 2005 mediante la dictación del Decreto Supremo 342 del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 20 de diciembre de 2004. Hasta antes de esta Convención, la delincuencia organizada transnacional tenía como único instrumento jurídico internacional válido para Chile la Convención de Viena, con su alcance limitado solo a tráfico de drogas, desvío de precursores químicos y lavado de activos provenientes del narcotráfico. Por su importancia, ofrecemos una síntesis de las principales normas de la Convención:

Ámbito de aplicación (artículo 3). La Convención solo se aplica a la prevención, investigación y enjuiciamiento de los delitos graves y transnacionales en que participe un grupo delictivo organizado; y a los delitos de participación en grupo delictivo organizado, lavado de activos,

corrupción y obstrucción de la justicia, con independencia de si son o no transnacionales o los cometa o no un grupo organizado.

Penalización de participación en grupo delictivo organizado (artículo 5). Entre otros puntos se exige a los Estados miembros tipificar el acuerdo con una o más personas para cometer un delito grave o la participación en actividades ilícitas del grupo delictivo organizado, o ambas situaciones.

Penalización y medidas para combatir el blanqueo del producto del delito (artículos 6 y 7). Se exige a los Estados miembros que incluyan como delitos bases o determinantes de lavado a una amplia gama de delitos, entre ellos todos los delitos graves, en los términos del artículo 2, además de los de participación en grupo delictivo organizado, corrupción y obstrucción a la justicia. Se reconoce expresamente la procedencia de la prueba indirecta o indiciaria, tanto para lavado de activos como para el delito de participación en grupo delictivo organizado (artículo 5 número 2, y 6 número 2 f). Y, en relación con el delito de lavado de activos, se debe destacar lo dispuesto en el número 4 del artículo 7, conforme al cual «los Estados parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero».

Penalización y medidas contra la corrupción (artículos 8 y 9). Se establece la obligación de tipificar como delito diversas figuras asociadas a la corrupción y se reconoce un concepto amplio de funcionario público.

Responsabilidad de las Personas Jurídicas (artículo 10). Se exige a los Estados parte que establezcan la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado y en los delitos de participación en grupo delictivo organizado, lavado de activos, corrupción y obstrucción de la justicia. Y se contempla que la responsabilidad de las personas jurídicas puede ser penal, civil o administrativa. Lo importante es que las sanciones sean eficaces, proporcionadas y disuasivas.

Proceso, fallo y sanciones (artículo 11). En relación con las sanciones, se establece como un mandato para los Estados parte que las sanciones de los delitos de participación en grupo delictivo organizado, lavado de activos, corrupción y obstrucción de la justicia tengan en cuenta la gravedad de ellos. Se consagra la necesidad de garantizar la comparecencia de los imputados, en relación con la concesión de libertad en espera

de juicio y también la obligación de considerar en este punto la citada gravedad de los ilícitos, para los efectos de procedencia de libertad condicional. Se demanda de los Estados parte que establezcan plazos de prescripción prolongados para todos los delitos que sean materia de la Convención.

Decomiso, incautación, cooperación internacional en decomisos y disposición de activos decomisados (artículos 12, 13 y 14). Se establece la procedencia de decomisos extensibles a bienes por el valor equivalente al producto del delito, a bienes transformados o convertidos parcial o totalmente y a bienes mezclados.⁷ En este punto, se prescribe expresamente que los Estados parte no pueden ampararse en el secreto bancario para no aplicar las normas de la Convención sobre decomiso e incautación y sobre cooperación internacional. Y, por ello, se establece la cooperación internacional para fines de localización de bienes, embargo preventivo, incautaciones y comisos, la Convención la regula en detalle con miras a facilitar su ejecución.

Investigaciones conjuntas y técnicas especiales de investigación (artículos 19 y 20). Se establece la posibilidad de acuerdos de todo tipo entre Estados parte respecto a investigaciones o actuaciones judiciales. Incluso se permiten acuerdos caso a caso para abordar una investigación conjunta. Se promueve el uso de las técnicas de entregas vigiladas, la vigilancia electrónica o de otro tipo y las operaciones encubiertas. Entre otras materias, se promueve a los Estados parte a utilizar las técnicas especiales en investigaciones entre países, aun ante la inexistencia de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales.

Síntesis de la evolución legislativa

A continuación, se ofrece una reseña de los cambios legislativos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en nuestro país (Arrieta, 2010: 149-165).

⁷ En cumplimiento de estas obligaciones internacionales, se discute actualmente en el Senado el «Proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales con el objeto de mejorar la persecución del narcotráfico y crimen organizado, regular el destino de los bienes incautados en esos delitos y fortalecer las instituciones de rehabilitación y reinserción social», una de las normas que se incluye es el «comiso por equivalencia». Boletín 13.588-07 del 16 de junio de 2020.

Código Penal

Los delitos contra la salud pública se encontraban regulados en los artículos 313 y 314 del Código Penal (los cuales fueron tomados de los artículos 253 y 254 del Código Penal español (Fuensalida, 1883: 332 y 333). En estos preceptos se sancionaba, por un lado, la elaboración de sustancias o productos nocivos a la salud o su tráfico sin autorización competente y, por el otro, a los que hallándose autorizados fabricaren o expendieren, con infracción a los reglamentos respectivos, sustancias o productos nocivos a la salud. Las disposiciones debían complementarse con las normas contenidas en el Reglamento de Estupefacientes de 1936 y, posteriormente, en el Decreto Supremo 137, de Salud Pública, del 17 de mayo de 1960.

La normativa estuvo vigente desde la dictación del Código Penal en 1875 hasta las modificaciones introducidas por las sucesivas leyes especiales relativas a la salud pública.

Leyes especiales

A fines de los años sesenta del siglo pasado, se incorporó en nuestra legislación un nuevo cuerpo normativo, contenido en la Ley 17.155, del 11 de junio de 1969, que reguló en detalle el tratamiento y penalidad de este tipo de delitos, al sancionar una multiplicidad de conductas utilizando diversas formas verbales con tal propósito. Esta Ley incorporó los nuevos artículos 319 a) al 319 g), al Código Penal, en los que se establecieron los delitos sobre estupefacientes y, posteriormente, fue complementada por el Decreto Supremo 459 de Salud Pública, del 8 de agosto de 1969. Esta normativa elevó el quántum de las penas privativas de libertad e introdujo nuevas figuras penales donde puede encontrarse la base de la normativa de la actual ley de drogas.

Estas normas sufrieron adecuaciones con motivo de la Ley 17.934, del 16 de mayo de 1973, que derogó los artículos 319 a) al 319 g) del Código Penal. En efecto, este cuerpo normativo distingue por primera vez sustancias o drogas capaces de producir graves efectos tóxicos de las que no los pueden generar, respecto de las cuales podía reducirse la pena hasta en tres grados. Las drogas estupefacientes o sicotrópicas se establecen por Reglamento Decreto 535 del 26 de julio de 1973.

Ahora bien, en general se mantienen los mismos delitos contenidos en la regulación anterior, pero podemos destacar las siguientes modificaciones: i) se incorpora por primera vez la presunción de autoría en el delito de elaboración ilegal, consistente en la tenencia de elementos o instrumentos comúnmente destinados a esos fines; ii) se castiga expresamente la conspiración y la proposición para elaborar o traficar estupefacientes y se castiga, por ese solo hecho, la asociación u organización con el objeto de elaborar o traficar estupefacientes (artículos 7 y 8); iii) se suprimen las reglas sobre *iter criminis* al establecer que los delitos se castigan como consumados desde que hay principio de ejecución (artículo 9).

La Ley 18.403, del 4 de marzo de 1985, si bien en general conservó la penalidad de estos delitos, aumentó la del tráfico de drogas y sustancias estupefacientes que no producen graves efectos tóxicos y sancionó el cultivo ilícito de plantas productoras de drogas ilegales.

El retorno a la democracia supuso también la necesidad de un nuevo cuerpo normativo que regulara los delitos contra la salud pública, lo que tuvo lugar con la dictación de la Ley 19.366, del 30 de enero de 1995. Si bien el texto contemplaba la mayoría de las materias reguladas en las leyes anteriores, introduce profundas modificaciones en relación con los tipos penales y las técnicas de investigación, al contemplar, por primera vez, las entregas vigiladas (artículo 29), la figura del informante y el agente encubierto (artículo 34), la interceptación de las comunicaciones y documentos privados y la vigilancia de personas (artículo 31), en consonancia con las exigencias contenidas en la Convención de Viena de 1988.

Esta ley fue modificada por la actual Ley 20.000, del 16 de febrero de 2005, que viene a sancionar todas las actividades del denominado ciclo del tráfico de drogas. Sus principales características se pueden resumir en los siguientes puntos: a) crea una figura especial y privilegiada de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga o «microtráfico»; b) introduce mejoras en las herramientas de investigación criminal, cooperación eficaz, agente encubierto, informante e innova incorporando la técnica del agente revelador, entregas vigiladas y controladas de drogas; c) facilita la colaboración internacional; d) establece normas de control administrativo respecto a la elaboración y comercialización de precursores y sustancias químicas esenciales; e) perfecciona el sistema de pro-

tección de testigos y agentes policiales, por ejemplo, en relación con la denominada «historia ficticia».

Coordinación con las políticas no penales de prevención del uso abusivo de sustancias. Situación de las mujeres en el contexto del tráfico ilícito de estupefacientes

En este amplio tema⁸ revisaremos las políticas públicas integrales sobre drogas, que permiten centrarnos en la persona vinculada con las drogas, traspasando los enfoques basados únicamente en la represión penal. Ello, a fin de tratar no solo aspectos penales de su conducta, sino además aquellos que permiten su libertad, en relación con el consumo de drogas, vale decir, disuadir a un consumidor problemático de drogas, que entra en conflicto con la justicia, en etapas preliminares al proceso penal, durante este y aún en etapa de ejecución de sentencia. De esta forma nos referiremos a continuación, a las alternativas al encarcelamiento conocidas como ATI (por su nombre en inglés: Alternative To Incarceration), que buscan bajo el principio de responsabilidad compartida de los problemas asociados con las drogas, un abordaje sistémico, multidisciplinario y con pleno respeto a los derechos humanos.

Alternativas al encarcelamiento. Especial referencia a los tribunales de tratamiento de drogas o alcohol

Ahora bien, diversos enfoques pueden entregarnos las pautas que permitan compatibilizar las convenciones internacionales y la legislación interna, a fin de otorgar una solución más «justa» y eficaz, que permitan tratar problemas de salud y de seguridad pública, con pleno respeto a los derechos y garantías fundamentales.

- Enfoque de salud pública: busca asegurar que los daños asociados con las intervenciones de control no sean mayores que los daños que causan las drogas.
- Enfoque de derechos humanos: su objetivo es humanizar la política de drogas al establecer la protección de la persona en un entorno de acceso a oportunidades e integración social.

⁸ Capítulo basado en el Informe Técnico sobre Alternativas al Encarcelamiento para los Delitos relacionados con Drogas, CICAD/OEA (2015).

- Enfoque proporcional: incorpora la consideración de los diferentes daños a la persona o a la sociedad que representan las drogas y el papel del infractor en el mercado de las sustancias ilegales, caso a caso. Contempla un examen de las características del infractor, como el género, la edad, la situación socioeconómica, lugar de origen, religión, falta de orientación en su juventud, y discapacidades físicas y mentales. Puede ayudar a las autoridades a reconocer y responder, de forma más eficaz, a algunas de estas vulnerabilidades (reincidencia o comportamiento violento). Este enfoque se debe tener en cuenta en todas las etapas del sistema judicial.
- Enfoque basado en la evidencia empírica: las políticas de drogas deben estar basadas en la evidencia, de modo que puedan responder mejor al contexto particular, y al mismo tiempo que puedan ser más eficientes y eficaces en la reducción del consumo de drogas, la producción, el tráfico y los delitos conexos; y respetar los derechos humanos. La adopción de este enfoque implica analizar e intercambiar experiencias, bajo una perspectiva rigurosa que permita identificar qué ha funcionado, qué no y qué se debe mejorar y cómo. En diferentes países se han desarrollado una serie de alternativas al encarcelamiento, lo cual puede proporcionar una amplia gama de opciones de estudio. Un aspecto fundamental de los enfoques basados en la evidencia es la creación de mecanismos de seguimiento y evaluación que permiten a los Estados crear una base de evidencia cuando esta no exista. En Chile, la Fundación Paz Ciudadana realizó una evaluación de impacto y costo-beneficio de los tribunales de tratamiento de drogas, estudio que permitió conocer la eficacia de este Programa a través de la medición de la reincidencia, una de las conclusiones refiere que «la evidencia recogida es indicativa de un impacto positivo del programa en la reducción de la reincidencia delictual en personas infractoras con consumo problemático de alcohol o drogas. En concreto, los resultados muestran que, para el modelo base (pareo por puntaje de propensión), se reduciría la reincidencia delictual a un año de seguimiento en 8,7 puntos porcentuales si se compara el grupo tratado con el grupo de control» (Fundación Paz Ciudadana, 2018: 62).

Las alternativas al encarcelamiento pueden agruparse en tres amplias categorías conforme a la etapa en que se encuentra la persona que entra

en conflicto con el sistema penal: i) medidas previas al proceso penal y enfocadas a limitar la entrada a este; ii) medidas aplicadas durante el proceso penal, dirigidas, ya sea a prevenir casos penales que resulten en privación de libertad, o bien que esta sea proporcional al delito; y iii) medidas para el control de la población carcelaria, enfocadas a la liberación anticipada de sentenciados o personas en prisión preventiva acompañadas de estrategias de integración social.

Es importante subrayar que, por más exitosas que hayan sido algunas alternativas al encarcelamiento en un país, requieren de un análisis detallado e incluso de ajustes legislativos para su adopción en otro país. Esto se debe a que el sistema judicial y la coyuntura juegan un papel central y, por lo tanto, las diferencias relevantes entre los países pueden significar que una alternativa con buenos resultados en un país, no necesariamente los tenga en otros.

*a) Alternativas previas al proceso penal,
y enfocadas a limitar la entrada a este*

Estas alternativas permiten que la persona no entre al sistema judicial penal. Están normalmente asociadas a tres estrategias fundamentales: i) la descriminalización de ciertas conductas; ii) la despenalización de ciertas conductas y iii) mecanismos de derivación policial, en respuesta a una conducta criminal que eventualmente podría ser sancionada con cárcel, pero que en su lugar el ofensor es derivado a opciones de tratamiento y rehabilitación.

Un ejemplo de despenalización es Alemania. En casos de posesión de drogas la sección 31.^a de la Ley de Drogas permite al fiscal abstenerse de la judicialización si se cumplen cuatro condiciones: i) si la cantidad de drogas es insignificante; ii) si es para uso personal; iii) si no hay un interés público en el enjuiciamiento, y iv) si el infractor es menor de edad.

Otros ejemplos de este tipo de medidas se encuentran en Australia, Inglaterra y Estados Unidos. Los programas de derivación pueden efectuarse desde el arresto callejero con la intervención de la policía, como se describe en el punto anterior, o más adelante con el involucramiento del tribunal.

Una combinación de estrategias de descriminalización y derivación se puede encontrar en Portugal. En este país, la tenencia de drogas en cantidades iguales o inferiores a las consideradas como dosis personal

está descriminalizada. Si bien la posesión sigue siendo una conducta ilícita, en vez de castigar con una sanción penal se aplica una respuesta administrativa. Se coordinan las denominadas «Comisiones de Disuasión», en las que un equipo multidisciplinario evalúa a la persona y la deriva a servicios de salud o sociales, o puede imponerle medidas tales como amonestaciones, servicio comunitario, suspensión de la licencia de conducir y multas, dependiendo de las circunstancias particulares del caso y del tipo de droga.

Para América Latina y el Caribe, por información aportada por la policía y fiscales, se dieron a conocer las razones principales relacionadas con el escepticismo ante la posibilidad de adoptar este tipo de alternativas, a cargo de la policía, de derivación previa al juicio. Por una parte, hay temor frente a la posibilidad de que estos programas inciten prácticas de corrupción; por otra, podría significar dejar en manos de la policía la acción penal.

b) Alternativas aplicadas durante proceso penal

Estas alternativas operan durante el proceso penal e incluyen la modificación de condenas, las derivaciones dispuestas por el fiscal o la derivación a tribunales o programas especiales. En América Latina y el Caribe existen varias iniciativas que pueden ser consideradas como alternativas que proceden en la etapa procesal. Entre estas alternativas, el modelo de los «Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o Alcohol (TTD)»⁹ merece especial atención, ya que es el único ejemplo que se está implementando en casi la mitad de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), así como en otros países dentro y fuera del hemisferio americano.

Los TTD constituyen un programa dentro del sistema de justicia penal, dirigidos a infractores cuyos delitos están relacionados con el consumo problemático de drogas. Si bien medularmente buscan disminuir el consumo de drogas y la reincidencia criminal, los objetivos pueden ser amplios: i) reducir la carga sobre los sistemas públicos (personal, instalaciones, mantenimiento); ii) aumentar el funcionamiento sicoso-

⁹ Véanse Fundación Paz Ciudadana (2010; 2018), Rebolledo (2009: 137-146; 2012: 109-117), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (Senda, 2017).

cial individual (es decir, salud, cuidado parental, capacidad de trabajar);
iii) proteger a las víctimas de futuros crímenes.

Esta metodología de trabajo se ha implementado en diferentes países, conforme a las regulaciones de cada ordenamiento jurídico. Se trata de un programa flexible que se desarrolla bajo el modelo de «Riesgo-Necesidad-Responsividad», que se traduce en:

- *Riesgo*: concentrar los recursos para el tratamiento de drogas en infractores de riesgo moderado a alto (riesgo de arresto).
- *Necesidad*: entregar servicios que aborden los factores de riesgo de detención (incluido el tratamiento de drogas).
- *Responsividad*: entregar servicios en áreas clave para mejorar la participación «adherencia» en el tratamiento de drogas.

En estos programas se realiza un seguimiento de los casos (por regla general, una vez al mes), a través de audiencias programadas en bloques. Se trata de un trabajo intersectorial que permite incentivar la participación del usuario en el tratamiento, para controlar su adicción.

Los tribunales de tratamiento de drogas se enmarcan en la denominada justicia terapéutica y/o restaurativa, dependiendo del enfoque dado por cada país.

En nuestro país la experiencia de los tribunales de tratamiento de drogas y/o alcohol comenzó en el 2004, posicionándose como un programa inserto en el sistema de justicia penal que incorpora una metodología y un conjunto de herramientas dirigidas a infractores cuyos delitos están relacionados con la drogodependencia. Los tribunales de tratamiento de drogas pretenden favorecer los procesos de rehabilitación para superar dicha condición, a través de un constante seguimiento de los casos, en audiencias especiales donde, en virtud de un trabajo colaborativo, se promueve la participación del usuario en el tratamiento para superar la adicción (Pérez y Rebolledo, 2017: 63).

Se utiliza la salida alternativa de la suspensión condicional del procedimiento con el objetivo de someter a tratamiento a imputados (para los TTD «usuarios») que presentan consumo problemático de drogas. Se pretende, mediante el cumplimiento de programas de tratamiento, lograr la rehabilitación e integración social de personas con adicción a drogas. De este modo se disminuye el consumo y la reincidencia en el delito (no se trata de un tribunal especial ni de jueces cuya dedicación sea exclusiva).

Hoy existen TTD en la mayor parte de Chile. Se aplica tanto a población adulta como adolescente y, respecto a esta última, también opera en etapa de cumplimiento de la sanción penal (posproceso penal).

Con todo, los programas de tratamiento incluyen diversos enfoques, entre los que podemos destacar el género y los derechos humanos. En particular, respecto al enfoque de género: «Mujeres que cometen delitos relacionados con drogas» (CIM, 2014: 1-52), dada su especial condición de vulnerabilidad, muchas de ellas en condiciones de pobreza, sin estudios ni trabajo y son responsables del cuidado de personas dependientes (hijos, personas de edad avanzada o con algún grado de discapacidad), esta situación ha sido evidenciada por diversos organismos internacionales, a fin de lograr la instalación de políticas de droga eficaces que permitan cortar el círculo vicioso de pobreza, vinculación a mercados de droga, siendo ellas usadas para el microtráfico y en la cárcel.

En esta preocupación compartida por diversos organismos chilenos, el Ministerio Público dictó la siguiente Instrucción General:

Del mismo modo, considerando los compromisos asumidos por el Estado de Chile en la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas (UNGASS) sobre el Problema Mundial de las Drogas, abril de 2016, en orden a incorporar en sus políticas de drogas una perspectiva de género, se privilegiará el uso de la herramienta de la suspensión condicional del procedimiento en casos de mujeres que presenten vulnerabilidad socioeconómica vinculada a un consumo problemático de drogas, condiciones copulativas que deberán acreditarse, mediante un informe sicosocial, aplicable a las siguientes infracciones penales contenidas en la Ley 20.000: faltas contempladas en los artículos 50 y 51; tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas (artículo 4) y cultivo ilegal de especies vegetales (artículo 8).

Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de ser incorporadas en el programa de Tribunales de Tratamiento de Drogas (TTD), en caso de cumplir los requisitos para ello.

Respecto a las condiciones a imponer, se instruye privilegiar la proposición de suspensiones condicionales, cuyo contenido implique el cumplimiento de programas de tratamiento del consumo problemático de drogas, de estudio, capacitación y trabajo (Oficio FN 936, 2017: 33).

Finalmente, cabe agregar que la mayor parte de la evidencia generada respecto a esta alternativa al encarcelamiento durante el proceso penal

proviene de Estados Unidos, Australia y Canadá, sin embargo, se está llevando a cabo un gran esfuerzo por parte de los Estados miembros en este hemisferio, con el apoyo de la OEA, para implementar y desarrollar sistemas de monitoreo y evaluación, de modo que los países sean capaces de generar evidencia propia para evaluar la eficacia y eficiencia de sus programas.

c) Alternativas para poblaciones carcelarias

Las alternativas posprocesales consisten en mecanismos que buscan sustituir o reducir el encarcelamiento de delitos relacionados con las drogas y se aplican en la etapa de ejecución de la condena. En el 2004 se dio inicio al programa Oportunidad de Libertad Condicional de Hawái (HOPE, por su nombre en inglés), con el fin de reducir la reincidencia y el quebrantamiento de la libertad condicional. Se basa en la idea de rapidez y certeza de las respuestas al incumplimiento de condiciones fijadas por el tribunal. Se informa a los participantes sobre las reglas, y aquellos que infrinjan las condiciones de la libertad condicional son inmediatamente detenidos y sometidos a prisión por períodos breves. Los participantes deben presentarse a exámenes toxicológicos aleatorios y son sancionados si obtienen resultados positivos o no se realizan los exámenes. Si las personas bajo libertad condicional continúan teniendo resultados positivos en sus pruebas por consumo de drogas, o solicitan tratamiento en cualquier momento, serán remitidos a tratamiento por consumo de drogas.

En Chile, como dijimos, los TTD se pueden aplicar a jóvenes en etapa de ejecución de la pena, utilizando como factor motivador la posibilidad de considerar los resultados positivos del tratamiento como un antecedente que, unido a otros, servirán de base para una sustitución o remisión de la condena. En todo caso, el adolescente deberá ser evaluado por un equipo sicosocial, a fin de confirmar la necesidad de tratamiento y verificar la voluntariedad de participar tanto en el proceso de tratamiento como en el seguimiento judicial en el marco del Programa (Oficio 69, 2019: 6-10).

Referencia a instrumentos internacionales con perspectiva de género

*Reglas de Bangkok: «Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus Comentarios».*¹⁰

El presente instrumento internacional contiene setenta reglas que conforman una guía para tomadores de decisiones, a nivel político y legislativo, operadores del sistema de justicia penal, que tienen por objeto reducir el innecesario encarcelamiento de las mujeres, considerando la especial situación de vulnerabilidad que pueden enfrentar.

Promueven el establecimiento de alternativas a la cárcel para mujeres que han cometido delito, así como la preferencia a medidas no privativas de libertad, de ser posible, respecto de una mujer embarazada o que sea fuente primaria o única de cuidados de un niño o niña.

De igual forma abordan las diferentes necesidades de las mujeres encarceladas: régimen penitenciario, salud, programas de reintegración, visitas, entre otras.

Se entregan directrices específicas para determinados grupos vulnerables: indígenas, jóvenes, extranjeras, embarazadas y madres.

Informe de la Relatora Especial Rashida Manjoo, sobre la violencia contra la mujer denominado «Causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres» (Naciones Unidas, 2013).

La Asamblea General de las Naciones Unidas pone de relieve mediante el presente Informe, la existencia de un fuerte vínculo entre la violencia contra la mujer y su privación de libertad.

Manjoo, entre otras consideraciones, analiza las causas del encarcelamiento en mujeres, a saber: presencia de violencia especialmente en minorías étnicas y raciales; amenazas coercitivas por parte de una pareja; aborto en aquellos países en que es ilegal o restringido a determinadas circunstancias; delitos «mortales» considerados así en ciertos países, tal es el caso del adulterio o las relaciones sexuales extraconyugales; abandono del hogar sin permiso; protección o rehabilitación (por ejemplo, detención de trabajadoras sexuales con fines de rehabilitación); políticas

¹⁰ UNODC (2011). Constituye una regulación complementaria a las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Véase, además, OEA (2014).

antidrogas; activismo político; prisión preventiva prolongada, y la detención de inmigrantes y refugiadas.

Finaliza el informe concluyendo la necesidad, ante este escenario, «para detectar y eliminar las vías que llevan al encarcelamiento de la mujer; establecer condiciones mejores, más seguras y que tengan más en cuenta la perspectiva de género para las reclusas; mejorar las consecuencias negativas del encarcelamiento de la mujer; y reducir el número de mujeres encarceladas en todo el mundo» (Naciones Unidas, 2013: 26).

Ahora bien, la experiencia del Estado chileno da cuenta de una constante preocupación y evolución en torno al enfoque de género. Es así como en 2017 se presentó un proyecto de ley¹¹ que regula la improcedencia de la prisión preventiva respecto de mujeres imputadas que se encuentren embarazadas o tengan un hijo o una hija menor de tres años de edad y establece que, si la persona condenada por sentencia penal es una mujer en alguna de estas situaciones, se diferirá el cumplimiento de la sentencia hasta que el hijo o la hija cumpla tres años de edad.¹² De esta forma, se recogen estándares internacionales de derechos humanos, resguardándose el interés superior de los niños y niñas.

Ahora bien, en las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) se indica lo siguiente:

Regla 64. Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños.

Como vemos, conforme a esta normativa internacional deberá conjugarse el tipo de infracción penal y el interés superior de los niños y las niñas. Por otro lado, a nivel de doctrina jurisprudencial se ha incorporado la perspectiva de género, como fundamento para la revisión de la

¹¹ Véase proyecto de ley que Modifica el Código Procesal Penal en materia de procedencia de la prisión preventiva y de suspensión de ejecución de la sentencia, respecto de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de tres años. Disponible en <https://bit.ly/3cuIDqi>.

¹² Boletín 11.078-07.

medida cautelar de la prisión preventiva¹³ y, en las audiencias de juicio oral, incluyendo este concepto vía recurso de nulidad por infracción de garantías fundamentales. Es así que se ha declarado en un reciente fallo de la Excma. Corte Suprema que

en la actividad de determinación de la pena, el juez al realizar esta tarea debe evitar aplicar criterios subjetivos, desprovistos de racionalidad, que, obviamente, comprende desechar las ideas preconcebidas, prejuicios o estereotipos de la mujer, especialmente referidos a su rol en la sociedad o en la familia, que puedan afectar el razonamiento que sirve de base a su decisión del caso propuesto.¹⁴

13 Corte de Apelaciones, rol 666-22, del 1 de julio de 2022.

14 Corte Suprema, rol 11.828-22, del 17 de agosto de 2022, considerando quinto.

Capítulo 2

Delitos de tráfico y microtráfico de drogas

La conducta punible en los delitos de tráfico y microtráfico de drogas

La Corte Suprema ha explicado que el articulado de la Ley 20.000 revela la manifiesta intención de prohibir y, en su caso, castigar, los intentos de trascendencia de la vinculación que cualquiera tenga con sicotrópicos.¹ Para el derecho sancionatorio relativo a drogas, la alteridad es un baluarte insustituible. Se pune en la medida que ello alcanza o afecta a otro. En suma, siempre el legislador está avizorando el resultado perverso del que incurre en la mala y delictiva práctica de comercializar droga para un uso o consumo no legitimados terapéuticamente.²

Tráfico en sentido amplio (artículo 3 Ley 20.000)³

El artículo 3 de la Ley 20.000, en relación con las sustancias⁴ a que se refiere el artículo 1 de la misma ley, así como a las materias primas que sirvan para obtenerlas, sanciona las acciones consistentes en inducir, promover o facilitar su uso o consumo por cualquier medio, lo que se ha denominado tráfico ilícito «en sentido amplio», desde que abarca

¹ No obstante la imprecisión de las expresiones «tráfico de drogas» y «microtráfico de drogas», nos valdremos de ellas para referirnos a estos delitos, dado su uso general y arraigado en nuestro medio, y para simplificar su diferenciación y denominación a lo largo del texto.

² Corte Suprema, rol 39.732-21, del 4 de abril de 2022.

³ Artículo 3 Ley 20.000: «Las penas establecidas en el artículo 1 se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias. Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas».

⁴ Sin desconocer sus distintos significados, en el texto utilizaremos indistintamente los términos «droga», «estupefaciente» y «sustancia».

en sí misma el resto de las figuras penales contempladas en dicho texto legal —partiendo por el tráfico en sentido estricto— y que podrían considerarse parte del llamado «ciclo del tráfico ilícito de estupefacientes», esto es, todas aquellas conductas que conducen a la puesta indebida de sustancias estupefacientes a disposición de los consumidores finales (Matus y Ramírez, 2019: 474).

La expresión «por cualquier medio» posibilita comprender cualquier acción encaminada a la inducción, promoción o facilitación del uso o consumo de droga, incluso las que estructuralmente serían de participación, e igualmente englobar actos de facilitación de sustancias a título gratuito.

Esta imprecisión en la descripción legal de la conducta típica constituye un paradigma de tipo abierto que compromete el principio de taxatividad penal, con el consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica en la aplicación de la norma, lo que puede justificarse ante la constante evolución de las técnicas empleadas para la planificación, financiamiento y ejecución de esta actividad criminal, que no parecen dejar más alternativa que acudir a esta defectuosa técnica legislativa, sin perjuicio de la labor posterior de los tribunales para acotar los alcances de la aplicación de este tipo de disposiciones a la luz de los principios que más adelante examinaremos.

Tráfico en sentido estricto (artículo 3 Ley 20.000)

El citado artículo 3 también sanciona lo que se ha catalogado como tráfico ilícito «en sentido estricto» (Matus y Ramírez, 2019: 499), correspondiente al tráfico de sustancias y materias primas bajo cualquier título, debiendo entenderse que trafican, según el mismo precepto, los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas.

La locución a «cualquier título», igualmente usada por el artículo 4, conlleva incluir entre las conductas de tráfico, por ejemplo, la donación, excluyendo la necesidad de acreditar un elemento subjetivo especial como sería el ánimo de lucro.

Las acciones que el artículo 3 inciso segundo considera como tráfico en sentido estricto, no constituyen por sí mismas delitos independientes, pues lo que se sanciona no es, por ejemplo, la transferencia de estu-

pefacientes sin la debida autorización, sino el tráfico de estupefacientes que dicha conducta significa. Esto importa —como más adelante se estudiará en la sección de concursos de delitos—, que el número de transferencias, importaciones, transportes, etcétera, que de tales sustancias se detecten, no lleva a la configuración de equivalente número de delitos de tráfico, sino simplemente de uno solo (Matus y Ramírez, 2019: 500).

Microtráfico (artículo 4 Ley 20.000)⁵

En el artículo 4 de la Ley 20.000, respecto de las mismas sustancias y materias primas antes aludidas, se sanciona su posesión, transporte, guarda y porte, así como su adquisición, transferencia, suministro o facilitación a cualquier título, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro, pero siempre que se trate de pequeñas cantidades.⁶

5 Artículo 4 Ley 20.000: «El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro. Se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título».

6 Comentando los fundamentos que llevaron a la introducción de la figura de microtráfico en nuestro ordenamiento (Matus, 2008: 2). El legislador español, en cambio, optó por otorgar a los jueces la facultad de imponer la pena inferior en grado a las señaladas en el artículo 368 del Código Penal para el delito de tráfico de drogas, «en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable», lo que en opinión de Frieyro (2017: 19), es una opción político-criminal que pretende conseguir una mayor proporcionalidad de las penas dada la existencia de sanciones desorbitadas en los casos de pequeños traficantes de droga que cubren las necesidades de su enfermedad con el tráfico. Pero el mismo código en sus artículos 369 número 5 y 370 número 3, establece que se impondrá la pena superior en grado cuando la cantidad de la sustancia objeto de la conducta de tráfico fuere de «notoria importancia», y en uno o dos grados, si las conductas de tráfico fuesen de «extrema gravedad», considerando como tal los casos en que la cantidad de las sustancias

En esta descripción el legislador no utiliza el verbo «traficar», salvo en el inciso final para referirse al «propósito» que excluye el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, sin perjuicio que las últimas conductas enunciadas —transferencia, suministro o facilitación— son expresiones de tráfico en sentido amplio.

Elementos comunes y diferenciadores de los delitos de tráfico y microtráfico de drogas

Los artículos 3 y 4 corresponden a tipos penales mixtos alternativos,⁷ pues las diversas acciones típicas se presentan solo como modalidades de realización del tipo de igual valor, carentes de propia independencia, donde la realización de una sola de las modalidades típicas serviría para configurar el delito (Matus, 2002: 386 y 387).

En ambos preceptos el legislador optó por una «incriminación en cascada», orientada fundamentalmente a evitar lagunas de punibilidad, en términos tales que si no es factible acreditar los presupuestos de algunos de los comportamientos ligados al tráfico o microtráfico de la droga (verbigracia, la venta) persiste la posibilidad de sancionar penalmente al sujeto activo por las otras acciones que se consideran como traficar (el porte, el transporte, etcétera) (Rabi, 2020: 74 y 75), por lo que igualmente cabe calificar ambas figuras como de consumación anticipada.

El delito de tráfico en sentido estricto y el microtráfico, demandan expresamente el elemento normativo «falta de competente autorización». Aunque este no viene exigido explícitamente por el delito de tráfico en sentido amplio, debe igualmente entenderse comprendido, por desprenderse de la sistemática de la ley, y en particular de las figuras especiales de tráfico contempladas en ella, todas las que se refieren ya sea a autorizaciones legales o administrativas (Matus y Ramírez, 2019: 477).

Por otra parte, los delitos de tráfico y microtráfico de drogas en conjunto abarcan la totalidad de las conductas antes sancionadas bajo el artículo 5 de la Ley 19.366,⁸ constituyendo la «pequeña cantidad» de las

«excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia». Sobre el tratamiento de ambas por la jurisprudencia española, véase Montero La Rubia (2007: 80-82 y 88-90).

⁷ Véase Rettig (2013: 64 y 80), en relación al delito de microtráfico.

⁸ Artículo 5 Ley 19.366: «Las penas establecidas en el artículo 1 se aplicarán también a los que trafiquen, a cualquier título, con las sustancias a que se refiere dicho artículo o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a los que, por cual-

sustancias, solo un elemento especializante del tráfico ilícito de estupefacientes, que transformaría, al menos normativamente, al delito de microtráfico en una forma específica y privilegiada de poner a disposición de consumidores finales tales sustancias.⁹ En efecto, se ha resuelto que

el artículo 4 de la Ley 20.000 no crea una figura delictual diferente del tráfico de estupefacientes contemplado antes en el artículo 5 inciso primero de la Ley 19.366, y ahora, en la misma forma, en el artículo 3 inciso primero de la nueva normativa, sino se limita a disponer que, si en el caso concreto ese tráfico se refiere a «pequeñas cantidades» de droga, puede sancionárselo con una pena más benévola que la prevista ordinariamente para tal delito. Dicho de otro modo, de lo abarcado por la descripción del comportamiento en que consiste el tráfico de estupefacientes en general, el legislador ha fraccionado un grupo de situaciones a las cuales, no obstante satisfacer las exigencias de ese tipo delictivo, quiere someter a un tratamiento distinto y, ciertamente, más benigno, si concurre la circunstancia de que verse sobre una cantidad de droga «pequeña» [...] Que, para verificar la exactitud de lo expuesto en el razonamiento anterior, basta pensar en que, si vigente la antigua Ley 19.366, alguien incurría en el tráfico de «pequeñas cantidades» de estupefacientes, se lo debía castigar con arreglo al ya citado artículo 5 inciso primero de ese texto legal; lo cual demuestra que, en definitiva, el artículo 4 de la Ley 20.000 solo contiene una regla de aminoración de la pena de dicho comportamiento típico cuando se refiere a cantidades muy reducidas de droga.¹⁰

quier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias. Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten consigo tales sustancias o materias primas, a menos que justifiquen que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo. En este último caso, se aplicarán las normas de los artículos 41 y siguientes».

9 Matus y Ramírez (2019: 504), y ahondando en esta idea, Matus (2005: 334 y 335); Navarro (2005: 262 y 272); Vargas (2007: 7); Ruiz (2009: 412); Politoff, Matus y Ramírez (2009: 583 y 585); González (2010: 192); Cisternas (2011: 27 y 29); Rettig (2013: 68, 73 y 81); García (2013: 48); Matus y Ramírez (2015: 445); y Corte Suprema, rol 2.005-05, del 19 de julio de 2005.

10 Corte Suprema, rol 2.005-05, del 19 de julio de 2005. Igualmente, Corte Suprema, rol 1.990-05, del 26 de julio de 2005; Corte Suprema, rol 4.401-05, del 24 de abril de 2006; Corte Suprema, rol 3.819-06, del 25 de enero de 2007; y Corte Suprema, rol 9.394-10, del 26 de abril de 2011. Reforzando este criterio, se ha señalado en Corte Suprema, rol 12.564-18, del 16 de agosto de 2018, que la distinción entre los delitos

En algunos fallos, amén del elemento referido a la cantidad, se han destacado aparentes disimilitudes entre ambas figuras, expresando que el artículo 3 abarca conductas no previstas en el artículo 4, y que esta última disposición contempla una especial causal eximente no considerada en el artículo 3.¹¹

Respecto de la primera disparidad, si bien el artículo 3 realiza una descripción más detallada y precisa de las conductas típicas al enunciar qué se entiende por traficar —modalidades de tráfico—, estas igualmente pueden comprenderse dentro de algunos de los verbos rectores utilizados por el artículo 4.¹² Concluir lo contrario conllevaría a que las acciones no cubiertas por este precepto, pero recaídas en pequeñas cantidades de drogas, por ejemplo, «importar» o «exportar» que se mencionan como modalidades de tráfico en el inciso segundo del artículo 3 y no así en el 4, deberían considerarse atípicas o sancionarse como delito de tráfico del artículo 3, no obstante que su significado sea abrazado por los verbos adquirir, transferir o transportar.

Y en cuanto a lo segundo, esa singularidad del artículo 4 obedece a que la causal de exención por un consumo personal exclusivo y próximo, resulta de por sí incompatible con la posesión u otros actos recaídos sobre cantidades relevantes —o no pequeñas— de droga que abarca el artículo 3.

En lo concerniente al riesgo que proscriben para el bien jurídico, entre las figuras de los artículos 3 y 4 de la Ley 20.000 solo se aprecia una distinta escala de intensidad de la misma peligrosidad, ya que en el microtráfico se presenta «una escasa o menor lesividad a la salud pública,

de los artículos 3 y 4 de la Ley 20.000 «es de tipo cuantitativo, es decir, atiende a la cantidad de las sustancias traficadas».

11 Corte Suprema, rol 6.788-07, del 8 de octubre de 2008; Corte Suprema, rol 2.980-08, del 18 de noviembre de 2008; Corte Suprema, rol 4.192-08, del 3 de diciembre de 2008; Corte Suprema, rol 2.763-08, del 21 de enero de 2009; Corte Suprema, rol 6.589-08, del 12 de febrero de 2009; Corte Suprema, rol 6.822-08, del 12 de febrero de 2009; Corte Suprema, rol 4.859-08, del 23 de abril de 2009; Corte Suprema, rol 4.887-09, del 17 de diciembre de 2009; y Corte Suprema, rol 6.996-09, del 21 de abril de 2010. A juicio de Arrieta (2011: 83 y 84), lo antes reseñado evidencia una evolución del tratamiento jurisprudencial del microtráfico por la Corte Suprema desde una figura privilegiada a una de carácter autónoma.

12 Matus y Ramírez (2019: 504) señalan que las conductas que se mencionan en el artículo 4 no son diferentes de la facilitación de sustancias para el consumo ajeno, el tráfico en sentido amplio y estricto.

en relación con la vulneración que supone el delito de tráfico de drogas en los términos del artículo 3».¹³

En definitiva, por sobre la mayor o menor especificación de las acciones comprendidas en los delitos de tráfico y microtráfico, el elemento diferenciador entre ambas radica en que, en el caso del microtráfico, dichas acciones recaen sobre «pequeñas cantidades» de droga y, en el tráfico, sobre cantidades que superan o exceden lo que puede calificarse como tal.

El elemento normativo «pequeña cantidad» utilizado por el artículo 4, constituye un «concepto regulativo», los que se

caracterizan [...] por no ofrecer baremos ni jurídicos ni extrajurídicos para su complementación [...] Está claro que con tales conceptos regulativos no se pueden formar conceptos jurídicos. Su ámbito de aplicación es, por eso, mucho más reducido; se limita a posibilitar una resolución justa del caso concreto solo en los espacios marginales no codificados de conceptos que, por lo demás, poseen nítidos contornos (Roxin, 2000: 137).

El empleo de estos conceptos o principios implica que la precisión de las circunstancias bajo las cuales operan tiene necesariamente que atender a los factores de hecho concurrentes en el caso concreto, de manera que la facultad de hacerlo debe entenderse concedida a los jueces que son quienes se encuentran en posesión de los mencionados antecedentes fácticos, motivo por el cual en el ejercicio de esa facultad, ellos gozan de una amplia discrecionalidad, puesto que los mencionados conceptos no procuran normas ni son constitutivos para la sentencia.¹⁴ En ese orden, se ha declarado que

13 Cisternas (2011: 33 y 34; 2013: 13) y Rettig (2013: 68). En Corte Suprema, rol 3.206-07, del 3 de septiembre de 2007, se afirma que el tráfico sobre una pequeña cantidad de droga «recibe una sanción menor, porque el reproche es menor, precisamente por la disminuida afectación del bien jurídico involucrado».

14 Corte Suprema, rol 2.005-05, del 19 de julio de 2005, sin embargo, en el mismo pronunciamiento se precisó que, naturalmente, ello no implica que al hacer sus decisiones los tribunales puedan apartarse de las directrices ofrecidas por la cláusula regulativa. También véanse Corte Suprema, rol 7.555-08, del 15 de abril de 2009; Corte Suprema, rol 7.937-08, del 3 de diciembre de 2009; y Corte Suprema, rol 24.860-17, del 24 de julio de 2017. Rebolledo (2016a: 104) concuerda en que el dotar de contenido a esa expresión «quedó entregado a los jueces de la instancia».

los casos en que así ocurre dependen de una multiplicidad de factores tan considerable y cambiante, que no existía manera alguna de determinarlos sirviéndose de una generalización que resultara aplicable a la variedad de las situaciones concretas pues, en efecto, el mismo par de gramos de clorhidrato de cocaína que distribuido entre los varios participantes adultos de una reunión social debería ser apreciado como una pequeña cantidad, no lo será si los destinatarios son adolescentes recién llegados a la pubertad.¹⁵

Este ejemplo, con el cual se admite que debe repararse no solo en el número de receptores probables de la droga o sustancia, sino a la potencialidad de afectación de la salud de cada uno de ellos, queda meridianamente claro al expresar que «la cosa dependerá también del grado de pureza de la sustancia» y, en fin, «de una multitud de otras circunstancias que, incluso, resulta difícil imaginar».¹⁶

Sin perjuicio de lo antes dicho, la ley ofrece una directriz clara de lo que debe ser considerado «pequeña cantidad», esto es, la necesaria para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, pero destinada al tráfico.¹⁷ Empero, esta directriz no excluye dentro del concepto de «peque-

15 Corte Suprema, rol 2.005-05, del 19 de julio de 2005.

16 Corte Suprema, rol 2.005-05, del 19 de julio de 2005. Decisiones similares en Corte Suprema, rol 1.506-05, del 2 de enero de 2007; Corte Suprema, rol 3.819-06, del 25 de enero de 2007; Corte Suprema, rol 23.309-18, del 18 de diciembre de 2018; y Corte Suprema, rol 69.685-21, del 16 de junio de 2022. En Corte Suprema, rol 24.860-17, del 24 de julio de 2017, se señala que «los pesos brutos y netos de la droga, su naturaleza, su pureza, la cantidad de dosis en que podría fraccionarse o aumentarse con sustancias de corte, el número y sector de consumidores que podrían acceder a ella y el daño a su salud al que con aquella se les expone, así como otros elementos relevantes según el caso en particular» son factores que deben ser «ponderados soberanamente por los jueces del grado al momento de dirimir si la conducta de los acusados puede subsumirse en la figura del artículo 3 o del artículo 4 de la Ley 20.000». En Corte Suprema, rol 335-21, del 16 de marzo de 2021, se estima correcta la calificación como delito de tráfico del artículo 3, «en consideración a la cantidad de droga incautada, la forma en que esta venía dosificada y considerando, además, la numerosa cantidad de dosis que podían obtenerse de la droga incautada». Castro (2021: 80) menciona junto a la cantidad de la droga, como parámetros a evaluar para dicha definición, «la cantidad de dosis que se pueden extraer de la cantidad de droga incautada mediante un ejercicio de prognosis, la permanencia en el tiempo de un negocio ilícito de venta de droga establecido, así como el sector en el que este se encuentre, entre otros».

17 Véanse Matus y Ramírez (2019: 504), Politoff, Matus y Ramírez (2009: 585); Ruiz (2009: 427); y Matus y Ramírez (2015: 446).

ña cantidad» otros montos que excedan lo necesario para un consumo de esas características, pero aún inferiores al correspondiente al tráfico del artículo 3 (Navarro, 2005: 272; y Cisternas, 2013: 5 y 6), y es ese el vasto campo de aplicación del concepto regulativo en comento.

Entre la multiplicidad de factores que pueden confluír para dirimir si se trata o no de una «pequeña cantidad» de droga, uno relevante lo constituye su pureza,¹⁸ pese a que nuestros tribunales han desestimado que la cantidad a considerar para esa determinación sea la resultante de aplicar el porcentaje de pureza de la droga a la cantidad total incautada, por ejemplo, que tratándose de 2.095 gramos de cocaína de pureza de 2%, deba ponderarse solo un aproximado de 40 gramos de droga y, por ende, calificarlo como microtráfico por corresponder a una pequeña cantidad.¹⁹

18 Winter (2016: 201) y Castro (2021: 65 y 66) indican que la jurisprudencia ha demostrado en términos generales que una alta concentración del principio activo de la droga incautada, sería indiciaria de que ella estaría destinada a la comisión del delito de tráfico y, a la inversa, una baja pureza llevaría a pensar que la misma se utilizaría para la comisión del delito de microtráfico. Sentido distinto plantea la Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 39-2021, del 24 de febrero de 2021, al declarar que «no se perfila la pureza como un argumento que permita sustentar la decisión jurisdiccional de recalificar por el delito de microtráfico, considerando que esta, de acuerdo al mandato del legislador, no es un elemento determinante de uno u otro tipo penal».

19 Así se decidió en la Corte de Apelaciones de Iquique, rol 106-2011, del 15 de noviembre de 2011, razonando que «acreditada la incautación de 2.095 gramos de pasta base de cocaína, con 2% de pureza, y no solo 40 gramos de dicho alcaloide, lo lógico es entender que el porte de aquella sustancia estaba destinada a su comercialización en su totalidad, y no separada de las otras sustancias del contenido bruto, pudiendo ser comercializada ya con la venta total, es decir los 2.095 gramos, o bien dividida en múltiples papelillos, de manera que no importando la forma en que se venda, siempre llevará consigo el principio activo de la droga, con lo cual producirá daño a la salud de las personas que la consuman, que es el bien jurídico protegido por el legislador y cuya puesta en riesgo o peligro permanece, cualquiera sea el grado de pureza o concentración de la misma», fallo comentado por Castro (2011: 162-182). En la Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 39-2021, del 24 de febrero de 2021, se califica también como tráfico del artículo 3, la acción recaída sobre 330 gramos netos de cocaína base con un porcentaje de pureza entre el 1% y 4,5%, decisión analizada por Castro (2021: 73 y ss.) destacando que el que la venta se realice al menudeo no es determinante para la calificación como delito de microtráfico, sí la cantidad de droga y el número de dosis en que podría transformarse, así como el dinero incautado y qué cantidad de dosis ya vendidas este representa. En Corte Suprema, rol 36.472-19, del 19 de febrero de 2020, se rechaza la alegación del recurrente de que «una simple operación matemática, permite concluir que solamente 5,28 gramos de la sustancia

La omisión en los delitos de tráfico y microtráfico

La amplitud de conductas que puede envolver el «facilitar» el uso o consumo de drogas por otros, que tipifican los artículos 3 y 4 de la Ley 20.000, permite situar dentro de la facilitación una conducta omisiva, sin que haya sido menester así señalarlo explícitamente en dichas disposiciones.²⁰

Piénsese en situaciones frecuentes, donde el agente tiene el deber de interrumpir y denunciar el tráfico de drogas en el ejercicio de sus funciones, como el funcionario del Servicio Nacional de Aduanas o de Gendarmería que se ha concertado con terceros o forma con estos una agrupación u organización delictiva, en la que se le ha asignado el importante rol de omitir registrar los paquetes contenedores de droga que se ingresan al país o a un centro de reclusión, lo que se encuadra dentro de lo que el artículo 15 número 3 del Código Penal considera como autor.²¹

En este tipo de casos la conducta excede la mera omisión propia del funcionario público de no denunciar, tipificada en el artículo 13 de la Ley 20.000, o la del empleado público de omitir un acto debido propio de su cargo a cambio de un beneficio económico sancionada en el artículo 248 bis del Código Penal, pues el autor no elude solamente una carga legal o derivada de sus funciones asignadas, sino que participa directamente

incautada a su representado corresponde a clorhidrato de cocaína, pero el resto, ciertamente no lo es, y por ende, no puede servir como base de un tipo penal que no la contempla como prohibida», señalando que «el fallo en revisión da por acreditado que la sustancia incautada corresponde a clorhidrato de cocaína, así como también que se trata de dos kilos cuatrocientos treinta y cinco gramos de dicho estupefaciente, siendo ello un hecho de la causa». El criterio opuesto sigue la jurisprudencia española, la que estima necesario conocer el peso neto de la sustancia y la pureza de cada partida intervenida, como lo expone Montero La Rubia (2007: 22 y ss.).

20 En opinión de Matus y Ramírez (2019: 512), las figuras de tráfico ilícito de estupefacientes no son susceptibles de cometerse por omisión impropia, pues en esta clase de delitos no se exige la ocurrencia de un resultado en el sentido causal.

21 La STS español número 77/2007, del 7 de febrero, citada por Frieyro (2017: 542), confirma la condena como autores por el delito de tráfico de drogas de tres miembros de la Guardia Civil, los cuales «aprovechándose de los medios de que disponían para el ejercicio de sus funciones públicas, decidieron en fecha no determinada dedicarse a dar cobertura y seguridad a operaciones de desembarco de droga». Según el TS, la conducta descrita integra el delito contra la salud pública, en cuanto es claramente «favorecedora» de la operación de desembarco de la sustancia estupefaciente.

en la afectación del bien jurídico salud pública al formar parte de una agrupación y planificación donde la omisión de su deber legal o funcionario constituye precisamente el rol asignado para la consecución del objetivo delictivo. Es decir, mediante el incumplimiento de sus deberes no contribuye al delito de tráfico de drogas llevado a cabo por terceros, sino que él es coautor del delito de tráfico de drogas.

De esa manera, el concurso entre los delitos de microtráfico o tráfico de drogas y los del artículo 13 de la Ley 20.000 y artículo 248 bis del Código Penal, debe resolverse en favor de los dos primeros, por el principio de consunción, ya que al operar respecto de estos el aumento de pena en un grado que dispone la letra d) del artículo 19 de la Ley 20.000, por cometerse el delito por funcionarios públicos aprovechando o abusando de su calidad de tales, ello permite ya abarcar y sancionar proporcionalmente la afectación de todos los bienes jurídicos tutelados en todas estas figuras.

Posesión de droga

Por su relevancia dentro de las distintas acciones descritas en los delitos de tráfico y microtráfico, resulta importante detenerse en la de «posesión» de la sustancia,²² enunciada tanto en el artículo 3 como en el 4 de la Ley 20.000, la que se ha entendido como el hecho de tener el poder de disposición sobre ella,²³ su disponibilidad o, en otras palabras, su tenencia con ánimo de señor y dueño ya sea que se tenga por sí mismo o por otra persona a su nombre. Por lo tanto, posee quien tiene poder de disposición sobre las cosas de que se tratan, con independencia de que tal poder se manifieste mediante la aprehensión directa de ellas, o mediante su control por vías indirectas, como sería el caso de quien encarga su custodia a otra persona o de quien utiliza para esos fines lugares, artefactos o medios mecánicos que se encuentran bajo su control, e incluso de quien es destinatario de un envío de tales sustancias y, en tal calidad, puede disponer de ellas, aunque no las haya recibido materialmente, el llamado caso de la compra sin entrega material (Matus y Ramírez (2019: 500 y 501).²⁴

²² Especialmente, véase Roxin (2016: 154-155) y Cox (2012: 205-259).

²³ Frieyro (2017: 76) señala que el elemento objetivo de la posesión requiere una mera capacidad de decisión sobre la droga.

²⁴ Como refiere Montero La Rubia (2007: 68), la jurisprudencia española ha re-

Así, no debe confundirse la posesión de la droga con su tenencia material, dado que resulta común que la droga sea detentada o portada consigo por alguien, pero poseída por otro, desde que ese otro tiene el poder de disposición sobre ella; o que la sustancia sea poseída por dos o más personas porque todos pueden disponer de la droga, aun cuando uno solo de ellos materialmente la porte.

El no requerirse la detentación física de la droga para la sanción por alguna de las conductas descritas en los artículos 3 y 4 conduce, en la práctica, a una ampliación de los supuestos de hecho y de sujetos que van a ser castigados por estos delitos. Si la ley demandara la tenencia material, quedarían impunes innumerables conductas más gravosas que aquellas cometidas por quien sí ejecuta esa tenencia —generalmente un agente auxiliar y fungible dentro de la agrupación, que realiza su transporte o venta al menudeo—, como pueden ser las de quienes planifican, dirigen o financian la actividad criminal a grandes escalas, sin nunca haber puesto sus manos sobre la sustancia (Frieyro, 2017: 86). Veamos algunos ejemplos.

Si se sorprende a A y B viajando en un bus, y en el bolso de B se halla droga, podría determinar la investigación que la posesión —la facultad de disponer de la sustancia— corresponde a ambos, solo a B, o incluso solo a A, sin perjuicio del porte y transporte imputable a B en este último supuesto.

Asimismo, si en el vehículo en el que se desplazan a A y B, que pertenece a A, quien además lo conduce, se descubre droga en el maletero o la guantera, según lo determine la investigación, podría imputarse la posesión a A, a ambos, o a B sin perjuicio del transporte atribuible a A en este último supuesto.

De la misma manera, quien por teléfono u otro medio da las instrucciones desde la cárcel para que terceros adquieran la droga, la trasladen y la entregan al destinatario, igualmente puede considerarse como poseedor de la droga —incluso si la operación se ve interrumpida por la actuación de los órganos de persecución—y, por ende, que trafica con ella de conformidad al inciso segundo del artículo 3 de la Ley 20.000.

suelto que cuando, remitida la droga por correo o por cualquier otro sistema de transporte, el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, quien así actúa es autor de un delito consumado por tener la posesión mediata de la droga remitida y por constituir un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico.

Por el contrario, la sola ocupación del mismo vehículo o inmueble en el que otro porta, guarda o transporta droga, no puede llevar a imputar indiferenciada y mecánicamente su posesión, porte o transporte a todos sus ocupantes, aun cuando estos supieran positivamente que en el vehículo o inmueble se mantenía la sustancia, resultando ese conocimiento insuficiente para esos efectos, para lo cual deberá demostrarse su participación por actos considerados como de autoría o complicidad de los artículos 15 y 16 del Código Penal.²⁵

Objeto material en el delito de tráfico y microtráfico de drogas

Remisión al artículo 1 de la Ley 20.000

Para la determinación del objeto material de los delitos de tráfico y microtráfico de drogas de los artículos 3 y 4 de la Ley 20.000, dichas disposiciones se remiten al objeto del artículo 1 del mismo texto, esto es, a las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas²⁶ productoras de dependencia física o síquica, incluyendo ambos delitos, tanto a las que sean capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, como a las que no sean capaces de provocarlos.²⁷ También incluyen ambas figuras a las materias primas que sirvan para obtener las referidas sustancias.

²⁵ Una exposición de la doctrina y jurisprudencia española que descarta la mera convivencia como motivo bastante para atribuir la posesión de droga encontrada en el domicilio común, en Frieyro (2017: 244 y ss.).

²⁶ Droga es una sustancia no alimenticia empleada para producir un efecto en la estructura o funciones de un organismo humano o animal. Es también una sustancia empleada para el diagnóstico, cura, tratamiento o prevención de las enfermedades del hombre o de otro animal. Estupefaciente es una droga que, administrada en dosis terapéuticas, disminuye la percepción de los impulsos sensoriales, en especial del dolor, por el cerebro; en grandes dosis causa estupor, coma o convulsiones. Sicotrópico es cualquier droga o agente que presenta una afinidad peculiar por la psiquis o tiene efectos peculiares sobre la misma (Instituto de Salud Pública, 2017: 62-63). Véase también Rebolledo (2004: 8-12).

²⁷ Si el delito de tráfico del artículo 3 recae sobre sustancias o drogas capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, y sobre sustancias que no produzcan esos efectos, la rebaja referida no será aplicable, sin perjuicio de que pueda considerarse esa dualidad al determinar la pena dentro del grado, salvo que el porcentaje de las primeras en relación con el total sea muy menor. La jurisprudencia española, con relación al artículo 368 de su Código Penal, que prescribe sanciones diversas según si la droga causa o no grave daño a la salud, resuelve imponiendo la pena prevista para el primer caso (Frieyro, 2017: 163).

El artículo 3, al remitirse a las penas previstas en el artículo 1, permite, si el tráfico recae sobre sustancias o drogas que no producen los efectos recién señalados —«drogas blandas», llamándose «duras» a las que sí—,²⁸ rebajar la pena hasta en un grado. Esa «facultad»²⁹ otorgada al sentenciador se acota al delito del artículo 3 y no es aplicable al microtráfico del artículo 4, norma que no reenvía para la determinación de las penas al citado artículo 1.³⁰

Modelo nominal

La Ley 20.000, en su artículo 63 dispuso que la definición de si se trata de una droga o sustancia estupefaciente o sicotrópica productora de dependencia física o síquica, capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, debe efectuarse, y se efectuó, mediante un Reglamento, actualmente el D. S. 867 del 2008.

Con ello, nuestro ordenamiento opta por un modelo «nominal» —por oposición al «conceptual»—, en el que las drogas o sustancias se hallan taxativamente enunciadas en los listados que se anexan a las normas sustantivas correspondientes, y que se caracteriza por no dejar espacio para discutir acerca de si una sustancia determinada que se encuentra en los listados es o no una estupefaciente o sicotrópica, y aun si su tráfico produce o no el riesgo que se pretende prevenir.³¹

28 Terminología recogida en Corte Suprema, rol 12.564-18, del 16 de agosto de 2018.

29 Matus y Ramírez (2019: 475) comparten que se trata de una atenuación facultativa, la que entonces, no es automática, sino que demandará una evaluación global de la conducta. Así, aun cuando se trate de sustancias o drogas que no produzcan los efectos referidos, si es de tal magnitud la cantidad traficada, así como la organización puesta en curso para ejecutarla, la afectación al bien jurídico de la salud pública no justificará la rebaja punitiva.

30 Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 135-06, del 6 de marzo de 2006, explica que el artículo 4 «abarca las sustancias mencionadas en los incisos primero y segundo del artículo 1, estableciendo a continuación las sanciones a dicha conducta, que como se aprecia son de menor entidad a las que corresponden cuando la cantidad de la sustancia no permite la tipificación de esta figura, de manera entonces que necesariamente debe concluirse que en la especie no tiene aplicación la rebaja contemplada en el inciso segundo del artículo 1, de la Ley 20.000». A igual conclusión llegó la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1.233-06, del 11 de agosto de 2006, y la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1.874-06, del 25 de octubre de 2006. Aisladamente, en sentido contrario se manifestaron la Corte Suprema, rol 78-2003, del 30 de marzo de 2005 y la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 785-06, del 2 de mayo de 2006.

31 La calificación de «nominal» de nuestro sistema es sostenida por Valladares

Es en aplicación de este modelo seguido por la ley de la especialidad, que nuestra jurisprudencia hoy, mayoritariamente, rechaza que la determinación de la pureza de la sustancia sea una exigencia del tipo penal, o necesaria para afirmar la antijuridicidad, en los delitos de tráfico y microtráfico, cabiendo al juzgador únicamente verificar que se trate, según la prueba rendida en el juicio, de alguna de las sustancias contempladas en los artículos 1 o 2 del referido Reglamento.³²

El dolo en los delitos de tráfico y microtráfico de drogas y su prueba

Las conductas sancionadas por los delitos de tráfico y microtráfico de drogas admiten ser cometidas tanto con dolo directo como eventual, no así con culpa.

Tráfico del artículo 3 de la Ley 20.000

En las conductas de inducir, promover y facilitar mencionadas en el inciso primero del artículo 3, lo inducido, promovido y facilitado es el uso o consumo de droga por un tercero, preordenación que debe ser acreditada por el Ministerio Público como todo elemento del tipo penal en estudio.³³

(2013: 127). Politoff y Matus (1998: 20, 21 y 24) postulan que —bajo el régimen de la Ley 19.366— es, más bien, «mixta», porque permite al juez no considerar que un hecho constituye tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, si la sustancia de que se trata, a pesar de estar incorporada en los listados correspondientes, no posee las propiedades de ser estupefaciente o sicotrópica, productora de dependencia física o síquica.

32 Corte Suprema, rol 25.388-21, del 5 de julio de 2021; Corte Suprema, rol 150.207-20, del 19 de agosto de 2021; Corte Suprema, rol 22.178-21, del 21 de marzo de 2022; y Corte Suprema, rol 69.685-21, del 16 de junio de 2022. Coincide Oxman (2017: 81), quien concluye que en los delitos de tráfico de drogas la afectación a la salud pública, expresada en términos de la nocividad del producto, se satisface por el mero hecho de que se pruebe que se trata de una sustancia descrita en el Reglamento de la Ley 20.000. Castro (2021: 80), por su lado, afirma que el daño al bien jurídico se provoca cada vez que se encuentra presente el principio activo de una sustancia, con independencia del grado de pureza que posea. Véanse también Rebolledo (2014a: 125) y Valladares (2013: 132). Un análisis de las diferentes líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema en esta materia, en Rodríguez (2019: 79 y ss.).

33 Para Frieyro (2017: 182), comentando la tipificación del artículo 368 del Código Penal español de 1995, señala que por tratarse de un delito doloso, se requiere que el sujeto activo tenga conocimiento de que la sustancia está prohibida y un ánimo

Sin embargo, el acusador generalmente se verá liberado de dicho peso probando la comisión de alguna de las modalidades del tráfico en sentido estricto que, como dijimos, es una manifestación de las conductas del tráfico en sentido amplio y, de ese modo bastará demostrar alguna de las acciones que su inciso segundo entiende como traficar, esto es, sin autorización competente, importar, exportar, transportar, adquirir, transferir, sustraer, poseer, suministrar, guardar o portar la droga.

Respecto de esas acciones, el Ministerio Público no requiere demostrar que su finalidad es inducir, promover o facilitar el uso o consumo de la droga por otros, precisamente porque la ley «entiende» o «considera» en esos casos que la sustancia sobre las que recaen está siendo traficada, acción que lleva implícita esa facilitación o suministro a terceros.³⁴

A diferencia de lo expresado en algunos fallos, con la expresión «Se entenderá que trafican» el tráfico en sentido estricto no incorpora una presunción *iuris tantum*,³⁵ esto es, una presunción simplemente legal que deja espacio para que el autor pruebe que la finalidad de su obrar no es el tráfico o inducir, promover o facilitar el uso o consumo por otros de la droga. El tratarse de cantidades «no pequeñas» que «sin contar con la autorización competente» son objeto de alguna de las modalidades del inciso segundo del artículo 3, son circunstancias ya idóneas para generar un riesgo para el bien jurídico salud pública con prescindencia de la finalidad o intención del agente y, precisamente por ello es que el legislador no contempla en el delito de tráfico la exención que sí prevé el microtráfico en el artículo 4, en favor de quien justifica que la sustancia

dirigido a la promoción, favorecimiento o facilitación de su consumo. Montero La Rubia (2007: 21) cataloga esa finalidad como una tendencia trascendente por tratarse de un delito de resultado cortado. En el caso del tráfico en sentido amplio, no hay un elemento subjetivo adicional al mismo dolo de la inducción, promoción o facilitación del uso o consumo por otro de las sustancias prohibidas.

34 Lo que la ley ha pretendido estableciendo estas «modalidades de tráfico» es reprimir dicha actividad aun cuando solo se haya acreditado una cualquiera de las conductas que la constituyen, no siendo necesario demostrar que esta sea parte de una actividad de tráfico (Matus y Ramírez, 2019: 500).

35 Así se concluye en el fallo citado por Matus y Ramírez (2019: 500). En Corte Suprema, rol 39.732-21, del 4 de abril de 2022, se afirma que «en el inciso segundo y en el tercero de los artículos 3 y 4, respectivamente, comienza con las palabras “Se entenderá”, lo que constituye una ficción que, por su naturaleza de tal, es análoga con una especie de presunción; la convención social contenida en el mandato legislativo señaló que no obstante por sí mismo no estar vedado, se entenderá, se asumirá, se considerará, que lo está».

está destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Lo anterior no importa suprimir toda posibilidad de excluir de punibilidad alguna acción, excepcional por cierto, que pese a corresponder a una de las modalidades de lo que la ley entiende como tráfico, busque más bien evitar, impedir o reprimir el tráfico y, con ello disminuir el riesgo de afectación del bien jurídico salud pública.

Piénsese, por ejemplo, en el padre que descubre en la habitación de su hijo un paquete con un kilo de cocaína, la que sustrae, guarda y transporta en su vehículo para llevarla a un sitio eriazo y quemarla, a fin de evitar que su hijo la venda o difunda entre terceros, pero es descubierto por la policía portando la droga cuando aún no llegaba a su destino. En este caso, el padre habrá realizado varias de las conductas que el inciso segundo entiende como traficar, sin embargo, el propósito de sus acciones es antagónico al tráfico, uso o consumo de la sustancia por otros.³⁶

Esta consideración no es contradictoria con la calificación del delito de tráfico como de peligro abstracto y de mera actividad, pues en el caso en reflexión, su impunidad no deriva de la falta de prueba del acusador de un riesgo concreto de difusión de la droga, sino de que se justifica que con ella se busca evitar o disminuir ese riesgo.

Microtráfico del artículo 4 de la Ley 20.000

El inciso primero del artículo 4 prescribe que a quien se impute la posesión, transporte, guarda o porte de pequeñas cantidades de sustancias o drogas tiene el peso de justificar que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo para «eximirse»³⁷ de responsabilidad, no siendo entonces

³⁶ Aun cuando esa acción se encuadre en alguna de las hipótesis de encubrimiento que tipifica el artículo 17 del Código Penal, el autor carece de culpabilidad por la eximente de inexigibilidad de otra conducta prevista en el inciso final de la citada disposición.

³⁷ Usaremos aquí el vocablo «exención» en términos amplios, siendo discutida la categorización que debe dársele a este elemento del tipo penal del microtráfico. Navarro (2005: 264), Matus (2005: 336), González (2010: 111), Corte Suprema, rol 12.564-18, del 16 de agosto de 2018, y Corte Suprema, rol 33.723-2019, del 10 de marzo de 2020, aluden a una causal «atipicidad»; Aravena (2013: 94) y Matus y Ramírez (2015: 447) señalan que corresponde a un «elemento negativo» del delito; Martorell (2007: 245) lo menciona como excluyente de responsabilidad; y Mañalich (2004a:

carga del Ministerio Público acreditar que el destino de la sustancia es el tráfico.³⁸

354) indica que importa la exclusión de la tipicidad a título de tráfico ilícito de estupefacientes. En Corte Suprema, rol 6.788-07, del 8 de octubre de 2008; Corte Suprema, rol 2.980-08, del 18 de noviembre de 2008; Corte Suprema, rol 2.763-08, del 21 de enero de 2009; Corte Suprema, rol 6.589-08, del 12 de febrero de 2009; Corte Suprema, rol 4.859-08, del 23 de abril de 2009; Corte Suprema, rol 4.887-09, del 17 de diciembre de 2009; y Corte Suprema, rol 6.996-09, del 21 de abril de 2010, se refieren a una «causal eximente de responsabilidad». En tanto, el Tribunal Constitucional, rol 993-07, del 13 de mayo de 2008, alude a una «causal de justificación de la responsabilidad penal» donde «la existencia de un interés preponderante hace desaparecer la antijuridicidad de la conducta y esta deja de estar prohibida por la ley».

38 En Corte Suprema, rol 12.564-18, del 16 de agosto de 2018, se señala que «los tipos penales descritos precedentemente [artículos 3 y 4] no exigen, como lo sostiene la defensa, el elemento de la comercialización». Ratifica este onus probandi en el acusado, Corte Suprema, rol 6.909-16, del 5 de abril de 2016; Corte Suprema, rol 255-20, del 2 de marzo de 2020 y Corte Suprema, rol 24.703-20, del 2 de julio de 2020. Desestima esta causal de exclusión de responsabilidad por falta de prueba de la defensa de las circunstancias que la componen, Corte Suprema, rol 27.790-16, del 6 de julio de 2016; Corte Suprema, rol 35.154-16, del 27 de julio de 2016; Corte Suprema, rol 5-17, del 2 de marzo de 2017; Corte Suprema, rol 41.356-17, del 5 de diciembre de 2017; Corte Suprema, rol 24.869-2017, del 18 de julio de 2017; Corte Suprema, rol 41.412-17, del 29 de noviembre de 2017; Corte Suprema, rol 12.831-18, del 23 de agosto de 2018; y Corte Suprema, rol 30.252-21, del 2 de agosto de 2021, esta última en la que se resuelve que «la aseveración del acusado de ser consumidor de sustancias estupefacientes necesariamente ha de asimilarse a la demostración, mediante la prueba de descargo que se rinda en la audiencia, de la alegación concreta de esa clase de uso. Lo contrario, esto es, la determinación de su concurrencia sin antecedentes que la evidencien, no está permitido a los sentenciadores del Tribunal Oral en lo Penal que, insertos en un sistema adversarial, deben atenerse, para resolver la imputación efectuada por el Ministerio Público, a las alegaciones efectivamente realizadas en el proceso y a la evidencia rendida, que debe estudiarse conforme ordena el artículo 297 del Código Procesal Penal. En el caso concreto, resulta que el acusado alegó un uso personal exclusivo y próximo en el tiempo. Esta alegación fue explicada mediante su declaración en juicio como medio de defensa, mas no fueron acompañadas de actividad probatoria que sustente tales asertos, tal como indica la sentencia recurrida en su motivo duodécimo. En esas circunstancias, y conforme con lo que se ha ido señalando, no puede estimarse suficiente para justificar el consumo de las sustancias encontradas en su poder, la mera afirmación de tal circunstancia, hecha en el contexto de la teoría del caso de la defensa, pero desprovista de evidencias que confirmen dicha aseveración». Al respecto, el Tribunal Constitucional, rol 993-07, del 13 de mayo de 2008, ha sostenido que «no resulta dable concluir que exista una inversión de la carga de la prueba ni un atropello al debido proceso, pues, de todas formas y no habiendo norma en contrario, debe probarse, más allá de toda duda razonable, la comisión del hecho punible y la participación culpable del requirente,

Sin embargo, el inciso final del mismo artículo 4 dispone que se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo recién descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título.

El texto de esta norma lleva implícito que cuando el juzgamiento recaiga sobre la imputación de la mera posesión, transporte, guarda o porte de una escasa cantidad de sustancia, y las circunstancias en que se ejecutan esas acciones, demostradas en el juicio, en principio, avalen que su destino es el uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, corresponderá al Ministerio Público demostrar circunstancias o elementos adicionales que no permitan racionalmente suponer que ese era su real objetivo, sino que sean indiciarias de que lo era el tráfico, es decir, su transferencia a terceros, por ejemplo, el porte de dosificador y papeles utilizados para hacer «papelillos» con los que usualmente se expende la sustancia al menudeo.³⁹ En ese orden se resolvió por el máximo tribunal que

para que el porte o posesión de una cantidad pequeña de estupefaciente logre configurar el tipo penal del comentado artículo 4, es menester que ello se dé en un contexto circunstancial en el que dicho porte o posesión sean en sí mismos indiciarios del propósito comercializador. En este sentido, la Corte no puede hacer suyo el criterio plasmado en la sentencia atacada, en orden a que el portar y poseer gocen de un rango de autosuficiencia para acreditar el ilícito, lo que queda reiteradamente manifestado en la sentencia, para la cual basta que ellos queden acreditados, sin que sea necesaria la transferencia intentada o consumada. Que una primera idea que surge en torno al tema es que la resolución que se

sin lo cual no puede ser condenado». Véase también Matus (2008: 10), Ruiz (2009: 424) y González (2010: 128). Un estudio sobre este asunto en Cisternas (2011: 124) y García (2013: 49).

39 En Corte Suprema, rol 30.252-21, del 2 de agosto de 2021, se establece que «el contexto en que el acusado fue detenido, la cantidad de droga encontrada en su poder permiten descartar tal alegación [la exención], así como estimar que por el gramaje [84 gramos 300 miligramos de cannabis sativa] era suficiente para elaborar un número importante de dosis que descarta el consumo personal, más si se considera que no fue acreditada la circunstancia que el acusado presentara un consumo problemático».

objeta dejó establecido que en poder de Matías Aranda Cavieres se halló 1,48 gramos de marihuana y 3,05 gramos de clorhidrato de cocaína, ambos pesos brutos. Una segunda idea es que, concluido como lo habían dejado los juzgadores, que bastaba el hecho del porte y la posesión para configurar, desde luego, el tipo penal del artículo 4, no necesitaron escudriñar mayormente en lo que exige el epílogo de ese precepto, a saber, si comparecían indicios suficientes para inferir el propósito traficante. No obstante, ya en los alegatos de apertura la defensa de Matías Aranda Cavieres había dado a conocer al tribunal su condición de consumidor y la inexistencia de otras evidencias que dieran cuenta de alguna actividad de venta de droga, argumentos que reprodujo en la clausura, los que el tribunal desechó. Que de los considerados undécimo y decimotercero, se constata que el fallo no se hace cargo, con el rigor que exige el juicio condenatorio, de lo que el acusado y su defensa, señalaron en torno a la tesis del consumo personal y próximo en el tiempo y a la inexistencia de evidencias que permitan sospechar de la actividad de comercialización de droga. En el razonamiento undécimo de la sentencia se afirma que la inexistencia de pesas, papelillos, dinero u otros elementos para la dosificación, no significa que no se esté frente a un delito de tráfico de drogas, pues basta que se acredite que una persona posea, guarde o transporte droga sin las autorizaciones legales para que se configure el delito. Que como puede apreciarse, la resolución en alzada prescindió de un aspecto de la esencia del tipo penal, como lo es el descarte de que el porte y posesión de tan exigua muestra de cannabis sativa y clorhidrato de cocaína, atendido su contexto circunstancial, hayan sido indiciarios del propósito de traficar, que es, como se dijo, el *leit motiv* de la Ley 20.000 con miras al resguardo de la salud pública.⁴⁰

40 Corte Suprema, rol 39.732-21, del 4 de abril de 2022. El mismo tribunal ha invalidado diversos fallos que sancionan por el delito de microtráfico, por la causal de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal en relación con el requisito de la letra c) del artículo 342 del mismo código, al no exponer la sentencia las razones por las cuales descarta que la droga con que se sorprende al imputado estuviese destinada a su consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. En una de esas oportunidades, la Corte Suprema, rol 35.154-16, del 27 de julio de 2016, estimó como insuficiente la prueba del Ministerio Público para demostrar que la droga estaba destinada a su tráfico, al señalar que «de igual forma, estimaron [los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal] que las conjeturas de la fiscalía en cuanto a la dosificación, la circunstancia de que el acusado habría entregado “algo” a un tercero no identificado que huyó y la tenencia de tres mil pesos en tres billetes de mil pesos constituían indicios suficientes de la hipótesis de tráfico en los términos exigidos por el legislador. Lo anterior, pese a que la dosificación propuesta —a la que el tri-

Cabe aclarar que el mentado artículo 4, como se lee en sus incisos primero y tercero, limita los casos en que puede justificarse que la droga o sustancia está destinada al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, a aquellos de porte, transporte, posesión y guarda, excluyendo los del inciso segundo, esto es, la adquisición, transferencia, suministro y facilitación de las drogas o sustancias, distinción que viene de Perogrullo respecto de quien el Ministerio Público acredita que transfirió, suministró o facilitó la droga a un tercero, por resultar incompatibles esas acciones con el autoconsumo. Mas, respecto de la «adquisición» cabe igualmente la exención, considerando que el inciso segundo castiga la adquisición de droga con el objetivo de que sea consumida o usada «por otro», supuesto diverso al de adquisición para autoconsumo.

Error de tipo excluyente del dolo

El autor debe conocer los elementos objetivos integrantes de los delitos de tráfico y microtráfico, ya que cualquier desconocimiento o error sobre estos, excluye el dolo, sin que estas figuras admitan su comisión en forma culposa.

El error puede referirse a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva o normativa, pero respecto de estos últimos, basta con que el autor tenga una «valoración paralela en la esfera del profano», para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo (Muñoz Conde, 2004: 48).

Error sobre el objeto de la acción (*error in objecto*)

El error sobre la identidad del objeto en que recae la acción en este tipo de delitos puede ser esencial, por ejemplo, si se cree que se transporta una sustancia inocua que en verdad es una droga prohibida, o irrelevante, si se cree que se porta un kilo de clorhidrato de cocaína y en realidad es igual cantidad, pero de heroína.

bunal dio valor primordial— no fue probada en juicio ya que surgió de una mera opinión del fiscal, reconducida a un cálculo aritmético efectuado por los jueces. En cuanto a las restantes circunstancias, estas revelan conductas humanas que no derivan en una conclusión unívoca ni menos necesaria de que la droga estaba destinada al tráfico ilícito». También anulando por la misma causal y similares razones, véanse Corte Suprema, rol 65.315-16, del 25 de octubre de 2016, y Corte Suprema, rol 15.203-18, del 27 de septiembre de 2018.

El error en el primer caso excluirá el dolo, con la consiguiente impunidad de la conducta tanto en supuestos de error vencible como invencible al no ser punible la comisión imprudente. Puede mencionarse, como ejemplo, quien transporta un objeto sellado —un taxista o repartidor de *delivery*—⁴¹ sin tener motivo para sospechar que contiene droga, supuesto en el que podríamos hallarnos ante una autoría mediata, en la cual la conducta del ejecutor material debe quedar impune por falta de dolo, siendo atribuible el delito a la persona que se sirvió del mismo para llevarlo a cabo.

A diferencia de los anteriores, los llamados «burreros», aun cuando ignoren el contenido efectivo del paquete transportado, las circunstancias en que se les pide cumplir el encargo —evadiendo el control aduanero y policial, y usualmente desconociendo la identidad del remitente como del destinatario—, permite afirmar que actúan con dolo eventual.⁴²

Error sobre las propiedades de la droga

Si el error recae sobre las propiedades de la sustancia, esto es, si es estupefaciente o sicotrópica productora de dependencia física o síquica (propiedades que menciona el artículo 1), se tratará de un error sobre un elemento normativo del tipo y, como hemos adelantado, a su respecto solo es exigible una «valoración paralela en la esfera del profano».

41 Según la teoría de las conductas neutrales, no pueden imputarse objetivamente, al menos no a título de autoría, los comportamientos que suponen el cumplimiento de una función o rol, porque de ser así se paralizarían las acciones individuales que tienen un significado socialmente vinculante y útil. Así, quien se mantiene dentro de los límites de su rol, no responde de un curso lesivo de acción incluso en el caso en que pudiese haberlo evitado, Rebolledo (2016b: 58, nota 2).

42 Situaciones subjetivas de esta naturaleza pueden igualmente encuadrarse en la figura denominada «ignorancia deliberada», lo que constituye una manifestación más del dolo. Al respecto, la jurisprudencia española afirma la imputación subjetiva en el tráfico de drogas, excluyendo con ello la alegación de error de tipo, para todo quien actúa «sin querer conocer aquello que puede y debe saber asumiendo y aceptando con ello todas las consecuencias de su actuar ilícito». En esta clase de casos la acción es realizada con una consciencia de la probabilidad del riesgo, lo que es un baremo suficiente para la constatación del denominado «dolo eventual», o bien la supuesta posterior ignorancia es consecuencia de una situación anterior de conocimiento que posibilita la imputación a título de dolo, Oxman (2018: 58-59). Sobre ignorancia deliberada, véanse Rebolledo (2014b: 167-175), quien expone jurisprudencia del Tribunal Supremo español respecto de casos en que se alega desconocimiento de los envases transportados, y también Rebolledo (2016b: 62-70).

De ese modo, para traficar con estupefacientes, en sentido amplio, únicamente es necesario saber, al menos por la vía de la ostentación, que el objeto traficado se señala por otras personas como droga estupefaciente o psicotrópica, por producir ciertos efectos placenteros y algún grado de adicción, y que no es de libre circulación. Por lo tanto, quien no sepa que las pastillas o las hierbas que recibía, entregaba, guardaba, transportaba, etcétera, eran de aquellas sustancias que producen ciertos efectos placenteros o estimulantes y que comúnmente se denominan «drogas», no actúa dolosamente y no comete delito alguno. Por el contrario, actuará con dolo eventual, y será punible a título de tráfico, quien recibe el encargo de «guardar» unas «pastillas» o «matas» representándose la probabilidad de que ese objeto sea una sustancia prohibida —dado que el encargo se lo hace un conocido traficante o por otra razón análoga—, y acepta y cumple la comisión siéndole indiferente lo anterior.⁴³

Ahora bien, si el agente cree que transporta sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, capaces de producir dependencia física o psíquica, cuando no es así, se habrá cometido un delito imposible de tráfico de drogas por falta del objeto material.⁴⁴

Por otro lado, si se yerra al creer que el tráfico recae sobre sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica, que no son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, cuando sí lo son, de acreditarse ese error, en el caso del tráfico del artículo 3, permitirá igualmente al juez realizar la rebaja prevista en el inciso segundo del artículo 1 al que se remite aquel precepto, pues estaríamos ante un error sobre un elemento que agrava la pena, lo que impedirá su apreciación, debiendo aplicarse el tipo básico. En el caso del artículo 4, tal error no tendrá relevancia más allá de que pueda ser considerado por el sentenciador al fijar la pena dentro del grado, conforme al artículo 69 del Código Penal.

⁴³ Matus y Ramírez (2019: 482), quienes agregan que no podría exigirse que se conocieran los elementos activos de dichas sustancias, los efectos fisiológicos que producen o su precisa inclusión en los listados del Reglamento, casos en los cuales solo entre un círculo muy reducido de especialistas podrían encontrarse los autores de estos delitos.

⁴⁴ Matus y Ramírez (2019: 484), citando jurisprudencia.

Iter criminis y sanción de la conspiración

Con el delito de tráfico y microtráfico «se ha pretendido castigar toda hipótesis de transferencia o suministro de droga, incluso adelantando la barrera punitiva a estadios anteriores al tráfico mismo, sancionando, de esta manera, supuestos en los que se entiende el ánimo de traficar».⁴⁵ Con ello, la tentativa, a nivel de descripción típica, se castiga del mismo modo que la consumación, ya que el legislador no espera que se produzca ningún hecho de «tráfico» para sancionar como traficante a quien transporta sustancias que piensa vender con posterioridad y, de ahí, que la disposición del artículo 18 de la Ley 20.000 que pena los delitos que trata esa ley «como consumados desde que haya principio de ejecución», resulta irrelevante.⁴⁶

En relación con la conspiración para cometer los delitos contemplados en la Ley 20.000, su artículo 17 prescribe que «será sancionada con la pena asignada al delito respectivo, rebajada en un grado».⁴⁷

45 Cisternas (2011: 59). Frieyro (2017: 31), comentando el artículo 368 del Código Penal español, que señala que «los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines», concluye que esa disposición otorga al ámbito de los comportamientos típicos una desmesurada amplitud, pues hace que sea punible todo acto que suponga una contribución, por mínima que sea, al consumo de la droga y, en consecuencia, que se consideren delitos consumados lo que en puridad serían formas imperfectas de ejecución o incluso simples actos preparatorios, y como casos de autoría los que, conforme a los principios generales, serían actos de mera participación en el tráfico.

46 Matus y Ramírez (2019: 483 y 484) explican que esta asimilación de la tentativa a la consumación, ya a nivel de la descripción típica, tiene como efecto el excluir a sus autores del beneficio del desistimiento, por ejemplo, en el transporte para el tráfico, donde el desistimiento del transporte no excluye la pena por el delito consumado basado en la posesión ilícita de tales sustancias. Además, en estos casos no es posible conceptualmente la tentativa, y los actos que aparentemente la constituyen solo pueden verse como actos preparatorios, de los cuales solo es punible la conspiración.

47 En Corte Suprema, rol 9.583-22, del 22 de junio de 2022, se decide que no constituye conspiración, sino autoría del artículo 15 número 3 del Código Penal, la conducta atribuida al acusado, porque esta «excedió de una mera maquinación o trama, al verificarse que se había contactado previamente con el acusado Loera Ríos para facilitar la camioneta Mitsubishi; que se mantuvo en los alrededores del lugar de ocurrencia de los hechos sin abordar el convoy compuesto por ambos vehículos; y que, además de las comunicaciones previas que sostuvo con terceros, era posible colegir que tenía perfecto conocimiento de la dinámica relacionada al delito de trá-

Por aplicación del artículo 8 del Código Penal, deben cumplirse los siguientes requisitos para la sanción de la conspiración: debe apuntar a la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contemplados en la Ley 20.000, y no puede referirse a las faltas del artículo 50 (no hay conspiración de faltas); debe existir, además, un concierto para la ejecución de ese crimen o simple delito, que no sea puramente aparente; y el concierto debe ser serio (Matus y Ramírez, 2019: 484 y 485).

fico ilícito de estupefacientes (lo que se pudo corroborar al evitar formar parte del grupo que trasladaba la droga desde el kilómetro 15 de la ruta CH11 hasta la ciudad de Arica, atendido el riesgo de ser detenidos en el trayecto, tal como efectivamente ocurrió)».

Capítulo 3

Delito de cultivo de especies vegetales (artículo 8 Ley 20.000)

Concepto y naturaleza del delito

El delito de cultivo de especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, descrito y sancionado en el artículo 8 de la Ley 20.000,¹ ha sido concebido como una figura especial privilegiada, de aplicación preferente y excluyente de la figura básica de tráfico ilícito de estupefacientes (Matus y Ramírez, 2019: 486). En tal sentido, el cultivo constituye una forma de anticipación de la tutela penal que obedece a la necesidad político-criminal de proteger el bien jurídico colectivo de salud pública desde su puesta en peligro en abstracto, esto es, sin requerir una lesión inmediata o próxima —lo que aquí equivaldría a constatar la «difusión de la droga a terceros»—, sino que con la simple probabilidad de lesión a la salud pública, donde la mera conducta o actividad de cultivo, sin contar con la autorización respectiva, debería ser suficiente para estimar consumado el tipo penal (Luzón Diego, 2016: 161).

En efecto, este delito había sido entendido, tradicionalmente, como un delito meramente formal para pasar a ser comprendido, en la actualidad, como un delito que exige un elemento subjetivo adicional al dolo, no previsto de modo expreso en la norma. El cambio de valoración ha estado motivado, entre otras consideraciones, en la proliferación de

¹ El artículo 8, Ley 20.000 dispone que «el que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, caso en el cual solo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes. Según la gravedad del hecho y las circunstancias personales del responsable, la pena podrá rebajarse en un grado».

determinadas agrupaciones destinadas al cultivo y consumo colectivo de sustancias prohibidas del género cannabis, cuyas finalidades, en una aproximación superficial, podrían ser estimadas carentes de ilicitud, o bien, reconducidas a otras figuras penales de menor entidad como, en especial, el cultivo falta, previsto y sancionado en el inciso primero, parte final del citado artículo 8 de la misma ley.²

Este cambio en la interpretación del tipo penal obedece a la dictación de una sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema³ que, en fallo unánime, absolvió a la imputada P. P. G. C., quien había sido condenada por el Tribunal Oral como autora del delito de cultivo de cannabis sativa. El fundamento de la absolución radica en considerar que la pertenencia a una organización que se dedicaba al cultivo de cannabis con fines rituales permitía estimar la ausencia del referido elemento subjetivo exigido por el tipo penal, por lo que debía estimarse que el cultivo de la droga, aunque realizado por un grupo organizado de personas, estaba destinado, en la especie, al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo; a diferencia del cultivo ilícito que exige la prueba de la existencia de un cultivo o plantación, cuya finalidad sea la puesta a disposición de la droga a terceros de un modo incontrolado, se contiene por lo tanto, una exigencia adicional, en la medida que entiende que no se trata de un delito de mera actividad, sino que de un delito de tendencia que exige al autor una intención adicional al dolo de cultivar, individual o colectivamente, sustancias prohibidas sin autorización, consistente en el ánimo de difundir sin control, especies vegetales del género cannabis u otras productoras de drogas.

Objeto material

Conforme lo establece el artículo 5 del Reglamento de la Ley 20.000, Decreto Supremo 867, del 8 de agosto de 2007, el objeto material del delito de cultivo ilícito lo constituyen las especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas listadas bajo un sistema nominal, a saber: Cannabis Sativa L; Cacto Peyote; Catha Edulis (Khat);

² Balmaceda sostiene acertadamente que en caso de justificarse que las especies vegetales están destinadas a un uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo deberán aplicarse las sanciones de los artículos 50 y siguientes. Es decir, entendemos que se trata del uso del verbo justificar, «probar algo». Véase este concepto en <https://dle.rae.es/justificar>.

³ Corte Suprema, rol 4.949-15, del 4 de junio de 2015.

Datura Estramonium L; Hongo Psilocybe; Eritroxylon Coca; Papaver Somniferum L; Salvia divinorum y Mitragyna speciosa (Kratom).

Respecto del cannabis, la jurisprudencia se ha construido sobre la base de no exigir para la acreditación del objeto material —la especie vegetal— la determinación de sus principios activos. La jurisprudencia había sido enfática en declarar que el legislador ha señalado que el tipo penal se satisface con la siembra, cosecha o cultivo de especies del género cannabis, sin la autorización respectiva, sin otros requisitos.⁴ De igual forma, la norma reglamentaria es clara en su tenor literal, y está destinada a servir de complemento interpretativo del tipo penal descrito en la norma legal.

Asimismo, se ha interpretado que la pureza⁵ de la especie vegetal cannabis no es una exigencia del tipo penal, de esta manera, la presencia de los principios activos o cannabinoides⁶ de la sustancia es suficiente para calificarla dentro de aquellas que constituyen el objeto material del delito de cultivo y cosecha,⁷ en consecuencia basta la pericia incorporada al juicio que dé cuenta de la presencia de tetrahidrocannabinol (THC), cannabinoles y otras sustancias químicas en el cannabis, pues aun desconociéndose su concentración, se trata de una sustancia capaz de producir efectos tóxicos en quien la consume (Rodríguez, 2021: 77-155).

4 Corte de Apelaciones de Iquique, rol 16-2005, del 30 de enero de 2006.

5 El término pureza es erróneo en las especies vegetales, pues atiende a considerar a una droga más o menos pura conforme a procesos químicos de producción como ocurre con la cocaína. Lo correcto es sostener la determinación del principio activo o concentración de este en la planta. Sobre este tema, ampliamente, véase Acuña (2007: 12 y 13).

6 La especie vegetal cannabis tiene más de 400 principios activos, siendo el más abundante y potente el Delta 9 Tetrahidrocannabinol (THC). Su forma sintética es el dronabinol.

7 Corte Suprema, rol 41.356-2017, del 5 de diciembre de 2017; Corte Suprema, rol 12.869-2018, del 1 de agosto de 2018; Corte Suprema, rol 12.564-2018, del 16 de agosto de 2018; Corte Suprema, rol 12.831-2018, del 23 de agosto de 2018; Corte Suprema, rol 23.005-2018, del 5 de noviembre de 2018; Corte Suprema, rol 153-2019, del 13 de febrero de 2019; Corte Suprema, rol 4264-2019 del 4 de abril de 2019; Corte Suprema, rol 29.118-19, del 6 de enero de 2020; Corte Suprema, rol 29.948-2019, del 24 febrero de 2020 y Corte Suprema, rol 69.685-21, del 16 de junio de 2022, fallo este último referido al delito de tráfico de drogas del artículo 3. Rodríguez (2019: 67-84) expone y analiza esta jurisprudencia dominante.

Conducta

El término cultivo proviene del latín *cultus*, entendiendo por tal la acción, actividad o arte de cultivar la tierra o de cultivar cierta planta.

La figura penal de cultivo ilícito fue incorporada por la Ley de Drogas 18.403, de 1985. El comportamiento del artículo 8 está constituido sobre la base de una pluralidad de hipótesis alternativas: sembrar, plantar, cultivar o cosechar. Además, requiere que alguna de estas hipótesis se realice «sin la competente autorización», elemento normativo del tipo. En este punto entendemos que la disposición acertadamente se refiere a aquel cultivo que puede o no contar con la autorización administrativa que otorga el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) cuyo procedimiento está regulado en el artículo 9 de la Ley 20.000 y los artículos 6 y siguientes del Reglamento de la Ley 20.000 (D. S. 867, del 8 de agosto de 2007). Se han solicitado a este organismo permisos para la producción industrial del cáñamo, elaboración de medicamentos y estudios clínicos en Arica, Coquimbo, Valparaíso, Región Metropolitana, Maule, Biobío y Los Ríos.⁸

Respecto a la faz subjetiva del tipo penal como lo explicamos anteriormente, estimamos que se trata de un delito de tendencia que exige al autor una intención adicional al dolo de cultivar, individual o colectivamente, sustancias prohibidas sin autorización, consistente en el ánimo de difundir sin control, especies vegetales del género *cannabis* u otras productoras de drogas. Y ello no es nuevo, data precisamente del origen de esta norma, la Ley 18.403, que en su artículo 2 sancionaba a «los que, sin contar con la competente autorización, siembren, cultiven, cosechen

8 Información recabada de la Agencia Nacional de Medicamentos (Anamed), del Instituto de Salud Pública de Chile, que corresponde a autorizaciones solicitadas al SAG desde el 2016 a la fecha. Sobre la concentración de los principios activos del *cannabis*, véase Senda (2021: 6). Vale la pena destacar un estudio reciente, pionero en Latinoamérica realizado por el Instituto de Salud Pública de Chile (ISP), el Ministerio Público y el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (Senda), denominado «Estudio análisis químico del *cannabis* incautado en Chile», que entregó evidencia científica respecto de la composición química del *cannabis*, concluyendo que esta droga (490 muestras) no contiene concentraciones del principal compuesto terapéutico que se le atribuye (cannabidiol o CBD). Asimismo, el altísimo promedio de 17% de concentración de Delta-9-tetrahidrocannabinol (THC) —incluso algunas muestras con más del 100%—, nos sitúa en niveles peligrosos respecto de lo analizado por el ISP en años anteriores, y a lo observado en Estados Unidos y Europa.

o posean especies vegetales o sintéticas del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, en circunstancias que hagan presumir el propósito de tráfico ilícito de alguna de ellas». Claramente, a diferencia de la interpretación de delito de tendencia entregada por la Corte Suprema y adherida por la fiscalía, en la antigua ley de drogas, el tipo exigía expresamente este propósito de tráfico ilícito, correspondiendo al juez del fondo determinar este elemento subjetivo adicional al dolo de cultivar.

Excursio: Regulación del cannabis para uso terapéutico y los clubes cannábicos

La legislación penal vigente únicamente autoriza el cultivo de cannabis a las entidades que cuenten con la autorización consignada en el artículo 9 de la Ley 20.000, la cual, dado el estado de situación actual, ha sido más bien excepcional, pues aún están en estudio los usos medicinales de esta especie vegetal.

Ahora bien, incluso si se trata de una agrupación sin fines de lucro, lo cierto es que su legalidad, dado el objeto de dichas agrupaciones, es solo aparente. Con todo, en España el Tribunal Supremo ha entregado parámetros que importan criterios orientadores o indicadores para valorar la atipicidad de la conducta de cultivo compartido, en el contexto de estas agrupaciones: i) que la actividad desarrollada por los conocidos como clubs sociales de cannabis, asociaciones, grupos organizados o similares consista en proporcionar información, elaborar o difundir estudios, realizar propuestas, expresar de cualquier forma opiniones sobre la materia, promover tertulias o reuniones o seminarios sobre esas cuestiones; ii) que la conducta no suponga la organización de un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de marihuana o cualquier otra droga tóxica o estupefaciente o sustancia sicotrópica con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar; o también cuando la economía del ente se limite a cubrir costos; iii) reducido número de personas que se agrupan informalmente con esa finalidad, sin pretensión alguna de convertirse en estructura estable abierta a terceros; iv) el carácter cerrado del círculo; v) sus vínculos y relaciones que permiten conocerse entre sí y conocer sus hábitos de consumo y además alcanzar

la certeza, más allá del mero compromiso formal exteriorizado, de que el producto se destina en exclusiva al consumo individual de quienes se han agrupado, con la razonable convicción de que nadie va a proceder a una redistribución o comercialización por su cuenta; vi) ausencia de cualquier vestigio de espíritu comercial u obtención de ganancias por alguno o por varios; y, vii) la absoluta espontaneidad y, por supuesto, voluntad libre e iniciativa propia de quienes se agrupan (lo que permite excluir los supuestos en que se admite a un menor de edad que carecerá de madurez para que su consentimiento en materia perjudicial para la salud como esta, pueda considerarse absolutamente informado y, por tanto, libre).

Es un hecho conocido que en nuestro país se han formado ciertas agrupaciones que usan el cannabis para uno de los fines ya indicados, en concreto, «con finalidades rituales», invocando el principio de la autodeterminación; también, en otros casos nos encontramos ante una estructura permanente, cuyo objetivo común es la realización de cultivos colectivos para el consumo personal de sus integrantes asociados, abiertos a nuevas incorporaciones y, tal como ocurre en España, existe el denominador común: la «necesidad» de brindar acceso a un tratamiento con base en esta especie vegetal.

La Agencia Nacional de Medicamentos (Anamed) del Instituto de Salud Pública de Chile (ISP) es la encargada del control de los productos farmacéuticos (entre ellos, con base en cannabis) que se fabrican localmente, se exportan o se importan para ser distribuidos en nuestro país, garantizando su calidad, seguridad y eficacia.

Actualmente, únicamente existe autorización para el denominado «Sativex» (fármaco elaborado con base en cannabis) que es un medicamento importado. Idéntica autorización es otorgada para los productos cosméticos (jabones, lociones, cremas, champú), pero solo si son elaborados con base en la semilla de cannabis, la cual carece del principio activo presente en toda la planta o Delta-9-Tetrahydrocannabinol (Δ 9THC). Por lo tanto, las agrupaciones que cultivan para un uso medicinal, que ostentan tal condición, permitiendo tantos adherentes o socios como puedan captar, no solo se alejan de la licitud o legalidad en su accionar, por difundir o promover tal cultivo para un consumo masivo, sino que además se atribuyen capacidades medicinales al margen de las autorizaciones legales que pueden otorgarse para la circulación de productos farmacéuticos.

Un reciente fallo dictado por la Corte Suprema⁹ rechazó por unanimidad un recurso de nulidad deducido por la defensa de un condenado por el delito de cultivo ilegal, artículo 8 de la Ley 20.000, cometido en el contexto de un club cannábico. Se interpusieron tres causales de nulidad. En carácter de principal, infracción sustancial de garantías fundamentales, 373 a) del Código de Procedimiento Penal «debido proceso», dado que la denuncia anónima no fue confirmada con medidas menos intrusivas (luego de la denuncia hubo entrada y registro autorizados judicialmente), y que ello habría vulnerado además las propias instrucciones internas impartidas por el Ministerio Público en el Oficio FN 936/17. Al respecto, la Corte declaró

Décimo: Que, en cuanto al reproche formulado por la supuesta inobservancia a las instrucciones generales impartidas por el Fiscal Nacional, en lo relativo al tratamiento que debe otorgarse a las denuncias anónimas en delitos contemplados en la Ley 20.000, cabe precisar que, dentro de las atribuciones asignadas al Fiscal Nacional, contenidas en el artículo 17 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, se encuentra la de dictar instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delitos, el ejercicio de la acción penal, y la protección de víctimas y testigos. Los instructivos son precisamente aquellas instrucciones de carácter general que el Fiscal Nacional, como jefe superior del ente persecutor y responsable de su funcionamiento, en uso de sus facultades y atribuciones legales, dicta para el cumplimiento de las finalidades ya expresadas y no pueden entenderse como requisitos adicionales a aquellos establecidos por la Carta Fundamental y por el legislador procesal penal para la validez de los actos del procedimiento.

Undécimo: Que, de ese modo, los policías actuaron conforme a las facultades concedidas por la ley, previa instrucción del fiscal y autorización del juez de garantía y, por consiguiente, los sentenciadores del fondo que valoraron la prueba proveniente de dichas actuaciones no afectaron los derechos referidos en el recurso, motivos por los cuales el primer capítulo de la causal del arbitrio de nulidad impetrado debe ser desestimada.

9 Corte Suprema, rol 36.857-21, del 21 de noviembre de 2021. En sentido contrario, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 233-20, del 24 de febrero de 2020 (Club Cannábico Greenlife).

En carácter de primera causal subsidiaria se interpuso la errónea aplicación del derecho, contenida en el artículo 373 b) del Código de Procedimiento Penal, alegándose que el cultivo representa una etapa imperfecta o anterior al consumo final, es decir, un acto preparatorio, realizado de forma privada, en el contexto de un cultivo colectivo destinado al consumo privado y terapéutico, en este caso, de un grupo cerrado e individualizado de personas, miembros de una organización con personalidad jurídica, sin fin de lucro —denominada «Corporación Usuarios Medicinales de Cannabis Dispensario Nacional»—, quedando descartada la posibilidad de una difusión incontrolada de droga a terceras personas indeterminadas. La Corte Suprema rechazó, asimismo, esta causal, considerando lo siguiente:

Decimotercero: Que, conviene precisar que el hecho que tuvieron por acreditado los sentenciadores del fondo —inamovible para este Tribunal por la causal propuesta— estriba en que el cultivo de especies del género cannabis sativa por parte del acusado, pudo poner en peligro la salud pública ya que no es dable entender que era únicamente para su consumo próximo y personal, por su cantidad, su estado y la infraestructura armada, que excede con creces aquella para un consumo propio e inmediato; todo un invernadero habilitado para el cultivo, instalación de cuatro focos halógenos, cuatro ventiladores, cuatro termómetros y un turbo calefactor.

Todo aquello, en conjunto, va más allá de aquello necesario para un consumo personal y próximo en el tiempo como se insinuó, por más que se pretenda uno de carácter personal y colectivo. Asimismo, establecieron que las cantidades incautadas excedieron con creces las de aquellas mencionadas en lo resuelto por este Tribunal en el ingreso 4.949-2015 —citado por la defensa— en sus alegatos de apertura y cierre. En efecto, en tal fallo lo incautado versó sobre siete plantas de cannabis sativa y 45 gramos de marihuana seca a granel, frente a 190 plantas de cannabis sativa y más de 15 kilos de marihuana a granel en este caso.

La segunda causal de nulidad subsidiaria fue la falta de motivación de la sentencia del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) del Código de Procedimiento Penal. En relación con esta norma, la defensa argumenta una supuesta falta de ponderación y omisión respecto a uno de los testigos de cargo. Sobre este último motivo de nulidad,

la Corte Suprema, al rechazarlo, expresa medularmente (considerando decimoquinto y siguientes):

Que, es necesario recordar que en un recurso como el de la especie, no ha sido dada a esta Corte la facultad de realizar una nueva ponderación de los elementos de prueba vertidos en el juicio oral, puesto que ello atenta contra el principio de inmediación y supera los límites de la nulidad.¹⁰

¹⁰ Corte Suprema, rol 4.949-15, del 4 de junio de 2015.

Capítulo 4

Faltas del artículo 50 de la Ley 20.000

El artículo 50 de la Ley 20.000 sanciona a los que consumieren alguna de las drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas a que hace mención el artículo 1, en lugares públicos o abiertos al público, tales como calles, caminos, plazas, teatros, cines, hoteles, cafés, restaurantes, bares, estadios, centros de baile o de música; o en establecimientos educacionales o de capacitación. Asimismo, sanciona a quienes tengan o porten en tales lugares las drogas o sustancias antes indicadas para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, y a quienes consuman dichas drogas en lugares o recintos privados, si se hubiesen concertado para tal propósito.

La racionalidad de la sanción a título de falta de esos actos de consumo, tenencia y porte se vincula con que esas especiales situaciones, podrían llevar a una sensibilización del bien jurídico salud pública, mediante un real o supuesto efecto multiplicador —difusión incontrolable— que la exposición pública o en público del consumo, tenencia o porte podría acarrear (Matus y Ramírez, 2019: 513).

De ahí que, descartado el delito de microtráfico por corresponder a una sustancia destinada a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo y no a su circulación o distribución, en sentido amplio, se sigue que no constituye esta falta el simple porte o tenencia sin ostentación en lugares públicos si, además, se demuestra que la sustancia se utilizará para el consumo individual en lugares privados. En este contexto, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, nos encontramos ante un supuesto de consunción inversa, donde la atipicidad del consumo personal en lugar privado de la sustancia absorbe la aparente tipicidad de este acto preparatorio (porte en lugares públicos para el consumo en lugares privados) (Matus y Ramírez, 2019: 514).¹

¹ Requiere dicha «ostentación» para la sanción de la falta en estudio, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 513-05, del 25 de noviembre de 2005 y, por el contrario, desestima esa exigencia la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2.465-06, del 2 de

Sin embargo, la palmaria dificultad para el imputado de acreditar en el juicio esa finalidad, y atendida la naturaleza pecuniaria de la sanción usualmente aplicada por los tribunales —la que, por diversas razones según el curso del proceso, puede ni siquiera cumplirse—, puede explicar que en la práctica dicho destino no sea alegado o probado en el eventual juicio, con lo cual, en definitiva, termina siendo sancionado el porte o tenencia de sustancias, sea que su fin corresponda al consumo en lugares abiertos al público o en un lugar privado.

Falta de consumo, o tenencia o porte de droga para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, en lugar público o abierto al público (artículo 50, incisos primero y tercero de la Ley 20.000)

Consumo «personal y exclusivo» no equivale a consumo individual

La Corte Suprema ha declarado que el prescribir el artículo 8 que se aplicarán las sanciones del artículo 50 por estar destinada al uso o consumo personal y exclusivo la siembra, plantación, cultivo o cosecha de especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, no implica que ese uso o consumo futuro necesariamente deba ser individual, sino que admite que sea plural o compartido, siempre que quienes consumirán la sustancia obtenida de la planta coincidan con quienes realizaron la siembra, plantación, cultivo o cosecha de la misma.²

enero de 2007. Frieyro (2017: 73 y 74) sostiene que todos los actos de tráfico precisan la demostración de la existencia de un animus dirigido a promover, favorecer, o facilitar el consumo ilegal de las sustancias, pues de otro modo serían actos preparatorios de autoconsumo, y por ello atípicos. De otra opinión, Castro (2016: 97) sostiene que los únicos consumidores a salvo del derecho penal son aquellos que consumen drogas en un lugar o recinto privado sin que se hayan puesto de acuerdo para ello o cuando el consumo, porte o tenencia se encuentra justificado por tratamiento médico.

2 Corte Suprema, rol 4.949-15, del 4 de junio de 2015. Las razones entregadas en este pronunciamiento, en síntesis, son las siguientes: 1) Estructura gramatical del artículo 8: este precepto está redactado con base en la conducta de un autor individual, pero esta técnica legislativa no excluye la coautoría ni la participación en un delito, a menos que la naturaleza de este no la permita. 2) Análisis semántico: la expresión «personal exclusivo» en el contexto de una disposición que admite la coautoría y la participación, nada más supone excluir del uso o consumo de la sustancia obtenida

Tal conclusión resulta extrapolable a la causal de exención del artículo 4 de la Ley 20.000, liberando de sanción por esa figura a quienes justifican que la sustancia o droga poseída, transportada, guardada o portada por dos o más personas, está dirigida al uso o consumo de ellas mismas. De esa manera, si dos sujetos mantienen droga en su domicilio y prueban que está destinada a ser consumida únicamente por ambos —y no a facilitarla a terceros—, sin que tampoco la cantidad exceda la propia de un consumo próximo en el tiempo, resultará aplicable la exención de responsabilidad en comento.³

Proximidad en el tiempo

El concepto de «proximidad en el tiempo» también es «regulativo» (Rabi, 2020: 81), el que no se adiciona a los recién estudiados —personal y exclusivo—, como un tercer extremo a analizar aisladamente, sino que en conjunto tales características son las que permiten inferir si el porte o tenencia de la droga genera un riesgo de difusión incontrolable o no.⁴

de la planta a terceros distintos de aquellos que la sembraron, plantaron, cultivaron o cosecharon. 3) Elemento sistemático: el artículo 8, al remitirse al artículo 50 de la Ley 20.000, no excluye la aplicación del inciso cuarto de este último, el que sanciona el consumo concertado en lugar privado de dos o más personas. 4) Interpretación teleológica del artículo 8: el uso o consumo «personal exclusivo» a que alude el artículo 8 al remitirse al artículo 50 puede ser llevado a cabo por más de una persona, si un estudio global de los hechos informado por las restricciones que se derivan de la consideración del bien jurídico tutelado y del principio de lesividad, permite descartar totalmente el riesgo de difusión de la sustancia. 5) Razones político-criminales: la exigencia de exclusividad para evitar la sanción del artículo 8 lleva a multiplicar el número de plantas por cada consumidor. Comparte este criterio Rabi (2020: 79), citando este fallo y señalando que no debe desconocerse que el artículo 8 no excluye la posibilidad de coautoría o coparticipación, situación en que, evidentemente, el alcance de estas expresiones alude al conjunto de los autores o partícipes. Castro (2016: 91), en cambio, refiriéndose a la expresión «personal exclusivo» que utiliza también el artículo de la anterior Ley 19.366, explica que se limitaron las posibilidades de consumo a una perspectiva totalmente individual. Una revisión crítica al referido pronunciamiento judicial en Rebolledo (2020a: 62 y 63).

3 Frieyro (2017: 73 y 74) sostiene la atipicidad del consumo compartido por ser asimilable al autoconsumo, en los que está ausente el animus dirigido a promover, favorecer, o facilitar el consumo ilegal de las sustancias.

4 Martorell (2007: 246) expresa que al considerar que el consumo sea «próximo en el tiempo» se abandona la razón de ser de la exclusión de la sanción penal (consumo) mezclando el tema tratado más bien con consideraciones de carácter probatorio que no debieron estar presentes en la redacción de la norma, pues si el fun-

En ese entendido, al dotar de contenido a este concepto no debe seguirse únicamente un criterio cronológico o lineal, como multiplicar la dosis de consumo diario por el número de días que se consideran próximos,⁵ sino también debe incluirse una cantidad superior que corresponda al acopio indispensable para dar continuidad a ese consumo personal y exclusivo que, aunque próximo, no sea inmediato, por ejemplo, durante la permanencia del agente en un lugar apartado en sus vacaciones, si en esas circunstancias no se observa la posibilidad de crear un riesgo para el bien jurídico.⁶

damento de la exclusión es no sancionar el porte de droga desarrollado por quien es solo consumidor de esta, no se observa razón para diferenciar —como elemento típico— su lejanía o proximidad en el tiempo, toda vez que ello no cambia su condición de consumidor. Igual opinión manifiesta Cisternas (2013: 8).

5 Como refiere Bustos (2009: 592), dadas las dificultades para distinguir cuándo el sujeto posee para su propio consumo y cuándo para traficar, algunos han propuesto, como criterio cuantitativo objetivo, «la dosis media de tres días de un toxicómano», acotando que habría que considerarlo como criterio básico (es decir, en este caso nunca habrá delito) pero no único, pues además en otros casos habrá que considerar las circunstancias personales y del hecho, por lo que, en caso de duda, debe estimarse que es mera tenencia. En España, para la delimitación entre autoconsumo y tráfico, el Instituto Nacional de Toxicología elaboró en 2004 un cuadro con las cantidades que se consideran pueden estar destinadas al consumo diario y la dosis mínima psicoactiva.

6 De manera análoga, Cisternas (2011: 121) señala que «cuando se atiende a la cantidad para desechar el presupuesto de que lo poseído, portado, guardado, transportado; incluso, adquirido, no está destinado al uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, lo que se pretende, en realidad, no es descartar la posibilidad de un uso o consumo personal y exclusivo por el solo dato del gramaje, sino que se busca descartar la posibilidad de un consumo próximo en el tiempo. De esta manera, los argumentos de los magistrados, conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, están centrados (o deberían estarlo) en precisar por qué motivos la cantidad incautada al acusado es o no susceptible de un consumo próximo en el tiempo, por ejemplo, que 20 gramos de marihuana se condice con un consumo próximo en el tiempo del acusado, quien se abastece de tal cantidad porque trabaja por turnos y a las afueras de la ciudad, y resulta de toda lógica que se abastezca para prevenir los síndromes de abstinencia». Hernández (1992: 212 y 213) enfatiza que si se asume sin matices a la cantidad portada como criterio para definir la finalidad de la tenencia, «se pueden producir situaciones injustas de castigo al simple consumidor que porta para sí una cantidad mayor a la que se ha considerado como habitual o normal o suficiente, en circunstancias que esto puede deberse a un sinfín de situaciones fortuitas: el acopio de drogas en previsión de escasez futura, o una oferta muy ventajosa en cuanto a calidad o precio y que no se quiso desperdiciar, etcétera». En sentido opuesto, Navarro (2005: 278 y 279) expone que la jurisprudencia ha declarado que la exigencia

En ese orden de ideas se ha resuelto respecto de la tenencia de «15 plantas vivas y alrededor de 2,4 kilos de marihuana», señalando que «las particularidades del ciclo de la vida de la planta de cannabis» impedirían al imputado disponer de esta todo el año, puesto que en su caso eran utilizadas para el tratamiento de sus afecciones físicas, lo que lo fuerza a cultivar el número de plantas suficiente para proveerse durante el período en que estas no serán cosechadas.⁷

Lo anterior va enlazado a un análisis teleológico y sistemático de la Ley 20.000, que pondera la política criminal que reside tras ese cuerpo legal, de manera que la prohibición de una conducta en dicho texto no conlleve el incentivo de la comisión de otras por parte del mismo agente o de terceros, incluso de mayor gravedad. De otro modo, en el caso recién comentado se instará al autor y a quienes se encuentren en una situación análoga, a adquirir clandestinamente la sustancia durante la época en que sus plantas no le provean de la misma, de terceros que la comercializan ilícitamente, fomentando de esa forma la actividad de tráfico de drogas que el legislador proscribió y que constituye la afectación más gravosa del bien jurídico salud pública que reprime la Ley 20.000.⁸

de la proximidad temporal que contiene la ley para el autoconsumo excluyente de la tipicidad de la conducta, pretende evitar el almacenamiento o la mantención de la droga (sin importar la cantidad) en manos de consumidores, para igualmente enervar la socialización y facilitación de las sustancias, por lo que son rechazables los argumentos de compras de determinadas cantidades teniendo en vistas futuros consumos.

7 Corte Suprema, rol 14.863-16, del 4 de abril de 2016. En las siguientes sentencias, se descartó sancionar conforme al artículo 8 de la Ley 20.000 por razones similares: Corte Suprema, rol 4.949-15, del 4 de junio de 2015, tratándose de «siete plantas de cannabis sativa con alturas oscilante entre 1,50 metros a 2,10 y 45 gramos de marihuana seca a granel»; Corte Suprema, rol 15.920-15, del 11 de noviembre de 2015, que correspondió a «40 plantas vivas del género cannabis sativa, con sumidades floridas, distribuidas en tres tambores de lata de 200 litros cortados por la mitad, plantas que medían entre 20 y 90 cms de altura, con un peso de 1.068,50 gramos netos». En cambio, en la sentencia Corte Suprema, rol 6.909-16, del 5 de abril de 2016, se descartó que el único destino de la droga fuese el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo de los acusados, consistente en «7 plantas del género cannabis sativa, con una altura fluctuante entre 1,90 y 2,50 metros aproximadamente, [...] 10.467,2 gramos netos de cannabis sativa; [...] unos ganchos con sumidades floridas (cogollos) de cannabis sativa en proceso de secado, con un peso neto de 1.493,2 gramos; y, finalmente, 154,4 gramos netos de cannabis sativa, tipo marihuana elaborada».

8 Reflexión expresada en Corte Suprema, rol 14.863-16, del 4 de abril de 2016. Igual visión parece haber adoptado la Comisión Especial de drogas que estudió el artículo

Elementos para dirimir si la droga o sustancia poseída, guardada, portada o transportada, estaba destinada o no al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo

Sobre esta materia se ha resuelto que la determinación si la droga está o no destinada a un uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo

es de tipo cualitativo, ya que una misma cantidad de sustancias bien puede ser típica de microtráfico o ser atípica por autoconsumo, y se estará en la primera hipótesis cuando esa poca cantidad no pueda ser considerada para el autoconsumo próximo en el tiempo por su calidad o pureza o las circunstancias concomitantes sean suficientemente indiciarias por sí mismas de la destinación por el sujeto activo a su tráfico [...] De lo anterior se desprende una primera consecuencia, cual es que los tipos penales [de los artículos 3 y 4 de la Ley 20.000] no exigen, como lo sostiene la defensa, el elemento de la comercialización; y una segunda es que para que se esté frente a la hipótesis atípica se hace necesario que la droga de que se trata sea posible de ser consumida en un tiempo próximo y no existan otros elementos concomitantes que desvirtúen dicha situación.⁹

En consonancia con lo anterior, se ha sostenido que para la sanción por la falta del artículo 50 no debe existir prueba directa o indiciaria que evidencie la intención de traficar con la droga o sustancia, pues si el ente persecutor demuestra que el porte o tenencia era una actividad antecedente al tráfico, la conducta del acusado podrá encuadrarse en los artículos 3 o 4, dependiendo del criterio del juzgador.¹⁰

8 de la Ley 20.000, al expresar que no pretendía sancionar «a los que tengan una o dos matas de marihuana para su consumo, por cuanto de sancionarse este hecho, se estaría en cierta forma, incitando a ser traficante», según señala la Historia de la Ley 20.000 (Segundo Informe Comisión Especial Drogas, Cámara de Diputados, 18 de julio de 2001. Cuenta en Sesión 4, Legislatura 345: 55 y ss.).

9 Corte Suprema, rol 12.564-18, del 16 de agosto de 2018.

10 Cisternas (2011: 111, 142 y 143), quien además enuncia los criterios indiciarios que han utilizado los tribunales para delimitar las conductas de tráfico, microtráfico y consumo. También sobre este aspecto, Matus (1999: 93 y 94); Navarro (2005: 279); Politoff, Matus y Ramírez (2009: 576); Arrieta (2011: 86-108); y Matus y Ramírez (2015: 420). Frieyro (2017: 90 y 91) señala que para probar que la droga está destinada a realizar actos de difusión para su consumo ilegal, hay que acudir a la prueba de indicios, entre los que se encuentran la cantidad de la sustancia aprehendida, acre-

Se ha explicado también que la calidad de consumidor o adicto no es incompatible con la comisión del delito de tráfico,¹¹ pero permite sentar una base para presumir, si concurren otros elementos de juicio —como una escasa cantidad decomisada, la ausencia de otra prueba del tráfico, etcétera—, que la droga de que se trata está destinada únicamente al consumo personal y próximo.¹²

De adquirirse o mantenerse droga para destinar parte de ella a su consumo y otra al tráfico, creemos que la determinación de esta circunstancia puede ser relevante en casos muy puntuales —y difíciles de acreditar—, por ejemplo, si se demuestra que existió una separación física real de esas cantidades, sin que fueran intercambiables o acumulables fácilmente, y que, restando del total la destinada al consumo, resulte una cantidad menor de droga que conlleve cambiar la calificación de tráfico

ditación del carácter de adicto o por lo menos de consumidor, forma de distribución o modo en que se guarda la droga, lugar en que se encuentra la droga, capacidad adquisitiva del procesado en relación con el valor de la droga, actitud adoptada en el momento de la intervención policial, variedad de drogas poseídas, utensilios ocupados o posesión de sumas considerables de dinero.

11 En Corte Suprema, rol 33.723-19, del 10 de marzo de 2020, se declara que «no basta con demostrar que el imputado es consumidor, sino además ha de probarse que el estupefaciente poseído sería ingerido por este y en un breve lapso», agregando que «la circunstancia de ser consumidor de la clase de droga hallada no explica, por sí sola, que estas fueren a ser utilizadas en un tiempo próximo, más aún si no hay un relato detallado del imputado sobre el presunto consumo previo ni de la ocasión o el lugar al que se dirigía para ingerir la sustancia. Por el contrario, la dosificación de las sustancias y la inusual cantidad de dinero en efectivo que portaba, son presupuestos fácticos que permiten encuadrar los hechos en la figura típica del artículo 4, en relación con el 1, ambos de la Ley 20.000».

12 Matus y Ramírez (2019: 475). En Corte Suprema, rol 24.909-17, del 12 de julio de 2017, se expresa que las circunstancias fijadas en el fallo no permiten afirmar que la droga o sustancia portada estaba destinada al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, consistiendo esas circunstancias en que no se aportó prueba más o menos objetiva de la calidad de consumidor del acusado —más allá de sus propios dichos—, «la cantidad de papelillos contenedores de marihuana —57—, y porque el propio imputado señaló que el día de los hechos portaba \$7.000, dinero que se dividía en billetes de \$1.000, lo que conforme las máximas de la experiencia es propio de quienes comercian pequeñas dosis y reciben pagos en que preferentemente no tengan que estar dando vuelto, pues se trata de acciones que deben ser realizadas de manera rápida y sigilosa, a fin de no ser descubiertos», y el haber reconocido en el juicio el acusado «que antes que llegaran carabineros habían consumido como 15 papelillos de marihuana, y que él proporcionó la sustancia que estaban consumiendo, lo cual impide considerar que la que tenía consigo era para su consumo exclusivo».

a microtráfico. Otra será la conclusión si toda la droga está destinada al tráfico, pero el poseedor consume ocasionalmente parte de ella mientras no sea vendida, caso en el cual ese eventual consumo futuro no excluirá la finalidad de tráfico y la sanción por esta figura.¹³

Por otra parte, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en que el grado de pureza de la droga o sustancia constituye una herramienta útil para decidir si se está en presencia de un consumidor o de un traficante, criterio que tuvo en consideración el artículo 4 de la Ley 20.000 en su inciso final, al incorporarlo como un elemento de juicio más.¹⁴

13 Según Rey (1999: 74), se debe acoger una exégesis del texto penal que permita deducir el destino al tráfico de la droga ostentada por el poseedor-consumidor, a través de actos objetivados exteriormente que puedan resultar peligrosos para el bien jurídico protegido, no siendo suficientes de por sí las meras intenciones del mismo.

14 Corte Suprema, rol 37.797-15, del 26 de enero de 2016. En Corte Suprema, rol 45.630-17, del 27 de febrero 2018, se descarta que se esté frente a la posesión de droga para consumo exclusivo, respecto de un «exiguo» gramaje de droga, dado, entre «otros elementos que deben ponderarse para efectos de la calificación jurídica de la conducta», un grado de pureza del «61%». Cisternas (2011: 201-208) explica que la pureza de la droga es un elemento para distinguir entre el delito de tráfico, microtráfico y la falta de consumo, y que el agregar sustancias inocuas o más dañinas que el mismo sicotrópico o estupefaciente, tiene como objetivo acrecentar su volumen para aumentar las ganancias con su posterior venta, de esta forma, a lo largo de la cadena de comercialización se pueden encontrar distintos porcentajes de pureza dependiendo del grado de distorsión de la sustancia. Agrega que cualquier pureza afecta la salud pública, siendo la pureza o calidad de la droga un criterio impuesto expresamente por el legislador en el inciso tercero del artículo 4 de la Ley 20.000, con el fin de excluir la circunstancia de uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. El mismo autor cita jurisprudencia de distintos tribunales que confieren un rol indiciario al estado de adulteración de la droga. Winter (2016: 201) postula que la forma correcta de entender el inciso tercero del artículo 4 es, por ejemplo, que la droga sea de tal pureza que la necesidad de mezclarla muestre que en realidad se debiera convertir en una cantidad importante de dosis. A similares conclusiones arriban Peña (2013: 124) y Rebolledo (2014a: 125). González (2010: 160) precisa que la pureza es un criterio cuantitativo, pues contra más pureza, más cantidad de droga hay, considerando —citando jurisprudencia— que, si la pureza es alta, existe la posibilidad de acrecentarla mediante la utilización de diversos aditivos y con ello aumentar la cantidad a transferir o, en caso de que ello no ocurra, un mayor grado de toxicidad de la misma. García (2013: 38), por su lado, explica que en el inciso final del artículo 4 se agregan indicadores negativos no taxativos de trascendencia subjetiva «cuya única finalidad» es orientar al aplicador del derecho hacia la necesaria distinción entre constelaciones de conductas que son comunes tanto al consumo personal como al tráfico y, de ese modo, indicios como «la pureza» permiten determinar la intención de hacer circular la droga o de consumirla. Como

Antes de concluir este apartado conviene apuntar que, si la cantidad de la sustancia excede lo que puede catalogarse como «pequeña» de conformidad al artículo 4 de la Ley 20.000, en caso alguno podría darse lugar a la causal de exención de responsabilidad que prevé ese precepto, desde que en ese supuesto la conducta se encuadraría en el artículo 3 que no la contempla,¹⁵ lo que se explica porque una cantidad mayor o relevante de droga o sustancia es incompatible con un consumo personal, exclusivo y, especialmente, «próximo en el tiempo».

Lugares públicos o abiertos al público

Se ha resuelto que el porte o tenencia de droga en un vehículo emplazado en la vía pública, se subsume en la falta del artículo 50 de la Ley 20.000, por cuanto aquel «no es más que un medio de transporte que circula por la vía pública, de manera que el acusado no deja de estar situado en un camino y, por ende, en un lugar público de aquellos en que la ley prohíbe el porte de drogas».¹⁶

A diferencia del pronunciamiento extractado, el examen sobre si el agente se emplaza en un lugar público o abierto al público, no debe discurrir únicamente en el orden semántico, centrándose nada más en el sentido natural y obvio del término «lugar público». El análisis debe guiarse por los intereses o bienes colectivos que se busca proteger en el citado artículo 50, marco en el que lo relevante, ha señalado la doctrina, es que el consumo se produzca mientras exista la posibilidad de que terceros indeterminados puedan observar su realización y tenerla por buena, «única justificación al castigo en estos casos», lo que conlleva, *a contrario sensu*, separar de esta falta el simple porte sin ostentación en lugares públicos para el consumo personal en lugares privados.¹⁷

En línea con esos criterios no cabe encasillar, por ende, como porte en lugar público o abierto al público, el que se realiza en el interior de un

demuestra Mañalich (2004a: 354) y Aravena (1998: 205), ya bajo la vigencia de la Ley 19.366, para la determinación si la droga estaba destinada a su tráfico o al autoconsumo, la judicatura no solo tenía en cuenta el peso de la droga, sino que también su calidad (grado de pureza).

15 Véanse Matus (2005: 336), Navarro (2005: 278); Martorell (2007: 245), Ruiz (2009: 423), y González (2010: 119 y 120).

16 Corte Suprema, rol 73.896-16, del 28 de noviembre de 2016.

17 Matus y Ramírez (2019: 514). Comparten este predicamento García (2013: 45) y Aravena (2013: 96).

automóvil, espacio cerrado en el cual la ley adjetiva indudablemente reconoce un ámbito de privacidad a sus ocupantes —desde que se requiere autorización judicial para su registro conforme al artículo 206 del Código Procesal Penal o algún indicio de aquellos que trata el artículo 85 del mismo código para proceder autónomamente a esa revisión—, sobre todo si el autor no está consumiendo la droga al ser sorprendido por los agentes policiales, supuesto en el que la conducta no pone en riesgo el bien jurídico resguardado de un modo tal que legitime la respuesta punitiva.

Asimismo, si el fundamento de la sanción a título de falta de los actos de consumo, tenencia y porte se vincula con especiales situaciones que podrían llevar a una sensibilización del bien jurídico salud pública, mediante un real o supuesto efecto multiplicador —difusión incontrolable— que la exposición pública o en público del consumo, tenencia o porte podría acarrear, ello excluye, entonces, supuestos en que el consumo se lleva a cabo en lugares que, aun cuando abiertos al público, no son frecuentados por ser de muy difícil acceso, como en la montaña o en una playa retirada.

En lo concerniente al interior de un centro carcelario, aun para un interno que cumple condena en el recinto, se ha aclarado que no constituye un lugar privado, sino un «un espacio público en que la intimidad está fuertemente devaluada, pues resulta obvio el control, registro, disciplina, orden, y fiscalización, etcétera, que debe realizar la Institución para mantener el desarrollo normal del recinto», por lo que resulta procedente su sanción por el artículo 50 al ser sorprendido en un registro con cannabis sativa en su vestimenta.¹⁸

¹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, rol 676-05, del 14 de diciembre de 2005. En sentido opuesto, Corte de Apelaciones de La Serena, rol 35-06, del 8 de marzo de 2006, al declarar que «el artículo 50 de la Ley 20.000 no consideró dentro de los casos ejemplares los establecimientos carcelarios, no pudiendo aplicarse la analogía en materia penal; y, considerando que en la especie la sustancia incautada se encontraba en la celda del condenado, lugar que tiene las características de privado y por ende acceso restringido, estos sentenciadores estiman que el establecimiento carcelario, pese a ser un edificio público dependiente de la administración del Estado, no puede estimarse como lugar público [...] Que, por ende, el consumo o porte para un consumo próximo en el interior de un establecimiento penitenciario por un interno es un hecho atípico, no previsto en la ley y correspondía absolver al imputado».

Falta de consumo de drogas en lugares o recintos privados, si se hubiesen concertado para tal propósito (artículo 50 inciso cuarto Ley 20.000)

El consumo colectivo de drogas que tiene lugar entre adultos y en la intimidad de un lugar cerrado¹⁹ carece de trascendencia pública, no afectando de manera relevante —o haciéndolo de manera insignificante— a la salud pública, sino únicamente a la de unos individuos concretos que consienten su ingestión, sin embargo, dado que ese consumo concertado puede de alguna manera incentivar o reforzar el consumo de droga y de esa manera sensibilizar el bien jurídico protegido, el legislador sanciona esa conducta únicamente como falta.

Aun cuando el mismo carácter privado del consumo acarrea que no sea un ilícito comúnmente descubierto por los agentes de persecución, por lo que las condenas por este ilícito son infrecuentes, pueden presentarse situaciones problemáticas por lindar con el delito de microtráfico, como se verá a continuación.

Si la droga consumida por el grupo ha sido aportada por uno —o varios— a los demás miembros, en vez de cada uno asistir con su propia dosis a la reunión, en este supuesto, tratándose de pequeñas cantidades, se estará suministrando o facilitando la sustancia para que sea consumida o usada por otros, lo que se subsume en la descripción del artículo 4, más aún si este ilícito puede cometerse «a cualquier título».

Sin embargo, lo anterior debe ser matizado a la luz de los principios de proporcionalidad y lesividad, pues de tratarse de droga que por su escasa cantidad puede ser considerada para un consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, el que se haya optado por compartirla gratuitamente con un número reducido de personas en un lugar privado no importará un riesgo para el bien jurídico distinto o mayor al propio del autoconsumo, menos de difusión incontrolable, siempre que los otros sean personas determinadas, predispuestas y concertadas de ante-

19 Como lo explica Montero La Rubia (2007: 29), la jurisprudencia española incluye como requisito para la atipicidad del consumo compartido, el que este se realice en un «lugar cerrado», de manera que quede garantizada la privacidad de la acción y absolutamente descartada la posibilidad de difusión a personas ajenas al grupo, razón por la cual se subraya la exigencia de que el consumo de la droga se lleve a cabo por todos los miembros del grupo de manera conjunta y en presencia de quien la proporciona, que también ha de integrarse en el grupo.

mano para el consumo —no necesariamente «adictos» o «consumidores frecuentes»—²⁰ y no hayan sido inducidos al mismo por el aportante,²¹ sino que simplemente, en vez de ser adquirida la porción a consumir por cada uno de manera individual, fue aportada por uno solo, lo que permite diferenciar esta conducta de la inducción, promoción y facilitación del uso o consumo característico del delito de tráfico de drogas en sentido amplio.²²

La gratuidad del suministro es indispensable para este aserto, pues lo contrario acarrea una relación no entre consumidores, sino entre distribuidor y consumidor, donde aquel obra en función del provecho económico que le reporta la actividad y no meramente allanando el consumo de otro que, de no haber ocurrido, habría realizado el propio facilitador. Además, esa utilidad llevará a reiterar la conducta e incrementarla sucesivamente con el objeto de aumentar las ganancias, insertándose en el círculo económico que va ínsito en la comercialización de la droga, con

20 Requisito demandado por la jurisprudencia española, como lo expone Frieyro (2017: 223-226), aunque con pronunciamientos que han ampliado el margen de tolerancia al admitir que las personas que formen parte del grupo no sean drogodependientes, sino meros consumidores de fin de semana, como lo refiere Montero La Rubia (2007: 29).

21 Según Rey (1999: 42 y 43), se debe considerar como propio consumo el uso y cesión de droga dentro del grupo de consumidores, aunque se encargue a uno de ellos, como mero mandatario, adquirir la droga. Destaca que, para sostener la impunidad de estas conductas, debe existir únicamente la intención de consumir la sustancia, con exclusión de todo animus de tráfico de la misma, y para ello habrá que examinar la relación de aquellos que la consumen.

22 La jurisprudencia española, expuesta por Frieyro (2017: 223-226), recoge similares extremos para declarar la atipicidad del consumo compartido, a saber: a) cantidad de droga insignificante, b) reducido número de consumidores, c) personas ciertas y determinadas, y d) que el consumo sea inmediato, a lo que adicionan el que se trate de adictos o drogodependientes, requisito que desestimamos, pues no se observa mayor riesgo para el bien jurídico el suministrar droga a quien se sabe es primerizo, pero está decidido a probar la droga de manera controlada, que al que la facilita al consumidor habitual. Tampoco resulta necesario que el intercambio o facilitación se efectúe con quien se tiene algún grado de cercanía o amistad, como lo sostienen algunos autores —Rey (1999: 43)—, ya que puede tratarse de un grupo cerrado en el que uno de los integrantes se hace acompañar por un tercero que pasa a adherir del «concierto» y que, por ende, no puede ser considerado como objeto o medio de la difusión. Montero La Rubia (2007: 28 y 29) expone y comenta iguales requisitos, mencionando como exigido también por la jurisprudencia que el proyectado consumo compartido se realice en un lugar cerrado.

el consiguiente efecto multiplicador reprimido mediante la figura del tráfico.²³

Si quien proporcionará la droga al grupo es descubierto al momento de su adquisición o cuando la traslada al lugar o recinto privado convenido, puede presentarse también la consunción inversa ya referida —adquisición de una pequeña cantidad de sustancia por encargo de terceros para el consumo conjunto en un lugar privado—, sin embargo, dadas las dificultades para probar esa finalidad y que, tratándose de droga que por su baja cantidad igualmente puede considerarse para un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, ese supuesto de tenencia o porte en un lugar público será sancionado solo como falta del inciso primero del artículo 50.²⁴

Ceteris paribus, las conclusiones referidas no cambian si se trata de reuniones periódicas donde siempre la misma persona es la encargada de suministrar la droga que consumirá el grupo, es decir, si se trata de un proveedor habitual.

Todo lo dicho debe predicarse también respecto del intercambio o facilitación de droga que realizan recíprocamente los asistentes a la reunión, con el objeto, por ejemplo, de probar distintos tipos o calidades de la sustancia.

Por otra parte, si la sustancia que va a ser consumida por el grupo reunido —siempre bajo las condiciones ya reseñadas— requiere alguna preparación, mejora o adición antes de su uso, y esto se ejecuta por el

23 La ausencia de contraprestación es un requisito exigido por la jurisprudencia española para afirmar la atipicidad en este tipo de casos, como lo expone Frieyro (2017: 226) y Montero La Rubia (2007: 25).

24 Rey (1999: 89) no califica como acto de tráfico aquella adquisición destinada tanto para uso propio, como para el de un círculo cerrado de amigos, siempre y cuando haya existido un acuerdo (demostrado) por parte de estos de consumir la droga, y se haya comisionado al sujeto para adquirirla. En estos casos, el comprador es un mero mandatario o instrumento del ejercicio de la posesión, si va a consumirla igualmente. En su opinión, se trata de conductas derivadas del consumo, a veces de personas que se encuentran en estados personales de toxicomanía, que no representan peligro alguno de difusión efectiva de la droga y que, por tanto, deben quedar impunes. Cuestión distinta sería, si el sujeto adquirente, sin recibir encargo alguno al respecto, por su propia iniciativa adquiriese la droga para destinarla, por ejemplo, al consumo de sus amistades en la celebración de una fiesta o de quien adquiere la droga por encargo de un consumidor, pero a cambio de una remuneración económica o de otra índole. Entonces, sí cabría hablar de difusión y favorecimiento del consumo de terceras personas.

mismo grupo de personas en igual contexto del encuentro, deben considerarse como actos preparatorios impunes de la falta en examen, conforme a la consunción inversa antes estudiada, descartando, por tanto, su sanción por los delitos de los artículos 1 o 2 de la Ley 20.000.

Al contrario de los supuestos recién examinados, sí se sancionará como microtráfico —o tráfico, en su caso— la facilitación de droga a un número relevante de personas reunidas, determinadas o indeterminadas, que a su vez requiere de una cantidad proporcional de la sustancia. De esa manera, la organización y realización de una fiesta o reunión a ejecutarse, aun en un lugar cerrado, donde a los asistentes se proporcionará droga para su consumo personal exclusivo e inmediato, constituye el delito de microtráfico o tráfico de drogas,²⁵ pues constituye un acto concreto de inducción, promoción y facilitación masiva del consumo, que trasciende lo íntimo y privado y tiene aptitud suficiente para generar una difusión incontrolable de la droga y, por ende, poner en riesgo el bien jurídico salud pública.

Tratamiento médico

El artículo 4 exime de la pena del delito de microtráfico al que justifique que la pequeña cantidad de droga o sustancia que porta, transporta, guarda o posee está destinada a la atención de un tratamiento médico y, concordantemente, el artículo 50 señala que se entenderá justificado el uso, consumo, porte o tenencia de alguna droga o sustancia para la atención de un tratamiento médico. En esos supuestos, el porte, transporte, guarda, posesión, tenencia, uso o consumo de pequeñas cantidades de sustancias no será sancionado ni como microtráfico del artículo 4 ni como falta del citado artículo 50.

La prueba del ordenamiento a un tratamiento médico solo resulta admisible si la conducta recae sobre «pequeñas cantidades» de sustancias o drogas, es decir, acciones que de no tener el señalado destino se san-

²⁵ Corresponde a una conducta activa, a diferencia de la omisiva sancionada en el artículo 12 de la Ley 20.000 por la mera tolerancia del consumo de los asistentes por quien está a cargo del establecimiento. Como ya se mencionó, la jurisprudencia española incluye dentro de los requisitos para la atipicidad del consumo compartido, que la participación consumista venga referida a un pequeño número de drogodependientes, véase Montero La Rubia (2007: 29).

cionarían conforme con el artículo 4 y no el artículo 3,²⁶ puesto que esta disposición no contempla esta exención como ya se ha mencionado, sin perjuicio que almacenar una gran cantidad de droga es indiciario que su finalidad no es la atención terapéutica de una persona determinada y, además, un porte de esas características, ante la falta de control de la autoridad, genera un potencial riesgo de que, no obstante la real intención del agente, la sustancia termine en manos de terceros.

Repárese que los artículos 4 y 50 liberan de sanción a quien demuestre que las sustancias o drogas están destinadas a la atención de «un» tratamiento médico y no de «su» tratamiento médico. La utilización del determinante indefinido «un», en vez del adjetivo posesivo «su», refleja que el tratamiento médico para el cual servirá la pequeña cantidad de droga o sustancia puede ser el del propio autor o el de un tercero. En este caso, la droga debe ser suministrada a una persona determinada, pues la facilitación, aun con finalidades curativas o paliativas del dolor, a sujetos no individualizados o indeterminados sí cabe en el artículo 3 o 4, al ser idóneos para expandir el consumo ilegal.²⁷

Sobre la prueba del destino a un tratamiento médico de determinadas sustancias que usualmente sirven y se utilizan para ello con las respectivas autorizaciones de la autoridad sanitaria, es relativamente sencilla, sobre todo por el régimen de control que existe respecto de las recetas que se utilizan necesariamente en estos casos (Matus y Ramírez, 2019: 506). Sin embargo, no puede pasarse por alto que es posible la adquisición de esas sustancias o drogas fuera del mercado farmacéutico formal, pero efectivamente destinarlas a un tratamiento médico, hipótesis en la

26 En sentido contrario, para Matus y Ramírez (2019: 506), justificado el tratamiento médico, es irrelevante, en principio, la cantidad de sustancia que se posea, adquiera, elabore, etcétera, o el tiempo que su consumo exija, a menos que ella exceda de la cantidad requerida para el tratamiento especificado en particular, o que su acumulación denote que no será destinada a dicho fin, como si se tienen grandes cantidades de sustancias con fecha de caducidad muy cercana, imposibles de consumir, dentro del tratamiento médico, antes de dicha fecha.

27 El denominado «consumo compasivo» consiste en la entrega altruista y sin contraprestación a familiares y allegados de cantidades mínimas de drogas con el fin de aliviar el síndrome de abstinencia. Sobre esta materia, Frieyro (2017: 235 y ss.) lo condiciona a los siguientes requisitos: i) que no exista riesgo de transmisión de la droga a otras personas distintas al familiar al que va destinada; ii) gratuidad; iii) que se trate de cantidades mínimas de estupefaciente para su consumo inmediato; y iv) que se facilite la sustancia con el fin de aliviar el síndrome de abstinencia.

que se aplica la causal de exención de responsabilidad igualmente, ya que probada dicha circunstancia se descarta el tráfico y no se advierte tampoco un riesgo de difusión incontrolable.

El empleo del adjetivo «médico» limita los tratamientos en que el uso de la sustancia queda exento de sanción, ya que aquel supone que ello haya sido prescrito por un facultativo, lo que permite su control y supervisión, evitando se desvíe a otros fines. De entenderlo como cualquier tratamiento destinado a mejorar o recuperar la salud de una persona, y considerando como «salud» según la definición de la OMS el estado de completo bienestar físico, mental y social, ello dejaría entregado al autor la determinación de qué droga o sustancia sirve para esos fines, abriendo claramente la puerta a su uso sin control bajo el pretexto de tratar cualquier dolencia o malestar, por ejemplo, mediante ceremonias rituales o espirituales que incluyan el consumo de droga.²⁸

Ahora bien, si el facultativo prescribe una droga o sustancia que no está autorizada para uso medicinal, como la cannabis sativa, pero lo realiza existiendo una «necesidad médica o terapéutica», el paciente que la utiliza podrá eximirse de responsabilidad igualmente, desde que la aprobación de ese uso por la autoridad competente, en este caso, el Instituto de Salud Pública a través de la Agencia Nacional de Medicamentos (Anamed), no es un requisito dispuesto por la ley para acogerse a esta eximente.²⁹

A mayor abundamiento, quien recibe dicha prescripción médica, puede aducir un error de tipo excluyente del dolo, al creer que se presenta el elemento negativo del artículo 4, por estar destinada la droga o sustancia a un tratamiento terapéutico, con las consecuencias igualmente liberatorias de responsabilidad.

²⁸ Como se invocó por el recurrente en Corte Suprema, rol 4.949-2015, del 4 de junio de 2015.

²⁹ El artículo 6 de la Ley 20.000 sanciona al médico cirujano, odontólogo o médico veterinario que recete alguna de las sustancias señaladas en el artículo 1, sin necesidad médica o terapéutica, no así cuando la sustancia sirve a esa necesidad, pero no se encuentra autorizado ese uso por la autoridad sanitaria. De otra opinión es Rebolledo (2020a: 65; 2020b: 89).

Capítulo 5

Delito de asociación ilícita (artículo 16 Ley 20.000)

Antes de tratar el delito de asociación ilícita en la Ley de Drogas, pasaremos revista al concepto de crimen organizado y a la figura básica de este delito en el Código Penal chileno.

Crimen organizado

Lo primero que debemos aclarar es que para nosotros el crimen organizado y el delito de asociación ilícita no son lo mismo, ni existe una relación de género y especie —siendo la criminalidad organizada una modalidad específica de la asociación ilícita— como lo entiende Carnevali (2014).

Silva, quien acertadamente trata a la criminalidad organizada como un fenómeno criminológico, refiere que

se aborda jurídicamente, en la mayoría de las legislaciones nacionales, a través de tres vías diversas. En primer lugar, mediante la tipificación de los delitos más característicos de tal forma de criminalidad. En segundo lugar, mediante la introducción del elemento agravante «organización» en una serie de delitos más o menos tradicionales para atender a la especial peligrosidad de las formas estructuradas de actuación antijurídica. En tercer lugar, mediante los no infrecuentemente criticados, clásicos delitos de pertenencia a asociaciones ilícitas o bien los nuevos tipos de pertenencia a organizaciones criminales (2004: 1.069-1.096).

En nuestra realidad, el injusto de la organización criminal es autónomo, independiente de los delitos que se cometan, mediante la figura de la asociación ilícita (Código Penal y leyes especiales); también aparece como regla de determinación de pena en el artículo 19 a) de la Ley 20.000.

Ahora bien, dada la complejidad para establecer un concepto de crimen organizado, en el segundo Informe del secretario general de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso) (Rojas, 2006: 8-12) se tratan las características que adopta el crimen organizado, entendiéndo-

dolo como un «fenómeno criminal». De igual forma, Villalpando (2014: 1-11) desarrolla estas particularidades:

- No es ideológico, no busca el poder político como tal sino incidir sobre el Estado;
- posee una estructura jerárquica, con cada vez mayores grados de flexibilidad;
- tiene una fuerte cohesión interna, que se ve reflejada, por ejemplo, por la etnia de sus integrantes, origen de estos (familiar o territorial);
- es una empresa ilegal, siendo la corrupción un elemento central que explica este fenómeno;
- es crecientemente transnacional, producto de la globalización;
- es especializado; y
- produce distintos tipos de daños.

Así también, siguiendo a Villalpando (2014: 11-15) mencionaremos dos modelos del crimen organizado: el modelo *Padrino* entiende que las mafias son sociedades permanentes iniciadas con la extorsión, jerarquizadas y con gran concentración de mando que asume el control exclusivo de un territorio o de un servicio determinado; la ley del secreto es un elemento esencial para su protección. El poder se concentra en una familia o un pequeño grupo para familiar, que se maneja internamente como fraternidad. En tanto, el modelo *Empresa* compara al crimen organizado con las asociaciones empresariales. También atiende a su introducción en el mundo empresarial lícito y su incorporación en actividades paralelas.

Las comparaciones entre mafia y empresa tienden a ser generales, refiriéndose sobre todo a la distribución de responsabilidades internas, las jerarquías administrativas y la similitud de algunas de sus operaciones de gestión. Esta afinidad hace que las mafias, investidas de cierta apariencia de legalidad, se incorporen a sociedades lícitas, a veces sin que estas puedan percibir las o, por lo menos, si lo perciben, lo ignoran. En ese punto estamos en el límite de la corrupción (Villalpando, 2014: 13 y 14).

En este punto, estimamos que podría atribuirse responsabilidad al menos por la ignorancia deliberada (sanción a título de dolo) que importan estos comportamientos. En suma, entendemos que habrá cri-

men organizado ante la existencia de organizaciones, ilícitas o lícitas, y en ambos casos para proveer bienes o servicios de manera ilícita, siendo sus actividades cambiantes conforme al fenómeno de la globalización y con uso de tecnología cada vez más sofisticada, eficaz y discreta o derechamente secreta (pensemos, por ejemplo, en el uso de la *Dark Web* o *Deep Web*).¹ Se presentan más especializadas y con presencia de compartimentación de sus actos y roles que asumen los partícipes.

Sin duda, está presente la jerarquía, pero de manera flexible atendidos dos aspectos, uno levantado por Flacso, que dice relación con la fungibilidad que implica el apresamiento de sus líderes o cabecillas y, por lo tanto, pueden seguir operando con nuevos mandos. Por otro lado, nos encontramos con organizaciones tanto verticales, con una sola cabeza que dirige, o derechamente horizontal, con varios jefes que ostentan la dirección y mando. Adicionalmente, aunque es transnacional, su «negocio» comienza siendo nacional para luego lanzar tentáculos a otros países tal como ha sucedido con las mafias de Italia, Estados Unidos de Norteamérica y México, por citar algunos ejemplos representativos.

Delito de asociación ilícita del Código Penal chileno

La figura penal de asociación ilícita fue incorporada en el primer Código Penal, de 1874. «Si bien los comisionados tuvieron especialmente a la vista los tipos propios del Código Penal español de 1848, se tomó como base para la versión nacional de tal delito a los artículos 322 a 326 del Código Penal belga de 1867 (influidos, a su vez, por la redacción de la *association de malfaitures* francesa)» (Malamud, 2016: 154 y 155; Grisolia, 2004: 77 y 78).

Se ubica entre los artículos 292 y 295 bis dentro del Título VI «De los Crímenes y Simples Delitos contra el Orden y la Seguridad Públicos cometidos por particulares», en el párrafo 10 «De las asociaciones ilícitas».

A su turno, la Constitución Política de la República de Chile contem-

¹ Internet ofrece una amplia gama de uso, algunos la comparan con un iceberg para describir los niveles que se presentan en la Web, donde la superficie es lo que todos conocemos y donde navegamos día a día. La Internet profunda se encuentra invisible, no conectada a los motores de búsqueda que utilizamos. Este lado oculto del iceberg se divide en dos: *Deep Web* y *Dark Web*. En la *Deep Web* puedes encontrar contenido que infringe la ley, como el tráfico de drogas y delitos relativos a la Ley de Armas, homicidios y pornografía infantil, mientras que en la *Dark Web* se pueden encontrar los videos más oscuros de toda Internet.

pla en el Capítulo III «de los Deberes y Derechos constitucionales», en su numeral 15, artículo 19, la prohibición de formación de asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado. En consecuencia, la tutela al orden y seguridad pública posee rango constitucional, de ahí radica para nosotros la justificación de adelantamiento de la punibilidad.

Ahora bien, respecto del concepto de asociación ilícita, el artículo 292 del Código Penal establece que «toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse». Como puede observarse, no entrega una definición de asociación.

Grisolía sostuvo que, conforme a la descripción antes entregada, la asociación ilícita «es un conjunto de personas que se organizan en torno de un objetivo común que comprende la finalidad de cometer delitos. El delito se consuma por el solo hecho de organizarse, de donde fluye que se trata de un delito de mera actividad, de peligro abstracto, plurisubjetivo y pluriofensivo» (2004: 76). Marcazzolo, en tanto, puntualiza que «justamente esta indeterminación del concepto de asociación ha llevado a la doctrina y jurisprudencia a emprender la necesaria tarea de determinar los elementos que la componen o definen» (2022: 113).

En esta parte, cabe mencionar que la asociación se diferencia de la conspiración, excepcionalmente punible conforme lo prescribe el artículo 8 del Código Penal, por la presencia de varios elementos:

Conspiración:

- Acto preparatorio
- Existe en relación con un delito determinado
- No requiere cierta estabilidad o permanencia en el tiempo

Asociación ilícita:

- Delito autónomo.
- Existe en relación con un número indeterminado de delitos que pueden cometerse.
- Requiere cierta estabilidad o permanencia en el tiempo.

Matus y Ramírez (2021: 482) señalan que en el caso de la Ley 20.000, el artículo 17:

sanciona con las penas inferiores en un grado la conspiración para cometer «los delitos contemplados en esta ley». La remisión debe hacerse a lo dispuesto en el artículo 8 del Código Penal, que establece los siguientes requisitos para hacer punible la conspiración: debe apuntar a la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contemplados en la Ley 20.000, y no pueden referirse a las faltas de sus artículos 50 a 55 (no hay conspiración de faltas); debe existir, además, un concierto para la ejecución de ese crimen o simple delito, que no sea puramente aparente; y el concierto debe ser serio, pues «ni el ocuparse dos personas en la posibilidad de un delito, ni el desearlo, es conspirar (Pacheco CP, 131)».

Respecto del sujeto activo, este puede ser cualquier persona. Ahora bien, la discusión doctrinal atiende al número mínimo de sujetos que pueden dar lugar a este tipo penal. Grisolia (2004: 80) entendía que estamos en presencia de un delito plurisubjetivo y, por lo tanto, requiere de un número mínimo de participantes. Nuestro Código Penal no fija ese número mínimo.

El mismo autor refiere que la doctrina española discute este número necesario para constituir una pluralidad de personas. Al respecto, cita a Muñoz Conde: «En principio, bastaría con dos; pero conforme al sentido originario de la expresión y del artículo 513 (antiguo) de la mera asociación de tres o más personas para cometer delito de robo, puede deducirse que son necesarias por lo menos tres personas para poder hablar de asociación».

En materia internacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, adoptada el 15 de noviembre de 2000 en Palermo, Italia, y publicada en nuestro país el 16 de febrero de 2005, define «grupo delictivo organizado» fijando la cantidad de miembros que deben componerlo:

Se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Respecto del tipo objetivo, la asociación ilícita requiere la existencia de una organización, con cierta permanencia y estabilidad. El artículo 292 castiga el mero hecho de organizarse, con el agregado doctrinal, como concepto relativo, según Grisolia (2004: 81), de requerir cierta

permanencia, que dependerá de los planes. Concordamos que tanto la «organización» como una «cierta permanencia en el tiempo», serían los elementos integrantes del tipo legal de asociación ilícita.

El tipo subjetivo dice relación con su objeto o finalidad, vale decir

al ánimo de asociarse de formar parte de un grupo cuya finalidad es delinquir, lo que en el caso de la asociación ilícita del Código Penal dice relación con atentados contra el orden social, contra las buenas costumbres y contra las personas o propiedades. Con frecuencia este elemento ha sido denominado *animus societatis* (Marcazzolo, 2013: 116).

El bien jurídico protegido es de peligro abstracto y pluriofensivo: atentar contra el orden y seguridad pública. Se trata de una figura penal de mera actividad o formal que se consuma por el solo hecho de organizarse la asociación con un objetivo criminal, no siendo necesario que se concrete el plan delictual.

Siguiendo a Grisolia (2004: 84 y 85), el régimen de penalidad se regula en los artículos 293 y 294 del Código Penal, atendiendo a las siguientes consideraciones: i) si la asociación ha tenido por objeto la ejecución de crímenes o simples delitos; y ii) si se trata de los jefes, de quienes hubieren ejercido mando y sus provocadores; o de cualquier otro sujeto que hubiere tomado parte en la asociación.

Asimismo, también se penaliza a cualquier otro individuo que hubiere tomado parte en la asociación y los que a sabiendas y voluntariamente hubieren suministrado medios e instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos, alojamiento, escondite o lugar de reunión, diferenciándose penas, mayor en crímenes y menor en simples delitos que hayan sido objeto de la asociación.

Luego, el artículo 294 bis, contempla la regla del concurso real: «Las penas de los artículos 293 y 294 se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, por los crímenes o simples delitos cometidos con motivo u ocasión de tales actividades».

Con posterioridad, a partir de la dictación de la Ley 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas se agrega un nuevo inciso segundo: «Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá, además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica».

El artículo 295 del Código Penal contiene una excusa legal absoluta, disponiendo que quedarán exentos de penas aquellos culpables que, antes de ejecutar alguno de los crímenes o simples delitos que constituyen el objeto de la asociación y antes de ser perseguidos, hubieren revelado a la autoridad la existencia de dichas asociaciones, sus planes y sus propósitos. Además, esta norma dispone que puedan ser puestos bajo vigilancia de la autoridad.

Por último, el artículo 295 bis estatuye un nuevo delito de omisión impropia. Se impondrán las penas de prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo al que, habiendo tenido noticias verosímiles de los planes o de las actividades desarrolladas por uno o más miembros de una asociación ilícita, omite ponerlas oportunamente en conocimiento de la autoridad.

Finalmente, con la dictación de la Ley 20.830 que «Crea el Acuerdo de Unión Civil», se sustituye el inciso segundo del artículo 295 bis, de la siguiente forma:

Quedará exento de las penas a que se refiere este artículo el cónyuge, el conviviente civil, los parientes por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, y el padre, hijo de alguno de los miembros de la asociación. Esta exención no se aplicará si se hubiere incurrido en la omisión, para facilitar a los integrantes de la asociación el aprovechamiento de los efectos del crimen o simple delito.

Asociación ilícita en la Ley 20.000

La figura penal de asociación ilícita con el propósito de cometer delitos de la Ley de Drogas, se encuentra descrita y sancionada en el artículo 16 de la Ley 20.000:

Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley serán sancionados, por este solo hecho, según las normas que siguen:

1. Con presidio mayor en sus grados medio a máximo, al que financie de cualquier forma, ejerza el mando o dirección, o planifique el o los delitos que se propongan.
2. Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamientos, escondite, lugar de reunión o cualquiera otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización.

Se contempla una pena agravada para el que financie de cualquier forma, ejerza el mando o dirección, o planifique el o los delitos que se pongan.

Se contiene la misma regulación de la figura básica artículo 294 bis Código Penal, respecto de la aplicación del concurso real: «Si el autor, cómplice o encubridor del delito establecido en este artículo cometiere, además, alguno de los delitos contemplados en esta ley, se estará a lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal para los efectos de la aplicación de la pena».

Marcazzolo sostiene que posee similitudes y diferencias con la figura básica contemplada en el Código Penal:

En este sentido, encontramos diferencias que dicen relación con la finalidad o propósito de cometer delitos, que en este caso se restringe a figuras de la Ley 20.000; en relación con las penas asignadas al delito, siendo más altas las contempladas en el estatuto nacional de drogas, además no se determina la penalidad según se trate de simples delitos o de crímenes; no existe excusa legal absoluta en caso de delación, aunque sí una rebaja de hasta tres grados en caso de cooperación eficaz del artículo 22 de la Ley 20.000, entre otras (2013: 118).

A su turno, Matus y Ramírez (2021: 483) postulan lo contrario respecto de la aplicación de la excusa legal absoluta, pues con finalidad político-criminal, se podría aceptar, en caso de delación, conforme al artículo 295 del Código Penal (cuyo efecto eximente es cualitativamente superior a la importante atenuación de la simple cooperación eficaz), como así también el especial delito de omisión de denuncia del artículo 295 bis de dicho cuerpo legal.

Volviendo a la redacción del delito, el artículo 16 de la Ley 20.000 lo describe en su inciso primero, de la siguiente forma: «Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley, serán sancionados, por este solo hecho», en consecuencia, se incurre en esta figura penal por asociarse u organizarse, con la finalidad de cometer un delito de la ley de drogas y, al igual que en el Código Penal, su consumación no depende de la ejecución de los delitos planificados. El bien jurídico tutelado es de carácter pluriofensivo: se protege el orden público y la salud, esta última debido a la finalidad de cometer delitos de la Ley de Drogas.

Respecto a la construcción de requisitos de la asociación ilícita —conducta típica— en la doctrina jurisprudencial subrayamos lo expuesto por Matus y Ramírez en el sentido que

nuestra jurisprudencia afirma que es necesaria la existencia de una organización más o menos permanente y jerarquizada, con sus jefes y reglas propias, destinada a cometer un número indeterminado de delitos también más o menos indeterminados, en cuanto a su fecha y lugar de realización, supuestos que la distinguen de la conspiración o el acuerdo casual para cometer un delito determinado (SCS 19.7.1978, RDJ LXXV, 561 y SCA Punta Arenas 15.9.1993, RDJ XC, 228).

Esta interpretación se ve reforzada por el texto del artículo 19 a) Ley 20.000 que ha agregado, como agravante especial en esta clase de delitos, el hecho de formar parte

de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito del artículo 16. Luego, el solo hecho de ser dos o más los partícipes en esta clase de delitos no constituye asociación ilícita, incluso si ello deriva del hecho de tratarse de una agrupación o reunión más o menos permanente, en la medida que de dicha agrupación no pueda decirse que se encuentra propiamente organizada como asociación ilícita (con jerarquía y normativa propia) (Matus y Ramírez, 2021: 485).

Ahora bien, respecto a los miembros de la organización, fallos de la Corte Suprema han adherido a que el mínimo exigido para su configuración serían dos personas (o más). Así, ha fallado que

en el delito de asociación ilícita, su concepto debe quedar perfectamente deslindado o delimitado de los supuestos de codeincuencia o de transitorio consorcio para delinquir. La asociación u organización criminal comprende todos los supuestos en que dos o más personas elaboran en común un proyecto delictivo, de acuerdo con un programa y medios eficientes para desarrollarlo, más allá del simple acuerdo de voluntades o *pactum scaeleris*.²

En materia internacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos al defi-

² Corte Suprema, rol 7.712-2008, del 15 de marzo de 2010. Corte Suprema, rol 2.747, del 11 de marzo de 2010.

nir «grupo delictivo organizado» describe a un grupo estructurado de tres o más personas.

Ahora bien, el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas establece penas diferenciadas según sea el aporte que realicen los autores. Así, los que cumplan roles de mando, dirección, planificación o financiamiento, podrán tener una pena más elevada que aquellos que realicen actividades de colaboración e incluso de encubrimiento de la asociación (número 2, del artículo 16).

En cuanto al tipo objetivo y subjetivo, nos remitiremos a lo señalado previamente respecto del artículo 292 del Código Penal, con las diferencias propias de este tipo penal especial.

Capítulo 6

Antijuridicidad y culpabilidad

Antijuridicidad

Bien jurídico protegido. Salud pública

Parte importante de la doctrina nacional afirma que el bien jurídico resguardado en los delitos de tráfico de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas es la salud pública.¹

La salud pública colectiva como objeto de protección por el derecho penal, diferenciada de la propia e individual de cada sujeto, surge a partir del desarrollo de la conciencia social de la necesidad de disfrutar de unas condiciones mínimas de salubridad e higiene que permitan, por un lado, garantizar ciertos mínimos para la salud de cada persona y, por otro, incrementar el grado de bienestar del colectivo humano. La salud pública se conceptúa como el conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan y fomentan la salud de los ciudadanos. La dimensión colectiva del bien jurídico protegido determina que el sujeto pasivo no sea la persona concreta, receptora y consumidora de la droga, sino el colectivo social cuyo bienestar sanitario es el objeto de protección por la norma, por lo que la eventual lesión o perturbación física o síquica del consumidor sería indiferente a los efectos de calificación (Frieyro, 2017: 25).²

¹ Entre otros, Politoff y Matus (1998: 14), Matus (1999: 89), Mañalich (2004a: 348), Navarro (2005: 266), Vargas (2007: 6), Bustos (2009: 590), Politoff, Matus y Ramírez (2009: 573), González (2010: 39), Peña (2013: 121), Aravena (2013: 93), y Matus y Ramírez (2015: 417). Hernández (1992: 103-116) compendia las distintas opiniones en doctrina sobre esta materia, analizando críticamente a la salud pública como bien jurídico protegido y concluye la ausencia de este. Cisternas (2011: 64) postula como bien jurídico la seguridad pública. En el derecho comparado, Muñoz y Soto (2001: 61) explican que es unánime la idea de que lo que se protege es la salud pública. Nuestro máximo tribunal ha seguido uniformemente ese criterio, véase Corte Suprema, rol 4.949-15, del 4 de junio de 2015, y Corte Suprema, rol 25.388-21, del 5 de julio de 2021.

² Matus y Ramírez (2019: 469 y 470) sostienen que la salud pública es un bien jurídico de carácter colectivo y carente de individualización, pues se refiere a la gene-

Tratándose de un delito de peligro, como se explicará, la medida del peligro para este bien jurídico se encuentra en la posibilidad de la «difusión incontrolable» de las sustancias prohibidas, ya que de ese modo estas son puestas ilícitamente a disposición de los consumidores finales. Pero no es necesario, como en los casos de los delitos de lesión, que esta inducción, promoción o facilitación lleve necesariamente al consumo a que se refiere, pues solo cabe acreditar el peligro de que tal consumo masivo llegue a realizarse, inducido por la conducta del autor (Matus y Ramírez, 2019: 470 y 478). Esta tesis viene a relacionar la significancia del riesgo con la presencia de conductas idóneas para expandir el consumo de drogas.

El delito de tráfico de drogas como delito de peligro³

Asimismo, gran parte de los autores cataloga el delito de tráfico de drogas como uno de peligro abstracto,⁴ al no ser necesario que efectivamen-

ralidad, y se ha especificado la protección de la salud pública en esta clase de delitos, como la que se brinda a la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas, a lo que debe agregarse el peligro que este delito supone para la libertad de los individuos afectados, de resultar la eventual dependencia física o síquica a que el consumo frecuente de las mismas puede conducir, con las derivaciones negativas de marginación social que lleva consigo la drogadicción. También Politoff y Matus (1998: 14) y, citando a estos autores, Corte Suprema, rol 25.388-21, del 5 de julio de 2021. Oxman (2017: 69) entiende la salud pública como un bien jurídico de naturaleza colectiva cuya finalidad es evitar la difusión indiscriminada de sustancias nocivas no solo para la salud individual, sino también para la vida de las personas.

3 No se ahondará en la discusión sobre la legitimidad, o incluso constitucionalidad, de la tipificación de conductas como delitos de peligro abstracto, sin perjuicio que se comparte con Hernández (2016: 149-188) que «no hay nada ilegítimo per se en el recurso a los delitos de peligro abstracto; más aún, que hay razones que respaldan positivamente la legitimidad de dicho recurso. Naturalmente, esto no significa que no pueda haber hipótesis específicas (incluso muchas) ilegítimas, pero si tal es el caso, será por razones de fondo, no por el simple hecho de una clasificación dogmática. Este es el meollo del asunto: lo decisivo para enjuiciar la legitimidad de un supuesto sospechoso solo puede ser la razonabilidad de la decisión incriminatoria a la cual la técnica del peligro abstracto simplemente sirve». Complementando esta argumentación, Mañalich (2004b: 153), y Matus y Ramírez (2019a: 265). Según Maldonado (2006: 32 y 60), el parecer mayoritario exige «un juicio concreto de peligrosidad sobre la conducta, ya sea que este haya sido incorporado en diversos elementos de la descripción típica o deba ser requerido por la vía de la interpretación dogmática, como base mínima para llegar a aceptar la punibilidad de todas las figuras que son agrupadas bajo el tradicional concepto de delitos de peligro abstracto».

4 Mañalich (2004a: 348), Navarro (2005: 266), Marcazzolo (2009: 93), González

te se dañe la salud de la población, estimando el legislador que las conductas que se realicen en este ámbito por sí mismas llevan incorporadas dicha peligrosidad o riesgo, lo cual las hace acreedoras de una sanción penal (Marcazzolo, 2009: 93). De esta manera, el delito de tráfico de drogas alcanza una extensión casi absoluta, bastando con que el acto que se ejecuta tenga una potencialidad de daño, sin que sea necesario demostrar que se ha producido un peligro para la salud individual de una determinada persona, por lo que dentro del tipo encuentra acomodo prácticamente cualquier conducta relacionada con la droga, a excepción del consumo individual (Frieyro, 2017: 93).⁵

Una tesis opuesta, que encamina la categorización de estas figuras como de peligro concreto, se ha planteado por otros autores⁶ y en diversos fallos de la Corte Suprema, en los que se ha sostenido que la lesividad de este delito «consiste en el peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública»,⁷ y en otros que para la sanción por el delito del artículo 8 de la Ley 20.000 se demanda que se «pruebe en el juicio la peligrosidad para la salud colectiva de la

(2010: 58), Cisternas (2011: 65), García (2013: 25-52), Rettig (2013: 53-84), Peña (2013: 123), Aravena (2013: 94), Rebolledo (2014a: 123), y Rabi (2020: 83). Como explica Winter (2016: 200), los efectos tóxicos o el grave peligro para la salud a los que se refiere el artículo 1 de la Ley 20.000, no representan un concepto que deba ser determinado siempre en el caso concreto, sino que tiene que ver con la determinación de peligrosidad de la sustancia misma.

5 En el derecho español, como comenta Muñoz y Soto (2001: 59), la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han venido configurando la naturaleza del tipo delictivo en estudio como un delito de peligro abstracto, sin perjuicio de exponer las restricciones que la jurisprudencia del mismo tribunal ha ido edificando a los alcances de la figura.

6 Bustos (2009: 592) plantea que es «un delito de lesión del bien jurídico salud pública», siendo necesario demostrar la toxicidad, esto es, que se afecta la salud pública (no solo en cuanto droga, sino también por su composición y presentación al público), concluyendo que, no basta con probar los elementos objetivos del tipo legal, es necesario siempre, además, que se determine «la nocividad concreta del hecho respecto de la salud», mientras que Hernández (1992: 132) sostiene que se trata de delitos de peligro concreto, con peculiaridades si se quiere, que exigen que se produzca un peligro real para el bien jurídico, esto es, para el bien jurídico individual complementario (la salud individual de los miembros indeterminados de una colectividad de personas).

7 Corte Suprema, rol 35.557-15, del 18 de enero de 2016 y Corte Suprema, rol 7.738-19, del 11 de julio de 2019.

sustancia específica requisada».⁸ Todavía más, se ha resuelto que «aun tratándose de un delito de peligro como lo es aquel previsto en el referido artículo 4, se requiere la concurrencia de una acción con la aptitud para ocasionar el daño que el ordenamiento jurídico intenta evitar —es una figura de peligro concreto, no hipotético—, pues de lo contrario la conducta descrita en el tipo penal se transforma en inocua, despojando de legitimidad al poder sancionador del Estado».⁹

Aun cuando nuestro máximo tribunal en fallos pronunciados bajo la vigencia de la Ley 19.366 había ya calificado este delito como de peligro concreto,¹⁰ ello ocurre en un marco legal respecto del cual existía consenso que daba una respuesta punitiva desproporcionada frente al pequeño traficante o microtraficante, consenso que precisamente impulsó la introducción del tipo penal del artículo 4 de la Ley 20.000.¹¹ Es decir, las disquisiciones contenidas en esos fallos de tiempo atrás se hacen a pie forzado por las deficiencias de la legislación vigente a la sazón que no resultan predicables a la actual, al menos en ese punto, y que impiden, por tanto, echar mano a ellas mecánicamente.¹²

8 Corte Suprema, rol 8.340-19, del 11 de julio de 2019. Oxman (2017: 71) cuestiona la comprensión, en fallos como los arriba referidos, de que la estructura del delito de microtráfico sea la de un delito de peligro concreto y de resultado, lo que, en su opinión, se debe a que tradicionalmente se entiende, erróneamente, que los delitos de peligro abstracto son siempre de mera actividad a diferencia de los delitos de peligro concreto que son de resultado.

9 Corte Suprema, rol 37.989-17, del 12 de octubre de 2017. En Corte Suprema, rol 25.388-21, del 5 de julio de 2021 se expresa que «si bien se ha querido catalogar el tráfico ilícito de drogas como un delito de peligro abstracto —lo que ha sido denegado en fallos anteriores de esta Sala—, en el que la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro, pues la evitación de concretos peligros y lesiones es solo el motivo del legislador y no un requisito del tipo (Roxin, 1997: 336 y 407), no por ello puede dejar de verificarse si el hecho cuya tipicidad se examina tuvo al menos la posibilidad de significar, en la realidad, un riesgo para el objeto jurídico tutelado, puesto que el bien jurídico constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad de las personas cuya función de garantía limita el poder punitivo del Estado, de modo que el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquellas que lesionan o pongan en peligro bienes jurídicos (Cobo del Rosal-Vives, 1999: 319 y 324)». También el Tribunal Constitucional, rol 993-07, del 13 de mayo de 2008, declara que en el artículo 4 de la Ley 20.000 «se trata de una peligrosidad concreta y que, por ende, debe ser acreditada en el proceso».

10 Corte Suprema, rol 29.614, del 25 de mayo de 1995.

11 Corte Suprema, rol 1.990-05, del 26 de julio de 2005.

12 Cisternas (2011: 68) explica que antes de la entrada en vigor de la Ley 20.000 se

En todo caso, la calificación de delito de peligro concreto que algunos de esos fallos han dado al microtráfico, no supuso, en caso alguno, requerir que se acredite en el juicio que la sustancia llegó al poder de los consumidores o que, en concreto, estuvo en condiciones de llegar a sus manos, de manera que pudiera afectar la salud pública mediante su difusión incontrolable.

Por otra parte, algunos autores, si bien califican este tipo de delitos como de peligro abstracto, indican que «la exigencia de peligrosidad *ex ante*, de la conducta» corresponde a «su idoneidad para poner en riesgo el bien jurídico protegido»,¹³ conceptualización ajustada al delito de peligro hipotético, en el que el tipo no reclama, a diferencia de lo que sucede en el de peligro concreto, la creación de un riesgo efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico, como elemento material integrante del tipo del delito (Muñoz y Soto, 2001: 61).¹⁴ Este último criterio ha visto recepción en algunos pronunciamientos del máximo tribunal, al expresar que aún de estimarse que el delito de tráfico de drogas es uno de peligro abstracto, se requiere «una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico como elemento material integrante del tipo del delito».¹⁵

Antijuridicidad material y formal

Antijuridicidad formal es la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico, mientras que la antijuridicidad material tiene también un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Una contradicción puramente formal entre la acción y la norma no puede ser calificada de antijurídica, como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien que no esté protegido jurídicamente. La esencia de la antijuridicidad es, por con-

discutía la posibilidad de que el tráfico de drogas fuera un delito de peligro concreto, de hecho, tratándose del porte de escasa cantidad de droga, los tribunales consideraban que la conducta no provocaba un peligro concreto para la salud pública, de lo que se derivaba que la cantidad requería cierta entidad para afectar o poner en peligro la salud pública, y existía la posibilidad de aplicar el principio de insignificancia.

¹³ Rettig (2013: 63), examinando el delito de microtráfico.

¹⁴ De manera similar, Maldonado (2006: 44), quien los denomina delitos de aptitud, y Hernández (2016: 179), que aclara que este tipo de delitos «en rigor, siguen siendo delitos de peligro abstracto en los términos de la definición».

¹⁵ Corte Suprema, rol 4.949-15, del 4 de junio de 2015.

siguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción. En la medida en que no se dé esa ofensa al bien jurídico no podrá hablarse de antijuridicidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción (Muñoz Conde, 2004: 66).

La jurisprudencia de la Corte Suprema en numerosos pronunciamientos ha declarado que la antijuridicidad formal es insuficiente para la sanción de quien ejecuta los actos tipificados en el artículo 4 de la Ley 20.000, requiriendo además justificar la antijuridicidad material de la conducta, en este caso, un real riesgo del bien jurídico salud pública, considerando que esa antijuridicidad material no está presente si no se demuestra con la determinación del grado de pureza, que la sustancia tiene la aptitud para ocasionar los efectos tóxicos o daños a la salud que demanda el artículo 1 al que se remite el artículo 4,¹⁶ o si no se prueba la pureza de la planta de cannabis sativa.¹⁷ Estos pronunciamientos, aun

16 Un listado y análisis de esos fallos en el período 2016 a 2018, en Rodríguez (2019: 80-101). También, sobre esta materia, Castro (2012: 131-146), Hrzic (2013: 107-118), Peña (2013: 119-125), Winter (2016: 200 y 201) y Oxman (2017: 67-85), quien señala en la pág. 76, que el delito de microtráfico solo requiere la realización de una acción riesgosa que crea un peligro abstracto de involucrar a otro en un contexto de tráfico, con independencia de si la misma conducta produce o no el citado estado de ofensividad material entendido como potencialidad lesiva de la sustancia. Ni en sus pronunciamientos anteriores ni en los más recientes la Corte Suprema ha requerido la demostración de pureza de la droga en el delito de tráfico del artículo 3 de la Ley 20.000, expresando que «la pureza de la sustancia traficada no es una exigencia del tipo penal, desde que lo que basta para encontrarnos ante una sustancia prohibida es que esta sea productora de dependencia física o química, sea o no capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, y que se encuentre incorporada en el reglamento de la ley», véase Corte Suprema, rol 59.013-16, del 18 de octubre de 2016; Corte Suprema, rol 83.390-16, del 12 de diciembre de 2016; Corte Suprema, rol 2.985-17, del 16 de marzo de 2017; Corte Suprema, rol 15.611-17, del 20 de junio de 2017; Corte Suprema, rol 24.860-17, del 24 de julio de 2017; Corte Suprema, rol 41.779-17, del 18 de diciembre de 2017; Corte Suprema, rol 45.639-17, del 6 de febrero de 2018; Corte Suprema, rol 15.145-18, del 21 de agosto de 2018; y Corte Suprema, rol 26.100-18, del 10 de diciembre de 2018.

17 En el caso del artículo 8 de la Ley 20.000, salvo algunos fallos aislados, la Corte Suprema no ha requerido demostrar la «pureza» de la planta, declarando en Corte Suprema, rol 24.869-2017, del 18 de julio de 2017, que «la presencia de los principios activos de la sustancia de rigor es suficiente para calificarla como aquellas que constituyen el objeto material del delito de cultivo». Véanse también Corte Suprema, rol 41.412-2017, del 29 de noviembre de 2017; Corte Suprema, rol 23.005-2018, del 5 de noviembre de 2018; Corte Suprema, rol 29.118-2019, del 6 de enero de 2020, y Corte

cuando no desconocen el carácter colectivo del bien jurídico protegido, suponen conectar la salud pública con la individual de los miembros de la comunidad, vinculando el riesgo relevante y la consiguiente tipicidad de la conducta, con la idoneidad de esta para incidir en las funciones sicofísicas de las personas.¹⁸

En el último período, empero, las decisiones del máximo tribunal han ido uniformemente en sentido contrario, declarando que la acreditación de esos aspectos no es indispensable para la punibilidad del delito de microtráfico.¹⁹ Empero, la Corte Suprema ha ampliado el análisis de la concurrencia de antijuridicidad material a otros aspectos de la conducta del microtráfico, en particular, descartando la creación de un riesgo de difusión incontrolable por quien intenta proporcionar a un familiar, detenido en un centro de reclusión, una baja cantidad de droga. Así resolvió que

la cannabis sativa incautada, ascendente a 2,1 gramos, estaba destinada al consumo de un único interno, su cónyuge, en atención a la cantidad de droga y al destinatario de la encomienda [...] En consecuencia, no se ha asentado que se trate de una cantidad de droga que pueda ser destinada a un número elevado o al menos relevante de individuos y por un extenso período [...] Por ende, al no dar los jueces del grado por ciertas estas circunstancias u otras análogas, no es posible afirmar que la conducta de la acusada [...] haya tenido siquiera la posibilidad de constituir

Suprema, rol 29.948-2019, del 24 de febrero de 2020. Un estudio crítico de uno de esos fallos que requieren la prueba de la pureza de la planta, en Rodríguez (2021: 67-84).

18 Medina (2016: 256) cuestiona el carácter de bien jurídico de la idea de salud pública, afirmando que esta no es un concepto que pueda ser construido sino como la sumatoria acumulada de la salud individual de un número significativo de individuos, pues el que la cantidad de sujetos sea considerable o indeterminada no cambia cualitativamente la idea de que la salud no es más que un estado predicable respecto de entes biológicos concretos y no de un abstracto constructo social desligado de los sujetos individuales. En la misma línea, Winter (2016: 200).

19 Oxman (2017: 72 y 73) señala que dada la naturaleza de esta figura no puede pretenderse un examen ex post sobre la base de la acreditación de un peligro real y efectivo, en términos de probabilidad o posibilidad cierta de la sustancia ilícita de ser nociva (expresado este punto en términos de exigencia de pureza), porque ello supondría desnaturalizar los tipos de peligro abstracto y convertirlos en delitos de peligro concreto para la salud individual. Castro (2021: 80), por su lado, afirma que el daño al bien jurídico se provoca cada vez que se encuentra presente el principio activo de una sustancia, con independencia del grado de pureza que posea.

un riesgo para la salud pública que se protege en el artículo 4 de la Ley 20.000, por lo que la puesta en peligro del bien jurídico protegido no concurre en este caso.²⁰

En este orden, tratándose de cantidades realmente ínfimas del producto —sin que haya antecedentes de una división—, no tendrán ninguna relevancia en la medida en que su consumo individual no pueda generar en sí mismo ninguno de los efectos esperados y latentes de la sustancia (casos en que ni siquiera estamos ante la figura de consumo personal) (Winter, 2016: 200). En estas hipótesis, si bien corresponde a una conducta típica dado el modelo nominal ya explicado, puede descartarse su antijuridicidad material, ya que carece de la idoneidad para afectar la salud individual de algún miembro del colectivo.²¹

Por tanto, aun de ejecutarse en la vía pública o en lugar abierto al público, el consumidor que sin dedicarse al tráfico, porta una cantidad de droga que puede calificarse para un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo y, en un hecho aislado y casual, la comparte gratuitamente con un tercero determinado y conocido predispuesto de antemano al consumo, esa acción resulta más próxima a la falta de tenencia o porte del artículo 50 que al delito de microtráfico y, por consiguiente, debe ser sancionada conforme a la primera, desde que el riesgo de difusión incontrolable que reprime la segunda está ausente, apreciándose solo una sensibilización del bien jurídico por la facilitación del consumo de ese tercero que bien podría haber realizado el mismo facilitador bajo la sanción de la falta.

Por último, los principios del Derecho Penal, como los de exclusiva protección de bienes jurídicos, insignificancia, lesividad (nocividad u ofensividad), mínima intervención y proporcionalidad, que se pueden considerar para racionalizar los límites de la intervención punitiva y concluir la ausencia de antijuridicidad material de una conducta de tráfico, igualmente pueden emplearse como elementos de interpretación que restringen las acciones descritas de modo abstracto y general en el

20 Corte Suprema, rol 25.388-21, del 5 de julio de 2021. Expone la evolución de la jurisprudencia española respecto a entregas gratuitas a familiares internos en centros penitenciarios, Montero La Rubia (2007: 27 y 28).

21 Sobre los conceptos de dosis mínima psicoactiva y dosis de abuso, desarrollados por la jurisprudencia española, y su relación con el principio de insignificancia, véase Frieyro (2017: 257 y ss.).

tipo penal, de modo de calificar la enjuiciada en concreto como «atípica», por no ser idónea para lesionar el bien jurídico protegido, ya que en definitiva solo el ataque a este justificaría la descripción de la acción típica.

Culpabilidad

En lo tocante a la culpabilidad, esto es, la capacidad del individuo para sentirse motivado por la norma (Muñoz Conde, 2004: 103), resultan aplicables las categorías y exculpantes propias de la parte general, sin que la Ley 20.000 prevea normas especiales al respecto. Por lo anterior, abordaremos aquí únicamente dos situaciones de cierta complejidad.

Privación total de razón por cualquier causa independiente de la voluntad (artículo 10 núm. 1 del Código Penal)

Por la *actio libera in causa* se mira también como imputable al sujeto que al tiempo de cometer sus actos no lo era, pero sí en el momento «en que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica» (Muñoz Conde, 2004: 117), lo que generalmente llevará en la clase de delitos en estudio a descartar la concurrencia de la causal de inimputabilidad prevista en el artículo 10 núm. 1 del Código Penal, en su modalidad de encontrarse el imputado al momento de la comisión del ilícito en un estado de privación total de razón por causa independiente de su voluntad, alegada por quien consume voluntariamente drogas para cometer otro delito bajo el efecto estimulante y desinhibidor de estas.

Con todo, no puede descartarse que dicha causal de inimputabilidad pueda presentarse, como en quien, producto de las graves secuelas de una severa y dilatada adicción puede calificarse como privado de razón por causa independiente de su voluntad²² y, durante ese estado, a fin de

22 Lema (2019: 484) explica que no debe excluirse la «independencia» a que alude el artículo 10 núm. 1 del Código Penal, porque el consumo que origina la adicción sea voluntario, pues la independencia debe revisarse desde el prisma de la capacidad de autocontrol del sujeto, con relación a lograr autodeterminar su propia voluntad conforme a derecho en el momento concreto de la ocurrencia de los hechos. Dicho de otra manera, debe estudiarse si es que la adicción se vuelve independiente del consumo voluntario, controlando la voluntad del sujeto, interfiriendo en las motivaciones del sujeto en orden a su obtención de droga a consumir.

procurarse más droga para continuar el consumo, comete algún delito prescrito en la Ley 20.000 u otro, como se ha decidido en algunos pronunciamientos.²³

Error de prohibición

No corresponderá a un error de prohibición excluyente de la conciencia de ilicitud y, por ende, de culpabilidad, el ignorar la precisa inclusión de las sustancias estupefacientes y sicotrópicas sobre las que recae la conducta en alguno de los listados de los artículos 1 y 2 del Reglamento D. S. 867, si se sabe o puede saber que se trata de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, cuya inducción, promoción o facilitación la ley prohíbe (véase error de tipo sobre el objeto material), pues es de ese universo, que el Reglamento limita la sanción a las conductas recaídas solo en las sustancias que contienen sus listados.

²³ Corte de Apelaciones de Concepción, rol 969-19, del 10 de diciembre de 2019, que absuelve del delito de microtráfico, siendo un hecho establecido y probado en la causa que el actor padece de una adicción severa a la cocaína, y que al momento de la ocurrencia de los hechos se encontraba bajo los efectos de dicha droga.

Capítulo 7

Autoría y participación en el delito de tráfico de drogas

Autoría

En atención a la amplitud con que se configura el tipo legal de tráfico bajo la fórmula de promover, inducir o facilitar del uso o consumo de drogas ilegales, y «por cualquier medio» (inciso primero, artículo 3, Ley 20.000) la diferenciación entre autoría y participación es particularmente compleja.¹

Asimismo, las denominadas hipótesis o presunciones de tráfico (inciso segundo, artículo 3) conforman una multiplicidad de comportamientos alternativos que conforme al artículo 15 números 1 y 3, importan todas ellas formas de coautoría.

Por ello, si analizamos el artículo 15 de nuestro Código Penal, podemos concluir que cualquier persona que ejecute dolosamente un acto de favorecimiento, inducción o promoción de tráfico de drogas podrá ser considerada autor, puesto que ejecuta un acto expresamente previsto en el artículo 3. De ser así, resulta difícil interpretar la intervención en un delito de tráfico que pueda ser calificado como complicidad, sin que a la vez constituya favorecimiento, inducción o promoción del artículo 3 inciso primero de la Ley 20.000, y, por lo tanto, de autoría.

A igual conclusión podría arribarse del examen de los verbos rectores contenidos en el artículo 4 al sancionar el delito de microtráfico, porque la «facilitación a cualquier título» de pequeñas cantidades de droga con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro, considerando además las demás conductas que describe —posesión, transporte, guarda, porte, adquisición, transferencia y suministro—, engloba prácticamente cualquier cooperación por actos anteriores o simultáneos al microtráfico que, tratándose de otra figura, se consideraría como complicidad.

¹ Corte Suprema, rol 4.492-22 del 10 de junio de 2022, conductas de transportar, guardar y comercializar no son accesorias, son de autoría.

Sobre la calidad del sujeto activo, Matus y Ramírez sostienen que

el autor de este delito es indeterminado, no importando la calidad de quien lo comete sino como circunstancia agravante de la letra d) del artículo 19, esto es, si el delito se cometiere por funcionarios públicos aprovechándose de su investidura o de las funciones que desempeñan. Por la misma razón, la calidad de consumidor o de adicto a las sustancias cuyo tráfico se prohíbe no excluye por sí misma la comisión del delito que se trata (SCS 17.5.1993, GJ 155, 88), pero permite sentar una base para presumir, si concurren otros elementos de juicio —como una escasa cantidad decomisada, la ausencia de otra prueba del tráfico, etcétera— que la droga de que se trata está destinada al consumo personal y próximo en el tiempo, lo que excluye los delitos de microtráfico (2021: 466).

El autor mediato en el delito de tráfico de drogas

Es autor mediato quien comete el hecho punible por medio de otro, un intermediario, un instrumento humano.

En sentido figurado, el autor mediato se sirve de otras manos para la comisión de su propio hecho. Lo característico de la autoría mediata es la posición subordinada del intermediario con base en razones fácticas o jurídicas (denominada déficit) y el rol dominante del hombre de atrás, quien es el que, en realidad, controla la situación y posee en sus manos el acontecer global, en virtud de su voluntad orientada de acuerdo con el plan (Wessels, Werner y Helmut, 2018: 374).

En el delito de tráfico ilícito de drogas podríamos estar ante la concepción de autoría mediata en el caso de utilización de inimputables para la venta de drogas. En otros casos, podría ocurrir que quien ejecuta materialmente el delito lo haga determinado por un engaño o error, ignorando que está cometiendo un acto ilícito, tal sería el caso de sujetos que son utilizados para el transporte de la droga, sobre quienes nos detendremos a continuación.

Tesis subjetiva de la autoría: Ignorancia deliberada en el tráfico ilícito de drogas

La doctrina de la ignorancia deliberada, también llamada «ceguera ante los hechos», «ignorancia intencional» y «desconocimiento provocado», nace en el siglo XIX, en el derecho angloamericano bajo la denominación de la *willful blindness*.

Pese a que en la actualidad, en el derecho continental, se ha verificado un interesante debate académico, en nuestro país, poco se ha discutido acerca de esta figura, careciendo por consiguiente de desarrollo dogmático y jurisprudencial. Ello podría deberse a que el «dolo eventual» resuelve en gran medida aquellas situaciones en que el sujeto se coloca en una situación de desconocimiento intencional sobre el tipo penal. Vale decir, y tal como lo refiere la primera sentencia española que menciona a la ignorancia deliberada, ello se traduce en «no querer saber aquello que puede y debe conocerse».² Sin embargo, según lo que trataremos, observamos diferencias entre la situación interna de indiferencia «a secas» ante el resultado típico que se presenta en el dolo eventual, y la indiferencia que se aprecia en la doctrina de la ignorancia deliberada.

Para Ragués, cuatro serían los elementos que conformarían la concepción jurídica de esta figura:

- Ausencia de representación suficiente: es necesario que el sujeto activo al momento de realizar la acción u omisión típica no cuente con los conocimientos que permitirían aseverar que ha actuado con el grado de representación exigida por el dolo.
- Capacidad de obtener la información ignorada: aquí se trata de aquella información que está al alcance del sujeto activo. Husak y Callender (Ragués, 2008: 140)³ refieren al respecto que es necesario que el sujeto hubiera podido obtener la información que ha evitado conocer, por medios fiables, rápidos y ordinarios. Ahora bien, la capacidad de obtener la información debe mantenerse durante la realización de la acción u omisión típicas.

² TS español número 16-00, del 10 de enero de 2000.

³ Una de las obras más importantes en relación con la *willful blindness*, es aquella publicada en 1994 por los profesores estadounidenses Douglas Husak y Craig Callender, quienes entregan los elementos que definen las situaciones que pueden ser consideradas dentro del concepto de ignorancia deliberada.

- Deber de obtener la información ignorada: es forzoso que exista un deber de conocer lo que se ha ignorado, sin que sea necesario que se incumpla un deber específico (principio de culpabilidad).
- Decisión de no conocer: la falta de representación debe haber sido ocasionada por una resolución del sujeto activo.

De esta manera, se encuentra en una situación de ignorancia deliberada el sujeto «que pudiendo y debiendo conocer determinadas circunstancias penalmente relevantes de su conducta, toma deliberada o conscientemente la decisión de mantenerse en la ignorancia con respecto a ellas» (Ragués, 2008: 158).

Hasta aquí, sin perjuicio de compartir y entronizar la elaboración del profesor Ragués en torno a los elementos integrantes de las situaciones que pudieran dar lugar a casos de ignorancia deliberada, es menester agregar, según nuestra postura frente al tema, un quinto elemento:

- Indiferencia grave ante la puesta en peligro del bien jurídico protegido o resultado lesivo:⁴ en atención a que el sujeto activo no desiste de la conducta, demostrando de esta forma una «indiferencia importante» hacia el bien jurídico finalmente afectado.

La adición de este último extremo permite equiparar los casos de ignorancia deliberada a los supuestos de conocimiento y, de ese modo, explicar las situaciones concretas en que la intención de desconocer se opone a la imprudencia como título de imputación.

Casos de ignorancia deliberada según Ragués⁵

Ignorancia atribuible a la voluntad de evitarse complicaciones. Si bien es cierto que este supuesto aparece tratado entre aquellos de ignorancia deliberada «por pereza del sujeto activo o para evitarse complicaciones», no es equiparable a una actuación con dolo eventual. El autor así lo concluye citando un ejemplo: un conductor que, pese a notar algo extraño en el sistema de frenado, decide no acudir al taller, y en su lugar prioriza descansar en su hogar.

Ignorancia atribuible a razones de eficacia. Al igual que en la situación anterior, no se aprecia un grado de indiferencia asimilable a la propia del dolo eventual. Tal sería el caso del alcalde que firma sin revisar los

⁴ En relación con el dolo sin intención, véase a Van Weezel (2021: 190-209).

⁵ Ragués (2008: 183-193).

detalles de numerosas resoluciones. No habría razón para sospechar de la existencia de una resolución gravemente arbitraria.

Ignorancia debido a la falta de confianza en obtener información. Se trata de aquel sujeto que renuncia a investigar por no confiar en obtener la información que necesita. El autor cita el caso del testafierro que decide aceptar el cargo de administrador de una sociedad, a cambio de dinero, y que no realiza averiguaciones acerca de la sociedad, como tampoco consulta al contratante el objeto de la misma, pues está seguro de que no obtendrá la verdad de este. El sujeto posee conocimientos previos, en este supuesto, que movería a cualquier persona a no aceptar el encargo, para no cometer una ilicitud. En segundo lugar, la decisión se mantiene durante un tiempo no insignificante y, por último, el sujeto se beneficia económicamente sin asumir riesgos propios, y cuenta con una defensa: alegar la falta de conocimiento. Pese a que el sujeto no disponía de los conocimientos que le faltaban, al concurrir los restantes elementos de la ignorancia deliberada, este caso debería ser valorado como manifestación de una grave indiferencia equiparable a los supuestos de dolo eventual.

Ignorancia como resultado de una estrategia para eludir posibles responsabilidades. Un último caso es «del sujeto que renuncia a adquirir determinada información para así contar con una alegación que le exonere de responsabilidad si llega a infringir alguna norma o lesionar algún interés valioso socialmente» (Ragués, 2008: 191). Así, por ejemplo, nos encontramos con el directivo que dispone una estructura que impide que le llegue información que pueda ser perjudicial para él. Se trata de un ejemplo claro de indiferencia grave, equiparable al dolo, pues existen conocimientos iniciales que justifican la decisión de no querer informarse acerca de una determinada actuación ilícita; el tiempo de este «no querer saber» no es breve, y finalmente el sujeto obtiene la ventaja de alegar ignorancia en el caso de ser investigado por sus actos lesivos.

El citado autor formula, como conclusión, los casos de ignorancia deliberada que merecen el tratamiento del dolo:

El sujeto que realiza una conducta objetivamente típica sin representarse que concurren en ella los concretos elementos de un tipo legal, pero sospechando que está actuando de manera potencialmente lesiva para algún interés ajeno y que, pudiendo desistir de tal conducta, prefiere realizarla manteniéndose deliberada o conscientemente en una igno-

rancia prolongada en el tiempo como medio para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidades, muestra un grado de indiferencia hacia el interés lesionado no inferior al del delincuente doloso-eventual y, en términos preventivos, merece la misma pena que este (Ragués, 2008: 192 y 193).

Casos de ignorancia deliberada en el tráfico ilícito de drogas

En atención al grado de desarrollo jurisprudencial que ha tenido la ignorancia deliberada en España, revisaremos algunos fallos del Tribunal Supremo en casos de narcotráfico (Oxman, 2014: 385-404).

El acusado por el delito de tráfico de drogas argumenta desconocer el contenido de los envases que transporta. Sentencia del 4 de julio de 2002. Para este tipo de casos, se sostuvo que la ignorancia deliberada es doctrina consolidada en la Segunda Sala. El Tribunal consideró que este planteamiento se basa en la «teoría del asentimiento», «que viene a centrar la esencia del dolo eventual en que el agente, si bien desconoce en todos sus detalles el acto ilícito penal en el que se encuentra involucrado, lo asume en la medida que acepta todas las consecuencias de su ilícito actuar» (Ragués, 2008: 30, comillas en el original).

En el mismo sentido podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo, del 30 de septiembre de 2006, en la que se argumenta en términos de indiferencia por parte del sujeto activo:

Con base en todos estos indicios directos, acreditados e interrelacionados entre sí, el Tribunal llegó a la conclusión de que el recurrente era conocedor del contenido de la sustancia que transportaba, máxime porque no ha dado ninguna explicación razonable que pudiera desvirtuar de alguna manera tales indicios y debe recordarse que, en general, ya se opere con la teoría de la ignorancia deliberada que no exime de responsabilidad a quien pudiendo y debiendo conocer algo, no lo conoce y, sin embargo, presta su colaboración o bien por la teoría de la indiferencia, en la que al agente le resulta absolutamente indiferente cuál sea el resultado de la acción, continuando también con su actividad. En uno u otro caso se está en presencia al menos del dolo eventual que es suficiente para estimar al recurrente como autor del delito por el que ha sido condenado (Ragués, 2008: 30-31).

La acusada por el delito de tráfico de drogas, acepta el encargo de depositar droga en un determinado lugar a cambio de dinero. Sentencia del 20 de marzo de 2003. Este caso es el de una mujer que por encargo de un sujeto y a cambio de dinero accede a depositar ante una tumba un ramo de flores que contenía oculto un paquete de droga, para ser recogida por terceros. El tribunal argumenta

es evidente que la aceptación del encargo en tales condiciones dichas por la recurrente proclamaría el conocimiento de la realidad de lo que se ocultaba en su interior, de acuerdo con el principio de ignorancia deliberada, según el cual quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierta no puede alegar ignorancia alguna, y, por el contrario, debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar (Ragués, 2008: 33).

En síntesis, podemos mostrar diferentes situaciones de transporte de droga, con distintas alegaciones de desconocimiento, en los que el Tribunal en definitiva considera concurrente la doctrina de la ignorancia deliberada, a saber:

- Sujeto acepta el cargo de administrador de una sociedad siendo conocedor que esta podría trasladar droga, pero ante una incautación de drogas, alega desconocer que se trataba de cocaína. Sentencia del 16 de octubre de 2000.
- Sujeto alega desconocer la cantidad de droga transportada. Sentencia del 22 de mayo de 2002.
- Sujeto accede a trasladar una maleta con droga, y en su defensa manifiesta desconocer el contenido de esta. Sentencia del 22 de julio de 2002.
- Sujeto detenido cuando transportaba droga y que afirma creer que estaba trasladando dinero producto de lavado de activos. Sentencia del 30 abril de 2003.

En resumen, pensemos en un hombre promedio, capaz de sospechar la creación de un riesgo idóneo, en que hay información disponible y que, sin embargo, ha decidido intencionadamente «no saber» de manera persistente. La conclusión natural a la que podemos llegar es que esta conducta, a efectos punitivos, debería ser sancionada como dolosa. En consecuencia, es dable señalar que concordamos con la premisa sobre la cual descansa la jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo español

en el sentido de que la «provocación del desconocimiento equivaldría al conocimiento actual».

En la práctica, son múltiples las situaciones de ignorancia deliberada que podríamos considerar en las diversas infracciones a la ley de drogas.⁶ Mencionamos en el punto anterior, básicamente, casos de transporte de droga, en los cuales el acusado alega desconocimiento, sea de la misma sustancia ilícita, de su cantidad o naturaleza, en estos dos últimos casos, con el objetivo de obtener la imposición una pena morigerada.

Será, por lo tanto, una cuestión probatoria, teniendo en cuenta los elementos del concepto jurídico penal de la ignorancia deliberada, determinar si estamos ante este tipo de casos, cuya sanción, de *lege lata*, sería a título de dolo eventual.

Participación: Complicidad y encubrimiento

Los tipos penales de tráfico están contruidos a través de una descripción amplia bajo la fórmula de «facilitar, inducir y promover», conteniéndose asimismo una multiplicidad de verbos rectores o hipótesis comisivas de tráfico,⁷ lo que hace difícil la diferenciación entre las distintas formas de contribución a la realización del ilícito, produciéndose una ampliación para apreciar la autoría, y no así la participación a título de cómplice o encubridor.

Similar construcción legislativa la encontramos en el Código Penal español, cuya conducta típica consiste en promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas.

El comportamiento definido como delito está descrito, como fácilmente puede apreciarse, de forma sumamente extensa y, pese a todo, tales actos de promoción, favorecimiento o facilitación no constituyen los únicos previstos y penados en el artículo 368:⁸ también se describe

6 Al respecto, véase Rebolledo (2011: 159-161).

7 Parte de la doctrina ha entendido que el delito de tráfico ilícito de drogas en sentido estricto que sanciona el inciso segundo del artículo 3 de la Ley 20.000 está contruido sobre la base de presunciones de tráfico de forma tal que dichas conductas (importar, exportar, transportar, adquirir, transferir, sustraer, poseer, suministrar, guardar o portar consigo) hacen presumir la destinación de las sustancias al tráfico ilícito. Así, Matus y Ramírez (2021: 493 y 494).

8 Artículo 368, Código Penal español, de 1995: «Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o las posean con

como constitutiva de delito «la posesión de dichas sustancias», exigiéndose entonces que tal posesión lo sea «con aquellos fines». El legislador adelanta en este segundo caso la línea punitiva respecto a la trazada por aquellos comportamientos: aun no pudiendo adjetivarse la posesión como acto de promoción, favorecimiento o facilitación, será punible si está destinada a transformarse en uno de ellos (Quintero, 2016: 1.453).

De esta forma, el concepto extensivo de autor es admitido por el Tribunal Supremo español,⁹ según el cual, al sancionarse «en el delito del artículo 368 del Código Penal [...] dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto», se «ha definido un concepto extensivo de autor». Por ello, sigue diciendo la mentada sentencia,

la doctrina de esta Sala [...] ha establecido el criterio según el cual, y como regla general, en el tipo delictivo del artículo 368 del Código Penal, y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con esta las formas imperfectas de participación por la propia Ley.

En el mismo sentido, podemos citar los siguientes pronunciamientos: «En los delitos de tráfico de drogas, todos los que se concertaron para la operación, cualquiera que sea la actividad desarrollada de los autores; toda persona que colabora en el tráfico o difusión de la droga, con conocimiento de dicha conducta, se convierte en coautor del delito». El artículo 368 del Código Penal ha definido, en efecto, un concepto extensivo de autor que alcanza

a todos los que ostentan el dominio del hecho dentro de la acción conjunta planeada (STS 10.3.2003), de modo que el acuerdo previo para la venta o distribución de la droga convierte en autores a todos los con-

aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370».

⁹ TS español número 821-12, del 31 octubre de 2012, y Quintero (2016: 1.453).

certados. La división de trabajo no requiere la realización personal y material de todas las partes del hecho delictivo dentro de esa planificada ejecución conjunta (STS 6.3.98 y 30.11.2001).¹⁰

Penalizados por el artículo 368 del Código Penal todos los comportamientos que suponen aportación causal, a la actividad de los autores en sentido estricto, contiene aquel precepto un concepto extensivo de autor en cuya virtud, como regla general, «y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con esta las formas imperfectas de participación por la propia Ley».¹¹

Ahora bien, teniendo presente lo ya señalado, en los siguientes acápi-tes citaremos doctrina jurisprudencial nacional, acerca de la participación punible en calidad de cómplice.

Así, la Corte de Apelaciones de Antofagasta ha declarado, rechazando recalificar la participación en calidad de cómplice, que la conducta desplegada por la acusada estuvo dirigida a una actuación inmediata y directa, a fin de lograr el objetivo final que era el transporte de la droga, permitiendo el traslado de la misma en el vehículo por ella arrendado, ayudando a ocultar la droga, usando a sus hijos para lograrlo, todo ello, implica una conducta que va más allá de una cooperación a la ejecución de un hecho ajeno.¹²

La Corte Suprema descartando la complicidad manifiesta que, la ale-

¹⁰ TS español número 1001-06, del 18 de octubre de 2006.

¹¹ TS español número 312-11, del 29 de abril de 2011.

¹² Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 24-01 Ref., del 10 de marzo de 2010. Anteriormente, rechazando asimismo complicidad, Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 83-08, del 2 de mayo de 2008: «7.º Que es así, en el considerando undécimo el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, reflexionó en forma circunstanciada respecto a la exculpación de la acusada Patricia Miranda, en cuanto los coimputados pretenden situarla ajena al ilícito, aduciendo que resultaba contradictorio lo sostenido por ella, en cuanto a que la ruta que tomó el vehículo conducido por su tío y donde se portaba la droga, no era precisamente la ciudad de Calama donde presumiblemente se dirigía a conocer unos familiares, sino al sur del país, ya que fue detenida en “La Negra” junto a los otros imputados, sin que resulte atendible racionalmente que ignorase que el objetivo del viaje era el transporte de la droga en su propio vehículo, más aún si ella misma portaba una dosis de clorhidrato de cocaína en su ropa interior, no pudiendo estimarse por lo mismo, como lo sostiene su defensa, que le asista participación en calidad de cómplice en el ilícito investigado».

gación relativa a que la droga pertenecía a otra persona, no convierte a su defendido en cómplice puesto que la acción realizada por este supone un acto de tráfico en cuanto facilita el consumo de drogas ilícitas, asumiendo el rol de detentador de la sustancia tóxica, entre tanto otros deciden su destino, dado que, por ejemplo, mientras esta última operación se produce, la sustancia tóxica está a resguardo de hipotéticas investigaciones policiales, constituyendo su accionar una forma o modalidad de cooperación necesaria para el fin del delito afectando definitivamente la salud pública, incluyéndose en tal caso, su conducta, con todo merecimiento en el artículo 15 del Código Penal.¹³

A su turno, Matus y Ramírez sostienen que

la jurisprudencia, sobre la base de afirmar que las amplias modalidades del delito de tráfico no alteran las reglas generales de la participación, ha concebido como autor de estos delitos no a cualquiera que toma parte en la ejecución inmediata y directa de los hechos que se trata, sino solo a quienes de ellos tienen el poder de disposición sobre las sustancias traficadas o de decisión sobre los actos ejecutados, abriendo un espacio para aplicar la pena rebajada en un grado del que, según el artículo 51 del Código Penal, corresponde al cómplice de un crimen o simple delito, a quienes, sin tener ese poder de disposición o de decisión sobre las sustancias de que se tratan, cooperan a la ejecución de los hechos punibles por actos anteriores o simultáneos (SCA Valparaíso 28.1.1994, GJ 163, 89 y SCA Coyhaique 30.6.2012, RLJ 575). Así, se ha calificado como cómplice a quien guarda u oculta una cantidad de sustancia a pedido de un tercero que actúa sobre ellas con ánimo de señor y dueño (SCS 18.8.1992, RDJ LXXXIX, 113), siempre que el acto de guardar no pueda considerarse parte de una separación del trabajo, donde por el rol que realiza el agente toma parte inmediata y directa en un hecho sobre el que tiene poder de decisión (SCS 6.9.1995, RDJ XCII, 252).

Y aun se admite el encubrimiento, en los casos de quien sin conocimiento de la naturaleza de la sustancia que guardaba a un tercero, descubre esta posteriormente (SCS 9.8.1994, GJ 170, 94), y del que «se limitó a ocultar los efectos o instrumentos del delito, con posterioridad a su perpetración» (SCS 16.3.1995, FM 434, 1157) (2021: 480 y 481).

Ahora bien, mencionando nuevamente la doctrina jurisprudencial española (Quintero, 2016: 1.454-1.456) sin perjuicio de haberse elabora-

¹³ Corte Suprema, rol 2.270-08, del 30 de junio de 2008.

do un concepto extensivo de autor, conforme lo explicado anteriormente, ello obedece a un criterio teórico, pues desde uno práctico, sí se ha diferenciado la autoría de la participación, en particular la complicidad. Las tres sentencias citadas abordan la complicidad, sin embargo, nos referiremos a la STS 821/2012, ya comentada, que declara en relación con el concepto extensivo de autor:

No excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino. Este criterio ha sido asumido y declarado en numerosas resoluciones de esta Sala, que ponen de manifiesto «la aplicación de la complicidad». El Tribunal Supremo se refiere a los «actos de favorecimiento» al favorecedor del tráfico, que no ayudan directamente al tráfico, pero sí a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría.

Algunos ejemplos de complicidad los entrega la sentencia STS 312/2007:

- El mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores.
- La ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía.
- Facilitar el teléfono del suministrador e indicar el precio de la droga.

Como bien señala Ramón Ribas,

no le falta razón al Tribunal Supremo: en realidad, todos los actos calificados como *complicidad* en un delito de tráfico de drogas por nuestros jueces y tribunales son, obviamente, actos de favorecimiento, facilitación o promoción del consumo ilegal de drogas, por lo que ha sido una doctrina absolutamente voluntarista, y excepcional de dicho órgano judicial la que ha permitido atenuar, mediante aquella calificación, en determinados casos, las graves penas previstas en los artículos 368 y siguientes del Código Penal (Quintero, 2016: 1.456).

Capítulo 8

Concursos de delitos

La actividad criminal relacionada con el tráfico de drogas comúnmente se desarrolla mediante la integración de las distintas etapas de su ciclo, desde su producción, internación al país, traslado, distribución y venta y, por ende, un agente puede ejecutar una o varias conductas durante esas distintas etapas que, consideradas aisladamente, constituyen alguna modalidad del tráfico de drogas como antes hemos explicado, dando lugar a concursos de delitos que deben ser resueltos principalmente a la luz de la prohibición de exceso o redundancia, que hay detrás del principio *non bis in idem*.

Pluralidad de acciones subsumibles en delitos de microtráfico y tráfico

El delito de tráfico de drogas, tanto en sentido amplio como estricto, es uno de aquellos que la doctrina denomina de emprendimiento,

donde distintas conductas que pueden realizarse en diferentes momentos aparecen como modalidades independientes de una misma actividad compuesta de una serie indeterminada de acciones, iniciadas o no por el autor, y en las que este participa una y otra vez. El criterio de unificación aquí es la identidad subjetiva del autor que opera dentro de una empresa criminal existente o iniciada por él. Aquí, la pluralidad de realizaciones típicas, aunque se encuentren separadas espacial y temporalmente, constituyen un único delito.¹

¹ Corte Suprema, rol 4.689-17, del 20 de marzo de 2017, en la que el máximo tribunal cita el texto de Matus (2002: 387). Véanse también, Corte Suprema, rol 6-02, del 9 de mayo de 2002, y Corte Suprema, rol 14.046-15, del 27 de octubre de 2015. En Corte Suprema, rol 7.485-08, del 21 de octubre de 2009, se rechaza la casación contra el fallo que establece que el acusado se dedicaba a la comercialización de pasta base de cocaína a lo menos desde el 11 de noviembre de 2004, siendo detenido el 4 de julio de 2005 portando clorhidrato de cocaína, lo que el juez de la instancia calificó como delito de tráfico de estupefacientes descrito en el artículo 5 de la Ley 19.366 y, considerándolo como delito de emprendimiento iniciado antes de la derogación

Consecuencia de lo anterior, no puede considerarse como autor de varios delitos de tráfico a quien ha participado en una misma empresa criminal, so pena de infringir el principio de *non bis in idem*.² Así, «no podría sancionarse separadamente la posesión y venta» porque «si bien ambas acciones individualmente consideradas son constitutivas de tráfico, constituyen un único delito de esa naturaleza».³

No resulta justificada, como se sugiere en alguna sentencia,⁴ la restricción de la figura de emprendimiento únicamente a aquellos ilícitos en «que una misma actividad delictual satisfaga, a la vez, los requerimientos de más de un verbo rector», como la posesión y la transferencia de droga, lo que reduciría su campo de aplicación a aquellos casos en

de ese cuerpo legal (16 de febrero de 2005), ajustó a este su calificación y sanción. Se califica de la misma manera en Matus y Ramírez (2019: 474) y Mañalich (2004a: 350), quienes expresan que puede resultar plausible la comprensión como delito de emprendimiento «impropio», esto es, de aquellos cuya acción se describe como un verbo final. Rettig (2013: 65 y 80) adhiere a la categorización como delito de emprendimiento, sin embargo, en páginas 74, 75 y 81, añade que en el delito de tráfico existen conductas propias de un delito permanente, como las señaladas en el inciso primero del artículo 4 de la Ley 20.000, por cuanto la consumación se prolonga en el tiempo por la voluntad del propio sujeto activo al no cesar este en su actividad antijurídica. Del mismo modo, en STS español número 16/2009, del 27 de enero, citada por Frieyro (2017: 542), se señala que «el delito de tenencia de drogas para el tráfico es generalmente considerado por la jurisprudencia como permanente con base en su naturaleza de peligro abstracto, por lo que la lesión del bien jurídico persiste aun después de la consumación, admitiéndose la participación posterior, dado que la consumación se prolonga en un período o fase consumativa, el tipo continúa realizándose, dando así lugar tanto a la posibilidad de autoría como de participación». González (2010: 49), en cambio, plantea que el delito de microtráfico es un delito continuado, desde que una persona puede haber incurrido en varias de las conductas del artículo 4, pero cada una de ellas no constituye un delito diferente de microtráfico, sino que uno solo, pues se trata de una pluralidad de acciones realizadas por un sujeto único que se encuentran ideológicamente conectadas, criterio aceptado aisladamente en Corte Suprema, «Orozco Prada, Edgardo», del 8 de agosto de 1995, al señalar que «no obstante que los efectos del delito pueden haberse extendido a diversos países y territorios jurisdiccionales, ello no afecta al hecho de que se ha cometido un solo delito, en carácter de continuado, dado que, según la representación del autor, es obvio que un tráfico internacional de drogas es un delito que solo puede cometerse y consumarse en forma fraccionada, mediante un sinnúmero de acciones debidamente coordinadas».

2 Matus (1999: 245). De manera similar, Cisternas (2011: 143 y 144) y Ruiz (2009: 410).

3 Corte Suprema, rol 10.162-10, del 24 de febrero de 2011.

4 Corte Suprema, rol 10.162-10, del 24 de febrero de 2011.

que se ejecutan distintas acciones que se encuadran en al menos dos verbos rectores diferentes, excluyendo de ese modo, erróneamente, los supuestos más comunes de microtráfico en que se repite la misma acción de venta durante un período por un sujeto, el que perpetra un solo delito.⁵ La posición correcta ha sido recogida por la jurisprudencia al señalar que

el delito de tráfico de drogas, sea del artículo 3 o 4 de la Ley 20.000, es un «delito de emprendimiento» y, por consiguiente, «aun de haber tenido por probado la sentencia que los acusados [...] participaron en dos transacciones de droga anteriores al día de su detención, considerando que se trataría de ventas a consumidores finales respecto de escasas cantidades, la calificación jurídica sería necesariamente la misma, así como el marco penal aplicable».⁶

Sin embargo, esta figura no excluye que bajo determinadas circunstancias distintas acciones de un mismo agente puedan calificarse y sancionarse como delitos independientes, tomando en cuenta, por ejemplo, el transcurso de un lapso importante entre una y otra, o que se trate de operaciones o *modus operandi* diversos.⁷

En efecto, como factor determinante en la singularización y castigo como delitos independientes, se ha considerado la realización de actos

5 Matus y Ramírez (2019: 502) señalan que la actividad de tráfico, si bien puede comenzar con la primera transferencia o suministro, también puede continuar en el tiempo y no varía su naturaleza con el número de transferencias o suministros que se realicen, ni con el hecho de que quien transfiere, necesariamente posee las sustancias que se tratan, de modo que tal sujeto no comete tantos delitos de tráfico como sustancias posee, o como ventas o suministros aislados realiza, sino uno solo.

6 Corte Suprema, rol 23.309-18, del 18 de diciembre de 2018.

7 Rebolledo (2021: 350) explica que nuestra legislación especial sobre drogas reconoce la autonomía de diversos actos preparatorios que no son absorbidos por la figura penal del tráfico de drogas del artículo 3, por ello, «en la medida que puedan acreditarse conductas independientes», tales como la elaboración de estupefacientes (artículo 1), la tenencia o desvío de precursores químicos (artículo 2), tráfico de drogas reiterados (artículos 3 y 4) o la conspiración (artículo 17), podría castigarse al autor mediante la regla de la acumulación material de las penas del artículo 74 del Código Penal. Matus y Ramírez (2019: 491 y 492), citando los fallos atinentes, señalan que cuando se trata de tráfico de sustancias de distinta naturaleza, como marihuana o cocaína, en algunas ocasiones se ha inclinado la jurisprudencia por recurrir al régimen concursal común, considerando la existencia de dos delitos, pero sin claridad en cuanto a la norma concursal aplicable, existiendo sentencias contradictorias que estiman en unos casos concurso real o reiteración y, en otro, concurso ideal.

formales de persecución que medien entre los distintos actos de tráfico, criterio acertado, puesto que una vez que se interrumpe la actividad criminal por la acción de los agentes de persecución, no puede afirmarse que ha habido una continuidad por parte del mismo autor en dicha empresa —aun cuando en los hechos efectivamente la haya—, sino que la misma se reinicia o retoma posteriormente.

En ese orden se ha decidido que tratándose de tres conductas ocurridas en fechas distintas, donde el acusado porta droga que antes había ofrecido a un transeúnte, en la primera oportunidad, y vende a un agente revelador en las dos últimas, acciones entre las que se inserta la iniciación de las respectivas investigaciones a raíz de sendas detenciones policiales, deben calificarse como tres delitos de microtráfico y sancionarse de conformidad con el artículo 351 del Código Procesal Penal, por cuanto

surgen tres conductas delictivas que satisfacen a cabalidad las exigencias legales para configurar cada una de ellas un delito autónomo, por haberse realizado cada una de ellas tras la interrupción de la actividad criminal por la interposición de un proceso penal, iniciado en las tres oportunidades por detenciones policiales cuya legalidad no se ha puesto en duda. En estas condiciones, en cada oportunidad subsiste una clara delimitación temporal y espacial, a saber, los días 29 de noviembre de 2015 en la intersección de las calles Bolívar con Matta; el 19 de febrero de 2016, en Avenida Argentina con Simón Bolívar; y el 2 de marzo de 2016, en la esquina de Condell y Prat, todos en la ciudad de Antofagasta, lo que encuadra en la reiteración material de conductas delictivas de una misma especie, por tratarse de tres acciones totalmente desvinculadas entre ellas, descubiertas en días distintos, con diversos involucrados, en que cada una de ellas abarca un particular atentado al bien jurídico protegido.⁸

La calificación como un solo delito de tráfico o microtráfico de drogas en virtud de la figura de emprendimiento analizada, no importa que

⁸ Corte Suprema, rol 10.197-17, del 4 de mayo de 2017. Se arriba a igual conclusión en Corte Suprema, rol 10.162-10, del 24 de febrero de 2011, que corresponde a dos ventas de marihuana el 9 y 16 de diciembre de 2009, donde a raíz de la primera el comprador entrega antecedentes que sirven para solicitar una orden de entrada y registro al domicilio del acusado y, cuando la policía se disponía a ejecutar esa orden, sorprende al acusado realizando una segunda venta, momento en que es detenido.

la pluralidad de acciones individuales imputadas no deba ser ponderada para efectos de la determinación de la pena, lo cual se concretará conforme al artículo 69 del Código Penal, al sopesar la extensión del mal causado, desde que no representa el mismo riesgo para el bien jurídico salud pública la acreditación de una única venta de droga a un peatón, que una pluralidad de estas acciones que se enmarca en una actividad permanente del imputado.

Excepcionalmente, la consideración como un solo delito puede ser perjudicial para el agente, si la suma de las cantidades de droga objeto de las acciones individuales tiene como resultado un monto que no puede calificarse como pequeña cantidad de droga, ya que revela que son manifestaciones singulares de una actividad de tráfico relevante que, por ende, debe ser sancionada conforme al artículo 3, y no al artículo 4, de la Ley 20.000. Por ejemplo, si se prueba la realización de cinco ventas a distintas personas, en días continuos, de 50 gramos de cocaína a cada uno de los compradores, cada una de esas conductas, aisladamente enjuiciada, podría haber sido catalogada como delito de microtráfico, sancionadas según el artículo 351 del Código Procesal Penal —estimándolas como un solo delito, y aumentando la pena en uno o dos grados—, pero el que se trate de cinco ventas evidencia que se está frente a un distribuidor que mantuvo durante ese período al menos un cuarto de kilo de esa sustancia en su poder, lo que amerita su calificación como delito de tráfico del artículo 3.⁹

Concurso de acciones de microtráfico o tráfico de drogas y del artículo 8 de la Ley 20.000

Los actos descritos en el artículo 8 recaídos sobre las especies vegetales a que la misma norma se refiere, pueden constituir actos preparatorios

9 En esta línea se resolvió en Corte Suprema, rol 4.492-22, del 10 de junio de 2022, al concluir el acierto en la calificación como delito de tráfico del artículo 3 de la Ley 20.000, del «transporte de droga para ingresarla de manera reiterada y por un extenso período al recinto penal, para luego transferirla a los internos que se encargaban de su distribución, resultando irrelevante en la especie que se tratara de pequeñas cantidades de estupefacientes, toda vez que es de toda lógica que si se pretende ingresar droga a un recinto cerrado que mantiene estrictas medidas de vigilancia —como lo es un establecimiento penitenciario—, la misma sea dosificada en pequeñas porciones. Conforme lo anterior, lo trascendente en el caso de autos es la prolongación del *modus operandi* en el tiempo —por un período de seis meses—».

especialmente punibles de otro principal, que sería el microtráfico o tráfico de drogas y que, por tanto, se consumen en él.

De allí que quien cultiva especies prohibidas, para por sí mismo extraer de ellas las sustancias que posteriormente pone a la venta, no comete varios delitos, sino solo uno, el de tráfico ilícito, en sentido estricto, que es el acto principal al cual los otros le sirven solamente como preparatorios especialmente punibles.¹⁰

Esta tesis incluso parece compartida por la jurisprudencia de la Corte Suprema, desde que, en aquellos casos de microtráfico en que se controvierte la exigencia del informe de pureza del artículo 43 de la Ley 20.000 cuando se sorprende al hechor con marihuana o cannabis sativa y, además, con plantas vivas del mismo género, se ha resuelto tal dilema únicamente atendiendo a la posesión de aquella y requiriendo la prueba de su grado de pureza, sin reflexionar sobre la relevancia de la tenencia de las últimas.¹¹ Al así decidir este grupo de casos, el máximo tribunal, táci-

10 Matus (1998: 138 y 139) agrega que al mismo resultado se llegaría si se miran estos hechos desde el punto de vista del delito básico: aquí, puesto que el delito de tráfico, en sentido amplio, es también un delito de emprendimiento, los actos de cultivo, elaboración y tráfico pueden verse como meros hechos cuantitativamente irrelevantes dentro de la empresa global que los reúne, esto es, se comete siempre un único delito de tráfico en sentido amplio. Sobre lo mismo, Matus (1999: 248). Ruiz (2009: 417 y 418) expone que, conforme a la doctrina mayoritaria, se considera absorbido en el mayor disvalor de injusto de delitos como el de tráfico ilícito de drogas del artículo 3, aquellos ilícitos de menor entidad, como el de plantación, siembra, cultivo o cosecha de especies vegetales del género cannabis sativa, ya sea, porque se piense que son actos preparatorios de un delito general, como es el tráfico ilícito, ya porque se estime que la concurrencia de estos configura un concurso aparente de leyes penales. Obsérvese que el artículo 368 del Código Penal español precisamente enuncia los actos de «cultivo» y «tráfico» como modalidades mediante las cuales se puede realizar la conducta prohibida de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas que se sanciona en dicha disposición. Una visión opuesta esgrime Zavidich (2010: 158), al postular que debe aplicarse la acumulación material de penas del artículo 74 del Código Penal.

11 Corte Suprema, rol 94.899-16, del 25 de enero de 2017 (111,9 gramos de cannabis sativa y «una planta de cannabis»); Corte Suprema, rol 39.757-17, del 15 de noviembre de 2017 (34,6 gramos de cannabis sativa y «dos plantas de cannabis sativa»); Corte Suprema, rol 40.287-17, del 30 de noviembre de 2017 (88,81 gramos de cannabis sativa y «dos plantas vivas del género cannabis sativa»); Corte Suprema, rol 20.441-18, del 2 de octubre de 2018 (3,4 gramos de marihuana «y una planta viva de 82 centímetros de la misma especie»); Corte Suprema, rol 22.932-18, del 31 de octubre de 2018 (184,7 gramos de marihuana y «dos plantas del género cannabis sativa»); y Corte Suprema, rol 24.896-18, del 17 de diciembre de 2018 («10,20 gramos netos de la es-

tamente, aceptaría que, dado que la droga objeto de tráfico proviene de la misma planta que posee el agente, la posesión de esta debe catalogarse como un acto preparatorio del tráfico ilícito y, por ende, absorbido en él.

Bajo el supuesto de que esta, u otra mejor, haya sido la *ratio decidendi* que sustenta esos pronunciamientos, y teniendo en vista que en estos no se reprocha la falta de informe de pureza de la planta, sino solo de la sustancia producida con esta, debió reconocerse lo que la doctrina denomina el resurgimiento de la ley en principio desplazada, esto es, la aplicación de esta cuando no se presentan en los hechos todos los requisitos de punibilidad o de procesabilidad de la ley en principio preferente (Matus, 2002: 393), que en este caso operaría al no ser posible la sanción del microtráfico que tiene por objeto cannabis sativa —en opinión de la Corte, dada la ausencia del informe de pureza—, reapareciendo entonces el delito absorbido, el de plantación o cosecha de especies del género cannabis del artículo 8 de la Ley 20.000, considerando además que el delito desplazado no es más grave que el de la ley preferente, supuesto contrario a aquel en que los autores estiman no tiene lugar este resurgimiento (Matus, 2002: 393).

Contra lo que se viene razonando, se ha resuelto la sanción como concurso real según el artículo 74 del Código Penal, de los delitos de los artículos 3 y 8 de la Ley 20.000, cuando los acusados son sorprendidos manteniendo en un inmueble diversas cantidades de cannabis sativa deshidratada y en proceso de secado, así como insumos para su cultivo y el pesaje de su cosecha, además de varias plantas vivas, rechazando que el cultivo se trate de un acto preparatorio del tráfico de la cannabis sativa, pues se

dejó establecido que el inmueble en donde fueron detenidos los sentenciados se encontraba destinado, tanto su interior como el exterior, al cultivo de marihuana, demostración de ello es que sus dependencias estaban especialmente acondicionadas para ello, distinguiéndose lugares de cultivo según el desarrollo de las plantas, el estado de lo cultivado y la dosificación del mismo, [por lo que] se encuentra acreditado que los sentenciados incurrieron en un ilícito que adquiere individualidad y por ende no puede ser calificado de preparatorio, pues para que pudiese ser calificado de ese modo y asociarlo a una atipicidad, hubiese sido

pecie vegetal del género cannabis [...] 82,2 gramos y seis plantas vivas de la misma especie vegetal»).

necesario que el cultivo estuviese destinado a un consumo individual y que este fuese próximo en el tiempo, circunstancias que ya fueron desestimadas.¹²

La posesión o transporte del resultado de la cosecha que se lleva a cabo por los mismos que acaban de «cosecharla» —verbo rector incluido en el artículo 8—, debe sancionarse según el artículo 8 de la Ley 20.000, y no como delito de tráfico o microtráfico. En efecto, mientras las especies vegetales cosechadas permanezcan en poder de quien las cultivó, el delito será el del citado artículo 8, a pesar de que la posesión de tales especies pueda verse también como constitutiva de tráfico, en tanto no se produzca su transferencia a un tercero.¹³

12 Corte Suprema, rol 12.564-18, del 16 de agosto de 2018. La disquisición de la Corte resulta problemática, ya que de haberse demostrado que la plantación tenía por objeto el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo de quien está a cargo de la misma —como echa de menos el fallo—, ello descartaría un tráfico posterior y, por ende, aquella no podría ser un acto preparatorio de este. En Corte Suprema, rol 12.869-18, del 1 de agosto de 2018, la sentencia recurrida califica como dos delitos, del artículo 3 y 8 de la Ley 20.000 los siguientes hechos: se sorprende al imputado con contenedores de sumidades floridas de cannabis sativa, plantas de cannabis sativa en proceso de secado y una plantación de 480 plantas de cannabis sativa, resolviendo la Corte que, incluso de ser efectivo que se presenta un concurso aparente de leyes penales y, en consecuencia, de haberse sancionado por un solo delito, tal yerro no tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo. Con anterioridad, el máximo tribunal ha tratado como concurso real las conductas que recaen sobre sustancias y plantas de distinta especie, como en Corte Suprema contra Luis Benbow Gómez del 14 de octubre de 1992, referida a la mantención de «una plantación de la especie denominada cannabis, productora de sustancia estupefaciente» respecto de la cual hay antecedentes que «hacen presumir el propósito de tráfico ilícito de esa sustancia» y la posesión de «41,8 gramos (peso bruto) de cocaína, distribuida en varios papelillos o sobres», discurriendo la Corte que «ambos hechos —cuyo establecimiento no se ha impugnado— aparecen perpetrados por una misma persona, y sin haber existido entre ellos una relación de dependencia [...] Que si bien es cierto que ambas conductas están tipificadas y castigadas en la misma Ley —18.403— cada una es diferente, no existiendo relación de dependencia entre ellas ni material ni subjetivamente, y existiendo, sí, un particular elemento subjetivo para cada una. Constituyen, pues, un concurso material o real de delitos cometidos por una misma persona; y no un concurso ideal, en el que el agente con un solo hecho, con una acción única, produce también un resultado único, pero que es susceptible de más de un encuadramiento legal, quebranta diversos preceptos penales, comete más de un delito. Tampoco se trata de un delito relacionado con otro por la vinculación de medio a fin (conexión ideológica), que el Código Penal chileno (artículo 75) la asimila, para los efectos del castigo, al concurso ideal».

13 Matus (1999: 222) complementa que lo mismo puede decirse de los actos de

Concurso de acciones de posesión o tenencia de precursores y tráfico de drogas

Pese a que la posesión o tenencia de precursores y sustancias químicas esenciales es parte del proceso de fabricación de droga y, por tanto, puede ser considerado como integrante del ciclo del delito de tráfico de drogas en su hipótesis de fabricación, la jurisprudencia lo ha sancionado como un delito independiente.¹⁴

elaboración propios de una cosecha, mediante los cuales se obtienen de las especies vegetales cultivadas las partes útiles a su fin. Pero la adquisición de dichas partes o productos y su transporte, debe entenderse acto de tráfico y no de cultivo. Rabi (2020: 77) aclara que el delito del artículo 8 de la Ley 20.000 también corresponde a uno de emprendimiento, por lo que la realización de las acciones de sembrar, plantar, cultivar y cosechar, algunas de ellas, o todas, supone la comisión de un solo delito. En Corte Suprema, rol 23.005-18, del 5 de noviembre de 2018, respecto del descubrimiento en la vía pública de un vehículo que transportaba «859,4 gramos peso neto de marihuana», se concluyó que la conducta en la cual incurrieron los acusados es la establecida en el artículo 8 de la Ley 20.000, entre otras razones, considerando las declaraciones de testigos «que dan cuenta de la forma en que dicha sustancia se encontraba al momento de ser decomisada, esto es, recién cosechada, en estado verde y en ramas». En Corte Suprema, rol 36.857-21, del 5 de noviembre de 2021, se rechaza la impugnación del fallo del a quo que califica solo como delito de cultivo del artículo 8, el siguiente hecho «mantenía una plantación y cultivo de un total de 190 plantas del género cannabis sativa en proceso de crecimiento. El imputado mantenía, también, cosechados un total de 15 kilos 309 gramos de marihuana a granel, la cual se encontraba distribuida en diversos contenedores». Y en Corte Suprema, rol 88.884-21, del 7 de julio de 2022, se asienta que el imputado es sorprendido «poseyendo y guardando 18 sacos aspilleros contenedores de cannabis sativa, con un peso bruto de 94 kilos; 5 plantas de cannabis sativa en proceso de crecimiento de 1 a 2 metros de altura; una caja de cartón contenedora de cannabis sativa con un peso bruto de 552 gramos y una balanza digital sin marca, todo lo anterior sin contar con la autorización competente», hechos que el tribunal de instancia califica como delito de tráfico del artículo 3 de la Ley 20.000, mientras la Corte Suprema, a su turno, desestima el arbitrio que propugna su calificación en el artículo 8, por carecer de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, toda vez que «el artículo 8 de la Ley 20.000, calificación que postula el recurso, sanciona la conducta que describe con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, por lo que la sanción impuesta de cuatro años de presidio se encuentra dentro del marco penal que podía fijar la sentencia».

¹⁴ Rebolledo (2016a: 112) señala que el desvío de precursores químicos no son actos preparatorios especialmente punibles, dado que aparecen descritos como figuras diversas, tanto en su faz objetiva como subjetiva, siendo improcedente, por tanto, considerar unidad jurídica de acción respecto al tráfico de drogas al alero de

Respecto del aumento de la sustancia traficada con químicos sujetos a control y la transformación al estado de clorhidrato, se ha desestimado el concurso de leyes penales, porque

si bien el delito de tráfico contemplado en el artículo 3 de la Ley 20.000 es un delito de emprendimiento, debe ser sancionado en forma independiente o autónoma de la conducta de tráfico de precursores y sustancias sicotrópicas, pues dicha conducta es posterior al tráfico ilícito de estupefacientes, al menos en lo que se refiere a sus verbos rectores de posesión, transporte, guarda o porte consigo. En efecto, conforme sostuvo el tribunal, solo una vez que se ha incurrido en dicha conducta, es posible con posterioridad poseer o tener precursores o sustancias químicas esenciales con la finalidad de destinarlos a la preparación de aquellas para su comercialización, en este caso, para aumentar el volumen de la pasta base que se trafica o para transformar aquella en clorhidrato de cocaína.¹⁵

Sobre los siguientes hechos, en los que se sorprende a los acusados al interior de un inmueble procesando la cocaína base adquirida a fin de obtener clorhidrato de cocaína, incautándose cocaína en estado líquido, cocaína cristalizada y diversos precursores, así como cocaína y pasta base de cocaína, se decidió que no se presenta ni un concurso ideal ni aparente,

pues se trata en la especie, desde luego, de un concurso real de dos delitos, de dos conductas distintas, cada una de ellas constitutiva de un delito distinto, a saber, el de tráfico de estupefacientes del artículo 3 de la Ley 20.000 y el de tenencia de precursores del artículo 2 de la misma legislación, sin que, entonces, estemos en presencia de un solo hecho que constituya dos o más delitos (concurso ideal propiamente dicho) o que uno de estos hechos sea el medio para cometer el otro (concurso medial).¹⁶

la construcción doctrinaria del delito de emprendimiento, señalando como ejemplo, el desvío de insumos químicos en forma posterior al tráfico ilícito.

15 Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 303-15, del 5 de noviembre de 2015.

16 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 740-21, del 1 de abril de 2021. Comentando este fallo, Rebolledo (2021: 352) afirma que «el delito de desvío de precursores tiene una estructura objetiva y subjetiva diferenciable del delito de tráfico de drogas. El comportamiento tiene un objeto material diferente y subjetivamente admite también la posibilidad de la punición de la imprudencia como consecuencia de la infracción de deberes especiales de naturaleza extrapenal. Por estos motivos, aun-

Concurso de elaboración ilegal de drogas del artículo 1 y tráfico de drogas

Como ya hemos mencionado, los actos de elaboración de drogas pueden constituir actos preparatorios especialmente punibles de otro principal, que sería el tráfico ilícito, en sentido estricto y que, por tanto, se consumen en él, siendo ambas figuras especiales de la genérica de tráfico ilícito, en sentido amplio.¹⁷

En dirección contraria, se ha abogado que se trata de delitos independientes, con verbos rectores y modalidades comisivas diversas, y que atendida la peligrosidad que encierra la conducta desplegada, el legislador optó por tipificar en forma autónoma cada una de ellas (Rebolledo, 2016a: 109).

En el mismo orden se ha resuelto que

la sola circunstancia que una persona decida dedicarse al tráfico de drogas, no puede significar que todos los actos que realice al efecto, y que se encuentren tipificados en la Ley 20.000, sin límite alguno, deban ser calificados como un solo hecho, por tratarse de un delito de emprendimiento. Lo anterior llevaría al absurdo que una vez condenado un sujeto por el delito previsto en el artículo 3 de la Ley 20.000, nunca más se le podría sancionar por traficar, aunque repitiera la conducta de vender droga, por estar esta cubierta por la unidad subjetiva del autor y, por ello, indisolublemente enlazada con su conducta anterior ya sancionada, dando lugar a una especie de derecho penal de autor, pero esta vez favorable al delincuente. Lo mismo podría decirse del privado de libertad con motivo de una investigación por tráfico de drogas, que se dedique a vender sustancias estupefacientes a sus compañeros de celda, quedando esta última conducta vinculada indisolublemente a la prime-

que los dos comportamientos puedan ser ejecutados por idénticas personas nada impide que sean apreciados de modo diferenciado, ya que al existir una separación espacio-temporal entre una y otra conducta, con un objeto material y contenido subjetivo diferenciable, se trata de delitos distintos y sin otra relación que la de proteger un idéntico bien jurídico (salud pública), por ende, es un caso de concurso real y la norma aplicable en estos casos, tal como lo indica la sentencia, es el artículo 74 del Código Penal».

¹⁷ Ya fue dicho que el artículo 368 del Código Penal español de 1995 señala los actos de «elaboración» y «tráfico» como modalidades mediante las cuales se puede realizar la conducta prohibida de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas que se sanciona en dicha disposición.

ra, por su sola voluntad de traficar. Lo anterior pone en evidencia que, para que actos ilícitos diversos puedan ser considerados como un delito de emprendimiento y ser sancionados como una unidad, deben relacionarse fácticamente, más allá de la mera afinidad de dolo, lo que hace necesario su revisión caso a caso.¹⁸

¹⁸ Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 1.165-16, del 16 de agosto de 2016.

Capítulo 9

Circunstancias modificatorias y penas

En este capítulo se pasará revista únicamente a las circunstancias modificatorias comúnmente discutidas en los procesos seguidos por los delitos que aquí se estudian, así como a las normas especiales que contiene la Ley 20.000 en materia de penas, su determinación y ejecución.

Agravantes del artículo 19 de la Ley 20.000

El artículo 19 de la Ley 20.000 describe una serie de agravantes cuyo efecto consiste en elevar en un grado la pena. Este incremento debe hacerse desde el mínimo, conservando un marco penal de igual cantidad de grados que la pena inicial, puesto que el texto legal no prevé una limitación como la del artículo 68 del Código Penal en cuanto a la forma en que ha de hacerse el aumento (Matus y Ramírez, 2019: 494).¹

El inciso final de este artículo 19 dispone, además, que «si concurren dos o más» de las agravantes que enuncia, «la pena podrá aumentarse en dos grados».

Si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16 (artículo 19 letra a)

Se ha declarado que la acción de traficar llevada adelante por un grupo de personas se sanciona con mayor dureza,

porque la ejecución en conjunto de una operación de tráfico, además de favorecer su impunidad, conlleva resolución delictiva común, ya que

¹ También, Corte Suprema, rol 22.179-21, del 8 de abril de 2022, en la que expresa que «la agravación debió operar en cada uno de los grados designados por la ley al delito de tráfico de sustancias estupefacientes, que es presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado medio, por lo que al aumentarlo en un grado, debió establecerse en presidio mayor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo, sanción en función de la cual luego debió aplicarse el artículo 68 del Código Penal, por tratarse de una pena de dos grados de una pena divisible».

trasunta en una conducta más deliberada y que, además, puede producir una afectación más grave del bien jurídico protegido. Ello agrega una mayor criminalidad al comportamiento de los interventores y constituye por ello una causal de agravación de la responsabilidad penal.²

Con esta agravante se busca la imposición de penas mayores en caso de comprobarse la existencia de una asociación de personas que no posee las características de una asociación ilícita, siendo el aspecto diferenciador de esta, el que la agrupación, teniendo una existencia más o menos permanente en el tiempo, derivada de la identidad de los fines perseguidos por sus miembros, carece de la jerarquización y organización propios de la asociación ilícita: jefes, reglas propias, y el reflejo de su existencia en los medios que a ella se destinan (Matus y Ramírez, 2019: 495).³

La Corte Suprema resalta la permanencia de la agrupación en torno a un fin delictivo común, como el elemento característico de esta modificatoria, al respaldar su aplicación, porque

en la especie resultó probado que se trataba de una pluralidad de sujetos que asumían la incontrastable voluntad e intención de permanecer unidos con fines delictivos, lo que se reflejó en que sus actuaciones fueron constantes, repetidas y perdurables en el tiempo, en cuanto a trasladar importantes cantidades de droga de Santiago a Talca, para ven-

2 Corte Suprema, rol 3.206-07, del 3 de septiembre de 2007. En el mismo sentido, véanse Corte Suprema, rol 3.697-19, del 23 de abril de 2019; Corte Suprema, rol 7248-19, del 6 de mayo de 2019; y Corte Suprema, rol 119.194-20, del 4 de febrero de 2021.

3 Para Hernández (2007: 14), la agrupación o reunión «no cuenta con el grado de organización propio de una asociación ilícita, en términos de jerarquía y disciplina internas». Contreras (2021: 275) considera que el aumento en la penalidad que conlleva la agravante en examen se justifica en la forma como se cometen determinados delitos, que involucra la asociación u organización de personas con una proyección de permanencia y estabilidad para cometer delitos de la forma más eficiente posible, reduciendo los riesgos aparejados de la actividad criminal, maximizando las ganancias que se logren obtener. En Corte Suprema, rol 3.206-07, del 3 de septiembre de 2007, se ha decidido que «el hecho que constituye la agravación de responsabilidad es una forma residual de aquel otro hecho que constituye un delito diverso y especial. La simple agrupación es el género y la asociación es una especie de aquel, mejorada y estructurada. Ambas tienen permanencia en el tiempo y una misma finalidad o propósito ilícito, pero en la asociación existe además una jerarquía dentro de una organización que evidencia estructura en su funcionamiento».

derla tanto en el exterior como al interior del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Talca.⁴

El mismo tribunal ha despejado que la consideración de esta agravante no viola el principio *non bis in idem*,

puesto que la circunstancia de haberse agrupado los delincuentes para cometer el hecho no constituye un delito especialmente penado por la ley, como tampoco se trata de un elemento expresado por esta al describir o penar el tráfico de sustancias estupefacientes. Por otra parte, no se trata de una circunstancia de tal manera inherente al delito que sin su concurrencia no haya podido este cometerse.⁵

Si el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial (artículo 19 letra h)

No puede aceptarse como exclusivo fundamento de esta agravante, como también de las previstas en las letras f) y g) del artículo 19, el valerse el agente de la multitud de personas que dichos lugares suponen para distribuir más fácilmente la droga, lo que implicaría, por una parte, la posibilidad de pasar inadvertido en el tumulto y, por otra, poner en riesgo la salud de un mayor número de personas (Aravena, 1998: 228 y 229), pues de haber sido ese el objetivo del legislador, bastaría haber regulado una agravante genérica que comprendiera todo lugar en que se presenten dichas características.⁶

4 Corte Suprema, rol 4.492-22, del 10 de junio de 2022.

5 Corte Suprema, rol 3.206-07, del 3 de septiembre de 2007.

6 El Código Penal español, de 1995, establece en su artículo 369, como agravantes distintas, en su número 3 que «los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos», y en su número 7, que las conductas descritas en el artículo 368 «tengan lugar en centros docentes; en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades», señalando como fundamentos para la agravación que importa esta última, como expone Montero La Rubia (2007: 83 y 84), las mayores facilidades que dichos centros o establecimientos ofrecen para la difusión de las drogas, dadas sus características y su estructura organizativa interna, la perturbación que ello puede provocar en el proceso educativo, rehabilitador o de formación militar, y porque concentran de forma regular un elevado número de personas que, en algunos de los lugares citados son, en sí mismos, objeto de una especial protección.

La mención específica de establecimientos de enseñanza (letra f), instituciones deportiva, cultural o social (letra g), y centro hospitalario o asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial (letra h), que por cierto no son los únicos en que puede observarse una aglomeración de personas —piénsese en un centro comercial o un parque, por ejemplo—, obliga a centrar la atención en la especial característica de cada uno de ellos y la naturaleza de las actividades que en ellos se llevan a cabo, que es lo que en verdad justifica la agravación de la pena.⁷

Tratándose de los lugares de detención o reclusión, en los que aquí nos detendremos, por corresponder a aquellos que habitualmente dan lugar a la discusión sobre la aplicación de esta modificatoria, lo medular de la justificación de la agravación reside en que debido a las restricciones y prohibiciones propias de los recintos penitenciarios, usualmente una pequeña cantidad de droga se aumentará con sustancias de «corte» para distribuirse entre muchos internos, o para que su consumo se prolongue hasta que se pueda acceder nuevamente a droga desde el exterior, todo ello con los gravosos efectos colaterales que tal actividad trae aparejados, al generar un comercio clandestino al interior del centro, bandas organizadas, corrupción de los custodios, y alteración del orden interno producto de los mismos efectos de la droga en los reclusos que la consumen,⁸ dificultando el control de la población penal por la auto-

7 En Corte Suprema, rol 1.351-18, del 8 de marzo de 2018 y Corte Suprema, rol 4.492-22, del 10 de junio de 2022, se razona que «el precepto considera más disvalioso, desde el punto de vista del reproche penal, que el tráfico se realice en recintos militares, policiales, asistenciales, de detención, etcétera, por las especiales funciones que ahí se realizan y la mayor peligrosidad que el desarrollo de estos delitos puede tener en ellos, estimados especialmente valiosos para el desarrollo de las prioridades sociales, lo que tiene coherencia sistemática incluso al mirar alguna de las otras agravantes que contempla el artículo 19 ya referido, como son las letras f) y g), sean establecimientos educacionales, instalaciones deportivas, etcétera, donde puede observarse el mismo sentido de aumento de protección a través de la agravación de la sanción». Reyes (2017: 303) afirma que el texto actual de estas agravantes, a diferencia de la redacción agrupada en una agravante en la anterior Ley 19.366, «permite suponer una voluntad del legislador en orden a establecer criterios diferenciados para cada una de las nuevas agravantes», por lo que «el criterio del aprovechamiento de una multitud para la comisión del ilícito parece haberse quedado con la anterior redacción de la ley».

8 En Corte Suprema, rol 45.630-17, del 27 de febrero de 2018, se cuenta entre los elementos que permiten descartar que la droga poseída por internos de un recinto penal estuviera destinada a un consumo exclusivo, el que «en un recinto de reclusión [...] la posibilidad de acceso a dichas dosis es significativamente más dificulto-

ridad penitenciaria, amén todo ello, de perturbar el proceso rehabilitador que se intenta llevar a cabo durante la reclusión.⁹

Desde esa óptica, no tiene respaldo la agravación si el agente es sorprendido dentro del perímetro o edificio que puede calificarse, administrativa o reglamentariamente, como lugar de detención o reclusión, sin embargo, desde él no se tiene acceso todavía a los internos —privados de libertad—, sino solo a gendarmes u otras visitas de los internos,¹⁰

sa que en cualquier otro tipo de recinto, por las medidas de seguridad existentes».

9 En Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 148-18, del 12 de febrero de 2018, se señala que el aumento de pena establecido en la letra h) del artículo 19 tiene soporte en «los perniciosos efectos que trae el tráfico de drogas —con sus evidentes beneficios económicos— en los recintos carcelarios, en cuanto induce a la corrupción de las personas que tienen acceso al recinto, facilita la existencia de conflictos por el control de su distribución, dificulta la disciplina al interior de los penales y favorece adicciones que exponen a quienes las sufren a tratos degradantes y que afectan la dignidad humana». En opinión de Reyes (2017: 305), dichos fundamentos de la agravación son complementarios a la «especial relación de protección que los recintos tienen respecto de sus ocupantes» y que constituye el puntal de la agravante. Hernández (1992: 371), dado que estima que la agravación se justifica «no solo por la mera idoneidad del lugar para la difusión del consumo, sino por las particulares condiciones físicas y síquicas que presenta la persona recluida y sometida a un régimen disciplinario represivo y violento por definición», de manera que el «expendio de drogas en estas circunstancias representará, por lo común, un abuso con quienes están privados de la libertad y de casi todo derecho y, en razón de ello —paradójicamente, si se quiere— se justifica la agravante», considera, por lo mismo, que «deben excluirse situaciones que [...] no implican en caso alguno el abuso que justifica la agravación, como será la situación de los parientes o amigos que suministran drogas a los reclusos sin que medie ninguna forma de abuso». Todo lo explicado no supone que la agravante del artículo 19 letra h) de la Ley 20.000, comprenda solo las dependencias del Complejo Penitenciario destinado «exclusivamente» a aquellas personas que se encuentran temporalmente privadas de libertad y, por ende, que no resulte aplicable a otros espacios, como, por ejemplo, el gimnasio del centro de detención utilizado para visitas, como se sentencia en Corte Suprema, rol 16.560-16, del 9 de mayo de 2016.

10 En esa dirección se resuelve en Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2.857-16, del 9 de septiembre de 2016, respecto de un recinto anexo de revisión de visitas en forma previa al contacto con los internos, y en Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3.485-16, del 23 de diciembre de 2016, sobre el porte de droga sorprendido mediante detector de metales antes del ingreso al establecimiento, e igualmente opina Reyes (2017: 306). Lo opuesto se decide en Corte Suprema, rol 1.720-17, del 9 de marzo de 2017, que reafirma la aplicación de la agravante en relación con el hallazgo de la sustancia en el sector de registro corporal de damas, en el que no hay ninguna posibilidad de contacto con los internos, destacando la Corte que dicho sector se encuentra físicamente en un mismo recinto bajo la tutela de Gendarmería de Chile, lo que supone un control —al menos— de acceso y salida y están destinados al uso

pese a que el conjunto de estos también constituya una aglomeración de personas que facilitaría la distribución de droga entre esa multitud. El significativo aumento de la pena que acarrea agravante se explica por el riesgo de que se produzcan los dañinos efectos colaterales mencionados de acceder el interno a la sustancia, por lo que si esta es descubierta antes por la autoridad, la agravante únicamente sancionaría el peligro de un peligro o, si se quiere, la tentativa de una agravante.

Tampoco resultaría aplicable esta modificatoria, por las razones vistas, *mutatis mutandis*, si el privado de libertad dirige desde el interior del recinto una agrupación que trafica drogas únicamente en el exterior,¹¹ o si accidentalmente no hubiere detenidos o presos ocupando el recinto penal,¹² o el agente fuera el único detenido en un lugar de detención, o se tratara de un lugar de detención transitorio donde, dada precisamente esa transitoriedad y bajo número de detenidos, no es posible que se produzcan los efectos y secuelas antes reseñados por el tráfico de droga en su interior, como en el calabozo de un tribunal.

Por otra parte, la agravante en examen comprende conductas ejecutadas tanto por quienes están voluntariamente en el recinto carcelario

compartido de internos y sus visitas, de manera que las restricciones y prohibiciones propias de los recintos carcelarios afectan también a los usuarios no privados de libertad que, transitoriamente, los ocupen. Este fallo, contradictoriamente arguye como motivo de la agravación, citando la historia de los textos anteriores a la Ley 20.000, «el interés del legislador penal en evitar la comisión de los delitos que la Ley en comento contempla, en el interior de —entre otros— recintos penitenciarios, atendida la afectación de derechos esenciales que tales conductas acarrearán a personas que se encuentran en situación de privación de libertad», sin hacerse cargo que en este caso la posibilidad de afectación fue frustrada tempranamente. En lo concerniente al «espacio utilizado por los gendarmes para pernoctar en la unidad penal», ubicándose este dentro del recinto penal y permitiendo el acceso a los internos sin tener que superar los controles a que se somete quien viene desde fuera, en Corte Suprema, rol 4.014-17, del 14 de marzo de 2016, se decidió la procedencia de la agravante, declarando que «el recinto penal lo conforman todas las dependencias que lo componen y que por su especial naturaleza corresponden a un lugar de acceso restringido y vías de comunicación reguladas, que pueden permitir con mayor o menor restricción el acceso de internos a determinadas dependencias, pero no por ello dejan de ser recintos que forman parte de la unidad penal».

11 A la misma conclusión llega Reyes (2017: 305 y 306).

12 Politoff, Matus y Ramírez (2009: 619), refiriéndose a la calificante de la letra g) del mismo artículo 19, pero previniendo que también se extiende ese razonamiento a la de la letra h) en examen, rechazan que se presente la agravación si al momento de la comisión del delito no están reunidas en el recinto personas indeterminadas.

como por quienes están forzosamente en él, desde que la referida norma no efectúa algún distingo en cuanto a la calidad que deba detentar su autor, esto es, si es interno, gendarme o ajeno a dicho establecimiento. La acción de cualquiera de ellos afecta de igual modo el valor tutelado por la norma y así se ha explicado que la agravante se aplica también a las conductas cometidas por internos del recinto penal y no solo a extraños a este, puesto que «la norma no parece estar prevista para sancionar la cualidad de sujeto activo punible, sino más bien el lugar donde la conducta se despliega», agregando que la aplicación de la agravante no conlleva atentado al axioma *non bis in idem*, puesto que «quien reside al interior de un espacio de reclusión no por ello pierde la libertad de sus actos, en los términos del primero de los preceptos del estatuto punitivo, como no sea se halle privado de ella por causa otra que la del mismo encierro, evento en el que varía enteramente la estructura sancionatoria».¹³

Circunstancia atenuante de Cooperación eficaz del artículo 22 de la Ley 20.000

La minorante¹⁴ de cooperación eficaz es una herramienta de investigación que se reconoce al imputado ante el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan nece-

13 Corte Suprema, rol 1.351-18, del 8 de marzo de 2018 y Corte Suprema, rol 4.492-22, del 10 de junio de 2022. En Corte Suprema, rol 19.734-18, del 1 de octubre de 2018, se desestima la misma alegación, aludiendo a la historia del establecimiento del artículo 19 letra h), explicando además que «la distinción que el recurso formula a raíz del principio *ne bis in idem*, entre las personas que se encuentran privadas de libertad y las que no lo están, aparece como artificial toda vez que en ambas hipótesis los hechos se producen al interior del recinto que se encuentra bajo la tutela de Gendarmería de Chile, de manera que las restricciones y prohibiciones afectan no solo a los usuarios no privados de libertad, como sostiene la defensa, sino también a aquellos que se encuentran al interior de los recintos carcelarios». Descartan también que el carácter no voluntario de la estancia del agente en el recinto penitenciario impida la aplicación de la agravante en análisis, Corte de Apelaciones de Talca, rol 601-2015, del 2 de octubre de 2015, y Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 148-18, del 12 de febrero de 2018, y Vásquez Barriga (2016: 424), y Cabezas (2018: 629).

14 En relación con esta atenuante especial cabe subrayar la disposición contenida en el artículo 62 de la Ley 20.000: «No se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas en la Ley 18.216 a la persona que haya sido condenada con anterioridad por alguno de los crímenes o simples delitos contemplados en esta ley o en la Ley 19.366, en virtud de sentencia ejecutoriada, haya cumplido o no, efectivamente, la condena, a menos que le sea reconocida la circunstancia atenuante establecida en el artículo 22».

sariamente al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la Ley 20.000,¹⁵ la cual, una vez calificada de tal, podría producir el efecto de rebajar la pena hasta en dos grados.¹⁶

15 En la primera hipótesis la colaboración recae sobre la misma investigación que afecta al imputado, e implica que son los datos aportados por el colaborador y no otros (que eventualmente ya sean manejados por la policía o el fiscal) los que permitan lograr estos objetivos. Mientras en la segunda hipótesis, el colaborador aporta datos a un proceso extraño al que se sigue en su contra, y gracias a ellos el Ministerio Público ha podido iniciar nuevas investigaciones que finalmente han logrado evitar la consumación de otros delitos tanto o más graves que los cometidos por el imputado. En Corte de Apelaciones de Santiago, rol 809-06, del 16 de mayo de 2006, se decidió que se cumple con el requisito consistente en que los datos proporcionados por el imputado fueran precisos, verídicos y comprobables, porque, «en la práctica, la propia actuación del Ministerio Público, al acoger los antecedentes proporcionados por el imputado e iniciar una nueva investigación, configura un cumplimiento de esos requisitos, independientemente del resultado obtenido». En Corte Suprema, rol 58.246-21, del 20 de marzo 2022, se califica la información aportada por el acusado de que «en su casa había tres kilos más de la droga hasta allí incautada, circunstancia que luego fue corroborada por la policía que la encontró» como «datos precisos, verídicos y comprobables, esto es, constituyó cooperación en los términos definidos por la citada disposición», sin embargo, desestima la concurrencia de la minorante, al no conducir a uno de los tres citados fines. «El esclarecimiento de los hechos investigados, que puede descartarse porque los hechos de esta investigación estaban acotados con la detención de los cuatro encausados en flagrancia; la identificación de sus responsables, desestimable también porque los cuatro autores estaban plenamente identificados al momento de la entrega de la información; o finalmente, que esta pueda servir para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley, hipótesis que podría haberse configurado en la especie. Sin embargo, los sentenciadores de grado explican claramente en la sentencia que se revisa por qué la información otorgada no reunió tal calidad. En efecto, en el considerando undécimo se lee que «el domicilio en el cual se efectuó el hallazgo de la droga era conocido por los investigadores, [...] era uno de los blancos investigativos, era conocido por los funcionarios de la Policía de Investigaciones que, en razón de la magnitud del decomiso de droga, podrían eventualmente haber solicitado al Ministerio Público la gestión de una orden de entrada y registro al mismo».

16 En Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC 0600623815-5, del 21 de marzo de 2007, se concluye que, dado el uso de la expresión «podrá rebajar» la pena hasta en dos grados, no es «un imperativo para el tribunal aplicar la rebaja completa de tales grados según el tenor de la norma» resolviendo rebajar la pena solo en un grado «en atención a la alta cantidad de droga encontrada, sus niveles de pureza y peligrosidad y para la salud pública».

Se trata de una atenuante especial, que no se compensa con las agravantes comunes y que opera en un momento posterior a la determinación judicial de la pena, según los artículos 65 y siguientes del Código Penal. Esta rebaja puede ser de hasta tres grados, si se trata de cooperar eficazmente en la investigación de una asociación ilícita.

La Corte Suprema ha aclarado que «la apreciación de la eficacia de la cooperación prestada por el imputado, e incluso la existencia misma de esta en los términos del artículo 22 de la ley 20.000, debe ser valorada y expresada, en primer término, por el Ministerio Público —conforme establece el inciso cuarto de la citada disposición—; y luego, por el tribunal que conoce de los hechos, porque solo ellos podrán establecer con certeza si la información aportada por el imputado reúne los presupuestos previstos en la norma, pues como ella indica, la información debe reunir dos requisitos. Primero, estar constituida por datos precisos, verídicos y comprobables, esto es, necesariamente por datos certeros, reales, y desconocidos pero corroborables, que permitan establecer que ha habido cooperación; y segundo, que dicha información sea eficaz, a saber, conducir al esclarecimiento de los hechos investigados, permitir la identificación de sus responsables o servir para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley».¹⁷

El mismo tribunal sostuvo que tratándose de delitos sancionados en la Ley 20.000, no es posible reconocer la atenuante del artículo 11 número 9 del Código Penal, sino únicamente la de cooperación eficaz en análisis, en virtud del principio de especialidad, descartando, por ende, una diferencia de entidad de la colaboración entre ambas modificatorias que permitiera aplicar la primera de no cumplirse las mayores exigencias de la última,¹⁸ razonamiento al que necesariamente debía hacer excepción

¹⁷ Corte Suprema, rol 58.246-21, del 20 de marzo 2022.

¹⁸ Corte Suprema, rol 3.206-07, del 3 de septiembre de 2007, justifica tal decisión, señalando que el artículo 22 de la Ley 20.000 y el artículo 11 número 9 del Código Penal tienen «una misma exigencia en cuanto a la trascendencia que debe tener la colaboración prestada. La ley especial indica que ella debe ser “eficaz”, en tanto la ley común señala que ha de ser “sustancial”. Ambos conceptos se corresponden a un mismo rango de relevancia en la información prestada y la única distinción que pudiera aparecer importante a primera vista, pero que no lo es en realidad, es que, en la ley especial, el objeto de la colaboración puede ser no solo esclarecer “el hecho como se aprecia de la norma analizada del Código Penal, sino que, además, puede ayudar a determinar partícipes e incluso a evitar otros delitos de similar naturaleza”.

lo prescrito en el inciso tercero del artículo 395 del Código Procesal Penal y en el inciso cuarto del artículo 407 del mismo código, en caso de admisión de responsabilidad en el procedimiento simplificado y aceptación de los hechos en el procedimiento abreviado, respectivamente, al autorizar expresamente dichas disposiciones para reconocer la atenuante del artículo 11 número 9 del Código Penal en tales supuestos.

Ese parecer ha sido abandonado por dicha Corte, la que ahora contesta los reclamos por la falta de aplicación de la minorante del artículo 11 número 9, indicando que

ponderar y dictaminar si la colaboración prestada por el acusado puede o no calificarse de sustancial para el esclarecimiento de los hechos investigados, es una decisión privativa de los jueces de la instancia, ya que solo ellos pueden sopesar si la actividad desarrollada por los inculpados a lo largo del procedimiento, a la luz del cúmulo de evidencia reunida en el mismo, contribuyó o no a la labor jurisdiccional de esclarecimiento de los acontecimientos enjuiciados, labor que no puede desarrollarse en esta sede de nulidad pues implicaría una nueva apreciación y valoración de todos los elementos que llevaron a los jueces de la instancia a la conclusión discutida por el recurso.¹⁹

Penas: naturaleza y determinación

En lo relativo a la naturaleza de las penas con que se conminan las conductas sancionadas en la Ley 20.000, las sanciones privativas de libertad no ofrecen innovaciones respecto de lo regulado de manera general

Empero, la correcta interpretación de la atenuante contenida en el 11 número 9, no la limita a los casos en que el acusado colabora con los presupuestos fácticos del delito, sino que también, cuando ha delatado a otro u otros partícipes [...] Existe, por lo tanto, una correlación absoluta entre ambas circunstancias atenuantes, debiendo aplicarse en los casos de tráfico de sustancias estupefacientes la del artículo 22 de la Ley 20.000 por sobre la del artículo 11 número 9 del Código Penal, atendido el principio de especialidad; sin que sea óbice para ello el hecho que en el primer artículo mencionado se contemple una mayor facultad de rebaja de sanción —de hasta dos grados— cuestión que tiene que ver solo con el propósito de los legisladores de favorecer de mejor manera a quienes se arriesgan al prestar colaboración contra una banda de delincuentes y, precisamente, para favorecer la delación en este tipo de delito que constituye un grave flagelo para la salud pública de la población».

19 Corte Suprema, rol 45.305-21, del 1 de mayo de 2002. Anteriormente, Corte Suprema, rol 24.887-14, del 29 de diciembre de 2014; Corte Suprema, rol 37.024-15, del 10 de marzo de 2016; y Corte Suprema, rol 16.919-18, del 13 de septiembre de 2018.

en el Código Penal, sin embargo, aquella ley prevé en su artículo 62 la prohibición de aplicar alguna de las penas sustitutivas de la Ley 18.216 a quien fuere condenado con anterioridad por alguno de los crímenes o simples delitos contemplados en la Ley 20.000 o en la Ley 19.366, en virtud de sentencia ejecutoriada, haya cumplido o no efectivamente la condena, a menos que le sea reconocida la circunstancia atenuante establecida en el artículo 22 —cooperación eficaz—. Dicha prohibición se reitera en el inciso tercero del artículo 1 de la Ley 18.216, pero de manera aún más amplia, porque la extiende a condenas previas por crímenes o simples delitos sancionados bajo la vigencia de la Ley 18.403.²⁰

El inciso tercero del artículo 1 de la Ley 18.216 también prohíbe la imposición de la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad a los condenados por crímenes o simples delitos señalados por las leyes 20.000, 19.366 y 18.403.²¹

En materia de ejecución de la pena privativa de libertad, el inciso tercero del artículo 3 del D. L. 321 dispone que las personas condenadas por los delitos de «elaboración o tráfico de estupefacientes» solo podrán postular al beneficio de libertad condicional cuando hubieren cumplido dos tercios de la pena —la mitad de la condena constituye la regla general en el artículo 2 número 1 de dicho cuerpo legal—. Conviene precisar que esta mayor exigencia es procedente únicamente respecto de los delitos en que la conducta sancionada consista en la elaboración o tráfico de estupefacientes, y no a todo delito contenido en la Ley 20.000.²²

²⁰ El inciso séptimo del citado artículo 1 de la Ley 18.216 establece que «para los efectos de esta ley, no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito», lo que ha generado pronunciamientos dispares sobre la posibilidad de aplicar esta norma también a los condenados por simples delitos y crímenes señalados en la Ley 20.000, en oposición a la aparente prohibición absoluta que consagra el mencionado artículo 62. Se esgrime principalmente a favor de la prevalencia de esta disposición el principio de especialidad, mientras que la aplicación preferente del mencionado inciso séptimo se sustenta, entre otros argumentos, en el principio de proporcionalidad que limita la reacción estatal frente a este tipo de delitos. Los distintos pronunciamientos judiciales y la opinión de los autores son sintetizados y comentados por Gutiérrez (2017: 35-48), quien se inclina por la aplicación del artículo 62 de la Ley 20.000.

²¹ La letra f), a la que se remite el inciso tercero, establece la prestación de servicios en beneficio de la comunidad como pena sustitutiva de las «penas privativas o restrictivas de libertad», lo que deja margen para su aplicación como pena sustitutiva de la multa según los artículos 49 y siguientes del Código Penal.

²² En Corte Suprema, rol 27.152-21, del 16 de abril de 2021, se confirma la senten-

En lo tocante a la pena pecuniaria de multa que diversas figuras imponen de manera copulativa a la sanción privativa de libertad, el artículo 46 indica su destino, y el artículo 52, solo para el caso de la falta del artículo 50, regula su sustitución por la asistencia obligatoria a programas de prevención o de tratamiento o rehabilitación, o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad²³ y, además, faculta al tribunal, en casos debidamente calificados, para eximir al condenado del pago de la multa o imponerle una inferior al mínimo establecido en la ley.²⁴

Los artículos 7 y 12 disponen las sanciones de clausura temporal de establecimiento, y la clausura definitiva y prohibición perpetua de participar en otro establecimiento de igual naturaleza; y los artículos 45 y 46 reglan el comiso, los bienes que especialmente caerán bajo esa sanción, la institución encargada de la subasta y el destino del producto de esta.

El artículo 50 al sancionar la falta de consumo y porte de droga en los lugares y circunstancias que indica, establece, alternativamente, como sanciones la multa, la asistencia obligatoria a programas de prevención o tratamiento o rehabilitación, y la participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad, y prevé como pena accesoria la suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados.

El inciso cuarto del artículo 54 señala que el tribunal determinará la sanción correspondiente teniendo en cuenta las circunstancias personales del infractor y su mayor probabilidad de rehabilitación, para lo cual el juez establecerá la obligación del infractor de ser examinado por un médico calificado por el Servicio de Salud correspondiente. Esta disposición prácticamente no tiene aplicación hoy, principalmente porque el Ministerio Público para poder someter el conocimiento y juzgamiento

cia Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 43-21, del 7 de abril de 2021, que rechaza la acción de amparo por la que se reclama que Gendarmería haya requerido para postular al beneficio de libertad condicional el cumplimiento de dos tercios de la pena del delito de asociación ilícita, acción rechazada únicamente porque la mitad del tiempo aún no se encontraba cumplida al accionar y, por ende, «lo que busca el recurrente, a través de la presente acción, es una declaración de derechos que no es propia de una acción urgente y cautelar».

23 Según prescribe el mismo artículo 52, la regulación y revocación de la pena de servicios en favor de la comunidad, se regirá por las disposiciones contenidas en los artículos 49 a 49 sexies del Código Penal.

24 Como se adelantó, en caso de no pago de la multa impuesta por la comisión de simples delitos y crímenes de la Ley 20.000, debe acudirse a las reglas generales de los artículos 49 y siguientes del Código Penal, en lo que corresponda.

de esta falta al procedimiento monitorio, requiere solo la pena de multa, procedimiento en el cual el juez de garantía puede pronunciarse únicamente aceptando o rechazando el requerimiento y, en el primer supuesto, imponiendo hasta la pena pecuniaria solicitada. Aun de celebrarse un juicio oral simplificado por el rechazo del requerimiento —de oficio o a petición del requerido—, los juzgados de garantía casi uniformemente imponen únicamente la multa.

En lo concerniente a la «determinación de las penas» —entendiendo en forma muy laxa este concepto—,²⁵ la Ley 20.000 comprende diversas disposiciones que se apartan de las normas generales del Código Penal, algunas de las cuales han sido examinadas en otro lugar de este trabajo, a las que nos remitimos y aquí solo se compendian.

El artículo 16 viene a excluir el concurso aparente entre el delito de asociación ilícita y algún otro previstos en esta ley, al disponer que debe estarse a lo señalado en el artículo 74 del Código Penal, para los efectos de la aplicación de la pena, esto es, lo cataloga como un concurso real.

El artículo 17 prescribe que la conspiración para cometer los delitos contemplados en esta ley será sancionada con la pena asignada al delito respectivo, rebajada en un grado, con lo que se consagra una excepción a la regla general del artículo 8 del Código Penal que excluye su punibilidad, salvo los casos en que la ley la pena especialmente, como aquí ocurre.

Por otra parte, el artículo 18 establece que los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución, norma irrelevante, desde que, como hemos insistido, en la descripción típica de los delitos de tráfico y microtráfico ya se castiga del mismo modo la tentativa que la consumación.

Las condiciones para que operen las rebajas de penas que autorizan los incisos segundos de los artículos 1 —y el tercero por remisión a este— y 8, han sido ya estudiadas en los capítulos correspondientes, solo restando agregar que deben llevarse a cabo, en opinión de algún autor, a partir del grado único en que consista la pena o del grado mínimo que contemple, si está compuesta de dos o más grados.²⁶

²⁵ Un estudio sobre esta materia con relación a la Ley 19.366, pero que en gran parte sigue vigente, en Matus (2000: 415 y ss.).

²⁶ Matus (2000: 454 y 455) afirma que definidos el grado o los grados de que se compone una pena, las disminuciones en grado que impone la ley, según las reglas de los números 1 y 2 del artículo 61 del Código Penal, se hacen a partir del grado

El inciso primero del artículo 19 regula un efecto especial para las circunstancias agravantes que enuncia, esto es, el aumento de la pena en un grado, lo que implica que si se trata de una sanción compuesta de diversos grados, todo el marco penal —sus distintos grados— deben elevarse al inmediatamente superior, por ejemplo, la pena de presidio menor en su grado medio a máximo del microtráfico, por aplicación de alguna de las agravantes del artículo 19, termina con un marco penal de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo,²⁷ dentro del cual incidirán después las circunstancias modificatorias —atenuantes y agravantes— ordinarias, conforme a las reglas generales. Asimismo, el inciso final del artículo 19 prescribe que, si concurren dos o más de las agravantes que consagra, la pena podrá ser aumentada en dos grados.

Y el artículo 20 señala que en los delitos contemplados en la Ley 20.000 no procederá la atenuante de responsabilidad penal contenida en el número 7 del artículo 11 del Código Penal, mientras que el 21 dispone que para determinar si existe reincidencia en los delitos castigados en el mismo texto legal, se considerarán las sentencias firmes dictadas en un Estado extranjero, aun cuando la pena impuesta no haya sido cumplida.

Por último, la forma especial en que opera la atenuante de cooperación eficaz en la determinación de pena ya ha sido analizada en la sección anterior.

único en que consista o del grado mínimo que contemple, si está compuesta de dos o más grados.

²⁷ Matus y Ramírez (2019: 494) parecen plantearlo como facultativo al señalar que esta elevación «puede» hacerse desde el mínimo.

Capítulo 10

Técnicas especiales de investigación criminal

Entrega vigilada y controlada de drogas

Esta técnica especial de investigación criminal fue introducida por primera vez en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Convención de Viena, de 1988), celebrada en Viena el 20 de diciembre de 1988, que instruyó a los Estados parte a regular esta técnica investigativa, con reserva de los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos.

La Convención entrega un concepto de entrega vigilada en el artículo 1 letra g): se entiende la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o el Cuadro II anexos a la presente Convención o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo primero del artículo 3 de la presente Convención.

Luego, su artículo 11 dispone:

Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas.

Se agrega que «las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los

arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las Partes interesadas».

Por último, se señala que «las remesas ilícitas cuyas entregas se hayan acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas, a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan».

De esta forma, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención, en virtud del cual los Estados signatarios se comprometen a adoptar las medidas necesarias de orden legislativo y administrativo conforme a las disposiciones de sus respectivos derechos internos, se incorporó en la antecesora Ley de Drogas, o Ley 19.366, esta técnica de investigación criminal.

A diferencia de lo que hoy acontece, esta técnica de investigación surge bajo el sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo, por ello, requería autorización judicial. El juez debía, por lo tanto, estar plenamente informado acerca del desarrollo de esta diligencia, teniendo esta por objeto descubrir la forma en que se introduce y distribuye la droga en el país y los partícipes involucrados en el delito de tráfico ilícito.

Marco normativo: Título II, párrafo primero, artículo 23, Ley 20.000

Concepto de entrega vigilada y controlada de drogas

El inciso primero del artículo 23 de la Ley 20.000 nos entrega una definición:

El Ministerio Público podrá autorizar que los envíos ilícitos o sospechosos de las sustancias a que se refieren los artículos 1 y 2, o las sustancias por las que se hayan sustituido, total o parcialmente, las anteriormente mencionadas, los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos sancionados en esta ley y los efectos de tales delitos, se trasladen, guarden, intercepten o circulen dentro del territorio nacional, salgan de él o entren en él, bajo la vigilancia o el control de la autoridad correspondiente, con el propósito de individualizar a las personas que participen en la ejecución de tales hechos, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos.

Por lo tanto, el órgano investigador está facultado para autorizar la circulación de remesas ilícitas o sospechosas, tanto si se trata de drogas, precursores químicos, instrumentos o efectos del delito, dentro del país, sea que salga o entren, pues podría tratarse de una diligencia internacional de entrega vigilada o controlada de drogas activa o pasiva. El Ministerio Público de Chile ha suscrito al efecto, diversos convenios bilaterales que regulan el procedimiento a seguir, pudiendo mencionarse, por ejemplo, protocolos de cooperación interinstitucional sobre remesas o entregas controladas y vigiladas de droga con Perú, Bolivia, Colombia, Argentina y Paraguay (Observatorio del Narcotráfico en Chile, 2022).

Esta técnica de investigación fue mejorada respecto de su original redacción. Inicialmente no permitía la intervención del envío, pese a que su regulación en la Convención de Viena de 1988, sí lo admitía. La antigua redacción de la entrega vigilada solo comprendía la circulación autorizada del envío, «vigilada» por la autoridad, es decir, sin posibilidad de una sustitución total o parcial del envío para asegurar «su incautación».

Por último, es importante señalar que la cadena de custodia en este tipo de entrega se inicia con la incautación del envío ilícito o sospechoso por el funcionario policial que actúa en el procedimiento, saliendo de esta forma de la esfera de cuidado del investigado. Luego, al momento de tener que realizar la entrega de la droga, se le devuelve todo o parte de ella, de lo que se deja constancia en la cadena de custodia. Al llegar a término la técnica de investigación, se incauta nuevamente la droga y es entregada al Servicio de Salud que corresponda para su análisis. En virtud de este procedimiento, se recomienda instruir a la policía para que levante actas que acrediten su tránsito desde su incautación primaria hasta su recepción en el organismo encargado de realizar las pericias a las drogas.

Ámbito de aplicación¹

Esta técnica de investigación ha de utilizarse cuando se presuma fundadamente que ella facilitará la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero, como, asimismo, la individualización de

¹ Oficio FN 936 (2017: 19-20). Al respecto, recientemente, Corte Suprema, rol 7.876-22, del 15 de junio de 2022.

las personas que participen en la ejecución de los delitos previstos en la Ley de Drogas, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies que pueden ser objeto de esta técnica, o sirva para prevenir y comprobar cualquiera de los delitos descritos y sancionados en la Ley 20.000.

De encontrarse las sustancias, instrumentos y efectos del delito en zonas sujetas a la potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduanas observará las instrucciones que imparta el Ministerio Público para los efectos de aplicar esta técnica de investigación.

En todo caso, en virtud de la potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduanas tiene atribuciones para controlar el ingreso y salida de mercancías hacia y desde el territorio nacional, quedando además sujetas a este control las personas que pasen por las fronteras, puertos y aeropuertos, por lo cual en la práctica, siempre esta técnica se coordina con las autoridades que sea necesario conforme a la circulación de la especie de que se trate, atendido a que, sin este escenario de contribución a la investigación penal, estas operaciones especiales de pesquisa pueden verse frustradas.

Particularidades de esta técnica

Detención por flagrancia

Se admite expresamente en caso de peligro para la vida o integridad de funcionarios, agentes encubiertos o informantes que intervengan en la operación, el proceder a la detención en virtud de flagrancia. Debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 20.000 que dispone:

Tratándose de la investigación de los delitos establecidos en esta ley, el plazo contemplado en el inciso segundo del artículo 132 del Código Procesal Penal podrá ser ampliado por el juez de garantía hasta por el término de cinco días, cuando el fiscal así lo solicite, por ser conducente para el éxito de alguna diligencia. El juez se pronunciará de inmediato sobre dicha petición, que podrá ser formulada y resuelta de conformidad con lo prevenido en el artículo 9 del Código Procesal Penal.

Detención por orden judicial

El Ministerio Público puede disponer en cualquier momento la suspensión de la entrega vigilada o controlada y solicitar al juez de garantía que

ordene la detención de los partícipes y la incautación de las sustancias y demás instrumentos, si las diligencias llegaren a poner en peligro la vida o integridad de los funcionarios, agentes encubiertos o informantes que intervengan en la operación, la recolección de antecedentes importantes para la investigación o el aseguramiento de los partícipes.

Medidas especiales

En esta materia se ha establecido el deber del Ministerio Público de adoptar todas las medidas necesarias para vigilar las especies y bienes objeto de esta técnica de investigación, como asimismo para proteger a todos los que participen en la operación. Atendido a que no se indican cuáles son dichas medidas, ello queda a criterio del fiscal de acuerdo con la situación en concreto.

Se hace mención expresa a que en el plano internacional la entrega vigilada o controlada se adecuará a lo dispuesto en los acuerdos o tratados internacionales. En este punto ver lo anteriormente señalado respecto de la Convención de Viena, de 1988.

Facilitación de la cooperación y asistencia internacional

El Ministerio Público podrá solicitar a las autoridades policiales y judiciales extranjeras, directamente y sin sujeción al procedimiento establecido en los incisos primero y segundo del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, la remisión de los elementos de convicción necesarios para acreditar el hecho delictuoso y las responsabilidades penales investigadas en el país, de conformidad a los convenios y tratados internacionales vigentes, como asimismo, otorgar a dichas autoridades extranjeras tales antecedentes o elementos de convicción.

Regla de consumación del ilícito investigado

Se establece expresamente que no obstará a la consumación de los delitos que se pesquisen con ocasión de la aplicación de esta técnica de investigación, el haber sustituido las sustancias, ni el que hayan participado funcionarios, agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes.²

² Durante la vigencia de la anterior Ley 19.366, algunos fallos interpretaron que, ante el reemplazo total de la droga, no nos encontraríamos ante una forma de tentativa absolutamente inidónea o delito imposible (Gaceta Jurídica, 1995: 100-110).

Regla de punibilidad

La intervención de funcionarios, agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes en las entregas vigiladas o controladas no se considerará inducción o instigación al delito, por lo que el investigado no podrá argumentar la no punibilidad de su conducta.

Interceptaciones telefónicas

Marco normativo: Título II, párrafo primero, artículo 24, Ley 20.000

Al igual que su antecesora Ley 19.366, las medidas de retención e incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros medios técnicos de investigación, se podrán aplicar respecto de todos los delitos previstos en la ley, cualquiera sea la pena que merezcan (no rige la limitación de pena de crimen establecida en el artículo 222 del Código Procesal Penal), y respetando en lo demás las normas del Código Procesal Penal. Asimismo, no se aplica lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 222 del Código Procesal Penal, respecto a indicar en forma pormenorizada el nombre y dirección del afectado por la medida, siendo suficiente, de conformidad al artículo 24, en su inciso segundo: «Consignar las circunstancias que lo individualizaren o determinaren», lo que se traduce en la práctica que basta la indicación de nombres supuestos (chapas) en la medida que se fundamente la solicitud de la medida.

Concepto de interceptación telefónica

El artículo 19 números 4 y 5 de nuestra Constitución Política del Estado garantiza el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, y asimismo la protección de sus datos personales, y la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, agregando que el hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.

Ahora bien, respecto a la entrega de una definición, Ivelic (2019: 15) señala

un concepto integral de las interceptaciones de comunicaciones telefónicas que comprende el objeto, los sujetos, el bien jurídico, sus etapas, y demás elementos que la integran, es el de Tomás López Frago, para quien las interceptaciones telefónicas pueden definirse como aquellas medidas instrumentales restrictivas de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase instructora de un proceso penal bajo la autoridad de un órgano jurisdiccional competente frente a un imputado —u otros sujetos de los que este se sirva para comunicarse—, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar el delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios (López Frago, 1991: 166).

Requisitos de la intervención telefónica

Procedimentales

- Solo puede ser autorizada por el Juez de Garantía, a petición del Ministerio Público (artículo 222 inciso primero del Código Procesal Penal).
- La solicitud debe indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida y señalar la forma de la interceptación y la duración de esta. Artículo 222 inciso cuarto. Este requisito no existe según lo visto anteriormente, tratándose de delitos de la Ley 20.000.
- La grabación debe ser entregada por los funcionarios policiales encargados de esta directamente al Ministerio Público, quien la conservará bajo sello, asegurando su debida custodia (artículo 223 inciso primero del Código Procesal Penal).
- El plazo de la medida no puede exceder de 60 días, prorrogables por períodos de hasta la misma duración, en caso de mantenerse los supuestos que la autorizaron (artículo 222 inciso cuarto del Código Procesal Penal).
- De estimarse conveniente por el Ministerio Público, podrá disponerse la transcripción escrita de la grabación por un funcionario que actuará para estos efectos como ministro de fe (artículo 223 inciso segundo del Código Procesal Penal).

- La medida deberá ser notificada al afectado con posterioridad a su realización, en cuanto el objeto de la investigación lo permita y en la medida que ello no ponga en peligro la vida o integridad de terceras personas (artículo 224 del Código Procesal Penal).

De fondo

La motivación. La interceptación de las comunicaciones telefónicas exige una resolución judicial que debe cumplir los requisitos señalados en el artículo 222 del Código Procesal Penal (además, de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 20.000, tratándose de delitos de la Ley de Drogas).

No obstante que las normas citadas no hacen referencia explícita a este requisito, la resolución en cuya virtud se lleva a cabo esta medida, debe ser motivada, ello con el objeto de que el interesado pueda, en su momento, conocer con precisión cuáles fueron los motivos que originaron la intervención y así poder resguardar debidamente sus derechos. Ivelic expresa que la motivación

consiste en el control judicial previo a la interceptación de las comunicaciones telefónicas, control que se realiza mediante una resolución judicial debidamente motivada; esto es, que exteriorice tanto el presupuesto material que la fundamenta, como el juicio de mérito que la justifica. Este deber de motivación se funda, por una parte, en la necesidad de dar vigencia al principio del debido proceso (en su dimensión de derecho a la defensa y derecho al recurso) haciendo posible el conocimiento y la impugnación de la resolución. Por otra parte, constituye una garantía de control democrático de las decisiones jurisdiccionales (2019: 16 y 17).

En España, la Fiscalía General del Estado, a través de la Circular 1/2019, del 6 de marzo, sobre «disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (BOE, 2019: 30.061-30.090), en su apartado 2.3.3, Contenido de la resolución judicial, 2.3.3.1 Auto motivado, audiencia del Ministerio Fiscal y plazo para dictar la resolución, regula lo siguiente:

El apartado primero del artículo 588 bis c), establece: «El juez de instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal. Esta resolución se dictará en el plazo

máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud».

La necesidad de auto para la adopción de medidas de investigación tecnológica viene impuesta por el artículo 141 Ley de Enjuiciamiento Criminal al indicar que las resoluciones que dicten los juzgados y tribunales se denominarán autos cuando afecten a un derecho fundamental.

El apartado segundo del artículo 588 bis c) prevé que el Juez, antes de resolver, pueda requerir una ampliación o aclaración de la solicitud con la finalidad de completar la fundamentación. Su objeto puede referirse a cualquiera de los requisitos expresados en los artículos anteriores, tanto materiales como formales.

Proporcionalidad de la medida

En el derecho español se consagra el principio de proporcionalidad en el numeral 5 del artículo 588 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como uno de los principios rectores, conforme al siguiente tenor:

Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

La citada Circular 1/2019, de la Fiscalía General del Estado nos entrega un análisis acerca de este principio:

Desde el punto de vista sistemático, el precepto se estructura mediante una primera definición del principio de proporcionalidad, en el que deben valorarse, por un lado, los «derechos e intereses afectados por la medida», es decir, los de la persona implicada, y por otro, el «interés público y de terceros». Seguidamente, la norma describe los criterios para realizar una valoración de lo que deba entenderse por «interés público». A tal efecto, se citan, en primer lugar, la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, que podrán concurrir cumulativamente o no y, a continuación, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido, cuya concurrencia conjunta es ineludible (BOE, 2019: 30.066).

Doble control de la interceptación. Conforme al artículo 222 inciso primero del Código Procesal Penal, será el Juez de Garantía, a petición del Ministerio Público, quien podrá ordenar la interceptación y grabaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.

Así, por una parte, el juez debe controlar la persona a quien haya de afectar la medida, la forma en que esta se llevará a efecto y la duración de esta, que tiene un límite temporal (artículo 222 inciso cuarto del Código Procesal Penal) y por la otra, el Ministerio Público deberá controlar la fidelidad y conservación del registro (artículo 223 del Código Procesal Penal).³

Duración de la medida y prórrogas

Teniendo presente que la interceptación de las comunicaciones supone una intromisión en la esfera del derecho fundamental consagrado en el artículo 19 números 4 y 5 de la Constitución Política del Estado, el legislador penal se ha encargado de poner un límite temporal a su duración en el artículo 222 inciso sexto del Código Procesal Penal, al disponer que esta no podrá exceder de sesenta días, prorrogables por «períodos de hasta igual duración», para lo cual deberá el juez examinar cada vez la concurrencia de los requisitos que hicieron procedente la medida.

Al tenor de lo expuesto, las prórrogas deben estar también lo suficientemente motivadas, debiendo el Juez de Garantía concederlas o no, en función del resultado de la investigación.

Al respecto, el Tribunal Supremo español (STS número 629/2011, del 23 de junio de 2011) ha declarado:

Por lo que respecta a las prórrogas y a las nuevas intervenciones telefónicas acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, las exigencias de motivación anteriormente expuestas han de observarse también en la resolución acordada con carácter previo a

³ La doctrina del Tribunal Supremo español considera que el control de la medida de interceptación telefónica se verifica a través de los informes que la policía debe proporcionar de manera regular al juez, a fin de que este cuente con la necesaria información acerca de los resultados obtenidos (STS número 629/2011, del 23 de junio de 2011). Esta doctrina jurisprudencial ha sido incorporada al artículo 588 bis g) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, bajo el rótulo de «control de la medida», conforme a la cual se exige que la Policía Judicial informe su desarrollo y resultados en la forma y con la periodicidad que el juez determine.

acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente ofrecida (SSTC. 49/99 de 5.4, 171/99 de 27.9, 202/2001 de 15.10, 261/2005 de 24.10).

Ha de tenerse en cuenta que la ilegitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de los datos obtenidos en la primera. Ciertamente, el resultado de la intervención telefónica precedente puede proporcionar datos objetivos indiciarios de la existencia de un delito grave, pero la ilegitimidad constitucional de la primera intervención contamina irremediablemente las ulteriores de ella derivadas (SSTC. 171/1999, del 27 de septiembre; 299/2000, del 11 de diciembre; 184/2003, del 23 de octubre; 165/2005, del 20 de junio; 253/2006, del 11 de septiembre).

Notificación al afectado por la interceptación

De acuerdo con el artículo 224 del Código Procesal Penal, «la medida de interceptación será notificada al afectado por la misma con posterioridad a su realización, en cuanto el objeto de la investigación lo permitiere, y en la medida que ello no pusiere en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas».

De esta forma, se consagra en el texto actual el derecho del imputado o afectado con la medida de conocer a posteriori la existencia de esta, ello sí, con dos limitaciones obvias: i) que el objeto de la investigación lo permitiere, y ii) que la publicidad de la medida no ponga en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas.

Valor probatorio de la intervención

En esta materia, es necesario distinguir si la intervención ha sido efectuada conforme a la ley o no.

Intervención telefónica lícita

Cuando la intervención telefónica ha sido autorizada y ejecutada de acuerdo con los presupuestos y límites analizados, esta medida constituirá un medio de prueba plenamente válido, capaz de generar efectos probatorios conforme a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

Si la intervención telefónica se efectúa con vulneración de lo dispuesto en los artículos 222 y siguientes del Código Procesal Penal, el artículo 225 prescribe que sus resultados no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento, restando por dilucidar si esa prohibición queda circunscrita al contenido mismo de la grabación o si, por el contrario, se extiende también a todas las pruebas que directa o indirectamente tengan como causa aquella prueba de valoración prohibida (Ramírez, 2000: 267-329).

Incorporación de la prueba en el juicio oral

Conforme a lo dispuesto en el artículo 223 inciso tercero, la incorporación al juicio oral de los resultados obtenidos de la medida de interceptación se realizará de la manera que determine el tribunal, en la oportunidad procesal respectiva, pudiendo ser citados como testigos los encargados de practicar la diligencia.

Los descubrimientos ocasionales o «casuales»

Siguiendo a Álvarez de Neyra podemos definir el hallazgo o descubrimiento casual como

la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos (ya sea una intervención telefónica, una entrada y registro u otras diligencias de investigación similares), o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando, es decir, cuando al investigar unos determinados hechos delictivos, se descubren por casualidad otros distintos o aparecen otros sujetos implicados (2011: 3).

A su turno, el artículo 588 bis i de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone:

«Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales». El uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los descubrimientos casuales se regularán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 579 bis. Y esta última disposición en lo pertinente reza lo siguiente: «3. La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autoriza-

ción del juez competente, para la cual, este comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Asimismo, se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce».

En lo concerniente a los problemas que pueden plantear tales descubrimientos, las soluciones propuestas en la doctrina española (BOE, 2019: 30.081-30.083), pueden resumirse de la siguiente forma:

- Si los hechos descubiertos tienen conexión con los que son objeto de la investigación, los hallazgos producidos en ella producen efecto como medio de investigación y medio de prueba.
- Si los hechos descubiertos no guardan conexión con los fundantes de la interceptación, se estimarán como noticia criminis y se deducirá testimonio para que se inicie la correspondiente investigación.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 223 inciso final «hallazgos casuales telefónicos», se encarga de aclarar que respecto de aquellas grabaciones que contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos, seguidos por hechos que pudieren constituir un delito que merezca pena de crimen, puede hacerse uso conforme a las normas referidas.⁴

4 Véase, Ivelic (2019: 58-111) y Corte Suprema rol 46.489-16, del 5 de septiembre de 2016: «Que, en consecuencia, la diligencia intrusiva realizada en la investigación de los hechos calificados como delito de tráfico de estupefacientes cuya información ha sido utilizada en este proceso, no merece reparo alguno. En efecto, se otorgó autorización para la interceptación con completa sujeción a las normas que la previenen, en los términos previstos en los artículos 222 del Código Procesal Penal y 24 de la Ley 20.000, de manera que tras la información obtenida de las interceptaciones del 17 de marzo de 2014 en adelante, que daban cuenta de actos preparatorios del delito objeto del fallo recurrido, era inevitable la investigación se encaminaría a su comprobación, dando así cumplimiento al cometido del Ministerio Público establecido en los artículos 1 de la Ley 19.640 y 3 del Código Procesal Penal. En este escenario resulta indudable que no ha existido actuación inconsulta de los funcionarios policiales para proceder al uso de las interceptaciones telefónicas; y encontrándose asentado que el procedimiento investigativo también se encontraba dirigido en contra del acusado Gerardo Galleguillos, la acusación que se vierte en el planteamiento de la causal principal invocada deviene en extremadamente formal, ya que ella no discute los presupuestos tenidos en cuenta para la práctica del mecanismo de averi-

Resumen de esta técnica especial de investigación penal

Teniendo presente el carácter de derecho fundamental que nuestra Constitución Política asigna al secreto de las comunicaciones y el respeto a la intimidad, nuestro legislador penal de manera excepcional ha previsto la posibilidad de sacrificar este derecho cuando están en juego valores superiores, entre otros, la seguridad nacional, la defensa del orden público y la protección de los derechos de terceros. Sin embargo, esta restricción implica una serie de exigencias imprescindibles que hacen referencia a requisitos necesarios para adoptar la medida de interceptación telefónica; a saber:

- Proporcionalidad. En este sentido, se habla de necesidad o trascendencia social para conciliar la limitación del derecho y la intimidad individual. Nuestro Código adjetivo permite el uso de las interceptaciones telefónicas para la investigación de delitos que tengan asignada pena de crimen, en el artículo 222, requisito del que prescinde el artículo 24 de la Ley 20.000 tratándose de la investigación de delitos relativos al tráfico de drogas.
- Motivación. La resolución judicial que autoriza una intervención telefónica debe fundar la existencia de presupuestos materiales habilitantes para la intervención, es decir, los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados.
- Especialidad de la materia a investigar. No cabe disponer la interceptación para lograr el descubrimiento genérico de posibles delitos, situación que supondría conceder autorizaciones en blanco.
- Fundadas sospechas. La adopción de la medida exige la existencia, al menos, de fundadas sospechas basadas en hechos determinados de la comisión o participación en un delito, situación que excluye las escuchas «predelictuales» o de «prospección» si van desligadas de la realización de hechos delictivos concretos.
- Subsidiariedad. Esto es, que la intervención telefónica solo debe

guación que consagra la Ley de Drogas, sino que toda la impugnación se estructura en la errónea singularización de quien usaba el teléfono al momento de solicitarla, lo que constituye —tal como se dijo— una contingencia no prevista, que encuadra en la situación descrita en el inciso final del artículo 223 del Código Procesal Penal».

disponerse cuando no haya otro medio de investigación menos gravoso para las libertades y derechos ajenos. En otras palabras, solo cabe recurrir a ella en caso de ser imprescindible, tanto desde el punto de vista de la utilidad, como de la cualidad de la misma. De no ser así, el principio de proporcionalidad ya aludido se vería afectado.

- Utilidad. Al autorizarse esta actuación, debe entenderse que ella va a conducir al descubrimiento o comprobación de un hecho punible.
- Debe ser solicitada antes de formalizar la investigación en contra de la persona afectada. De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 9, 182 y 236 del Código Procesal Penal.
- Control judicial. Finalmente, para asegurar la legalidad de la medida, debe existir un control judicial sobre su procedencia, prórrogas y extensión temporal, y la debida custodia de los resultados queda a cargo del Ministerio Público.

Agente encubierto, agente revelador e informante

Marco normativo: Título II, párrafo tercero, artículo 25, Ley 20.000

Aplicación

Al igual que la Ley 19.366, la actual legislación regula la figura del agente encubierto e informante de los servicios policiales, sea como informante propiamente tal o en calidad de encubierto, pero se innovó permitiendo y regulando la actuación de los agentes reveladores e informantes reveladores.

Como técnica de investigación queda entregada su aplicación al Ministerio Público, por ello es el fiscal quien debe autorizar el nombramiento de un agente encubierto, revelador o informante en calidad de encubierto o revelador.⁵

⁵ Situación distinta es la que acontece en otros cuerpos legales, donde es el Juez de Garantía quien autoriza esta técnica. A saber, Código Penal: Delitos de pornografía y prostitución infantil (artículo 369 ter); y delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas (artículo 411 octies); Ley 21.459 Establece Normas sobre Delitos Informáticos, Deroga la Ley 19.223 y Modifica otros cuerpos legales con el objeto de adecuarlos al Convenio de Budapest (Agente encubierto en línea: artículo 12).

Agente encubierto

El inciso segundo del artículo 25 de la Ley 20.000 define el agente encubierto como «el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación».

Requisitos

Respecto de las exigencias o requisitos de esta técnica, la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema se ha pronunciado en orden a reconocer la validez de la designación por parte de la policía de un funcionario o informante policial en calidad de encubierto o revelador, atendida la autorización previa del fiscal.

Que viene a confirmar la interpretación de la sentencia recurrida, esto es, que la ley no demanda para la validez de la diligencia de agente encubierto o revelador que el informante que se desempeña como tal sea designado por el Ministerio Público, pudiendo efectuarse ello por la misma policía a la cual presta colaboración, el texto del inciso quinto del artículo 25 que se viene comentando, al señalar que «Informante es quien [...] sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos [policiales], participa en los términos señalados en alguno de los incisos anteriores [como agente revelador o agente encubierto]». Este inciso, que viene a precisar y clarificar los conceptos mencionados en el inciso primero, no establece que para el desempeño como agente encubierto o agente revelador el informante deba ser autorizado nominativamente por el Ministerio Público, sino solo precisa que cumpla tal rol «con conocimiento» de los organismos policiales, sin perjuicio que, como dispone el inciso primero, tal diligencia previamente debe estar aprobada por el Fiscal a cargo, y en particular, aceptando la propuesta para que ella no sea llevada a cabo por un funcionario policial, sino precisamente por un informante [...] que, en otro orden, y a diferencia de lo postulado en el arbitrio, el estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.000 es concordante con lo que se viene razonando. En efecto, en el Mensaje 232-341 del 2 de diciembre de 1999 con el que se inicia la tramitación de la ley que finalmente sustituye a la Ley 19.366, al definirse tanto al agente encu-

bierto como al agente revelador, se expresa que ambos corresponden al «funcionario policial debidamente autorizado por sus superiores» que realiza las actividades que luego describe. Pues bien, la supresión durante la tramitación del proyecto de la expresión «debidamente autorizado por sus superiores» tuvo por único objeto aclarar que tal permiso debe ser otorgado por el Ministerio Público y no por las policías, lo que se conforma con que aquel ente tiene la exclusividad en la dirección de la investigación, pero sin con que con ello se buscase también que la nominación del funcionario que llevará adelante la diligencia sea efectuada por el Ministerio Público. Es así como la indicación del Ejecutivo para eliminar la exigencia de anuencia del superior jerárquico policial se fundó en que en el nuevo sistema procesal penal, la única autoridad a la que le corresponde autorizar a este tipo de agentes es al Ministerio Público, ya que «a la policía solo le cabe designar al funcionario que desempeñará dicha función» (Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado) [...] si el informante es un colaborador de las policías, serán los miembros de estas los que poseerán el conocimiento para discernir si aquel podrá contribuir a la investigación de manera útil, ya sea por aparecer mencionado en otras investigaciones, por haber colaborado exitosamente en otras oportunidades o de otra forma. Además, y tan relevante como lo anterior, serán las policías los que habrán logrado establecer el vínculo de confianza con el particular para que este asuma los elevados riesgos que conlleva tal colaboración, como la de introducirse en organizaciones delictuales dedicadas al tráfico de drogas, de ahí que parezca razonable el que la elección del informante que actuará como agente revelador o agente encubierto venga de las propias policías. De ese modo, difícilmente podría estar el Ministerio Público en mejor posición para definir qué informante actuará como agente encubierto o agente revelador y quién podría contribuir de mejor forma al éxito de la diligencia. Por tanto, de exigirse como regla general que sea dicho organismo y no las policías quienes definan al informante que participará en la pesquisa, solo importaría crear un trámite innecesario y que únicamente aminora la eficiencia y eficacia de la diligencia.⁶

6 Corte Suprema, rol 87.813-16, del 22 de diciembre de 2016.

Desarrollo de los requisitos

- Autorización del Fiscal del Ministerio Público. Se requiere de la autorización expresa por parte del Fiscal, sin perjuicio, como ya lo vimos anteriormente, de la designación que efectúa la policía.
- No puede provocar o instigar al delito. Se instiga cuando se hace nacer en el otro la voluntad de delinquir. El elemento central es, entonces, la voluntad de delinquir o «predisposición delictiva». Si ella ya estaba presente en el sujeto, no hay instigación; en cambio, si se crea dicha voluntad, existe instigación.⁷
- Introducción en una organización delictiva. El agente o informante encubierto puede involucrarse o introducirse en organizaciones delictuales o meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos. En ningún caso este requisito dice relación con la existencia del delito de asociación ilícita descrita en el artículo 16 de la Ley 20.000.
- El nombramiento no ha de ser permanente. Su duración no puede ser indefinida, la actuación del agente o informante encubierto concluye cuando se descubre el delito y se identifica a los partícipes. En la constancia que efectúa el fiscal de la autorización y designación de esta técnica deberá indicar el plazo de duración «al cabo del cual caduca, sin perjuicio de los casos de ejercicio extemporáneo que correspondan a buena fe del agente».⁸

Posibilidad de dotar al agente encubierto de una historia ficticia

La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación deberá otorgar los medios necesarios para la oportuna y debida ma-

⁷ La conducta del agente provocador es constitutiva de una acción de microtráfico incidental efectuado por él mismo, forzando una entrega de una pequeña cantidad de droga, siendo contrario a la legitimidad de un Estado de Derecho condenar la criminalidad que uno de sus agentes ha generado. El agente encubierto es, en doctrina, quien fingiendo estar de acuerdo con las personas sospechosas de ser traficantes de drogas, las mueve a cometer dichas acciones delictivas, con la intención de impedir su consumación una vez comenzada su ejecución, para poner a los autores a disposición de la justicia, con las pruebas obtenidas. Corte de Apelaciones de Santiago, del 29 septiembre de 2000, Gaceta Jurídica, 243: 156.

⁸ Oficio FN 936 (2017: 18).

terialización de la historia ficticia. Cabe hacer presente que la norma habla de «historia ficticia» y no de identidad ficticia, por lo que podemos entender que no solo se busca dotar al agente encubierto de una cédula de identidad falsa, sino de los antecedentes necesarios para que desarrolle su labor en forma segura, lo que implicaría que se le provea, por ejemplo, de licencia de conducir, pasaporte y demás certificaciones de entidades públicas necesarias para que el agente encubierto avale su identidad.

Agente revelador

Es definido como «el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga» (inciso cuarto, artículo 25, Ley 20.000).

De esta definición podemos concluir que no se busca que el agente o informante en calidad de tal, se introduzca en una organización criminal o agrupaciones con propósitos delictivos (en sentido amplio), sino que se pretende la manifestación o entrega de la droga, para lo cual el agente solo puede simular ser comprador o adquirente de esta.

Por la propia dinámica de esta técnica de investigación, ella muestra su mayor incidencia en la investigación del ilícito de microtráfico previsto y sancionado en el artículo 4 de la Ley 20.000.

Requisitos

- Autorización por parte del Ministerio Público.⁹
- Acción a realizar por el agente: simular ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas.

La incorporación de esta técnica investigativa al estatuto nacional de drogas el 2005, obedeció a una necesidad, dado que la figura del agente encubierto no cubría el *modus operandi* de la compraventa de drogas. Al respecto, Pacheco señala

uno de los objetivos principales de la sustitución de la Ley 19.366 por la actualmente vigente Ley 20.000, fue ampliar y perfeccionar los métodos

⁹ Corte Suprema, rol 95.545-21, del 9 de junio de 2022. Autorización otorgada por el Ministerio Público, vía correo electrónico.

de investigación válidos procesalmente para, de esta forma, fortalecer la posición del Estado en la lucha contra el narcotráfico. Dentro de este fortalecimiento de la investigación se encuentra la incorporación de la figura del agente revelador, que es aquel funcionario policial autorizado por el Ministerio Público, y en cumplimiento de las instrucciones de este, simula ser un adquirente de droga con la finalidad de lograr la manifestación e incautación de esta. Esta ley se encargó de suplir el vacío legal que existía en nuestra legislación en relación con una práctica investigativa que era una realidad en la época, ya que, si bien no encontraba respaldo normativo, sí se utilizaba mucho en la práctica policial para la diaria persecución penal de este tipo de ilícitos, amparándose en la existente figura del agente encubierto, con la que, supuestamente, calzaría. Sin embargo, esta situación que se daba en la práctica, no contaba con la aprobación generalizada de los jueces, lo que provocó, consecuentemente, que muchos tribunales terminaran dictando sentencias absolutorias a favor de los imputados por figuras asociadas al narcotráfico, en razón de considerar esta actuación policial como una inducción a cometer el delito, lo que, a su parecer, violentaba gravemente las garantías de los imputados y excedía las facultades que la ley contemplaba para la figura del agente encubierto (2017: 25).

Finalidad: Lograr la manifestación o incautación de la droga. Lo buscado por el legislador con el agente revelador es que este logre que la droga llegue a su poder.

Informante

«Es quien suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o que, sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa como encubierto o revelador» (inciso quinto, artículo 25, Ley 20.000).

Estamos ante un particular que realiza la labor de entrega de información a los funcionarios policiales y que se encuentra inscrito en los registros de dicha institución con la calidad de informante, y que puede actuar entregando solo datos o información «informante propiamente tal» o actuar en calidad de encubierto o revelador, conforme a la autorización del Ministerio Público.

Exención de responsabilidad para agentes encubiertos, reveladores e informantes. Aplicación restrictiva

Se les exime expresamente de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de esta. Ivelic señala

en cuanto a la legitimidad de la conducta del agente encubierto (activa o pasiva), el estándar para determinarlo es el de la proporcionalidad. De esta manera se podrá evaluar si la intensidad de la conducta del agente encubierto era necesaria y la más adecuada para obtener la finalidad ordenada por la ley, atendido el particular contexto del ambiente delictivo en el cual se estaba desarrollando el agente encubierto y la existencia de otros mecanismos investigativos menos intrusivos que habrían podido utilizarse (2014: 160).

Siguiendo al mismo autor, dos son las características de esta causal de exención de responsabilidad: i) es una causal de justificación que se funda en un interés preponderante consistente en el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un oficio o cargo (artículo 10 número 1 del Código Penal); y ii) no restringe su aplicación a ciertos delitos, solo hace referencia a que estos sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de esta.

Análisis de los términos en que se regula la causal de exención de responsabilidad

- Respecto del comportamiento del agente encubierto, agente revelador o informante que actúe en alguna de dichas calidades, este puede ser i) activo («delitos en que deban incurrir») u ii) omisivo (delitos que «no hayan podido impedir»).
- Los delitos que realizó o presenció sin impedir, deben siempre ser consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación: debe haber un vínculo entre el delito que comete o el que no pudo impedir, con el delito investigado. Es importante recalcar que debe estarse ante una «consecuencia necesaria», es decir, el comportamiento

activo u omisivo debe ser subsidiario, pues no debe haber otra vía o forma en que el agente o informante encubierto o revelador pueda realizar su actividad de investigación.

- Los delitos realizados o no impedidos deben guardar la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación. Ha de analizarse el bien jurídico protegido por el tipo penal que se investiga, en relación con el bien jurídico que se afectará con el comportamiento activo u omisivo del agente o informante encubierto o revelador.

Aspectos procesales de interés

Registro de la autorización de la técnica de investigación del Agente Revelador. Artículo 227 Código Procesal Penal, y 25 de la Ley 20.000

El máximo tribunal se ha pronunciado en sentidos diversos respecto de la forma de demostrar la autorización del Ministerio Público para la actuación del agente revelador, en algunas oportunidades requiriendo la constancia elaborada por el propio Fiscal y, en otras, aceptando la prueba de la autorización en juicio mediante declaración de testigos.

Demandando una constancia de la autorización elaborada por el propio Fiscal, ha declarado:

No puede pasarse por alto que el citado artículo 227 no demanda que en la carpeta, cuaderno o registro de investigación del Ministerio Público, sean impresos o digitales, haya «alguna» constancia de las actuaciones de dicho organismo, sino que dicha constancia debe ser dejada por el propio Ministerio Público, lo que evidencia con claridad las palabras utilizadas por el precepto en estudio, esto es, «el Ministerio Público deberá dejar constancia de las actuaciones que realizare»; por lo que no puede aceptarse que el agregar a la aludida carpeta o cuaderno de investigación, el parte policial donde los carabineros refirieron haber tomado contacto telefónico con la fiscal María José Bosen Silva, quien instruyó la técnica contemplada en el artículo 25 de la Ley 20.000, satisfaga el mandato legal en comentario.¹⁰

Y aceptando la prueba de la autorización en el juicio mediante testigos (policías), señaló:

¹⁰ Corte Suprema, rol 20.940-2020, del 28 de abril de 2020.

Respecto de la alegación de las defensas de los sentenciados en orden a que la autorización del agente revelador no habría sido debidamente registrada, es menester argumentar que de los dichos de los agentes antes individualizados [funcionarios policiales que deponen en el juicio] se colige que la autorización fue otorgada por el ente persecutor e incorporada a la carpeta investigativa, siendo su atestado la forma adecuada de incorporar dicha información al juicio oral, toda vez que por expresa disposición del artículo 334 del Código Procesal Penal, está prohibida la lectura en juicio de los registros y demás documentos que dieran cuenta de las actuaciones o diligencias realizadas por la policía o la fiscalía.¹¹

Agente revelador en redes sociales

La Corte Suprema en diversos fallos ha rechazado la exigencia de autorización judicial para que un agente revelador pueda ingresar a una red social (Grindr) en la investigación de delitos de la Ley 20.000:

Quinto: Que el núcleo de la infracción reclamada en el recurso dice relación con la diligencia policial sin autorización del Ministerio Público —calificada de medida investigativa— por medio de la cual policías descargan en un teléfono móvil una aplicación que corresponde a una red social en la cual crean una cuenta con un correo, perfil y nickname falsos, desde donde se obtiene información del acusado relativa a su supuesta participación en tráfico ilícito de drogas, lo que constituye una actuación autónoma de la policía fuera de los casos previstos en el artículo 83 del Código Procesal Penal.

Sexto: Que, como correctamente se expresa en el fallo impugnado, no es posible afirmar que el ingreso a una red social virtual cuya naturaleza es precisamente su carácter más o menos abierto a un grupo indeterminado de personas que comparten un cierto gusto, tendencia, inclinación o afición, elemento común que les otorga cierto nexo que puede dar origen a una vinculación más directa y personal o, incluso participar sin compartir el elemento común motivado nada más por un afán solo de curiosidad, constituya una diligencia intrusiva que requiera autorización judicial por afectar el derecho a la privacidad de sus miembros que voluntariamente han aceptado compartir cierta información en la red o exija instrucción directa del fiscal por tratarse de una diligencia investigativa que está fuera de aquellas señaladas en el artículo 83 del

¹¹ Corte Suprema, rol 34.634-2021, del 29 de septiembre de 2021.

Código Procesal Penal, por cuanto la conducta que se puede atribuir a la policía no es más que de observación de lo que ocurre en la respectiva red social sin que ello signifique ninguna otra interacción con miembros de la misma. Dicha acción es equivalente a la observación que se puede realizar en forma presencial en la vía pública o en forma remota a través de cámaras, todas las cuales en esencia no son más que mirar y observar, aunque en el caso sub lite se necesite para tal propósito de la realización de algunos pasos computacionales previos para ingresar a la red que se procura monitorear.¹²

Cooperación eficaz como técnica de investigación¹³

El texto legal del artículo 22 de la Ley 20.000 establece que la cooperación eficaz es el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables que contribuyen necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados; a la identificación de sus partícipes, o sirven para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad, contemplados en la Ley de Drogas.

Esta institución encuentra su origen en el derecho penal premial que ha sido entendido como una idea

de hacer uso de premios y castigos con diversos fines, entre los cuales se encuentran los de estimular la confesión, delación y terminación anticipada del proceso. Esta forma de justicia considera que es posible que, a través de tales prácticas, se llegue a un negocio que permita «ahorrarse el juicio» y elaborar un acuerdo que defina la responsabilidad penal. Nótese que uno de los instrumentos de justicia premial más comunes y antiguos es la política de recompensas. Este instrumento se constituye en una parte importante de la política criminal para el combate del delito y en una figura dirigida a estimular la delación para poder dar inicio a la persecución penal. No obstante, existen otras figuras premiales que se dan ya en el estadio del proceso, que pretenden definir de manera previa al juicio la responsabilidad del imputado, de modo que este renuncie a tal garantía y obtenga rebajas para su pena por la colaboración o confesión de la culpabilidad (Maza, 2021: 14 y 15).

12 Corte Suprema, rol 20.441-18, del 2 de octubre de 2018. En el mismo sentido, Corte Suprema, rol 45.302-21, del 21 de enero de 2022.

13 Sin perjuicio del tratamiento como circunstancia atenuante especial de responsabilidad penal, contenida en el capítulo anterior, en este acápite se estudia a la cooperación eficaz como técnica de investigación criminal.

«La cooperación eficaz, claramente se inserta dentro del llamado derecho penal premial, y ha sido reconocida en todas las latitudes, en este sentido, “Pentito” (Italia), “Arrepentido” (Argentina, Alemania, Francia, Luxemburgo y España), “Colaborador eficaz” (Chile y Colombia) o simplemente “Colaborador” (Bolivia)» (Salazar, 2006: 1-16).

Cooperación eficaz en la Ley 20.000

Conforme a lo descrito en el artículo 22 de la Ley 20.000 y lo expresado anteriormente, podemos definir a la cooperación eficaz como la herramienta de investigación consistente en el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la Ley de Drogas, la que una vez calificada de tal podría producir el efecto de rebajar la pena hasta en tres grados.

Requisitos de procedencia

- Que el colaborador sea un imputado por alguno de los delitos de la Ley 20.000.
- Que el imputado coopere proporcionando datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables por el Ministerio Público, esto es, exactos, ciertos y verificables. En síntesis, debe tratarse de información importante, significativa.
- La información proporcionada debe conducir a los siguientes resultados: i) haber contribuido al esclarecimiento de los hechos investigados o haber permitido la identificación de sus responsables. En esta hipótesis la colaboración recae sobre la misma investigación que afecta al imputado. «Para que la cooperación eficaz pueda ser reconocida y valorada positivamente en la misma investigación, esta debe implicar necesariamente la detención de coautores y partícipes, que posean una jerarquía igual o superior a la del cooperador, en la banda u organización criminal» (Oficio FN 936 (2017: 16); y ii) que los datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, hayan servido para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad

contemplados en esta ley. Este es el requisito más característico de esta herramienta de investigación «la eficacia», es decir, el logro de resultados concretos. Para lograr el efecto de rebaja de pena, deben cumplirse los fines que busca la norma, descritos en el inciso primero; esclarecer los hechos investigados, haber permitido la identificación de los responsables, o prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley.

- Que el Ministerio Público haya invocado la aplicación de dicho beneficio al formalizar la investigación o en el escrito de acusación contra el imputado colaborador. Este requisito emana del mismo texto de la Ley y pretende centrar la calificación de eficacia en el órgano persecutor. El inciso cuarto del artículo 22 establece lo siguiente: «El Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz en relación con los fines señalados en el inciso primero».

Sin perjuicio del tenor literal de la mentada norma respecto a las instancias procesales para reconocer la cooperación eficaz, el Ministerio Público ha instruido en orden a ampliar su reconocimiento antes del cierre de la investigación y aún, de manera excepcional, con posterioridad a este cierre:

«La oportunidad para prestar una cooperación eficaz podrá verificarse durante la investigación antes del cierre de esta. Excepcionalmente y en casos calificados, con autorización del fiscal regional, podrá reconocerse una cooperación eficaz aportada con posterioridad al cierre de la investigación».

Asimismo, entendemos que es requisito para que opere el premio «rebaja en la pena» la invocación del artículo 22 por parte del Ministerio Público, ya que se exige en términos categóricos la intervención del Ministerio Público en la apreciación y reconocimiento de la cooperación eficaz. Ello es lógico, pues el órgano que dirige la investigación es quien conoce sus resultados.

Así también se ha instruido en relación con este tópico:

La calificación y reconocimiento de la cooperación eficaz es resorte exclusivo del Ministerio Público, en caso de que el Tribunal la reconozca, sin que previamente el fiscal la hubiere invocado, este evaluará la inter-

posición de un recurso de nulidad por infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, conforme al artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal (Oficio FN 936, 2017: 18).

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema:

Que, en cuanto a la cooperación eficaz del artículo 22 de la ley del ramo, contrario a lo sostenido por el recurrente, el tribunal sí se hizo cargo de la alegación, y razonó en el sentido que no se encuentra acreditada en forma alguna en el juicio, lo que es compartido por esta Corte, desde que, como se precisa en el mismo fallo, se negó toda participación en el delito imputado, por lo que mal se podía colaborar en esta u otra investigación, en tanto que lo sostenido por el acusado Nova solo se afirma en sus propios dichos, sin que —a mayor abundamiento—, haya sido reconocida tal circunstancia por el Ministerio Público, ente encargado constitucionalmente de investigar y acusar, correspondiéndole en tal sentido, determinar también su fundamento, seriedad y verosimilitud, para pugnar por su establecimiento, lo cual no ocurrió en la especie.¹⁴

Regla de determinación de pena

«La reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurran; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales» (inciso final, artículo 22 de la Ley 20.000).

Ahora bien, entendemos que «el acogimiento o no de la minorante se traduce en una cuestión de hecho que debe ser establecida por el tribunal que conoce de los antecedentes, constituyendo esta labor una facultad privativa de los jueces de la instancia».¹⁵

¹⁴ Corte Suprema, rol 2.958-07, del 7 de agosto de 2007.

¹⁵ Corte Suprema, rol 58.246-21, del 20 marzo de 2022. En el mismo sentido, con anterioridad, Corte de Apelaciones de La Serena 2002 (Repertorio, 2018: 589).

Referencias

- Acuña, Gonzalo (2007). «Informe. Características de la cannabis sativa y sus efectos en el organismo humano». Disponible en <https://bit.ly/3P7cmmq>.
- Álvarez de Neyra, Susana (2011). «Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)». *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2: 1-69.
- Aravena, Daniel (2013). «Comentario de la SCA de Santiago del 30 de agosto de 2010». En Tatiana Vargas (directora), *Ley de drogas, tráfico y microtráfico: Doctrina y jurisprudencia penal* (pp. 89-97). Santiago: Legal Publishing.
- Aravena, José (1998). «Evolución del tratamiento jurisprudencial del tráfico ilícito de estupefacientes en Chile». En Sergio Politoff y Jean Pierre Matus (coordinadores), *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes* (pp. 167-245). Santiago: Jurídica ConoSur.
- Arrieta, Nicolás (2010). «Evolución normativa del derecho chileno en materia de tráfico ilícito de drogas». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 45: 149-165.
- . (2011). «El delito de “microtráfico” en la jurisprudencia: Sus alcances y en especial los criterios de determinación judicial de la “pequeña cantidad”». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 46: 81-110.
- Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile (1995). *Gaceta Jurídica*, 183: 100-110.
- BOE, Boletín Oficial del Estado núm. 70 (2019). *Circular 1/2019, del 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Disponible en <https://bit.ly/3Ph9Yud>.
- Boletín 13.588-07 (2020). *Proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales con el objeto de mejorar la persecución del narcotráfico y crimen organizado, regular el destino de los bienes incautados en esos delitos y*

- fortalecer las instituciones de rehabilitación y reinserción social.* Disponible en <https://bit.ly/3vJq48t>.
- Bravo, Carlos (2021). *El agente encubierto en línea: Principales características, derecho comparado, y desafíos que subyacen a su regulación.* Disponible en <https://bit.ly/3QkfxZH>.
- Bustos, Juan (2009). *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 3. 2.a ed.* Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Cabezas, Carlos (2018). «Comentario de sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso rol 148-2018». *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, 45: 627-632.
- Carnevali, Raúl (2014). *Hacia un injusto penal de la criminalidad organizada: Una propuesta a modo de lege ferenda.* Disponible en <https://bit.ly/3Qmfagt>.
- Castro, Juan (2011). «Recurso de nulidad acogido por la Corte de Apelaciones de Iquique, interpuesto por la Fiscalía de Tarapacá, en contra de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, el cual recalificó a la figura del artículo 4 de la Ley 20.000, el transporte de una considerable cantidad de droga». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 49: 162-182.
- . (2012). «Comenta recurso de nulidad interpuesto por la defensa en relación con la determinación precisa de la pureza de la droga como elemento de los tipos penales establecidos en la Ley 20.000». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 53: 131-146.
- . (2016). «El consumo de drogas como delito: un fenómeno reciente en el derecho de drogas chileno». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 67: 75-97.
- . (2021). «Una década de dificultades interpretativas. Acoge recurso de nulidad de la fiscalía: Más allá de la cantidad y pureza de la droga en los tipos penales del artículo 4 y 3 de la Ley 20.000». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 81: 64-81.
- CICAD/OEA, Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, Organización de los Estados Americanos (2015). *Informe técnico sobre alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con las drogas.* Disponible en <https://bit.ly/3zff4l4>.
- CIM, Comisión Interamericana de Mujeres y Organización de los Estados Americanos (2014). *Mujeres y drogas en las Américas: Un diagnóstico de política en construcción.* Disponible en <https://bit.ly/3zeD2wN>.

- Cisternas, Luciano (2011). *El microtráfico: Análisis crítico a la normativa, doctrina y jurisprudencia*. 2.a ed. Santiago: Librotecnia.
- . (2013). «Pequeñas cantidades, grandes interrogantes: Propuestas de delimitación respecto del consumo y tráfico de drogas». En Tatiana Vargas (directora), *Ley de drogas, tráfico y microtráfico: Doctrina y jurisprudencia penal* (pp. 3-24). Santiago: Legal Publishing.
- Contreras Rojas, Marcelo (2021). «Elementos que componen la denominada agravante de agrupación o reunión de delincuentes, contenida en el artículo 19 a) de la Ley 20.000, límites en cuanto a su aplicación». *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, 47 (2): 271-286.
- Cox, Juan Pablo (2012). *Delitos de posesión: Bases para una dogmática*. Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- Frieyro, Sofía (2017). *El delito de tráfico de drogas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fuensalida, Alejandro (1883). *Código Penal chileno*. Tomo 2. Lima: Imprenta Comercial del Huallaga.
- Fundación Paz Ciudadana (2010). *Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile: Material educativo*. Disponible en <https://bit.ly/3bCpW3B>.
- . (2018). *Evaluación de impacto y costo-beneficio de los Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile*. Disponible en <https://bit.ly/3Pe6R6m>.
- García, Gonzalo (2013). «El consumo personal como manifestación de la autonomía personal y centro de las valoraciones penales en la Ley 20.000». En Tatiana Vargas (directora), *Ley de drogas, tráfico y microtráfico. Doctrina y jurisprudencia penal* (pp. 25-52). Santiago: Legal Publishing.
- González, Marcos (2010). *El delito de tráfico de drogas*. Santiago: El Jurista.
- Grisolía, Francisco (2004). «El delito de asociación ilícita». *Revista Chilena de Derecho*, 31 (1): 77 y 78.
- Gutiérrez, Josefina (2017). «Prevalencia del artículo 62 de la Ley 20.000 respecto del artículo 1 inciso quinto de la Ley 18.216». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 70: 35-48.
- Guzmán, María Cecilia (2000). «El delito de escuchas telefónicas ilegales». En Sergio Politoff y Jean Pierre Matus (editores), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes* (pp. 267-329). Santiago: Jurídica ConoSur.
- Hernández, Héctor (1992). *Las drogas ilegales en el Derecho Penal chileno: Análisis crítico de dogmática y política criminal*. Tesis para optar al

- grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- . (2007). «Algunos aspectos de la Ley 20.000». Informe en derecho, Defensoría Nacional, Departamento de Estudios y Proyectos, 6. Disponible en <https://bit.ly/3cdhMyw>.
- . (2016). «Sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno». En C. Cárdenas y J. Ferdman (coordinadores), *El Derecho Penal como teoría y como práctica: Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* (pp. 149-188). Santiago: Thomson Reuters, La Ley.
- Historia de la Ley 20.000* (2001). Segundo Informe Comisión Especial Drogas, Cámara de Diputados, 18 de julio de 2001, Cuenta en Sesión 04, Legislatura 345.
- Hzric, Boris (2013). «Comentario de la Sentencia de la Corte Suprema de 25 de julio de 2012». En Tatiana Vargas (directora), *Ley de drogas, tráfico y microtráfico: Doctrina y jurisprudencia penal*. Santiago: Legal Publishing.
- Instituto de Salud Pública (2017). *Guía de pericias químicas en el marco de la Ley 20.000*. 2.a ed. Disponible en <https://bit.ly/3dC8NrD>.
- . (2022). *El Instituto de Salud Pública advierte sobre los posibles riesgos del uso de cigarrillos electrónicos o vapeadores*. Disponible en <https://bit.ly/3BJmPBy>.
- Ivelic, Alejandro (2014). «El agente encubierto en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes». *Revista Jurídica Ministerio Público*, 61: 147-166.
- . (2019). *Los hallazgos casuales en las interceptaciones telefónicas*. Disponible en <https://bit.ly/3yRIzbf>.
- Lema, Daniel (2019). «Segunda hipótesis de la eximente del artículo 10 número 1 del Código Penal: El requisito de la independencia de la voluntad del actor en la privación de razón». *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, 46: 481-494.
- López, Tomás (1991). *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid: Colex.
- Luzón, Diego (2016). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 3.a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Malamud, Samuel (2016). *La asociación ilícita para el tráfico de drogas en Chile*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.

- Maldonado, Francisco (2006). «Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho Penal». *Revista de Estudios de la Justicia*, 7: 23-63.
- Mañalich, Juan Pablo (2004a). «Leyes especiales». *Revista de Derecho* (Universidad Adolfo Ibáñez), 1: 347-362.
- . (2004b). «La tentativa y desistimiento en el Derecho Penal: Algunas consideraciones conceptuales». *Revista de Estudios de la Justicia*, 4: 137-175.
- Marcazzolo, Ximena (2009). «El objeto material en el delito de tráfico ilícito de drogas». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 41: 91-102.
- . (2013). «Análisis jurídico de las asociaciones ilícitas en la Ley 20.000». *Revista Jurídica Ministerio Público*, 55: 111-143.
- Martorell, Daniel (2007). «Reflexiones sobre el tratamiento penal del consumo de drogas». *Boletín del Ministerio Público*, 32: 242-248.
- Matus, Jean Pierre (1998). «El tráfico ilícito de estupefacientes, en sentido amplio, como figura básica en la Ley 19.366». En Sergio Politoff y Jean Pierre Matus (coordinadores), *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes* (pp. 111-147). Santiago: Jurídica ConoSur.
- . (1999). «Dogmática de los delitos relativos al tráfico de estupefacientes». En Sergio Politoff y Jean Pierre Matus (coordinadores), *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes* (pp. 87-257) Santiago: Jurídica ConoSur.
- . (2000). «Determinación legal de la pena en el delito de tráfico ilícito de estupefacientes». En Sergio Politoff y Jean Pierre Matus, *Criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes* (pp. 415-482). Santiago: Jurídica ConoSur.
- . (2002). «Comentario preliminar a los artículos 74 y 75: Régimen concursal en la ley chilena». En S. Politoff y L. Ortiz (coordinadores), *Texto y comentario del Código Penal chileno* (pp. 383-407). Santiago: Jurídica.
- . (2005). «Informe acerca de algunos aspectos que se han mostrado problemáticos en la aplicación práctica de la Ley 20.000». *Revista Ius et Praxis*, 11 (2): 333-350.
- . (2008). «Informe sobre la supuesta inconstitucionalidad del artículo 4 de la Ley 20.000, en autos sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, número 993-2007 del Excmo. Tribunal Constitucional». *Revista Ius et Praxis*, 14 (1): 319-335. Disponible en <https://bit.ly/3uZbsBc>.

- Matus, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez (2015). *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte Especial*. 3.^a ed. Santiago: Legal Publishing.
- . (2019). *Manual de Derecho Penal chileno, Parte General*. 3.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- . (2021). *Manual de Derecho Penal chileno, Parte Especial*. 4.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Maza, Javier (2021). *La colaboración eficaz en el proceso penal peruano como estrategia de lucha contra la criminalidad organizada en el marco del Derecho Penal Premial*. Tesis para optar el grado de maestro en Derecho mención Ciencias Penales, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Perú.
- Medina Schulz, Gonzalo (2016). «Comentario de Jurisprudencia. Corte Suprema Segunda Sala Penal rol 15920-2015». *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, 43 (1): 253-270.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Senda y Fundación Paz Ciudadana (2017). *Manual de Procedimientos sobre Programa de Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o Alcohol en población adulta*. Disponible en <https://bit.ly/3oYqpAf>.
- Montero La Rubia, Francisco Javier (2007). *Delitos contra la salud pública*. Barcelona: Bosch.
- Muñoz Conde, Francisco (2004). *Teoría general del delito*. 2.^a ed. Bogotá: Temis.
- Muñoz, Juan y Susana Soto (2001). «El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimiento para su adquisición y consumo». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 7: 49-94.
- Navarro, Roberto (2005). «El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del artículo 4 de la Ley 20.000». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 26: 259-293.
- Observatorio del Narcotráfico en Chile, Ministerio Público (2021). *El rol de la potencia farmacológica en el fenómeno de las drogas sintéticas*. Disponible en <https://bit.ly/3odDdlL>.
- . (2022). *Legislación: Convenios y protocolos*. Disponible en <https://bit.ly/3Bo6Mz2>.
- Observatorio Nacional de Drogas, Senda (2021). *Estudio análisis químico del cannabis incautado en Chile*. Disponible en <https://bit.ly/3uX-jkTV>.

- OEA, Organización de los Estados Americanos (2014). *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento: Una guía para la reforma de políticas en América Latina y el Caribe*. Disponible en <https://bit.ly/2TxDfmW>.
- Oficio FN 69 (2019). *Instrucción general que imparte criterios de actuación para el programa denominado Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o Alcohol en población adulta y adolescente (TTD)*. Disponible en <https://bit.ly/3zffM1J>.
- Oficio FN 936 (2017). *Instrucción general que imparte criterios de actuación en materia de investigación de los delitos contemplados en la Ley 20.000*. Disponible en <https://bit.ly/3yINCuI>.
- Oxman, Nicolás (2014). «Ignorancia deliberada y error en el tráfico de drogas». En Catalina Vidales (coordinadora). *Tráfico de drogas y delincuencia conexa* (pp. 385-404). Valencia: Tirant lo Blanch.
- . (2017). «Bien jurídico y estructura de imputación del delito de microtráfico de drogas». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 69: 67-85.
- . (2018). «El tipo subjetivo del delito de tráfico de precursores». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 72: 53-65.
- Pacheco, Francisco (2017). *El agente revelador en la Ley 20.000*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.
- Peña, Rodrigo (2013). «Comentario de la Sentencia de la Corte Suprema de 25 de julio de 2012». En Tatiana Vargas (directora), *Ley de drogas, tráfico y microtráfico: Doctrina y jurisprudencia penal*. Santiago: Legal Publishing.
- Pérez, Álvaro y Lorena Rebolledo (2017). «¿Qué hacen los Tribunales de Tratamiento de Drogas? Breve revisión de sus fundamentos». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 71: 63-79.
- Politoff, Sergio y Jean Pierre Matus (1998). «Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes». En Sergio Politoff y Jean Paul Matus (coordinadores), *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes* (pp. 3-5). Santiago: Jurídica ConoSur.
- Politoff, Sergio, Jean Pierre Matus y Cecilia Ramírez (2009). *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*. 2.a ed. Santiago: Jurídica.
- Quintero, Gonzalo (director) y Fermín Morales Prats (coordinador) (2016). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 10.a ed. Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi.

- Rabi, Roberto (2020). «Tratamiento penal de la siembra, plantación, cultivo o cosecha de especies vegetales del género cannabis en Chile». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 80: 74-86.
- Ragués, Ramón (2008). *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, Libros Jurídicos.
- Ramírez, María Cecilia (2000). «El delito de escuchas telefónicas ilegales en el ordenamiento chileno». En Sergio Politoff y Jean Pierre Matus (coordinadores). *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*. Santiago: Jurídica Conosur.
- Rebolledo, Lorena (2004). «El objeto material del delito: Droga desde una perspectiva farmacológica». Observatorio del Narcotráfico en Chile. Disponible en <https://bit.ly/3zZe450>.
- . (2008). «Inclusión de la cannabis en el artículo primero del Reglamento de la Ley 20.000, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 34: 159-165.
- . (2009). «El rol del fiscal en los Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 38: 137-146.
- . (2012). «Visión prospectiva en los Tribunales de Tratamiento de Drogas». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 50: 109-117.
- . (2014a). «Drogas sintéticas emergentes». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 59: 137-147.
- . (2014b). «El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 60: 119-133.
- . (2014c). «La ignorancia deliberada en el tráfico ilícito de drogas». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 61: 167-175.
- . (2016a). «Elaboración ilegal de drogas, desvío de precursores químicos y tráfico ilícito de estupefacientes como figuras penales autónomas». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 67: 99-112.
- . (2016b). «La doctrina de la ignorancia deliberada en el delito de desvío de sustancias químicas controladas». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 68: 57-93.
- . (2020a). «Cultivo ilegal de especies vegetales como delito de tendencia (especial referencia a los clubes cannábicos)». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 78: 58-65.
- . (2020b). «Comentario a la sentencia de la Corte Suprema sobre cultivo ilegal de especies vegetales del género cannabis: Hallazgo ca-

- sual-prueba del autoconsumo». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 79: 86-94.
- . (2021). «Tráfico ilícito de drogas y tenencia de precursores químicos: Figuras penales autónomas. Normas concursales». *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, 47: 349-356.
- Repertorio (2018). *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas. Código Penal y leyes complementarias. Tomo 2*. Santiago: Jurídica.
- Rettig, Mauricio (2013). «Naturaleza jurídica del delito del tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas». En Tatiana Vargas (directora), *Ley de drogas, tráfico y microtráfico: Doctrina y jurisprudencia penal* (pp. 53-84). Santiago: Legal Publishing.
- Rey, Luis Fernando (1999). *El delito de tráfico de drogas: Aspectos penales y procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Reyes, Ítalo (2017). «Comisión de un delito de narcotráfico en un centro de detención o reclusión: Discusión sobre la agravante de la letra h) del artículo 19 de la Ley 20.000». *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, 44 (1): 298-306.
- Rodríguez, Manuel (2019). «Jurisprudencia de la Corte Suprema del trienio 2016-2018 sobre aspectos sustantivos de la Ley 20.000». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 75: 77-155.
- . (2021). «Determinación de la pureza de la planta de cannabis sativa en el delito del artículo 8 de la Ley 20.000: Caminando en círculos». En Claudia Cárdenas, José Luis Guzmán y Tatiana Vargas (coordinadores). *XVI Jornadas chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales. En homenaje a sus fundadores* (pp. 67-84). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rojas, Francisco (2006). *II Informe del secretario general de FLACSO. El crimen organizado internacional: Una grave amenaza a la democracia en América Latina y el Caribe*. Disponible en <https://bit.ly/3zZ5y6c>.
- Roxin, Claus (1997). *Derecho Penal, Parte General. Tomo 1*. Trad. desde la 2.a edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas.
- . (2000). *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- . (2016). «Los delitos de tenencia». En Friedrich-Christian Schroeder, Ken Eckstein y Andrés Falcone (coordinadores). *Delitos de posesión*

- o tenencia. *Estudios de Derecho Penal, partes General y Especial, y de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Ruiz, Fernando (2009). «El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga: Un problema concursal de la Ley 20.000». *Revista Política Criminal*, 4 (8): 408-429. Disponible en <https://bit.ly/3oh65d3>.
- Salazar, Andrés (2006). *La cooperación eficaz*. Disponible en <https://bit.ly/3aLooCE>.
- Silva, Jesús-María (2004). «¿“Pertinencia” o “intervención”? Del delito de “pertinencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de una organización” en el delito». En Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdiel Sierra y Emilio Cortés Bechiarelli (coordinadores), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón* (pp. 1.069-1.096). Valencia: Tirant lo Blanch.
- UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2011). *Reglas de Bangkok. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus Comentarios*. Disponible en <https://bit.ly/2LFT2wZ>.
- . (2013). *La violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Informe de la Relatora Especial Sra. Rashida Manjoo*. Disponible en <https://bit.ly/3uY8ioS>.
- . (2018). *Nuevas Sustancias Psicoactivas*. Disponible en <https://bit.ly/3aV3zpD>.
- . (2020). *Resumen Ejecutivo. Informe Mundial sobre las Drogas 2020*. Disponible en <https://bit.ly/3B1hV2D>.
- . (2021). *Resumen Ejecutivo. Informe Mundial sobre las Drogas 2020*. Disponible en <https://bit.ly/3B1gHnV>.
- Valladares, Jorge (2013). «Sentido y alcance del artículo 43 de la Ley 20.000». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 54: 123-134.
- Van Weezel, Alex (2021). «Intención, azar e indiferencia. El dolo no intencional en la dogmática penal chilena del siglo XXI». *Revista Ius et Praxis*, año 27, 1: 190-209.
- Vargas, Tatiana (2007). «Microtráfico y salud pública». *La Semana Jurídica*, 362: 6-7.
- Vásquez Barriga, Ernesto (2016). «Aplicación de agravante del artículo 19 letra h) Ley 20.000». *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, 43 (1): 421-428.

- Villalpando, Waldo (2014). *Crimen organizado transnacional*. Buenos Aires: Astrea.
- Wessels, Johannes, Werner Beulke y Helmut Satzger (2018). *Derecho Penal. Parte General: El delito y su estructura*. Trad. desde la 46.a edición alemana por Raúl Patriona Arana. Lima: Instituto Pacífico.
- Winter, Jaime (2016). «Sobre el protocolo de análisis químico en la Ley 20.000 y su relación con el bien jurídico». *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, 43 (2): 197-210.
- Zavidich, Carolina (2010). «El concurso de delitos: Cultivo en relación con tráfico y microtráfico». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 42: 145-159.

Ley 20.000: problemas actuales en su interpretación
de Lorena Rebolledo Latorre y Manuel Rodríguez Vega



Academia Judicial de Chile
Colección Materiales Docentes



Como parte del equipo de Tipografía,
trabajaron en este libro: Beatriz Burgos,
Constanza Valenzuela y Marco Antonio Coloma

