



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA POLÍTICA CRIMINAL APLICADA EN LA LEY 20.000
SOBRE LA BASE DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE
TRÁFICO DE ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES**

Memoria de Título para obtener el Grado Académico de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales

JAIME KOU HUANG

PROFESOR GUÍA: Vivian Bullemore Gallardo

Santiago, 2013

Resumen

En la presente memoria se busca realizar un análisis crítico de la actual política de drogas aplicada en nuestro país, que a partir del año 2005 se concretiza por medio de la Ley n° 20.000, desde la óptica del bien jurídico protegido.

El concepto del bien jurídico protegido, se desarrollará desde sus inicios, comenzando de la época de FEUERBACH hasta las actuales corrientes sociológicas, construyendo el marco histórico en que la idea de bien jurídico ha evolucionado. Se revisarán las distintas posturas relacionadas con dicho concepto y su importancia para con el Derecho Penal.

Así mismo, se intentara dilucidar cuál es el bien jurídico que es protegido en la Ley n° 20.000 de drogas, sus alcances e implicancias. Se tratara de contestar la interrogante respecto a si dicha normativa es consecuente con los fines con que el legislador se baso para crearla, exponiendo las distintas teorías respecto a esta, además de un análisis crítico de la dogmática detrás de los delitos de drogas.

Finalmente se indagará en la actual política de drogas, inspirada en la célebre frase del ex presidente norteamericano Richard NIXON sobre “la guerra contra las drogas”, que ha significado una gigantesca pérdida de vidas y dinero. A partir de este punto de vista se estudiará la política criminal, la dogmatica detrás de esta, basada en el Derecho Penal del enemigo y el fenómeno de la expansión del Derecho Penal.

Índice

Resumen	2
Índice	3
Introducción	6
Capítulo I: Análisis de la Ley n° 20.000 de drogas	12
1) Tipos penales:	14
1.1) Producción de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas:	14
1.2) Tráfico de precursores:	16
1.3) Tráfico de drogas:	17
1.4) Microtráfico:	22
1.5) Suministro de hidrocarburos aromáticos a menores de 18 años:	24
1.6) Prescripción médica abusiva de sustancias estupefacientes:	25
1.7) Incumplimiento de normas reglamentarias en materia de drogas:	27
1.8) Cultivo de especies vegetales reguladas:	29
1.9) Desvío de especies vegetales reguladas:	30
1.10) Tipo omisivo del funcionario público:	32
1.11) Delitos de drogas cometidos por personal militar:	32
1.12) Norma especial sobre la antijuridicidad:	34
2) Reglas especiales en materia de participación:	34
2.1) Entrega de bienes para elaboración, plantación o tráfico de drogas:	34
2.2) Asociación u organización con el objeto de realizar alguno de los delitos contemplados en la ley:	36
3) Reglas especiales en materia de <i>iter criminis</i> :	39
3.1) La tentativa especialmente penada en la Ley n° 20.000:	39
3.2) La conspiración:	41
4) Reglas especiales en materia de penalidad:	42
4.1) Circunstancias atenuantes:	42
4.2) Circunstancias agravantes:	45

5) De las faltas:.....	53
5.1) De las faltas comunes:.....	53
5.2) De las faltas especiales:	55
6) De las técnicas de investigación	56
6.1) Del agente encubierto, del agente revelador y del informante policial:.....	56
6.2) De las entregas vigiladas o controladas:.....	58
6.3) De la restricción de las comunicaciones y otros medios técnicos de investigación:.....	61
7) Particularidades de la Ley n° 20.000:	62
7.1) La confección de drogas:.....	62
7.2) Inhabilidad para cargos públicos:	62
7.3) Drogas en las Fuerzas Armadas y Carabineros:.....	63
8) Del reglamento:.....	64
Capítulo II: Concepto de bien jurídico	67
1) Evolución histórica del concepto de bien jurídico:	71
2) Características del bien jurídico:	99
3) Clasificación del bien jurídico:.....	100
4) Funciones del bien jurídico:	105
5) Bien jurídico y norma penal:.....	107
6) Bien jurídico y el tipo penal:	110
7) Bien jurídico y antijuridicidad:.....	120
Capítulo III: Bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes	127
1) Pluralidad de intereses protegidos:.....	128
2) Intereses fiscales:	130
3) Libertad del consumidor:.....	131
4) Moral o integración social:	132
5) Salud pública:.....	133
· Críticas:	137
Capítulo IV: Análisis de la política criminal aplicada en la Ley n° 20.000 y sus consecuencias	143
1) Expansión del Derecho Penal y Derecho Penal del enemigo:	143
2) Política criminal prohibicionista:	156
3) El prohibicionismo, Ley n° 20.000 y sus consecuencias:	160
Conclusiones y propuestas.....	166

- La Ley n° 20.000 no busca proteger bienes jurídicos:..... 166
- El precio que hay que pagar (violación de derechos y principios):..... 170
- Fracaso de la política criminal:..... 173

Bibliografía..... 179

- 1) Textos:..... 179
- 2) Códigos y leyes: 185
- 3) Jurisprudencia: 186
- 4) Páginas web:..... 186

Introducción

Las drogas han sido utilizadas por la humanidad a lo largo de toda la historia, otorgándole distintos usos, se tienen antecedentes etimológicos, etnográficos y culturales de su uso desde la antigüedad. Uno de los más notables hallazgos etimológicos, está en la lengua griega, que en el siglo IV AC disponía de la palabra *pharmakon*, que significaba remedio y veneno, las dos cosas a la vez. Este *pharmakon*, de acuerdo a Platón, “devolverá la salud si al usarlo, se usa el ensalmo oportuno”, es decir, la terapéutica original griega se equilibraba, basándose en criterios médicos, entre lo benéfico y lo malicioso, o lo que actualmente podríamos denominar consumo moderado, y abuso del consumo de algunas drogas como el alcohol¹.

Otras culturas usaban sustancias psicoactivas del tipo enteogénico o visionario provenientes de diversas regiones del reino botánico y fúngico. Su uso ritual formaba parte integral de la medicina y religión de esos pueblos, ordenando la cosmovisión, en muchos casos hasta hoy, por ejemplo entre los indios Shuar y Ashuar, en la amazonia peruano-ecuatoriana, que consumen el enteogéno Natema, conocida en quechua como Ayahuasca, que posee dimetiltriptamina, de manera rutinaria para sus actividades cotidianas, en una especie de relación no categorizada de acuerdo a nuestros cánones occidentales de consumo. Además de usos terapéuticos y religiosos, un segmento importante de las drogas psicoactivas naturales conocidas se ocupaba y ocupa para generar euforia (eu= buen, correcto / foros= ánimo) y embriaguez en su sentido pagano u orgiástico. Sin embargo, con el desarrollo de la vida social, también

¹ SANCHEZ BUSTOS, Sergio, Contexto histórico del uso y figuración social actual de las drogas, Aportes para una nueva política de drogas, Ed. Tierra media, Santiago, 2012, p. 9

surgen mecanismos sociales de control de consumo de sustancias, dese la religión, en principio tales como el mito de Enki y Ninhursag².

La gran oposición social al consumo de estas sustancias se radicaría en la edad media, dominada por las premisas ideológicas del monoteísmo cristiano. Durante este periodo todo tipo de conocimiento que no viniera de Dios, esto es, de las sagradas escrituras o de los escritos cristianos, era considerado ajeno al reino, y por tanto pecaminoso. El punto es que cualquier conocimiento ajeno al campo ideológico que emanaba de Dios era prohibido, y como gran parte de la botánica psicoactiva era usada en ritos religiosos y eufóricos paganos (carnavales), incluso en la propia fe católica (vino sacramental y ayuno), su consumo representaba una alternativa de conocimiento que se acercaba más a la magia y ciencia. Por tanto, la ciencia como magia eran reducidas a la categoría de pecado, y como conocimientos suficientes, dejados de lado por las autoridades de la época, que sin duda veían en ellas una forma de pecar en el discurso mágico-científico, que representaba un peligro para la cúpula que dominaba la burocracia eclesial y parte del poder político. Toda droga era, por tanto, prohibida, y la gente que las preparaba o consumía, perseguidas como brujas por disentir del camino de Dios. Era el camino iniciado por la Inquisición Católica³.

Al tiempo que las monarquías europeas entraban en decadencia, las ideas libertarias inspiradas por los racionalistas, aparecen para exigir mayor espacio de autonomía y libertades en la vida social. La ilustración brindó respaldo académico a los incipientes gremios de médicos y permitió el inicio de la aceptación de drogas para “usos médicos”. Ya en el siglo XIX, los avances técnicos de la química y los viajes y la constitución por primera vez de un mercado auténticamente global permite una acumulación sin precedentes de descubrimiento y la identificación, aislamiento, síntesis y producción de formas puras de los principios psicoactivos, al tiempo que prácticamente no existen en el occidente, prohibiciones ni restricciones para la experimentación, producción, publicidad, distribución y venta de los mismos.

² SANCHEZ BUSTOS, Sergio, Contexto histórico, op. cit., p. 10

³ SANCHEZ BUSTOS, Sergio, Contexto histórico, op. cit., pp. 11 y 12

Sin embargo son las aristas comerciales de la historia de las drogas, las que realmente tienen importancia para contextualizar las políticas de control y prevención de sustancias psicoactivas. En el siglo XVIII tal fue la magnitud del comercio entre Europa y China que fue el emperador manchú Yung-Cheng quien prohibió por primera vez en 1729, con penas de estrangulamiento, fumar opio, aunque no el cultivo de la adormidera (planta cuyas flores dan origen al opio) en China y el uso oral del opio por parte de los campesinos. El objetivo era acabar con el poco favorable intercambio comercial entre China y Portugal, que hacía tiempo aceptaba opio a cambio de sedas, té y especias. Esta medida estimuló el nacimiento de un mercado negro de consumo en el pueblo.

Con posterioridad, el emperador Chia Ching, prohibió la importación y producción nativa de adormidera, acción que favoreció definitivamente el contrabando de opio hacia la China. En 1838, el emperador Tao Kuang, preocupado porque la balanza comercial entre China e Inglaterra favorecía a esta última, a través de la *East India Company*, genera un *impasse* con el país europeo, al arrojar al mar casi 1400 toneladas de opio que se encontraban almacenadas en Hong Kong, hecho considerado como un atentado a la libertad de comercio por los ingleses, quienes declararon la primera guerra del opio, la que al finalizar, en 1843, termina con la firma del Tratado de Nanking y la cesión temporal de Hong Kong, acompañado de una alta indemnización en metálico. Después de la segunda guerra del opio, que se desarrolla entre los años 1857 y 1858 donde la East India Company podía comerciar legalmente el opio en China, la emperatriz china Tsen-Hi, en una medida sin precedentes, decide legalizar la importación (a cambio de un arancel del 5%) y el consumo de opio y su sucesor, volver a cultivar la adormidera, terminando con el contrabando y liquidando a la East India Company.

En este contexto, viendo que China pronto se convertiría en exportador de opio, es que el parlamento inglés declara que el tráfico a gran escala es una empresa moralmente injustificada, siendo que en 1838, la cámara de los comunes inglesa recomendó a la reina no abandonar una fuente de ingresos tan importante como era el

monopolio de la East India Company en materia de opio, en relación al comercio con China⁴.

Paralelamente, en los Estados Unidos de América, surgió a comienzos del siglo XIX un movimiento político-social que hacia 1869 cristaliza en el *Prohibition party*, cuya agenda valórica incluye el derecho a la vida, el combate a las apuestas, a la homosexualidad, pornografía, el derecho a orar y leer la biblia en colegios públicos y por supuesto, el combate a la venta de alcoholes y drogas. Este partido surge ante un clima de desconfianza frente a los nuevos colonos (irlandeses, italianos, judíos) y se desarrolla también frente al creciente poder de los médicos y químicos, que asumen el control de la distribución del consumo de las sustancias psicoactivas, amparada por la legalidad generada por sus propias actividades de abogacía.

Este es el precedente histórico en EE.UU. del modelo de prohibiciones que generaría posteriormente la Ley Harrison (Ley seca en 1914) y el paradigma de una sociedad libre de drogas. El florecimiento de las mafias que traficaban con alcoholes se debe en los Estados Unidos en gran medida a esta prohibición. Con *gangsters* y contrabando en la escena social y corrupción en la institucionalidad, se hubo generando un problema de grandes magnitudes en la sociedad americana⁵. Estas políticas se intensificaron desde que el presidente NIXON iniciara el uso del concepto de guerra contra las drogas, en los setenta, de manera que el despliegue de dicha política criminal⁶ se fortaleció y ha continuado en países como Chile sin grandes cambios hasta hoy.

⁴ SANCHEZ BUSTOS, Sergio, Contexto histórico, op. cit., p. 14

⁵ SANCHEZ BUSTOS, Sergio, Contexto histórico, op. cit., pp. 16 y 17

⁶ La política criminal se puede entender como la ciencia aplicada con la finalidad de controlar el delito, esto es, busca definir las acciones específicas que los órganos del Estado deben emprender o abstenerse de hacer para lograr una reducción apreciable en el número de conductas criminales que se producen en la sociedad, pero también, de acuerdo al pensamiento moderno, para prevenir la comisión de comportamientos delictivos y evitar la victimización o, al menos, minimizar los daños que las víctimas puedan sufrir a consecuencia del crimen, ver en DIAZ GONZALEZ, Gonzalo, El control del narcotráfico, política criminal y proceso penal, ed. Librotecnia, 2011, p. 49; BUSTOS, Juan, HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, Lecciones de Derecho Penal, vol. I, Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 29

Sin embargo el mundo está cambiando. Reconocido es el hecho de que, pese a los esfuerzos organizados, las prevalencias de consumo de las principales drogas ilegales, lejos de disminuir, se han mantenido estables a través del tiempo o bien han aumentado. Este hecho quedo de manifiesto en la última Conferencia de UNGASS en 1998, y que se resume en la intervención del embajador alemán: “El consumo de estupefacientes ilícitos y de sustancias psicotrópicas no se ha reducido de forma considerable. En muchas zonas del mundo, incluso ha aumentado notablemente. Lo mismo puede decirse del cultivo y oferta de drogas ilícitas que tampoco han disminuido globalmente a pesar de todos los esfuerzos”⁷. Por lo que en Europa algunos gobiernos han dado un giro de salubridad a la discusión del abuso de drogas, orientando la política de acuerdo a una racionalidad sanitaria antes que policial. Es el caso de Portugal, España, Suiza y Holanda, entre otros. Y al día de hoy, 14 estados de la Unión Americana han aprobado el uso médico de la marihuana y dos estados, su uso recreativo y libre.

El día 24 de marzo de 2012, tres presidentes de países centroamericanos (Otto Pérez Molina de Guatemala, Ricardo Martinelli de Panamá, y Laura Chinchilla de Costa Rica), se reunieron para preparar posturas comunes frente a la cumbre de la OEA llevada a cabo los días 14 y 15 de abril del mismo año, concordando principalmente en la necesidad de explorar nuevas alternativas que se basen en discusiones sin tabúes y poniendo como una de las propuestas a considerar el debate de una nueva institucionalidad regional y la despenalización de las drogas. Esto último como una alternativa que requiere un debate serio, abierto y basado en la evidencia. Además jefes de Estado de países como Bolivia, Colombia y México y ex presidentes como, Fernando Henrique Cardoso, Vicente Fox, Cesar Gaviria, Ricardo Lagos y Ernesto Zedillo han mostrado su apertura para considerar la elaboración de nuevas reformas políticas que incluyen la regulación efectiva y la generación de espacios que permitan abordar de forma pragmática nuevas opciones respecto a políticas de drogas.

⁷ ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, La necesidad de un cambio de paradigmas en el tráfico de drogas: la vigencia de su legalización, cuadernos de política criminal, n° 105, III, época II, diciembre 2011, p. 245

Bajo este nuevo escenario mundial, es que esta memoria intentara realizar un análisis crítico de la actual política criminal, demostrando las razones jurídicas de porque esta ha fracasado en proteger el bien jurídico salud pública. Entre ellas la ilegitimidad dogmático- jurídico sobre la que está construida la Ley n ° 20.000⁸ que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y como este hecho repercute en todo el funcionamiento y éxito de dicha política criminal. Se cuestionaran los verdaderos motivos que tiene la actual normativa y que no se condicen con dicho bien jurídico.

Para lograr este objetivo se procederá a un análisis exhaustivo de la actual normativa de drogas, sus figuras típicas y reparos doctrinales, como también sus alcances y limites. Se examinará a su vez, la teoría del bien jurídico protegido y el problema de este en los delitos de tráfico, finalizando con el análisis de la política criminal y sus implicancias, tanto jurídicas como sociales.

⁸ Publicada en el D.O. el 16-2-2005

Capítulo I: Análisis de la Ley n° 20.000 de drogas

El análisis del tratamiento jurídico en Chile de las drogas y sustancias psicotrópicas y estupefacientes supone, en primer lugar, definir tales conceptos, para luego identificar sus usos permitidos y no permitidos. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española indica que droga es una “sustancia mineral, vegetal o animal, que se emplea en la medicina, en la industria o en las bellas artes”. Además entrega una segunda acepción: “sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno”. Finalmente en términos aún más generales se le identifica como sinónimo de medicamento⁹.

Lo cierto es que no existe una definición legal precisa, de alcance general, de tales sustancias. Sin embargo la Ley n° 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas enuncia someramente el objeto material de las conductas penadas: “sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”. Sin embargo, acto seguido, especifica que de si se trata de

⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [en línea]

<<http://lema.rae.es/drae/?val=droga>> [consulta: 9 de Noviembre 2012]

“otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan (éstos) efectos”, las penas aplicables, serán menores¹⁰.

El reglamento de la Ley n° 20.000 contiene una enumeración taxativa de las sustancias comprendidas en tan amplia denominación, distinguiendo dos categorías: aquellas cuyos efectos son graves y afectan considerablemente la salud, denominadas habitualmente “drogas duras”, como la cocaína, cannabis, heroína, LSD, opio, etc. Y aquellas en que la intensidad de la afectación es menor, conocidas habitualmente como “drogas blandas”, como alprazolam, diazepam, metadona, etc.¹¹ Como consecuencia del principio de legalidad de la ley penal, no pueden sancionarse penalmente conductas tipificadas que no se refieran a alguna de las sustancias detalladas en dicho reglamento.

En el análisis siguiente, se seguirá el esquema propuesto por los académicos Vivian BULLEMORE y John MACKINNON, como también se tomara como referencia el trabajo de los profesores Sergio POLITOFF, Jean Pierre MATUS y María Cecilia RAMIREZ, quienes han sido los que han escrito y analizado con mayor profundidad los delitos tipificados en la Ley n° 20.000 de drogas¹²:

¹⁰ Ley 20.000, art. 1, inc. 1 y 2; el profesor Francisco MUÑOZ CONDE al analizar el artículo 368 del Código Penal español, esboza una primera crítica respecto del concepto mismo de droga como objeto material del delito, el cual, según este autor debiese estar enmarcado dentro de un criterio médico, por cuanto el delito de tráfico está situado entre los “delitos contra la salud pública, sin embargo, ello no sucede, ya que no son criterios médicos o sanitarios los que se toman en cuenta a la hora de decidir cuales sustancias debiesen estar prohibidas, si no que otros, en referencia a las listas del Convenio Único de 1961 y el Convenio de Viena de 1971, en donde pone como ejemplo a la *cannabis* como sustancia que es menos dañina que el alcohol o el tabaco, pero que tiene prohibido su tráfico. El catedrático de la Universidad de Sevilla, estima que desde el punto de vista del Derecho Penal sería conveniente la elaboración de un concepto penal de droga tóxica o estupefaciente que por lo menos evite el automatismo con que se considera reiteradamente que algunas sustancias tienen este carácter simplemente por su inclusión en Convenios internacionales, sin tener en cuenta el bien jurídico protegido salud pública, ver en MUÑOZ CONDE, Francisco, , Derecho Penal: parte especial, 11ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 566 y ss.

¹¹ Reglamento de la ley n° 20.000

¹² BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, Curso de Derecho Penal: parte especial, tomo III, 3ª edición, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2011, pp. 241 y ss. ; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal chileno: parte especial, 2ª edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 573 y ss.

1) Tipos penales:

1.1) Producción de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas:

En el artículo 1° se contempla la figura básica de producción de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas:

Artículo 1°: “ Los que elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, sin la debida autorización, serán castigados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

Si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, podrá rebajarse la pena hasta en un grado.

Incurrirán también en este delito quienes tengan en su poder elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de las sustancias o drogas a que se refieren los incisos anteriores”

Los verbos rectores del inciso 1° son: “fabricar, transformar, preparar o extraer” las drogas o sustancias señaladas. Esto es, se sanciona la producción de droga o la transformación de alguna sustancia, cualquiera sea su origen, en droga, ya sea por medios químicos, mecánicos u otro, siempre y cuando la cosa en cuestión no sea una especie viva y en pie, y el trabajo no sea su siembra, plantación, cultivo o cosecha, en cuyo caso se aplica preferentemente el tipo penal del artículo 8°. Se plantea una diferencia para efectos de la penalidad aplicable, basados en el criterio de drogas “duras” y “blandas”, puesto que tratándose de la elaboración de drogas “duras”, se sanciona con presidio mayor en su grado mínimo a medio y multa de cuarenta a

cuatrocientas unidades tributarias mensuales, en cambio, tratándose de drogas “blandas”, la pena puede rebajarse un grado.

El legislador, al contrario de las otras formas de actos preparatorios o tentativas especialmente punibles, no ha establecido privilegios para el tratamiento de esta conducta, y ello es atendible, desde que ella supone siempre la adquisición previa y la posesión de las materias primas o las sustancias que se elaboran, fabrican, transforman, preparan o extraen, hecho en sí constitutivo del delito de tráfico, entendido como la actividad criminal destinada a poner a disposición de los consumidores finales tales sustancias.

El verbo rector del inciso 3° es “tener” (en su poder) las mismas sustancias. Este es uno de los pocos casos en que la ley penal utiliza la técnica de sancionar la tenencia de objetos que declara ilícito, además de los casos de la ley de armas y del delito de receptación, rompiendo el principio fundamental de sancionar a las personas por sus hechos, y esto con objeto de adelantar la punición a estadios previos a la comercialización.

Esta no ha sido la única observación que se ha hecho respecto de esta figura, puesto que tal como apuntan acertadamente los profesores POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Justicia, Legislación y Reglamento del Senado, la redacción del proyectado inciso final del artículo 1°, que recogía la anteriormente vigente “presunción” de elaboración en quienes poseían objetos destinados a ella, debía adecuarse al nuevo sistema procesal penal, pero en lugar de eliminar la pretendidamente equivocada presunción, con lo que se entregaba a los tribunales la apreciación de la prueba, se reemplazo la expresión original “se presumirá autor del delito sancionado en este artículo”, por la de “incurren también en este delito”, creándose así, de acuerdo a los autores citados, una *pseudodelicta sui generis* de posesión de objetos destinados a la elaboración de drogas, que cometerían “quienes tengan en su poder elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción” de sustancias estupefacientes o drogas.

Pero claro está que esta no era la intención del legislador, por lo que se debe concluir que la modificación en la redacción no tiene otro efecto más que el estilístico, pues tanto si se afirma que “se presume” (legalmente) la comisión de un delito como que “se incurre” en él en determinadas circunstancias que no son las de su descripción típica, se debe concluir que una prueba en contrario permitiría desvirtuar la “presunción” de que se haya “incurrido” en tal delito.

Llegar a una conclusión distinta, significaría que la modificación habría creado una presunción de derecho, que es prohibida constitucionalmente. Además, si efectivamente se asumiera que este cambio estilístico ha creado una figura autónoma *sui generis*, habría también de concluirse que los hechos directos encaminados a la adquisición de los objetos cuya posesión son punibles, constituirían tentativa y que de acuerdo al artículo 18 de la presente ley, se tendrían que considerar consumados, un exceso que probablemente no estaba en la mente del legislador.

El objeto material del delito es toda sustancia de las descritas en el artículo y que ya hemos analizado más arriba: sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”

El tipo subjetivo es evidentemente doloso, con dolo directo, pero para la tenencia puede considerarse como suficiente el dolo eventual.

1.2) Tráfico de precursores:

En el artículo 2° se contemplan los ilícitos relacionados con precursores o sustancias químicas esenciales, para la preparación de drogas estupefacientes o sustancias psicotrópicas:

Artículo 2°: “ La producción, fabricación, elaboración distribución, transporte, comercialización, importación, exportación, posesión o tenencia de precursores o de sustancias químicas esenciales, con el objetivo de destinarlos a la preparación de drogas estupefacientes o sustancias sicotrópicas para perpetrar, dentro o fuera del país, alguno de

los hechos considerados como delitos en esta ley, será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

Si alguna de las conductas descritas en el inciso anterior se hubiere realizado sin conocer el destino de los precursores o de las sustancias químicas esenciales por negligencia inexcusable, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a medio”

Se incorporo a nuestra legislación por la Ley n° 19.366, teniendo su origen en los artículos 3.1 a) iv) y 3.1 c) ii) de la Convención de Viena de 1988 que, como en otros tipos, sanciona actos preparatorios.

Los verbos rectores son producir, fabricar, elaborar, distribuir, transportar, comercializar, importar, exportar, poseer o tener alguna de las sustancias señaladas, lo que la diferencia de las otras conductas de tráfico, puesto que no son propiamente drogas, sino que aquellas sustancias que se utilizan en la elaboración de la droga mediante su incorporación en la molécula de la misma o simplemente sirven para sintetizar la sustancia y no se incorpora a ella.

Por la naturaleza en general inocua de estas sustancias, para aplicar las penas contempladas en la figura señalada (presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, esto es 3 años y un día a diez años de cárcel, y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales) es indispensable que las conductas se realicen con el objetivo de destinarlos a la preparación de drogas estupefacientes. De otro modo, la conducta es impune y en consecuencia, la particularidad del tipo subjetivo es que, al utilizar la expresión “con el objetivo de destinarlos”, abarcaría sólo las conductas realizadas con dolo directo.

1.3) Tráfico de drogas:

En el artículo 3° se contemplan los ilícitos de tráfico propiamente tal:

Artículo 3° : “ 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”

El verbo rector es traficar, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y, también, inducir, promover o facilitar el uso o consumo de tales sustancias. Traficar, etimológicamente, proviene de la voz latina *transfigicare*, que significa “cambiar de sitio”, y significa comerciar, negociar con el dinero y las mercancías.

Ahora bien, hay que distinguir, entre el tráfico en sentido amplio y el tráfico en sentido estricto. El primero se encuentra tipificado en la parte final del inciso primero del artículo 3°, que describe la conducta sancionada: “inducir, promover, facilitar, por cualquier medio el uso o consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces (o no, según se trate de drogas “duras” o “blandas”) de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública”. Se entiende por instigar, persuadir o mover a otro, por promover, iniciar o adelantar una cosa procurando su logro, y por facilitar, hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o consecución de un fin.

Dado lo anterior, asumiendo la penalidad de la conducta y los bienes jurídicos en juego, se ha entendido que sólo puede referirse al uso o consumo masivo de tales sustancias, esto es a su uso o consumo por personas indeterminadas. Se trata, en general, de una figura de escasa persecución.

En cambio el tráfico en sentido estricto, es una figura de frecuente ocurrencia y persecución. Se encuentra tipificado en la primera parte del artículo 3°, que sanciona a quién trafica a cualquier título las sustancias ya referidas. Por traficar entiende el diccionario “comerciar, negociar con el dinero y las mercancías”. Sin embargo, la interpretación que a la voz “traficar” le ha dado nuestra jurisprudencia es en muchos casos más amplia que la transcrita, basándose en el alcance que se le atribuye a la expresión “a cualquier título”, lo que permite incluir en ella actos de donación y excluir la necesidad de acreditar un elemento subjetivo especial, como sería el ánimo de lucro.

El inciso segundo de la disposición citada define que se entiende por “traficar” para estos efectos, indicando que se entenderá que trafican, quienes sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten consigo sustancias estupefacientes. Estas conductas no constituyen por sí mismas delitos independientes, pues lo que aquí se castiga no es, por ejemplo, la transferencia de estupefacientes sin la debida autorización, sino el tráfico de estupefacientes de dicha conducta significa; o en las palabras de nuestra jurisprudencia, cada una de las conductas que se señalan en el inciso segundo del artículo 3° de la Ley n° 20.000 no es “una conducta delictiva independiente del tráfico, sino que una presunción legal que permite establecer su existencia”

Basta que una persona desarrolle alguno de estos actos, sin la debida autorización, para que se entienda que trafica, en sentido jurídico penal, sin considerar el número o tipo de estos actos para definir si se trata o no de tráfico. La pena asociada a estas conductas es la misma antes señalada, pudiendo también el tribunal al condenar distinguir si se trata de drogas “duras” o “blandas”.

La posesión de estupefacientes, el hecho de tener el poder de disposición de los mismos, 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, tal como lo define el artículo 700 del Código Civil. Es indiferente que esta disposición sobre las cosas se manifieste mediante la aprehensión directa de ellas, o mediante su control por vías indirectas, como el caso de quien encarga su custodia a otra persona o de quien utiliza para esos

finés lugares, artefactos o medios mecánicos que se encuentran bajo control. También posee quien habiendo adquirido por compra o permuta las sustancias de que se trata, tiene sobre ellas poder de disposición, aunque no las haya recibido materialmente, el llamado caso de la compra sin entrega material.

Adquirir tiene en este contexto su propio sentido factico, cual no es otro que el “hecho por el cual se hacen propias las sustancias de tráfico ilícito”, es decir, el hecho por el cual se entra en posesión de dichas sustancias, con independencia de su tenencia material. La tenencia (mera tenencia) no es suficiente para constituir posesión, sigue siendo una modalidad de tráfico, puesto que de acuerdo a la ley, supone participación de manera directa e inmediata en dicho tráfico, por consistir en guardar o portar consigo tales sustancias.

Por guardar sustancias estupefacientes, de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se debe entender una forma de tenencia de las mismas consistente en “tener cuidado” de ellas, “vigilarlas y conservarlas”, así como ponerlas “donde están seguras”, y aun “conservarlas o retenerlas”. Por otra parte, se debe tener presente que en este caso la ley ha querido castigar especialmente a quien, no siendo poseedor, guarda a nombre de éste las sustancias de que se trata, pues de otro modo no tendría mayor sentido su inclusión en el texto, dado que el poseedor, por la propia naturaleza de su posición, guarda las cosas que posee.

Transferir, que tiene múltiples acepciones en el diccionario, la más ajustada al sentido que quiere otorgarle el texto legal es la cuarta, que entiende por tal “ceder o renunciar en otro el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre la cosa”, concepto que a estos efectos no difiere mucho del de suministrar, “proveer a uno de algo que necesita”, sino sólo en el punto de vista de la definición.

El sentido de incluir estas expresiones junto a la posesión y venta, que parecen incorporarlas, no es otro que el legislador ha dado a entender 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 de que se trata, de modo que tal sujeto no comete tantos delitos

de tráfico como sustancias posee, o como ventas o suministros asilados realiza , sino que uno solo: el delito de tráfico ilícito de estupefacientes.

Transportar estupefacientes o sustancias sicotrópicas es según el diccionario, “llevarlas de un paraje o lugar a otro”. Según el profesor PRIETO RODRIGUEZ¹³ en la expresión transporte también “se englobarían todas las actividades que conllevan el traslado de la droga de un punto a otro”, incluyendo en ellas la importación “introducir en un país géneros, artículos o costumbres extranjeros” y la exportación “vender géneros a otro país”. Lo que la ley ha querido dejar en claro al incorporar expresamente las modalidades en estudio como conductas constitutivas de tráfico, es señalar que también participan de modo inmediato y directo en dicho tráfico, y por tanto son autores del mismo, quienes realizan los actos constitutivos de transporte, importación, y exportación de dichas sustancias, aunque no tengan la posesión ni la tenencia material de ellas.

La ley ha incorporado también entre las modalidades de tráfico ilícito la sustracción de las sustancias de que se trata, a pesar de que dicha modalidad no agrega nada a las ya existentes de adquisición y posesión, pues es solo un modo de adquirir las cosas, a efectos penales, y entrar en su posesión.

La única explicación a la inclusión de esta modalidad de tráfico es el prurito del legislador de no querer dejar entregada al juez la decisión de si sustraer es o no una forma de adquirir, para evitar absurdas lagunas de punibilidad. Sin embargo, la inclusión expresa de esta modalidad de adquisición no solo resuelve un problema ya solucionado por la propia ley, puesto que a la sustracción sigue necesariamente la posesión, o al menos el porte de las especies sustraídas; sino que además produce otros más graves, que tienen que ver con los posibles concursos en relación a las figuras comunes de los delitos de apropiación contenidos en nuestro Código Penal.

Finalmente la ley sanciona a quién participa en estas conductas sin importar si tiene o no la condición de consumidor o adicto, la que, según nuestra doctrina y

¹³ POLITOFF, Sergio, MATUS Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, parte especial, op. cit., p. 625

jurisprudencia que lo ha afirmado de manera sostenida, es plenamente compatible con la sanción por tráfico u otras figuras penales.

1.4) Microtráfico:

En el artículo 4° se contempla el llamado delito de microtráfico:

Artículo 4°: “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”

El tráfico de pequeñas cantidades de droga es una de las figuras más habitual ocurrencia en nuestro país. Las penas por tráfico de drogas en la antigua Ley de drogas n° 19.366 no distinguían entre pequeños y grandes traficantes. Por lo tanto, las

condenas oscilaban entre cinco años y un día y quince años de cárcel. En los casos de pequeñas cantidades de estupefacientes, los jueces preferían sancionar por consumo mediante una multa. La Ley n° 20.000 consagra la figura del microtráfico y establece penas de privación de libertad que van de los 541 días a los cinco años. Además agrega una multa de 10 a 40 UTM. Lo anterior es siempre que el imputado no acredite que la sustancia es para consumo personal (inversión de la carga de la prueba).

La diferencia esencial con las figuras de tráfico antes expuestas radica en la cantidad de droga que sea objeto de la conducta. La ley no establece parámetros matemáticos para determinar cuando se trata de pequeñas cantidades, debe considerarse en cada caso por el juzgador el tipo de droga, pureza y cantidad. Así, según lo postulado por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, se requiere que estos parámetros sean compatibles con una hipótesis cercana al consumo personal y próximo en el tiempo de la droga en cuestión, siempre y cuando no se pueda justificar el destino al consumo señalado por el poseedor de la droga, o bien, se trate de un caso en que esa “pequeña” cantidad de droga se ha transferido o comercializado a cualquier título.

Por otro lado, en los casos en que el poseedor de la droga, efectivamente acredite que está destinada a su consumo, su conducta puede ser penalmente atípica o ser sancionada o ser sancionada como una falta, según se precisara más adelante, siempre y cuando ese consumo sea personal, exclusivo y próximo en el tiempo.

Por personal y exclusivo, se entiende el consumo de la droga, por parte del sujeto activo, que excluye el de cualquier persona. Por próximo en el tiempo, se ha entendido un periodo breve, sin tampoco precisarse por la ley, cuestión que ni la doctrina ni jurisprudencia han complementado, períodos definidos y acotados, toda vez que se debe tener en cuenta también el tipo de droga y el perfil del consumidor.

También la sanción a título de microtráfico (y otras figuras de consumo) no es aplicable en los casos en que el poseedor de la sustancia ilícita en cuestión justifique que la misma se encuentra fundada en la atención de un tratamiento médico del poseedor.

Hay que entender que este elemento negativo del tipo es en principio más amplio, pues aunque esta circunstancia se establece explícitamente solo en relación al microtráfico, el análisis sistemático del tráfico ilícito de estupefacientes, tanto en ese sentido estricto como en el amplio de inducir, promover o facilitar el consumo de dichas sustancias, así como la simple lógica, llevan a la conclusión que los delitos derivados de esa figura amplia de tráfico no se cometen cuando la sustancia, materia prima, precursor, semilla, cultivo o especie vegetal que se adquiere, posee, elabora, cultiva, etc., está destinada al consumo personal de quien la utiliza.

Así sucede particularmente con el cultivo de drogas destinado al consumo personal, que nuestros tribunales han considerado atípico, lo mismo que han hecho los tribunales españoles respecto de las permutas de drogas de distinta clase que practican los consumidores finales con las sustancias destinadas a su propio consumo, las que acertadamente estiman atípicas, por estar destinadas al consumo personal de los permutantes.

Los profesores BULLEMORE y MACKINNON hacen una importante observación respecto de este delito, puesto que está referido a las conductas de los artículos anteriores, pero en pequeñas cantidades, con el siguiente dilema: el legislador, en su afán penalizador, al incluir los llamados “precursores”, ha señalado que son conductas típicas, aunque justificadas, la tenencia de pequeñas cantidades de precursores como, por ejemplo, la acetona con que las mujeres suelen remover la pintura de uñas. Por lo que en la práctica se han producido varios problemas, debido a esta clase de contradicciones que contiene la Ley n° 20.000.

1.5) Suministro de hidrocarburos aromáticos a menores de 18 años:

Artículo 5°: “El que suministre a menores de 18 años de edad, a cualquier título, productos que contengan hidrocarburos aromáticos, tales como benceno, tolueno y otras sustancias similares, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cuarenta a doscientas unidades tributarias mensuales.

Atendidas las circunstancias del delito, podrá imponerse, además, la clausura a que hace referencia el artículo 7°”

En el artículo 5° se encuentra una figura, propia del excesivo celo del legislador, que perfectamente podría encuadrarse en alguna de las figuras anteriores. Es el suministro de hidrocarburos aromáticos a menores de 18 años, que, amén de ser necesario restringirlo, podía serlo con una mejor técnica legislativa.

1.6) Prescripción médica abusiva de sustancias estupefacientes:

Artículo 6°: “ El médico cirujano, odontólogo o médico veterinario que recete alguna de las sustancias señaladas en el artículo 1°, sin necesidad médica o terapéutica, será penado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientos unidades tributarias mensuales”

En el artículo 6° se contempla la receta médica, otorgada por el médico, cirujano, odontólogo, o médico veterinario sin necesidad médica o terapéutica. Esto es cuando no hay necesidad médica para el tratamiento de alguna enfermedad. La receta médica es la prescripción de un facultativo de una sustancia regulada por la ley y el reglamento, que sea de aquellas que tienen un uso médico en nuestro país, y que puede ser adquirida en un establecimiento farmacéutico.

La necesidad de la prescripción se juzga de acuerdo a criterios médicos, según la denominada *lex artis*, esto es la práctica médica habitual. No se requiere que el profesional entregue la droga en cuestión ni tampoco ningún tipo de contacto físico con la misma, basta únicamente con emitir la receta.

Tampoco se requiere que aquel a quien se entrega llegue a través de la misma a adquirir la droga. De acuerdo a los profesores POLITOFF, MATUS y RAMIREZ¹⁴, aquí entra en juego una necesaria interpretación de la figura penal a la luz del bien jurídico, pues la prescripción indebida de estupefacientes sólo lo afecta materialmente cuando de ella se sigue una difusión incontrolada de las sustancias prescritas, esto es, cuando

¹⁴ POLITOFF, Sergio, MATUS Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, parte especial, op. cit., p. 631

las sustancias prescritas no se destinan al consumo personal del paciente a quien se prescriben.

Luego, será atípica o no será materialmente antijurídica la conducta del facultativo que prescribe sustancias estupefacientes o sicotrópicas en base a un diagnóstico y tratamiento objetivamente equivocados, sin que exista, por tanto, necesidad terapéutica de esos fármacos; ni tampoco cometerá delito el facultativo que, teniendo un diagnóstico correcto, prescriba una sustancia estupefaciente para mejorar no esa enfermedad en particular, sino la salud en general del paciente, entendida como “estado de completo bienestar físico, mental y social”. En ambos casos, no existe el peligro de difusión incontrolada de las sustancias de que se trata, y por tanto, quedan fuera del campo de lo punible, porque las conductas, en el improbable caso que llegasen a afectar al paciente, nunca afectarían, además, al bien jurídico protegido.

Se trata además de un delito de sujeto especial impropio, toda vez que sólo puede ser cometido por ciertas personas, en particular, profesionales de la salud. La ley precisa, en todo caso, que éstos deben ser médicos cirujanos o veterinarios u odontólogos. Si un particular no calificado incurre en esta conducta, ésta podrá ser sancionada según las disposiciones generales

La norma es criticada, puesto que convierte un hecho típico la mera entrega una receta, lo que es una impropiedad, al adelantar la punición a un hecho construyendo un tipo penal alrededor de un delito de mero peligro abstracto formal, sin exigir un *plus* para su ilicitud.

Finalmente con relación al objeto material, aunque la ley lo remite directamente a las sustancias mencionadas en su artículo 1°, lo cierto es que no todas ellas son de prescripción médica, como es el caso del *cannabis*, que no tiene uso médico aceptado en Chile y no se encuentran en los establecimientos farmacéuticos, por lo que, del total de las sustancias descritas que se encuentran en el reglamento de la Ley n° 20.000, la prescripción abusiva punible sólo puede recaer en aquellas cuya disponibilidad farmacéutica se encuentre acreditada, ya que de otro modo estaríamos ante un caso de delito imposible, tanto por la inidoneidad absoluta del medio, la receta, como por inexistencia absoluta del objeto material del mismo.

De todos modos, no debe descartarse la posibilidad de que, aunque no se cometa esta figura especial, el facultativo que recomiende a sus pacientes el consumo de cannabis pueda ser castigado por la figura genérica del favorecimiento del consumo ilícito del artículo 3° inciso 1° *in fine*, aprovechándole en tal caso la rebaja facultativa de dos grados que alcanza a dicha disposición penal.

1.7) Incumplimiento de normas reglamentarias en materia de drogas:

Artículo 7°: “El que, encontrándose autorizado para suministrar a cualquier título las sustancias o drogas a que se refiere el artículo 1°, o las materias que sirvan para obtenerlas, lo hiciere en contravención de las disposiciones legales o reglamentarias que lo regulan, será sancionado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales. Atendidas las circunstancias del delito, podrá imponerse, además, la medida de clausura temporal del establecimiento por un plazo no inferior a sesenta días ni superior a ciento veinte días, aun cuando el autor del hecho sea empleado o dependiente de cualquier modo en dicho establecimiento. En caso de reiteración, podrá imponerse la clausura definitiva y la prohibición perpetua para el autor de tales ilícitos de participar en otro establecimiento de igual naturaleza”

La principal novedad de la reforma operada por la Ley n° 20.000 a la regulación anterior de este delito no radica en su descripción típica, sino en la penalidad que se le asigna, que ahora, correctamente, es la misma que la correspondiente a la figura de tráfico ilícito, pues no se trata sino de una modalidad del mismo, cuyo mayor disvalor, dado por el abuso de la autorización concedida se toma debidamente en cuenta de dos modos: por una parte, no se permite la rebaja facultativa del artículo 1°, en atención a la naturaleza de la sustancia que se trata; y por otra, se imponen penas adicionales vinculadas precisamente a la infracción de la autorización concedida: clausura y prohibición de participación en establecimientos similares.

En lo que respecta a las personas que se encuentran autorizadas para suministrar las sustancias señaladas en el artículo 1°, o sus precursores, el artículo 7° contempla sanción en el caso de incumplimiento de las normas reglamentarias que regulan estas actividades. En consecuencia, es un delito especial impropio. Este tipo penal que admite la figura culposa, y que no distingue en su penalidad la realización dolosa.

En relación a este mismo artículo, el artículo 10° establece las sanciones para quienes desvíen o destinen al tráfico ilícito alguna de las especies vegetales enumeradas respecto de las cuales tienen autorización para su siembra, plantación, cultivo o producción. Aunque la diferencia fundamental con la figura del artículo 10° radica en la discutible constitucionalidad de la técnica empleada en la descripción típica, pues como señala HERNANDEZ parece que “no cumple con la exigencia, explicitada por el Tribunal Constitucional, consistente en que la ley penal debe describir expresamente la conducta incriminada en sus aspectos esenciales (núcleo esencial) y sólo puede dejar a otras normas el desarrollo o precisión de aspectos no esenciales”¹⁵. En efecto, no existiendo disposiciones legales que regulen la materia, sino sólo las disposiciones generales del Código Sanitario y las específicas de los DS (salud) 435 de 1982, 404 y 405 de 1984, y 466 de 1985, parece difícil discernir la clase de infracción reglamentaria que llevaría a considerar como.

Las únicas infracciones reglamentarias relativas al suministro de estupefacientes que justificarían una sanción penal serán aquellas que importen poner a disposición de consumidores finales las sustancias prohibidas, sustrayéndolas del régimen de control a que se encuentran sometidas.

Ello reduce el ámbito de aplicación de esta figura a la conducta consistente en proveer sustancias para cuyo suministro se encuentra autorizado a terceros que no justifiquen en la forma reglamentaria la necesidad terapéutica de ellas. Luego, las únicas infracciones reglamentarias que darían origen a la aplicación de esta figura penal serían básicamente el despacho sin receta, *con* recetas inapropiadas o en cantidades superiores a las recetadas, juntamente con la alteración de los registros

¹⁵ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, Las drogas ilegales en el Derecho Penal chileno: análisis crítico de dogmática y política criminal, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1992, pp. 280 y ss.

correspondientes, sustrayendo de este modo dichas sustancias al régimen de control establecido.

El problema con esta disposición entonces, es que no se diferencia ni precisa el tipo de contravención a la ley o reglamento, ni tampoco su gravedad para efectos de la aplicación del marco penal al que hemos hecho referencia. El legislador en todo caso, llama a considerar las circunstancias del ilícito para efectos de aplicar una sanción accesoria al establecimiento en cuestión, aún cuando el autor directo del hecho no guarde relación con él: la pena de clausura temporal del mismo por un plazo de entre sesenta y ciento veinte días, pudiendo aplicarse la clausura definitiva en caso de reiteración. Además en caso de reiteración se aplica al autor del hecho la prohibición perpetua de participar en establecimientos de similar giro.

1.8) Cultivo de especies vegetales reguladas:

Artículo 8°: “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 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 sólo se aplicaran 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”

El artículo 8° se refiere a la siembra o plantación de especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes. Asimismo, incluye la justificante de uso personal o exclusivo y próximo en el tiempo, circunstancias que, evidentemente, deberá probar ante el tribunal correspondiente, sancionándosele sólo con las penas del

artículo 50 de la misma ley, como falta. Se trata de una figura especial, y por lo tanto de aplicación preferente a las ya expuestas, cuando los supuestos de hecho son los mismos.

En cuanto al sujeto activo de esta figura, la propia ley parece dar a entender que habrá de serlo quien no se dedique al tráfico ilícito de estupefacientes propiamente tal, pareciendo referirse a los campesinos y agricultores que, por diversas razones, se dedican al cultivo de tales sustancias sin participar en la red de comercialización o elaboración de las mismas, pues de otra manera el privilegio se extendería desmesuradamente, al punto de convenir a los autores realizar toda cadena de producción, pasando desde el cultivo hasta la venta, que participar en eslabones aislados de la misma, diferentes al cultivo.

En cuanto al objeto material de este delito, se trata de especies vegetales vivas adheridas al suelo o en pie, y tratándose de *cannabis*, con independencia de si han desarrollado o no en sí los principios activos de las sustancias estupefacientes que producen. Por lo mismo, parece dudosa en general la aplicación de esta figura a los casos en que el objeto son semillas u otras sustancias vegetales, antes que se desarrollen en tierra, toda vez que no tendrían aún la calidad de drogas, ni poseerían los principios activos que las distinguen. Sin embargo, se ha entendido, por la doctrina que éstas son consideradas precursores o materias primas y su tenencia sancionada a título de tráfico de precursores.

Finalmente, cabe destacar que en cuanto al a atenuación facultativa de un grado que dispone la ley, ella parece estar pensada, por una parte, atendiendo a la escasa cantidad de lo cultivado, y por otra parte, a las circunstancias personales del autor, como el caso de los campesinos y pequeños agricultores que, en zonas deprimidas económicamente, se dedican al cultivo de tales especies, siempre que no participen de una manera más o menos directa en una organización criminal más amplia, donde quien cultiva cumple una función propia de una labor planificada de antemano. Además, se debe tener en cuenta que, como en el microtráfico, el cultivo para el uso personal no se castiga a este título, sino eventualmente como falta del artículo 5°.

1.9) Desvío de especies vegetales reguladas:

Artículo 10°: “El que, estando autorizado para efectuar las siembras, plantaciones, cultivos o cosechas a que se refiere el artículo anterior, desvié o destine al tráfico ilícito alguna de las especies vegetales allí señaladas, o sus rastrojos, florecencias, semillas u otras partes activas, será penado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

Si, por imprudencia o negligencia culpable, abandonare en lugares de fácil acceso al público plantas, sus rastrojos, florecencias, semillas u otras partes activas, o no cumpliera con las obligaciones establecidas en el reglamento sobre cierre y destrucción de tales especies, será castigado con reclusión o relegación menores en su grado mínimo y multa de veinte a doscientas unidades tributarias mensuales”

Esta figura supone como sujetos activos del delito a personas autorizadas por el Servicio Agrícola y Ganadero, para sembrar, plantar, cultivar y cosechar especies vegetales del género cannabis, que sin embargo, han excedido, sea intencionalmente o por su negligencia, el estricto ámbito de tal permiso. Se trata, entonces, de un delito, de aquellos que la doctrina denominada “especiales”, y ello parece justificar que la penalidad base sea igual a la del tráfico propiamente tal, sin admitir la rebaja penológica del artículo 8°. Sin embargo, la sola circunstancia de existir un abuso en el ejercicio de una autorización administrativa no parece suficiente razón para “dejar de lado una distinción razonablemente fundada”.

Se trata de un delito especial impropio toda vez que si la conducta sancionada es realizada por un sujeto no comprendido en la descripción (en este caso, una persona no autorizada) su actuar no es impune, sino que es constitutiva de las figuras generales (tráfico, microtráfico, etc.). Naturalmente, el empleado o el tercero que desvía las especies vegetales de que se trata sin el consentimiento de quien se encuentra autorizado a cultivar; no comete este delito, sino el de tráfico que corresponda, pues la autorización a ellos no los vincula.

El inciso primero del artículo 10°, sanciona a quien desvíe o destine al tráfico ilícito de alguna de las sustancias que especifica. Se entiende por desviar, separar de su uso autorizado las sustancias que son objeto material del ilícito, y por destinar, determinar alguna de estas sustancias a un fin, que en este caso la ley lo restringe al tráfico, en los términos ya señalados.

En el inciso segundo, sanción de manera excepcional a quien no incurre dolosamente en la desviación o destinación, sino que lo hace por imprudencia o negligencia culpable, con una pena de entre 61 y 540 días de privación de libertad y una multa de 20 a 200 unidades tributarias mensuales.

1.10) Tipo omisivo del funcionario público:

Artículo 13°: “El funcionario público que, en razón de su cargo, tome conocimiento de alguno de los delitos contemplados en esta ley y omita denunciarlo al Ministerio Público, a los funcionarios de Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones, o de Gendarmería en los casos de los delitos cometidos dentro de los recintos penitenciarios, o ante cualquier tribunal con competencia en lo criminal, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cuatrocientas unidades tributarias mensuales”

El artículo 13° contempla un delito de omisión del funcionario público que, en razón de su cargo, tome conocimiento de alguno de los delitos contemplados en esta ley. De acuerdo a la norma transcrita, no existe una obligación genérica de denunciar, en razón de ser funcionario público, sino sólo de los delitos conocidos en razón de su cargo.

1.11) Delitos de drogas cometidos por personal militar:

Artículo 14°: “El personal militar a que se refiere el artículo 6° del Código de Justicia Militar, con excepción de los concriptos, el de la Policía de Investigaciones de Chile, el de Gendarmería de Chile y el de aeronáutica a que se refiere el

artículo 57° del Código Aeronáutico que consuma alguna de las sustancias señaladas en los artículos 1° y 5° de esta ley, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio.

No obstante, si consumieren tales sustancias en los lugares o situaciones mencionados en el artículo 5°, n° 3°, del Código de Justicia Militar, la sanción será presidio menor en sus grados medio a máximo.

Los conscriptos que consuman alguna de las sustancias señaladas en los artículos 1° y 5° de esta ley, en los lugares o situaciones indicados en el artículo 5°, n° 3°, del Código de Justicia Militar, serán castigados con la pena de presidio menor en su grado mínimo.

Las mismas penas expresadas en los incisos anteriores se aplicarán al respectivo personal si guarda o porta consigo dichas sustancias, aun cuando sean para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Esta pena no se aplicará a los que justifiquen el uso, consumo, porte o tenencia de dichas sustancias en la atención de un tratamiento médico.

Corresponderá a la autoridad superior de cada organismo prevenir el uso indebido de sustancias estupeficientes o sicotrópicas, debiendo ordenar la realización periódica de controles de consumo conforme a las normas contenidas en un reglamento que se dictará al efecto”

Artículo 15°: “Los oficiales y el personal de Gente de Mar de dotación de buques de la marina mercante, de naves especiales y de artefactos navales que, a bordo o en el cumplimiento de sus funciones, porten para su exclusivo uso

personal y próximo en el tiempo o consuman alguna de las sustancias señaladas en los artículos 1° y 5°, serán sancionados con presidio o reclusión menores en sus grados medio a máximo y multa de diez a cien unidades tributarias mensuales.

Dichas penas no se aplicarán a los que justifiquen el uso, consumo, porte o tenencia de alguna de dichas sustancias en la atención de un tratamiento médico”

Con relación a ambos tipos, se destaca el hecho de ser delitos especiales impropios, y considerar ciertas agravantes especiales, que serán analizadas más adelante.

1.12) Norma especial sobre la antijuridicidad:

El artículo 1° contiene una particularidad, ya que hace una mención a una circunstancia justificante, que elimina la antijuridicidad de la conducta, “sin la debida autorización”. Dicha mención se reproduce en el artículo 4°, donde se utiliza a propósito del microtráfico, la expresión “sin la competente autorización”. Por lo tanto, si hay autorización, la conducta siendo típica, no sería antijurídica por operar una causal de justificación¹⁶.

2) Reglas especiales en materia de participación:

2.1) Entrega de bienes para elaboración, plantación o tráfico de drogas:

Artículo 11°: “El propietario, poseedor, mero tenedor o administrador a cualquier título de bienes raíces o muebles que, aun sin concierto previo, los facilite a otro a sabiendas de que serán destinados a la comisión de alguno de los delitos contemplados en los artículos 1°,2°,3° u 8°, será penado con la misma sanción establecida para el respectivo delito”.

¹⁶ Ver *infra*. Bien jurídico y antijuridicidad, p. 118

Sigue llamando la atención el afán del legislador en materia de drogas, de cambiar y volver aún más severo el régimen común de penas con respecto a la participación criminal, que en el caso en comento asimila la complicidad de quien a cualquier título tenga acceso a un bien inmueble o mueble a una coautoría, dado que se le sanciona con la misma pena que al autor del respectivo delito al que accede dicha complicidad, cambiando la regla del artículo 16 del Código Penal, en la que se rebaja un grado a quienes participan en un hecho delictivo sin ser autores, de manera injustificada, ya que la norma señala expresamente que “aún sin concierto previo”, con lo que sólo estaría contribuyendo al hecho de otro, pero en ningún caso con dominio sobre la realización del mismo. En consecuencia, se crea una figura paralela de participación, en la que si bien no cumple con los requisitos propios de los autores¹⁷, se le sanciona como uno.

Ahora bien, tal como de señalaba, el sujeto activo de esta “especial” forma de participación es cualquiera, siempre que no sea autor, en alguna de las formas del artículo 15 Código Penal, del delito a que sirve su conducta, y que tenga sobre la cosa que se entrega un poder de destinación proveniente de su calidad de propietario, poseedor, administrador o tenedor a cualquier título de la misma.

Quienes carecen de tales cualidades, y actúan como simples empleados de quien puede destinar la cosa a un fin ilícito, no pueden ser pena de este título, pues su actuar sería una forma de participación en la participación. De este modo, aunque el artículo 11° crea una forma especialmente punible de complicidad, no deja de ser por ello una forma de complicidad, como reconoce expresamente el artículo 55 del Código Penal, por lo que no cabe aquí desviarse del principio reflejado en los artículos 15 a 17 y 50 a 54 de nuestro Código Penal, según el cual sólo existe complicidad punible con el autor de un delito, y no con el cómplice de ese delito.

Objeto material de esta especial forma de complicidad son los bienes raíces y los muebles, siempre que en ellos pueda objetivamente elaborarse, almacenarse, expendirse o permitirse el consumo de estupefacientes.

¹⁷ DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, Autoría y Participación, pp. 5 y ss.

2.2) Asociación u organización con el objeto de realizar alguno de los delitos contemplados en la ley:

Artículo 16: “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 su grado 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.

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”

El delito de asociación ilícita está regulado en nuestro Código Penal en los artículos 292 y ss., por lo que existiría un concurso aparente¹⁸ entre esta norma y la del

¹⁸ Acerca del concurso aparente de leyes penales, MUÑOZ CONDE señala que “de las diversas leyes aparentemente aplicables a un mismo hecho, sólo una de ellas es realmente aplicable, quedando desplazadas las demás conforme a diversos criterios interpretativos”, ver en MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal: parte general, 3ª Ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 520; WELZEL enseña que hay concurso aparente cuando “desde un punto de vista formal serían aplicables varios tipos a la acción, pero el contenido delictivo es determinado totalmente ya mediante uno de estos tipos”, ver en WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán: parte general, 4ª edición, traducida por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez de la 11ª edición alemana, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 276; JESCHECK lo denomina “concurso impropio”, manifestando que se debiese sustituir la expresión tradicional pero equívoca de “concurso de leyes” por la de “unidad de ley”, ver en JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal: parte general, 4ª ed., traducida por José Luis Manzanares

artículo 16 de la Ley n° 20.000, solucionándose por la vía de la especialidad en favor de esta última figura¹⁹. Se resuelve de esta forma, puesto que entre ambas normas citadas, existiría una relación de género a especie, prevaleciendo esta última, siendo la norma general desplazada por la norma especial²⁰, que se caracteriza porque, repitiendo el contenido del precepto general, le agrega características, pormenores o exigencias que este no contempla²¹, además de algún elemento que demuestra un fundamento especial de la punibilidad²². En este sentido, JESCHECK destaca el papel del bien jurídico contra el que se dirige el ataque del autor, así como los tipos que la ley establece para su protección²³.

El inciso último de este artículo, da a entender que se está frente a un verdadero concurso de delitos, no sólo por su remisión expresa al artículo 74 de nuestro ordenamiento punitivo, sino porque se estaría frente a dos ilícitos distintos, como son los de la asociación ilícita y los propios de la Ley n° 20.000. En el injusto de asociación ilícita sería el orden público de acuerdo a algunos autores²⁴, a diferencia de la salud pública que sería el bien jurídico protegido en la Ley n° 20.000 según la doctrina mayoritaria, como se verá en los capítulos siguientes.

Samariego, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 670; En la doctrina nacional, BULLEMORE y MACKINNON precisan que “hay concurso aparente de leyes penales cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero en definitiva, sólo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas, ver en BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, Derecho Penal: parte general, tomo I, 2ª edición., Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2007, p. 98; opina igual CURY, ver en CURY, Enrique, Derecho penal: parte general, 7ª edición ampliada, Ed. Universidad Católica, Santiago, 2005, p. 667; con matices NOVOA, quien señala que se trataría de un “concurso aparente de tipos”, ver en NOVOA, Eduardo, Curso de Derecho Penal chileno: parte general, tomo II, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 249

¹⁹ CARNEVALI, Raúl, FUENTES, Hernán, Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000, Polit. Crim., n°6, D1, 2008, p. 3

²⁰ CURY, Enrique, op. cit., p. 668

²¹ NOVOA, Eduardo, tomo II, op. cit., p. 254

²² BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, tomo I, op. cit., p. 98

²³ JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 672

²⁴ CARNEVALI, Raúl, FUENTES, Hernán, op. cit., p.6

En este sentido se aplica la misma regla que en el caso general de la asociación ilícita, contemplada en el artículo 294 bis del Código Penal, el cual ordena que “las penas de los artículos 293 y 294 se impondrán sin perjuicio de la que correspondan, por los crímenes o simples delitos cometidos con motivo u ocasión de tales actividades”, excluyéndose el principio de consunción²⁵. Este principio se aplica cuando un hecho satisface dos o más normativas penales, pero como el disvalor delictivo que implica la ejecución de uno de ellos se contiene al que supone la realización de otro, aquél consumo o absorbe a estos, desplazándolos²⁶.

La ley de superior valoración consume o absorbe todo el antijurídico de los hechos subordinados, porque esa valoración más alta tiene contemplado un antijurídico de mayor alcance y gravedad que abarca aquél, o que lo supone, al menos, como probable²⁷.

Se destaca de este tipo penal la distinción, poco académica, entre quienes ejercen responsabilidad o mando en la organización, en la n° 1 del artículo 16, y quienes “colaboran” con la organización.

Con respecto a los requisitos de existencia de una asociación ilícita, la jurisprudencia²⁸, ha ido complementando las expresiones de la ley, distinguiéndola de situaciones de mera coparticipación, y que someramente son la existencia de una organización, con grado de permanencia en el tiempo, jerarquizada, con jefatura propia, reglas de comportamiento propias y destinadas a cometer un número indeterminado de delitos, y no sólo para una o más operaciones determinadas.

²⁵ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, parte especial, op. cit., pp. 598 y 599

²⁶ CURY, Enrique, op. cit., p. 669; de manera similar en BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, tomo I, op. cit., p. 99

²⁷ NOVOA, Eduardo, tomo II, op. cit., p. 255

²⁸ Gaceta jurídica, 2007, n° 324, pp. 188 y 189, señala su considerando segundo: “que es característica de toda asociación (...) su permanencia y proyección en el tiempo (...), supone una explícita adhesión de los asociados a los fines que se proyectan, y sobre todo, un sentido de pertenencia”; Revista procesal penal, n°62, 2007, pp. 53 y ss.

Esta interpretación se ve reforzada por el propio texto de la Ley n° 20.000 que ha agregado, como nueva 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, aun si ello deriva del hecho de tratarse de una agrupación o reunión más o menos permanente, en la medida de que dicha agrupación no pueda decirse que se encuentra propiamente organizada como asociación ilícita (con jerarquía y normativa propia).

Finalmente, cabe postular la posibilidad, con finalidades político-criminales, de aceptar en esta especial asociación para el tráfico de estupefaciente, la excusa legal absolutoria de la delación contemplada en el 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 bis²⁹.

3) Reglas especiales en materia de *iter criminis*:

3.1) La tentativa especialmente penada en la Ley n° 20.000:

Artículo 18: “Los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución”

Por lo anterior, en todos los delitos a los que nos hemos referido, no es necesario que el sujeto activo desarrolle íntegramente la conducta, sino que basta la mera tentativa para que su comportamiento se sancione como si el delito se hubiera consumado. Es decir, no es necesario un resultado físico, y respondiendo a que se trata de delitos de peligro y no de lesión³⁰.

²⁹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, parte especial, op. cit., p. 599

³⁰ De acuerdo al profesor Juan BUSTOS, los delitos se pueden clasificar según su forma de afectar el bien jurídico, en delitos de peligro y delitos de lesión. En los de lesión hay un menoscabo el delito se consuma con una destrucción o menoscabo (valorativo) del bien jurídico. Así sucedería en los delitos de homicidio, robo, estafas, etc. En cambio, en los delitos de peligro, no hay una lesión efectiva del bien jurídico

Sin embargo, en la mayoría de las figuras que hemos referido (tráfico, microtráfico, etc.) la propia descripción de las conductas sancionadas alcanza a comportamientos que no van más allá del principio de ejecución (por ejemplo la mera tenencia) por lo que el alcance práctico de la disposición no es mayor³¹. Se castiga por igual la posesión para transferir como la transferencia misma de las sustancias prohibidas, y el favorecimiento del consumo. Esta asimilación de la tentativa a la consumación, ya a nivel de la descripción típica, tiene importantes efectos dogmáticos que cabe destacar, distintos a los que produce la asimilación sólo penológica que pretende el citado artículo 18 de la presente ley.

En efecto, en los primeros casos, la asimilación de la tentativa a la consumación hecha en la descripción típica excluye a sus autores del beneficio del desistimiento, al no existir este en relación con los delitos consumados. Tal sucede, por ejemplo, en la oferta de venta de sustancias prohibidas, que constituye un delito de promoción o favorecimiento consumado, con independencia de si tal venta se realiza o no en el futuro, o 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. En cambio, cuando es posible la separación intelectual de la tentativa de la consumación, por permitirlo la descripción típica, la disposición del artículo 18 no impide aplicar el beneficio de la impunidad a quien desiste en su tentativa, pues la tentativa desistida no existe como tal tentativa a efectos de punibilidad. Así sucedería,

protegido sino que una probabilidad de que la conducta típica lo produzca. La diferencia entre unos y otros está en el momento de la consumación. En los de peligro, basta con el peligro real (riesgo) imputable a la realización típica. En los de lesión, es necesaria la lesión efectiva del bien jurídico. Los delitos de peligro se clasifican a su vez, en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Si el tipo penal establece una relación inmediata de la situación de peligro con un bien jurídico determinado, se habla de delitos de peligro concreto. A diferencia de los delitos de peligro abstracto, en donde, el proceso de tipificación no se establece dicha relación de inmediatez del peligro con un bien jurídico; basta con probar la realización del comportamiento típico para su consumación, en BUSTOS, Juan, HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, Lecciones de Derecho Penal, vol. II, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pp. 42 y 43

³¹ Fenómeno similar sucede en la Ley sobre tráfico de estupefacientes en Alemania, donde el § 29 I n° 1 BtMG (*Betäubungsmittelgesetz*) castiga el hecho de “traficar con narcóticos”, con lo que incurrirá ya en responsabilidad penal por delito consumado el que promete proporcionar drogas, pero no encuentra ningún proveedor. Ver en ROXIN, Claus, Derecho penal: parte general, trad. De la 2ª edición alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García y Javier De Vicente, tomo I, 1ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 60

por ejemplo, respecto de quien, tentado por una promesa de dinero, envía a un medio de comunicación antecedentes acerca de una investigación preliminar, pero a medio camino manda a detener el envío, por lo que, habiendo dado principio de ejecución al delito del artículo 37 de la Ley n° 20.000, no llega a completar su acto, por desistimiento voluntario.

Además, en los casos en que la propia descripción típica asimila la tentativa a la consumación, la tentativa de tales delitos, en el sentido del artículo 7 del Código Penal, no es posible conceptualmente, porque en la tentativa *per definitionem* no se produce la lesión del objeto de la acción³² coincidiendo con la naturaleza misma de los delitos de peligro abstracto, donde la consumación se va a entender cuando haya principio de ejecución (tentativa), puesto que a partir de este momento se presume poniendo en peligro el bien jurídico, sin que sea necesario que concurran otros factores posteriores para complementar el tipo o una lesión efectiva del bien jurídico³³; además, los actos que aparentemente la constituyen sólo pueden verse como actos preparatorios, de los cuales sólo es punible, conforme al artículo 17 de la Ley n° 20.000, la conspiración, que veremos a continuación.

3.2) La conspiración:

Artículo 17: “La conspiración para cometer los delitos contemplados en esta ley será sancionada con la pena asignada al delito respectivo, rebajada en un grado”

El artículo 8° del Código Penal define la conspiración señalando que esta tiene lugar “cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un crimen o simple delito”. Según la normativa penal en general la conspiración únicamente se castiga cuando la ley lo señala explícitamente, por lo tanto, en el caso en concreto se remite a los crímenes o simples delitos contemplados en la Ley n° 20.000 y no puede referirse a las faltas de sus artículos 50 y siguientes (no hay conspiración de faltas);

³² ROXIN, Claus, op. cit., p. 60

³³ BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, Derecho Penal: parte general, tomo II, 1ª edición, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2005, pp. 15 y ss.

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. El artículo 17, señala que en los delitos a que esta se refiere, la conspiración se castiga con la pena inferior en un grado.

Es decir, no se contempla la rebaja de un grado respecto a la tentativa, aun cuando no haya principio de ejecución, sino que respecto del delito consumado, asimilando la pena, a la del delito frustrado, aumentando la pena.

4) Reglas especiales en materia de penalidad:

4.1) Circunstancias atenuantes:

4.1.1) Cooperación eficaz:

Artículo 22: “Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca 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 esta ley. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados.

Sin embargo, tratándose del delito contemplado en el artículo 16, la reducción de la pena podrá comprender hasta tres grados.

Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso primero.

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 a los fines señalados en el inciso primero.

Si con ocasión de la investigación de otro hecho constitutivo de delito, el fiscal correspondiente necesita tomar conocimiento de los antecedentes proporcionados por el cooperador eficaz, deberá solicitarlos fundadamente. El fiscal requirente, para efectos de efectuar la diligencia, deberá realizarla en presencia del fiscal ante quien se prestó la cooperación, debiendo este último previamente calificar su conveniencia. El superior jerárquico común dirimirá cualquier dificultad que surja con ocasión de dicha petición y de su cumplimiento.

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”

La apreciación de esta circunstancia impone una rebaja de la pena, desde su marco penal, de hasta dos grados, configurándose así en una atenuante especial³⁴, al estar establecida sólo en función de los delitos contemplados en Ley n° 20.000, no aplicándose para delitos comunes contenidos en el Código Penal o en otras leyes, así también por el mismo hecho de que no se compensa con las agravantes comunes y que opera en un momento posterior a la determinación judicial de la pena (aplicándose las circunstancias agravantes y atenuantes comunes que correspondan), 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 ilícita³⁵.

Para que se configure esta atenuante especial, se requiere que el sujeto en cuestión suministre datos o informaciones precisas, verídicas y comprobables que contribuyan al esclarecimiento de los hechos investigados o permitan la identificación

³⁴ BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, tomo III, op. cit., p. 166; NOVOA, Eduardo, tomo II, op. cit., p. 13, CURY, Enrique, op. cit., p. 472;

³⁵ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, parte especial, op. cit., p. 610

de los responsables; o sirvan para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la Ley n° 20.000. Para que se configure la atenuante, la cooperación debe versar sobre antecedentes proporcionados por el imputado, desconocidos para el Ministerio Público o la policía, y sin los cuales el delito o los responsables no habrían sido descubiertos. No basta para ello sólo el reconocimiento de participación, sino que se exigen antecedentes veraces y que además revistan el carácter de eficaces, esto es, que tengan la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera, contribuyendo al esclarecimiento del hecho punible y determinar la participación de los responsables. Además, la cooperación debe ser, como su nombre lo indica, eficaz, en el sentido de producir alguno de los resultados que señala la ley, en palabras de la Corte Suprema, “la procedencia de la atenuante está supeditada no a una actitud de mera colaboración, sino de modo ineludible a que los datos entregados por el agente contribuyan a determinar el hecho punible o su participación o bien impedir la perpetración de otros similares”³⁶

Sólo puede reconocerse esta atenuante especial por el Ministerio Público si la plantea y sólo en el caso que concurra la cooperación eficaz, el imputado puede optar a alguna de las medidas contempladas en la ley 20.603 (Remisión condicional de la pena, reclusión parcial, libertad vigilada, libertad vigilada intensiva, expulsión en el caso del artículo 34 y prestación de servicios en beneficios de la comunidad en el caso de infracción de faltas) de acuerdo al artículo 1 inciso 4 de la nueva normativa³⁷.

4.1.2) Limitaciones a la atenuante del artículo 11 n° 7 del Código Penal:

Artículo 20: “En los delitos contemplados en esta ley no procederá la atenuante de responsabilidad penal contenida en el número 7 del artículo 11 del Código Penal”.

El artículo 11 n° 7 del Código Penal contempla la atenuante “el procurar con celo reparar el mal causado” y que es excluido por el artículo 20, puesto que la tratarse

³⁶ Citada por POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, SCS 28.10.1999 (GJ 232, 110)

³⁷ La Ley 18.216 ha sido modificada por la Ley 20.603 (publicada el 27-6-2012)

de delitos de peligro³⁸, el resultado puede ser tanto la producción concreta de un peligro determinado (delito de peligro concreto) o un peligro presunto (delitos de peligro abstracto), pero no una lesión efectiva del bien jurídico protegido, por lo que no procedería la reparación del mal causado, al ser este inexistente, ya que lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico.

4.1.3) Medidas alternativas a la privación de libertad:

Artículo 1 inciso 4 Ley n° 20.603: “En ningún caso podrá imponerse la pena establecida en la letra f) del inciso primero a los condenados por crímenes o simples delitos señalados por las leyes números 20.000, 19.366 y 18.403. No se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas en esta ley a las personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por alguno de dichos crímenes o simples delitos en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena, a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de la Ley n° 20.000”

Siempre y cuando concurra la circunstancia atenuante especial del artículo 22, la persona condenada por alguno de los crímenes o simples delitos contemplados en la Ley n° 20.000 o n° 19.366 podrá optar a las medidas alternativas contempladas en la Ley n° 20.603, que son remisión condicional, reclusión parcial, libertad vigilada, libertad vigilada intensiva y expulsión en el caso del artículo 34. La prestación de servicios en beneficio de la comunidad sólo podrá ser invocada en los casos de infracciones a faltas contempladas en la Ley n° 20.000.

4.2) Circunstancias agravantes:

³⁸ MATUS ACUÑA, Jean Pierre, Dogmática de los delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes, anexo Gaceta jurídica, primera parte, n° 228, 1999, pp. 2 y ss.

La Ley n° 20.000 contempla una serie de normas respecto a circunstancias agravantes, siendo obligatorio para el juez aumentar en un grado la penalidad en caso de que concurra alguna de ellas:

Artículo 19: “Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

a) Si el imputado formo parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16.

b) Si se utilizo violencia, armas o engaño en su comisión.

c) Si se suministro, promovió, indujo o facilito el uso o consumo de drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas a menores de dieciocho años de edad, o a personas con sus facultades mentales disminuidas o perturbadas.

d) Si el delito se cometió por funcionarios públicos aprovechando o abusando de su calidad de tales.

e) Si el delito se cometió valiéndose de personas exentas de responsabilidad penal.

f) Si el delito se cometió en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los que escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales.

g) Si el delito se perpetró en una institución deportiva, cultural o social, mientras esta cumpla sus fines propios: o en sitios donde se estaban realizando espectáculos públicos, actividades recreativas, culturales o sociales.

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

Si concurren dos o más de las circunstancias señaladas precedentemente, la pena podrá ser aumentada en dos grados”

4.2.1) Artículo 19 letra a):

La circunstancia de haber formado parte el imputado de “una agrupación o reunión de delincuentes”, es la única circunstancia propiamente nueva agregada por la Ley n° 20.000, y su inclusión parece responder a una finalidad práctica: lograr la imposición de penas mayores en caso de comprobarse la existencia de una asociación de personas que no llega a configurar las características de una asociación ilícita³⁹.

Esta conclusión se deduce del texto de la ley, reforzado con una interpretación gramatical y sistemática de los términos en juego. Por una parte el diccionario define “reunión” simplemente como “un conjunto de personas reunidas”, lo que haría la expresión equivalente a coparticipación criminal, éste no parece ser el sentido en que se emplea en la circunstancia en cuestión, pues si tal hubiese sido el propósito legislativo, bastaría con reproducir la ya bien probada circunstancia de “ser dos malhechores” del artículo 456 bis del Código Penal. Ahora si analizamos el caso de “agrupación” en su tercera acepción, esto es, “un conjunto de personas (...) que se asocian para un fin”. Pero como tal asociación para un fin”. Pero como tal asociación para un fin es también propio de la asociación ilícita, podemos por exclusión, señalar que la agrupación a que se refiere esta circunstancia, teniendo una existencia más o

³⁹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, parte especial, op. cit., p. 614

menos permanente en el tiempo, derivada de la identidad de los fines perseguidos por sus miembros, no puede considerarse una asociación ilícita, porque carece de la jerarquización y organización propios de esta: jefes, reglas propias, y el reflejo de su existencia en los medios que a ella se destinan. Por otro lado, un inesperado frente de discusiones encontrara esta circunstancia a la hora de interpretarse la desafortunada expresión “delincuentes” con que se califica a las agrupaciones que se tratan, pues parece evidente que su interpretación girara en torno a si todos o la mayor parte de los miembros de la agrupación han de tener antecedentes penales previos, o si la expresión sólo hace referencia a los fines y el actuar concreto de dicha agrupación (delinquir).

Finalmente, se ha entendido por la jurisprudencia mayoritaria que esta agravante “... es una figura intermedia entre este delito (asociación ilícita) y la mera coparticipación, y la necesidad de permanencia de la organización (...) no se vincula necesariamente con la exigencia de drogas pretéritas ni con la comisión de otros delitos anteriores, sino con que (los sujetos) se hayan organizado con un carácter más o menos permanente⁴⁰.

4.2.2) Artículo 19 letra b):

La agravante comprende tanto la violencia física como la coacción psicológica, pero solo en los casos en que hayan sido directamente empleados en la ejecución material de la conducta sancionada y no en un contexto meramente accesorio. Con respecto al engaño, debe ser bastante, y de alguna entidad, o idóneo para el fin que se pretende, no siendo procedente la consideración de la simple mentira como agravante.

Sin embargo, nada indica que esta calificante no esté también referida a los casos de autor mediato con agente exculpado, por error de tipo (en caso del uso del engaño) o por estar sujeto a una fuerza irresistible o un miedo insuperable (caso del uso de la violencia). Se podrían dar casos como de quien es engañado transporta o hace entrega de sustancias prohibidas por encargo de quien lo engaña; o el de quien,

⁴⁰ CARVAJAL SILVA, Christian, Comentario de algunas sentencias acerca del alcance e interpretación de la agravante del artículo 19 letra a) de la ley 20.000, Revista de Justicia Penal, N°6, Ed. Librotecnia, Santiago, 2010, p.48

violentando por otro, cumple similar encargo. Las mismas razones que llevan a la agravación de la pena de quien utiliza inimputable justifican también en este caso la calificación: se introduce a un tercero inconsciente o amenazado a la actividad criminal y se lo expone al riesgo de sufrir las consecuencias penales de la conducta de otro que, desde atrás, dirige el desarrollo del delito.

Además, atendidas las enormes penas que la aplicación de esta agravante supone, ha de entenderse que ella subsume, por el principio de consunción, los delitos de coacciones o amenazas que pudieran cometerse en la utilización de la violencia o armas, y también, por cierto, la agravante genérica del nuevo n° 12 del artículo 12 de nuestro ordenamiento penal.

Por último, de acuerdo los profesores BULLEMORE y MACKINNON⁴¹, la mención a las armas es redundante, dada la reforma reciente de la ley de armas, por lo que se produciría un conflicto de interpretación, a resolver por las normas del concurso aparente.

4.2.3) Artículo 19 letra c):

Esta agravante, corresponde a la circunstancia de “victimización... de menores” establecida en el artículo 3.5 f) de la Convención de Viena de 1988, y parece justificarse por sí misma, atendido el hecho que apunta al peligro concreto que el suministro de tales sustancias, la promoción o inducción a su consumo, representa entre menores de edad, quienes aún no son completamente responsables de sí mismos y, por tanto, se encuentran más expuestos a la dependencia. Su ampliación a personas con facultades mentales disminuidas o perturbadas puede también fundarse en similares consideraciones.

El principal problema que esta norma tiene consiste en el efecto que ha de dársele al error sobre la minoría de edad o la salud mental del sujeto suministrado. La solución en estos casos, tratándose de una figura calificada no puede ser otra que la del error de tipo excluyente de la culpabilidad respecto de la calificación, por falta de dolo, tanto

⁴¹ BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, tomo III, op. cit., p. 251

si se trata de un error invencible como de uno vencible, ya que no existen figuras culposas correspondientes.

Para que opere esta agravante es necesario que el autor pueda reconocer según su experiencia de vida habitual (la experiencia propia de la esfera del profano) la condición de menor de edad o persona perturbada mentalmente del sujeto a quien facilita droga.

4.2.4) Artículo 19 letra d):

Esta circunstancia agravante está redactada en términos similares a lo previsto en la Convención de Viena de 1988, que en su artículo 3.5 e) contempla como circunstancia a tomar en cuenta para agravar la pena en estos delitos “el hecho que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo”.

No basta la sola cualidad de funcionario público para que se configure esta agravante, sino que se requiere que quien cumple una función pública, con independencia de la modalidad jurídica con que esa función se vincule, efectivamente se prevalga o abuse de tal calidad.

En este sentido, la ley ha querido excluir una interpretación puramente objetiva de la calificante, que se contente con constatar que el autor cumplía una función pública al momento de cometer el delito. Por tanto debe descartarse como constitutiva de la calificante la conducta del funcionario que trafica fuera del ámbito temporal y espacial del ejercicio de sus funciones públicas, porque de esta forma difícilmente se estaría aprovechando de tal investidura, que es lo que quiere sancionar la norma, salvo que por la naturaleza de la función pública, pudiese prevalecerse de esta, aun fuera de las circunstancias antes mencionadas. Pero aun cuando su conducta se despliegue dentro

del ámbito de la función pública que desempeñe, ella será punible de manera calificada sólo en caso de estar motivada por fines ajenos a dicha función⁴².

4.2.5) Artículo 19 letra e):

Se trata de personas inimputables, como menores de 14 años o deficientes mentales. En este caso la agravante se aplica no cuando se les suministran o facilitan drogas, como en la circunstancia de letra c); sino cuando los autores las emplean como medio para cometer los delito a estas personas.

Lo que busca el legislador es hacerse cargo de la autoría mediata⁴³, desplazando por especialidad la regla del artículo 72 del Código Penal en cuanto se refiere a la agravación del que se prevale de un menor de edad, y al mismo tiempo, abarca situaciones no previstas en dicha disposición, específicamente, el prevalimiento de personas enajenadas mentalmente.

4.2.6) Artículo 19 letra f):

Esta es una norma que atiende al lugar de comisión y a la protección de menores en edad escolar. Hay que agregar que la jurisprudencia mayoritaria ha entendido que sólo se configura la agravante si de hecho el establecimiento en cuestión funciona normalmente como tal.

Es curioso como el legislador describe el lugar de comisión, puesto que la expresión “inmediaciones”, no parece ser lo suficientemente claro desde el punto de

⁴² POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, parte especial, op. cit., p. 617

⁴³ La autoría mediata ha sido entendida en la doctrina comparada como “aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza”, ver en MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., p. 482; de forma similar en COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, Derecho penal: parte general, 4ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 677; WELZEL señala que se habla de autoría mediata cuando “el autor no necesita cumplir por sus propias manos el hecho en cada una de sus fases, sino que se puede servir para ello no sólo de instrumentos mecánicos, sino también poner para sus fines el actuar de otro, en cuanto sólo él posee el dominio del hecho respecto de la realización del tipo”, en WELZEL, Hans, op. cit., p. 122; JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 604; en nuestro país, CURY define autor mediato como “quien para ejecutar el hecho típico se sirve de otro, cuya voluntad domina, y que es quien lo realiza materialmente”, en CURY, Enrique, op. cit., p. 597; con matices en BUSTOS, Juan, HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, Lecciones de Derecho Penal, vol. II, op. cit., p. 290

vista semántico, sobre todo porque la definición del diccionario nada aporta (“proximidad en torno a un lugar”). Sin embargo atendido el objetivo de protección de la norma, parece referirse a las proximidades de los lugares que señala, donde los escolares o estudiantes se aglutinan en número indeterminado al entrar o salir de ellos, o por donde necesariamente deban pasar a esos efectos, y siempre que al momento de la comisión del delito ellos estén presentes.

Lo que busca sancionar el legislador, es valerse de la multitud de personas que dichos lugares suponen, para distribuir más fácilmente la droga, lo que implica 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.

4.2.7) Artículo 19 letra g):

Del mismo modo que en el caso anterior se atiende al funcionamiento del lugar en cuestión y no solamente a su calificación *a priori*. El objetivo de esta norma es sancionar el hecho de valerse de la multitud de personas que dicho lugar supone, para distribuir más fácilmente la droga, pues aumenta la posibilidad de pasar inadvertido y por otro lado, se pone en riesgo la salud de un mayor número de personas⁴⁴.

Sin embargo, ha de tenerse cuenta que la agravante no puede únicamente atendiendo a la naturaleza del lugar de que se trata, sino principalmente al hecho de que en el momento de la comisión del delito estén reunidas en él personas indeterminadas. Luego, cuando esa multitud de personas falta o no puede ponerse en riesgo, no opera la calificante, como cuando se trafica en una discoteca en horas en que ella no funciona, o en las puertas de un estadio donde no se desarrolla ningún evento deportivo.

4.2.8) Artículo 19 letra h):

Esta agravante, a diferencia de las anteriores es de carácter objetivo, basta que se trate de uno de los lugares que la ley señala para que se configure, de manera independiente de su funcionamiento.

⁴⁴ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, parte especial, op. cit., pp. 618 y 619

Hay que tener presente el principio de inherencia del artículo 63 del Código Penal, pues el lugar donde se cometen tales delitos es de tal manera inherente a ellos que de otro modo no se habrían podido cometer o se encuentra expresamente señalado por la ley al castigar el hecho y en consecuencia, hace inaplicable esta agravante en los delitos de prescripción y suministros abusivos (artículos 6 y 7 de la Ley n° 20.000); como también respecto del delito de consumo personal del artículo 14 de la misma ley.

4.2.9) Artículo 19 inciso final:

Si concurren dos o más de las circunstancias señaladas precedentemente, la pena podrá ser aumentada en dos grados

4.2.10) Artículo 21:

Se considera reincidente el que hubiera sido condenado, por alguno de los delitos señalados en la ley, en Estado extranjero, aun cuando la pena no hubiese sido cumplida

5) De las faltas:

5.1) De las faltas comunes:

Artículo 50: "Los que consumieren alguna de las drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas de 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 educaciones o de capacitación, serán sancionados con alguna de las siguientes penas:

- a) Multa de una a diez unidades tributarias mensuales
- b) Asistencia obligatoria a programas de prevención hasta ciento ochenta días en instituciones autorizadas por el

Servicio de Salud competente. Para estos efectos, el Ministerio de Salud o el Ministerio del Interior deberán asignar preferentemente los recursos que se requieran.

c) Participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad, con acuerdo del infractor y a propuesta del departamento social de la municipalidad respectiva, hasta por un máximo de treinta horas, o en cursos de capacitación por un número de horas suficientes para el aprendizaje de la técnica o arte objeto del curso. Para estos efectos, cada municipalidad deberá anualmente informar a él o los Juzgados de Garantía correspondientes acerca de los programas en beneficio de la comunidad de que disponga. El juez deberá indicar el tipo de actividades a que se refiere esta letra, el lugar en que se desarrollarán y el organismo o autoridad encargada de su supervisión. Esta medida se cumplirá sin afectar la jornada educacional o laboral del infractor.

Se aplicará como pena accesoria, en su caso, la suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados por un plazo máximo de seis meses. En caso de reincidencia, la suspensión será de hasta un año y, de reincidir nuevamente, podrá extenderse hasta por dos años. Esta medida no podrá ser suspendida, ni aun cuando el juez hiciere uso de la facultad contemplada en el artículo 398 del Código Procesal Penal.

Idénticas penas se aplicaran 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.

Con las mismas penas serán sancionados quienes consuman dichas drogas en lugares o recintos privados, si se hubiesen concertados para tal propósito.

Se entenderá justificado el uso, consumo, porte o tenencia de alguna de dichas sustancias para la atención de un tratamiento médico”

Hay que tener claro que por regla general el consumo privado de sustancias estupefacientes o sicotrópicas no es en Chile un delito, ni siquiera una falta. Esta legalidad del consumo, sin embargo, se torna aparente, por cuanto todos los actos que conllevan a ella son declarados ilegales, en consecuencia, opino que existiría una prohibición mediata del consumo por parte del legislador.

Incluso es ilícito de forma inmediata el consumo en lugares privados, en caso que se hubiesen concertado para tal propósito, con lo que se aplicarían las mismas penas que si se hubiesen consumido en lugar público o abierto al público. También se critica esta norma, puesto que incurre en una impropiedad, ya que no se avizora un motivo político criminal para sancionar esta conducta al ser atípico el consumo individual, como no sea un peligro abstracto meramente formal⁴⁵.

Es importante destacar que la ley distingue entre “lugares públicos” o “abiertos al público”, siendo esta última expresión sinónimo de “sitios”, esto es, espacios que no se encuentran cerrados, aunque pudieren estar delimitados, y en cuanto a su dominio pueden ser tanto privados como públicos⁴⁶.

5.2) De las faltas especiales:

Artículo 51: “Si la falta de que hace mención el artículo anterior se cometiere en un lugar de detención, recinto militar o policial por personas ajenas a él o en un establecimiento educacional o de salud por quienes se desempeñen como docentes o trabajadores, la sanción pecuniaria se aplicara en su máximo”

⁴⁵ BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, tomo III, op. cit., p. 253

⁴⁶ BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, tomo III, op. cit., p. 252

Se diferencian de las faltas comunes solo respecto del lugar de comisión o la calidad del sujeto activo. En primer lugar, sanciona el consumo en lugares de detención, recintos militares o policiales, cuando sea cometido por personas ajenas, puesto que si la conducta es cometida por personal militar, nos tenemos que atener al artículo 14, ya analizado.

En segundo lugar, se contemplan las mismas conductas. Pero cometidas en un establecimiento educacional o de salud por quienes se desempeñan como docentes o trabajadores, respectivamente.

6) De las técnicas de investigación:

6.1) Del agente encubierto, del agente revelador y del informante policial:

Artículo 25: “El Ministerio Público podrá autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores y, a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de esos Servicios actúen en alguna de las dos calidades anteriores.

Agente encubierto es 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.

El agente encubierto podrá tener una historia ficticia. La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación deberá otorgar los medios necesarios para la oportuna y debida materialización de ésta.

Agente revelador es 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.

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 en los términos señalados en alguno de los incisos anteriores.

El agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos 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 la misma”

El Ministerio Público de acuerdo a los artículos 74 y 166 del Código Procedimiento Penal y los artículos 1 y 4 de la Ley Orgánica Constitucional n ° 19.640, está a cargo de la investigación y persecución penal de los delitos en general, apoyándose para ello de sus organismos auxiliares en tal tarea como lo son la Policía de Investigaciones de Chile, Carabineros y Gendarmería de Chile en su caso⁴⁷.

La Ley n° 20.000 regula además ciertas técnicas especiales de investigación, como son las entregas vigiladas (que se verán en el numeral siguiente), que permiten la circulación de la droga objeto de un ilícito, (de otro modo al momento de la detención debería procederse a la incautación de la misma) para efectos de la persecución penal de sus destinatarios en el contexto de las operaciones de las que tal droga es objeto; también están los agentes encubiertos, esto es funcionarios policiales que se introducen en organizaciones o agrupaciones delictuales con la finalidad de identificar

⁴⁷ En este sentido, CHAUÁN SARRÁS, Sabas, Manual del nuevo procedimiento penal, sexta edición, Ed. Legalpublishing, Santiago, 2009, pp. 50 y ss.; HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 143 y ss.

a sus integrantes; así mismo se usan agentes reveladores, también funcionarios policiales que simulan ser compradores o adquirentes para obtener la entrega de las sustancias ilícitas de los autores o partícipes en los delitos que hemos revisado y los informantes, esto es, funcionarios policiales o particulares que suministran datos relevantes para la investigación.

La ley, define lo que son el agente encubierto, agente revelador e informante, pero hay que hacer hincapié en que tanto el agente encubierto como el agente revelador pueden participar del delito de otros, pero nunca pueden actuar como agentes provocadores, esto es, como meros instigadores del delito.

Por último, el inciso final del artículo 25, se refiere a que todos los funcionarios nombrados anteriormente, están exentos de responsabilidad penal por aquellos delitos en que han tenido que incurrir, siempre y cuando sean consecuencia necesaria de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma. Y justamente es la expresión “proporcionalidad”, la que ha traído más dificultades interpretativas⁴⁸. Esta apunta directamente, de entre los diversos elementos de la teoría del delito, sólo a la tipicidad objetiva, ya que la conducta del agente puede, en algunos casos, ser atípica, como la mera infiltración (o ingreso) en una organización criminal, pero además puede estar justificada, o ser exculpable tanto por un error de prohibición como por inexigibilidad de una conducta ajustada a derecho. En estos últimos casos debemos recurrir a las reglas de la antijuridicidad o de la culpabilidad, por supuesto más allá de la mera interpretación del tipo objetivo.

6.2) De las entregas vigiladas o controladas:

Artículo 23: “El Ministerio Público podrá autorizar que los envíos ilícitos o sospechosos o 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

⁴⁸ BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, tomo III, op. cit., p. 255

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.

Se utilizara esta técnica de investigación cuando se presuma fundadamente que ella facilitara la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero, como, asimismo, el cumplimiento de alguno de los fines descritos en el inciso anterior.

Cuando las sustancias, instrumentos y efectos del delito se encuentren en zonas de potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduanas observará las instrucciones que imparta el ministerio público para los efectos de aplicar esta técnica de investigación.

El Ministerio Público podrá 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. Lo anterior es sin perjuicio de que, si surgiere ese peligro durante las diligencias, los funcionarios policiales encargados de la entrega vigilada o

controlada apliquen las normas sobre detención en caso de flagrancia.

El Ministerio Público deberá adoptar todas las medidas necesarias para vigilar las especies y bienes a que se alude en el inciso primero, como, asimismo, para proteger todos los que participen en la operación. En el plano internacional, la entrega vigilada o controlada se adecuara a lo dispuesto en los acuerdos o tratados internacionales.

Sin perjuicio de las facultades que se le confieren en los artículos 47 y siguientes, el ministerio público podrá solicitar a las autoridades policiales y judiciales extranjeras, directamente y sin sujeción a lo dispuesto 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 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.

No obstará a la consumación de los delitos que se pesquisen con ocasión de una entrega vigilada o controlada, el hecho de que en ella se hayan sustituido las sustancias a que se refieren los artículos 1° y 2° de esta ley, o de que hayan participado funcionarios, agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes. La intervención de estos últimos no será considerada inducción o instigación al delito”.

En primer lugar, se requiere autorización previa del Ministerio Público, y sólo puede realizarse con alguno de los fines señalados en la ley. De acuerdo a los profesores BULLEMORE y MACKINNON, al señalar expresamente la ley que tales conductas se

encuentran excluidas de entre las prohibidas, nos encontramos ante comportamientos que son atípicos, más que justificados, como sugiere alguna otra doctrina⁴⁹.

6.3) De la restricción de las comunicaciones y otros medios técnicos de investigación:

Artículo 24: “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 esta ley y cualquiera sea la pena que merecieren, de conformidad a las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, no regirá lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 222 de ese código, en cuanto a indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida, siendo suficiente consignar las circunstancias que lo individualizaren o determinaren.

Asimismo, no obstante lo prevenido en el artículo 167 de dicho código, si las diligencias ordenadas no dieran resultado, el fiscal podrá archivar provisionalmente la investigación hasta que aparezcan mejores y nuevos antecedentes”.

En este caso el ministerio público debe recabar previamente la autorización del juez de garantía, de acuerdo a los artículos 222 a 226 del Código Procesal Penal. De lo contrario, tanto el fiscal que ordenare la realización de las conductas de intromisión en la privacidad de las personas, sean o no imputados, como el funcionario policial que las realizare, incurrirían en el tipo penal del artículo 161-A del Código Penal (sobre delitos

⁴⁹ BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, tomo III, op. cit., p. 255

contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia), uno como autor mediato y el otro como autor directo.

7) Particularidades de la Ley n° 20.000:

7.1) La confección de drogas:

La ley busca regular la producción, importación y exportación de precursores y sustancias químicas esenciales dentro del país, con el objeto de evitar que estas sean desviadas a la elaboración de drogas ilícitas. Para ello, las personas naturales o jurídicas que produzcan, fabriquen, preparen, importen o exporten precursores o sustancias químicas esenciales catalogadas por el reglamento (que contiene un listado de sustancias susceptibles de ser utilizadas para la fabricación ilícita de drogas estupefacientes o sicotrópicas), deberán inscribirse (y reinscribirse periódicamente) en un registro especial en la Subsecretaría del Interior. Sólo quienes se hayan inscrito en dicho registro podrán llevar a cabo actividades con las sustancias.

La producción, fabricación, preparación o exportación de tales sustancias, cumplidos los requisitos administrativos, constituye causal de atipicidad de las referidas conductas.

7.2) Inhabilidad para cargos públicos:

Aquella persona que consuma drogas no podrá desempeñar altos cargos en la Administración Pública. Este incluye los cargos de Ministros de Estado, subsecretarios, jefes de servicios, intendentes, gobernadores, alcaldes y concejales, entre otros. La Ley n° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, a través de la Ley n° 20.000 introdujo un nuevo artículo 55 bis, que establece justamente que no podrá desempeñar las funciones de subsecretario, jefe superior de servicio ni directivo superior de un órgano u organismo de la Administración del Estado,

quien tuviere dependencia de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas ilegales, salvo que su consumo se deba a un tratamiento médico.

Se agregan otros articulados en que se prescribe que el Estado debe controlar y prevenir el consumo de indebido de sustancias. Sólo será admisible como prueba de la dependencia una certificación médica, basada en los exámenes que correspondan.

Con respecto al Poder Judicial, se intercaló en el Código Orgánico de Tribunales el artículo 251, nuevo, que estableció que no puede ser juez la persona que tuviere dependencia de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicos ilegales, a menos que justifique su consumo por un tratamiento médico. El nuevo artículo 323 ter establece que antes de asumir sus cargos, los miembros del escalafón primario deberán prestar una declaración jurada que acredite que no se encuentran afectados a la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 251.

En caso de inhabilidad sobreviniente, el funcionario deberá admitirla ante su superior jerárquico y someterse a un programa de tratamiento y rehabilitación en alguna de las instituciones que autorice el auto acordado de la Corte Suprema, donde con posterioridad se evaluara a través de un examen toxicológico si se ha rehabilitado o no. En caso que no, se dará lugar al correspondiente juicio de amovilidad, salvo que la Corte Suprema acuerde su remoción.

Con respecto a los Fiscales del Ministerio Público, se establecieron normas similares en la Ley n° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, intercalando el artículo 9° bis, que establece que el Fiscal nacional, los Fiscales regionales y los Fiscales adjuntos, antes de asumir sus cargos, deberán efectuar una declaración jurada en la cual acrediten que no tienen dependencia de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas ilegales o, si la tuvieran, que su consumo está justificado por un tratamiento médico. Se aplican las normas anteriores en caso de consumo y tratamiento posterior.

7.3) Drogas en las Fuerzas Armadas y Carabineros:

El consumo de drogas en recintos militares y actos de servicio está sancionado. Afecta al personal de Fuerzas Armadas, Carabineros, Policía de Investigaciones,

Gendarmería y de Aeronáutica Civil. Además, la nueva ley establece la obligación de dictar reglamentos de prevención internos y la realización de controles e consumo.

8) Del reglamento:

Artículo 58: “El reglamento determinara el listado de precursores y sustancias químicas esenciales catalogadas como susceptibles de ser utilizadas para la fabricación ilícita de drogas estupefacientes o sicotrópicas, el que será actualizado periódicamente; las características que tendrá el registro especial; el periodo de renovación de las inscripciones; la forma, plazos y otras modalidades con que se ejecutarán las obligaciones impuestas por este Título; las normas relativas a su control y fiscalización y la coordinación con el Servicio Nacional de Aduanas y demás entidades públicas con competencia relativa al control del movimiento de las sustancias antes mencionadas”.

Artículo 63: “Un reglamento señalará las sustancias y especies vegetales a que se refieren los artículos 1°, 2°, 5° y 8°; los requisitos, obligaciones y demás exigencias que deberán cumplirse para el otorgamiento de las autorizaciones a que se refiere el artículo 9°, y las normas relativas al control y fiscalización de dichas plantaciones”

Ambos artículos se refieren al reglamento que se remite la Ley n° 20.000, puesto que esta es una Ley penal en blanco propia⁵⁰. En efecto, esta norma no tiene la

⁵⁰ Con relación a la Ley penal en blanco, ROXIN señala que “estas consisten conminaciones penales (que se encuentran sobre todo en el Derecho Penal especial) que remiten a otros preceptos en cuanto a los presupuestos de la punibilidad” en ROXIN, Claus, op. cit., p. 156; MAURACH por su parte, indica que estas normas solo determinan una amenaza de pena, pero deja la formulación de los tipos a otras instancias, en MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, Derecho Penal: parte general, trad. De la 7ª ed. alemana por Jorge Boffil Genzsch y Enrique Aimone Gibson, ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, p.134; JESCHECK entiende que corresponde a “aquellas leyes que únicamente recogen la amenaza penal, remitiéndose en cuanto al contenido de la prohibición a otras leyes, reglamentos e incluso actos administrativos que, de modo independiente, tienen distinta procedencia de órgano y tiempo”, en JESCHECK, Hans-Heinrich, op.

calidad de bastarse a sí misma, pues contiene remisiones a otra norma de inferior jerarquía, su reglamento, con lo que se trata de regular materias extraordinariamente cambiantes y dinámicas, como es el caso de las sustancias psicotrópicas⁵¹. El objeto material de la conducta, esto es, la enumeración concreta de las drogas estupefacientes o psicotrópicas, esta entregada a un reglamento, vulnerándose el principio de legalidad⁵², consagrado en nuestra Carta Magna, en el artículo 19 n° 3 incisos 7 y 8 y en el mismo Código Penal en sus artículos 1 y 18. En todas estas

cit., p. 98; muy similar en ZAFFARONI, Eugenio, Manual de Derecho penal: parte general, 3ª Ed., ed. Ediar, 1982, p. 311; En doctrina nacional, CURY enseña que “ley penal en blanco es aquella que determina la sanción y la acción u omisión a la que bajo determinados presupuestos se impondrá, pero abandona la precisión de estos en una norma distinta”, en CURY, Enrique, op. cit., p. 174; en términos parecidos en ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal: parte general, tomo I, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 83; Se clasifican en propias: el complemento se halla contenido en otra instancia legislativa, pero de rango inferior a la ley, y en impropias: el complemento se encuentra en normas de rango superior a la ley, aunque es algo absolutamente inusual, en BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, tomo I, op. cit., p. 82; a su vez ETCHEBERRY, distingue entre leyes parcialmente en blanco, en las que existiría una descripción aunque incompleta de la conducta, que correspondería a la esencia de la acción (verbo rector), dejándose a la autoridad administrativa sólo la determinación más precisa y circunstancial del hecho, en cambio en las leyes totalmente en blanco, la descripción legal carecería de toda determinación y se remitiría íntegramente a la reglamentación administrativa, en ETCHEBERRY, Alfredo, op. cit., p. 85

⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., p. 123; COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, op. cit., p. 139; CURY, Enrique, op. cit., p. 175

⁵² El principio *nulla poena (nullum crimen) sine lege*, no hay pena (no hay delito) sin ley, se desarrolló en la época de la Ilustración, en la lucha contra la arbitrariedad judicial y de la autoridad. Invocándose la *Magna Carta libertatum*, se le proclamó en la Constitución norteamericana de 1776 y en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. WELZEL señala que sólo a un hecho, cuya punibilidad está determinada legalmente antes de su perpetración, se le puede imponer pena, en este sentido está prohibida toda fundamentación y ampliación de la punibilidad, ya sea a través del Derecho consuetudinario o de la analogía, y toda ley retroactiva fundante o agravante de la pena, en WELZEL, Hans, op. cit., pp. 24 y 25; ROXIN, Claus, op. cit., pp. 137 y 138; MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, op. cit., pp. 156 y ss.; VON LISZT, Franz, Tratado de Derecho Penal, tomo II, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, pp. 86 y ss.; MEZGER, Edmund, Derecho Penal: parte general, traducción de la 6ª edición alemana (1955) por Conrado Finzi y Ricardo Núñez, Ed. bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, pp. 62 y 63; con relación a su vulneración en MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., p. 122; de forma similar opina COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, estableciendo que “por medio de las leyes penales en blanco se abandona a menudo la regulación de la materia penal al ejecutivo que puede, a su antojo, establecer las infracciones”, implicando una clara infracción del principio de legalidad, en COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, op. cit., p. 140; BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, tomo I, op. cit., p. 82; CURY, Enrique, op. cit., p. 117; en contra ETCHEBERRY, Alfredo, op. cit., p. 84

disposiciones se señala expresamente que no habrá delito sin ley, ni tampoco pena sin ley, además que se exige la conducta que se sanciona este expresamente descrita en ella, por lo que las leyes penales en blanco rompen con este principio, ya que el delito no está descrito completamente en la ley, no señala el objeto material sobre la que recae la conducta, sobre qué cosas está prohibido el tráfico, el porte, la transferencia, el cultivo, etc. Y sólo remite a un reglamento, a una norma de menor jerarquía, que se puede cambiar con mayor facilidad, complete la descripción típica. Tampoco se respeta el principio de reserva de legalidad estricta, en tanto la ley es la única fuente directa del Derecho Penal⁵³.

⁵³ Solo puede ser fuente del Derecho Penal una ley propiamente tal, esto es, aquella que se ha formado con sujeción a las normas constitucionales sobre la materia, en CURY, Enrique, op. cit., p. 169; Los profesores BULLEMORE y MACKINNON complementan señalando que la ley no es la única fuente del Derecho Penal, pues también se encuentran la costumbre y la analogía, sin embargo, la ley sería la única fuente directa, en BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, tomo I, op. cit., p. 72; MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., p. 122, quien señala que “parte de la definición de la conducta se contiene en una disposición que, complementando la ley penal, no ha sido dictada por el poder legislativo, con lo que puede resultar infringida la reserva de ley”.

Capítulo II: Concepto de bien jurídico

El tema del bien jurídico protegido, y sobretodo el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito, su función y su misma cuestionada existencia, constituye una pieza fundamental en la teoría jurídica del delito, ya que representa un presupuesto básico imprescindible para la justificación normativa del sistema penal. Esta idea proviene del sentido mismo del Derecho Penal, tanto como orden jurídico de valor y como medio de control político-criminal.

Puesto que el bien jurídico es clave en el contenido material del injusto típico, reflejados en un comportamiento antijurídico intrínsecamente grave que requiera conminación penal y en un objeto de protección que sea sociablemente significativa como para exigir garantía punitiva⁵⁴. Hasta tal punto, que su proyección y operatividad general hizo que pudiera hablarse de una “dogmática del bien jurídico”, con lo que se sintetizaban para un amplio sector doctrinal una serie de afinidades no sólo técnicas y metódicas, sino también políticas y de concepción general del Derecho sobre todo del Derecho Penal⁵⁵.

El Derecho Penal comparte con las demás ramas del Derecho la tarea de protección de la paz jurídica. Sin embargo, la especial función de protección del Derecho Penal deriva de la tarea de defensa represiva que sobre él recae, frente a perturbaciones especialmente graves a la paz. Estas perturbaciones son las que, conforme a la dirección y a la clase de acción, afectan intereses que para la convicción

⁵⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *el injusto típico en la teoría del delito*, Ed. Mave, Buenos Aires, 2000, p. 319

⁵⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, *op. cit.*, p.289

general de la comunidad⁵⁶, o al menos para sus capas dominantes, aparecen como particularmente valiosos y, por lo mismo, especialmente necesitados de protección, e incluso ni aun con pretexto de la economía penal ellos pueden prescindir de la protección jurídico-penal.

Históricamente, el concepto político-criminal de bien jurídico se desarrolla para excluir la tutela penal de valores morales cuya vulneración no implica un perjuicio real de la convivencia, y en consecuencia busca proteger los valores más trascendentes para la coexistencia humana⁵⁷.

Así se afirma que la protección de normas morales, religiosas o ideológicas, cuya vulneración no tenga repercusiones sociales, no pertenece en absoluto a los cometidos del Estado Democrático de Derecho, y que por el contrario también debe proteger las concepciones discrepantes de las minorías y su puesta en práctica⁵⁸.

En la actualidad el debate sobre la idea de bien jurídico se proyecta en la discusión sobre la legitimidad de la intervención penal en áreas de conflicto de extrema complejidad, propias del creciente desarrollo económico y tecnológico y la configuración de nuevas figuras delictivas, que fundamentadas en la protección de bienes jurídicos de carácter supraindividual, constituyen lugar común de discusión sobre el alcance de la teoría del bien jurídico como fundamento del sistema penal⁵⁹.

En la doctrina penal se ha hecho costumbre describir tales intereses jurídicos penalmente protegidos como bienes jurídicos y, asimismo, definir la tarea del Derecho Penal como la protección de bienes jurídicos en virtud de medios específicos⁶⁰. En este sentido, se le ha utilizado para determinar las encrucijadas conceptuales que median

⁵⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 231

⁵⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit., p. 319

⁵⁸ ROXIN, Claus, op. cit., p. 63

⁵⁹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto, DE LA MATA BARRANCO, Ignacio, La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supraindividual, en LÓPEZ BARJA de QUIROGA, Jacobo, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, coordinadores, Dogmática y ley penal, libro homenaje al profesor Enrique Bacigalupo, tomo I, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2004, p.485

⁶⁰ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, op. cit., p.333

entre el bien y el bien jurídico. Pero en rigor la noción de interés no es en la dogmática penal identificable con la categoría conceptual de bien ni con la de bien jurídico. Así interés comporta la idea de utilidad, o sea, todo estado de cosas que de cualquier modo beneficia a alguien es, para él, un interés y en consecuencia, puede darse casos en que ciertos bienes no generen interés por distintas razones y por lo mismo, el concepto de bien jurídico no puede modelarse sobre la idea de interés⁶¹.

Una visión distinta es la que explica el profesor Santiago MIR PUIG, señalado que se entiende por bien jurídico los valores fundamentales para el individuo y la comunidad de la que forma parte, que resultan necesarios para su desarrollo y que merecen protección del Derecho. Como enseña el profesor MIR PUIG “el Derecho Penal de un Estado ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominan bienes jurídicos”⁶².

Este concepto sistémico funcional del profesor español distingue dos cualidades esenciales que son: valores fundamentales para su desarrollo, tanto para el individuo como para la sociedad y que sean merecedoras de protección por parte del Derecho, lo cual se entiende que dichos valores son indispensables para mantener el orden social y un desenvolvimiento en armonía y paz. Un Estado Social y Democrático de Derecho sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social⁶³, entendiendo por posibilidad de participación no tan solo la posibilidad de incidencia activa en la vida colectiva, sino también como la posibilidad de vivir en sociedad confiando en el respeto de la propia esfera de libertad particular por parte de los demás⁶⁴.

⁶¹ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, op. cit., p.293; POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit., p. 321

⁶² MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal: parte general, 5ª ed., Barcelona, 1998, p. 91

⁶³ MIR PUIG, Santiago, op. cit., pp. 92 y ss.

⁶⁴ MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 93

Bastante similar es lo que piensa el profesor JESCHECK quien entiende al bien jurídico como un valor abstracto y jurídicamente protegido del orden social, en cuyo mantenimiento la comunidad tiene un interés, y que puede atribuirse, como titular, a la persona individual o a la colectividad⁶⁵.

El autor italiano ROCCO también basa su concepto de bien jurídico en la idea de valor, puesto que según este autor, expresa de modo más adecuado las exigencias éticas que se hallan (o habrían de hallarse) en la base de todo ordenamiento jurídico que merezca ese nombre y define bien jurídico como todo valor de la vida humana protegido por el Derecho⁶⁶.

En una línea similar, el profesor MUÑOZ CONDE, manifiesta que dentro de las funciones del Derecho Penal, esta la protección de la convivencia pacífica de la comunidad, entendiendo que solo con la protección de dicha convivencia el ser humano puede autorrealizarse y desarrollarse y para ello necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan “bienes” y si son objeto de protección del derecho, “bienes jurídicos” por lo que define estos últimos como aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social⁶⁷.

Para el profesor Claus ROXIN, los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema⁶⁸, y de aquí se desprende la importancia del concepto de bien jurídico no solo con relación a conceptualizar qué valores o bienes son importantes para el individuo y la sociedad, sino que en el establecimiento de la

⁶⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 232

⁶⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, op. cit., p. 293

⁶⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., p. 65

⁶⁸ ROXIN, Claus, op. cit., p. 56; BALMACEDA HOYOS, Gustavo, HENAO CARDONA, Luis Felipe, Sociedad del riesgo y bien jurídico penal, Ed. Aremi, 2005, p.85

política-criminal de un determinado Estado, la limitación del “*ius puniendi*” y en la interpretación de las mismas normas penales entre otras funciones.

1) Evolución histórica del concepto de bien jurídico:

La idea de bien jurídico procede del pensamiento de la Ilustración y fue formulada y fundamentada por FEUERBACH, con la pretensión de separar Derecho y moral y en concreto, con la voluntad de excluir del ámbito del Derecho Penal de las conductas meramente inmorales. FEUERBACH explica lo anterior, por medio de su teoría del Derecho subjetivo como objeto de protección del Derecho Penal⁶⁹.

En este sentido este autor enseña que la consideración material del delito como una lesión de un Derecho, no es más que la expresión de la teoría del contrato social en el Derecho Penal: los hombres ante la inseguridad que supone vivir aislados, deciden organizarse en una sociedad y le entregan el poder al Estado, quien actúa como garante de la conservación del nuevo orden creado, haciendo posible la vida en común, la reacción penal del Estado surge ante conductas que ponen en peligro este nuevo orden social⁷⁰.

En consecuencia, el Estado reacciona protegiendo a los individuos de las conductas lesivas al Derecho del otro, manteniendo de esta forma, un equilibrio entre los derechos subjetivos de los individuos y entre estos y el Estado garante, puesto que

⁶⁹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von, Tratado de Derecho Penal: común vigente en Alemania, traducción al castellano de la 14ª ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 62; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Ensayo preliminar: Anselm v. Feuerbach: Perspectiva actual de su antropología jurídica, en FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von, Tratado de Derecho Penal: común vigente en Alemania, traducción al castellano de la 14ª ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 20; HASSEMER, Winfried, Fundamentos del Derecho Penal, traducido por Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 37; OLVERA Y AGUILAR, Rubén Martín, La expansión del derecho penal y el bien jurídico tutelado, en Derecho penal y política criminal: libro homenaje al gran maestro Álvaro Bunster, Ed. Ubijus, 2010, pp. 661; JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 232

⁷⁰ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von, op. cit., p. 58

este solo actúa cuando efectivamente se lleva a cabo la acción lesiva de derechos⁷¹. Desde esta postura iluminista, FEUERBACH individualiza entonces el Derecho subjetivo como objeto de protección penal, partiendo de la idea kantiana de que el exceso en el ejercicio de la libertad lesiona un Derecho de otro y actúa contra el fin del Estado⁷². La limitación del “*ius puniendi*” se tradujo en una disminución de lo punible, como por ejemplo, los delitos contra la religión y moral, muchas fueron despenalizadas y sólo se castigaron conductas que involucraran una lesión de un derecho subjetivo⁷³.

La gran crítica que se le hace a la teoría de FEUERBACH, es que la existencia de la lesión de un Derecho como elemento del delito, no se configuraría en todos los casos, y en consecuencia difícilmente podría ser un elemento esencial del mismo⁷⁴. Es más, hay una considerable limitación del ámbito de lo punible, porque la pena solo se justifica como reacción ante una conducta lesiva de los derechos de otro, o bien frente a una conducta que ponga en peligro al Estado como garante de las condiciones de vida en común⁷⁵.

Con posterioridad a la teoría de FEUERBACH, existe un cambio de contexto político en el cual se trata de volver hacia el absolutismo monárquico, siendo que la época anterior había sido de revolución por parte de la clase burguesa, quien logra la hegemonía política-social, por lo que ahora la soberanía vuelve al príncipe y se aleja del pueblo⁷⁶.

En este contexto político, aparece con especial importancia la Escuela Histórica del Derecho de SAVIGNY y PUCHTA, quienes niegan el carácter racional del Derecho

⁷¹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von, op. cit., pp. 58 y ss.

⁷² FERNANDEZ, Gonzalo, Bien jurídico y sistema del delito, Ed. B de F, Buenos Aires, 2004, p.12

⁷³ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., Ed. Conosur, 1992, p.17

⁷⁴ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., p.24

⁷⁵ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p.13

⁷⁶ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., p.20

y por ende, su raíz contractualista⁷⁷, así BIRNBAUM viene a acuñar una delimitación categorial del concepto substancial de bien jurídico al plantear que la conducta delictiva no lesiona derechos subjetivos, sino que lesiona “bienes”, entidad fáctica socialmente reconocido y que es considerada como objeto de valoración jurídica y garantía positiva del ordenamiento penal⁷⁸ y de esta forma logra superar la dicotomía que había logrado FEUERBACH al separar el derecho y moral, puesto que con BIRNBAUM se logra incriminar conductas en contra de la religión y la moral. En este sentido, este autor explica que cuando se ejecuta un delito, lo que se lesiona son bienes y no derechos, ya que estos últimos quedan incólumes, dando como ejemplo en el caso del hurto, en el cual el bien hurtado es el afectado, mientras que el Derecho que se tiene sobre esa cosa no se ve afectado⁷⁹. El objeto del ilícito, por tanto, según el natural uso del idioma, corresponde a la lesión de un bien y no de un Derecho⁸⁰.

El concepto de “bien”, aparece en relación con un concepto natural de lesión, que se vincula con una persona o una cosa que se concibe de uno y que puede ser disminuido o sustraído. Sin embargo, no sólo se debe relacionar “bien” con personas o cosas, pues BIRNBAUM habla también de lesiones a la propiedad, honor, conductas inmorales e irreligiosas⁸¹. Por lo que estos bienes se colocan en una esfera prejurídica de la razón o bien de la naturaleza de las cosas por cuanto no se trata de bienes creados por el Derecho, sino que preexisten a él: le han sido dados al hombre ya por la naturaleza, ora por la sociedad burguesa y, a partir de ese origen, es dable distinguir entre delitos naturales y delitos sociales⁸².

El bien logra una objetivación de lo que antes se encontraba en el plano de lo espiritual, como son los derechos subjetivos, y en consecuencia, el poder estatal entra

⁷⁷ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., p.22

⁷⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit., p. 331

⁷⁹ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., p.27

⁸⁰ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p.15

⁸¹ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., pp. 30 y ss.

⁸² FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p.15; HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., p.28

a garantizar esta relación objetivada entre las personas y los bienes, la lesión o puesta en peligro de estos y no los entorpecimientos a las condiciones de vida en común⁸³.

Lo que se le critica a este autor, es que no logra precisar el contenido del bien, sobre la base del cual pretende construir una teoría del delito, y como tal, finalmente dependerá de la voluntad política quien decida su contenido, por lo que podrá pasar en alto cualquier intención de limitación al *ius puniendi*⁸⁴. Aunque claro, no se le puede desmerecer el avance científico que significó esta postura, porque permitió la distinción entre lesión y puesta en peligro; por otro lado coadyuva a facilitar la clara diferenciación entre tentativa y consumación⁸⁵.

Sin embargo la consolidación del concepto de bien jurídico vendría a finales del siglo XIX en Alemania, que era un país con un retraso económico significativo en relación al resto de Europa. Ante esta situación, el Estado Alemán decidió fortalecerse y para ello equiparó sus facultades con la de los individuos. Se le reconoce al Estado, y con ello se le equipara con los individuos, la titularidad de derechos subjetivos, derechos subjetivos públicos, tal como el de exigir obediencia⁸⁶. En este sentido el Estado se convierte en un fin en sí mismo⁸⁷. Una directa consecuencia de esta nueva realidad, es que el campo del Derecho Penal sufre una ampliación de su ámbito de intervención, por lo que el castigo se extiende a toda conducta que el Estado considere necesaria colocar bajo pena. Se deben proteger objetos del mundo exterior, cosas concretas, notándose la irrupción del pensamiento naturalista que exige una objetivación del delito, con lo que ya no se trata de evitar perturbaciones de la vida en común, sino que se busca proteger los bienes jurídicos fijados por el legislador⁸⁸.

⁸³ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., p.31

⁸⁴ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p.16

⁸⁵ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p.16

⁸⁶ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., pp. 35 y 36

⁸⁷ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p.18

⁸⁸ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., p. 36

De este caldo de cultivo emerge el positivismo jurídico, a cuya vanguardia penal se encuentra Karl BINDING. El positivismo jurídico aspira a una teoría “objetiva” de la interpretación, derivada de la racionalidad interna del Derecho.

BINDING significa pues la culminación del racionalismo, centrado exclusivamente en el Derecho positivo y libre de toda otra consideración filosófica o metajurídica, es más, para él el Derecho Penal está conformado por normas deducibles de la ley penal y conceptualmente anteriores a ella, consistentes en un imperativo, y en consecuencia el delito importa una lesión al Derecho subjetivo del Estado, que le permite exigir obediencia a los súbditos y actuar su potestad de imperio⁸⁹.

Así, por medio de su teoría de las normas, este autor trata de distinguir la dimensión formal del objeto de protección jurídico penal de la dimensión formal-material, ya que esta teoría se sustenta sobre la base de dos categorías generales de disposiciones legales: las normas prohibitivas de lesiones de bienes jurídicos y las normas sancionadoras de meras desobediencias a mandatos o imperativos positivos, en donde los primeros se explican por un interés estatal y las segundas por las repercusiones que podría tener sobre un bien jurídico, aunque se sanciona la desobediencia en sí⁹⁰. BINDING señala que el delincuente no contraviene la ley penal, sino que, por el contrario, cumple con lo señalado en ella.

Hay que entender que el delito para este autor es una contravención de la norma “cuya principal tarea es fundamentar deberes de actuar o de omitir altamente personales de las personas físicas”, entendiendo que existe una lesión a un Derecho subjetivo, puesto que “un deber jurídico no puede ser pensando sin la contrapartida de un Derecho subjetivo”. Sin embargo, hay que clarificar que lo que efectivamente se lesiona es el bien jurídico⁹¹, que es el objeto de la lesión, pues en el bien jurídico se

⁸⁹ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p.18

⁹⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit., p. 332

⁹¹ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., pp.38 y ss.

concreta la lesión al Derecho subjetivo público del Estado, una infracción al deber de obediencia⁹².

En este contexto, la teoría del bien jurídico se centra en lo que le interesa al Estado, no es algo natural, no constituye un ente que va más allá del Derecho ni algo prejurídico, sino que se traduce en una creación pura del legislador. El bien jurídico es definido por este autor como todo lo que en sí mismo no es un Derecho, pero que a los ojos del legislador es de valor como condición de la vida sana de la comunidad jurídica y por ello busca protegerlo por medio de normas⁹³.

La crítica que se le hace a la teoría de BINDING, es la absoluta exclusión del individuo que conlleva, este se ve sobrepasado ante el Estado, quien no tiene límites y fija los bienes jurídicos de acuerdo a sus propios intereses, con lo que la función de garante que tiene el bien jurídico se pierde, y en este escenario de total sometimiento, bajo el riesgo de arbitrariedad y privado de los recursos que pudiera brindarle una perspectiva iusnaturalista o las ciencias sociales en general. Es así que el delito se concibe como una mera desobediencia, apenas matizado por el bien jurídico, que como se explica, depende de la valoración privativa del legislador.

BINDING legitima el poder coactivo del Estado y reduce al individuo a un papel de mero súbdito de la norma, en relación de absoluta sujeción al mandato⁹⁴. También se ha discutido la necesidad y existencia de una norma previa a la ley penal en cuanto fenómeno jurídico. Se ha sostenido que el legislador no estaría impedido de realizar en forma directa la protección de intereses protegidos mediante la creación de conminaciones penales, que contendría a la vez la prohibición y en consecuencia, el delincuente que infringe la ley configuraría también el tipo⁹⁵.

Con posterioridad Franz VON LISZT ofrece un concepto material de bien jurídico, a través de la teoría de la nocividad social, afirmando que este encuentra su

⁹² FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p.19

⁹³ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., p. 41

⁹⁴ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p. 20

⁹⁵ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, op. cit. p. 342

origen en un interés de la vida, de intereses humanos previos al Derecho que surge de las relaciones y valores sociales y precisando que no se convierte en bien jurídico hasta que es efectivamente protegido por el Derecho⁹⁶.

Este autor, gran contradictor de BINDING, responde a la matriz del pensamiento naturalista, que exige una objetivación del sustrato del delito, el cual debe salir del mundo espiritual al mundo real, y por tanto, ello determina que el Derecho Penal debe proteger cosas concretas, objetos del mundo exterior, así es como VON LISZT anuda el bien jurídico con la idea de fin en el Derecho Penal, concluyendo que las normas de orden jurídico, mandando y prohibiendo presentando una determinada acción bajo supuestos determinados, son la muralla de defensa de los bienes jurídicos. La protección jurídica que presta el orden del Derecho a los intereses de la vida es la protección por las normas (*Normenschutz*)⁹⁷. Conforme a esta concepción, el bien jurídico, representa un concepto substantivo que se halla en situación de establecer límites al legislador penal, y en este sentido se muestra como factor político-criminal de relevante significación en el sistema penal⁹⁸.

Apartándose del positivismo de BINDING, VON LISZT aclara que el bien jurídico no es un bien del Derecho, sino un bien de los hombres⁹⁹, un reflejo de la realidad social en el mundo jurídico, por lo que al estar en esta realidad social, el bien jurídico está sujeto permanentemente a una revisión crítica, expuesto a su constante desaparición, mantenimiento o modificación. Sin embargo, para el catedrático de Berlín, las condiciones de existencia de la sociedad se identifican con las condiciones de la comunidad estatal, por medio del Derecho¹⁰⁰, y en consecuencia, la voluntad general del es entregada al Estado, para que este vele y cuide los intereses vitales de estos por medio del Derecho, produciéndose que el Estado sea quien fije finalmente

⁹⁶ VON LISZT, Franz, op. cit., p. 2; MIR PUIG, Santiago, op. cit., p.92; POLAINO NAVARRETE, op. cit., p. 334

⁹⁷ VON LISZT, Franz, op. cit., p. 3

⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit., p.335

⁹⁹ VON LISZT, Franz, op. cit., p. 2

¹⁰⁰ VON LISZT, Franz, op. cit., p. 1

las condiciones de vida de la sociedad, protegiendo y castigando y por ende también el marco de las relaciones sociales, con lo que finalmente la protección de intereses que se entendían como las condiciones necesarias para la vida en común, son y siguen siendo definidas por el Estado, los bienes jurídicos se definen por un juicio de valor del Estado, de un interés de este¹⁰¹.

Hay que destacar que el positivismo se divide en dos corrientes, defendida por distintos juristas y con explicables matices, una es la concepción formal-normativa del bien jurídico defendida por BINDING, y la otra es la concepción naturalista-sociológica del bien jurídico defendida por VON LISZT, pero ambos le proporcionan paradójicamente al Estado el instrumento legitimador del *ius puniendi*¹⁰², para BINDING, la legitimación del *ius puniendi* del Estado se encuentra contenida en la propia autoridad de la norma, ella se basta a sí misma y no necesita de ningún otro presupuesto que el de ser expresión de la soberanía del Estado. Por ello, señala que toda norma encierra la protección de un bien jurídico como producto de una decisión política del Estado y que su lesión constituye una infracción al derecho subjetivo de obediencia que el Estado puede exigir a sus súbditos y es, al mismo tiempo, un delito. El bien jurídico es, en consecuencia, un bien del Derecho.

En cambio, VON LISZT sostiene que el Derecho Penal se encuentra legitimado por su fin, esto es, la protección de intereses que son la expresión de las condiciones necesarias para una vida en común. El interés que al ser objeto de protección por el Derecho Penal toma el nombre de bien jurídico, que originalmente se encuentra en la sociedad, “lo que crea la vida”, y que se convierte en un interés del Estado, un juicio de valor del Estado¹⁰³.

Con posterioridad a la época del positivismo y consumada la revolución económica en Alemania y su incorporación al modelo económico de la Europa occidental, comienza a resurgir y reaccionar en contra del positivismo, el pensamiento

¹⁰¹ VON LISZT, Franz, op. cit., pp. 2 y ss.

¹⁰² FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p.23

¹⁰³ VON LISZT, Franz, op. cit., pp. 2 y ss.; HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., p.55; FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., pp. 23 y ss; POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit., pp. 335 y 336

de Kant reformulado en la corriente filosófica que se denominó NEOKANTISMO¹⁰⁴, que aglutina a los penalistas afiliados a la Escuela de Baden o Escuela Sudoccidental alemana, produciéndose esta reacción ante la “cientificidad” y la aversión filosófica impuesta por el positivismo, destacando la diversidad de método de las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu, colocando como fundamento de estas últimas a la filosofía de los valores pudiendo con ello dar fundamento a una reestructuración de toda la teoría del delito¹⁰⁵.

Los NEOKANTIANOS, que constituyen la doctrina dominante a partir de los años veinte, también buscaron una sustancia material del bien jurídico en una realidad previa al Derecho, aunque discrepan de VON LISZT, puesto que no lo ven como parte de los intereses sociales, sino la llevan a un terreno espiritual subjetivo de los valores culturales¹⁰⁶ y le privó de cualquier finalidad limitadora¹⁰⁷.

De la mano de Richard HONING, el concepto de bien jurídico se espiritualiza, quitándole todo contenido real y concreto, señalando que “los objetos de protección no existen como tales” y que “sólo son un producto de un pensamiento jurídico específico”, quedando con ello el concepto apto para ser continente de cualquier cosa que el Estado quisiera colocar bajo protección penal. Como ya se dijo, la orientación NEOKANTIANA renuncia a la búsqueda de la función garantista liberal del bien jurídico, y centra su atención en el rendimiento teleológico del concepto, en su capacidad de erigirse como criterio de interpretación, a partir de su fin de protección o, lo que es lo mismo, del valor protegido¹⁰⁸.

La tesis de HONING, supone una “síntesis categorial” con la cual el pensamiento jurídico se esfuerza en captar el sentido y el fin de las normas penales, significa por consiguiente, una desmaterialización del concepto de bien jurídico, que

¹⁰⁴ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., p. 61

¹⁰⁵ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., pp. 61 y ss.; FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., pp. 24 y ss.

¹⁰⁶ MIR PUIG, Santiago, op. cit., p.92

¹⁰⁷ OLVERA Y AGUILAR, Rubén Martín, op. cit., pp. 662

¹⁰⁸ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., p. 63; FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p. 25

queda subrogado por una acepción teleológico-finalista, asimilándolo a una abreviatura del fin de la norma. Este planteamiento significa que la delimitación el sustrato material del bien jurídico ha fracasado, por cuanto se trata de un concepto abstracto, insusceptible de ser determinado materialmente¹⁰⁹.

Dentro de la corriente NEOKANTIANA, también ha surgido la línea señalada por Erik WOLF, quien siguiendo los postulados NEOKANTIANOS sostiene que la ciencia penal es una ciencia cultural cuya finalidad es justamente la cultura, que se singulariza en una determinada expresión de la cultura llamada “cultura social”¹¹⁰. Estos bienes de la cultura, son de carácter prejurídico no creados por el Derecho y actúan como eslabones entre el mundo de los valores ideales y la realidad. Para WOLF la lesión del bien jurídico, lejos de significar un cambio en el mundo exterior, una modificación de la realidad externa, implica antes que nada un resultado jurídico: la lesión de una parte de la cultura, que es la “cultura social”. La protección de ella (donde se asientan los valores ético-sociales) es el fin del Derecho y a través de la protección jurídica se constituyen los bienes jurídicos.

En estas posturas, se puede deducir que al margen de las diferencias que puedan presentar una de otras, finalmente impera en todas ellas un criterio teleológico. El bien jurídico no es una cosa, persona o situación, tampoco un ente ideal, sino una categoría abstracta, insusceptible de ser delimitada en su contenido material, que traduce el fin de la norma, la *ratio legis* que debe orientar la interpretación de los tipos¹¹¹.

De la influencia NEOKANTIANA emerge la corriente del llamado causalismo valorativo, con Edmund MEZGER como figura emblemática, quien articula el concepto neoclásico de delito. Para este autor el bien jurídico bien puede ser el “objeto de protección” de la ley, o si es considerado desde el punto de vista del delincuente, el “objeto de ataque” contra el cual se dirige el delito. Y aclara todavía que, a su juicio,

¹⁰⁹ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p. 26

¹¹⁰ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., p. 65

¹¹¹ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p. 27

“bien jurídico, objeto de protección y objeto de ataque son términos sinónimos. En el bien jurídico, poseemos, reducido a la fórmula más sencilla, el valor objetivo al que la ley penal concede su protección”¹¹².

Para MEZGER, el bien jurídico está destinado a circunscribir más exactamente, siempre, la función protectora de cada hecho punible, y por ello se presenta como un medio extraordinariamente valioso para interpretar y saber cuál es el interés del individuo y de la sociedad protegido por la ley¹¹³.

Con posterioridad al movimiento NEOKANTIANO, coincidente con el Estado Nacionalsocialista, hubo un giro ideológico en el cual el concepto de bien jurídico fue objeto de duras críticas, así SCHAFFSTEIN señala que el bien jurídico constituye un concepto que lejos de responder a situaciones concretas, integra un “producto exangüe” de la abstracción que no representa el único *leitmotiv* del legislador en el cumplimiento de la función de tutela. Señala que el “dogma del bien jurídico” es insostenible en Derecho Penal, porque la esencia del delito estriba en la “contrariedad subjetiva al deber jurídico”¹¹⁴.

DAHM por su parte, también critica el concepto de bien jurídico, argumentando que la teoría clásica ha buscado el contenido sustancial del injusto en abstracciones, que de nada sirven en la práctica. Sustenta que el delito es una contradicción a la ley formal y a la ley interior de la nación, al orden fundamental del pueblo (alemán) y a la moral que le es propia¹¹⁵.

¹¹² MEZGER, Edmund, op. cit., p. 155

¹¹³ MEZGER, Edmund, op. cit., p. 159

¹¹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit., pp. 401 y 402

¹¹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit., p. 402

Por lo que esta corriente negó el concepto por cuanto representaba un límite al *ius puninedi* del Estado, permitiendo construir una restricción a la acción política del Estado totalitario Nacionalsocialista, lo que resultaba inadmisibile en esa época¹¹⁶.

La irrupción de la Escuela de Kiel, proclamo la pretensión de garantía “del deber jurídico y la convicción” por parte del Derecho Penal, negándose el valor del bien jurídico como elemento guía en la construcción de los tipos y explicando al delito como una “inmaterial contravención al deber”.

La denominada nueva ciencia del Derecho tampoco pudo imponerse en este plano. Aun así, este “cambio en la acentuación” desde la agresión a los bienes jurídicos a la contravención al deber no fue del todo infructuoso. La dirección del ataque en el delito solo puede ser determinada a partir del concepto de bien jurídico. Estas tendencias en sí absurdas de la Escuela de Kiel permitieron confirmar lo acertado de aquella concepción que, formulada simultáneamente desde diversas direcciones (H.MAYER, Von WEBER, WELZEL), afirmaba que la esencia del delito no puede ser vista unilateral y exhaustivamente en la causación de la merma de un bien jurídico. Al contrario, para la caracterización del delito es preciso recurrir, junto al “desvalor de resultado” (preponderantemente causal), también al “desvalor de acción” (preponderantemente final), a la configuración del acto en cuanto tal¹¹⁷.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el pensamiento que surge en el nuevo contexto social, busca nuevamente a los lineamientos anteriores al Estado Nacionalsocialista, tales como las tendencias NEOKANTIANAS, que ahora son criticadas por nuevas corrientes de inspiración “neohegelianas”, como también corrientes de inspiración fenomenológica y iusnaturalista, centrandó sus críticas en que el delito no se puede concebir como lesión de un bien jurídico, sino que como una acción, una acción consciente¹¹⁸.

¹¹⁶ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., pp. 68 y ss.

¹¹⁷ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, op. cit., p.334

¹¹⁸ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., pp.71 y ss.

Es de esta forma que comienza a ganar terreno una nueva orientación dogmática que había comenzado a formular tímidamente Hans WELZEL en 1931, a partir de un artículo monográfico sobre causalidad y acción, pero cuya verdadera trascendencia jurídico-penal se instala con vigor en el periodo de post-guerra, mediante la paulatina consolidación de la escuela finalista como una de las direcciones predominantes en la dogmática penal alemana.

WELZEL reformula la teoría de la acción, rompiendo con el paradigma de la teoría causal propuesta por BELING, VON LISZT Y RADBRUCH, en que la acción se conformaba por un lado externo (objetivo) y un lado interno (subjetivo), por lo que esta sería el mero proceso causal que desencadena la voluntad en el mundo exterior, sin tomar en consideración si el autor lo ha querido o si sólo lo podía prever¹¹⁹.

Justamente, la teoría final de la acción critica el valor y rol que tiene la voluntad, puesto que para la teoría causal de la acción le es indiferente el contenido de la voluntad, desconoce la función constitutiva de esta respecto de la acción y que de acuerdo al profesor de la Universidad de Bonn “la destruye y convierte en un mero proceso causal desencadenado por un acto de voluntad cualquiera (acto de voluntariedad)”¹²⁰.

Para la teoría finalista la acción final está dotada del sentido y significación que quiera darle el sujeto activo a partir su fuero interno, cuando se propone el fin determinado que quiera realizar, seleccionando los posibles medios para la consecución de dicho fin, como también previendo sus efectos concomitantes y en consecuencia, el dolo y la culpa, como las dos únicas formas de vinculación personal que reconoce el Derecho Penal al autor, habría de desplazarse de la culpabilidad al injusto¹²¹. El injusto ya no tiene como fundamento la violación de intereses o de bienes

¹¹⁹ WELZEL, Hans, op. cit., p. 46

¹²⁰ WELZEL, Hans, op. cit., p. 48

¹²¹ WELZEL, Hans, op. cit., pp. 39 y ss.

jurídicos, sino que pasa a ser la violación de los deberes de sentido o de conciencia ético-social que tiene el sujeto¹²².

Pues bien, con relación a la teoría del bien jurídico, WELZEL relaciona el sustrato material del bien jurídico con la misión primordial que este le asigna al Derecho Penal, que está íntimamente relacionado con el propio ámbito de actuación del Derecho que le atribuye este autor, el cual, en su concepción, está llamado a tutelar el *mínimum* ético y los fundamentos de la institución social¹²³.

En consecuencia, WELZEL adjudica al Derecho Penal una función ético-social, cuya principal misión consiste en proteger los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social y, sólo por inclusión, éste ha de asumir concomitantemente la protección de los bienes jurídicos particulares¹²⁴.

Ahora bien, conforme a esa función ético-social que le reconoce o asigna al Derecho Penal, WELZEL describe al bien jurídico como “un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente”, de lo que se deduce que el bien jurídico está en función de la vida social, incide en ella y de ella recibe consecuencias. Con relación al sustrato material del bien jurídico, WELZEL enseña que este puede aparecer, *prima facie*, en las más diversas formas: como objeto psicofísico, como objeto espiritual-ideal, como estado real, como relación vital, como relación jurídica, o aun como conducta de un tercero¹²⁵.

Este autor distingue con bastante claridad entre el bien jurídico protegido y el objeto material protegido, haciendo hincapié en la distinción entre disvalor de acción y disvalor del resultado. Como toda la teoría de WELZEL se centra en el valor ético-social de la acción y en el correlativo disvalor de acto, éste distingue entre la lesión de la norma, donde reside el verdadero disvalor de acción de la conducta, y la lesión del

¹²² WELZEL, Hans, op. cit., pp. 2 y 3; HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., pp. 81 y ss.

¹²³ WELZEL, Hans, op. cit., p. 5; POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit., p. 407

¹²⁴ WELZEL, Hans, op. cit., pp. 5 y ss.; POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit., p. 407; FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., pp. 35 y ss.

¹²⁵ WELZEL, Hans, op. cit., p. 5

bien jurídico, donde estriba recién el disvalor de resultado del comportamiento antijurídico¹²⁶.

El modelo de WELZEL mediatiza la protección de bienes jurídicos asegurando al mantenimiento de las acciones que son valorativas socialmente con la penalización de las acciones disvalorativas, en consecuencia, lo esencial en el Derecho Penal no es la lesión del bien jurídico, sino la acción que está destinada a producir la lesión de dicho bien jurídico o a ponerlo en peligro¹²⁷. El profesor POLAINO NAVARRETE hace una interesante crítica respecto de lo que WELZEL estima como función esencial del Derecho Penal, principalmente porque iría en contra del carácter fragmentario del mismo y aboga por una mayor especificación de los ámbitos singulares en que los valores ético-sociales ejerzan un influjo positivo¹²⁸.

WELZEL representa el desarrollo del humanismo, a partir de una plataforma de Derecho Natural, que sin embargo privilegia los contenidos ético-sociales del disvalor de acto por sobre el disvalor de resultado, porque su teoría final de la acción y el nuevo sistema del ilícito que a partir de ella se estructura, en particular en torno al concepto de injusto personal, están encaminados a la tutela de valores ético-sociales y, en el fondo, a la tutela de la conciencia y la fidelidad jurídica del ciudadano¹²⁹.

Günther STRATENWERTH destaca la conexión existente entre las exigencias ético-sociales elementales y el ordenamiento penal, con motivo de la determinación de los límites y alcance del Derecho punitivo en la tutela de bienes jurídicos. En este sentido, considera este autor que la misión esencial del Derecho Penal reside en garantizar la inviolabilidad de las normas ético-sociales, y a partir de este punto se

¹²⁶ WELZEL, Hans, op. cit., pp. 5, 74, 153 y ss.; HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., p. 83; FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p. 41

¹²⁷ WELZEL, Hans, op. cit., p. 5 y 6; POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit., p. 407; HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., pp. 88 y 89

¹²⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit., pp. 408 y 409

¹²⁹ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p. 42

deduce que la misión primordial del ordenamiento penal es la protección de bienes jurídicos¹³⁰.

Al cabo de la Segunda Guerra Mundial, los juristas no sólo se refugian en el Derecho Natural, la naturaleza de las cosas o la emergente filosofía del relativismo valorativo. La historia de los años de posguerra asiste a la refundación del constitucionalismo, que plasma en la Constitución italiana de 1948 y en la Ley Fundamental alemana de 1949, ambas de enorme significación para el Derecho Penal y ajustadas a la cláusula del Estado de Derecho. Se inicia una serie de cambios que van en la dirección de otorgarle una privilegiada jerarquía a la idea de dignidad humana; el nuevo modelo democrático queda centrado en la formula abreviada del Estado Social y Democrático de Derecho.

En este contexto la política criminal experimenta un notable surgimiento, en ella se busca un fundamento racionalizador de la coerción penal y de su monopolio estatal, lo cual determina que el Derecho Penal ni siquiera pueda ser pensado en forma separada de ella. Se plantean límites al *ius puniendi* con principios programáticos tales como la necesidad y utilidad de la pena, la dignidad de la persona y la exclusiva protección de bienes jurídicos.

En estas condiciones, bajo la idea ya generalizada y aceptada de que hoy una teoría penal no puede concebirse sin el trasfondo de una teoría social, así como ayer tampoco se podía concebir sin la filosofía, se han ido desarrollando en particular las teorías del bien jurídico. Estas teorías de carácter social con aquellas que buscan en la Ley Fundamental la base de sustentación del referente material del delito conforman las dos grandes categorías bajo las cuales pueden englobarse la mayoría de las teorías del bien jurídico en el Estado Social y Democrático de Derecho. La inflexión de la dogmática penal hacia una orientación jurídico-constitucional abarca por supuesto la teoría del bien jurídico, la cual también se adecua al nuevo paradigma, pasando a orbitar el ámbito de la Ley Fundamental¹³¹.

¹³⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit., p. 410 y ss.

¹³¹ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., pp. 45 y ss.; HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., pp. 90 y ss.

Bajo el amparo de la Constitución de Bonn, de 1949, SAX realiza la función orientadora que posee la Constitución para el *ius puniendi*, sosteniendo que hay que distinguir dos planos que no se superponen por estar en diferentes niveles de eficacia: el de un “orden de valores constitucional” y el de un “orden de valores penal”. El orden constitucional está referido al marco de la actividad del Estado en tanto que la garantía penal de bienes jurídicos entraña necesariamente una concreción de las decisiones de valor constitucionales en determinados comportamientos contrarios a ellas dentro del específico círculo representado por los tipos legales¹³².

Con posterioridad, ROXIN señala que no se ha podido precisar el concepto de bien jurídico de modo satisfactorio, afirmando que “un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente, solo se puede derivar de los contenidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado”¹³³ y en consonancia con ello, define los bienes jurídicos como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.

Así, señala ROXIN, el Estado como garante de las condiciones de vida social, debe proteger los bienes jurídicos fundamentales como la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio, etc.¹³⁴ Pero agrega, que además de esta contribución conservadora de bienes jurídicos preexistentes, debe cumplir otra función, que es la de lograr los objetivos de promoción y ayuda social que se plantea el Estado Social y Democrático de Derecho perfilado en la Constitución de Bonn. No obstante el empeño de relacionar el bien jurídico con los valores constitucionales, esta línea u orientación dogmática no logra predominar en la doctrina alemana, donde prevalecen por el

¹³² POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit., pp. 420 y 421

¹³³ ROXIN, Claus, op. cit., pp. 55 y 56

¹³⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit., pp. 436 y ss.

contrario las corrientes sociológicas, sin perjuicio de la negación que realiza, respecto del bien jurídico, la doctrina funcionalista-sistémica mas reciente¹³⁵.

A diferencia de lo que sucedió en Alemania, la teoría constitucionalista del bien jurídico si adquiere notorio predicamento en la doctrina italiana, donde ya ROCCO, en 1919, había sostenido que los bienes e intereses jurídicos tenían existencia real y no eran meros conceptos dogmáticos¹³⁶. ALIMENA también establecía que el bien jurídico era un interés y en general toda la escuela del tecnicismo jurídico posterior atiende a la idea del bien-interés, encapsulando la noción jurídico-penal del bien jurídico, dentro de los intereses protegidos por la norma.

Dentro de este panorama, BETTIOL significa dentro de la dogmática peninsular, un certero y encomiable punto de inflexión: el bien jurídico es para él un valor, designa una noción finalista y teleológica¹³⁷. El teleologismo valorativo de BETTIOL impulsa una nueva concreción de la idea del “*bene giuridico*” en el seno de la doctrina, atando su dimensión valorativa a los valores específicos enunciados en el texto constitucional. En efecto, obligados a trabajar con un Código Penal de inocultable cuño autoritario, tan luego el *Codice Rocco*, los penalistas de la escuela italiana contemporánea han apelado en forma decidida al marco constitucional, para modelar la noción de bien jurídico en estrecha referencia a los valores consagrados y protegidos por la Constitución, con lo cual, la Carta pasa a cumplir una función correctiva y limitante.

Como ha destacado PULITANO, la cuestión del bien jurídico ha planteado una redefinición del catálogo y de la jerarquía de los bienes y de la necesidad y del modo de su tutela que asuma como punto de referencia ya no un Código autoritario y envejecido, pero sí la Constitución republicana extrayendo de ella la línea reconstructiva del sistema penal. El bien jurídico indica el mismo autor, marca un lugar de encuentro entre política criminal y dogmática penal, afirmando que el sistema de los

¹³⁵ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p.49; HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., pp.121 y ss

¹³⁶ BETTIOL, Giuseppe, Derecho Penal: parte general, traducción de la 4ª versión italiana por José León Pagano, Ed. Temis, 1965, p. 39

¹³⁷ BETTIOL, Giuseppe, op. cit., pp. 149 y 150

bienes jurídicos constitucionales es el necesario marco de referencia para un sistema penal renovado.

El primero en plantear la tesis de la necesaria constitucionalidad de los objetos protegidos penalmente habría de ser Franco BRICOLA, quien señala que la clave está en el artículo 3° de la Constitución italiana que en su párrafo segundo dispone en forma similar al artículo 9.2 de la Constitución española, que “es deber de la Republica remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

En este sentido, este autor indica que del artículo transcrito se debe deducir que la sanción penal puede ser adoptada solamente en presencia de la violación de un bien el cual si no puede ser de igual grado del valor sacrificado (libertad personal), esté al menos dotado de relevancia constitucional. O sea, el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucional relevante.

A esta tesitura de subsunción o identificación de los bienes jurídicos bajo la égida de los valores constitucionales relevantes se pliega la posición italiana mayoritaria. Pues, de esta manera, la norma fundamental introduce una idea de concreción, aporta un elemento delimitador en orden al sustrato material de los bienes jurídicos, los cuales, a su vez, motorizan los principios de ofensividad y de proporcionalidad, que encuadran al Derecho Penal del Estado Democrático de Derecho.

En definitiva, los valores constitucionales que suministran el contenido material a los bienes jurídicos están incardinados, sin excepción, al aseguramiento de las condiciones esenciales de la vida en común. Ellos apuntan a posibilitar la convivencia social y la autorrealización del hombre en sociedad, lo cual supone, desde luego, no una visión estática y cerrada del plexo de valores enunciados en la Constitución, sino una concepción dinámica del bien jurídico, capaz de absorber y adecuarse al

permanente cambio social, a la mutación histórica de los valores generalmente aceptados como merecedores de protección jurídico-penal¹³⁸.

Dentro de la doctrina española, están presentes tanto las teorías de carácter constitucional como las con fundamento sociológico. Los autores clásicos abordan el bien jurídico desde una perspectiva valorativa funcional, teniéndolo por un interés tutelado y asimismo, la síntesis valorativa de la figura delictiva, que gobierna como *ratio legis*, aunque se detienen a aclarar que los bienes jurídicos sirven para la satisfacción de necesidades humanas, individuales o colectivas.

Las teorías con carácter constitucional son desarrolladas principalmente por ESCRIVÁ GREGORI y GONZALEZ RUS. El profesor ESCRIVÁ GREGORI, en su oportunidad hizo presente la necesidad de hacer un replanteamiento del Derecho Penal español como consecuencia de la promulgación de la Constitución de 1978, señalando que el nuevo contexto jurídico-político ha de suponer una nueva política penal respecto a la valoración de los bienes jurídicos, gradación de los mismos, determinación de cuales no exigen o no merecen protección penal, de cuales otros si la requieren. Este autor, señala que si bien la Constitución no explicita una protección penal de los bienes que enumera a partir del artículo 15, ni tampoco ninguna otra protección en el ordenamiento jurídico, está claro que estos están jerarquizados dentro de la propia Constitución e implícitamente su propio rango estaría indicando las pautas de su nivel de protección.

En consecuencia, cabría derivar un reconocimiento implícito o explícito por parte de la Constitución de la protección de bienes jurídicos por el Derecho Penal, lo que sin perjuicio de su importancia político criminal, acarrea notorias consecuencias en el campo de la dogmática penal, ya que habría una base constitucional para reafirmar el peso del llamado disvalor de resultado. Por su parte, GONZALEZ RUS, señala que hay que armonizar las teorías constitucionalistas estrictas con las que plantean que la Constitución ofrece un sistema abierto de valores ya que un empeño de este tipo, que en principio, aunque dificultoso, ofrece posibilidades de un resultado fructífero.

¹³⁸ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., pp. 50 y ss.; HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., pp. 126 y ss.

Sin embargo, el profesor Gonzalo FERNANDEZ desliza una crítica ante esta óptica de caracterización constitucional del bien jurídico, distinguiendo entre una función conservadora de los valores clásicos, atinentes a los derechos individuales y, al mismo tiempo, una función promocional que al Derecho Penal le compete cumplir en la realización de valores constitucionales de orden colectivo o supraindividual. Vale decir, la constitucionalización del bien jurídico ha servido, paradójicamente, para legitimar la punición de nuevas conductas, so pretexto de que ofenden bienes jurídicos de carácter colectivo o intereses difusos. Peor aún, ha servido para interpretar que la Constitución contiene mandados de determinación al legislador, que le obligan a criminalizar conductas¹³⁹.

Como se indicaba más arriba, el modelo del Estado Democrático de Derecho vigoriza la política criminal como instrumento racionalizador de la coerción penal. La búsqueda de este fundamento racional se habría de hacer en este nuevo contexto político con el auxilio, no ya de la filosofía o de la teoría política que en el pasado habían dado el arsenal teórico al Derecho Penal, sino con la que en la primera mitad del siglo XX habría de reclamar para sí el reconocimiento de ser la ciencia social por excelencia, esto es, la sociología y en particular dentro de ella las corrientes que se engloban bajo el funcionalismo y el interaccionismo.

De esta manera, el estructural-funcionalismo y el interaccionismo, dos direcciones prevaecientes en la sociología norteamericana, contribuyen a articular el paradigma del *Welfare State* (Estado de Bienestar) que, naturalmente, también está llamado a incidir sobre el sistema del Derecho Penal y en forma preponderante, sobre la función de la pena. En lo concerniente a la protección de bienes jurídicos, estos tienden a visualizarse como “situaciones” o “estados” de particular valor social, a los cuales deviene imprescindible tutelar penalmente.

El bien jurídico pasa a ser apreciado desde una óptica funcional, se “desespiritualiza” y ya no se confunde con el objeto cosificado del Derecho, sino con una situación fáctico-real positivamente valorizada. Como ya hemos visto, el concepto de bien jurídico aparece siempre relacionado a las condiciones de la convivencia

¹³⁹ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., pp. 53 y ss.; HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., pp. 137 y ss.

social, en efecto, ninguna teoría ha planteado que el Derecho Penal deba protegerlo como “cosa en sí”, una entelequia abstracta, sino sólo en tanto que bien de un individuo, de la comunidad o del Estado, identificándolo con un valor social penalmente protegido, que ha de respetarse por ser un bien de la vida en comunidad; si se permite, un bien funcional a la sociabilidad.

Este giro a la socialidad que experimenta la teoría del bien jurídico se halla presente también en todas las teorías constitucionales, las cuales, se centran en un listado de valores contenidos en la Carta Fundamental, aparecen orientadas, casi sin excepción, a regular y tutelar formas sociales de convivencia.

La doctrina alemana, alude al bien jurídico como las categorías más importantes de valor de la vida social, por lo que se especifica su sustrato material, con relación a ese valor con importancia en el desarrollo de la sociedad, de trascendencia social, como lo refleja Knut AMELUNG, quien visualiza el delito como un fenómeno disfuncional; vale decir, un fenómeno que le impide o dificulta al sistema social la superación de aquellos problemas que obstruyen su progreso. Esta apreciación inspirada en el funcionalismo sistémico, se aparta completamente del concepto liberal de bien jurídico, pues no reconoce bienes jurídicos de carácter individual, sino que todo bien jurídico se constituye, a partir de su conexión valorativa con el sistema social y con los posibles efectos disfuncionales de la dañosidad social del comportamiento¹⁴⁰. Esta teoría ha sido cuestionada porque conforme a ella no se protege a la persona por sí misma, sino sólo en interés de la sociedad, olvidando que el Estado existe para el individuo, quien debe ser tutelado por sí mismo y no como parte de todo el sistema social.

AMELUNG, plantea que el contenido del bien jurídico está condicionado por lo que es “socialmente dañoso”, señalando que entran dentro de tal categoría “los acontecimientos disfuncionales, los fenómenos sociales que impiden o dificultan al sistema social la superación de los problemas que obstaculizan su progreso”.

¹⁴⁰ HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 38

El delito sería un caso especial de un fenómeno disfuncional a un sistema de acciones e interacciones que se mantiene por sí mismo, que sobrevive al periodo de vida de un individuo y que se completa por la reproducción biológica y donde se asume la socialización de las eventuales nuevas generaciones. En esta línea de pensamiento, lo que es dañino socialmente queda determinado por la disfuncionalidad social de la acción, que queda de manifiesto por su contradicción con una norma institucionalizada para resolver el problema de la supervivencia de la sociedad. En todo caso la teoría de la dañosidad social en el Derecho Penal tiene su límite en los principios liberales referidos a la persona en la Constitución y los de la dogmática referidos a la relación entre daño social y bien jurídico.

En este sistema, AMELUNG trata de conciliar el principio liberal de protección de la persona con el mantenimiento del sistema, señalando que la lesión de una persona es dañina socialmente, pues ningún sistema de interacciones puede existir sin personas. En consecuencia, es en relación al sistema y no al individuo que debe establecerse la dañosidad social de una conducta, el hombre queda sometido al sistema y su protección mediatizada por la protección del sistema. AMELUNG define bien jurídico como las condiciones de existencia de la vida social. Según él, el bien jurídico en cuanto concepto no hace más que individualizar el objeto dañado por el delito. Hay un sujeto valorante (legislador) que es el que designa el objeto al determinar un hecho socialmente dañoso.

Winfried HASSEMER explica su teoría, señalando que estima necesario relacionar los principios normativos con los conocimientos empíricos y desarrollar ambos en un proceso hermenéutico de concreción de la norma¹⁴¹. Integra el saber normativo-penal y el saber empírico. Desde esta óptica, este autor adhiere a las teorías críticas o trascendentalistas del bien jurídico, que sitúan a este más allá del Derecho Penal. Sin embargo, de acuerdo a HASSEMER, las orientaciones trascendentalistas han

¹⁴¹ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p. 60

fracasado, debido a que han reducido sus reflexiones exclusivamente al campo normativo, descuidando su relación con la realidad social¹⁴².

Para HASSEMER, el bien jurídico se constituye en el contexto de la comprensión social normativa y del control social formalizado, entendiendo que no es un concepto puramente normativo, con lo que se extraen las directrices para racionalizar la política criminal, pues el Derecho Penal no es sino un recurso formalizado, destinado a resolver conflictos sociales¹⁴³. Su formalización posibilita una reflexiva respuesta frente al delito y también una reflexión sobre la forma adecuada de protección de bienes jurídicos¹⁴⁴.

Para precisar el concepto de bien jurídico, HASSEMER lo coloca en el campo de tensión entre individuo, sociedad y Estado, rechazando de plano la pura protección del sistema social y delimitando el bien jurídico en torno a los intereses humanos que requieren protección penal¹⁴⁵. Así, HASSEMER fundamenta una teoría personalista del bien jurídico, que le lleva a explicar los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, funcionalizándolos desde la persona: es necesario funcionalizar los intereses generales y del Estado a partir del individuo, de modo que los bienes jurídicos universales (colectivos o supraindividuales)¹⁴⁶.

Otro planteo con raigambre sociológico-funcionalista es el de RUDOLPHI, quien sostiene que una norma penal solo se justifica cuando es necesaria para la protección y seguridad de las condiciones de vida de una sociedad, estructurada sobre la base de la libertad de la persona y, al mismo tiempo, entendida por todos como razonable¹⁴⁷.

¹⁴² HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., pp. 114 y ss.

¹⁴³ HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 116

¹⁴⁴ HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit. pp. 117 y 118

¹⁴⁵ HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 109

¹⁴⁶ HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 110

¹⁴⁷ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p. 63

Rígidamente funcionalista es la postura de CALLIESS, quien procura desarrollar una teoría del Derecho Penal como una teoría del Derecho positivo en que el Derecho es entendido como una estructura dialogante. En la realización de este programa vincula principios del interaccionismo y de la teoría sistémica intentando conseguir una teoría crítica del Derecho Penal y una comprensión de las sanciones penales que se corresponda con los fines de Estado social y Democrático de Derecho. Sostiene que el Derecho Penal tiene por función establecer las oportunidades de participación social y la libertad en los sistemas sociales.

Al enfrentarse al problema del bien jurídico CALLIESS subraya su importancia y después de criticar las teorías vigentes plantea la suya señalando que “el Derecho Penal penaliza modalidades de conducta que cuestionan la técnicas de comunicación que son estratégicamente fundamentales para un sistema de interacciones”. Por ello, cree que dentro de una estructura social que permite y asegura la participación de los individuos, el bien jurídico no es sino la oportunidad de participación del individuo dentro de la estructura social.¹⁴⁸

Si bien otros autores funcionalistas, como Harro OTTO, que define bien jurídico como unidad funcional de valor reconocida por la comunidad, LENCKNER quien señala que un bien jurídico es un bien de la vida pleno de valor y reconocido por el Derecho y KINDHHAÜSER que lo concibe como aquellas propiedades de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en una comunidad organizada como Estado Social de Derecho, constitucional y democrático, y en general, se centran en el bien jurídico como aquellos objetos que el hombre necesita para su autorrealización, el funcionalismo finalmente termina con la negación del bien jurídico, primero con SCHMIDHAÜSER y después a través de Günther JAKOBS¹⁴⁹.

El paradigma del funcionalismo sistémico en Derecho Penal lo constituye la teoría de JAKOBS, fuertemente influenciado por las ideas de LUHMANN, quien sostiene que la sociedad debe ser entendida como un sistema total donde cada uno de

¹⁴⁸ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., pp 109 y ss. ; FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., pp. 58 y ss.

¹⁴⁹ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p. 64

sus aspectos no puede ser comprendido si no es en referencia al sistema total¹⁵⁰. El sistema consiste en una pluralidad de actores individuales que interactúan en una determinada situación motivados por recíprocas expectativas¹⁵¹.

Así JAKOBS explicita su posición funcionalista, asentando como punto de partida que el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad¹⁵². Este autor defiende una comprensión comunicativa del delito, entendido como afirmación que contradice la norma, mientras que la pena simboliza, a su vez, la respuesta que confirma la norma¹⁵³. De ahí entonces el fenómeno de la confirmación de la identidad que incumbe al Derecho Penal¹⁵⁴; esto es, el aseguramiento simbólico que a éste le compete, pautado por la necesidad de confirmar la vigencia de la norma¹⁵⁵.

La idea de asegurar la vigencia de la norma tiene que ver con el mantenimiento del orden social y como modelo de orientación para las relaciones sociales. La función de la pena, para este autor es preventiva, se trata de proteger las condiciones para que puedan realizarse estas relaciones y en consecuencia la pena va dirigida a todos, no sólo a los delincuentes potenciales y tiene por fin la “prevención general positiva”¹⁵⁶.

En lo que se refiere al concepto de bien jurídico, como necesaria consecuencia del utilitarismo funcionalista concretado en la consecución de los fines políticos

¹⁵⁰ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, traducido por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 16; HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, *op. cit.*, p. 97

¹⁵¹ LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, traducido por Ignacio de Otto Pardo, Ed. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1983, p. 45

¹⁵² JAKOBS, Günther, *Derecho Penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de la 2ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 8 y ss.; JAKOBS, Günther, *Sociedad*, p. 15

¹⁵³ JAKOBS, Günther, *Sociedad*, p. 18; JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, p. 44 y ss.

¹⁵⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, p. 45; JAKOBS, Günther, *Sociedad*, p. 25 y ss.

¹⁵⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, p. 14

¹⁵⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, p. 9 y ss, 45 y ss.

criminales del Estado y en la pena y su función preventivo integradora, es dejado de lado y puesta en duda su capacidad para realizar aportes significativos al desarrollo del Derecho Penal. El catedrático emérito de la Universidad de Bonn se atiene a una conclusión pragmática: ni el bien jurídico posee suficiente potencial crítico como para limitar eventuales excesos del legislador, ni tampoco la pena ha logrado recomponer nunca un bien jurídico lesionado¹⁵⁷.

En cambio, dice JAKOBS, las normas son la estructura de la sociedad. Para que esta última exista realmente, y no sólo de modo imaginario, sus normas han de tener vigencia¹⁵⁸. Por lo que la tarea del Derecho Penal es contribuir al mantenimiento de la estructura social, garantizando la vigencia de la norma, y por ende, que no se vean defraudadas las expectativas normativas. En suma: tomando al hecho punible en su significado, considerándolo como aporte comunicativo, como una expresión de sentido, JAKOBS apunta que este significa la defraudación de una expectativa normativa, de una expectativa social. Así, arriba a la convicción de que el bien jurídico penal consiste, lisa y llanamente, en la vigencia de la norma¹⁵⁹.

En la doctrina española, se reproduce a grandes rasgos la misma evolución hacia un concepto sociológico del bien jurídico, tal como termina de describirse. El profesor MIR PUIG puntualiza que el bien jurídico, conforme a una comprensión funcional, expresa una relación dialéctica entre realidad y valor, la cual interesa por su dimensión social al Derecho¹⁶⁰. Éste tutela aquellas necesidades sociales que condicionan las posibilidades de participación del individuo en los sistemas sociales, buscando el correcto funcionamiento de los sistemas sociales. MIR PUIG para evitar una concepción poco respetuosa del individuo, reclama que esas condiciones se

¹⁵⁷ JAKOBS, Günther, Derecho Penal, p. 58

¹⁵⁸ JAKOBS, Günther, Sociedad, pp. 27 y 28

¹⁵⁹ JAKOBS, Günther, Derecho Penal, p. 45

¹⁶⁰ MIR PUIG, Santiago, op. cit., pp. 136 y 137

traduzcan en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social¹⁶¹.

MUÑOZ CONDE ha criticado enérgicamente las teorías del funcionalismo sistémico y comienza sosteniendo que el bien jurídico es el valor al cual la norma penal pretende proteger, pues ese valor consiste en una cualidad positiva, que el legislador atribuye a determinados intereses¹⁶².

El bien jurídico, vendría a proteger la convivencia y consiste en aquellos presupuestos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social, siguiendo la tesis de MARX, pero matizando con el objeto de precisar un concepto material, que la consideración de intereses de grupo o de una clase dominante constituyen una perversión del concepto de bien jurídico y advirtiendo en contra de la instrumentalización en beneficio de los intereses de clases del Derecho Penal bajo el amparo de una ideología encubridora como los derechos naturales¹⁶³. En suma, este autor señala que la autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan bienes jurídicos y reciben protección penal: se trata justamente de aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social¹⁶⁴.

A partir de los años sesenta en Alemania, la idea de bien jurídico ha estado presente en todas las teorías de la doctrina penal, en relación con los fines y funciones del Derecho Penal, especialmente de la finalidad limitadora del bien jurídico, como también respecto de la intervención penal del Estado. Y ya desde los comienzos de los años setenta, la discusión en torno al concepto de bien jurídico ha entrado a una nueva etapa, en la que por una parte, este renovado interés tiene relación con la reforma

¹⁶¹ MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 137

¹⁶² MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARAN, Mercedes, op. cit., p. 65

¹⁶³ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARAN, Mercedes, op. cit., pp. 63 y ss.

¹⁶⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARAN, Mercedes, op. cit., p. 65; FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., pp. 69 y ss. ; HORMAZABAL MALARÉE, Hernan op. cit., pp. 131 y ss.

penal que se lleva a cabo en Alemania, dentro de la cual la determinación del contenido de bien jurídico ha debido pasar a ser el hilo conductor de la reforma a la Parte Especial y consecuentemente el interés en torno al concepto de bien jurídico como instrumento de trabajo propiamente jurídico-penal se trasladó también al plano político-criminal, es decir, a la correcta selección y determinación de los bienes individuales y colectivos que merecen la protección con los medios del Derecho Penal¹⁶⁵.

Las investigaciones llevadas por diversos autores (RUDOLPHI, OTTO, MARX, AMELUNG, HASSEMER y LAMPE), aparecidas después de 1970, permiten reconocer con toda claridad esta evolución en la concepción del bien jurídico, de un concepto inmanente al sistema, al de criterio sistemático crítico para la correcta demarcación de lo punible, por lo que la discusión ya no gira en torno a la función del concepto de bien jurídico en la aplicación e interpretación de las normas penales, sino que se orienta mucho más marcadamente hacia la fundamental cuestión de cómo un valor relevante para el individuo o la colectividad llega a transformarse en un bien jurídico penalmente protegido y, asimismo, a la determinación de los criterios que han de guiar un proceso semejante¹⁶⁶.

2) Características del bien jurídico:

Dentro de las características de los bienes jurídicos, una que jamás puede pasar inadvertida es que sólo puede regir como tal, un interés reconocido por la totalidad o, al menos, por una relevante mayoría del conglomerado social. Por ello, el reconocimiento y el rango de los bienes no sólo dependen de la estructura social, sino también de las cambiantes corrientes de cada época. La pérdida de valor de un bien hasta entonces considerado como digno de protección constituye la principal razón para la derogación de normas jurídico-penales por el Derecho consuetudinario contrario a ellas. La cualidad de bien jurídico de un interés determinado rige en forma

¹⁶⁵ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, op. cit., p. 334

¹⁶⁶ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, op. cit., p.335

más genérica, cuando mayor sea su cercanía a los derechos Naturales del individuo y de la comunidad¹⁶⁷.

También hay que entender que este descansa en una realidad, que puede ser material (ej. Vida) o inmaterial (ej. Honor) pero no se identifica conceptualmente con este, sino que el bien jurídico se forma a partir de la realidad con la que se le identifica y el valor que se le ha incorporado¹⁶⁸. Existe discusión respecto a la relación existente entre el bien jurídico y el sustrato empírico. La posición dominante (que comienza con VON LISZT), concibe el bien jurídico como interés o como valor distinto de la concreta realidad en que descansa. Otra posición, sostenida por BINDING y que es seguida por autores como MAYER y WELZEL, contempla el bien jurídico desde el prisma del sustrato empírico (tanto material como inmaterial) que le sirve de base. La primera posición es criticada porque el concepto de bien jurídico se “evapora”, al privarle de la referencia a los concretos objetos existenciales que el Derecho Penal desea proteger, se termina confundiendo el bien jurídico, que pierde su contenido real para confundirse con la abstracta finalidad de la ley. En todo caso, no se debe confundir el bien jurídico con su sustrato empírico, puesto que se identifica con este, en su valor funcional. El Derecho Penal protector de bienes jurídicos no tutela valores en sí mismos, sino realidades concretas, por ejemplo la protección jurídico penal del “valor vida”, no se configura sobre la base abstracta, sino que la vida de un ciudadano¹⁶⁹.

3) Clasificación del bien jurídico:

La primera distinción que se debe hacer en el marco del bien jurídico, es si efectivamente el bien jurídico es penalmente protegido o no, ya que si lo es, es un bien jurídico protegido penalmente, y que reúne características propias, tal como enseña el profesor Max Ernst MAYER: 1) ser merecedor de protección jurídica penal:

¹⁶⁷ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, op. cit., p.336

¹⁶⁸ JESCHECK piensa que los bienes jurídicos no han de entenderse como objetos asequibles a la percepción sensorial, sino que son valores ideales del orden social. En cambio, el objeto real sobre el que recae la acción típica se denomina objeto de la acción, en JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 234; en el mismo sentido ROXIN, Claus, op. cit., p. 62

¹⁶⁹ MIR PUIG, Santiago, op. cit., pp. 135 y ss.

fundamental para la convivencia social, debe ser de extrema importancia, 2) necesitado: no haya sido protegido efectiva y suficientemente por otras ramas del derecho y 3) capacidad: debe ser susceptible de una protección real y eficaz¹⁷⁰. En la misma línea, MIR PUIG señala que el Derecho Penal sólo deba proteger bienes jurídicos no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente titulados deba determinar la intervención del Derecho Penal. Puesto que ambas se opondrían respectivamente a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del mismo. El concepto de bien jurídico es más amplio que el de bien jurídico penal¹⁷¹. Por otro lado, la profesora María José SEGURA GARCÍA, ha señalado que dicha distinción no significa que existan dos bienes jurídicos, cualitativamente diferentes, sino que, declarado el carácter de “merecedor” de protección penal del bien jurídico, característica que deducimos de su relevancia constitucional, este ha de estar siempre “necesitado” de protección penal, lo cual significa que es preciso que no sea suficiente su tutela por otros medios menos lesivos. Esta autora cita al profesor GARCÍA RIVAS, quien expresa que la admisión de un bien jurídico en el ámbito penal no se debe efectuar siguiendo únicamente el criterio de importancia del bien, sino teniendo en cuenta al mismo tiempo la gravedad de los ataques que se pretenden prevenir¹⁷².

La segunda distinción que se debe realizar en los bienes jurídicos, es en función de su carácter individual o colectivo, que tras años de ardua discusión, en la que BINDING defendió que la titularidad correspondía a la colectividad, hoy en día la doctrina dominante distingue bienes del individuo (bienes jurídicos individuales) y bienes de la comunidad (bienes jurídicos universales). Conforme al profesor MAURACH, son bienes jurídicos de los individuos la vida, la vida en gestación, la integridad corporal, la libertad personal, la autodeterminación sexual, el honor, la esfera

¹⁷⁰ BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, tomo I, op. cit., pp. 27 y ss.

¹⁷¹ MIR PUIG, Santiago, op. cit., pp. 91 y ss.

¹⁷² SEGURA GARCÍA, María José, El consentimiento del sujeto pasivo en los delitos contra bienes jurídicos individuales, en LÓPEZ BARJA de QUIROGA, Jacobo, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, coordinadores, Dogmática y ley penal, libro homenaje al profesor Enrique Bacigalupo, tomo I, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2004, p. 860

de la privacidad, el derecho sobre la morada propia, así como el patrimonio en sus diversas manifestaciones.

Bienes jurídicos de la colectividad son, en primer término, los valores comunitarios supraestatales, como la paz interna y externa, el sentimiento de piedad, la humanidad, la obligación de ayuda al prójimo, la seguridad del tráfico jurídico, el aseguramiento ante peligros comunes; por otra parte, también los valores que concreta el Estado, tales como la subsistencia del Estado en cuanto tal, el poder estatal en sus distintas formas de manifestación, la administración de justicia y la pureza de la actividad funcionaria¹⁷³.

Sin embargo, el debate sigue siendo confuso, como pone de manifiesto una terminología jurídica que alude indistintamente a bienes supraindividuales, universales, colectivos, institucionales, macrosociales, de interés plural, generales, difusos, sociales, multipersonales, estatales, plurisubjetivos, etc. Denominaciones que en todo caso presentan el rasgo común de hacer referencia a intereses que no pueden referirse con exclusividad a un sujeto individual con facultad de disposición sobre ellos, pero que no aluden, o al menos no deberían hacerlo, a algo superior al individuo o por encima de él, como así ha sucedido históricamente en regímenes de carácter totalitario. Al contrario, estos bienes de carácter supraindividual se vinculan a un nuevo Estado social, de carácter expansivo, que ha de atender las necesidades de todos y cada uno de los miembros de la sociedad¹⁷⁴.

La forma de distinguir ambos tipos de bienes jurídicos es por medio de los criterios de no exclusión en el uso, y no rivalidad en el consumo (por ejemplo, la seguridad colectiva de un Estado, se trata de un bien jurídico universal, porque puede ser usada por todos los individuos y por que el goce de un individuo A, no impide el mismo a un individuo B). Además para delimitar ambos bienes jurídicos, se utiliza el concepto de no distributividad. Puede decirse que un bien jurídico es colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividir en partes y asignarlo a un individuo. Todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser disfrutado por cada

¹⁷³ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, op. cit., p.337

¹⁷⁴ DE LA MATA BARRANCO, Norberto, DE LA MATA BARRANCO, Ignacio, op. cit. pp. 485 y 486

uno de los miembros de la sociedad, por ello no es posible relacionarlo en todo o en parte a un único sector de la misma¹⁷⁵.

Esta clasificación cobra importancia respecto de los efectos de disposición de los bienes jurídicos y del consentimiento en la agresión, ya que respecto de los bienes jurídicos supraindividuales o universales, se afirma por la generalidad de la doctrina que el consentimiento carece de cualquier tipo de eficacia. Sin embargo, sí debe plantearse respecto de este tipo de bienes, en cambio, el problema de la relevancia penal de determinadas autorizaciones administrativas, cuyo significado jurídico es distinto que el del consentimiento del titular del bien jurídico¹⁷⁶. En cambio, el consentimiento del sujeto pasivo en los delitos que atentan contra bienes jurídicos individuales, se establece que en primer lugar estos bienes jurídicos deben ser de carácter disponible por parte del titular, consiguiendo de esta forma, una causal de atipicidad de la conducta¹⁷⁷, aunque esta posición no es pacífica en la doctrina y en consecuencia han surgido otras teorías para explicar el alcance y efecto que tiene el consentimiento en la lesión o puesta en peligro de bienes

Además esta distinción tiene una relación íntima con la política criminal dado que ante el fenómeno de la “expansión del Derecho Penal”¹⁷⁸, el concepto de bien jurídico se ha expandido, dando cada vez más espacio a los bienes jurídicos colectivos o universales, en desmedro del clásico bien jurídico individual, como también se ha observado, la evolución del Derecho Penal ha ampliado el abanico de posibilidades del “*ius puniendi*” del Estado, aumentando los tipos penales, agravando los ya existentes, creando más bienes jurídicos penalmente protegidos, la ampliación de los espacios de riesgos penalmente relevantes (delitos de peligro abstracto), flexibilización de las

¹⁷⁵ HEFENDEHL, Roland, ¿Debe ocuparse el derecho penal de los riesgos futuros?, Revista Derecho Penal y Criminología (Universidad Externado de Colombia), vol. XXV, n° 76, julio/diciembre, 2004, pp. 69 y 70

¹⁷⁶ DE LA MATA BARRANCO, Norberto, DE LA MATA BARRANCO, Ignacio, op. cit., p. 487

¹⁷⁷ SEGURA GARCÍA, María José, op. cit., p. 827

¹⁷⁸ Ver *infra*. Expansión del Derecho Penal y Derecho Penal del enemigo, pp. 141

reglas de imputación, la responsabilidad de las personas colectivas y la relativización de los principios político-criminales de garantía¹⁷⁹.

En consecuencia, se ha ido potenciando una relativización del principio de intervención mínima del Derecho Penal, cuestionando en cierta medida su pretendido carácter fragmentario y secundario y por lo mismo, con el fin de no renunciar al contenido garantista del bien jurídico, es que se ha pretendido prescindir de definiciones generales sobre el significado de este concepto y proponer criterios directivos que permitan concretar los intereses tutelables. Es bajo esta idea que ha interesado destacar entre estos criterios el del carácter personalista de tales intereses, exigencia que surge como corolario de la naturaleza de la sanción criminal y que obliga a encontrar una necesidad individual, mediata o inmediata, en el origen de todo bien penalmente tutelable; necesidad, cuya insatisfacción pueda producir efectos negativos en la persona, condicionando su desarrollo¹⁸⁰.

Esta tendencia del Derecho Penal moderno, ha sido criticada por diversos autores, como el profesor Rubén Martín OLIVERA Y AGUILAR, quien señala que esta expansión se debe a una política demagógica asociado a los discursos de emergencia, y que buscan producir una falsa sensación de seguridad y un efecto placebo sobre la población, logrando en consecuencia un reforzamiento de la función simbólica que de facto tiene el Derecho Penal en nuestro tiempo¹⁸¹. Bajo esas premisas, debería considerarse en mayor medida que un bien jurídico que sea apreciado como digno de protección penal, bien puede no necesitar una defensa extensiva sino una protección escalonada, conforme al grado de intensidad y la forma que adopte la agresión¹⁸².

¹⁷⁹ OLIVERA Y AGUILAR, Rubén Martín, op. cit. p.654

¹⁸⁰ DE LA MATA BARRANCO, Norberto, DE LA MATA BARRANCO, Ignacio, op. cit., p.485

¹⁸¹ OLIVERA Y AGUILAR, Rubén Martín, op. cit. P.650

¹⁸² MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, op. cit., p.335

4) Funciones del bien jurídico:

Se han asignado al bien jurídico una multitud de funciones, de las cuales según el profesor COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, hay que destacar tres: una función exegética, una función sistemática y una de garantía¹⁸³.

En cuanto a la función exegética o dogmática, existe un enlace entre el bien jurídico y la teoría de la interpretación; la conexión interna e inescindible entre teoría del delito y política criminal. Dicha función implica valorar la ofensividad al bien jurídico desde los estratos analíticos de la teoría del ilícito penal, a saber, desde el tipo, el injusto y la culpabilidad.

Pero se ha destacado la insuficiencia del bien jurídico como criterio rector de la interpretación, ya que se señala que en la actualidad, el bien jurídico es el objeto formal, inmediatamente protegido por la norma concreta, y este hecho de afirmar que el bien jurídico ha de ser el criterio determinante de la interpretación conduce a una suerte de circularidad en el proceso interpretativo: hay que analizar la norma concreta para determinar cuál sea el bien jurídico, y una vez determinado éste, iniciar el proceso exegético. Sin embargo, hay otros autores, quienes afirman que la interpretación ha de realizarse atendiendo también otros criterios, sobre todo el de *ratio legis*, esto es, la finalidad objetiva de la norma. *Ratio legis* y bien jurídico no son, pese a lo que a veces se afirma, criterios idénticos ni absolutamente coincidentes, pues no siempre la protección penal otorgada a un determinado bien jurídico constituye la finalidad última perseguida por el ordenamiento al otorgarla.

En este sentido, las razones motivadoras de la incriminación de una conducta como delito no son, necesariamente, coincidentes con el bien jurídico, ni tampoco lo son las variadas causas político-criminales tenidas en cuenta por el legislador. La *ratio legis* puede verse o no complementada o satisfecha desde la previsión legislativa, en tanto que el bien jurídico siempre ha de resultar lesionado, o en su caso, puesto en peligro, por la realización del delito, y esta exigencia, por su rigor lógico, aleja toda posibilidad de disminuir la importancia de su función interpretativa en favor de la *ratio*

¹⁸³ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, op. cit., pp. 294 y ss.

legis. El punto de partida de la estructura del delito es el tipo del injusto. Y el tipo de injusto, representa la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Es por lo mismo, que hay que atender a si el comportamiento ha lesionado un valor social iushumanista, consagrado como bien jurídico por el ordenamiento positivo y sometido a la protección de la ley penal.

Sistemáticamente el bien jurídico cumple una doble función: por un lado constituye el fundamento de la infracción, y por otra, es un criterio adecuado para clasificar las diferentes especies de infracciones, cuyas semejanzas y diferencias se concretan, en primer término en el objeto de protección. Así pues, respecto de la primera función sistemática otorgada al bien jurídico, puede decirse que la esencia del delito consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, también desde el punto de vista de la legislación positiva. Desde este punto de partida, afirmar que el bien jurídico constituye el fundamento de la infracción no es sino reconocer el inevitable primado de la antijuridicidad.

El segundo papel sistemático otorgado al bien jurídico, el de servir como criterio básico de ordenación de la Parte Especial, no es sino consecuencia del primero: una ordenación de las diferentes especies de delito ha de atenerse, en primer lugar, a su naturaleza. La función sistemática o clasificadora del bien jurídico es unánimemente aceptada por la doctrina y naturalmente, se apoya en el supuesto de que el tipo penal describe la lesión evitable de un bien jurídico, realizada a través de un comportamiento humano.

La función de garantía, del bien jurídico cobra sentido solamente si se afirma que, consistiendo el delito esencialmente en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, el poder punitivo del Estado queda sometido a determinados límites: el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquellas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. Fundamentado en el carácter fragmentario del Derecho Penal, que deja franjas sin protección, las cuales constituyen zonas de libertad carentes de regulación jurídico-penal, el bien jurídico se constituye entonces como aquel núcleo de cualidades esenciales de la personas, las cosas o las instituciones, que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado Constitucional,

Social y Democrático de Derecho y, justamente, de resultas de ese valor social especial que revisten, devienen objetos de tutela penal. Aun cuando, originalmente, no se atribuyese al bien jurídico un papel de límite frente al legislador, con posterioridad, sobre todo a partir de la última posguerra mundial, las afirmaciones en tal sentido cobran un énfasis inusitado.

5) Bien jurídico y norma penal:

El bien jurídico es el núcleo material de toda norma de conducta y de todo tipo construido sobre ella ¹⁸⁴. MAURACH señala que a partir de este punto, el reconocimiento de un interés como valor social (bien jurídico) y la creación de una combinación penal que sirva a su protección, se ubica un acontecimiento jurídico cuya existencia y justificación representan algunas de las cuestiones más debatidas dentro del Derecho Penal: la constitución de la norma y su inserción entre el reconocimiento del bien y la consecuencia penal. La convicción cultural de las capas dominantes eleva un interés a la categoría de bien jurídico. La convicción jurídica lleva a crear un sistema de mandatos dirigidos a la colectividad y cuyo objetivo es la conservación de este bien, sea que se prohíba su lesión o puesta en peligro o la realización de acciones tendientes a ello, sea que se reclame de los súbditos del Derecho a la ejecución de acciones positivas que tiendan evitar peligros para este bien considerado digno de protección ¹⁸⁵. La función de la norma penal, como la de cualquier institución, sólo puede comprenderse, pues, en referencia a un sistema social de convivencia, entendiendo este último no como un sistema enfocado en lo ideológico, sino que respecto a un sistema enfocado en la convivencia humana que es el fin y al mismo tiempo base de todo sistema social. Por esto, BUSTOS explica que el tipo penal constituye una selección valorativa abstracta definida por el legislador. Es el continente de un ámbito situacional abstracto y genérico determinado de vinculación social, esto es, de comunicación entre personas. Los sujetos se vinculan o comunican dentro de este ámbito situacional mediante la conducta (acción u omisión) ¹⁸⁶.

¹⁸⁴ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, op. cit., p.339; JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 231

¹⁸⁵ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, op. cit., pp. 341 y 342

¹⁸⁶ BUSTOS, Juan, Lecciones de Derecho Penal, vol. II, op. cit., p. 29

Desde esta perspectiva, MUÑOZ CONDE señala que la norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas y motivando al mismo tiempo a los individuos para que se abstengan de dañar esas condiciones elementales, por lo que se distingue claramente dos funciones: una de protección, que está vinculada directamente con el concepto de bien jurídico y la otra de motivación que es tan importante como la primera puesto que ambas están interrelacionadas, ya que solo se puede alcanzar la protección por medio de la motivación¹⁸⁷.

En este sentido, si bien la norma penal tiene una eminente función protectora como las demás normas jurídicas, la diferencia la marca el carácter fragmentario del Derecho Penal, puesto que este sólo actúa o reacciona ante los ataques más graves a la convivencia pacífica en la comunidad, que se ven reflejados en los ataques a los bienes jurídicos, y por eso se dice que la norma penal protege bienes jurídicos. La determinación de los bienes jurídicos a proteger supone una valoración que, como tal, está condicionada históricamente. Los valores que en cada época determinada el legislador somete a tutela penal dependen no solamente las necesidades sociales concretas, sino también, y quizás en primera línea, de las concepciones morales dominantes en la sociedad¹⁸⁸. Aunque nunca debe descuidarse que el concepto de bien jurídico, en cualquier época o contexto puede servir a los intereses de un grupo o clase dominante al considerarlos tales intereses como fundamentales, siendo que no son de tal entidad para los restantes miembros de la comunidad. Se trata aquí de una perversión del bien jurídico¹⁸⁹.

Sin embargo, la conminación penal directamente construida sobre la base del mero reconocimiento valorativo de un bien jurídico omite la consideración de un componente esencial de la protección de bienes jurídicos. Sólo es posible castigar una acción prohibida, no así la lesión a un bien en cuanto tal. Si se pretendiera construir la

¹⁸⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., pp. 63 y ss.

¹⁸⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARAN, Mercedes, op. cit., p. 66

¹⁸⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., p.66

amenaza penal directamente sobre la intangibilidad del bien jurídico, ella debería agotarse consecuentemente en la penalización absoluta de toda forma de conducta causante de la lesión o puesta en peligro de dicho bien. Sin embargo, tal como lo demuestra el ramificado sistema de los tipos, el Derecho Penal no opera de este modo, y si bien se refieren a un bien jurídico, lo preponderante es la forma de comisión, por ejemplo, no hay tipo penal alguno que amenace genéricamente con pena toda afectación de la propiedad ajena, por el contrario, sólo existen tipos particulares que someten a pena el hurto, la apropiación indebida, el robo, etc.¹⁹⁰, que sólo son formas particulares de lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

Entonces, ¿qué es lo realmente dañado o puesto en peligro?, es necesario tener claro que el bien jurídico no equivale al concreto objeto corporal del ataque o la acción, sino que constituye un concepto general de referencia, cual es el interés jurídico reconocido en un bien determinado en cuanto tal, en su forma de expresión general. Por otro lado, el concepto de bien jurídico no puede transformarse en una abstracción; en especial no puede concebirse prescindiendo de la consideración de su titular, puesto que una generalización semejante equivaldría a un completo vaciamiento del concepto de bien jurídico¹⁹¹.

Algunas corrientes doctrinales han intentado bajarle la importancia del bien jurídico en la dogmática penal y desde esa posición se ha ido afirmado la denominada “crisis de la dogmática del bien jurídico”, “crisis del contenido sustancial del delito”, etc. Quienes sustentan tales ideas proponen una nueva concepción del delito, basada en la infracción de deberes, en la desobediencia e incluso, en la rebeldía de la voluntad individual contra la colectiva incorporada a la norma penal. Por medio del Estado social se ha pretendido relegar en un segundo plano la idea de bien jurídico, fundamentando la punibilidad en la lesividad social del comportamiento y no, en la contradicción del valor (bien jurídico).

El profesor COBO DEL ROSAL, sin embargo, explica que la sustitución del bien jurídico, en su relevancia y fundamental función, no ha sido posible, tampoco

¹⁹⁰ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, op. cit., p. 343

¹⁹¹ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, op. cit., p.337

satisfactoria y menos ha podido llenar el vacío que sin duda, se producía al prescindir de él. La determinación del bien jurídico es absolutamente necesaria, como la asignación de funciones. Cuestión distinta es que el bien jurídico sea el único criterio interpretativo y que todo el delito no sea más que su negación, cosa que el autor citado niega. Es más, un sistema penal anclado al principio de legalidad no tiene como único y exclusivo criterio el bien jurídico, pero éste es indispensable a la noción del delito porque sin lesión de un bien de la vida social el juicio de antijuridicidad es imposible¹⁹².

6) Bien jurídico y el tipo penal:

El tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos formas de conducta humana¹⁹³. El tipo penal, deducible de las distintas figuras delictivas contenidas en un Código, delimita el ámbito del injusto penalmente relevante. Como se sabe, no todos los hechos que el ordenamiento jurídico considera injustos interesan al Derecho Penal, sino solamente aquellos que se hallan explícitamente tipificados. Los tipos penales expresan pues la desvalorización objetiva que el ordenamiento jurídico penal atribuye a ciertas clases de hechos. Que una conducta verifique un tipo penal significa que realiza la clase de desvalor que la ley penal asigna al tipo correspondiente, es decir, que lesiona o pone en peligro del bien jurídico protegido por la norma de que se trate, pero esta lesión no implica, como se verá más adelante, que la conducta sea considerada definitivamente como antijurídica. Si se dan ciertos presupuestos, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico deja, en tales casos, de ser contraria a Derecho. Por lo que el “tipo”, se va a entender como el conjunto de presupuestos a los que aparece ligada una consecuencia jurídica¹⁹⁴.

El concepto de tipo aparece primitivamente confundido con la idea de *corpus delicti*, en autores como CARPZOVIO, BOHMER, LEYSER o STUBEL y así llega hasta FEUERBACH. No obstante el fundador de la teoría del tipo en la dogmática moderna es BELING, quien lo concibe inicialmente, como la descripción objetiva y abstracta de

¹⁹² COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, op. cit., pp. 291 y ss.

¹⁹³ WELZEL, Hans, op. cit., p. 59

¹⁹⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, op. cit., p.277

una conducta humana, suministrando un concepto de tipo penal de carácter puramente objetivo-descriptivo¹⁹⁵.

Con posterioridad MAYER introduce los elementos normativos del tipo (ejemplo: la ajenidad de la cosa en el tipo de hurto), que echan por tierra la pretendida neutralidad al valor que había defendido BELING. De hecho, para la comprobación de los elementos normativos del tipo no bastan el simple juicio cognitivo, sino que se requiere un análisis valorativo, la atribución de un contenido de valor porque apuntan a hechos que sólo pueden ser pensados e imaginados bajo presupuestos lógicos de una norma. MAYER los llamo “cuerpos extraños” dentro del tipo valorativamente neutro; esto es, “elementos impropios del tipo penal”, que son en realidad, auténticos elementos de la antijuridicidad. Ello le permite sustentar la teoría de la tipicidad indiciaria: el tipo es la *ratio cognoscendi* del injusto, es un indicio de la antijuridicidad. Al final, el surgimiento del finalismo que junto a la traslación del dolo eventual (avalorado) al tipo, culmina el proceso de evolución emprendido hacia una teoría del tipo complejo (con elementos descriptivo-objetivos, pero también subjetivos y valorativos)¹⁹⁶.

La tipicidad exige un juicio de adecuación o subsunción de la conducta al tipo delictivo. En primer lugar se debe verificar la exacta correspondencia entre el comportamiento del sujeto y aquella descripción abstracta de conducta, establecida en el tipo legal, lo que se denomina juicio de imputación, en la que se debe someter la conducta al primer predicado de valor de la definición sintética del delito, examinando si se trata o no de una conducta típica, susceptible de ser subsumida bajo la descripción literal del tipo. Normalmente, casi toda la doctrina afirma que aquí se agota el juicio de tipicidad y que, luego de constatado el comportamiento, es típico y procede avanzar directamente hacia el segundo nivel de análisis valorativo en la estructura categorial del delito, corroborando si dicha conducta típica resulta, además, antijurídica.

El profesor Gonzalo FERNANDEZ, está en desacuerdo con lo anterior, señalando que en primer lugar, hay que verificar si existe la posible subsunción típica

¹⁹⁵ ROXIN, Claus, op. cit., p 279

¹⁹⁶ Ver en WELZEL, Hans, op. cit., pp. 75 y ss.; ROXIN, Claus, op. cit., pp. 280 y ss.; FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., pp 153 y ss.

de la conducta al modelo descriptivo de la figura legal y, en segundo lugar, exige comprobar si ese comportamiento adecuado al tipo afecta también o no, un bien jurídico. Por lo tanto, de acuerdo a este autor, el juicio de tipicidad reclama, entonces, una doble valoración: el juicio de correspondencia comparativa (homogeneidad) entre la conducta y el tipo, más el juicio adicional de verificación sobre la idoneidad de esa conducta típica, para afectar el bien jurídico tutelado por la norma. Siguiendo la misma línea, el profesor Hernán HORMAZABAL señala que serán típicas sólo aquellas situaciones concretas que tengan significación para el bien jurídico protegido. Este autor enseña que en el tipo se contiene una situación social, y por ende, al ser el bien jurídico lo que otorga contenido material a la tipicidad, en los casos de delitos imposibles por inidoneidad absoluta en los medios o en el objeto, no son más que delitos formales ya que carecen de significación social material que les da el bien jurídico puesto que estos no son afectados¹⁹⁷.

En el mismo sentido, el bien jurídico cumple ese rol y se involucra en iguales términos. En el estadio de tipicidad, procura constatar por el intérprete si el comportamiento tiene entidad bastante para afectar potencialmente el bien jurídico. Para concluir que no media sólo una eventual afectación de él, sino lisa y llanamente una lesión (ofensa efectivamente), es menester despejar, en el ámbito de la antijuridicidad, si no incide excepcionalmente un tipo permisivo. El tipo permisivo justifica la conducta y, aun cuando deja subsistente la tipicidad de ésta, elimina su contrariedad a Derecho e impide que la afectación *prima facie* el bien jurídico se transforme o quede reconvertida en una lesión real de éste, ya fuere por daño real, o por una mera puesta en peligro. Como se puede apreciar, tanto la tipicidad cuanto la afectación del bien jurídico constituyen ambas meros indicios, necesitados de confirmación posterior¹⁹⁸.

El tipo penal se determina por medio del bien jurídico, puesto que este siempre presupone una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, principio que la doctrina denomina de ofensividad, basado en el dogma *nullum crimen sine injuria*, esto es, todo

¹⁹⁷ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., pp. 158 y ss. ; HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., pp. 171 y ss.

¹⁹⁸ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., pp. 158 y ss.

delito comporta, necesariamente, un daño u ofensa a un bien jurídico determinado y no es imaginable un delito que no la realice. El delito, pues, conlleva la exteriorización y materialidad de un hecho y, al mismo tiempo, que con tal hecho se dañe un bien jurídico protegido. Se va a diferenciar así el delito de las simples actitudes interiores, de un lado y, de otro, de los hechos materiales no lesivos de bien alguno.

El principio de ofensión o “lesividad” se encuentra condicionado y limitado por el principio de legalidad, de suerte que tiene que ser reconducido a este de forma inexorable. A través de la afirmación del principio de legalidad debe concretarse y requerirse la lesión del bien jurídico, unificándose la contradicción con el precepto penal positivo y la ofensa a aquél. Más todavía: toda contradicción de un hecho con la norma penal constituye, al mismo tiempo, la verificación de un menoscabo para un bien jurídico¹⁹⁹.

Sin embargo, por muy tajante que suene la posición descrita en el párrafo anterior, es menester aclarar en que existen casos en que si bien estamos frente a una tipicidad formal, no habría una afectación del bien jurídico. Estos son los casos basados en el principio de insignificancia y de adecuación social de la conducta.

El principio de insignificancia, planteado por ROXIN, constituye un criterio de atribución al tipo, que dice relación, no con la adecuabilidad de la conducta a la descripción abstracta de la ley, sino que con el ataque al bien jurídico. Vale decir, se trata de un acto formalmente subsumible a la descripción legal, pero de entidad objetiva insignificante, sin idoneidad o potencialidad suficiente para afectar el bien jurídico, a pesar de aquella correspondencia con el modelo abstracto de conducta punible²⁰⁰.

En efecto, muchos autores renuncian a la punibilidad del hecho insignificante por razones político-criminales de merecimiento de pena, dado que, en tales casos, la sanción penal violentaría la proporcionalidad ante una afectación ínfima del bien jurídico. En consecuencia, surge el término “delito bagatelario”, derivado de los

¹⁹⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, op. cit., pp.289 y ss.

²⁰⁰ ROXIN, Claus, op. cit., p. 296

planteamientos de la criminología a propósito de la denominada “criminalidad de bagatela” y que confirma que la conducta bagatelario sería formal y materialmente subsumible bajo la descripción del tipo legal, sin obstáculo alguno.

La exención de responsabilidad se fundamenta, no en razones de atipicidad penal, sino que exclusivamente por la insignificancia del hecho y la subsecuente inocuidad de la conducta para lesionar el bien jurídico protegido, el cual permanece indemne²⁰¹. Esta postura se refleja en nuestro ordenamiento jurídico, en el denominado principio de oportunidad que se encuentra consagrado en nuestro Código Procesal Penal en su artículo 170.

En todo caso, el profesor Gonzalo FERNANDEZ discrepa de esta postura, ya que no está de acuerdo con que la insignificancia guarde relación con meras razones procesales de oportunidad, mérito o conveniencia, sino que tiene que ver directamente con la tipicidad. Explica este autor, que la tipicidad de una conducta, supone la subsunción a la descripción de la figura legal, más la afectación del bien jurídico protegido. Entonces, cuando el hecho aparece formalmente subsumible al tipo, pero a causa de su insignificancia ni siquiera llega a afectar el bien jurídico, dogmáticamente el caso debe resolverse en el ámbito de la atipicidad penal, en el plano de la exclusión del tipo objetivo, vale decir, la insignificancia opera como causa de exclusión del tipo²⁰².

En la teoría de la adecuación social de la conducta, desarrollada por WELZEL²⁰³, quedan fuera del concepto de injusto todas aquellas acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido, a las cuales se les llama acciones “socialmente adecuadas”.

Una acción socialmente adecuada es aquella que se mueve por completo en el marco del orden ético-social normal, en el marco históricamente generado de la vida comunitaria, y que está vinculada de tal modo con nuestra vida social, que debe ser

²⁰¹ ROXIN, Claus, op. cit., p. 297

²⁰² FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., p. 164

²⁰³ WELZEL, Hans, op. cit., p. 66

considerada como completamente normal²⁰⁴. Así, WELZEL sostiene que las conductas socialmente adecuadas, que se mantienen dentro de los márgenes de la libertad de acción social, quedan excluidas de la tipicidad, distinguiéndolas de las causas de justificación, señalando al respecto que “como ámbito normal de la libertad de acción social, se diferencia la adecuación social de las causas de justificación, porque estas conceden también una libertad de acción, pero de naturaleza especial: se trata de un permiso especial, de una autorización para realizar acciones típicas, es decir, socialmente inadecuadas”²⁰⁵.

Una conducta socialmente adecuada es atípica; una conducta penalmente justificada es socialmente inadecuada y típica, sólo que excepcionalmente permitida por el Derecho. Mientras que en la adecuación social no media afectación del bien jurídico, en las causales de justificación no media lesión de aquel, o mejor un, se trata de una lesión del bien jurídico excepcionalmente autorizada por un tipo permisivo, que consecuentemente queda eximida de pena²⁰⁶.

Finalmente, queda por analizar el efecto que tiene sobre la tipicidad el consentimiento en la lesión de un bien jurídico, distinguiendo entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos universales.

²⁰⁴ WELZEL, Hans, op. cit., p. 68; ROXIN hace una distinción respecto de las conductas que se aducen socialmente adecuadas, pero a su juicio no lo serían, de las que existe un primer grupo en que el riesgo es jurídicamente irrelevante o permitido, dando como ejemplos: la intervención en competiciones deportivas, en el tráfico ferroviario, viario o aéreo, el funcionamiento de plantas industriales, etc. Aquí si se observan las reglas correspondientes, se mantienen dentro del riesgo usual en el tráfico y autorizado con carácter general y por ello no realizan un resultado de lesión, aunque se produzca un resultado así. La razón sería que por regla general se presupone que el resultado se presente como la realización de un riesgo creado por el autor y no permitido por regla general. Por tanto, concluye ROXIN, no es preciso acudir a la adecuación social para excluir una tipicidad que no procede ya con los criterios generales. El otro grupo es relativo a las acciones insignificantes y socialmente toleradas de modo general, y tampoco sería susceptibles de considerarse que la exclusión de la tipicidad se debe a la adecuación social de la conducta, sino que corresponde más bien a que no existiría una lesión al bien jurídico protegido y por eso no se considera el hecho como infractor de la prohibición (se trata de casos en que se aplicaría el principio de insignificancia), ver en ROXIN, Claus, op. cit., pp. 298 y ss.

²⁰⁵ WELZEL, Hans, op. cit., pp. 68 y 69

²⁰⁶ FERNANDEZ, Gonzalo, op. cit., pp.162 y ss.

Con relación a los primeros, cabe señalar que el consentimiento se da por medio de autorizaciones administrativas²⁰⁷, puesto que en principio dichos bienes jurídicos no son de carácter disponible, sin embargo al obtener autorización administrativa que libera la prohibición preventiva de una conducta, se está excluyendo la tipicidad de dicha conducta, por lo que no interesaría al Derecho Penal, sin perjuicio de la lesión de otros ordenamientos jurídicos que pueda importar dicha acción²⁰⁸.

Respecto a los segundos, hay que partir de la premisa que los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo, por lo que no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión²⁰⁹.

En el caso del consentimiento de la lesión en los bienes jurídico individuales hay que distinguir entre la teoría diferenciadora y la teoría unificadora del consentimiento del sujeto pasivo en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos individuales²¹⁰.

La teoría diferenciadora, distingue el consentimiento, tanto como supuesto excluyente de la tipicidad como también aquellos correspondientes a las causales de justificación. En este apartado se analizara el primero, y en el siguiente relativo a la antijuridicidad, las causales de justificación.

²⁰⁷ La injerencia del Derecho administrativo en la esfera penal se ha dado principalmente por el fenómeno me de la expansión del Derecho Penal, que ha creado a su vez, bienes jurídicos que en su mayoría son supraindividuales en este contexto, que el Derecho Penal se encuentra con áreas reguladas por el Derecho Administrativo, especialmente con la aparente conversión de nuestra sociedad en una "sociedad de riesgo", por lo que la intervención del legislador público refleja un conflicto entre intereses particulares e intereses sociales y en esa confrontación el Derecho Administrativo desarrolla en gran número de normas y órdenes los límites de lo permitido, o al menos no prohibido, en relación a comportamientos que menoscaban o perjudican el bien de que se trate. Ver en DE LA MATA BARRANCO, Norberto, DE LA MATA BARRANCO, Ignacio, op. cit., pp. 488 yss.

²⁰⁸ DE LA MATA BARRANCO, Norberto, DE LA MATA BARRANCO, Ignacio, op. cit., p. 501

²⁰⁹ ROXIN, Claus, op. cit., p. 517

²¹⁰ SEGURA GARCÍA, María José, op. cit., Pp. 827 y ss.

En primer lugar, al consentimiento como causa de exclusión de tipicidad de la conducta, puede operar, a su vez, como elemento de la estructura del delito en dos niveles diferentes. Por una parte, existen algunos tipos penales en los que el fundamento de la ilicitud del hecho se basa, precisamente, en que él mismo se dirige directamente contra la voluntad del lesionado; en ellos, el consentimiento forma parte de la estructura típica como una característica negativa que, o bien aparece de forma expresa, o bien se deduce tácitamente del tipo. Ejemplo de esta clase de delitos se encuentra aquellos que atentan contra la libre formación de la voluntad. En este caso, cuando existe consentimiento por parte del titular, estamos frente a un acuerdo y la consecuencia de dicho acuerdo es que se excluye la tipicidad de la conducta puesto que, por faltar uno de los elementos del tipo, no habría tipicidad, vale decir sería una conducta atípica.

Existe un segundo grupo constituidos por aquellos casos en que junto a la tutela de un determinado bien jurídico, se protege igualmente la libertad de disposición del mismo. Ejemplos hay muchos, como son los delitos de robo y hurto, el delito de agresión sexual, en el delito de abuso sexual y en el de allanamiento de morada. Las consecuencias del asentimiento del titular en este segundo grupo de casos, caracterizados a primera vista, por la existencia de dos objetos de protección jurídica, son idénticas a la del primer grupo, tal como señalan los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN “enervan o hacen irrelevante la lesión o puesta en peligro del bien jurídico” y esto porque, concurriendo dicha voluntad, el hecho se vuelve en un suceso habitual y aceptado desde el punto de vista de lo social²¹¹.

El problema de la falta de determinación conceptual de las características de este segundo grupo se manifiesta al enumerar los supuestos concretos que deben incluirse en el mismo, enumeración sobre la que existen grandes discrepancias doctrinales. El profesor Romeo CASABONA, por ejemplo, señala que el bien jurídico tutelado en realidad es doble o, más exactamente, tiene una doble vertiente que recae en el bien jurídico en sentido estricto y en la libertad de disposición del mismo por su titular, por lo que según este autor la agresión consiste no solo en la violentación de la

²¹¹ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, op. cit., p. 451

integridad del objeto, sino también en la afectación del dominio autónomo del mismo por el titular.

En contra de lo que opina este autor, María José SEGURA señala que no existe un bien jurídico “distinto” de lo que es la facultad de disponer del titular sobre el sustrato objeto del Derecho, sino que la protección jurídica recae, no directamente sobre la cosa objeto del Derecho, sino sobre las facultades reconocidas al titular del Derecho. Continúa este autor, señalando que el Derecho Civil protege la facultad de disponer del titular mediante compraventa o la donación (lícita), como formas de transmisión del Derecho de propiedad y el Derecho Penal, mediante el delito de hurto, sanciona la conducta del que se apodera de una cosa mueble ajena sin la voluntad del titular, negando el ámbito de facultades de disposición del legítimo propietario.

Entre aquellas conductas y ésta no hay más diferencia que la concurrencia de la voluntad del titular en el primer caso y su ausencia (negación de la facultad) en el segundo. Por esto, en los primeros se transmite efectivamente el Derecho y en el segundo no, sancionando al autor del acto de disposición de la cosa, pero, en ningún caso, se protege directamente por el Derecho el objeto de disposición(la cosa mueble, en este caso).

Ahora bien, la teoría unitaria del consentimiento, se ha venido desarrollando desde comienzos de los años setenta, y considera la totalidad de los supuestos en los que concurre la voluntad del titular del bien jurídico como excluyentes de la propia tipicidad de la conducta. Puesto que, en los casos en que se le atribuye eficacia para eximir de responsabilidad penal, afecta a la valoración del proceso de vinculación típica. La vinculación con el consentimiento deja de tener la significación disvalorativa que necesariamente ha de tener la tipicidad²¹².

Esta conclusión es fruto de una determinada concepción que podemos llamar “liberal” del bien jurídico, que interpreta los bienes jurídicos individuales como ámbitos de autodeterminación referidos a distintos bienes. En consecuencia, concurriendo la

²¹² BUSTOS, Juan, Lecciones de Derecho Penal, vol. II, op. cit., p. 94; GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal: parte general, tomo II, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 93

voluntad del titular se excluye el disvalor del resultado y, con ello, la misma tipicidad de la conducta; dicho en otros términos: el acuerdo provoca que el bien jurídico individual afectado sea extraído del campo de protección de la norma penal mediante el acto de disposición del sujeto legitimado.

ROXIN señala que “donde alguien presta su consentimiento relevante para que en sus bienes jurídicos otro lleve a cabo una lesión, no existe en tal caso agresión alguna al titular del bien jurídico, sino sólo una protección de su libertad de acción constitucionalmente garantizada, que precisamente encuentra su expresión en la libre disposición sobre los bienes jurídicos de que es titular”²¹³. La razón de la ausencia de agresión se encuentra en que no puede haber lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del titular que no perjudica su libre desarrollo, sino que, por el contrario, es su propia expresión.

Según ROXIN, el fundamento legal de la eficacia excluyente de la tipicidad del consentimiento no hay que deducirlo del Derecho consuetudinario ni tampoco de la adecuación social, sino que directamente del artículo 2.1, de la Ley Fundamental de Bonn, que garantiza la libertad de acción (y que podríamos asimilarlo a nuestro artículo 19 N° 7 letra b), bajo una interpretación amplia), cuyo ejercicio, por parte del que consiente, hace imposible la lesión del bien jurídico y, con ello, la tipicidad de la conducta²¹⁴. Este autor, señala que el consentimiento eficaz, suprime el disvalor de resultado y con ello, el disvalor de acción y el tipo de delito²¹⁵; es más, el disvalor de resultado falta incluso en aquellos casos que encontrándose fuera del ámbito de lo usual y a pesar de concurrir el consentimiento del titular, puesto que el perjuicio producido sobre el objeto de la acción no supone una introducción en la esfera jurídica ajena, y el ordenamiento jurídico no puede atribuirse una autoridad que no le corresponde diciendo lo que favorece al ciudadano²¹⁶.

²¹³ ROXIN, Claus, op. cit., p. 517

²¹⁴ ROXIN, Claus, op. cit., pp. 517 y 518

²¹⁵ ROXIN, Claus, op. cit., p. 519

²¹⁶ ROXIN, Claus, op. cit., pp. 520 y 521

Otros autores como GOMEZ BENITEZ, BUSTOS RAMIREZ, BACIGALUPO ZAPATER, LOPEZ BARJA DE QUIROGA, GÁNDARA VALLEJO, GARCIA VITORIA o BALDO LAVILLA, se han mostrado partidarios de una consideración unitaria de la eficacia del consentimiento del titular del bien al estimar que, por excluir dicho consentimiento la propia lesión del bien jurídico, en todos los casos éste excluye la tipicidad de la conducta.

Según GÁNDARA VALLEJO, el verdadero objeto de protección de las normas penales que tutelan bienes jurídicos individuales es el dominio autónomo del titular sobre una esfera o ámbito de organización que le corresponde, y no la integridad *per se* de esa esfera. La razón de dicha afirmación es que los bienes mencionados son amparados en cuanto que contribuyen al desarrollo personal del individuo, de forma que la libertad de disposición del titular ésta integrada en esta clase de bienes jurídicos²¹⁷. Consecuentemente, y desde el punto de vista del bien jurídico, el consentimiento del titular del bien jurídico es, para esta autora, un instituto jurídico que despliega siempre su eficacia a nivel de tipicidad objetiva, y que hace desaparecer el indicio de antijuridicidad que el tipo supone²¹⁸.

7) Bien jurídico y antijuridicidad:

Antijuridicidad significa “contradicción con el Derecho”²¹⁹. Aquello que tradicionalmente recibe el nombre de teoría de la antijuridicidad es, en realidad, gracias a la moderna técnica de tipificación, lo opuesto a una búsqueda de los fundamentos y de los elementos que permiten reconocer la ilicitud de una conducta declarada como punible; en la práctica, la teoría de la antijuridicidad es una teoría de la juridicidad, más precisamente, de aquellas circunstancias de hecho que, no obstante cumplir un tipo, en

²¹⁷ GÁNDARA VALLEJO, Beatriz de la, Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, Ed. Colex, Madrid, 1995, p. 85

²¹⁸ GÁNDARA VALLEJO, Beatriz de la, op. cit., pp. 108 y 109; SEGURA GARCÍA, María José, op. cit., Pp. 829 y ss.

²¹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 210

el caso particular no son antijurídicas y que, por ello, pasan a ser penalmente irrelevantes²²⁰.

En interés de la seguridad jurídica es preciso conservar el principio de que el cumplimiento del tipo legal hace presumir la ilicitud de la conducta, de modo tal que la desvirtuación de este juicio provisorio acerca del hecho exija recurrir una causal de justificación. La consecuencia de este efecto indiciario radica en que la constatación de la antijuridicidad se transforma en una investigación de la licitud de la conducta, con el efecto de desvirtuar aquel indicio, pese a haberse cumplido el tipo. De este modo, la teoría de la antijuridicidad pasa a ser una teoría acerca de las circunstancias que permiten que una acción típica sea considerada como lícita, a través de las denominadas causales de justificación²²¹.

Pero el sistema teleológico implica por sobre todo, la constatación de la antijuridicidad material consistente en la lesión el bien jurídico protegido por la norma. También constituye un juicio valorativo. Se trata de determinar si la realización típica produjo o no una lesión del bien jurídico concreto, entendida la lesión en un sentido figurado tratándose el bien jurídico de una entidad fuera del mundo causal y en un sentido amplio comprendiendo también la puesta en peligro. Se trata de ver si la lesión del bien jurídico que siguió a la realización típica es imputable objetivamente a ella²²².

Dentro de este marco y al igual que en el concepto de delito, es posible distinguir un lado formal y uno material en el concepto de la antijuridicidad. Una acción es formalmente antijurídica cuando se halla en oposición a un mandato normativo contenido en una norma penal, únicamente se considera la oposición de la acción a la orden normativa²²³. Al contrario, la antijuridicidad material alude al contenido del concepto de antijuridicidad y se relaciona con el bien jurídico protegido en la respectiva

²²⁰ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, op. cit., p.414; JESCHECK, Hans-Heinrich, op.cit., p. 209

²²¹ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, op. cit., p.417

²²² JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 211; HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, op. cit., p. 174

²²³ JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 210

norma penal, tal como veíamos, para saber si efectivamente hay una lesión o puesta en peligro del bien jurídico²²⁴.

La contemplación material de la antijuridicidad indica así por qué razones el legislador ha conminado con pena un determinado comportamiento, como lesión intolerable del orden de la comunidad, y revela, además que en este caso concreto el hecho pugna con dichas razones. Esta lesión concebida como una actuación contraria al valor ideal que debe ser amparado por la norma jurídica, de esta manera, en la lesión del bien jurídico hay un daño a la comunidad que justifica la rotulación del delito como “comportamiento socialmente dañoso”²²⁵.

Sin embargo, no hay que confundir esta distinción con la existencia de dos clases de antijuridicidad, tanto así, que una concepción material, determinante y distinta de la formal, conduce a un incierto y proteico entendimiento de las fuentes en Derecho Penal, abiertamente contrario a la seguridad jurídica, tal como sucedió con la dogmática de la denominada ESCUELA DE KIEL, en la época de la Alemania Nacional-socialista²²⁶.

Tampoco es sostenible la postura de quienes, si bien niegan que existan dos especies de antijuridicidad, admiten, sin embargo, que la antijuridicidad puede desglosarse en dos aspectos diferenciados y separables: la forma (esto es, la contrariedad al deber jurídico), y el contenido. Sin embargo, esta postura se cae, especialmente con relación al deber, ya que el análisis de este, no pertenece a la sede de la antijuridicidad, sino de la culpabilidad y por tanto, no cabe hablar de la antijuridicidad haciendo calificativos, puesto que es una sola²²⁷. Ahora bien, la antijuridicidad también puede entenderse objetivamente (como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico) o subjetivamente (como voluntad contraria a los mandatos del Derecho).

²²⁴ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, op. cit., p.421

²²⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 211

²²⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, op. cit., p.270

²²⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, op. cit., p.271

En consecuencia, el dilema entre concepción objetiva o subjetiva de la antijuridicidad se halla estrechamente relacionado con la distinción entre el aspecto material y formal de la antijuridicidad, pudiendo ser, en ocasiones, planteado como premisa de la postura que al respecto se adopte. Esta doble concepción sobre la antijuridicidad, incide en la denominada teoría de la acción, puesto que desde una perspectiva objetiva, cobrará especial relevancia el disvalor de resultado.

La conducta será calificada de antijurídica en atención a la probable o efectiva producción de un resultado dañoso. Sin embargo, desde el punto de vista subjetivo, la antijuridicidad se apoyará fundamentalmente en el disvalor de acción. Cuando se habla de antijuridicidad objetiva o subjetiva en los términos expuestos se está haciendo referencia al fundamento del juicio de disvalor, no a su objeto²²⁸.

Como se indico en el apartado anterior, la doctrina de los bienes jurídicos, tanto individuales como colectivos, adquiere una especial relevancia respecto de la antijuridicidad, cuando se analiza la figura de la autorización de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, o también denominado consentimiento, cuya importancia radica en que dicho consentimiento respecto de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, cualquiera clase que sea, representa en algunos casos una causal de justificación y por ende no podría considerarse como una conducta antijurídica dicha acción, y en otros casos, excluye la tipicidad del comportamiento enjuiciado.

Con relación a los bienes jurídicos supraindividuales, decíamos que su técnica de tipificación mezclaba elementos jurídicos tanto penales como administrativos, y en consecuencia, cuando se da un permiso por parte de la administración que libera una prohibición represiva de una conducta, se está ante una causal de justificación, en cambio, si dicha autorización libera una prohibición preventiva se considera causa de exclusión de la misma tipicidad (conducta atípica)²²⁹. Con relación a los bienes jurídicos individuales, hay que centrarse nuevamente en la teoría diferenciadora ya analizada²³⁰,

²²⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, op. cit., pp. 271 y ss.

²²⁹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto, DE LA MATA BARRANCO, Ignacio, op. cit., pp. 500 y ss.

²³⁰ SEGURA GARCÍA, María José, op. cit., pp. 827 y ss.

puesto que la voluntad del titular del bien jurídico bajo esta teoría puede ser considerada como causal de justificación. De acuerdo al profesor CEREZO MIR, se excluye la antijuridicidad de la conducta y no la tipicidad, en aquellos tipos en que se protege un bien jurídico cuyo portador es el individuo (una persona física o una persona jurídica), pero en los que no se protege al mismo tiempo la libertad de disposición del mismo, siempre que se trate de un bien jurídico disponible.

Este autor sigue con la diferenciación entre el bien jurídico (que debe ser disponible) y la facultad de disposición del mismo, aunque esta última facultad no queda incluida dentro del concepto de bien jurídico, señalando para tal efecto, como ejemplos, el delito de injurias, donde el bien jurídico protegido es el honor, y el de delito de daños, donde la realización del tipo no exige que la conducta se realice sin la voluntad del sujeto pasivo. Siguiendo la misma idea, ROMEO CASABONA enseña que en los delitos antes mencionados, el consentimiento no desempeña función alguna con relación al tipo y en consecuencia no le es atribuible ninguna función destipificadora, sino que puede actuar como causal de justificación, aunque no siempre²³¹.

Para fundamentar el consentimiento como causal de justificación han aparecido diversas posiciones doctrinales entre las que destacan las de la teoría del negocio jurídico, la teoría de la ausencia de interés y la teoría de la ponderación de valores. La primera teoría es desarrollada por ZITELMANN, quien considera que el consentimiento excluye la antijuridicidad de la conducta cuando se trata de un negocio jurídico dirigido a esa exclusión. Entiende este autor, que el consentimiento es un acto jurídico de naturaleza negocial mediante el cual se concede una autorización al destinatario para realizar la acción y en consecuencia su conducta estaría justificada frente al ordenamiento jurídico.

Estaríamos ante un ejercicio legítimo de un derecho. Sin embargo esta posición ha sido expresamente rechazada por la doctrina alemana, especialmente por MEZGER²³², quien entendía que no es posible aplicar la teoría del negocio jurídico civil al ámbito de la antijuridicidad penal, puesto que se trataría de dos institutos jurídicos distintos. Por lo

²³¹ SEGURA GARCÍA, María José, op. cit., Pp. 834 y 835

²³² MEZGER, Edmund, op. cit., p. 165

que precisamente el ilustre profesor de Múnich, desarrolla la segunda postura antes mencionada, en que el consentimiento como causal de justificación radica en la ausencia de interés, partiendo de que es la lesión de intereses el contenido de todo injusto, una justificación con arreglo al principio de la ausencia de interés aparece cuando la voluntad, que normalmente se entiende lesionada por la realización típica, no existe en el caso concreto.

Así las cosas, el consentimiento supone el abandono consciente de los intereses por parte de quien legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico. La idea central de MEZGER respecto de la eficacia del consentimiento del titular del bien jurídico se resume, pues, en que concurriendo éste desaparece el interés que, en otro caso, hubiera sido lesionado por el injusto y, por lo tanto, la acción queda justificada. Finalmente, la teoría de la ponderación de valores de NOLL, parte de la idea de que, cuando se da una total ausencia de interés, falta el conflicto que da base a los problemas de justificación, debiéndose en estos casos trasladar el problema a la tipicidad, cuando no concurre un mínimo de daño o peligro para el bien jurídico, la conducta es atípica y no solo justificada.

En los casos de consentimiento, no estamos frente a una ausencia de interés, sino de ponderación de valores, ya que en ellos el principio de la autonomía de la voluntad entra en colisión, como un valor más, con el valor que el bien jurídico (en el sentido de sustrato material) tiene de suyo, con la particularidad de que se trata de dos bienes pertenecientes a la misma persona. Esta idea se basa en que existen bienes jurídicos individuales sobre los que el sujeto tiene poder absoluto de disposición, produciendo en estos casos el consentimiento la atipicidad de la conducta por no producirse quebrantamiento de interés alguno. Sin embargo, existen otros bienes considerados de tal importancia que el Derecho no puede dejarlos a la libre determinación de su titular. En estos casos cabe la ponderación de valores entre la libertad del individuo para disponer y el disvalor de acción y de resultado del hecho típico.

El consentimiento actúa como causal de justificación, siempre que resulte preponderante el principio de la autonomía de la voluntad sobre el valor representado por el bien jurídico. La autora María José SEGURA, termina concluyendo a propósito

de esta última postura, que en el caso de los bienes que no son totalmente disponibles por el particular, por concurrir un interés general en el mantenimiento del mismo, la titularidad de dicho bien sería colectiva o pública. En este sentido, la concurrencia del consentimiento del titular produciría, no la licitud de la conducta a través de una causal de justificación, sino que una aminoración del injusto, porque, desapareciendo la lesión de la libertad de disposición sobre el sustrato, subsistiría la del interés general a la incolumidad del mismo²³³.

²³³ SEGURA GARCÍA, María José, op. cit., p. 835 y ss.

Capítulo III: Bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes

En el delito de homicidio, el bien jurídico protegido es la vida independiente²³⁴, en el delito de hurto la propiedad²³⁵, sin embargo, cuando se habla del bien jurídico protegido en los delitos de drogas, si bien la doctrina ha llegado a un consenso en su identificación, cual es la salud pública²³⁶, esta no ha estado exenta de críticas, respecto su entidad y justificación en estos delitos, que incluye para su protección reglas jurídicas especiales que se aplican en los delitos relativos a estupefacientes, donde se adelantan las barreras de punición²³⁷, la creación de especiales reglas de participación e *iter criminis*²³⁸, y en general, la poca certeza sobre la real protección de la salud pública o lo que se entiende por ella.

El presente análisis del bien jurídico protegido en los delitos de estupefacientes, tiene como base una concepción del Derecho Penal que busque sancionar conductas,

²³⁴ BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, tomo III, op. cit. p. 11; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, parte especial, op. cit., p. 21; BUSTOS RAMIREZ, Juan, Manual de Derecho Penal: parte especial, 2ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1991, p. 15; LABATUT GLENA, Gustavo, Derecho Penal, tomo II, 7ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 158; con matices GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal: parte especial, tomo III, 4ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 24

²³⁵ BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, Curso de Derecho Penal: parte especial, tomo IV, 2ª ed., Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2007, p. 8; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, parte especial, op. cit., p. 297; BUSTOS RAMIREZ, Juan, Manual de Derecho Penal: parte especial, op. cit., p. 160; LABATUT GLENA, Gustavo, op. cit., p. 195; GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal: parte especial, tomo IV, 4ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 149

²³⁶ En esta línea, ver POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, parte especial, op. cit.; BUSTOS RAMIREZ, Juan, Coca cocaína política criminal de drogas, Ed. jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 1995; BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, tomo III, op. cit.. En doctrina comparada, ver PASTOR MUÑOZ, Nuria, Lecciones de Derecho Penal: parte especial, 2ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2009; MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit.; QUERALT JIMENEZ, Joan, Derecho Penal español: parte especial, 4ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2004; BACIGALUPO, Enrique, Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal, Ed. Akal, Madrid, 1991

²³⁷ Ver *supra*. delitos de peligro abstracto, p. 38

²³⁸ Ver artículos 11, 16, 17 y 18 de la Ley n° 20.000

que ponen en peligro o lesionen valores fundamentales de la vida cotidiana, así mismo intereses que buscan la realización y desarrollo de la personalidad de los individuos, que en definitiva proteja bienes jurídicos²³⁹. Siendo limitado dicho *ius puninedi* por el mismo bien jurídico²⁴⁰.

Efectivamente en casi todas las posiciones contemporáneas que se refieren al bien jurídico protegido en materia de drogas, hay una clara tendencia a ese fin social que tiene que tener el bien jurídico, que se explica en parte, a partir de la naturaleza propia del delito en comento, tanto por sus alcances territoriales, como también por sus alcances económicos, políticos y sociales. Existen 5 posturas al respecto:

1) Pluralidad de intereses protegidos:

Autores como Manuel COBO DEL ROSAL, Antonio ROMERAL y Manuel GARCÍA, señalan que la sanción del delito de tráfico de drogas protege, además de la salud pública, otros intereses como el control estatal de estupefacientes y psicotrópicos²⁴¹, además de las repercusiones de su consumo en el orden económico, político, de seguridad ciudadana, etc. (Los que se denominan intereses latentes o de segundo grado). El profesor OTÁLORA GÓMEZ, igualmente entiende que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico es la salud pública, especificando que el consumo de drogas ilícitas estaría afectando la salud individual a su vez. Además, profundiza y señala que el narcotráfico afecta además de la salud, otros bienes jurídicos tales como el orden económico y social, el patrimonio económico, la vida y la integridad personal, considerando por tanto, al delito de narcotráfico como uno pluriofensivo. A su juicio los

²³⁹ ROXIN, Claus, op. cit., pp. 51 y ss.; JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., pp. 1, 6 y ss., 231; MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, op. cit., p. 105; MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., p. 65; en la doctrina nacional ver BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, tomo I, op. cit., pp. 13 y ss.; ETCHEBERRY, Alfredo, op. cit., pp. 25 y ss.; BUSTOS, Juan, HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, Lecciones de Derecho Penal, vol. I, op. cit., pp. 35 y ss.; NOVOA, Eduardo, Curso de Derecho Penal chileno: parte general, tomo I, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 16 y ss.; CURY, Enrique, op. cit., pp. 45 y ss.; GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal: parte general, tomo I, 1ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 63; Opina distinto WELZEL, en WELZEL, Hans, op. cit., p. 3

²⁴⁰ Ver *supra.*, funciones del bien jurídico, p. 102

²⁴¹ BOIX REIG, Javier, JAREÑO LEAL, Ángeles, Comentarios al Código Penal de 1995, vol. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1685

delitos de drogas, producirían una serie de comportamientos conexos, frente a los cuales, un Estado, Social y Democrático no puede permanecer inactivo, puesto que el problema de la droga no radica esencialmente en su fabricación, distribución o tráfico, sino en el hecho de existir una red organizada destinada a imponer, por cualquier medio, su consumo, especialmente a menores²⁴². Fernando VELÁSQUEZ, por otro lado menciona que junto a la salud pública, la economía nacional también se estaría protegiendo en los delitos de tráfico²⁴³ y los italianos DOLCINI y MARINUCCI, también señalan que los delitos en comento son pluriofensivos y que lesionan el orden y la salud pública²⁴⁴.

Respecto de la seguridad ciudadana, se ha señalado que la legislación antidrogas busca su protección, por la incidencia que tendría sobre ella el consumo de drogas y el aumento de la delincuencia. En este sentido, dichos intereses, fuera de la salud pública se han ido ramificando con el tiempo a través de Tratados Internacionales como la Convención Única de 1961, el Convenio contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, entre otras. En dichas normativas se reconoce que:

- 1) La toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad.
- 2) Problemas sanitarios y sociales que son originados por el uso indebido de ciertas sustancias psicotrópicas.
- 3) Tráfico ilícito representa una grave amenaza para la salud y el bienestar de los individuos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad en su conjunto.

Sin embargo se critica esta posición, por estimar que confunde el bien jurídico protegido con los fines político-criminales que subyacen en la tipificación de estas

²⁴²OTÁLERA GÓMEZ Jorge Armando, Aspectos dogmáticos y procesales de los delitos de narcotráfico, Revista derecho penal y criminología (Universidad Externado de Colombia), vol. XXVII, n° 81, 2006, pp. 136 y 137

²⁴³ BUSTOS RAMIREZ, Juan, Coca cocaína política criminal de drogas, op. cit., pp. 95 y 96

²⁴⁴ DOLCINI, Emilio, MARINUCCI, Giorgio, Codice Penale commentato: parte speciale, Ed. Ipsoa, Milan, 1999, p. 4144

conductas, configurando una imagen del consumidor de drogas como un individuo desviado, un delincuente, realidad que debe desmitificarse²⁴⁵.

2) Intereses fiscales:

En España esta posición tenía asidero en el antiguo artículo 1.1, de la derogada Ley de contrabando de 1982, en que las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tenían la consideración de “bienes o productos estancos” (productos que en principio pertenecen al Estado el monopolio de su producción o venta, o que hayan sido otorgados a un particular a cambio de un ingreso fiscal), por lo que se concluía que el bien jurídico protegido por el anterior artículo 344 del Código Penal español (actual 368) podía ser tanto los intereses fiscales o la salud pública.

COBO DEL ROSAL planteó una tesis que buscaba superar una concepción liberal del Derecho Penal a uno social, sosteniendo que ninguno de los intereses individuales “socializados” (aquellos que se les añade un apellido colectivo, como la salud “pública”), podría sustentarse como bien jurídico. A lo sumo se trataría de razones político-criminales para incriminar el tráfico de estupefacientes. En este sentido, solo el Estado, como representante de la comunidad, puede tener un interés que sintetice todos aquellos intereses individuales que confluyen en el tema de las drogas ilegales, pero no es este interés del Estado el interés normal respecto de todos los delitos, sino que se trata de un interés específico distinto de aquel que los particulares tienen sobre el punto, y este interés es el estricto control de la elaboración, manipulación, distribución, expendio y consumo de la droga, es decir, el control sobre el ciclo de la droga dentro de las fronteras estatales. Así, el bien jurídico protegido sería el monopolio estatal sobre el *iter* de la droga²⁴⁶. El autor colombiano NANCLARES ARANGO señala que el verdadero bien jurídico protegido en estas conductas, es el monopolio estatal sobre la industria del narcotráfico²⁴⁷.

²⁴⁵ NUÑEZ PARRA, Miguel Ángel, GUILLÉN LÓPEZ, Germán, Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del código penal, Revista penal (Universidad de Huelva), n°22, julio 2008, p. 82; HERNANDEZ BASUALTO, op. cit., p. 105

²⁴⁶ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, op. cit., p. 104

²⁴⁷ BUSTOS RAMIREZ, Juan, Coca cocaína política criminal de drogas, op. cit., pp. 95 y 96

Sin embargo, esta posición es criticada porque se trataría de una intervención penal ilegítima, ya que no protege ningún bien jurídico, por cuanto lo contrario, significaría atribuirle un carácter esencial para la convivencia social pacífica al irrestricto respeto a las reglamentaciones estatales sobre ámbitos determinados de la vida social. Por lo que la imposición de la pena se justifica con el solo hecho del a desobediencia, lo que resulta inaceptable en un Derecho Penal de garantías²⁴⁸.

3) Libertad del consumidor:

De acuerdo a esta postura, el tráfico ilícito de estupefacientes ataca la libertad del consumidor, puesto que dichas sustancias al crear un estado de dependencia, consumo abusivo, existe un menoscabo a la voluntad y por consiguiente, la capacidad de autodeterminación se ve afectada considerablemente. Es en esta pérdida de libertad del consumidor donde debe radicar el *quid* de no facilitar el tráfico de drogas²⁴⁹.

La importancia de la libertad del consumidor se pone en relieve en el concepto mismo de droga, por cuanto se le vincula siempre con la aptitud o potencialidad para producir dependencia, o bien, en la distinción entre drogas duras y blandas, que atiende principalmente al menor o mayor grado de riesgo de adicción que importa el consumo de unas o de otras. También se nota este interés en la configuración de agravantes, cuando el tráfico o suministro está dirigido a menores de edad, quienes carecerían de un ámbito de autodeterminación suficiente como para decidir consciente y voluntariamente sobre el consumo, en razón de lo cual son protegidos por el Derecho Penal²⁵⁰.

Autores como GIMBERNAT han sostenido que la punición de tráfico de drogas duras (refiriéndose específicamente a los derivados del opio) estaría justificada “no tanto por los perjuicios que causa su consumo, como por la circunstancia de que la dependencia de la droga es tal que el toxicómano que se arruina a sí mismo no lo hace

²⁴⁸ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, op. cit., p. 105

²⁴⁹ BOIX REIG, Javier, JAREÑO LEAL, Ángeles, op. cit., p. 1685; QUERALT JIMENEZ, Joan, op. cit., p. 704

²⁵⁰ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, op. cit., p. 107

ya en virtud de una decisión libre, sino coaccionada. Precisamente por ello debe intervenir aquí el Derecho Penal²⁵¹.

Sin embargo este no sería el bien jurídico protegido, puesto que la decisión de consumir es libre, y que en caso contrario, debería apreciarse junto al delito contra la salud pública, una de coacciones o incluso de lesiones.

4) Moral o integración social:

Quienes señalan que la moralidad o aspectos sociales sería lo protegido por delitos de drogas, comienzan explicando que el rechazo de ciertas representaciones religiosas y morales de diversos grupos a las drogas, se debe a que irían en contra de un dogma, moral y orden social. Confirma esta afirmación hechos como el Concilio XVII de Toledo, donde se dicta la primera norma prohibitiva legal de tráfico de drogas²⁵², “no porque eran contrarias a la salud pública, ni aun como dañosas a la salud individual, sino que por ir en contra de la religión”. Igualmente se da en normas contenidas en el *Liber Iudiciourum*, donde se prohibía el suministro y consumo de las mismas “más por sus enlaces con ceremoniales heréticos que como nocivas para la salud”²⁵³.

Esta posición ha sido sostenida por algunos autores contemporáneos, como DO PICO FARRELL, o MORAS MOM²⁵⁴, quienes manifiestan que se “pone en peligro la vida de terceros y ofende la moral pública” o aquellas que se refieren a la “continuidad generacional” unida a la evitación de la “decadencia del pueblo”²⁵⁵. Expresiones contemporáneas se dan también, a modo de ejemplo en el Convenio Único de Estupefacientes de 1961, en el cual no sólo apela a la preocupación por la salud física, sino que también a la salud moral de la humanidad. En nuestro país, el profesor

²⁵¹ Citado por HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, op. cit., p. 108

²⁵² NUÑEZ PARRA, Miguel Ángel, GUILLEN LÓPEZ, Germán, op. cit., pp. 82 y 83

²⁵³ NUÑEZ PARRA, Miguel Ángel, GUILLÉN LÓPEZ, Germán, op. cit., p. 83

²⁵⁴ Citados por HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, op. cit. p. 103

²⁵⁵ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, op. cit., p. 103

GUZMAN VIAL, también había manifestado que además de afectar la salud individual, el perjuicio de los delitos relacionados con drogas afecta a toda la comunidad “restando con ellos el aporte a la vida social” de los individuos consumidores²⁵⁶.

El gran defecto de esta posición es que si se reprime porque las conductas, relacionadas con las drogas son reprobadas moralmente como un vicio despreciable, entonces habría que admitir que no existe bien jurídico protegido (en los términos planteados al comienzo de este capítulo) y que en consecuencia, la incriminación carece de fundamento y es ilegítima. Además, se critican sus efectos, que en la que la represión del tráfico de drogas a nivel internacional, ha pasado a ser una nueva forma de opresión cultural y moral de los países poderosos.

5) Salud pública:

Doctrina y jurisprudencia mayoritaria consideran que el bien jurídico protegido en los delitos de drogas no es otro que la salud pública, colectiva y comunitaria, y consecuentemente se requiere en primer lugar, un análisis de su aspecto individual, en la que hay que entender por salud la ausencia de enfermedad como también el mantenimiento de la integridad física²⁵⁷, como un estado en el que una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones, entendiendo por función el ejercicio de un órgano o aparato, estado que, por otra parte, posibilita una concreta participación en el sistema social²⁵⁸.

Esto se debe a que la protección de la salud pública no autoriza ignorar la salud individual, pues de lo contrario se estaría hablando de la salud pública como algo totalmente desvinculado de la realidad que la justifica y a la que sirve de complemento, sobre todo producto a la finalidad última de su mantenimiento que es la concurrencia de unas condiciones generales que no perjudiquen la salud individual aunque se entiende – por algunos autores - que la salud pública esta por sobre la suma de salud de cada uno de los individuos, y como tal, independiente de la misma hasta el punto de

²⁵⁶ Citado por HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, op. cit, p. 103

²⁵⁷ NUÑEZ PARRA, Miguel Ángel, GUILLÉN LÓPEZ, Germán, op. cit., p. 83

²⁵⁸ GARCÍA RIVAS, Nicolás, Criminalidad organizada y tráfico de drogas, Revista penal (huelva), n°2, julio 1998., p. 24

que para entender afectado dicho bien jurídico, no es preciso constatar siquiera la afección negativa a la salud individual²⁵⁹.

En este sentido, si un comportamiento pone en peligro la salud pública es porque tiene capacidad para dañar la salud individual, aunque efectivamente no lo haga. Por eso se dice que en los delitos contra la salud pública se protege inmediatamente el bien jurídico que les da nombre, pero mediatamente la salud individual.

Aun existiendo consenso doctrinario en identificarlo con el bien jurídico, el concepto de salud pública sigue acarreado muchas dificultades, sobre todo por el hecho de que un concepto desmesuradamente amplio de salud, no puede satisfacer la función limitadora y de garantía que toca al bien jurídico, pues como ha dicho HASSEMER “quien acepta con generosidad los bienes jurídicos universales corre el riesgo de aceptar al Derecho Penal no ya como *ultima ratio* sino como prima o incluso como sola ratio de la protección de bienes jurídicos²⁶⁰.

En doctrina se ha entendido salud pública como la suma de la salud individual de todos los individuos²⁶¹, afirmándose que cualquier peligro para la salud pública es grave, porque puede afectar a una multiplicidad de sujetos pasivos, aunque el daño en una persona concreta que consume no sea grave. Con esto se quiere evitar la generalización de un hábito insalubre entre personas indeterminadas; pero, para decir que la salud pública ha sido afectada es necesario constatar el peligro a terceras personas, aunque no deban determinarse esas personas²⁶². Sin embargo, el profesor GARCIA-PABLOS, señala que la salud pública no puede sólo categorizarse dentro de una dimensión médico-farmacológica, sino que además debe adentrarse en las

²⁵⁹ GARCÍA RIVAS, Nicolás, op. cit., pp. 24 y 25

²⁶⁰ Citado por HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, en op. cit., p. 119

²⁶¹ En contra, PASTOR MUÑOZ, Nuria, op. cit., p. 258, “(...) se trata de un bien jurídico supraindividual que no debe identificarse con la suma de las saludes concretas de los miembros de la colectividad, sino que consiste en el conjunto de condiciones que posibilitan la salud de las personas individuales”

²⁶² MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces, Anuario de derecho penal y ciencias penales, 2003, V. 56, p. 95

coordenadas histórico-culturales que subyacen al mismo ²⁶³ ; opina distinto, RODRIGUEZ RAMOS, quien alude como posibilidad a la independencia de la salud pública respecto a la salud individual, configurándose entonces como el conjunto de condiciones objetivas que defienden de posibles enfermedades a una pluralidad de personas, aunque esta definición circunscribe demasiado la salud pública al ámbito sanitario, diferenciándose de las opiniones doctrinales más recientes²⁶⁴, que tienen relación con las teorías personalistas del bien jurídico²⁶⁵.

El Código Penal español inicialmente interpreto la salud pública como el conjunto de cualidades objetivas que protegían de posibles enfermedades a una pluralidad de individuos. Hoy en día, el concepto de salud pública del Código Penal español no intenta referirse a enfermedades, sino que a toda variación de las circunstancias óptimas del individuo incluidas aquellas sociales. En este sentido, GARCIA-PABLOS, opina que un análisis criminológico desmitifica la referencia a la salud pública. El tráfico de drogas lesiona o pone en peligro la salud pública, pero no sólo, también – y sobre todo- otros intereses sociales legítimos, de terceros como son la vida, la integridad, la libertad, el patrimonio, la seguridad, que se esconden detrás de esa ambigua y grandilocuente referencia a la salud pública²⁶⁶. Para BOIX, la salud pública vendría a ser el nivel de bienestar físico, psíquico que afecta a la colectividad, a la generalidad de los ciudadanos, agregando también que se debe superar la perspectiva estrictamente sanitaria del mismo²⁶⁷.

En Italia, la doctrina mayoritaria también estima que la salud pública es lo protegido en los delitos de tráfico de ilícito de estupefacientes y la definen de forma bastante similar a sus pares españoles, que se alejan de la línea farmacológica de

²⁶³ Citado por GARCÍA RIVAS, Nicolás, en op. cit., p. 24

²⁶⁴ Citado por GARCÍA RIVAS, Nicolás, en op. cit., p. 24

²⁶⁵ HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 110

²⁶⁶ GARCÍA RIVAS, Nicolás, op. cit., p. 26

²⁶⁷ BOIX REIG, Javier, Derecho Penal: parte especial, 2ª ed. revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 610

salud pública. PETRINI se refiere al estado de efectivo bienestar físico, psíquico y social, que permite un desarrollo armónico de todas las funciones psico-físicas de los ciudadanos, incluidas aquellas categorías de sujetos que merecen particular protección, debido a que su situación de anormalidad o excepcionalidad los expone a un riesgo mayor de ver perturbado dicho estado de bienestar. Respecto de la relación entre la salud individual y salud pública, el autor italiano PALAZZO, enseña que la salud pública sería un interés difuso, del que en última instancia es titular el individuo, porque frente a él se consuma la eventual ofensa final, pero que sin embargo asume una autónoma consistencia socio-jurídica en cuanto existe una pluralidad indeterminada de sujetos titulares²⁶⁸.

El profesor Juan BUSTOS RAMIREZ, indica que el único bien jurídico autónomo que se pueden encontrar en los delitos de drogas es la salud pública²⁶⁹. Los profesores BULLEMORE y MACKINNON, si bien reconocen que la salud pública es el bien jurídico protegido en estos delitos, critican esta concepción por cuanto pretende considerar a la salud pública como una cosa susceptible de daño, un objeto material, ocultando el verdadero objeto de protección en estas normas, cual sería sancionar la comercialización o la difusión más o menos masiva de drogas que perjudican la salud²⁷⁰.

La Ilustre Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia del 11 de enero de 2006, señala que el delito de tráfico ilegal de estupefacientes afecta al bien jurídico salubridad pública, esto es, el estado de completo bienestar físico y psíquico y social de la comunidad en general; se trata, por ende, de un bien jurídico colectivo, que trasciende el ámbito de la salud puramente individual²⁷¹. Idéntico sentido, en sentencia

²⁶⁸ GARCÍA RIVAS, Nicolás, op. cit., pp. 24 y 25

²⁶⁹ BUSTOS RAMIREZ, Juan, Coca cocaína política criminal de drogas, op. cit., p. 96; BUSTOS RAMIREZ, Juan, Manual de Derecho Penal: parte especial, op. cit., p. 233

²⁷⁰ BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, tomo III, op. cit., pp. 241 y 242

²⁷¹ Gaceta jurídica, 2006, n° 307, p. 217

del 16 de septiembre de 2004²⁷². La Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago también habla de la salud de la población y perjuicios a la salud pública, por parte de las conductas que trata la ley en comento²⁷³. La Excelentísima Corte Suprema, también ha tenido manifestaciones al respecto, como en la sentencia del 8 de octubre de 2008, donde indica que los casos de que trata (tráfico ilícito de estupefacientes), el bien jurídico protegido es la salud pública, caracterizándolo como un bien jurídico colectivo, matizando que dependiendo de la cantidad de droga que se trate, será mayor o menor el peligro para afectar el estado de bienestar físico y psíquico de todos los miembros de la comunidad²⁷⁴.

- Críticas:

La salud pública como bien jurídico protegido en los delitos de drogas, se critica, porque en la práctica no es protegida, sino que lo que realmente se protege es la salud individual, produciéndose un caso paradójico en que el titular de la salud individual es la colectividad, una generalidad indeterminada de personas²⁷⁵. A partir de este punto, cabe plantearnos cómo el tráfico de drogas ilegales puede poner en peligro la salud de la colectividad más allá y con independencia de la salud de los consumidores determinados. De esta forma, un delito que sólo puede representar un peligro individual queda convertido en un delito de peligro colectivo. Dicha contradicción, se debe – a nuestro parecer – a que la clase social dirigente intenta ocultar la verdadera justificación que tiene la persecución de los delitos de drogas, que trasciende la salud individual y pública, el cual tiene que ver con concepciones ética- morales específicas impulsadas por la política criminal. Así, se camufla por medio de esta salud pública lo que verdaderamente sucede, una sanción a la colaboración en un tipo de autolesión que por regla general son atípicos²⁷⁶.

²⁷² Gaceta jurídica, 2004, n° 291, p. 174

²⁷³ Gaceta jurídica, 2007, n° 326, p. 238

²⁷⁴ Gaceta jurídica, 2008, n° 340, p. 171

²⁷⁵ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, op. cit., p. 120

²⁷⁶ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, parte especial, op. cit., p. 114

La sanción a la colaboración en un tipo de lesión, se contempla por regla general en los caso en que dicha lesión vaya dirigida a terceros y en el caso de la autolesión, esta es castigada en casos muy restringidos²⁷⁷, por lo que se entiende la protección de la salud pública en los casos cuando se trata de medicamentos y alimentos de consumo legal, que tienen una estricta reglamentación administrativa. Aquí se castiga la distribución de una serie de productos deteriorados, cuya mera puesta en circulación pone en peligro la salud pública y mucho más lejana la salud individual de las personas que no quieren que su salud se vea afectada por el consumo de una serie de alimentos o medicamentos que pueden consumir porque son de curso legal; mientras que las drogas son sustancias de consumo ilícito y de tráfico prohibido, de lo que deriva que la protección de salud pública en un caso y en otro no será idéntica, marcando la diferencia la voluntad de lesionarse, puesto que en caso del tráfico de drogas hay que referirse a la protección de la salud pública a través de la salud individual de las personas que quieren consumirlas, a pesar de estar prohibidas²⁷⁸.

En este contexto, el profesor FERNANDEZ CRUZ - incluso va más lejos - al comentar la sentencia del 4° Tribunal oral en lo penal de Santiago del 5 de marzo de 2008, al estimar que la salud pública en los delitos de tráfico es un bien jurídico disponible, en el sentido de que la víctima posee un mayor dominio en la puesta en peligro de su salud (delitos de riesgos disponibles), en contraposición con otras figuras relacionadas con la salud pública donde la víctima ostenta un menor o nulo dominio de dicho peligro (delitos de riesgos indisponibles). Da a modo de ejemplo, el caso del vertido a un río de sustancias que pueden poner en peligro la salud pública, donde las posibles personas que pueden ver afectadas no controlan o disponen de este peligro (artículo 291 del Código Penal). Por lo tanto, el termino incontrolable debe matizarse en estas figuras en la medida de que la incontrabilidad depende esencialmente de que el sujeto quiera consumir drogas, de ahí podemos colegir que lo que se exige, como

²⁷⁷ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, parte especial, op. cit., p. 114

²⁷⁸ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, op. cit., p. 94

declara el tribunal en este caso, es una inducción, favorecimiento directo a que personas indeterminadas consuman drogas²⁷⁹.

Los profesores POLITOFF y MATUS conceptualizan estos delitos como consensuales, que se caracterizan por que la consumación del delito es deseado por ambos partícipes. En este sentido, los citados autores estiman que la primera cuestión que suscita el tipo delictivo en comento es el fundamento de esa aparente tutela de la víctima ante los riesgos que crea contra sí misma, con o sin la colaboración de otros. Y este análisis, que conciernen las conductas dirigidas por el actor en contra de sus propios intereses, revela que el bien jurídico tutelado en ellas no tiene en principio como titular a la víctima aparente²⁸⁰.

El profesor Enrique BACIGALUPO, al respecto enumera una serie de interrogantes que se plantean en la aplicación de esta normativa tales como: ¿qué debe entenderse como peligro para la salud pública: la puesta en peligro de un número indeterminado de personas?, ¿Cuántas personas?, ¿a partir de qué número puede hablarse de un número indeterminado?, cualquiera sea la respuesta, sigue el autor, que presuponen una determinación cuantitativa del peligro común, en la práctica sólo afectan a un número reducido de personas²⁸¹. El autor plantea en este sentido, qué sucedería si se considera suficiente con que el peligro se concretara con relación a una persona, y la respuesta sería que se tendría acreditado el peligro común, convirtiéndose en un delito de peligro individual que no tendría sino el carácter de una colaboración en una autolesión, con lo que el merecimiento de pena a juicio de BACIGALUPO sería dudoso, pues entiende que el delito de lesiones deben recaer sobre otro²⁸². BUSTOS por su parte cuestiona el rol que asume el Estado, al imponer a

²⁷⁹ FERNANDEZ CRUZ, José Ángel, Sentencia sobre tráfico de semillas de cannabis sativa: una expresión del modelo político-criminal de reducción de daños, Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXI, n°1, julio 2008, p. 183

²⁸⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes: estudios de dogmática y jurisprudencia, Ed. jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1998, pp. 9 y ss.

²⁸¹ BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 138

²⁸² BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 138

sus ciudadanos reglas represivas con relación a lo que pueden o no consumir, pues de acuerdo a este autor, ellos tienen disponibilidad sobre su salud²⁸³, por lo que lo que el consumo de drogas entre adultos no se debiese prohibir, constituyendo un contrasentido punitivo, violando los principios más elementales del Derecho Penal moderno²⁸⁴.

La mayor crítica que hace el fallecido catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona es que el legislador confunde un delito macrosocial con cuestiones microsociales, ya que se estaría imponiendo de forma subrepticamente una determinada moral social. En este sentido, se debe legislar específicamente, en relación a comportamientos violatorios de la libertad personal de los ciudadanos y en especial de los jóvenes, dada a su posición de abuso (de su libertad o de la seguridad de su libertad por otros), por lo que estos delitos no deberían incluirse entre aquellos contra la salud pública, sino dentro de los delitos contra la libertad personal²⁸⁵.

Algunos autores, como REY HUIDOBRO defienden la protección de la salud pública, puesto que se debe entender en referencia a la salud individual de cada uno de los miembros de la sociedad, puesto que la protección de la salud pública lleva consigo la de todos los ciudadanos²⁸⁶. HERNANDEZ ante esta posición, está de acuerdo con que todo riesgo a la salud pública implica riesgo para la salud individual, sin embargo, plantea sus reparos cuando dicha fórmula se plantea a la inversa, si el riesgo exclusivo para la salud individual implica necesariamente un riesgo para la salud de la colectividad. Si la respuesta es positiva - concluye el citado autor - entonces se debe reconocer que toda lesión corporal y que todo homicidio es, además, y

²⁸³ BUSTOS RAMIREZ, Juan, Manual de Derecho Penal: parte especial, op. cit., p. 233

²⁸⁴ BUSTOS RAMIREZ, Juan, Manual de Derecho Penal: parte especial, op. cit., p. 234. Señala como ejemplo que el legislador no prohíbe el suicidio.

²⁸⁵ BUSTOS RAMIREZ, Juan, Manual de Derecho Penal: parte especial, op. cit., p. 234

²⁸⁶ Citado por HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, op. cit., p. 123

necesariamente, un delito contra la salud pública, lo cual es completamente inadmisibile²⁸⁷.

En cuanto a la técnica legislativa y el rol del Estado, BACIGALUPO señala que la protección a la salud pública ha justificado la utilización de los tipos penales de peligro abstracto²⁸⁸, aunque de una forma excesiva, desconociendo otro medio técnico para sancionar el tráfico²⁸⁹. Al respecto, cabe recordar la prohibición constitucional de establecer presunciones de Derecho en materia penal (artículo 19 n° 3 de la Constitución Política de la República). En consecuencia, aquellas conductas que, por las características del caso particular, con seguridad, según el saber de la experiencia humana, no pueden poner en peligro la salud pública o la libertad de los potenciales consumidores de las sustancias prohibidas, o lo hacen de un modo altamente insignificante, no realizan el riesgo prevenido por la ley y, por lo tanto, deben considerarse impunes²⁹⁰.

HERNANDEZ desliza una interesante crítica al respecto, señalando que los delitos que atentan contra la salud pública serían de lesión solo de un modo relativo, pues sólo lo son si importan a su vez un peligro para la salud individual de miembros de una colectividad, en el entendido que los bienes jurídicos universales están destinados a favorecer el desarrollo efectivo de los bienes jurídicos individuales. En este sentido - prosigue – los delitos contra bienes jurídicos colectivos sólo pueden ser de lesión, pues no parece razonable acumular dos mecanismos de adelantamiento de barreras de protección, lo que daría como resultado un super adelantamiento que haría imposible una mínima determinación del ataque: implicaría sancionar al que con una conducta típica pone en peligro las condiciones mínimas de seguridad de la salud individual de una colectividad de personas, es decir, “el peligro del peligro”. El peligro al bien jurídico individual constituye la lesión al bien jurídico colectivo. Con lo que concluye que los

²⁸⁷ HERNANDEZ BASUALTO, Hector, op. cit. 124

²⁸⁸ Ver *supra*. delitos de peligro abstracto, p. 38

²⁸⁹ BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 137

²⁹⁰ MATUS ACUÑA, Jean Pierre, Dogmatica de los delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes, Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes, Ed. LexisNexis, Santiago, 1999, pp. 89 y 90

delitos contra la salud pública son delitos de peligro, pero debe entenderse que el peligro está referido a la salud individual de los miembros indeterminados de una colectividad²⁹¹.

²⁹¹ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, op. cit., pp. 126 y ss.

Capítulo IV: Análisis de la política criminal aplicada en la Ley n° 20.000 y sus consecuencias

1) Expansión del Derecho Penal y Derecho Penal del enemigo:

Para analizar la política criminal aplicada en materia de drogas, es indispensable revisar el origen social de esta, asociada a un nuevo tipo de sociedad que en la medida que se va desarrollando, va creando nuevos riesgos y en consecuencia, provocando también una evolución de los instrumentos jurídicos para enfrentarse a este nuevo suceso.

Por lo que no es extraño hoy en día, que ante el fenómeno delictual, la sociedad tienda a pedir penas más elevadas y drásticas, argumentando por ejemplo, que impera una puerta giratoria, con relación a la entrada y salida de delincuentes desde y hacia los centros penitenciarios, que existe una criminalidad descontrolada, que existe un temor de ser víctima en cualquier momento de algún delito y otro sinfín de razones.

En este sentido, existe una generalización en la sociedad moderna de la existencia de nuevos riesgos, afectantes a amplios colectivos, y que podrían ser calificados como artificiales en cuanto producto de nuevas actividades humanas, de nuevas tecnologías; tales riesgos resultan de difícil anticipación y suelen basarse en fallos en el conocimiento o manejo de las nuevas capacidades técnicas.

Por otro lado, se aprecian crecientes dificultades para atribuir la responsabilidad por tales riesgos a determinadas personas individuales o colectivas, en que se hacen ineludibles criterios de distribución de riesgos que no satisfacen plenamente las exigencias de imputación de responsabilidad.

Finalmente, en la sociedad se ha difundido un exagerado sentimiento de inseguridad, que no parece guardar exclusiva correspondencia con tales riesgos, sino que se ve potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, por las dificultades con que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompasar su vida cotidiana a él, con lo que todo este

conjunto de factores activa demandas de intervenciones socio-estatales que permitan controlar tales riesgos y aplacar tales temores, aunque con fines más bien políticos y demagógicos, que realmente útiles, con lo que se ha planteado como solución una política criminal capaz de dar respuesta a esta sociedad del riesgo, donde se aprecia una notable ampliación de los ámbitos sociales objetos de intervención penal, la cual pretendería incidir sobre nuevas realidades problemáticas, o sobre aquellas existentes pero que se han ido potenciando, citando por ejemplo, la fabricación y distribución de productos, los delitos medio ambientales, nuevos ámbitos tecnológicos como el nuclear, informático, genético, el orden socioeconómico y las actividades encuadradas en estructuras delictivas organizadas, con especial mención de los tráficos ilícitos de drogas.

Se aprecia una preeminencia otorgada al Derecho Penal para prevenir tales conductas, en detrimento de otros instrumentos de control social, o intervenciones llevadas a cabo en el seno de otros sectores jurídicos como el Derecho Civil o el Derecho Administrativo, con lo que el principio de la subsidiariedad penal (*ultima ratio legis*) queda seriamente cuestionado²⁹².

Contra poniéndose a la tendencia del Derecho Penal mínimo, cuya postura defendida por algunos de los más significados autores de la llamada “Escuela de Frankfurt”, proponen un Derecho Penal básico, que tuviere como objeto las conductas atentatorias contra la vida, la salud, la libertad y la propiedad, a la vez que abogando por el mantenimiento de las máximas garantías en la ley, la imputación de responsabilidad y el proceso²⁹³.

La política criminal resultante, y que se constata en las legislaciones extranjeras es hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes, por lo que se incrementa la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva (como la salud

²⁹² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 4 de enero 2005, pp. 3 y 4

²⁹³ SILVA SANCHEZ, Jesús María, La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 2001, p. 20

pública); cuyos componentes materiales marcarían diferencias respecto de los bienes jurídicos tradicionales, producto de su configuración a tenor de las funciones sociales que habrían de satisfacer y de la pérdida de referentes individuales.

También se observa un predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico, en desmedro de las estructuras que exigen un resultado material lesivo, como una anticipación del momento en que procede la intervención penal; se penan abundantes ilícitos antes sólo administrativos, civiles o mercantiles, y generaliza el castigo de actos preparatorios (por ejemplo los artículos 1, 8 y 18 de la Ley n° 20.000), se autonomiza la punición de la asociación delictiva, cuando no se integra esta dentro de las modalidades de autoría de participación (el artículo 16 de la citada ley) y existe una reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho Penal sustantivo y Derecho Procesal Penal (en el caso de la ley de drogas, las figuras del agente encubierto o agente provocador, son ejemplos claros de como se vulneran derechos y garantías como la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio, por nombrar solo algunos) . Hay ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político criminales de garantía, que no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término expansión²⁹⁴.

De acuerdo al catedrático de la Universidad de Málaga, José Luis DIEZ RIPOLLÉS, a partir de los fenómenos antes descritos, se han ido perfilando cuatro posturas doctrinales ante esta evolución:

- La primera tiene su origen en la escuela penalista de Frankfurt, siendo uno de sus principales expositores HASSEMER, quien sin dejar de reconocer las nuevas necesidades sociales de intervención, se afana por mantener el concepto de Derecho Penal acuñado en la Ilustración, concentrando los esfuerzos punitivos en torno a la tutela de un consolidado catálogo de bienes jurídicos de titularidad individual, a los que habría que añadir un reducido número de intereses sociales y estatales sólo amparados frente a riesgos

²⁹⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit., p. 5; SILVA SANCHEZ, Jesús María, op. cit., p. 20

graves y evidentes. Además, se debe velar por la vigencia de un sistema de imputación de responsabilidad, sobre el cual se debe guardar un respeto irrestricto a las garantías individuales, tanto en el plano sustantivo como procesal del Derecho Penal. En este sentido, se propone crear un Derecho de intervención, que se encontraría a medio camino entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador, entre el Derecho Civil y el Derecho Público.

Este Derecho de intervención sería el encargado de ocuparse de esta nueva criminalidad, la cual sería admisible que abordara con unas reglas de imputación y unas garantías penales y procesales menos estrictas, lo cual debería acompañarse con la previsión de unas sanciones de menor gravedad que las penales²⁹⁵.

Muy expresiva es, al respecto, la siguiente frase del propio HASSEMER: “Para combatir las formas modernas de causación de daños, debería pensarse en la construcción de un sistema jurídico, que tenga elementos absolutamente penales, pero que este orientado en términos estrictamente preventivos y, en todo caso, renuncie al reproche personal y a la imposición de penas privativas de libertad. Una clase de Derecho de intervención así configurada podría integrar formas de imputación colectiva”²⁹⁶

- La segunda postura, representa una aceptación resignada de las nuevas demandas sociales que se le plantean a la política criminal y un intento de reducir su impacto sobre el Derecho Penal hasta ahora vigente. Formulada por el profesor SILVA SANCHEZ, propone dos clases de Derecho Penal. El primero sería el Derecho Penal clásico (de la primera velocidad), que permanecería anclado en la protección del catálogo de bienes jurídicos

²⁹⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit., p. 6

²⁹⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús María, op. cit., p. 154

tradicionales y en donde seguirían rigiendo los habituales y rigurosos criterios de imputación y garantías del presunto delincuente.

Junto a él surgiría un nuevo Derecho Penal, un Derecho Penal de segunda velocidad, que se ocuparía específicamente de esas perturbaciones sociales modernas que está sacando a la luz la sociedad del riesgo. Este nuevo nivel del Derecho Penal se adaptaría a estas nuevas necesidades y riesgos, flexibilizando los criterios de imputación y garantías individuales, aunque la contrapartida a estas cesiones sería, sin embargo, la renuncia a la previsión de la pena de prisión para estos comportamientos, que deberían ser castigados únicamente con penas pecuniarias y privativas de derechos²⁹⁷.

- La tercera posición doctrinal, es producto de la reacción de un amplio sector de la doctrina, que pretende justificar la orientación seguida al señalar que esta modernización del Derecho Penal, es una consecuencia de la acomodación de las nuevas sociedades postindustriales al modelo del Estado Social de Derecho, frente al periclitado Estado de Derecho liberal, con lo que se busca justamente es la creación de las condiciones que posibiliten el libre desarrollo personal de los ciudadanos; también justifican la protección de los intereses colectivos, principalmente por el conocimiento cada vez más preciso de los riesgos existentes y de las técnicas para controlarlos.

Finalmente, esta tendencia explica que el supuesto abandono por el moderno Derecho Penal de los principios básicos del Derecho Penal garantista no correspondería a la realidad por las siguientes razones: a) que un análisis detallado de los nuevos contenidos integrados al Derecho Penal, no obstan a que el garantismo posea los instrumentos necesarios para integrarlos a su seno, b) los principios limitadores del *ius puniendi* son debidamente respetados, puesto que respecto al principio de subsidiariedad, el Derecho Penal ha mostrado sobradamente ser más eficaz que el Derecho

²⁹⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit., p. 7; SILVA SANCHEZ, Jesús María, op. cit., pp. 149 y ss.

Administrativo sancionador en la prevención de conductas especialmente peligrosas, y respecto a los bienes jurídicos colectivos, se dice que han demostrado su autonomía conceptual, sin que ello haya supuesto una desmaterialización del objeto de tutela con pérdida de la referencia a intereses sociales tangibles, y c) que las estructuras de peligro resultan imprescindibles para la protección de ciertos bienes jurídicos colectivos cuando no se puede o no conviene esperar su efectiva lesión²⁹⁸.

- La cuarta postura, se caracteriza por que no ve la necesidad de realizar cesiones aceptando niveles intermedios de intervención penales o parapenales. Critican las posturas llamadas modernizadoras, al señalar que en la práctica las intervenciones penales en los ámbitos sociales modernos se concentran en caso de bagatela, con lo que finalmente resultan también lesionados los principios de fragmentariedad y proporcionalidad. En último término, la política criminal moderna, incapaz de prevenir eficazmente los comportamientos que le preocupan, termina asignando al Derecho Penal una función meramente educadora, que le hace caer en las redes del Derecho Penal simbólico²⁹⁹.

La discusión precedente es la que se ha estado desarrollando en los últimos diez años, respecto del fenómeno de la expansión del Derecho Penal, de su evolución en respuesta a los nuevos riesgos, sin embargo, cabe preguntarse en qué se materializa hoy todo este fenómeno. Y la respuesta se identifica en primer lugar con un bloque de comportamientos que podrían agruparse bajo el concepto de delincuencia organizada, que aborda conductas que se aprovechan de las ventajas que la actual sociedad tecnológica ofrece a los delincuentes, que tienen una indudable repercusión socioeconómica y en los que se implican sectores poderosos de la sociedad, como es el caso del blanqueo de capitales, los fraudes financieros o los atentados contra la propiedad intelectual, etc. Pero el núcleo de las intervenciones policiales se concentra

²⁹⁸ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit., pp. 7 y ss.

²⁹⁹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit., p. 9

en dos fenómenos delictivos ya tradicionales, como son el narcotráfico y el terrorismo (este último arraigado en España, más que una realidad nacional).

Pues bien, ninguno de estos parece ser una directa consecuencia de las oportunidades y los beneficios que pueda suministrar la nueva sociedad tecnológica y por ende, pese a ser una categoría delictiva cada vez más enfocada y aplicada sobre asociaciones delictivas propias de la delincuencia común.

Un segundo bloque de conductas viene constituido por la delincuencia grave de naturaleza violenta o sexual, que se mueve en el campo de la delincuencia más tradicional, la que afecta a bienes jurídicos individuales básicos, tales como la vida e integridad personal, libertad e indemnidad sexual y los apoderamientos violentos de patrimonio. Parece claro que en este grupo de conductas ya se han perdido con nitidez las referencias al original concepto de expansión, aquel que pretendía atender a las nuevas formas de criminalidad inherentes a la sociedad tecnológica y mundializada, ya que sólo se trata de intensificar intervenciones penales en el núcleo de la delincuencia clásica.

El tercer bloque de comportamientos contenido en la nueva expansión securitaria supone ya el descenso a la criminalidad de la marginación y la exclusión social, aquella que se trata de la delincuencia habitual de poca monta, que centra sus afanes en los delitos y faltas patrimoniales para obtener los beneficios y oportunidades vitales que la sociedad goza.

La ampliación punitiva en este ámbito vuelve a estar muy alejada del original concepto de expansión, a pesar de que en este caso ya no se trata simplemente de intensificar reacciones penales ya existentes, sino que derechamente refleja la deriva autoritaria de la política criminal en la que la sociedad no está dispuesta a asumir cualesquiera responsabilidades por el surgimiento de este tipo de delincuencia, sino que solo se centra en los síntomas y no en las causas de la criminalidad, con lo que el control penal adquiere primacía sobre cualquier otro tipo de política social o jurídica³⁰⁰.

³⁰⁰ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit., pp. 15 y ss.

Por lo anterior, podemos darnos cuenta que este fenómeno expansivo, finalmente no ha ido dirigido como se pretendía en un principio, en el ataque de y prevención de los nuevos riesgos que aquejan a nuestra sociedad, sino que se enfoca en lo que podríamos denominar la delincuencia común, pero con un componente altamente represivo, y en consecuencia, se ha ido imponiendo la ideología de la distribución o reparto de riesgos entre el individuo (delincuente) y la sociedad.

Esta ideología parte del presupuesto de que individuo y sociedad deben compartir de forma razonable los riesgos del delito, sin que haya que ser la comunidad la que termine haciendo todo el esfuerzo en la prevención de la delincuencia. A partir de dicho postulado es que la sociedad rechaza hacerse cargo de los costes derivados de los riesgos de reincidencia delictiva, tanto de los procedentes de los delincuentes habituales como de los que con menor intensidad crean asimismo los delincuentes ocasionales, en este sentido el coste de ese riesgo ha de pasar íntegramente al propio delincuente³⁰¹.

Dicho planteamiento lleva a que la sociedad se vea descargada de la obligación de promover la resocialización de los delincuentes, para evitar la recaída en el delito, argumentando que son costos que no le corresponden; también da lugar a la inocuización selectiva, que es la utilización de la pena por extensos periodos de encarcelamiento y control ejercidos sobre los delincuentes habituales, debido a un efecto estadístico en las tasas de criminalidad. Por último, se postula que un adecuado cálculo de los riesgos de la reincidencia, sugiere superar el principio jurídico-penal de la culpabilidad por el hecho, de modo que habrá que extender las intervenciones sobre el reincidente más allá del momento en que ha cumplido la condena, así como anticiparlas a periodos previos a ella.

Se critica esta ideología, puesto que se enfoca en la convicción de que la criminalidad tiene su explicación en la libre voluntad del delincuente y no en carencias sociales que pueden condicionar su comportamiento, se acentúa el modelo que permite que tanto el individuo como la sociedad se vean como meras contrapartes de un contrato en el que ninguna de ellas tiene aparentemente que responder por

³⁰¹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit., pp. 17 y ss.

circunstancias previas favorecedoras del riesgo. Así, se ha llegado a desplazar la prevención de la delincuencia desde la sociedad al propio delincuente, degradando a este para poder justificar el rigor de las intervenciones penales que se plantean bajo esta ideología. En todo caso, debe tratarse de una degradación que no despoje al delincuente de su capacidad para actuar libre y racionalmente, con lo que se crea una contraposición entre ciudadano e individuo, convirtiendo al individuo como un enemigo de la sociedad, formulándose con ello la doctrina del “Derecho Penal del enemigo” (*Feindstrafrecht*), creada por el profesor Günther JAKOBS³⁰²

El Derecho Penal del enemigo se caracteriza por tratar al delincuente no como a un ciudadano, sino como a un sujeto que ha ido apartándose, paulatinamente, de la senda del Derecho, hasta convertirse en un enemigo de la sociedad³⁰³. Frente al enemigo, el Derecho Penal de la normalidad, que aquel ha abandonado de forma duradera, se mostraría completamente insuficiente e ineficaz. Para el Derecho Penal del Enemigo, este debe ser neutralizado, como permanente fuente de peligro para la sociedad, cueste lo cueste³⁰⁴.

Todas estas ideas giran en torno a la idea de la peligrosidad de tales delincuentes, y a su consiguiente corolario de que no hace falta esperar para intervenir penalmente a la producción de un daño o al surgimiento de un peligro identificable³⁰⁵.

De este modo es en el ámbito procesal donde esta doctrina concentra sus esfuerzos: y no solo a través de la preconizada mayor facilidad de imposición de la prisión preventiva, sino que también mediante una gran variedad de propuestas que desmontan sin contemplaciones el Derecho Penal garantista; facilitación de controles corporales, de intervención de comunicaciones o de intromisión en ámbitos privados sin control judicial o laxos controles, uso generalizado de agentes encubiertos,

³⁰² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit., p. 19

³⁰³ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, Derecho Penal del enemigo, Ed, Civitas, Madrid, 2003, p. 47 y 48

³⁰⁴ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pp. 43 y ss.; SCHILLING FUENZALIDA, Mario, El nuevo Derecho Penal del enemigo, ed. Librotecnia, 1ª edición, Santiago, 2010, p. 54

³⁰⁵ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pp. 49 y 50

prolongación de los periodos de incomunicación, restricciones del Derecho a no declarar contra sí mismo, limitaciones al Derecho de defensa, reconsideración de la invalidez de la prueba ilícitamente obtenida, etc.³⁰⁶

Dentro de esta formulación doctrinal del maestro alemán, hay que distinguir dos periodos, el del primer JAKOBS, que en el marco del Congreso de los penalistas alemanes, celebrado entre el 16 y 19 de febrero de 1985, en *Frankfurt am Main*, Günther JAKOBS presentó una ponencia en la que constataba de modo crítico la presencia en el StGb (*Strafgesetzbuch*, Código Penal alemán) de algunos preceptos propios de lo que él denomina Derecho Penal del Enemigo, por ejemplo, con motivo de tipificación de algunas conductas que se encuentran considerablemente alejadas del inicio de la ejecución, como delitos contra la paz social o el orden y la seguridad pública (delitos de terrorismo). Al respecto, el primer JAKOBS considera que el Derecho Penal del Enemigo no tiene cabida en el Derecho Penal de un Estado de libertades, ya que en dicha clase de Estado, sólo cabría referirse, de un modo legítimo, a un *Derecho Penal de ciudadanos*³⁰⁷.

El segundo JAKOBS surge en dos años: 1999 y 2003. En 1999, con motivo de la celebración en Berlín de las jornadas de reunión de profesores de Derecho Penal, en la que se describe el Derecho Penal del Enemigo como un Derecho Penal caracterizado por los siguientes elementos:

- Supone un adelantamiento de las barreras de protección penal sin una pena más reducida con respecto a la pena de momentos más avanzados del *iter criminis*.
- Representa un cambio de perspectiva, de acuerdo con el cual el Derecho Penal debería mirar no sólo hacia el pasado (hacia el hecho ya cometido), sino también hacia el futuro (hecho venidero, que aún está por llegar).

³⁰⁶ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pp. 43 y ss.; DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit., pp. 23 y 24

³⁰⁷ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pp. 47 y ss.

- Constituye la transición de una legislación penal a una legislación de lucha o de combate.
- Conduce a una reducción o relajamiento de las garantías procesales propias del proceso penal. JAKOBS ya no se limita a describir este Derecho Penal del Enemigo como un Derecho Penal previsto únicamente para situaciones excepcionales, del ciudadano³⁰⁸.

En 1999, JAKOBS cree que el Derecho Policial ya no es suficiente para luchar con eficacia contra los enemigos de la sociedad, quienes con su comportamiento demuestran que resulta imposible establecer expectativas normativas con respecto a su conducta, declarándolos como no personas³⁰⁹.

Para el citado autor, estas medidas no corren el riesgo de ser declaradas inconstitucionales, porque, aunque los enemigos pueden ser personas en el sentido del artículo 1° de la Constitución alemana, lo cierto es que no corresponden con el concepto de persona defendido por LUHMANN: esto es, aquel sujeto respecto de cuya conducta es posible establecer expectativas normativas. En el 2003, JAKOBS busca fundamentar la posición defendida en 1999, remitiéndose a las concepciones de cuatro filósofos que se refirieron al enemigo, como un concepto filosóficamente correcto: ROUSSEAU, FICHTE, KANT y HOBBS.

Desde la teoría del contrato social defendida por los dos primeros pensadores, todo delincuente sería por definición, enemigo de la sociedad y declararí, mediante la comisión del delito, su voluntad de abandonar el contrato social y regresar, de este modo, al estado de naturaleza precedente³¹⁰.

³⁰⁸ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pp. 40 y SS.; SCHILLING FUENZALIDA, Mario, op. cit., pp. 54 y ss.

³⁰⁹ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pp. 55 y 56

³¹⁰ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., p. 26

Sin embargo, JAKOBS considera más convincente el punto de vista mantenido por KANT y HOBBS, para quienes no todo delincuente, sería por definición, enemigo de la sociedad, sino que, al contrario, también quienes delinquen pueden ser divididos en ciudadanos y enemigos. Por ejemplo, KANT considera que, a pesar de la comisión del delito, los delincuentes deberían seguir siendo calificados, en su amplia mayoría, de ciudadanos, y la categoría de enemigos se reservaría para aquellos delincuentes que amenacen permanentemente a la sociedad mediante la comisión de delitos. Para HOBBS, en cambio, enemigo sería únicamente el reo de alta traición³¹¹.

JAKOBS a partir de la fundamentación filosófica basada en los autores precedentes, explica la lógica de la doble distinción entre Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. En el primero, la pena trataría de comunicar, contra fácticamente al delincuente, que el delito que ha cometido ha puesto en cuestión la vigencia de la norma³¹².

En cambio, en el Derecho Penal del Enemigo, la pena perdería toda su dimensión comunicativa, y, además, pasaría a ser un simple instrumento de corroboración de la legítima expectativa cognitiva que los ciudadanos tiene de que tales enemigos no cometerían delitos en el futuro³¹³.

En este sentido, dicha corroboración cognitiva será tanto más clara cuanto más apartado este el sujeto de la sociedad, esto es, cuantas más escasas sean las posibilidades de que el sujeto recupere la senda del Derecho. Por lo que en conclusión, si se trata de un sujeto que es irremisiblemente apartado de la sociedad, entonces quiere decir que el Derecho no habría funcionado, y la única alternativa realmente eficaz, entonces, es la guerra o lucha contra el enemigo³¹⁴.

³¹¹ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pp. 29 y ss.; SCHILLING FUENZALIDA, Mario, op. cit., pp. 57 y 58

³¹² JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., p. 23

³¹³ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., p. 40

³¹⁴ SCHILLING FUENZALIDA, Mario, op. cit., p. 58

Las críticas a este modelo, no se hicieron esperar y se centraron en el supuesto Derecho del Estado de negarles a seres humanos el estatus de personas, también el hecho que el concepto del Derecho Penal del Enemigo significaría una vuelta a las ideas nacionalsocialistas sobre la exclusión de determinados grupos; o que no sería constitucionalmente aceptable o se mostraría del todo inapropiada para un Estado de Derecho³¹⁵.

El profesor Manuel CANCIO MELIÁ, critica el hecho de otorgarles el estatus de “enemigo” a quienes lesionan configuraciones sociales estimadas esenciales y especialmente vulnerables, puesto que la pena, en lugar de servir para restablecer la vigencia de la norma quebrantada, lo que sucede en este caso, es justamente lo contrario, al apartarlo del cuerpo social, se le reconoce competencia normativa para cuestionar la norma³¹⁶ y en consecuencia, configurarían un inadmisibles Derecho Penal de autor, violentando el principio de acuerdo al cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico penal por meros pensamientos³¹⁷.

Así mismo, se afirma que se está ante un proyecto político de consolidación de las desigualdades sociales y de fomento de la exclusión social de ciertos colectivos ciudadanos. El sistema en comento posee un sesgo clasista, puesto que establece muy significativas diferencias entre las intervenciones sociales a practicar sobre las conductas lesivas de los sectores socialmente poderosos, y aquellas que deben ejercerse sobre comportamientos nocivos de las clases baja y marginal.

Finalmente, el Derecho Penal del enemigo, se dirige en forma casi absoluta a restringir las oportunidades vitales de los ciudadanos sujetos de forma directa a sus intervenciones, abandonando cualesquiera pretensiones de potenciar su integración

³¹⁵ AMBOS, Kai, Derecho Penal del enemigo, en CANCIO MELIÁ, Manuel, GOMEZ-JARA, Carlos, coordinadores, Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión, vol. I, Ed. B de F, Buenos Aires, 2006, pp. 150 y 151; MUÑOZ CONDE, Francisco, De nuevo sobre el “Derecho Penal de enemigo”, en CANCIO MELIÁ, Manuel, GOMEZ-JARA, Carlos, coordinadores, Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión, vol. II, Ed. B de F, Buenos Aires, 2006, p. 343

³¹⁶ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pp. 94 y ss.

³¹⁷ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pp. 100 y ss.; SCHILLING FUENZALIDA, Mario, op. cit., pp. 59 y ss.

social y en consecuencia, cuando existe un pronóstico de que un individuo va a cometer un delito, en lugar de que la sociedad busque la prevención de la materialización de dicho pronóstico, lo que se produce es justamente lo contrario, se excluye al delincuente haciendo que los costes de la prevención de la delincuencia recaigan sustancialmente sobre el individuo y no sobre la sociedad³¹⁸.

Queda de manifiesto que la Ley n° 20.000 de drogas, aplica las máximas del Derecho Penal del enemigo, justificándose por medio del riesgo que supondría el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y su difusión descontrolada, pasando por alto garantías y derechos que son inherentes a todas las personas, a través de las técnicas de investigación, la flexibilización de los sistemas de imputación y adelantamiento de las barreras de protección, todo ello siendo un reflejo de las ideologías repasadas precedentemente, con una respuesta represiva de tal magnitud que hace replantearse si efectivamente la solución al problema de las drogas es mejor o por el contrario, se ha exacerbado de tal forma que el remedio se ha transformado en algo peor que la enfermedad.

2) Política criminal prohibicionista:

El consumo de sustancias psicoactivas es una actividad ligada al origen de la humanidad y han sido usadas racionalmente en la medida en que la técnica lo permitía³¹⁹. Esta premisa histórica es la que permite entender que hoy en día se hable básicamente de dos posiciones o paradigmas para enfrentar el consumo de sustancias psicoactivas: a) reducción de daños y b) sociedad libre de drogas, por lo que en consecuencia se puede decir que las sociedades han desarrollado básicamente dos formas de organizar el control del consumo, producción y comercio de sustancias psicoactivas ilícitas, que pueden describirse básicamente en torno a los dos enunciados paradigmáticos ya mencionados³²⁰.

³¹⁸ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, pp. 28 y 29

³¹⁹ SANCHEZ BUSTOS, Sergio, Contexto histórico, op. cit., p. 9

³²⁰ SANCHEZ BUSTOS, Sergio, Principales paradigmas preventivos en el día de hoy, Aportes para una nueva política de drogas, Ed. Tierra media, Santiago, 2012, p. 25

En el caso de la “sociedad libre de drogas”, se origina en pleno siglo XX, en los Estados Unidos, denominado por sus críticos como “sociedad libre de drogas”, “abstencionismo”, “prohibicionismo” o “guerra contra las drogas” y por sus partidarios la como “reducción de oferta de drogas”. Este paradigma fundamenta su ámbito de acción en la extirpación social total de toda forma de consumo, producción, compra y venta de cualquier sustancia psicoactiva no legalizada³²¹.

Por otra parte, el paradigma de la reducción de daños, tal como su nombre lo indica, se enfoca en reducir los daños del abuso de sustancias psicoactivas, no planteándose como objetivo necesariamente la eliminación del consumo de sustancias psicoactivas ilícitas. El término reducción de daños empezó a ser utilizado ampliamente a partir de los intentos de detener la extensión del VIH, proporcionando material de inyección estéril a los usuarios de drogas por vía parenteral en los primeros años de la década de los 80.

Esta estrategia es usada como un paso intermedio en el proceso del logro de la abstinencia total y como tal no debe ser asociado como un movimiento que busque legalizar, descriminalizar o promover el uso de drogas. Este modo de enfrentar el consumo de sustancias psicoactivas ilícitas enfatiza su acción en el consumidor minimizando los daños asociados al consumo para él, su entorno próximo y la sociedad, reconociéndolo como una persona que puede y debe ser considerada como un valor a cuidar por la institucionalidad estatal.

Otra de las características de este enfoque es el respeto por las libertades de las personas que se anteponen a cualquier disposición colectiva que la resume, así se pone sobre relieve el principio de autonomía de las personas para decidir qué tipo de sustancias ingieren, poniendo el énfasis en la información, para quienes deseen experimentar el consumo, lo hagan con conocimiento de sus efectos, contraindicaciones y potenciales peligros. Se confía en la capacidad y juicio de la persona para decidir la cantidad y tipo de sustancias a consumir, no habiendo grandes

³²¹ SANCHEZ BUSTOS, Sergio, Principales paradigmas, op. cit., p. 25

sanciones contra el consumo y el autoabastecimiento (plantaciones para uso propio) del consumidor.

Se acepta tácitamente la existencia de drogas ilegales en la comunidad, al tiempo que se plantea la imposibilidad de eliminarlas por completo de la misma y en consecuencia se enfatiza en un resultado sanitario antes que una visión criminalista o moral, pero sin desconocer la importancia de la persecución del crimen organizado en la política estatal³²².

En el ámbito multilateral, ha imperado la mirada prohibicionista, con lo que la historia para combatir el “problema mundial de la droga” ha está marcado por grandes hitos. Entre los esfuerzos previos a las Naciones Unidas, es destacable la realización en 1909 de la “Primera Conferencia Internacional sobre Estupefacientes en Shanghai”. En 1912 se efectúa la “Conferencia Internacional del Opio” en La Haya. Esta condujo al primer tratado internacional sobre fiscalización al tráfico de estupefacientes y que con los tratados internacionales en la materia concertados hasta 1972 constituyen la base jurídica del actual sistema.

Posteriormente, se crearon en 1946 la Comisión de Estupefacientes de Naciones Unidas, la Junta Internacional de Fiscalización de Drogas (JIFE) y el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización de Drogas (PNUFID). Entre los instrumentos jurídicos es de destacar, por el grado de ratificación, la universalidad de la Convención Única de 1961, el Convenio de 1971 sobre Sustancias Sicotrópicas y la Convención sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

Desde 1945 hasta la fecha, la globalización del fenómeno de la droga y de los delitos conexos urgió a la comunidad internacional, afectada en su conjunto, a crear en el seno de Naciones Unidas diferentes mecanismos político-jurídicos para afrontar el problema con resultados, ciertamente, aún insuficientes, institucionalizando la acción multilateral antidrogas en el seno de Naciones Unidas. En 1946 se crea la comisión de Estupefacientes de Naciones Unidas sucesora, del órgano similar existente en la Sociedad de las Naciones.

³²² SANCHEZ BUSTOS, Sergio, Principales paradigmas, op. cit., pp. 28 y ss.

La Convención Única de 1961 fundió todos los cuerpos legales existentes desde 1912, a fin de armonizar internacionalmente el sistema de fiscalización de estupefacientes. Esta convención única fue modificada por el Protocolo de 1972 que agrega elementos como la rehabilitación, la disminución de la demanda, además de dotar de prerrogativas a la JIFE. El Convenio de 1971 sobre Sustancias Sicotrópicas las asimila al mismo status de estupefacientes³²³.

En este contexto internacional, Chile ha optado claramente por esta tendencia que se implementa a través del CONACE (Consejo Nacional de Control de Estupefacientes, hoy SENDA, Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo Drogas y Alcohol), con la misión de “asesorar al Presidente de la República en todas las materias relacionadas con la prevención y control del uso indebido, la producción y tráfico ilícito de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, y demás actividades vinculadas con estos delitos como, asimismo, en lo relativo al tratamiento, rehabilitación y reinserción social de las personas afectadas por la drogadicción”³²⁴.

Esta mirada se enmarca en el acuerdo de 1988, firmado por Chile y Naciones Unidas para combatir el fenómeno a nivel planetario, dónde se manifiesta un interés político explícito, que: “...es promover la cooperación entre las partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional. En el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente convención, las partes adoptaran las medidas necesarias, comprendidas las del orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos”³²⁵.

³²³ TRESSLER ZAMORANO, Frank, El sistema jurídico internacional contra el narcotráfico: un ejemplo de la globalización del riesgo y la cooperación, Revista de derecho (Universidad Finis Terrae), año VI, n° 6, 2002, p. 100

³²⁴ Decreto N°683 del 21 de septiembre de 1990

³²⁵ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 1988. Naciones Unidas, art. 2 n°1

Por lo que esta posición se enfoca en impedir el consumo y producción de sustancias psicoactivas ilegales a nivel mundial, y detener el enriquecimiento a partir de la comercialización de las mismas, por considerarlas todas actividades peligrosas para la integridad de la sociedad y de sus instituciones organizadas³²⁶.

En efecto, una vez que la democracia se volvió a instaurar en Chile, se institucionalizó un discurso público desde el Estado que demonizó toda conducta relacionada con cualquier sustancia psicoactiva ilegal, siguiendo la tendencia internacional precedente.

Es así, durante el gobierno de Patricio Aylwin, se creó el 21 de septiembre de 1990, una entidad gubernamental, mediante el Decreto n° 683 el CONACE, como un comité de carácter interministerial asesor del Presidente de la República³²⁷. Una cita que ejemplifica la dirección prohibicionista que se abordó en Chile se encuentra en el objetivo del plan nacional contra las drogas de 1993, que busca “desarrollar una acción sistemática, integral, coherente, concertada y de largo plazo, que posibilite la prevención del uso de sustancias y la reducción de su demanda, el control de la oferta, la disminución significativa del tráfico ilícito, el tratamiento y la rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción, con el propósito de contribuir a elevar sostenidamente la calidad de vida a nivel individual, familiar y social”³²⁸.

3) El prohibicionismo, Ley n° 20.000 y sus consecuencias:

La Ley n° 20.000 como reiteradamente se ha venido diciendo es una representación explícita del prohibicionismo, que busca castigar el tráfico, el cultivo y otras conductas asociadas. Un pequeño repaso por su historia, permite percatarse de forma inmediata, las directrices de dicha normativa, y sobretodo el enfoque que se le quiere dar, el pensamiento de los legisladores que buscan, casi de forma irracional alcanzar el

³²⁶ SANCHEZ BUSTOS, Sergio, Principales paradigmas, op. cit., p.27

³²⁷ SANCHEZ BUSTOS, Sergio, Principales paradigmas, op. cit., p. 32

³²⁸ SANCHEZ BUSTOS, Sergio, Principales paradigmas, op. cit., p. 33

paradigma de una sociedad libre de drogas y que se ven reflejadas por ejemplo, en las siguientes citas:

- María Inés Muñoz (abogada jefa del Departamento de Control del Tráfico de Estupefacientes del Consejo de Defensa del Estado) señaló en la comisión especial de drogas que “el combate del tráfico de drogas debe, necesariamente, dividirse en dos partes. El problema del microtráfico que es lo que más afecta a la población en general, debe ser atacado con una estrategia distinta del tráfico propiamente tal. La estrategia para combatirlo requiere de una política de Estado para atacarlo. En cambio, el tráfico de drogas es un delito de carácter internacional y relacionado con el tema del lavado de dinero y con las grandes organizaciones criminales; por tanto, debe ser atacado con otras herramientas y con otros recursos”³²⁹.
- Jaime Orpis (diputado de la República) no dudó en realzar uno de los aspectos centrales de la ley que es la represión, y destacar que se deben abarcar además otros aspectos al decir que “el proyecto (...) sólo apunta al aspecto represivo y no aborda los ámbitos de la prevención y de la rehabilitación. Así, es importante debatir si debe contener la trilogía, es decir, represión, prevención y rehabilitación o sólo el enfoque tradicional (sólo represión); si se quiere una ley integral o sólo una que aborde el aspecto represivo; si se desea que el Ministerio de Educación con Conace aborden la prevención y que el Ministerio de Salud aborde la rehabilitación (...)”³³⁰
- Jorge Burgos (Ministro del interior subrogante) por su parte refleja de forma clara la posición del Estado de Chile respecto de la materia al manifestar que “(...) un segundo punto central es perfeccionar la lucha y sanción del microtráfico. La Comisión especial de drogas aprobó legislar sobre un nuevo delito: el porte para tráfico, dirigido a la represión de la venta pública, y porte de droga, como disposición para su transacción, o tráfico a cualquier título. Con

³²⁹ Historia de la ley 20.000, p. 59

³³⁰ Historia de la ley 20.000, p. 238

esta norma se logra delimitar adecuadamente el problema de los traficantes que eran sancionados como meros consumidores por algunos jueces, habida cuenta de la excesiva penalidad que dispone la Ley N° 19.366. De esta manera, el nuevo rango penal permite al juez fijar criterios judiciales en razón de la cantidad de droga, su disposición para el tráfico, el tipo de droga y lugares de comercialización”³³¹

- Isabel Allende (diputada de la República), en una de las sesiones parlamentarias para discutir el proyecto de ley señaló que “quiero expresar mis dudas de que podamos manejarnos con un proyecto que prácticamente sustituye una ley y que lo único que hace es sancionar. En efecto, como lo estipulan sus distintos artículos, solamente es represivo. Ello, por supuesto, entendiéndose la buena voluntad de tratar de ser efectivo en un tema que hoy es un drama nacional e internacional y que, si uno revisa sus distintos efectos, evidentemente, afecta en lo social, cultural y económico. Desde luego, es una lacra para el país”³³²
- Finalmente, el diputado Alberto Espina, expresa de un modo bastante ilustrativo y claro que el consumo debe ser sancionado “(...)siento que esta norma del consumo es extraordinariamente arbitraria, porque si una persona consume al interior de su casa, porque tiene recursos y un espacio grande para hacerlo, no tiene ninguna sanción, siempre y cuando no se haya reunido con el objeto de consumir; pero a la gente modesta que, a lo mejor, no tiene dónde hacerlo y debe ir a la plaza, se le aplica una sanción. Es absolutamente ridículo. O sancionamos el consumo -y sanción no significa cárcel- o establecemos como obligatoria su rehabilitación en los diferentes centros de asistencia de salud mental, que en este país son muy escasos al interior de las comunas, o simplemente no tengamos una norma discriminatoria que permite que quien tiene recursos -repito- puede consumir tranquilamente en su casa, y el que no

³³¹ Historia de la ley 20.000, p. 252

³³² Historia de la ley 20.000, p. 263

los tiene, debe ir a la plaza. Siempre hemos evadido una decisión sobre el tema. O el consumo se sanciona como falta por sus características o implementamos los mecanismos para rehabilitar al consumidor, pero no establezcamos esta especie de solución ecléctica: sólo sancionamos algunas veces, de repente, para no parecer duros o blandos. Estamos cometiendo un gravísimo error si el que consume queda impune³³³.

Queda de manifiesto que el prohibicionismo llega a tal punto que incluso se busca sancionar el consumo, lo que representa un extremo de dicha tendencia, puesto que la salud individual es considerada un bien jurídico disponible³³⁴, y peor aún, trata al consumidor de drogas ilícitas (cosa que no pasa con el consumidor de tabaco o alcohol) como un delincuente o sencillamente un enfermo.

Pues bien, cabe evaluar cuáles han sido los resultados que ha tenido la implementación de semejante política de drogas en nuestro país y en el mundo, en orden a comprobar, si se ha logrado proteger a la salud pública y también cuales han sido los costos de semejante campaña. ¿Alguien ha ganado la guerra de las drogas?, ¿ha disminuido el narcotráfico?, ¿la salud pública o individual está siendo realmente protegida?

Se afirma que para proteger la salud pública, se debe evitar la difusión descontrolada de las drogas prohibidas, con lo que se debe combatir al narcotráfico como una de las máximas de la política criminal prohibicionista. Con lo que se han invertido millones y millones de dólares en compra de armamentos, entrenamiento de fuerzas de orden público, equipos y tecnología, como también en aumentar exponencialmente los cupos penitenciarios, aumentar la dotación de gendarmes a cargo de las cárceles y un sinfín de otros costos. Se han perseguido clases campesinas empobrecidas en los países productores, por dedicarse al cultivo de especies prohibidas, soportando fumigaciones que han arrasado con el ecosistema y obligado al traslado de sus poblaciones aunque no antes de contemplar la aparición de

³³³ Historia de la ley 20.000, p. 274

³³⁴ FERNANDEZ CRUZ, José Ángel, op. cit., p. 183; BUSTOS RAMIREZ, Juan, op. cit., p. 99

graves malformaciones en los recién nacidos e importantísimos problemas de salud para los pobladores de esas zonas.

Sin embargo y a pesar de todas estas medias el narcotráfico no ha disminuido, sino que ha incrementado y expandido a otros países, como sucede con los cultivos de cocaína en Colombia, Perú y Bolivia (sólo hablando de los grandes países productores). En estas naciones, al ser descubiertas terrenos dedicados al cultivo, por el aumento del control y de la represión, estas se deben desplazar, por lo que si las fumigaciones suponen una disminución de los terrenos cocaleros en Colombia, ello acarreará una ampliación de esas mismas superficies en Perú y Bolivia para de esa forma mantener la producción en los niveles exigidos por el mercado. En otras ocasiones lo que ha sucedido es que la política de fumigaciones ha tenido como único efecto duradero la dispersión de los cultivos para dificultar futuras y nuevas pulverizaciones.

Desde luego que, además, esta política prohibicionista ha significado para los países productores un considerable empobrecimiento pues se ven forzados a emplear una parte muy importante de la riqueza nacional en esta política antidroga, lo que les hace cada vez más dependientes de la ayuda exterior de las denominadas potencias y, por tanto, más susceptibles de influencia. Ello implica también llevar a cabo en sus propios países una política fuertemente antidemocrática (por antisocial), posponiendo la cobertura de las necesidades básicas y esenciales de la población (educación, sanidad, vivienda, alimentación) para invertir en políticas de defensa (cuyo desembolso supondrá, de ordinario, cuantiosos ingresos para la industria de los países ricos que son los que aportan la mayor parte de los consumidores de la droga: EE.UU y la UE)³³⁵.

Por otro lado, países de tránsito como México, han tenido que lidiar con una realidad que no se condice con el espíritu del prohibicionismo, donde cientos de cárteles siguen exportando drogas a EE.UU y a la UE, en donde la declaración de guerra a las organizaciones criminales, en una estrategia dirigida y diseñada por EE.UU, ha terminado siendo un buen negocio para este último país pues, como las

³³⁵ ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, op. cit., pp. 204 y ss.

necesidades de armas y equipos tanto para el gobierno como para los cárteles las cubren los mismos Estados Unidos y por ende, este intercambio desigual sirve de fuente de plusvalías para este último que pone la tecnología, limitándose el primero a aportar cadáveres (50.000 muertos de “mala manera” desde el inicio del mandato de Calderón)³³⁶.

Como se puede apreciar, la piedra angular de las políticas de drogas es frenar el narcotráfico, pero lejos de lograr dicho objetivo, lo único que se ha podido constatar es más muerte, más pobreza y mayor abuso de sustancias por desinformación, reclutamiento a cárteles de droga, etc.

³³⁶ ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, op. cit., p. 218

Conclusiones y propuestas

La actual legislación de drogas, está amparada en la ideología del prohibicionismo, en que se busca por todos los medios, terminar con la oferta de drogas y así lograr una sociedad libre de drogas. El argumento principal para sostener dicha ideología es la protección de la sociedad de los efectos perniciosos que las drogas ilícitas tendrían, tanto desde el punto de vista de la salud de la población, como también desde las consecuencias sociales y económicas que existirían para la sociedad. El Estado, que en su artículo primero incisos cuarto y quinto de la Constitución, debe velar por el bien común, entiende que parte de esta función, es proteger a la población del acceso a sustancias que pueden provocar daños a su salud, en el entendido de un Estado paternalista, puesto que no admite que se le contradiga este mandato, a pesar de que el individuo dentro de su esfera íntima, quisiera consumir tales sustancias.

La inevitable conclusión a la que se llega una vez analizando la actual legislación sobre drogas, el contexto político criminal y el bien jurídico protegido, es que no se protege y jamás se protegerá la salud pública, ni tampoco la individual, por medio del prohibicionismo y su traducción jurídica la Ley n° 20.000, dejando sólo externalidades negativas a su paso, como son la vulneración de derechos y garantías constitucionales, el aumento del abuso de drogas, del narcotráfico, de pérdida de vidas y pobreza para la región.

- La Ley n° 20.000 no busca proteger bienes jurídicos:

Efectivamente, no se vislumbra cómo la actual normativa sobre drogas pueda siquiera justificar proteger la salud pública, puesto que existe una manifiesta contradicción con relación al objeto material del delito. Tampoco cómo puede explicarse el hecho de sancionar una colaboración a un delito de autolesión. La única razón es que existen otros intereses encubiertos en la actual política criminal, que distan mucho de la protección a la salud, tanto pública como individual, que apuntan a concepciones ética-morales y en consecuencia, comprometiendo el fin de la pena dentro del ordenamiento punitivo, el cual es la legítima protección de bienes jurídicos.

Con relación a la paradoja presentada respecto del objeto material del delito – las sustancias estupefacientes – no se entiende por qué el tabaco y el alcohol son legales, puesto que si el fin del legislador es proteger la salud pública, entonces estas sustancias, junto a otros sicofármacos que se venden bajo receta en farmacias, debiesen ser declaradas ilegales, atendida a la reconocida nocividad de dichas sustancias. El alcohol es responsable de 2,5 millones de muertes al año, además de innumerables problemas de índole familiar y de desarrollo social, tales como ausencia laboral, violencia, etc., de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud³³⁷ y el tabaco mata hasta 6 millones de personas al año, siendo unas 600.000 muertes como consecuencia a la exposición del humo y no por ser consumidores directos (fumadores pasivos)³³⁸.

Se podría sostener que en la protección del bien jurídico no sería necesaria la tipificación de todas las formas que la afectan, sin embargo, las que se tipificasen, debiesen ser por lógica, las conductas más graves y en consecuencia, dejar de lado la tipificación de conductas menos lesivos o que representen un riesgo menor de afectar el bien jurídico. En este sentido, se debería incriminar el tráfico de alcohol, situación que no se da, y demuestra que esta discriminación del objeto material del delito, no recae en la protección de la salud pública, sino que esta se usa de pretexto encubridor del verdadero fin de la norma.

Ese cuestionamiento pone en relieve que existen otros intereses; el principio del prohibicionismo no contempla la preocupación por la incidencia nociva en la salud, sino más bien la idea de daño social, por lo que cabría preguntarse cuál es el interés dominante que justifica de por qué se consideran determinadas sustancias como

³³⁷ Página de la Organización Mundial de la Salud [en línea]

<<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs349/es/index.html>> [consulta: 10 de Diciembre 2012]

³³⁸ Página de la Organización Mundial de la Salud [en línea]

<<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs339/es/index.html>> [consulta: 10 de Diciembre 2012]

proscritas frente a la admisión de otras tanto o más nocivas para la salud, pero de uso y abuso inveterado en los países de nuestro entorno cultural.

No resulta difícil advertir la concurrencia de intereses espurios, de carácter político y económico, que rebasando el marco de lo estrictamente sanitario, entran en conflicto ético con el altruismo que debe presidir la protección de la salud y poniendo en tela de juicio la finalidad última de su regulación³³⁹. La exclusión del objeto material del alcohol y el tabaco, obedece, desde el punto de vista jurídico a su no inclusión en las Listas de las dos Convenciones, la de 1961 y la de 1971, que son Derecho vigente en Chile. Pero el porqué no están fiscalizadas o prohibidas, tiene que ver con razones de orden económico y sociológico, razones metajurídicas, que llevan a afirmar que la protección penal de la salud pública es fragmentaria y también cuestionable³⁴⁰.

También se cuestiona la sanción a una conducta que importa una colaboración a un delito de autolesión. El tráfico de estupefacientes se entiende de forma distinta a otros delitos en que se busca proteger la salud pública³⁴¹, dado que el consentimiento del individuo para consumir dicha sustancia es libre e informada, en estos delitos el consumidor no es víctima de engaño o de la falta de cuidado del proveedor y precisamente busca esa sustancia por sus especiales características y cualidades, sin las cuales, lo más probable no las consumiría. Entonces, la conducta de tráfico de *per se* no afecta la salud pública, puesto que la venta de drogas, importa potencialmente al daño de la salud individual de una persona, pero no se logra entender como pudiera efectivamente afectar la salud pública, salvo que se contagiare la drogadicción o el consumo, como si se tratara de un virus contagioso, que en el caso en comento sería claramente un absurdo.

Con lo que la actuación penal se entiende justificada en los casos en que se quiere evitar el consumo por parte de menores de edad, o personas que no tengan la

³³⁹ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, op. cit., pp. 98 y ss.

³⁴⁰ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, op. cit., pp. 99 y ss.

³⁴¹ Ver *supra*. críticas al bien jurídico protegido en los delitos de tráfico, en p. 135

capacidad suficiente para discernir sobre el consumo propio, pero jamás implicaría como tal, una medida de salud pública.

Por lo que el verdadero motivo por la cual se incriminan dichas conductas tiene que ver con los intereses meta-jurídicos que hacíamos mención precedentemente, y principalmente por una razón ético-moral, en que el consumo de determinadas sustancias y su contagio o propagación, tiene que ver con el buen o mal ejemplo, que representa el consumo de una sustancia específica, puesto que el expendio de drogas de por sí, no lesiona la salud pública, sólo colabora a una lesión individual de la salud. Se busca señalar que sustancias se deben o no consumir, por sobre consideraciones de salud o libertad, con lo a nuestro juicio, se fundamenta principalmente por la moral imperante, de que ciertas sustancias son rechazadas por ser sucias, malas, rechazadas por la religión, etc.

El Estado asume un rol paternalista, en la que tiene una función “pedagógica” prescindiendo de un criterio de salud, situación claramente intolerable, por cuanto los fines del Derecho Penal y de las penas, tienen que ver con la protección de bienes jurídicos, como instrumento de protección de las condiciones de vida fundamentales para la convivencia en una comunidad³⁴², abstrayéndose - por tanto - de otorgarles a esta, funciones de enseñanza a la población, por cuanto, se vulnerarían los principios de *ultima ratio* y de fragmentariedad del ordenamiento punitivo. Es más, tampoco podría cumplir con los fines preventivos de la pena³⁴³, por cuanto tienen como premisa la idea de justicia³⁴⁴, de respeto a la personalidad humana³⁴⁵, por lo que parece lógico que en el caso de una sanción ilegítima, esta nunca podrá inhibir la realización de la misma, puesto que desde su génesis la pena asignada a tal sanción estaría infringiendo los criterios de justicia, legitimidad y proporcionalidad.

³⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCIA ARÁN, Mercedes, op. cit., p. 52

³⁴³ ROXIN, Claus, op. cit., pp. 85 y ss.; MEZGER, Edmund, op. cit., p. 370; MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, op. cit., p. 106; JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 4

³⁴⁴ ROXIN, Claus, op. cit., pp. 82 y ss.; MEZGER, Edmund, op. cit., p. 380

³⁴⁵ MEZGER, Edmund, op. cit., p. 373

- El precio que hay que pagar (violación de derechos y principios):

La Ley n° 20.000 de drogas como reflejo de la doctrina del Derecho Penal del Enemigo, no sólo ha perseguido consumidores, quienes en su legítimo derecho han optado por usar sustancias que si bien pueden ser dañinas a la salud, no justifican dicha reacción penal por parte del Estado contra estos usuarios de sustancias ilícitas, sobre todo cuando los usuarios de sustancias lícitas, que sea dicho de paso, son igual o más dañinas que las denominadas ilícitas, no sufren persecución alguna, logrando que en la práctica exista una discriminación arbitraria, contrario al principio de la igualdad ante la ley que consagra una Carta Fundamental en su artículo 19 n° 2, convirtiéndola en una herramienta tan o más terrible que el mal que busca aplacar, puesto que lograr una sociedad libre de drogas, ha sido muy costosa, sobretodo en términos de derechos ciudadanos, volviendo el bien jurídico salud pública en una mera excusa para limitar las libertades de las personas, extendiendo la presencia del Estado a ámbitos que discutiblemente le pertenecen, como es por ejemplo la autodeterminación e intimidad de un individuo, siendo legítimo el ejercicio del Derecho a decidir que se quiere consumir o no, independientemente que pueda ser perjudicial o no para aquél.

También como consecuencia de la pobre calidad técnica en la tipificación, reflejados en los elementos “pequeña cantidad”, “consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo” y las “circunstancias del porte o tenencia”, señalados en el artículo 4°, se vulnera el principio de la presunción de inocencia, al presumirse que toda posesión de droga es para tráfico, invirtiendo la carga de la prueba hacia el poseedor de la droga, que perfectamente podía ser para consumo personal.

Por esta razón, los legisladores crearon la figura del microtráfico, contemplada en el artículo 4°, que contiene los elementos descriptivos antes mencionados, cuya vaguedad ha traído a colación el problema de la interpretación de sus alcances, lesionando el principio de tipicidad, al no determinarse la conducta sancionada, convirtiéndose en una ley penal en e incluso, yendo más lejos, torna imposible la aplicación de la presunción de conocimiento de la ley, toda vez que esta se constituye

en el propio caso por el sentenciador (al tener que él interpretar por lo que se debe entender, por ejemplo, pequeña cantidad), *a posteriori* de la ejecución del hecho³⁴⁶.

Tratándose de esta materia, hay que analizar la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, con fecha de 19 de julio de 2005, en la que se le entrega al juez la facultad de determinar, conforme a los elementos concurrentes en el caso concreto, el tipo penal aplicable. En este caso existiría un error de interpretación del concepto “pequeña cantidad”, al entenderlo como un elemento normativo de la conducta, y no como un elemento regulativo, refiriéndose a aquellos elementos que, contemplados en la descripción típica de la conducta por el legislador, implican un mandato para el juez de decidir el caso a partir de sus particularidades concretas, renunciando entonces el legislador a regular la conducta³⁴⁷.

En el contexto de la investigación criminal, figuras como el agente encubierto y revelador, que si bien existían con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma en comento, con la nueva ley se le ha establecido explícitamente como técnica de investigación, en el artículo 25, la posibilidad de creación de una historia ficticia, para facilitar la tarea de infiltración en organizaciones criminales³⁴⁸.

Con ello se han vulnerado derechos garantizados por nuestra legislación, como el Derecho a la intimidad, el Derecho a la inviolabilidad del hogar, puesto que, en el caso de que un agente encubierto es invitado a ingresar al domicilio particular de un narcotraficante, teóricamente estaría impedido de ingresar, dado que al importar dicho acto de investigación, una vulneración de una garantía constitucional, requiere autorización judicial previa. En caso que ingresara, toda la información que obtenga no podría ser utilizada como prueba en un juicio, ya que importaría prueba ilícita, al haberse obtenido con vulneración de derechos fundamentales, ilicitud que incluso

³⁴⁶ RUIZ DELGADO, Fernando, EL delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la ley 20.000, Revista Política Criminal, vol.4, n°8, diciembre, 2009, p. 414

³⁴⁷ RUIZ DELGADO, Fernando, op. cit., p. 414

³⁴⁸ Historia de la ley 20.000, p. 76

puede contaminar otras pruebas que deriven de ella (Teoría de los frutos del árbol envenenado)³⁴⁹.

En todo caso, se podría argumentar que el policía no estaba en condiciones de saber previamente que sería invitado a ingresar, por lo que siendo imposible, no está obligado. Sin embargo, con dicho razonamiento, el artículo 205 del Código Procesal Penal perdería todo sentido, porque esta norma regula la “entrada y registro de lugares cerrados”, por medio de una autorización judicial, con lo que sólo a partir de dicha autorización procedería efectuar el allanamiento, hecho que no sucede en el caso en comento. Es más, la autorización del fiscal para la actuación del agente encubierto no contiene la de ingresar al domicilio, aunque sea imposible desarrollar la función de agente encubierto con esa limitación y aunque el plazo de 10 días (plazo máximo para realizar un allanamiento a partir de la autorización judicial) sea excesivamente breve.

En opinión de Eduardo RIQUELME, no podría sostenerse que el agente encubierto está facultado para realizar cualquier actividad en el desempeño de su cargo, tales como: ingresar y revisar domicilios, interceptar y grabar comunicaciones telefónicas, abrir correspondencia, etc., sin autorización judicial. Razonar en contrario - prosigue- importaría sostener que la autorización del fiscal para la actuación de los referidos agentes equivale a todas las autorizaciones judiciales de que tratan los artículos 205, 209, 217, 218, 222 y 226 del Código Procesal Penal³⁵⁰.

Así mismo, cabe mencionar que el artículo 205 posee la hipótesis de que el propietario o encargado del lugar objeto del registro consienta en la práctica de la diligencia. En este caso, es evidente que el consentimiento al ingreso del agente no corresponde al referido en el artículo 205, ya que no puede consentir aquel que desconoce lo que hace. En este sentido, no hay consentimiento, y si lo hay está viciado, ya que se basa en un error.

³⁴⁹ RIQUELME, Eduardo, El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad de riesgo. Revista Política Criminal, n°2, A2, 2006, p. 10

³⁵⁰ RIQUELME, Eduardo, op. cit., p.11

La presunción de inocencia de todo imputado es nuevamente vulnerada dado que disponiendo que ninguna persona será considerada como culpable ni tratada como tal, en tanto no fuere condenada por sentencia firme, puesto que, si un fiscal autoriza la infiltración de un agente del Estado en la esfera privada del investigado es claro que es porque el fiscal sospecha de esta persona. Ahora bien si por ser sospechoso se vulneran garantías, ¿qué sucede con la “tranquilidad” que existía con relación a las mismas, al tener estas en teoría que ser autorizadas por un juez, que velaría si efectivamente existen los antecedentes suficientes para realizar diligencias investigativas que pueden lesionar garantías?; situación que no se condice con la realidad y que ni siquiera busca perseguir los responsables de un delito concreto, con lo que claramente se vulnera el principio de presunción de inocencia³⁵¹.

En algunos ordenamientos se ha enfrentado la fuerza probatoria de la información recogida por un agente encubierto, desde la perspectiva que, en verdad, las preguntas que él efectúa al investigado son un genuino interrogatorio prohibido, afectándose de esta forma el Derecho a guardar silencio. Señala el artículo 195 del Código Procesal Penal, que “están prohibidos los métodos de investigación y de interrogatorio que menoscaben o coarten la libertad del imputado para declarar, no pudiendo ser sometido a ninguna clase de coacción (...)”, agregando luego, en el inciso 2° entre otras, la prohibición de engaño. Y es evidente que es precisamente mediante engaño que el agente encubierto obtiene la declaración que reproducirá en juicio o que servirá para obtener otras pruebas. Es mediante engaño porque el agente encubierto se hace pasar por quien no es. Simula identidad, historia e interés no real. Evidentemente el montaje es un engaño para el investigado, que no pierde su condición de tal por el hecho de estar justificado en ciertos casos³⁵².

- Fracaso de la política criminal:

Pues bien, esta política de drogas ha fracasado, principalmente porque el consumo se mantiene estable e incluso en el caso de algunas sustancias ha aumentado, el narcotráfico ha expandido sus redes y de esta forma, la oferta de

³⁵¹ RIQUELME, Eduardo, op. cit., p.12

³⁵² RIQUELME, Eduardo, op. cit., p.13

sustancias ilícitas no ha sido controlada, objetivo buscado por la política criminal prohibicionista, y esto se debe a que la estructura jurídica sobre la que se sustenta dicha política, ha de ser calificada de ilegítima, y en consecuencia, no cumple ni con los fines preventivos generales de la pena, como tampoco con los fines preventivos especiales de la misma, entrando en un círculo vicioso en que la conducta que se busca evitar el consumo, como el tráfico, no hayan tenido éxito.

En consecuencia, esta construcción jurídica ilegítima está destinada a fracasar, en conjunto con la política criminal prohibicionista que la impulsa, como lo evidencian las miles de muertes producidos por el abuso de sustancias adulteradas por las organizaciones criminales para aumentar sus ganancias, así mismo, la injustificada discriminación entre sustancias incide en que día a día mueran miles de personas bajo una nube falsa de seguridad, que las empresas responsables de la comercialización del alcohol y el tabaco han creado a lo largo de los años; y que sólo en la última década se hallan reunidos esfuerzos para regular dicho mercado, el de las “drogas legales”, siendo insuficiente aún, y peor, dejando de lado la discusión y regulación a la gran masa de drogas ilegales, que son consumidas igualmente, puesto que la prohibición de sustancias atenta contra la libertad y autodeterminación, y por la misma razón siempre habrá demanda y también oferta.

Demostrativo de esto, es que los niveles de consumo no han disminuido en lo absoluto, a pesar de las políticas de criminalización y campañas comunicacionales. Desde el punto de vista epidemiológico, el consumo de algunas sustancias ha crecido, otros se han mantenido estables como el caso de la cannabis.

Efectivamente la prevalencia de consumo en de marihuana se ha mantenido casi estable, no así como en el caso de la cocaína y la pasta base, que en el último año, han aumentado su consumo, principalmente en el rango etario entre los 19 y 25 años. El consumo de drogas está presente en todos los sectores socioeconómicos de nuestro país. La tasa de consumo de marihuana es levemente mayor en el nivel socioeconómico bajo, pero en todos los segmentos socioeconómicos se aproxima a un 5%.

El consumo de pasa base es mayor en los estratos medios a bajos, siendo mínimo en el alto al igual que el de cocaína³⁵³. Estos antecedentes ponen de manifiesto nuevamente que el control del consumo no ha sido exitoso en nuestro país, y por mucho que se siga en la dirección de la represión, los resultados no llegarán, traduciéndose en millones de pesos botados, que perfectamente podrían ser utilizados en políticas públicas.

Por último, cabe reflexionar que si no hay un cambio real en la política criminal y en consecuencia en la legislación vigente, nunca se podrá controlar la demanda de drogas, porque siempre se crearán sustancias alternativas, con lo que el problema se reproduciría por más que lo fuera en otros términos; no se podrán suprimir las organizaciones criminales pues, como consecuencia de la pobreza, siempre habrá más aspirantes a nutrir sus filas que puestos a cubrir, por lo lucrativo que resulta el negocio; no se podrá suprimir la violencia, pues las enormes cantidades de dinero siempre la impulsarán; no se podrá suprimir el narcotráfico por más que se golpee muy fuertemente a un país, porque el mercado global determinará lo que se quite acá, salga allá.

Si las drogas ilícitas tuvieran un proceso de elaboración regulado, se protegería más la salud pública que en la situación actual, puesto que son sustancias que se van a consumir igualmente al ser una decisión libre, y en ese sentido, el legislador al dejar la oferta de drogas, en manos de bandas de narcotraficantes que lo único que le interesa es la venta y maximización de utilidades, atenta contra la salud pública, al dejar a disposición de la sociedad, sustancias que muchas veces vienen alteradas y sin ningún control de calidad, como sucede con las drogas de curso legal.

Las únicas alternativas a la actual situación del tráfico de drogas y su consumo, es por medio de una nueva legislación, en que exista un rol más activo del Estado, que

³⁵³ Pagina del Servicio Nacional Para la Prevención y Rehabilitación de Drogas y Alcohol [en línea]<http://www.senda.gob.cl/wp-content/uploads/2012/02/2010_noveno_estudio_nacional.pdf> [consulta: 22 de Diciembre 2012]

regule las condiciones en que se pueda elaborar y distribuir las sustancias actualmente prohibidas, tal como se realiza actualmente con todas las otras sustancias lícitas, y así, efectuar un control de calidad sobre ellas, además de percibir ingresos por medio de la tributación de los mismo, con el objeto de poder ser destinadas a programas de educación y salud.

Un segundo paso, es el tratamiento a los adictos actuales, por medio de medidas de reducción de daños, tal como sucede en otros países, en que estas personas, pueden acudir a centros de salud y poder satisfacer sus adicciones, complementado con una guía psicológica y social, con el fin de evitar delitos que busquen suplir dicha adicción.

Pero sin duda lo más importante, es el énfasis en la prevención que realmente debe llevarse a cabo, porque como se ha demostrado a lo largo de estos años, la función preventiva del Derecho Penal y la pena, no han sido efectivas por cuanto la naturaleza de ilegítima de la legislación de drogas, en cambio, con una modificación del paradigma imperante, con un fuerte énfasis en la educación e información sin tabúes ni complejos, de forma honesta sobre los efectos de cada una de las sustancias, sus usos farmacológicos, terapéuticos, religiosos, recreativos y sociales, permitirá una autorregulación mucho más efectiva que la mera prohibición insensata.

Estos elementos sin duda que frenaran en gran medida la violencia y el delito asociado a bandas criminales, puesto que; ¿Quién se sentiría más dañado ante una eventual legalización (reglamentación) del tráfico de drogas? Desde luego que no es fácil establecer una prelación entre posibles “afectados”, pero sí señalar que uno de los más afectados sin duda serían las organizaciones criminales que se dedican a esa actividad, porque perderían el negocio que les proporciona mayores beneficios en su actividad delictiva.

Es indispensable que Chile reevalúe sus políticas de drogas y avanzar hacia un nuevo enfoque. Continuar con las políticas actuales nos llevara por el mismo camino fracasado que están recorriendo los países por más de 40 años y con resultados que hoy son cuestionados.

Debemos hacer la diferencia entre una política dirigida desde los organismos de seguridad y una política de drogas basada en la ciencia, la salud y los derechos humanos, que dependa del Ministerio de salud, mientras que el Ministerio de interior siga velando por la seguridad pública y nacional, enfocándose en políticas para reducir el crimen organizado y grandes traficantes. Para lograr este objetivo, se necesita iniciar un debate sobre el prohibicionismo, la regulación, la correcta clasificación y diferenciación de las drogas y otras alternativas a las actuales políticas, que sea basado en la ciencia y la evidencia.

De esta manera, Chile puede marcar la pauta y sumarse a los países de nuestra región que buscan con urgencia dar inicio a un debate de alta importancia para todos nosotros y que tiene relación directa con la búsqueda de políticas eficientes que logren reducir el crimen, la violencia asociada, la muerte y el sufrimiento tanto gracias a la guerra contra las drogas como el abuso desinformado de algunas sustancias y por ende el creciente consumo desinformado en la región.

Los miles de millones de dólares invertidos en más agentes de seguridad y represión, podrían perfectamente ser reinvertidos en educación, vivienda, salud, mejorando la calidad de vida y de esta forma, evitar el consumo temprano de sustancias y el abuso del mismo. Es decir, se debe invertir más en controlar la demanda de sustancias, para lograr justamente un consumo informado y seguro, protegiéndose de esta forma la salud individual y consecuentemente la supraindividual. Enfocarse sólo en atacar la oferta, sólo ha desencadenado más y más violencia, dejando al consumidor a la deriva, tanto de bandas de narcotraficantes como por parte del mismo Estado, perdiendo este el rol protector de los ciudadanos y descuidando el mismo bien jurídico que se busca proteger por medio de estas legislaciones.

Urge generar planes específicos dirigidos a mujeres y jóvenes, los principales afectados por estas políticas en la región. El aumento en los homicidios y encarcelamiento de mujeres y jóvenes producto de las leyes de droga ha demostrado lo dispar y destructivo de estas políticas.

Es necesario reevaluar las penas por microtráfico al ser estas desproporcionadas y aumentar las penas alternativas o caminos complementarios en el caso de los jóvenes

que participan de estas redes de distribución. Se deben desarrollar alternativas reales de reinserción y de generar oportunidades laborales para ellos. En este sentido, de la mano de reducir el número de personas que encierra el Estado, es necesario mejorar la calidad de la orientación, educación, rehabilitación y prevención de quienes presentan adicciones y de quienes comienzan su adicción en la cárcel.

El hacinamiento en la gran mayoría de los recintos penitenciarios tiene directa relación con las políticas antidrogas desarrolladas, que encierran a miles de personas por microtráfico y en ocasiones por ser simplemente consumidores. Todo esto sucede mientras los grandes traficantes siguen libres, aumentando sus ganancias para financiar el terror y tomándose diversos territorios llegando incluso a reemplazar el Estado.

Finalmente se debe detener la persecución a consumidores y tratarlos como delincuentes o enfermos, puesto que son ciudadanos que dentro de su Derecho han decidió consumir alguna sustancia y en este sentido no es atribución del Estado irrumpir dentro de esta esfera, al estar pasando en alto los fundamentos de un Estado Democrático, Social y de Derecho, por lo que en una nueva regulación, se deben respetar los derechos fundamentales de la libertad y autodeterminación, la presunción de inocencia y por sobretodo, el de ser un igual ante la sociedad y que el hecho de consumir una sustancia, no convierte ni transforma a una persona en un ser distinto ni inferior.

Bibliografía

1) Textos:

1. ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, La necesidad de un cambio de paradigmas en el tráfico de drogas: la vigencia de su legalización, Cuadernos de política criminal, n° 105, III, época II, diciembre 2011
2. AMBOS, Kai, Derecho Penal del enemigo, en CANCIO MELIÁ, Manuel, GOMEZ-JARA, Carlos, coordinadores, Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión, vol. I, Ed. B de F, Buenos Aires, 2006
3. BACIGALUPO, Enrique, Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal, Ed. Akal, Madrid, 1991
4. BALMACEDA HOYOS, Gustavo, HENAO CARDONA, Luis Felipe, Sociedad del riesgo y bien jurídico penal, Ed. Aremi, 2005
5. BETTIOL, Giuseppe, Derecho Penal: parte general, traducción de la 4ª edición italiana por José León Pagano, Ed. Temis, 1965
6. BOIX REIG, Javier, JAREÑO LEAL, Ángeles, Comentarios al Código Penal de 1995, vol. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996a.
7. BOIX REIG, Javier, Derecho Penal: parte especial, 2ª ed. revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996b.
8. BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, Derecho Penal: parte general, tomo II, 1ª edición, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2005
9. BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, Derecho Penal: parte general, tomo I, 2ª edición., Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2007a.
10. BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, Curso de Derecho Penal: parte especial, tomo IV, 2ª ed., Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2007b.
11. BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, Curso de Derecho Penal: parte especial, tomo III, 3ª edición, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2011

12. BUSTOS RAMIREZ, Juan, Manual de Derecho Penal: parte especial, 2ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1991
13. BUSTOS RAMIREZ, Juan, Coca cocaína política criminal de drogas, Ed. jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 1995
14. BUSTOS, Juan, HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, Lecciones de Derecho Penal, vol. I, Ed. Trotta, Madrid, 1997
15. BUSTOS, Juan, HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, Lecciones de Derecho Penal, vol. II, Ed. Trotta, Madrid, 1999
16. CARNEVALI, Raúl, FUENTES, Hernán, Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000, Polit. Crim., n°6, D1, 2008
17. CARVAJAL SILVA, Christian, Comentario de algunas sentencias acerca del alcance e interpretación de la agravante del artículo 19 letra a) de la ley 20.000, Revista de Justicia Penal, N°6, Ed. Librotecnia, Santiago, 2010
18. CHAUÁN SARRÁS, Sabas, Manual del nuevo procedimiento penal, sexta edición, Ed. Legalpublishing, Santiago, 2009
19. COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, Derecho penal: parte general, 4ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996
20. CURY, Enrique, Derecho penal: parte general, 7ª edición ampliada, Ed. Universidad Católica, Santiago, 2005
21. DE LA MATA BARRANCO, Norberto, DE LA MATA BARRANCO, Ignacio, La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supraindividual, En: LÓPEZ BARJA de QUIROGA, Jacobo, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, coordinadores, Dogmática y ley penal: libro homenaje al profesor Enrique Bacigalupo, tomo I, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2004
22. DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, Autoría y Participación
23. DIAZ GONZALEZ, Gonzalo, El control del narcotráfico, política criminal y proceso penal, Ed. Librotecnia, 2011
24. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 4 de enero 2005

25. DOLCINI, Emilio, MARINUCCI, Giorgio, Codice Penale commentato: parte speciale, Ed. Ipsoa, Milan, 1999
26. ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal: parte general, tomo I, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010
27. FERNANDEZ CRUZ, José Ángel, Sentencia sobre tráfico de semillas de cannabis sativa: una expresión del modelo político-criminal de reducción de daños, Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXI, n°1, julio, [s.a]
28. FERNANDEZ, Gonzalo, Bien jurídico y sistema del delito, Ed. B de F, Buenos Aires, 2004
29. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von, Tratado de Derecho Penal: común vigente en Alemania, traducción al castellano de la 14ª ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989
30. GÁNDARA VALLEJO, Beatriz de la, Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, Ed. Colex, Madrid, 1995
31. GARCÍA RIVAS, Nicolás, Criminalidad organizada y tráfico de drogas, Revista penal (huelva), n°2, julio 1998
32. GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal: parte general, tomo I, 1ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001
33. GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal: parte general, tomo II, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003
34. GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal: parte especial, tomo IV, 4ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008
35. GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal: parte especial, tomo III, 4ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010
36. HASSEMER, Winfried, Fundamentos del Derecho Penal, traducido por Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Ed. Bosch, Barcelona, 1984
37. HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989

38. HEFENDEHL, Roland, ¿Debe ocuparse el derecho penal de los riesgos futuros?, Revista Derecho Penal y Criminología (Universidad Externado de Colombia), vol. XXV, n° 76, julio/diciembre, 2004
39. HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, Las drogas ilegales en el Derecho Penal chileno: análisis crítico de dogmática y política criminal, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1992
40. HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., Ed. Conosur, 1992
41. HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003
42. JAKOBS, Günther, Derecho Penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación, traducción de la 2ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995
43. JAKOBS, Günther, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional, traducido por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Ed. Civitas, Madrid, 1996
44. JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, Derecho Penal del enemigo, Ed, Civitas, Madrid, 2003
45. JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal: parte general, 4ª ed., traducida por José Luis Manzanares Samariego, Ed. Comares, Granada, 1993
46. LABATUT GLENA, Gustavo, Derecho Penal, tomo II, 7ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000
47. LUHMANN, Niklas, Sistema jurídico y dogmática jurídica, traducido por Ignacio de Otto Pardo, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1983
48. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces, Anuario de derecho penal y ciencias penales, 2003, V. 56

49. MATUS ACUÑA, Jean Pierre, Dogmática de los delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes, anexo Gaceta jurídica, primera parte, n° 228, 1999a
50. MATUS ACUÑA, Jean Pierre, Dogmatica de los delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes, Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes, Ed. LexisNexis, Santiago, 1999b
51. MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, vol. I, traducido por Juan Córdoba Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962
52. MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, Derecho Penal: parte general, trad. De la 7ª ed. alemana por Jorge Boffil Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994
53. MEZGER, Edmund, Derecho Penal: parte general, traducción de la 6ª edición alemana (1955) por Conrado Finzi y Ricardo Núñez, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958
54. MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal: parte general, 5ª ed., Barcelona, 1998
55. MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal: parte especial, 11ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996
56. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal: parte general, 3ª Ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998
57. NOVOA, Eduardo, Curso de Derecho Penal chileno: parte general, tomo I, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005a
58. NOVOA, Eduardo, Curso de Derecho Penal chileno: parte general, tomo II, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005b
59. NUÑEZ PARRA, Miguel Ángel, GUILLÉN LÓPEZ, Germán, Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal, Revista penal (Universidad de Huelva), n°22, julio 2008
60. OLVERA Y AGUILAR, Rubén Martín, La expansión del derecho penal y el bien jurídico tutelado, En: Derecho penal y política criminal: libro homenaje al gran maestro Álvaro Bunster, Ed. Ubijus, 2010
61. OTÁLERA GÓMEZ Jorge Armando, Aspectos dogmaticos y procesales de los delitos de narcotráfico, Revista Derecho Penal y criminología (Universidad Externado de Colombia), vol. XXVII, n° 81, 2006

62. PASTOR MUÑOZ, Nuria, Lecciones de Derecho Penal: parte especial, 2ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2009
63. POLAINO NAVARRETE, Miguel, el injusto típico en la teoría del delito, Ed. Mave, Buenos Aires, 2000
64. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes: estudios de dogmática y jurisprudencia, Ed. jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1998
65. POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal chileno: parte general, 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004
66. POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal chileno: parte especial, 2ª edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007
67. QUERALT JIMENEZ, Joan, Derecho Penal español: parte especial, 4ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2004
68. RIQUELME, Eduardo, El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad de riesgo. Revista Política Criminal, n°2, A2, 2006
69. ROXIN, Claus, Derecho penal: parte general, traducción de la 2ª edición alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García y Javier De Vicente, tomo I, 1ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1997
70. RUIZ DELGADO, Fernando, EL delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la ley 20.000, Revista Política Criminal, vol.4, n°8, diciembre, 2009
71. SANCHEZ BUSTOS, Sergio, Contexto histórico del uso y figuración social actual de las drogas, Aportes para una nueva política de drogas, Ed. Tierra media, Santiago, 2012a
72. SANCHEZ BUSTOS, Sergio, Principales paradigmas preventivos en el día de hoy, Aportes para una nueva política de drogas, Ed. Tierra media, Santiago, 2012b

73. SCHILLING FUENZALIDA, Mario, El nuevo Derecho Penal del enemigo, Ed. Librotecnia, 1ª edición, Santiago, 2010
74. SEGURA GARCÍA, María José, El consentimiento del sujeto pasivo en los delitos contra bienes jurídicos individuales, En: LÓPEZ BARJA de QUIROGA, Jacobo, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, coordinadores, Dogmática y ley penal: libro homenaje al profesor Enrique Bacigalupo, tomo I, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2004
75. SILVA SANCHEZ, Jesús María, La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 2001
76. TRESSLER ZAMORANO, Frank, El sistema jurídico internacional contra el narcotráfico: un ejemplo de la globalización del riesgo y la cooperación, Revista de Derecho (Universidad Finis Terrae), año VI, n° 6
77. VON LISZT, Franz, Tratado de Derecho Penal, tomo II, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003
78. WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán: parte general, 4ª edición, traducida por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez de la 11ª edición alemana, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997
79. ZAFFARONI, Eugenio, Manual de Derecho penal: parte general, 3ª ed., Ed. Ediar, 1982

2) Códigos y leyes:

1. Código Penal
2. Código Procesal Penal
3. Constitución de la Republica
4. Código Civil
5. Historia de la Ley n° 20.000
6. Ley n° 20.000
7. Reglamento Ley n° 20.000
8. Decreto n° 683 del 21 de septiembre de 1990

9. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 1988. Naciones Unidas

3) Jurisprudencia:

1. Gaceta jurídica, 2004, n° 291
2. Gaceta jurídica, 2006, n° 307
3. Gaceta jurídica, 2007, n° 324
4. Gaceta jurídica, 2007, n° 326,
5. Gaceta jurídica, 2008, n° 340

4) Páginas web:

1. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [en línea] <<http://lema.rae.es/drae/?val=droga>> [consulta: 9 de Noviembre 2012]
2. Página de la Organización Mundial de la Salud [en línea] <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs349/es/index.html>> [consulta: 10 de Diciembre 2012]
3. Página de la Organización Mundial de la Salud [en línea] <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs339/es/index.html>> [consulta: 10 de Diciembre 2012]
4. Pagina del Servicio Nacional Para la Prevención y Rehabilitación de Drogas y Alcohol [en línea] <http://www.senda.gob.cl/wp-content/uploads/2012/02/2010_noveno_estudio_nacional.pdf> [consulta: 22 de Diciembre 2012]

