



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

Análisis de la drogodependencia a la pasta base de cocaína y su relación con la imputabilidad en el Código Penal chileno.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

DIEGO ANTONIO LÓPEZ SÁNCHEZ

MANUEL IGNACIO MUÑOZ PAVEZ

Profesora guía: **Rocío Lorca Ferreccio.**

Santiago, Chile

Año 2018

*Dedicado a nuestras madres Ciomara y Ana María,
con infinita gratitud.*

“Caduco en "la República asesinada"
y como el dolor nacional es mío, el dolor popular me horada la palabra,
desgarrándome,
como si todos los niños hambrientos de Chile fueran mis parientes;
el trágico y el dionisiaco naufragan en este enorme atado de lujuria en angustia, y
la acometida agonal
se estrella la cabeza en las murallas enarboladas de sol caído,
trompetas botadas, botellas quebradas, banderas ajadas, ensangrentadas por el
martirio del trabajo mal pagado;
escucho la muerte roncando por debajo del mundo
a la manera de las culebras, a la manera de las escopetas apuntándonos a la
cabeza (...)”

P. De Rokha

“El Estado es la mafia que venció a todas las demás, ganando a cambio el
derecho de tratarlas como criminales. Identificar este sistema, trazarle sus
contornos, descubrirle sus vectores, es traerlo de vuelta a su naturaleza terrenal,
es reducirlo a su rango real. Aquí también hay un trabajo de investigación que por
sí solo puede arrancar su aura a aquello que se pretende hegemónico.”

Comité Invisible

"(...) despábilate amor que el horror amanece."

M. Benedetti

RESUMEN.

El presente trabajo pretende demostrar que la drogodependencia o adicción a la pasta base de cocaína, cuando alcanza tal grado patológico (diferenciado del mero consumo deshabitado o del consumo habitual), se torna apta para interferir la imputabilidad jurídico-penal del sujeto adicto, pudiendo fundamentarse bajo criterios médicos, sociológicos y jurídicos que tal circunstancia es ubicable tanto dentro del supuesto de inimputabilidad de la eximente de locura o demencia del art. 10 n°1 del Código Penal, como dentro del supuesto de eximente incompleta del art. 11 n°1 del Código Penal, dependiendo de la intensidad en que concurran sus presupuestos. Para esto indagaremos en la conceptualización médico-psiquiátrica de la drogodependencia a nivel internacional, y en doctrina jurídico-penal nacional y comparada orientativa de cuáles serían los criterios que permiten interpretar el genuino sentido de las circunstancias modificatorias de responsabilidad implicadas.

ÍNDICE

CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN.....	7
1. Planteamiento del problema.....	7
1.1. Sobre la culpabilidad jurídico-penal en un Estado democrático de derecho	11
1.2. El concepto y contenido de la culpabilidad jurídico-penal: Principales posturas	16
1.3. Últimas consideraciones introductorias.....	25
CAPÍTULO 2: LA DROGODEPENDENCIA A LA PASTA BASE DE COCAÍNA....	27
2. La drogodependencia a la pasta base de cocaína	27
2.1. Clarificación de conceptos	28
2.1.1. Droga.....	29
2.2. La clasificación de las drogas	33
2.2.1. Clasificación de las drogas según su mecanismo de acción en el organismo	33
2.2.2. Pasta base de cocaína	36
2.3. Relación del individuo con la droga.....	39
2.3.1. Dependencia.....	40
2.3.2. Tolerancia.....	41
2.3.3. Síndrome de abstinencia	42
2.3.4. Abuso de drogas.....	43
2.4. Los códigos médicos.....	43
2.4.1. CIE-10.....	44
2.4.2. DSM V	50
2.4.3. Aplicación normativa en Chile de los códigos médicos.....	54
2.5. Doctrina jurídica acerca del consumidor de drogas	55
2.6. Daño producido por el consumo de pasta base de cocaína	57
2.7. Aspectos sociológicos del drogodependiente infractor de ley.....	61
CAPÍTULO 3: LA INIMPUTABILIDAD DEL DROGODEPENDIENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO	64
3. La imputabilidad y su marco dogmático-legal en los arts. 10 n°1 y 11 n°1 del Código Penal chileno	64

3.1. Cuestiones preliminares.....	64
3.2. La imputabilidad jurídico-penal.....	66
3.2.1. La afirmación de la imputabilidad.....	68
3.3. La inimputabilidad	78
3.3.1. El marco normativo de la inimputabilidad en el artículo 10 n°1 y su interpretación	82
3.3.2. La drogodependencia y su aptitud patológica para constituir inimputabilidad.....	87
3.4 El artículo 11 n°1 y su interpretación.....	90
3.4.1. Generalidades.....	90
3.4.2. Las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal	93
3.4.3. El artículo 11 n° 1 del Código Penal y la imputabilidad disminuida.....	95
3.4.4. La valoración de la drogodependencia como atenuante.....	99
3.4.5. La imputabilidad disminuida en casos de adicción en la jurisprudencia chilena	102
CONCLUSIÓN	109
BIBLIOGRAFÍA	113

CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento del problema

La investigación que será expuesta en las páginas que siguen se encuentra inspirada fundamentalmente en las ansias de evidenciar y reclamar relevancia jurídica, al momento establecer la responsabilidad penal de un sujeto, a uno de los tantos rasgos que condicionan de manera crucial gran parte de las prácticas delictuales inscritas en la sociedad chilena contemporánea: la drogodependencia.

Si se aprecia al delito trasuntando la naturaleza que se ha entendido como propiamente jurídica, se revela como un fenómeno social complejo nutrido por un conjunto de factores participantes, condicionantes y determinantes que afectan de diverso modo a cada persona en la medida en que se encuentra inserta en una determinada sociedad, entre los cuales podríamos encontrar factores educativo-culturales, demográficos, económicos, psico-emocionales, etc.¹ En tal sentido, la drogadicción o drogodependencia que analizaremos en la presente memoria es fácilmente ubicable dentro de estos factores condicionantes del fenómeno delictual, puesto que al enmarcarla diferenciadamente de un consumo deshabitado o recreacional, la podemos identificar como una patología médico-psiquiátrica que acarrea consecuencias problemáticas para el consumidor (dependiendo su grado de nocividad para el sujeto y su medio, en términos generales, de la interacción que exista entre el *potencial adictivo físico y/o psíquico de la sustancia* y la *estabilidad psico-emocional del consumidor*).² Estas consecuencias problemáticas no se traducen necesaria y causalmente en hechos delictivos, pero en conjugación con

¹ Existe al respecto numerosa bibliografía de corrientes macro y micro sociológicas post funcionalistas. A modo de ejemplo, véase: BECKER, Howard. *Outsiders: hacia una sociología de la desviación*. Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2009; igualmente MILLER, Walter B. *City Gangs* [en línea] <<https://ccj.asu.edu/gangresearch>> [consulta: 21 septiembre 2017].

² La patologización del consumo de drogas está caracterizada por la existencia de un cúmulo de síntomas que permiten a los psicólogos y psiquiatras diagnosticar y tratar apropiadamente a los pacientes afectos. Todo esto será explicado en detalle en el capítulo primero de esta memoria.

otras variables mediadoras (familia, educación, nivel de ingresos, acceso a la salud, etc.) dan pie a un fenómeno social complejo en que el consumo prolongado va fortaleciendo la relación de necesidad entre drogodependencia y delito (aún más cuándo la droga es de un potencial adictivo alto, como lo es la pasta base), principalmente viendo al último como instrumento para el consumo desde un punto de vista económico.³

Enmarcar la drogodependencia como patología es de sobra relevante para aclarar el sentido y alcance de esta investigación. No se trata de un análisis sobre la mentada “actio libera in causa”, la cual respecto al consumo de sustancias inhibitorias de la conciencia en el contexto de comisión delictual afirma categóricamente la responsabilidad del sujeto, por tener la conducta un origen voluntario, en que éste se sirve de su persona como de un instrumento, situándose deliberadamente en un estado de inimputabilidad con el fin de eludir las consecuencias jurídicas previstas para su actuar;⁴ lo cual en el caso concreto de las drogas equivale a un consumo puntual e instrumentalizado con el fin antes descrito. Más bien de lo que esta investigación se trata es de un análisis del consumo patológico y prolongado en el tiempo de drogas con alto potencial adictivo y su relación con la teoría del delito en el contexto legal chileno, y más concretamente de la drogodependencia a la pasta a base de cocaína en su relación con el principio de culpabilidad y la imputabilidad del sujeto afecto a tal patología.

Si bien la adicción a la pasta base es un fenómeno inusual cuantitativamente en el espectro de la población chilena global (en 2014 solo un 0,5% de personas declararon haber tenido un consumo problemático de ella), una vez que vamos estrechando el marco de análisis al fenómeno delictual y más concretamente a los sujetos procesados penalmente, lo cuantitativo se multiplica y lo cualitativo se

³ GÓNZALEZ, Luis M., HERRERO, Francisco J., RODRÍGUEZ, Francisco J. y PAÍNO, Susana G. *DROGODEPENDENCIA Y DELITO. Una muestra penitenciaria*. *Psicothema*, 9(3): pp. 588 y 596, 1997. [en línea] <<http://www.psicothema.es/pdf/129.pdf>> [consulta: 21 septiembre 2017].

⁴ CARRASCO GOMEZ, J. y MAZA MARTÍN, J. *Tratado de Psiquiatría Legal y Forense*. 4ta. Edición. Madrid, Editorial La Ley, 2010, pp. 269-270.

manifiesta.⁵ Las cifras ofrecidas por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública a través del SENDA, arrojan que la droga de mayor consumo por los sujetos infractores de ley es la cocaína/pasta base (52,2%), llegando incluso en los delitos relacionados a la ley 20.000 al 72,2%;⁶ respecto a un consumo de mayor prolongación en el tiempo, la pasta base arroja casi un 40% de los sujetos procesados, representando cuantitativamente un fenómeno no despreciable.⁷ Cualitativamente, además, la pasta base es una droga con enorme potencial adictivo y de muy breve efecto estimulante, lo cual genera en la salud mental de sus consumidores una dependencia psíquica muy difícil de evitar, conllevando paulatinamente a una vertiginosa destrucción de sus relaciones afectivas, sociales, laborales y de otras índoles.

Ahora, pese a existir una especie de “telón de fondo” tras el fenómeno delictual (panorama que, como mencionamos, abarca a la drogodependencia en un número no despreciable de casos), que el derecho considere a alguno de estos factores como relevantes al momento de establecer el reproche penal es, a causa del principio de legalidad, eminentemente un asunto legislativo (es decir, para que se puedan invocar judicialmente las diversas *razones* que dialogan en la argumentación de un conflicto de relevancia jurídico-penal, estas deben ser recogidas por la ley, elevándolas a la clase de *razones protegidas* que el derecho positivo contiene)⁸, lo cual se ve reflejado en el reconocimiento de algunos de estos factores como circunstancias modificatorias de la pena, figurando dogmáticamente

⁵ SENDA. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. *Principales resultados 11° Estudio Nacional de Drogas en la Población General de Chile, año 2014*. 12 p. [en línea] <www.senda.gob.cl/media/2015/08/Informe-Ejecutivo-ENPG-2014.pdf> [consulta: 21 septiembre 2017] De todas maneras esta cifra es una estimación falible, dado que difícilmente pueden abarcarse institucionalmente los casos más graves, que conllevan situaciones de marginalidad, precariedad e indigencia que obstaculizan el proceso de muestreo.

⁶ Fundación Paz Ciudadana. SENDA. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. *Consumo de drogas en detenidos: Estudio I-ADAM 2012*. Santiago, 2013, pp. 26-27. [en línea] <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2013-05-13_consumo-de-drogas-en-detenidos-estudio-i-adam-2012.pdf> [consulta: 21 septiembre 2017]

⁷ Ídem.

⁸ RAZ, Joseph. *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. México D.F., Imprenta universitaria UNAM, Trad. Rolando Tamayo y Salmorán, 1982, pp. 31-34.

dentro del juicio de culpabilidad como causales de exculpación, justificación, atenuación o agravamiento de ésta; y figurando legalmente como eximentes, atenuantes o agravantes de responsabilidad penal contenidas en forma general en los artículos 10, 11 y 12 del Código Penal, sumadas a las contenidas en otros cuerpos legales punitivos.

Es justamente en el análisis del conjunto de eximentes y atenuantes de responsabilidad penal dónde esta investigación se centrará, realizando un ejercicio exegético a la luz de los artículos 19 al 24 de nuestro Código Civil, por el cual mediante criterios interpretativos de carácter sistemático, histórico y teleológico de estas circunstancias modificatorias de la pena, buscamos evidenciar que **la drogodependencia a la pasta a base de cocaína tiene la aptitud patológica para interferir en la imputabilidad jurídico-penal**, ya sea que en el caso concreto pueda considerarse una enajenación mental (síndrome de abstinencia severo o drogodependencia en ‘comorbilidad’ con otras patologías mentales) en los términos recogidos desafortunadamente por el artículo 10 n°1 del Código Penal;⁹ o se trate de una afectación cognitivo-volitiva de menor entidad, considerándose una eximente incompleta del artículo 11 n°1 del mismo código. Diremos que, dada la inexistencia de un reconocimiento expreso a nivel legislativo de las patologías mentales reconocidas como anulatorias o reductivas de la capacidad volitiva, al interpretar mediante criterios normativo-médicos el término “loco o demente” es posible considerar a la drogodependencia como una causal exculpatoria o al menos minorante de responsabilidad, toda vez que tiene la aptitud de generar una compulsión mental tal que el sujeto adicto no tiene plena y sana capacidad para controlar tanto la planificación del curso de sus acciones como la canalización de sus impulsos a consumir, eliminando o atenuando así el criterio normativo base de

⁹ La “desafortunada” técnica legislativa utilizada en tal eximente de responsabilidad, según veremos, obedece al exiguo avance en el estudio de la mente humana de tanto ciencias médicas como sociales en la época de dictación del código (incluyendo la época de la reforma a tal numeral, que poco o nada ayudó en clarificar el criterio normativo que evalúa tal condición), además de una falta de definición clara y precisa por parte del legislador en torno al principio de culpabilidad y su anulación por condiciones mentales.

la culpabilidad el cual es la imputabilidad o capacidad de obrar conforme a la comprensión de ilicitud de la conducta.¹⁰

Antes de hacernos cargo de esta afirmación con el rigor y profundidad necesarias, hemos de esbozar dogmáticamente en qué consiste el juicio de reproche penal en el marco de un Estado democrático de derecho (al cual aspira la comunidad jurídica nacional) y cómo, siendo este un presupuesto necesario para la aplicación de la pena, su anulación conlleva a la exención de responsabilidad para el sujeto juzgado (pudiendo dar lugar o no a medidas de seguridad que obedecen ya no a un criterio estrictamente normativo, sino a consideraciones de tipo político-criminal).

1.1. Sobre la culpabilidad jurídico-penal en un Estado democrático de derecho

Para que la imposición de normas de carácter jurídico tenga sentido, eficacia y legitimidad en cualquier esquema social éstas requieren de una fundamentación, la cual puede ser racional, religiosa o mística, acorde a su respectiva época y sociedad.¹¹ De esto fluye naturalmente que el derecho penal (como la expresión punitiva del marco regulatorio positivo) inscrito en el esquema socio-jurídico chileno contemporáneo, requiera de una fundamentación acorde a lo que se propugna como base organizativa del mismo: un Estado democrático de derecho.

Cuando se erige tal base organizativa para caracterizar fenómenos normativos, se está realizando un “uso prescriptivo” del término Democracia, lo que

¹⁰ MUÑOZ, Juan. *Responsabilidad penal del drogodependiente*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Universidad de Málaga: 7-9, 2014. [en línea] <criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-03.pdf> [consultado: 21 septiembre 2017]

¹¹ Para una mejor comprensión del desarrollo histórico de la fundamentación normativa véase HABERMAS, Jürgen. *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?* Doxa N. 05. U. de Alicante, Trad. Manuel Jiménez Redondo, 1988, pp. 21-31.

equivale de algún modo a hacer un juicio de valor en favor de la libertad individual y la igualdad nominal de participación en las actividades políticas y económicas de la nación, concentradas en la **figura del ciudadano**. En el panorama de un Estado democrático de derecho, el sujeto se encuentra en una relación atendible y problematizada con el Estado en su faz gubernativa, ejerciendo ambos ciudadano y Estado funciones limitadoras el uno respecto del otro, con el fin de garantizar que el efectivo ejercicio del poder normativo sea realizado por el pueblo y se afiancen ciertos mínimos necesarios para la convivencia social tales como la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley.¹² Claramente, las consecuencias jurídicas que acarrea situarse desde tal paradigma democrático no se reducen a ello, sino que son muy numerosas y encuentran manifestaciones en todos los ámbitos de desarrollo dogmático y legislativo en nuestro país. No obstante, la rama que nos ocupa a propósito de la presente memoria es la del derecho penal y es en ella donde cobran particular relevancia las nociones fundamentales de libertad individual e igualdad ante la ley que un Estado democrático de derecho propugna, dada la naturaleza sancionatoria de tal regulación legal.

Situarse en este paradigma jurídico, prescribiendo un fundamento secular y democrático de la pena, implica que la justificación del reproche ha de tener una base puramente racional, libre de consideraciones teológicas, morales o metafísicas.¹³ Pese a lo sencillo que es tener acuerdo respecto a tal esquema de base racional, la construcción dogmático-penal que deviene como consecuencia de

¹² BOBBIO, Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad: por una teoría general de la política*. 1era ed. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1989, pp. 194-204.

¹³ ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid, Instituto Editorial REUS S. A., Trad. Francisco Muñoz Conde, 1981, p. 44 y KINDHÄUSER, Urs. "La fidelidad al derecho como categoría de culpabilidad" en *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires. Editorial B de F., 2011. Trad. Juan Pablo Mañalich, pp. 68 y ss. En este último apartado, el profesor Kindhäuser realiza un certero análisis histórico de los problemas teóricos que tuvieron los paradigmas filosóficos modernos para fundamentar la pena en un Estado secularizado, dando cuenta en sus postulados de la importancia de la figura fundante del ciudadano en las democracias occidentales, el cual no es sólo destinatario de la norma sino que fundamenta mediante su autonomía comunicativa el pacto de fidelidad al derecho, legitimando de este modo la imposición de una pena al considerar que el actuar delictivo representa un déficit de fidelidad al derecho, una acción orientada a un fin individual donde se mediatiza el bien jurídico y se abandona la pretensión de entendimiento humano.

situarse desde tal paradigma no es del todo pacífica, dado que los teóricos penalistas van nutriendo y variando sus criterios mediante su estudio y el paso del tiempo,¹⁴ y dado que racionalmente se puede atribuir al castigo penal fundamentos y funciones enteramente diversas (preventivo generales, preventivo especiales, retributivos, expresivos, simbólicos, etc.).

Pero aun existiendo esta profusa y amplia discusión dogmática dentro del paradigma racionalista moderno, con la profundización de la Democracia se le fue otorgando cada vez mayor importancia a la regulación y limitación del Estado en su rol castigador y con ello, como contrapartida, al realce de la figura del ciudadano tanto como “fundador” de la norma (que al provenir de su voluntad legitimaría la imposición de la pena) como detentor de derechos fundamentales que tal organismo centralizado debe reconocer como límite, promover y respetar tanto dentro como fuera del proceso penal.¹⁵ Muestra clara de la adscripción del sistema punitivo chileno a tal paradigma es el mensaje presidencial de la ley 19.696 que establece el Código Procesal Penal, el cual reza: “La reforma al sistema penal constituye una labor que se extiende más allá de la reforma al proceso penal. Supone modificar nuestros criterios de criminalización primaria, introduciendo principios como los de lesividad y última ratio; supone, además, supervigilar la ejecución de las penas para evitar así castigos excesivos y favorecer la reinserción (...)”.¹⁶

Es en este contexto que el algoritmo de la necesidad ‘culpa-pena’ se abre paso para instalarse en la teoría del delito de forma irrefrenable, de modo que cualquier Estado contemporáneo que se pretenda democrático debiese respetar el

¹⁴ Una excelente sistematización al respecto en nuestro país es: MATUS, Jean Pierre. *Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955≈1970)*. *Política criminal*. 6(11): 44-105, 2011 [en línea] <http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A3.pdf> [consulta: 21 septiembre 2017]

¹⁵ Al menos si se concibe el reproche penal de manera instrumental, como un medio ya sea resocializador o preventivo. Por otra parte, si existiera una concepción de la pena como castigo o imposición de un mal, o una concepción del sujeto enjuiciado como enemigo social o amenaza de vigencia normativa (Jakobs) no encuadrarían con una tendencia limitadora de la función punitivo-estatal, o al menos no necesariamente.

¹⁶ Historia de la Ley 19.696 que establece el Código Procesal Penal. Biblioteca del Congreso Nacional. Octubre, 2000, p. 6.

principio de culpabilidad con la misma sacramentalidad que el indubitado principio de legalidad. De hecho, la existencia de un derecho penal basado en la culpabilidad y no en una responsabilidad objetiva con arreglo a criterios de peligrosidad social, permite fortalecer otra clase de garantías para el ciudadano en su relación con la persecución penal: “El principio de culpabilidad exige (...) que se determine claramente el ámbito de la tipicidad, que las leyes penales no tengan efectos retroactivos y que se excluya cualquier tipo de analogía en contra del reo; vinculando, de este modo, el poder estatal a la *lex scripta* e impidiendo una administración de justicia arbitraria. El principio de culpabilidad sirve también para determinar el grado máximo admisible de la pena cuando de un modo inequívoco se lesiona una ley escrita”.¹⁷ Asimismo, se reconocen como consecuencias de su general aceptación la posibilidad de imputación subjetiva (los delitos son concebidos como conductas de una persona concreta), el excluir la fundamentación o agravación de la pena por el mero resultado, por el simple azar, y la aplicación de principio de *versari in re illicita*, y permitir diferenciar grados de participación interna y tener un parámetro para aplicar la proporcionalidad de las consecuencias jurídicas.¹⁸

Con la incorporación en la dogmática moderna del principio de culpabilidad como elemento limitador en la teoría del delito, nace también la necesidad de su justificación normativa en el ordenamiento jurídico positivo a nivel nacional. Si bien no existe un cuerpo normativo que reconozca de forma explícita la exigencia de la culpabilidad, se ha considerado de forma casi indiscutida que sí es posible colegir su reconocimiento positivo mediante una interpretación sistemática de la Constitución Política de 1980 y los tratados internacionales vigentes ratificados por nuestro país, siendo las disposiciones más comúnmente citadas los artículos 1, 5 y 19 de la Constitución. El profesor Kunsemuller señala que “a los preceptos citados,

¹⁷ ROXIN, Claus. *Culpabilidad*, op cit., p. 46.

¹⁸ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad. Muñoz Conde, Francisco/ Díaz Pita, María del Mar. Bogotá, Temis, 1999, p. 53., como se cita en CÁRDENAS, Claudia. *El principio de culpabilidad: estado de la cuestión*. Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, 15(2): 73, 2008. [en línea] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041323003>> [consulta: 21 septiembre 2017]

algunos comentaristas añaden aquellos que consagran el Estado de Derecho, artículos 1, 4, 7, 9, 12, 13, 18, 19, 20, 21; (...) y la ‘presunción de inocencia’, asegurada en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 14 nro.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8avonro. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, vinculantes para Chile, por mandato del artículo 5to. de la Constitución, que integran el ordenamiento jurídico nacional) (...).¹⁹ Esta derivación constitucional tiene su antecedente principal en el derecho europeo, siendo ejemplar la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que apunta claramente que “al principio de culpabilidad le corresponde un rango constitucional. Su fundamento está en el mismo principio del Estado de Derecho”.²⁰ E incluso si no se considerare consagrado de forma implícita en la Constitución ni en los tratados de derechos humanos ratificados por Chile, podría afirmarse que “(...) este principio fundamental del derecho penal liberal garantista (...) se deduce de estos últimos [los derechos humanos], particularmente de la exigencia en orden a que las limitaciones a los derechos humanos deben ser sólo las necesarias en una sociedad democrática”.²¹

Pese a lo anteriormente dicho, se han señalado como argumentos en contra de la existencia dentro de la normativa chilena de una consagración del principio de culpabilidad, la lamentable existencia de delitos de “hipótesis de calificación por el resultado” (como las de los artículos 348, 351 y 352, que regulan los supuestos de abandono de niño en lugar solitario o no, de un pariente enfermo o imposibilitado, con resultado de muerte; las lesiones, etc.) y de “hipótesis de sospecha” (como la del artículo 445° del Código, relativa a la fabricación, expendio o tenencia de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes, conocidamente destinados a la

¹⁹ KUNSEMULLER, Carlos. *Principio de culpabilidad en el derecho penal chileno. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"* / coord. por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. (1): 1089, 2001.

²⁰ CÁRDENAS, Claudia. op. cit., pp. 69-70. [en línea] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041323003>> [consulta: 21 septiembre 2017].

²¹ MERA, Jorge en *Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno*. Santiago. Editorial Jurídica Conosur, 1998, pp. 160-161, como se cita en KUNSEMULLER, Carlos. op. cit., p. 1096.

perpetración del delito de robo; y el tipo de receptación del artículo 456° bis A). Pero mayoritariamente se han entendido como deudas anacrónicas, pendientes de una regulación que las proscriba de forma definitiva del Código Penal chileno, de manera que se establezca una legislación penal coherente con el Estado democrático de derecho que se propugna.²²

Ahora bien, pese a este relativamente sereno reconocimiento, que fluye naturalmente de la idea de un Estado democrático de derecho como se ha señalado, el principio de culpabilidad ha generado algunas discusiones respecto a su contenido y alcance, las cuales es necesario esbozar para una mayor comprensión de las implicancias condenatorias que esta memoria erige dentro del ámbito nacional, y sobre todo para explicar la imputabilidad como base del juicio de reproche normativo que presupone la responsabilidad penal.

1.2. El concepto y contenido de la culpabilidad jurídico-penal: Principales posturas

“El principio de culpabilidad importa una limitación de la facultad de castigar del Estado, porque sólo puede sancionar a quienes son "culpables" de un delito, y la pena debe ser proporcionada a esa 'culpabilidad'”²³. Es decir, en términos sintéticos, el principio de culpabilidad en cuanto a su rol limitador del ius puniendi²⁴ reza “que no hay pena sin culpabilidad y que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad”²⁵. Esto significa, por un lado, que ningún ciudadano puede ser

²² KUNSEMULLER, Carlos. op.cit., pp. 1087-1088.

²³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal: Parte General*. Madrid, Universitas, 1996, p. 86, como se cita en GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, 1era ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 47.

²⁴ Distinguiéndole de su función como fundamento de retribución o imposición de un mal “merecido”. Véase ROXIN, Claus. *Culpabilidad*, op. cit., pp. 42-43.

²⁵ JESCHEK, Hans Heinrich/ WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Trad. Olmedo Cardenete, Miguel. Granada, Comares, 2002, como se cita en CÁRDENAS, Claudia. op.

condenado sin que se acredite su participación culpable en los hechos materia de su enjuiciamiento, proscribiendo sistemas que prescindan de la culpa como requisito fundamental (responsabilidad objetiva, hipótesis de calificación por el resultado, derecho penal de medidas de seguridad, derecho penal de autor u otros); y por otro, que la pena a aplicar debe ser proporcional a la medida de la culpa en que incurre el sujeto condenado.

Ahora bien, el profesor Enrique Bacigalupo advierte que independiente de la aceptación general del principio de culpabilidad, la culpabilidad en sí está constituida por un “conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma. La cuestión de cuáles son esas condiciones dependerá del punto de vista que se adopte respecto de la pena.”²⁶ Esto equivale a afirmar que, para conceptualizar la culpa como elemento teórico del delito concreto en concordancia con un respeto general de la culpabilidad como principio constitucional, se necesita clarificar primero qué clase de condiciones deben verificarse en el agente delictual para considerársele culpable. Esbozaremos brevemente algunas consideraciones al respecto.

Respecto de tales condiciones se estableció una primera corriente dogmática denominada *teoría psicológica de la culpabilidad*, la cual considera como presupuesto fundamental de la culpa el establecimiento de una vinculación psicológica entre la voluntad del agente y el hecho ilícito (indeseable o desaprobado) consistente en una “conciencia de contrariedad al deber”, en relación de causalidad (lo cual asimila la culpabilidad como un género que abarca las especies de dolo e imprudencia, sin mayor distinción de circunstancias concomitantes). Si se sostiene esta tesis, se generan, entre otros, problemas de incoherencia respecto de las causales de exculpación y problemas de insuficiencia explicativa respecto del juicio de reproche en los cuasidelitos, dado que, como señala el profesor argentino, si “por un lado se verifica que hay una relación causal

cit., p. 69. [en línea] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041323003>> [consulta: 21 septiembre 2017].

²⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal. Parte general*. 3era reimpresión. Santa Fé de Bogotá. Editorial TEMIS S. A., 1996, p. 147.

entre voluntad y hecho cuando el autor *ha querido* su realización, pero ha obrado amparado por una causa de inculpabilidad (por ejemplo, estado de necesidad *disculpante*) (...) faltará la culpabilidad y se dará, sin embargo, la relación que la teoría psicológica estima que la fundamenta. Por otro lado, puede verificarse que en los casos de culpa falta dicha relación, ya que el autor *no ha querido* la realización del hecho típico y antijurídico; aquí, sin embargo, se admite la existencia de culpabilidad”.²⁷ En otras palabras, la existencia de voluntad de realización no es el fundamento causal de la culpabilidad, dado que puede existir tanto dolo exculpado como mera negligencia punible, dependiendo esto de circunstancias y factores que exceden la mera psiquis del sujeto enjuiciado.

Ante esta situación, se estableció una segunda corriente dogmática influida por las ideas de la teoría finalista de la acción (H. Welzel), la cual supera a la anterior y tiene más amplia aceptación hoy en día, que consiste en la llamada *teoría normativa de la culpabilidad*. El punto de partida de esta teoría resulta en diferenciar el concepto de culpabilidad de las meras sub-manifestaciones dolosas y negligentes en que la teoría subjetiva la enmarcaba, otorgándole autonomía estructural y dándole relevancia a las circunstancias que rodean al delito e influyen en la capacidad de culpabilidad del agente.²⁸ De este modo, el concepto normativo establece que una conducta culpable es aquella que es reprochable.²⁹ Esta reprochabilidad normativa está “fundada en que su autor lo ejecutó (el hecho típico y antijurídico) no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho”.³⁰ De esta fórmula conceptual se desprende analíticamente que el reproche penal a nivel de culpabilidad se fundamenta en que el autor del delito es: a) “espiritualmente normal” (imputable), b) ha tenido una cierta relación concreta con respecto al hecho o la posibilidad de tenerla (dolo o culpa), y c) ha obrado en circunstancias normales (sin estar bajo la presión de una situación

²⁷ *Íbid.*, p. 149. (cursiva utilizada en el original)

²⁸ *Íbid.*, p. 150.

²⁹ *Ídem.*

³⁰ CURY, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, Cap. VIII, 1992, p. 1, como se cita en KUNSEMULLER, Carlos. op. cit., p. 1082.

característica de una causa de inculpabilidad).³¹ Así, la teoría normativa de la culpabilidad introduce teóricamente la idea de un reproche penal con arreglo a criterios estrictamente jurídicos, situando en la base de éste a la capacidad delictual o imputabilidad y tomando en consideración circunstancias concomitantes que puedan excluir tal juicio y/o las consecuencias jurídicas derivadas de una conducta típica y antijurídica.

Sin embargo, tal avance teórico no ha estado exento de críticas. Se han señalado tres importantes reparos a la concepción normativa de la culpabilidad:

Primero, se ha estimado que el uso del vocablo “reproche” irroga sobre el juicio penal una connotación moralizante, una categoría ética, inclusive metafísica.³² Esta afirmación es respondida fácilmente señalando que, si bien existe una valoración involucrada en el reproche penal, ésta no es en torno a consideraciones éticas abstractas como el bien y el mal, sino que obedece a criterios estrictamente normativos de carácter jurídico-penal expresados en leyes positivas³³, lo cual excluye de por sí subjetividades moralizantes.

En segundo lugar, se ha criticado que en la base fundante de la imputabilidad (entendida como “capacidad de autodeterminación”)³⁴ se encuentra una afirmación ontológica de imposible comprobación, la cual es afirmar el libre albedrío, la libertad humana. En efecto, existe una especie de ficción, una “imagen antropológica del

³¹ BACIGALUPO, Enrique. op. cit., p. 150, o también: REINHARD, Frank. *Estructura del concepto de culpabilidad*, *Revista peruana de Ciencias Penales*, Dir. José Urquiza Olaechea, (4), Año II, Editorial Jurídica Grijley, 1994, pp. 789-790; citado por MONTES, Sandro. *El principio de culpabilidad como concepto político criminal dentro un Estado de Derecho, social y democrático*. Sevilla, U. Pablo de Olavide, p. 7. [en línea, catálogo de artículos académicos, U. de Friburgo] <<http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos>> [consulta: 21 septiembre 2017]

³² MORALES, Fermín, *Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: Convenciones normativas y función individualizadora*, en *El nuevo código penal: Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Dr. Angel Torio López*, Granada, Comares, 1999, pp. 171-184, como se cita en MONTES, Sandro, op. cit., p. 8. [en línea, catálogo de artículos académicos, U. de Friburgo] <<http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos>> [consulta: 21 septiembre 2017]

³³ CÁRDENAS, Claudia. op. cit., p. 74. [en línea] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041323003>> [consulta: 21 septiembre 2017].

³⁴ CARRASCO GOMEZ, J. y MAZA MARTÍN, J. op.cit., p. 262.

hombre racional y libre”,³⁵ la cual no ofrece una perspectiva confiable sobre la cual fundamentar el reproche penal, sobre todo dados los avances teórico-prácticos de las ciencias empíricas, las cuales evidencian cada vez más mecanismos causales que condicionan la conducta del individuo, siendo la afirmación de su libertad una cuestión irreal.³⁶ Además, existiría una inversión de la garantía de la prueba de la culpabilidad, la cual se estaría presumiendo en su base volitiva. Se ha dicho sobre este asunto probatorio que, “aun cuando se asuma la posibilidad abstracta de que exista el libre albedrío, sería imposible comprobar que el individuo concreto ha actuado libremente en la situación concreta”.³⁷

Ahora, pese a la dureza de la crítica a tal presupuesto, esta ha sido contestada considerando que no es necesario dar respuesta a tal cuestión en términos ontológicos,³⁸ sino que basta un reconocimiento jurídico en la generalidad de las personas de al menos “cierta libertad”, identificable con una capacidad de recibir mensajes normativos,³⁹ una capacidad de optar por comportamientos distintos ante idénticas circunstancias.⁴⁰ Se ha dicho que sólo sobre tal presupuesto de algún grado de libertad humana y de opción entre alternativas de comportamiento es posible concebir el reproche penal mismo, dado que desde el punto de vista de su legitimación punitiva en un estado democrático de derecho se ha de partir de igual base que en todo el ordenamiento jurídico, esto es sobre la

³⁵ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal*, en *De Las penas*, homenaje al prof. Isidoro de Benedetti. Buenos Aires. Editorial Depalma, 1997, p. 224; ZIFFER, Patricia. *La discusión en torno al concepto de culpabilidad*. Revista peruana de ciencias penales, (3), Lima, Editorial Jurídica Grijley, 1984, p. 260, como se cita en MONTES, Sandro. op. cit., p. 8. [en línea, catálogo de artículos académicos, U. de Friburgo] <<http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos>> [consulta: 21 septiembre 2017]

³⁶ CARRASCO GOMEZ, J. y MAZA MARTÍN, J. op.cit., p. 261.

³⁷ CÓRDOBA RODA, Juan *Culpabilidad y Pena*. Barcelona, Editorial S.A. Bosch, 1977, como se cita en CÁRDENAS, Claudia. op. cit., p. 74. [en línea] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041323003>> [consulta: 21 septiembre 2017].

³⁸ ROXIN, Claus. *Culpabilidad*, op. cit., p. 55.

³⁹ CARBONELL, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 218, como se cita en CÁRDENAS, Claudia. op. cit., p. 74. [en línea] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041323003>> [consulta: 21 septiembre 2017].

⁴⁰ CARRASCO GOMEZ, J. y MAZA MARTÍN, J. op. cit., p. 262.

base de la figura de un ciudadano que no solo es destinatario de normas sino que es quien produce las estructuras legislativas con cierto grado de autonomía (lo que Kindhäuser llama “autonomía comunicativa”, la cual es capaz de generar condiciones de validez que explican tanto la fidelidad al derecho como su déficit delictual).⁴¹ El derecho no podría concebirse sin tal posibilidad de elección, por lo cual se vuelve necesario presuponer que los destinatarios de las normas cuentan con al menos un grado medio de libertad, lo que en términos de responsabilidad equivale a la exigibilidad de un parangón medio de diligencia.⁴²

En respuesta a la idea de un reproche basado en la capacidad de culpabilidad de un ciudadano medio se configura una última crítica, la cual afirma que sostener tal parámetro equivaldría a sacrificar la imputación subjetiva, dejando de lado el reproche a la persona y sus circunstancias concretas, puesto que se utilizaría como parangón de juzgamiento un sujeto medio abstracto y teórico. Esto conllevaría una presunción generalizadora de capacidad e incluso constituiría una presunción de derecho de responsabilidad para quien se encuentre por debajo de esta medida,⁴³ lo cual es del todo contrario a la idea misma del reproche individual en un estado democrático de derecho y el rol de fundamento penal que se da al principio de culpabilidad en tal esquema jurídico-político.⁴⁴

Lo complejo de las consecuencias derivadas de esta última crítica han dado lugar a reformulaciones conceptuales como la de la *teoría de la motivabilidad* (Mir Puig; Muñoz Conde; Gimbernat), donde la capacidad de obrar conforme a los mandatos del derecho es reemplazada por una capacidad normal de motivación a ellos, lo cual sigue sin alterar sustancialmente la remisión descriptiva a un parámetro de hombre medio imputable y capaz de culpa, pero les ha permitido enarbolar acepciones menos cargadas de resonancia moral como ‘atribuibilidad’ o

⁴¹ KINDHÄUSER, Urs. op. cit., pp. 93 y ss.

⁴² CARRASCO GOMEZ, J. y MAZA MARTÍN, J. op. cit., p. 262.

⁴³ MONTES, Sandro. op. cit., p. 8. [en línea, catálogo de artículos académicos, U. de Friburgo] <<http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos>> [consulta: 21 septiembre 2017]

⁴⁴ MERA, Jorge. op. cit., p. 181, como se cita en CÁRDENAS, Claudia. op. cit., p. 76. [en línea] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041323003>> [consulta: 21 septiembre 2017].

'responsabilidad'.⁴⁵ De este modo la idea de una "motivabilidad normal" se ha considerado de similar inconsistencia teórica a la teoría normativa, en la medida que la imputación individual se sigue supeditando a un análisis abstracto e impersonal incapaz de fundamentar el juicio de culpabilidad, el cual ha de ser concreto. En similar línea se han afirmado posturas de fundamentación penal en el *disvalor de la actitud (ánimo) actualizada* en el caso concreto, lo cual no constituye mayor aporte y es susceptible del mismo tipo de críticas al abandono de la imputación individual.⁴⁶

Por otra parte y como consecuencia de lo anterior, han existido tendencias dogmáticas más recientes que de frentón afirman la crisis del concepto de culpabilidad como fundamento del reproche penal, haciendo un llamado a prescindir de éste en tal función, ya sea conservándolo solo como principio limitador del ius puniendi (v. gr. Roxin, quien de todas formas postula una fundamentación de la culpa desde la motivabilidad, pero en adición a la necesidad de la pena en base a criterios político-criminales), ya sea desechándolo en favor de concepciones de mayor utilidad para los fines preventivos asignados a la pena (Jakobs ["restablecimiento de la afectación de la confianza en la norma"]; Kindhäuser ["la pena expresiva" ante al déficit de fidelidad al derecho]). Hay un giro teórico desde la pretensión lógico-objetiva del finalismo hacia una construcción dogmática de orden teleológico, donde el punto de partida es el fin, valor o bien jurídico asociado a la cristalización normativa que consagra un determinado delito, y donde su tratamiento doctrinal a nivel de culpabilidad ha de tener en consideración cuestiones sociales que exceden un reproche bajo parámetros abstractos y desconectados con la racionalidad de la imposición de una pena, sino que se nutren de un enfoque preventivo que tiene como directriz la evitación de futuras desviaciones conductuales.⁴⁷ Esta tendencia es lo que se ha venido en llamar *post-finalismo* o

⁴⁵ CARRASCO GOMEZ, J. y MAZA MARTÍN, J. op. cit., p. 263.

⁴⁶ VELÁSQUEZ, Fernando. *La culpabilidad y el principio de culpabilidad*. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. 50: 289, 1993. [en línea] <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_33.pdf> [consulta: 21 septiembre 2017]

⁴⁷ MONTES, Sandro. op. cit., p. 10. [en línea, catálogo de artículos académicos, U. de Friburgo] <<http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos>> [consulta: 21 septiembre 2017]

funcionalismo, la cual ha recibido fuertes críticas dada su instrumentalización del sujeto enjuiciado en sacrificio de un interés preventivo general o especial, y también por contener en algunas de sus variantes argumentos que evidencian un “derecho penal de medidas de seguridad”, cuestión que repugna a la idea de un Estado democrático de derecho y las consecuencias sustantivas y adjetivas que de él emanan.⁴⁸

Esta clase de críticas han originado diversas respuestas que oscilan entre las ya expuestas, siendo importante destacar que existen *posiciones intermedias o moderadas* del funcionalismo que opinan que “no es posible suprimir el principio de culpabilidad ni tampoco transformarlo en pura prevención general, debiéndose revisar el derecho penal de culpabilidad tradicional liberando el concepto de la excesiva carga ideológica que soporta, determinando su contenido de manera más precisa y situándolo en una relación adecuada a los fines de prevención del Derecho Penal. Así las cosas, se expresa que la capacidad humana de culpabilidad no es una cualidad óptica pero tampoco una ficción, una construcción normativa o una pura imputación, aduciendo como prueba el hecho de que las ciencia empíricas permiten hoy determinar si un individuo, en una situación dada, es capaz de conducir su conducta y tiene la posibilidad de decidirse en favor de un comportamiento orientado a la norma (dirigibilidad o capacidad de reaccionar normativamente), de donde infiere que la culpabilidad es un concepto mixto: empírico-normativo”.⁴⁹ En la misma línea se defiende la vigencia del principio de culpabilidad pese a la asunción de criterios político-criminales: “Quizá pueda parecer una contradicción; pero esa aparente contradicción se supera si se acepta la posibilidad de diferenciar entre un significado político-criminal del principio de culpabilidad que no coincide necesariamente en su contenido con el concepto de culpabilidad tradicional estrictamente jurídico-penal. Cuando se invoca el principio

⁴⁸ VELÁSQUEZ, Fernando. op. cit., p. 291. [en línea] <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_33.pdf> [consulta: 21 septiembre 2017]

⁴⁹ Íbid., p. 292. [en línea] <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_33.pdf> [consulta: 21 septiembre 2017]

de culpabilidad como criterio rector de la política criminal y de la legislación penal, en realidad lo que se quiere es preservar una serie de garantías que el principio encierra y que son la sedimentación de una progresiva evolución el Derecho penal”.⁵⁰

Por último, nos parece importante para efectos de esta tesis señalar la existencia de *teorías de co-culpabilidad*, que representan un avance que complejiza las condiciones en que se fundamenta el juicio de reproche individual, nutriendo los criterios que informan la capacidad de culpabilidad desde un enfoque social. Esta tendencia dogmática ha argumentado en favor de la utilización del término *responsabilidad plena*, según el cual el juez ha de considerar todas las circunstancias del individuo al momento de establecer su responsabilidad penal, en especial aquellas que versen sobre sus oportunidades de acceso a bienes naturales y sociales, ya que “(...) Siendo el Estado el responsable de respetar y garantizar esos derechos [sociales], corresponde discutir ‘qué le puede exigir al Estado una persona dada en una circunstancia dada’”.⁵¹ En tal sentido el juicio de culpabilidad o de responsabilidad plena se entiende como “el juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al agente la realización de un injusto penal pues, dadas las condiciones de orden personal y social imperantes en el medio donde actúa, se encontraba en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no lo hizo habiendo podido llevarlo a cabo. Se trata de un juicio de carácter eminentemente normativo fundado en la exigibilidad (...)”.⁵² La ventaja de este enfoque es el aporte macro-sociológico que a nivel de imputabilidad éste realiza, puesto que reconoce la existencia de factores

⁵⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel. *Curso de derecho penal. Parte general*, 1a edición, Barcelona. Editorial Cedecs, 1996, p. 58, como se cita en MONTES, Sandro. op. cit., p. 11. [en línea, catálogo de artículos académicos, U. de Friburgo] <<http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos>> [consulta: 21 septiembre 2017]

⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras Completas. Derecho Penal Parte General*. Tomo I y II. Segunda edición. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007. p. 437, como se cita en CÁRDENAS, Claudia, op. cit., pp. 76-78. [en línea] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041323003>> [consulta: 21 septiembre 2017].

⁵² VELÁSQUEZ, Fernando. op. cit., p. 298 [en línea] <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_33.pdf> [consulta: 21 septiembre 2017]

determinantes y condicionantes de las prácticas delictuales, revelando al delito como un fenómeno complejo que no puede ser descrito a nivel cognitivo-volitivo por la mera individualidad del sujeto enjuiciado, sino que se le juzga en relación a su interacción con su entorno socio-cultural, donde “cualquier alteración en este proceso socializador, afecte o no a las facultades intelectivas y volitivas, debe ser tenido en cuenta a la hora de formular cualquier juicio de valor sobre el comportamiento de una persona”.⁵³

1.3. Últimas consideraciones introductorias

En suma, podemos apreciar que, pese a la denominada crisis del principio de culpabilidad, no existe asidero teórico ni práctico para afirmar su abandono en un Estado democrático de derecho, que conciba a la pena como una medida punitivo-estatal de “ultima ratio”, dotada de un fundamento secular, racional-normativo y preventivo (en oposición a un derecho penal de medidas y a la desdeñada fundamentación retributiva de la pena). Por esto, independiente de la posición que se tome respecto al contenido formal de la imputación penal, consideramos que el estado de la dogmática nacional nos permite afirmar con seguridad que la culpabilidad no solo es un elemento vigente en la actual teoría del delito, sino que es imprescindible para ella. Además, como se expuso, la imputabilidad no ha sido refutada como fundamento de la culpabilidad, sino que su contenido concreto es el que ha sido objeto de amplio debate, siendo nuestra tesis un intento de aportar y enriquecer la discusión respecto a su caracterización.

Es de nuestro parecer que la drogodependencia a la pasta base, dada su proliferación dentro del conjunto de sujetos enjuiciados por delitos patrimoniales y relacionados a la ley 20.000, es uno de los factores condicionantes que deben ponderarse al momento de establecer la imputabilidad del imputado adicto. Para

⁵³ CARRASCO GOMEZ, J. y MAZA MARTÍN, J. op. cit., p. 265.

poder desarrollar un análisis serio y profundo al respecto es que se hace menester antes que todo comprender en qué consiste tal drogodependencia, qué conceptos y criterios médico-psiquiátricos se encuentran involucrados, cuál es la relación entre este trastorno y la comisión delictual, etc.

CAPÍTULO 2: LA DROGODEPENDENCIA A LA PASTA BASE DE COCAÍNA

2. La drogodependencia a la pasta base de cocaína

En este capítulo se busca ahondar y clasificar las sustancias catalogadas como droga según las ciencias naturales. Del estudio de aquello, es posible desprender que, a lo largo del desarrollo de la civilización humana, ciertas sustancias han sido catalogadas como prohibidas mientras que otras igual de nocivas -o aún más- no tienen el mismo carácter. El análisis crítico de las sustancias involucradas permite inferir que, tratándose de sustancias de efectos nocivos - abiertamente aceptados por la comunidad científica y jurídica global- emergen fundamentos de política criminal y de políticas públicas que, escapan de la esfera de la nocividad biológica. El enfoque que se utiliza para poder afrontar el problema de la drogodependencia como una cuestión de política pública y, el carácter que tomen los diversos actores del problema dice mucho acerca de las prioridades que tiene el Estado, al momento de definir las directrices con que trata los problemas de salud mental.

El estudio de la pasta base de cocaína, como una *sustancia más problemática que otras* -dentro del largo catálogo que el legislador ha catalogado como droga- es de sumo relevante para poder entender el fenómeno delictivo que trae aparejado. La relación droga/delito en este caso en particular, es bastante ilustrativo respecto a las diversas condiciones de vida en las que se ve inmerso el drogodependiente, quien -en la mayoría de los casos- está o estuvo inmerso en situaciones de precariedad económica que, finalmente, desencadenan en la comisión de delitos y en un círculo de violencia. Un estudio de los efectos de la droga en el sujeto y la relación del individuo con la sustancia permite dar atisbos de luz, dentro de un espectro sombrío de gente que delinque y, un sistema que intenta dar respuesta a los consumidores -como delincuentes con problemas que escapan a la mera criminalidad- y a las víctimas que, cada vez más exigen al Estado que vele por la seguridad pública.

2.1. Clarificación de conceptos

En primer lugar, es menester clarificar diversos conceptos que tienen relación con el problema planteado en esta memoria de título. Al respecto, consideramos necesario establecer desde diversas fuentes los vocablos que se utilizarán a lo largo de este trabajo para poder delimitar el ámbito de estudio, y de esta manera, volcar nuestra investigación a las distintas situaciones en que puede estar un individuo ante el consumo de sustancias, y específicamente, la pasta base de cocaína.

En este sentido, se busca ahondar lo que ha se ha entendido por *droga* desde un punto de vista internacional (es decir, los textos de la Organización Mundial de la Salud como referente en materias de salud en el mundo), los diferentes códigos médicos que versan sobre la materia (el DSM V y el CIE-10) y los trastornos relacionados con las mismas, además de, la legislación nacional y la aceptación de los códigos médicos como criterios de diagnóstico de enfermedades y trastornos mentales recogidos por nuestra legislación. En segundo lugar, el trabajo tiene por finalidad razonar desde la perspectiva médico-psiquiátrica la dependencia a las drogas como un trastorno de índole mental; y finalmente comprender las situaciones en que puede estar un sujeto dependiente a las drogas -en particular a la pasta base de cocaína- respecto a los delitos de carácter patrimonial que cometa.

Consideramos imperioso señalar que nuestra doctrina -y más aún la jurisprudencia nacional- no es del todo pacífica respecto a la adicción a las drogas como una causa de inimputabilidad; aunque, existe parte de la jurisprudencia y doctrina tendiente a considerar a los drogodependientes como sujetos que merecen -a lo menos- un tratamiento distinto respecto a su capacidad civil y penal.

2.1.1. Droga

La Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) en el año 1994 editó bajo el título de *Lexicon of Alcohol and Drug Terms* (en inglés) un glosario de términos relacionados con el alcohol y las drogas. En el mismo año le otorgó los derechos de la edición en español al Ministerio de Sanidad y Consumo de España.

Dentro de dicho glosario, se señala que una droga es un *término de uso variado*, -por lo que tendría más de una acepción- definiéndola como “toda sustancia con potencial para prevenir o curar una enfermedad o aumentar la salud física o mental y en farmacología como toda sustancia química que modifica los procesos fisiológicos y bioquímicos de los tejidos o los organismos”.⁵⁴ Esta definición dada por la O.M.S. es demasiado amplia, puesto que droga podría ser toda aquella sustancia que ingresa desde el exterior al interior de nuestro cuerpo y que modifique los procesos fisiológicos y bioquímicos.

Así las cosas, existe una subclasificación de la palabra droga, ésta manifestada como droga psicoactiva que “es una sustancia que, cuando se ingiere, afecta a los procesos mentales, p. ej., a la cognición o la afectividad. Este término y su equivalente, sustancia psicotrópica, son las expresiones más neutras y descriptivas para referirse a todo el grupo de sustancias, legales e ilegales, de interés para la política en materia de drogas. ‘Psicoactivo’ no implica necesariamente que produzca dependencia sin embargo en el lenguaje corriente, esta característica está implícita, en las expresiones ‘consumo de drogas’ o ‘abuso de sustancias’”.⁵⁵ En concordancia con la definición anterior, se puede concluir que la sustancia ingerida por el consumidor produce un cambio psicológico-psiquiátrico en la psiquis del individuo, que puede en algunos casos y unido a distintos fenómenos -como por ejemplo comorbilidad con enfermedades psiquiátricas o condicionantes externas- producir dependencia en algunas personas.

⁵⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Glosario de términos de alcohol y drogas*. Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo Centro de Publicaciones, 1994, p. 33.

⁵⁵ *Ibid*, p. 58.

Por su parte, la Real Academia Española define a una droga como “una sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno”.⁵⁶

Desde el punto de vista normativo, no existe una definición legal en nuestro ordenamiento jurídico de lo que es una droga, no obstante, la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, luego de estudiar su artículo número 1° permite inferir que las sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas son aquellas que producen dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, sin la debida autorización. En este sentido pensamos relevante para efectos de la presente investigación atender a los dos aspectos delimitadores que concibe nuestra ley de drogas: la producción de dependencia física o psíquica y los efectos tóxicos o daños considerables a la salud, sin la debida autorización. Tales criterios permiten tener una noción más acabada de la clase de sustancias que el derecho considera drogas, dado que su delimitación obedece a consideraciones de tipo normativo, es decir, identificadoras de bienes jurídicos protegidos por la norma penal (salubridad pública y privada).

A contrario sensu, droga lícita es toda aquella droga que no sea ilícita, en consecuencia, el ordenamiento jurídico permite la producción, porte, transporte y comercialización de aquellas sustancias -creando éstas farmacodependencia o no- que no estén prohibidas por la ley. Esta escisión que hace el ordenamiento jurídico nacional es -a nuestro juicio- cuestionable, puesto que, el legislador no toma en consideración criterios médico-sanitarios como la farmacodependencia o toxicidad de la sustancia, sino que criterios de carácter normativo pertenecientes a la esfera de la política criminal.

El Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA) utiliza la definición de la O.M.S. para conceptualizar el

⁵⁶ Tomamos en consideración la segunda acepción que da la R.A.E. respecto a la palabra droga, puesto que la primera se refiere a una sustancia mineral, vegetal o animal, que se emplea en la medicina, en la industria o en las bellas artes.

vocablo droga, y toma en cuenta la escisión entre drogas lícitas e ilícitas, definiendo droga ilícita como “aquellas cuya producción, porte, transporte y comercialización está legalmente prohibida o que son usadas sin prescripción médica. Se distinguen según su origen en drogas naturales (provenientes de alguna planta) o sintéticas (elaboradas a partir de sustancias químicas)”.⁵⁷

El problema con el concepto droga es que no es un vocablo que genere pacificidad dentro de la comunidad científica y, en consecuencia, tampoco en la comunidad jurídica global. Una crítica que se le hace al término droga es que “la lengua común se ha apoderado de dicho concepto hace algunos decenios para designar un conjunto heteróclito de productos naturales, de preparados diversos, de sustancias más o menos puras, naturales o sintéticas, cuyo común denominador - la toxicidad y la capacidad de provocar a breve plazo una necesidad imperiosa de consumirlas- explicaría y justificaría que fueran sometidas a un régimen jurídico específico”.⁵⁸

El inconveniente central de la definición de droga -que tiene la colectividad en general- es que dentro de lo que se describe en su concepción, sustancias reglamentadas de consumo controlado, como por ejemplo los medicamentos o de uso libre -como el alcohol o el tabaco- poseen las cualidades de generar daños en la salud humana y también una propensión a la adicción por parte de quienes las consumen. Si la norma penal pretende castigar el porte, tráfico, comercialización y transporte de “algunas sustancias” en desmedro de “otras”, está utilizando criterios más bien ideológicos que jurídicos.⁵⁹ Por ejemplo, el legislador en la Ley 20.000 establece que el bien jurídico tutelado es la salud pública⁶⁰ -desprendiéndose esta

⁵⁷ SENDA. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. *Glosario de términos*. [En línea] <http://www.senda.gob.cl/?page_id=1376> [consulta: 21 de diciembre de 2017]

⁵⁸ RICHARD, Denis. *Las drogas: Una explicación para comprender. Un ensayo para reflexionar*. México D.F., Siglo Veintiuno Editores, S.A. de C.V., 2003, p. 7.

⁵⁹ La historia de las drogas revela que por razones culturales se eligen como drogas ilegales sólo una porción del total de las drogas, ello significa que se está asumiendo una ideología en la configuración del “bien jurídico” en ALVARADO VARGAS, Eddie. *La salud pública como bien jurídico tutelado en el narcotráfico*. *Medicina Legal de Costa Rica*. 15(1-2): 55-56, 1998.

⁶⁰ Politoff y Matus la definen como: “...la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas y la libertad de los individuos

conclusión de los artículos 1º, 43 y 65-⁶¹ por lo que corresponde cuestionarse, por qué en el reglamento de la Ley 20.000 que establece una lista taxativa de sustancias prohibidas no está incluido el alcohol⁶² o el tabaco⁶³, que producen resultados tan catastróficos respecto a los consumidores mismos y a la generalidad de la población. La cuestión radica en que el ordenamiento jurídico -en ciertos casos- no pena la toxicidad ni dependencia *per se*, sino que se atiende a cuestiones que van más allá del bien jurídico protegido “salud pública” y, por tanto, responde a materias que están más relacionadas con la variante ideológica del derecho que con discusiones médico-legales o de real incidencia en temas de salud y/o seguridad pública.

Dicho esto, la doctrina criminológica sistematiza el vocablo droga como “toda sustancia que, con independencia de su utilidad terapéutica, actúa sobre el sistema nervioso central modificando la conducta del individuo, y que tras un uso continuado puede crear en él el fenómeno conocido como farmacodependencia”.⁶⁴

afectados, de resultados de la eventual dependencia física o síquica a que el consumo frecuente de las mismas puede conducir, con las derivaciones negativas de marginación social que lleva consigo la drogadicción”. POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre. Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Estudios de Dogmática y Jurisprudencia. Santiago, Editorial Jurídica, 1998, p. 14.

⁶¹ Los artículos 43 y 65 de la Ley 20.000 identifican de forma explícita el bien jurídico “salud pública” como el tutelado ante la contravención de la norma.

⁶² Entre los factores presentes en el delito de homicidio se encuentra el consumo de alcohol y drogas, tanto por parte del homicida como de la víctima. Un 59% de los homicidas consume alcohol antes de efectuar el asesinato, mientras que un 17% consume alguna otra droga. Las víctimas presentan un patrón similar, ya que 55% estaba bajo los efectos del alcohol al momento de ser asesinada y un 13% había consumido alguna otra droga. FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, *Caracterización del Homicidio en Chile*, Santiago, 1999.

⁶³ En cuanto a la mortalidad atribuible al tabaco, el Departamento de Informaciones y Estadísticas del MINSAL (DEIS), señala que entre los años 1985 - 2010 se produjeron 330.896 muertes atribuibles al tabaco. Dichas muertes se deben a diversas causas tales como cánceres al pulmón, tráquea, bronquios y vejiga, enfermedad isquémica, enfermedad cerebrovascular, bronquitis aguda y crónica. Esta carga en salud, tiene como consecuencia un gran gasto sanitario asociado a estas problemáticas de al menos un billón de pesos anual (equivalente al 0,8% del PIB nacional y a un 11,5% del presupuesto anual en salud) sólo en gastos directos de salud (Pichón-Riviere, 2014) citado en MINISTERIO DE SALUD, *Informe de Evaluación de Tecnologías Sanitarias Revisión Sistemática de Estudios de Costo Efectividad y Análisis de Transferibilidad de Intervenciones Sanitarias para la Cesación del Hábito Tabáquico*, Santiago, 2006.

⁶⁴ BERGALLI, Roberto y otros. El pensamiento criminológico Vol. II, Estado y control. Bogotá, Editorial Temis S.A., 1983, p. 178.

También, se define una droga, en un sentido amplio, como “una sustancia que, introducida en el organismo, puede modificar una o más funciones de éste y cuyo uso y consumo tiene potencial riesgo de generar abuso, dependencia o abstinencia; quedando incluidas las drogas de abuso y medicamentos”.⁶⁵

2.2. La clasificación de las drogas

La ciencia médica y las ciencias jurídico-penales han hecho esfuerzos por poder clasificar los distintos tipos de drogas y sustancias análogas. Dentro de las clasificaciones desde el punto de vista médico, se pueden distinguir según su origen, estructura química, mecanismo de acción o afinidad específica sobre las estructuras del sistema nervioso central. Desde el punto de vista jurídico-penal versa la discusión sobre el carácter lícito o ilícito del consumo, producción o porte de sustancias. También desde un punto de vista social-mediático, pueden catalogarse las drogas en drogas blandas y duras, teniendo diversas repercusiones sociales el consumo de tal o cual sustancia.

2.2.1. Clasificación de las drogas según su mecanismo de acción en el organismo

La literatura científica durante los últimos siglos ha intentado caracterizar a los distintos tipos de sustancias psicotrópicas. A saber, en el año 1924, Louis Lewin en *Fantástica*, sistematiza las sustancias en cinco categorías que actúan sobre la psiquis: los estimulantes (excitantia), los alucinógenos (phantastica), las sustancias embriagantes (inebriantia), las que provocan el sueño (hipnótica) y los

⁶⁵ CARRASCO GOMEZ, J. y MAZA MARTÍN, J. op. cit., p. 1181

tranquilizantes (euphorica)⁶⁶. Dicha clasificación fue un gran esfuerzo por sistematizar a las diversas sustancias, aunque, es criticable debido a que existen sustancias capaces de producir más de uno (a la vez) de los efectos anteriormente señalados dependiendo de la dosis ingerida; además de quedarse obsoleta, puesto que años más tarde, cientos de miles de psicotrópicos de síntesis fueron descubiertos y otros fueron creados por el humano.

El estudio de Lewin puede ser considerado como la piedra angular para el estudio de las drogas, en vista a que, fue el primero en sistematizar y organizar las drogas conocidas hasta ese momento, sin embargo, no da nociones claras respecto a lo que ocurre en el organismo humano ante el consumo de dichas sustancias.

Actualmente, se sostiene que desde el punto de vista médico se pueden clasificar las drogas desde distintos prismas. Algunas de estas clasificaciones son: según su origen, su estructura química, su mecanismo de acción sobre el organismo o su tropismo hacia algunos de los sistemas corporales.⁶⁷ Tropismo debe entenderse como “la afinidad más específica sobre las estructuras del sistema nervioso central, es decir una acción selectiva sobre las mismas, originando cambios conductuales y de las respuestas psíquicas”.⁶⁸

Para efectos de desarrollar esta memoria de título y poder comprender la dependencia a sustancias catalogadas como drogas, consideramos necesario atender al mecanismo de acción que tienen dichas sustancias dentro del organismo humano. Este estudio, permite distinguir a la pasta base de cocaína como una sustancia que provoca un efecto diverso a las otras sustancias catalogadas como drogas en nuestra legislación y, en segundo lugar, intentar clarificar las consecuencias que tiene un consumo abusivo y reiterado en el tiempo de pasta base de cocaína, en cuanto a las secuelas en materia cognitiva y volitiva de un

⁶⁶ RICHARD, Denis. op. cit., p. 14.

⁶⁷ CARRASCO GOMEZ, J. y MAZA MARTÍN, op cit., p. 1181.

⁶⁸ Ídem.

sujeto, entendiéndola como una sustancia que refuerza o estimula las funciones mentales.

Al respecto, las drogas se dividen en:

- 1) Psicolépticos: que son aquellas que tienden a deprimir las funciones mentales induciendo una sedación. Entre éstas, a su vez se incluyen:
 - Neurolépticos: que tienden a neutralizar los afectos, disminuyen la iniciativa y la impulsividad, siendo capaces de reducir los síndromes delirantes y alucinatorios. La mayor parte de ellos originan, de forma secundaria, un síndrome neurológico extrapiramidal.
 - Tranquilizantes o ansiolíticos: que apagan la ansiedad, la emotividad, etc.
 - Reguladores del humor: sin efecto perceptible en la persona normal, actúan sobre las alteraciones del estado de ánimo, de tipo maníaco o depresivo. Los más relevantes son las sales de litio (Plenur) y la carbamacepina (Tegretol).
 - Hipnóticos: actúan sobre la conciencia y vigilancia siendo capaces de inducir sueño.

- 2) Psicoanalépticos: sustancias que refuerzan o estimulan las funciones mentales.
 - Estimulantes de la vigilia: refuerzan las funciones de estar despiertos, alertas, suprimen el sueño y desarrollan efectos anorexígenos e hipertensores. Como la cafeína, anfetaminas, etc.
 - Estimulantes del humor: psicoanalépticos o antidepresivos, sustancias capaces de corregir los trastornos depresivos.
 - Nootropos o psicotónicos: sustancias con efectos de activadores cerebrales y empleados en deterioros y demencias.

- 3) Psicodislépticos: sustancias que originan una perturbación de la actividad psíquica. No tienen apenas indicaciones terapéuticas y dan lugar a drogodependencias.
- Alucinógenos: producen estados oníroides y de despersonalización. LSD, mescalina, etc.
 - Analgésicos narcóticos: anulan el dolor, inducen inercia, provocan estados placenteros con disminución de la conciencia, y generan dependencia rápida. Son los opiáceos y derivados.
 - Alcohol, éter y disolventes: que provocan estados de embriaguez en los que se asocian grados variables de sedación o agitación.⁶⁹

2.2.2. Pasta base de cocaína

Una vez delimitado el término droga, y entendiéndola como una sustancia psicoactiva o estupefaciente, es importante estudiar específicamente a un tipo de droga en particular: la pasta base de cocaína. El alcance en términos cuantitativos del consumo de drogas en la población imputada -tal como se señaló en la introducción- es alto y más aún de pasta base de cocaína respecto a la condición socioeconómica de los imputados y de la cualidad de delitos cometidos.

La pasta base de cocaína es una cocaína fumable, es decir ésta no se inhala a diferencia del clorhidrato de cocaína, sino que después de su procesamiento químico adquiere características fisicoquímicas que le dan puntos de fusión bajos y pueden ser volatilizadas por sublimación o ebullición, utilizando calor⁷⁰. Dentro del género de cocaínas fumables se encuentran la pasta base de cocaína, el crack y base libre.

⁶⁹ CARRASCO GOMEZ, J. y MAZA MARTÍN J., op. cit., pp. 1182-1883

⁷⁰ CASTAÑO, Guillermo. Cocaínas fumables en Latinoamérica. *Adicciones* 12(4): 541-550, 2000.

También conocida como bazuca, angustia, pasturri, mono, marciano⁷¹ o simplemente pasta, es “el primer producto de extracción cruda obtenido durante el proceso de purificación y obtención del alcaloide cocaína en su forma de clorhidrato”.⁷²

Corresponde considerar a la pasta base como un psicoanaléptico o estimulante de la vigilia y el humor de carácter mayor, que corresponde químicamente a un elemento basal (lleno de impurezas) de la cocaína, la cual se obtiene macerando las hojas de la planta de coca con keroseno y compuestos sulfurados, que lavada luego con sustancias altamente volátiles (éter y acetona) se convierte en clorhidrato de cocaína.⁷³

Respecto a su efecto en el sistema nervioso central al consumirla por vía pulmonar, la cual es la más común -“sus impurezas hacen que no sea administrable por vía intravenosa o intramuscular, que abraza la mucosa nasal y que tenga poca actividad y graves efectos secundarios por vía digestiva, haciendo que su uso se restrinja a cigarrillos, pipas y otras modalidades de empleo por vía pulmonar”⁷⁴⁻, “(...) tales efectos se asemejan por intensidad y brevedad a la inyección intravenosa de cocaína, efusión efímera — experimentada con desagrado por la mayoría de las personas «normales»— que exige renovarse a los pocos minutos para no caer en una especie de sobreexcitación depresiva”.⁷⁵

Es una sustancia volátil y sublimable, dado que puede pasar a fase gaseosa directamente desde la sólida. Son líquidas desde los 98 °C y su punto de ebullición

⁷¹ SENDA. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. *Pasta base*. [En línea] <<http://www.senda.gob.cl/prevencion/informacion-sobre-drogas/pasta-base/>> [consulta: 21 de diciembre de 2017].

⁷² MEIKLE, M. Primer estudio pre-clínico de la acción de pasta base de cocaína en el sistema nervioso central. *Revista de Psiquiatría del Uruguay* 73(1): 25-36, 2009.

⁷³ ESCOHOTADO, Antonio. *Historia general de las drogas*. 7ma. Edición. Madrid, Alianza Editorial S.A., 1998, p. 771.

alianza editorial, s.a. madrid

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ Ibid. p. 772.

está entre los 187 °C y 188 °C.⁷⁶ Hay que destacar que, contiene entre un 40% a un 85% de sulfato de cocaína,⁷⁷ por lo que si bien, no es cocaína pura, es posible considerarla como una droga estimulante constituida mayormente por cocaína y - de esta manera- encasillar su consumo problemático como un trastorno producido por consumo de sustancias estimulantes.

Parte de la literatura, señala que la pasta base de cocaína -por sus cualidades farmacológicas- produce un estado de intoxicación aguda, dentro del cual es posible describir tres estadios clínicos: a) antes del consumo es posible ver un síndrome obsesivo-compulsivo agudo, un síndrome ansioso y un síndrome neurovegetativo, caracterizado por sudoración, taquicardia y malestar abdominal referido como deseos de defecar. Una vez consumida la sustancia, se inicia un efecto “flash” placentero intenso, muy breve que dura 3 a 4 segundos, con una caída muy brusca. La angustia por la cesación de los efectos es severa -en términos tales- que obliga al consumidor a fumar una y otra vez⁷⁸ consumiendo hasta más de 300 cigarrillos en 24 horas.⁷⁹ Esta angustia está caracterizada por una estimulación vegetativa,⁸⁰ hipersensibilidad sensorial,⁸¹ alteraciones psicomotrices,⁸² síndrome

⁷⁶ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (ONUDC) y LA COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO Y VIDA SIN DROGAS (DEVIDA). *Pasta Básica de Cocaína: Cuatro décadas de historia, actualidad y desafíos*. Lima, Oficina de las Naciones Unidas, 2013, p. 49.

⁷⁷ CASTAÑO, Guillermo. op.cit.

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ NAVARRO, Rafael. *Aspectos clínicos de la dependencia a la pasta básica de cocaína*. En: F. León y R. Castro de la Mata (Editores). *Pasta básica de cocaína, un estudio multidisciplinario*. CEDRO, 1989, pp.117-166.

⁸⁰ Tras el primer consumo se presentan síntomas neurovegetativos en constante aumento como el incremento de la frecuencia respiratoria y tensión arterial, taquicardia, hiperreflexia ostetendinosa, parestesia, temblor en las extremidades, entre otros.

⁸¹ Al inicio puede haber aumento de sensibilidad olfatoria además de una hipersensibilidad auditiva, que a medida que aumenta la intoxicación, se torna molesta.

⁸² Inicialmente hay incremento de actividad motora, sin embargo, luego de una intoxicación manifiesta comienza a exteriorizarse rigidez muscular en mandíbula y extremidades superiores.

paranoide⁸³⁻⁸⁴ y pseudo-percepciones.⁸⁵ Y finalmente, un tercer estadio caracterizado por una fatiga intensa, irritabilidad y deseos intensos de dormir.

2.3. Relación del individuo con la droga

Existen diversos cuadros clínicos en los cuales se puede encontrar un individuo respecto a la sustancia ingerida: dependencia, tolerancia, estado de abstinencia y abuso de drogas. En este sentido, procederemos a aclarar dichos conceptos para efectos de tener una mejor comprensión del fenómeno de la drogodependencia y entender cómo repercute la ingesta de sustancias psicoactivas en el organismo humano. Cabe señalar con antelación que, la relación entre el individuo y la droga no es solo una manifestación psicológica -como se tiende a pensar- sino que responde a cursos de carácter físicos y biológicos. Por ejemplo, nos podemos encontrar ante un individuo que tenga una relación de dependencia física, psicológica -o incluso ambas- ante la pasta base de cocaína, mermando considerablemente su voluntad y libertad -con las ramificaciones nocivas que dicha situación conlleva- no solo en la esfera privada, sino que también de marginalidad social y de relación con su entorno más próximo.

Los estados patológicos en lo que se puede encontrar un consumidor crónico de drogas, han sido recogidos por los códigos médicos, sistematizándolos y generando un consenso entre la comunidad científico-médica respecto a qué estados clínicos son catalogados o no como enfermedades o trastornos. Por esta razón es que es importante estudiarlos y enunciarlos en esta memoria de título, pretendiéndose de esta forma, darle una naturaleza científica a una discusión que

⁸³ Se presenta en casi la totalidad de los consumidores.

⁸⁴ Navarro muestra la respuesta de pacientes evaluados que, presentaron sintomatología caracterizada por suspicacia y desconfianza, además de la sensación de sentirse espiados o perseguidos, o con una sensación de daño inminente.

⁸⁵ Ilusiones asociadas al síndrome paranoide y verdaderas alucinaciones visuales y táctiles.

escapa de la esfera jurídica y que tiene ribetes -aparte de lo normativo- médicos, políticos y sociales.

2.3.1. Dependencia

La O.M.S. señala que, por regla general, el término dependencia puede utilizarse en referencia a “toda la gama de sustancias psicoactivas (farmacodependencia, drogodependencia, dependencia de sustancias químicas, dependencia del consumo de sustancias) o para referirse a una droga o a una clase de drogas concreta (p. ej., dependencia del alcohol, dependencia de opiáceos) (...) Si no se especifica, la dependencia se refiere tanto a los *elementos físicos* como a los *psicológicos*. La dependencia psicológica o psíquica se aplica al deterioro del control sobre la bebida o sobre el consumo de la sustancia, mientras que la dependencia fisiológica o física se refiere a la tolerancia y los síntomas de abstinencia. En los debates centrados en la biología, el término dependencia suele emplearse únicamente en referencia a la dependencia física”.⁸⁶

2.3.1.1. Dependencia manifestada clínicamente

La dependencia conlleva aparejado un síndrome, que es una manifestación física o psicológica de la dependencia que tiene una persona referente a una sustancia determinada. La O.M.S. define éste como “el conjunto de fenómenos del comportamiento, cognitivos y fisiológicos que pueden desarrollarse tras el consumo repetido de una sustancia. Normalmente, estos fenómenos comprenden: un poderoso deseo de tomar la droga, el deterioro del control de su consumo, el

⁸⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, op. cit., p. 30.

consumo persistente a pesar de las consecuencias perjudiciales, la asignación de mayor prioridad al consumo de la droga que a otras actividades y obligaciones, un aumento de la tolerancia y una reacción de abstinencia física cuando se deja de consumir la droga. Conforme a la CIE-10 (ICD-10), debe diagnosticarse un síndrome de dependencia si se han experimentado tres o más de los criterios especificados en el plazo de un año. El síndrome de dependencia puede aplicarse a una sustancia concreta (p. ej., tabaco, alcohol o diazepam), a un grupo de sustancias (p. ej., opiáceos) o a una gama más amplia de sustancias con propiedades farmacológicas diferentes”.⁸⁷

2.3.2. Tolerancia

Tolerancia según el Glosario de Términos de la O.M.S. es “una disminución de la respuesta a una dosis concreta de una droga o un medicamento que se produce con el uso continuado. Se necesitan dosis más altas de alcohol o de otras sustancias para conseguir los efectos que se obtenían al principio con dosis más bajas. Los factores fisiológicos y psicosociales pueden contribuir al desarrollo de tolerancia, que puede ser física, psicológica o conductual. Por lo que se refiere a los factores fisiológicos, puede desarrollarse tolerancia tanto metabólica como funcional. Al aumentar el metabolismo de la sustancia, el organismo será capaz de eliminarla con mayor rapidez. La tolerancia funcional se define como una disminución de la sensibilidad del sistema nervioso central a la sustancia. La tolerancia conductual es un cambio en el efecto de la sustancia producido como consecuencia del aprendizaje o la alteración de las restricciones del entorno. La tolerancia aguda es la adaptación rápida y temporal al efecto de una sustancia tras la administración de una sola dosis. La tolerancia inversa, denominada también sensibilización, es un estado en el cual la respuesta a la sustancia aumenta con el

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 57.

consumo repetido. La tolerancia es uno de los criterios del síndrome de dependencia”.⁸⁸

2.3.3. Síndrome de abstinencia

Es “un conjunto de síntomas con grado de intensidad y agrupamiento variables que aparecen al suspender o reducir el consumo de una sustancia psicoactiva que se ha consumido de forma repetida, habitualmente durante un período prolongado o/y en dosis altas. El síndrome puede acompañarse de signos de trastorno fisiológico. Es uno de los indicadores del síndrome de dependencia. Es también la característica que determina el significado psicofarmacológico más estricto de dependencia. El comienzo y la evolución del síndrome de abstinencia son de duración limitada y están relacionados con el tipo y la dosis de la sustancia que se tomó inmediatamente antes de la suspensión o la disminución de su consumo. Por lo general, las características de un síndrome de abstinencia son opuestas a las de la intoxicación aguda. El síndrome de abstinencia del alcohol se caracteriza por temblor, sudoración, ansiedad, agitación, depresión, náuseas y malestar general. Aparece de 6 a 48 horas después de suspender el consumo de alcohol y, si no hay complicaciones, remite al cabo de 2 a 5 días. Puede complicarse con crisis de gran mal y progresar a delirio (denominado delírium tremens). Los síndromes de abstinencia de los sedantes tienen varios rasgos en común con la abstinencia del alcohol, pero incluyen también dolores y calambres musculares, distorsiones perceptivas y de la imagen corporal. La abstinencia de los opiáceos se acompaña de rinorrea (moqueo nasal), lagrimeo (formación excesiva de lágrimas), dolores musculares, escalofríos, carne de gallina y, después de 24-48 horas, calambres musculares y abdominales. El comportamiento para conseguir la sustancia es prioritario y se mantiene cuando han remitido los síntomas físicos. La

⁸⁸ *Íbid.*, p. 61.

abstinencia de los estimulantes (“bajón” o “crash”) está peor definida que los síndromes de abstinencia de sustancias depresoras del sistema nervioso central; destaca la depresión, que se acompaña de malestar general, apatía e inestabilidad”.⁸⁹

2.3.4. Abuso de drogas

El consumo de drogas puede ir aparejado de un consumo abusivo de dichas sustancias que, acarrea consecuencias perjudiciales para el consumidor, su familia y la sociedad en general. La O.M.S. se remite a él en el Glosario de Términos, citando lo que se señala en el DSM III, por lo que no lo trataremos en este apartado, sino en el apartado especial del DSM V. Aunque, hay que destacar que “se trata de un estado residual, siendo de elección el término ‘dependencia’ cuando proceda. Debido a su ambigüedad, este término no está recogido en el CIE-10 (ICD-10) (excepto en el caso de las sustancias que no producen dependencia); las expresiones ‘consumo perjudicial’ y ‘consumo de riesgo’ son equivalentes en la terminología de la O.M.S, si bien normalmente hacen referencia sólo a los efectos sobre la salud y no a las consecuencias sociales”.⁹⁰

2.4. Los códigos médicos

A lo largo de los años, la disciplina médico-científica ha hecho grandes esfuerzos en vista de poder sistematizar todas las enfermedades cumpliendo con las máximas del método científico. No obstante, el ámbito de las enfermedades y

⁸⁹ *Íbid.*, pp. 56-57

⁹⁰ *Íbid.*, p. 11.

trastornos mentales no ha sido, aún, desarrollado en su plenitud, debido a que, en los procesos cognitivos y volitivos existe una cadena de aspectos que escapan a lo meramente biológico y fenomenológico. Al respecto, el CIE-10 y el DSM V son códigos de carácter médico que intentan sistematizar las enfermedades mentales y, en este caso, caracterizan los trastornos mentales relacionados con el consumo de drogas.

Estos instrumentos, son avalados por la comunidad científica y tienen por finalidad establecer un método objetivo de descripciones y síntomas, que se enmarcan en una categoría entendida como trastorno mental y que, en consecuencia, atribuyen conductas a un determinado trastorno. También permiten establecer un lenguaje común dentro de la comunidad científica, permitiendo que manifestaciones clínicas en diversas latitudes del mundo, converjan en un trastorno único -categorizado y conceptualizado- dotando a la comunidad interviniente de un criterio común socialmente aceptado por sus integrantes.

2.4.1. CIE-10

El CIE-10 es la Clasificación Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud en su décima revisión. Esta edición fue lanzada por la Organización Panamericana de la Salud (O.P.S.) y cuya traducción al español fue realizada por el Centro Venezolano de Clasificación de Enfermedades, Centro Colaborador de la O.M.S. para la Clasificación de Enfermedades en Español.

El CIE-10 es “la clasificación de diagnóstico ordinaria internacional para fines epidemiológicos y de gestión sanitaria y uso clínico y se utiliza para recolectar información sobre salud en los niveles de atención primaria, secundaria y terciaria. En particular, se emplea en la clasificación de enfermedades, accidentes, razones de consulta médica y otros problemas de salud notificados a los diversos tipos de registros de salud y a los registros vitales. Además de facilitar el almacenamiento y

la recuperación de información diagnóstica con finalidades clínicas, epidemiológicas y de calidad, los registros resultantes sirven de base para la compilación de las estadísticas nacionales de mortalidad y morbilidad por los Estados Miembros de la OMS”.⁹¹

En el capítulo 5 de dicho instrumento en la sección F-10-F19 se incluyen trastornos de diversa índole, de diferente gravedad y formas clínicas, pero todos imputables al consumo de una o más sustancias psicoactivas.

Dentro de las definiciones que se dan el CIE-10, algunas que merecen la pena destacar son:

2.4.1.1. Intoxicación aguda

El instrumento lo define como un “estado posterior a la administración de una sustancia psicoactiva, que da lugar a perturbaciones en el nivel de conciencia, en lo cognitivo, en la percepción, en la afectividad o en el comportamiento, o en otras funciones y respuestas psicofisiológicas. Las perturbaciones se relacionan directamente con los efectos farmacológicos agudos de la sustancia, y se resuelven con el tiempo, con recuperación completa, excepto en los casos en los que hayan surgido daños tisulares u otras complicaciones. Entre las complicaciones pueden contarse los traumatismos, la aspiración del vómito, el delirio, el coma, las convulsiones y otras complicaciones médicas. La naturaleza de estas complicaciones depende del tipo farmacológico de la sustancia utilizada y de la forma de administración”.⁹²

⁹¹ ICD 10, en línea, Volumen 1, Español. [En línea] <<http://ais.paho.org/classifications/Chapters/index.htm>> [consulta: 23 de diciembre de 2017]

⁹² Ídem.

2.4.1.2. Uso nocivo

El código lo define como un “patrón de consumo de una sustancia psicoactiva que causa daño a la salud. El daño puede ser físico (como en los casos de hepatitis por la autoadministración de sustancias psicoactivas inyectables), o mental (por ejemplo, en los episodios de trastorno depresivo secundario a una ingestión masiva de alcohol)”.⁹³

2.4.1.3. Síndrome de dependencia

La dependencia como un estado en el que se encuentra un individuo frente a una sustancia psicotrópica se manifiesta clínicamente como un “conjunto de fenómenos del comportamiento, cognitivos y fisiológicos, que se desarrollan luego del consumo repetido de la sustancia en cuestión, entre los cuales se cuentan característicamente los siguientes: un poderoso deseo de tomar la droga, un deterioro de la capacidad para autocontrolar el consumo de la misma, la persistencia del uso a pesar de consecuencias dañinas, una asignación de mayor prioridad a la utilización de la droga que a otras actividades y obligaciones, un aumento de la tolerancia a la droga y, a veces, un estado de abstinencia por dependencia física. Puede haber síndromes de dependencia de una sustancia específica psicoactiva (por ejemplo tabaco, alcohol o diazepam), de una clase de sustancia (por ejemplo drogas opioides), o de una variedad más amplia de sustancias psicoactivas farmacológicamente diferentes”.⁹⁴

⁹³ Ídem.

⁹⁴ Ídem.

2.4.1.4. Estado de abstinencia

Un individuo que consume sistemáticamente drogas durante un tiempo más o menos prolongado, está frente a un estado de dependencia. Cuando las deja de consumir, se produce la abstinencia, definida como un “grupo de síntomas de gravedad y grado de integración variables, que aparecen durante la abstinencia absoluta o relativa de una sustancia psicoactiva, luego de una fase de utilización permanente de la misma. El comienzo y la evolución del estado de abstinencia son de duración limitada y se relacionan con el tipo y con la dosis de la sustancia psicoactiva utilizada inmediatamente antes de la suspensión o de la disminución de su consumo. El estado de abstinencia puede complicarse con convulsiones”.⁹⁵

2.1.4.5. Estado de abstinencia con delirio

El delirio producido como consecuencia del estado de abstinencia es definido como una “afección en la que el estado de abstinencia definido en el cuarto carácter común .3 se complica con delirio según los criterios en F05. También se pueden presentar convulsiones. Cuando se considera que los factores orgánicos desempeñan también un papel en la etiología, la afección deberá clasificarse en F05.8.”⁹⁶

⁹⁵ Ídem.

⁹⁶ Ídem.

2.1.4.6. Trastorno psicótico

El consumo de drogas -bajo circunstancias diversas- produce en ciertas personas trastornos psicológicos-psiquiátricos de carácter grave (que, en jerga médica se llama comorbilidad). Ya sea porque existe una enfermedad base que se encuentra en estado latente o que el mismo consumo de drogas desenfrenado tenga como resultado fisiológico una enfermedad mental. Así las cosas, un trastorno psicótico producto del consumo de drogas, es definido como un “conglomerado de fenómenos psicóticos que ocurren durante o después del consumo de la sustancia psicoactiva, pero que no se explican en función de una intoxicación aguda pura y que no forman parte de un estado de abstinencia. El trastorno se caracteriza por alucinaciones (auditivas, en forma característica, pero a menudo con más de una modalidad sensorial), por distorsiones perceptivas, por delirios (a menudo de naturaleza paranoide o persecutoria), por perturbaciones psicomotrices (excitación o estupor) y por una afectividad anormal, que puede variar desde el temor intenso hasta el éxtasis. Habitualmente el sensorio se mantiene lúcido, pero puede haber cierto grado de obnubilación de la conciencia que no llega a la confusión grave”.⁹⁷

2.1.4.7. Síndrome amnésico

El síndrome amnésico es un tipo de síndrome “asociado con un deterioro crónico relevante de la memoria reciente y de la memoria remota. Habitualmente se conserva el recuerdo inmediato y la memoria reciente está característicamente más perturbada que la memoria remota. Por lo común son evidentes las perturbaciones del sentido del tiempo y de ordenamiento de los sucesos, como lo es también el

⁹⁷ Ídem.

deterioro de la capacidad de aprendizaje de nuevos materiales. La confabulación puede ser notoria, aunque no siempre aparece. Habitualmente, las demás funciones cognitivas se encuentran relativamente bien conservadas, en tanto que los defectos amnésicos son desproporcionados en relación con las demás perturbaciones”.⁹⁸

2.1.4.8. Trastorno amnésico inducido por alcohol o drogas

Es un trastorno en el cual “los cambios cognitivos, de la afectividad, de la personalidad o del comportamiento inducidos por el alcohol o por sustancias psicoactivas, se prolongan más allá del período durante el cual podría asumirse razonablemente que está operando un efecto directamente relacionado con las mismas. El comienzo del trastorno debe estar directamente relacionado con el consumo de la sustancia psicoactiva. En los casos en que el comienzo del estado ocurra más tarde que el o los episodios del uso de dicha sustancia, será codificado aquí sólo cuando se disponga de evidencias claras y firmes para atribuir ese estado a los efectos residuales de la sustancia psicoactiva. Las retrospectivas (flashbacks) deben ser diferenciadas del estado psicótico en parte por su naturaleza episódica, por ser frecuentemente de muy corta duración, y porque reproducen experiencias previas relacionadas con el alcohol u otras sustancias psicoactivas”.⁹⁹

⁹⁸ Ídem.

⁹⁹ Ídem.

2.4.2. DSM V

El Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales es un código editado por la Asociación Estadounidense de Psiquiatría que contiene una clasificación de los trastornos mentales y que suministra las manifestaciones clínicas de los mismos. El DSM proporciona -mediante un método descriptivo y empírico- una serie de diagnósticos y síntomas que se enmarcan en un determinado cuadro denominado trastorno mental.

El DSM en su quinta versión establece los trastornos relacionados con sustancias y trastornos adictivos, estos trastornos “abarcan diez clases de drogas distintas: alcohol, cafeína, cannabis, alucinógenos (con categorías separadas para la fenciclidina [o arilciclohexaminas, de acción similar] y otros alucinógenos), inhalantes, opiáceos, sedantes, hipnóticos y ansiolíticos, estimulantes (sustancia anfetamínica, la cocaína y otros estimulantes), tabaco y otras sustancias (o sustancias desconocidas).¹⁰⁰ Al respecto, se señala que cualquier droga consumida en exceso provoca una activación directa del sistema de recompensa del cerebro que participa en el refuerzo de los comportamientos y la producción de recuerdos. Provocan una activación tan intensa del sistema de recompensa que se ignoran las actividades normales”.¹⁰¹

A saber, los trastornos relacionados con sustancias se dividen en dos grupos: “los trastornos por consumo de sustancias y los trastornos inducidos por sustancias. Dentro de las afecciones que se pueden clasificar como inducidas por sustancias están: la intoxicación, abstinencia y otros trastornos mentales inducidos por una sustancia o medicamento (trastornos psicóticos, trastorno bipolar y trastornos relacionados, trastornos depresivos, trastornos de ansiedad, trastornos obsesivo-

¹⁰⁰ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA. *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM 5*. Arlington, VA, Asociación Americana de Psiquiatría, 2013, p. 253.

¹⁰¹ Ídem.

compulsivo y trastornos relacionados, trastornos del sueño, disfunciones sexuales, síndrome confusional y trastornos neurocognitivos)".¹⁰²

Nuestra memoria de título tiene por finalidad, entender la adicción a la pasta base como un trastorno que podría viciar la voluntad, por tanto -de manera análoga- tomaremos en consideración el apartado del DSM V referente a los trastornos relacionados con los estimulantes.

El DSM V señala como trastorno mental relacionado con un consumo de estimulantes a un modelo de consumo de sustancias anfetamínicas, cocaína u otros estimulantes que provoca deterioro o malestar clínicamente significativo y que se manifiesta al menos por dos de los hechos siguientes en un plazo de 12 meses:

1. Se consume el estimulante con frecuencia en cantidades superiores o durante un tiempo más prolongado del previsto.
2. Existe un deseo persistente o esfuerzos fracasados de abandonar o controlar el consumo de estimulantes.
3. Se invierte mucho tiempo en las actividades necesarias para conseguir el estimulante, consumirlo o recuperarse de sus efectos.
4. Ansias o un poderoso deseo o necesidad de consumir estimulantes.
5. Consumo recurrente de estimulantes que lleva al incumplimiento de los deberes fundamentales en el trabajo, la escuela o el hogar.
6. Consumo continuado de estimulantes a pesar de sufrir problemas sociales o interpersonales persistentes o recurrentes, provocados o exacerbados por sus efectos.
7. El consumo de estimulantes provoca el abandono o la reducción de importantes actividades sociales, profesionales o de ocio.

¹⁰² Ídem.

8. Consumo recurrente de estimulantes en situaciones en las que provocan un riesgo físico.

9. Se continúa con el consumo de estimulantes a pesar de saber que se sufre un problema físico o psicológico persistente o recurrente probablemente causado o exacerbado por ellos.

10. Tolerancia, definida por alguno de los siguientes hechos:

a. Una necesidad de consumir cantidades cada vez mayores de estimulantes para conseguir la intoxicación o el efecto deseado.

b. Un efecto notablemente reducido tras el consumo continuado de la misma cantidad de un estimulante.

11. Abstinencia, manifestada por algunos de los hechos siguientes:

a. Presencia del síndrome característico de los estimulantes (véanse los Criterios A y B del conjunto de criterios de abstinencia de estimulantes)

b. Se consume el estimulante (o alguna sustancia similar) para aliviar o evitar los síntomas de abstinencia.¹⁰³

En cuanto a la intoxicación por estimulantes, el DSM V, establece que se requiere:

A. Consumo reciente de una sustancia anfetamínica, cocaína u otro estimulante.

B. Comportamiento problemático o cambios psicológicos clínicamente significativos (p. ej. Euforia o embotamiento afectivo, cambios en la sociabilidad, hipervigilancia, sensibilidad interpersonal, ansiedad, tensión o rabia; comportamiento estereotípicos, juicio alterado) que aparecen durante o poco después del consumo de un estimulante.

¹⁰³ *Ibíd.*, pp. 299-300.

C. Dos (o más) de los signos o síntomas siguientes que aparecen durante o poco después del consumo de un estimulante:

1. Taquicardia o bradicardia.
2. Dilatación pupilar.
3. Tensión arterial elevada o reducida.
4. Sudoración o escalofríos.
5. Náuseas o vómitos.
6. Pérdida de peso.
7. Agitación o retraso psicomotores.
8. Debilidad muscular, depresión respiratoria, dolor torácico o arritmias cardíacas.
9. Confusión, convulsiones, discinesias, distonías o coma.

D. Los signos o síntomas no se pueden atribuir a ninguna otra afección médica y no se explican mejor por otro trastorno mental, incluida una intoxicación con otra sustancia.¹⁰⁴

En cuanto a la abstinencia, el código establece que debe existir:

A. Cese (o reducción) de un consumo prolongado de una sustancia anfetamínica, cocaína y otro estimulante.

B. Humor disfórico y dos (o más) de los siguientes cambios fisiológicos, que aparecen en el plazo de unas horas o varios días tras el Criterio A:

1. Fatiga.
2. Sueños vívidos y desagradables.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 302.

3. Insomnio o hipersomnias.
4. Aumento del apetito.
5. Retraso psicomotor o agitación.

C. Los signos o síntomas del Criterio B provocan un malestar clínicamente significativo o deterioro en lo social, laboral u otras áreas importantes del funcionamiento.

D. Los signos o síntomas no se pueden atribuir a ninguna otra afección médica y no se explican mejor por otro trastorno mental, incluidas una intoxicación o abstinencia de otra sustancia.¹⁰⁵

2.4.3. Aplicación normativa en Chile de los códigos médicos

Nuestro ordenamiento jurídico se remite al CIE-10 mediante la Resolución 766 exenta del Ministerio de Salud del año 2003, en relación con el Decreto Supremo 570 de 1998, que aprueba el reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y sobre los establecimientos que la proporcionan. En este sentido, se establece que enfermedad o trastorno mental es “una condición mórbida que sobreviene en una determinada persona, afectando en intensidades variables, el funcionamiento de la mente, el organismo, la personalidad y la interacción social, en forma transitoria o permanente”.¹⁰⁶ Así las cosas, se insta que dicha enfermedad o trastorno mental serán aquellos “contemplados en la Clasificación Internacional de Enfermedad, décima versión, de la Organización Mundial de la Salud, con el nombre de “Trastornos Mentales y del Comportamiento”, documento que con las adecuaciones del caso, será aprobado por resolución del Ministerio de Salud, dictada en uso de sus atribuciones legales técnico normativas,

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 304.

¹⁰⁶ Artículo 6° número 2° del Decreto 570 del Ministerio de Salud.

evaluado periódicamente por un grupo experto, convocado específicamente por el Ministerio para tales efectos.”¹⁰⁷

Además, en la Resolución 8083 exenta del Servicio Médico Legal que aprueba la actualización del texto sobre Guía Normativa Técnica Pericial de Salud Mental en las áreas de Psiquiatría, Psicología y Trabajo Social Médico Legal, a propósito de la estructura del peritaje psiquiátrico, se estipula que los diagnósticos psiquiátricos deben ceñirse a la nomenclatura de la CIE o al DSM, ambos, en sus últimas versiones. Respecto las conclusiones del informe pericial psicológico se dispone -expresamente- que el perito psicólogo puede expresarlas en los términos que él considere “más ilustrativos, según criterios científicos actualizados (p. e. CIE-10 o DSM-IV-TR)”.¹⁰⁸

Por tanto, se puede concluir de manera fehaciente, que ambos códigos son los visados por la autoridad competente y los que rigen en materia de trastornos mentales. La expresa mención que se hace en ambas resoluciones, determina el alcance de los códigos médicos como referentes específicos y obligatorios al momento de tratar los asuntos médico-legales y la caracterización que se hace en éstos respecto a la sintomatología específica en que se encuentra un individuo respecto a una sustancia determinada.

2.5. Doctrina jurídica acerca del consumidor de drogas

En cuanto a la literatura jurídica, la drogodependencia no ha sido estudiada de manera sistemática por la doctrina tradicional. Esto, debido principalmente al enfoque represivo con el que juristas y legisladores han tratado el tema (respecto a la ilicitud de sustancias prohibidas); además de, la tendencia a entender el consumo

¹⁰⁷ Artículo 6° número 3° del Decreto 570 del Ministerio de Salud.

¹⁰⁸ El DSM-IV-TR era la versión vigente al momento de la dictación de la resolución.

de drogas como una acción voluntaria en la que el individuo posee un completo albedrío respecto a sus actos y a las consecuencias de éstos. No obstante, existen avances desde la teoría criminológica que se entremezclan con la teoría médica. El estudio del consumo de drogas desde el punto de vista jurídico ha sido contemplado por juristas y científicos sociales críticos del estatus quo, que entienden el derecho penal como un mecanismo de control social contra la heterogeneidad de formas de vida,¹⁰⁹ que castigaría formas disidentes de ver el mundo.

Se ha situado al individuo y su relación con las drogas desde 3 perspectivas:

- a) Consumidor: un individuo que hace su experiencia con droga de modo irregular y en circunstancias de excepción. Utiliza dosis habitualmente inocuas y tiene posibilidad de interrumpir la ingestión sin consecuencias. Mantiene buena relación con la realidad circundante. Se acerca al fármaco esencialmente por curiosidad.
- b) Farmacodependiente o consumidor habitual: un individuo que utiliza el fármaco regularmente pero sin ser esclavo del mismo. Que puede parar aunque sea al precio de algún esfuerzo. Tiene de todas maneras necesidad del fármaco para sentirse mejor o para no sentirse peor pero mantiene intereses y ligámenes con la realidad de los otros que le permiten una existencia cercana a su estilo de vida normal.
- c) Toxicómano: un individuo cuya vida emotiva y práctica está completamente dominada por la necesidad del fármaco y sus efectos. Sufre una desesperada necesidad de ingerir la sustancia y de procurársela a cualquier precio y experimenta un enorme debilitamiento de todos los demás intereses y ligámenes con la realidad de los otros.¹¹⁰

¹⁰⁹ En este sentido, en la introducción señala que “es evidente que la disidencia política y social ha sido controlada mediante la aplicación más directa y abierta del sistema penal”, por tanto, los investigadores que se dedican al estudio de la tipificación del consumo de drogas son, más bien, de carácter abolicionistas y de pensamiento progresista, para más información véase BERGALLI, Roberto y otros. op. cit.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 184.

Al tenor de lo señalado en los párrafos anteriores, nuestro estudio se enfoca en los toxicómanos, caracterizándolos como sujetos cuya existencia se encuentra subyugada por el consumo de la sustancia. El rol que juega la voluntad en la culpabilidad, como un elemento lógico de la prohibición llevada a cabo por la norma penal, es un ámbito de estudio interesante respecto a personas que -a todas luces- desde un punto de vista médico-psiquiátrico tendrían disminuido el aspecto volitivo. Un intento de reinterpretación de la norma penal y de las eximentes y atenuantes del Código Penal en cuanto a individuos que posean drogodependencia, con la unión de argumentos médico-psiquiátricos, permite abordar el tema desde una perspectiva coherente con un Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos.

2.6. Daño producido por el consumo de pasta base de cocaína

El consumo de pasta base de cocaína, en concordancia con los enunciados predecesores, es de muy rápida acción en el cerebro humano. Diversos estudios señalan que a medida que mientras más rápido la droga alcanza al cerebro -y por ende produce efectos- mayor es la capacidad de producir adicción.¹¹¹

Dentro de los efectos, se señala que puede producir efectos psicológicos crónicos, en la salud y sociofamiliares.

En cuanto a los efectos psicológicos crónicos, es importante destacar la anhedonia, o incapacidad para experimentar placer, además de una serie de mecanismos psicológicos para internalizar y perpetuar el consumo como son la racionalización del consumo (el consumidor elabora y emite argumentos o juicios

¹¹¹ SAMAHA, Anna y ROBINSON, Terry. *Why does the rapid delivery of drugs to the brain promote addiction?*. *Trends in pharmacological sciences*, 26, 82-7, 2005.

falsos para justificar y prolongar el consumo); autoengaño (proceso llevado a cabo por consumidores de diversas drogas y de adicciones en general) y negación.

En cuanto a los efectos en la salud, pérdida de peso, infecciones cutáneas, desgano y agotamiento, ausencia de hambre y sueño, cansancio, apatía por el consumo, alucinaciones que pueden ser visuales, táctiles, auditivas y olfatorias, insomnio, locuacidad, vómitos y diarrea, alteración del juicio, frecuente paranoia, proclividad a la psicosis permanente, enfermedades infecciosas, deterioro dental, anemia, desnutrición, tuberculosis, indicadores de daño orgánico cerebral.

Respecto de los efectos sociofamiliares se encuentran, la conducta antisocial y delincuencias, venta de drogas, abandono laboral, crisis familiar permanente, disfunción familiar, codependencia, involucramiento familiar en problemas policiales y judiciales.¹¹²

El daño orgánico respecto al consumo de pasta base de cocaína, no ha sido muy estudiado dentro de la comunidad científica, empero, es oportuno hacer hincapié en el estudio de Delgado¹¹³ en Uruguay, quien examinó mediante SPECT¹¹⁴ cerebral las características de las alteraciones del flujo sanguíneo cerebral regional presentes en 25 varones consumidores crónicos de pasta base de cocaína, cuyas edades se comprendían entre 18 y 35 años de edad, con menos de 10 días de abstinencia y sin antecedentes de patología psiquiátrica o neurológica; mientras que la muestra de contraste estuvo constituida por 20 consumidores crónicos de cocaína con los mismos rangos de edades. Un tercer grupo estuvo conformado por 23 voluntarios con edades entre 22 a 38 años, sin historia de consumo de pasta base de cocaína, cocaína u otras sustancias, como también sin antecedentes de patología psiquiátrica ni neurológica.

¹¹² OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (ONUDD) y LA COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO Y VIDA SIN DROGAS (DEVIDA), op. cit., p. 113.

¹¹³ DELGADO, Hernán. *Alteraciones de flujo sanguíneo cerebral en consumidores activos de pasta base y clorhidrato de cocaína*. Tesis de Grado, Licenciatura en Ciencias Biológicas, Opción Neurociencias. Universidad de la República del Uruguay, Facultad de Ciencias, 2011.

¹¹⁴ Tomografía computarizada de emisión monofotónica que utiliza rayos gamma.

Los resultados evidenciaron la presencia de hipoperfusión en los circuitos prefrontales subcorticales, estructuras límbicas y corteza de asociación en los dependientes de la pasta base de cocaína, respecto de los dependientes de la cocaína. Las alteraciones de mayor grado se presentaron en las regiones cuya disfunción ha sido asociada con incrementos en la expresión de conductas impulsivas, desinhibidas y antisociales, así como en la manifestación de fallas en el correcto procesamiento emocional y afectivo; fenómenos claves en esta patología particular, a diferencia de las otras formas de consumo de sustancias cocaínicas, como el crack y la cocaína (clorhidrato).¹¹⁵

Dado lo anterior, si entendemos que el fenómeno de la drogodependencia a la pasta base de cocaína produce efectos significativos en la conducta de los consumidores, además de consecuencias orgánicas en partes específicas del cerebro que están relacionadas con elementos volitivos como conductas impulsivas, desinhibidas y antisociales; es posible colegir que entre un consumo desenfrenado de la sustancia pasta base de cocaína y la tendencia a cometer delitos podría haber una relación. Relación que, si bien no es de causalidad directa, podría serlo de forma indirecta o anexa a otros condicionantes en que se encuentre el infractor de normas jurídico-penales (como por ejemplo el entorno familiar, el nivel educacional o el nivel de ingresos).

En cuanto al planteamiento del problema, si merece la pena calificar a la drogodependencia como un trastorno de carácter mental, podemos resaltar que existen diversos estudios en los que se sostiene que existe daño orgánico a nivel cerebral ante el consumo prolongado de ciertas sustancias, lo que repercutiría en aspectos desinhibidores de la conducta y -por ende- en los aspectos volitivos.

Dicho esto, un estudio¹¹⁶ señala que de una muestra de 60 sujetos consumidores recurrentes de pasta base de cocaína, 56 sujetos (es decir un 91,8%)

¹¹⁵ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (ONUDC) y LA COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO Y VIDA SIN DROGAS (DEVIDA), op. cit., p. 116.

¹¹⁶ PEREZ, Juan. *Clínica de la adicción a la pasta base de cocaína*. Revista chilena de neuro-psiquiatría v.41 n.1, Santiago, 2003.

tuvo un síntoma de *ideación paranoide* el que podría ser catalogado como un desencadenante de una enfermedad mental posterior. El estado mental en el que se encuentra un consumidor de pasta base es de sumo cuidado, puesto que, los sujetos señalan que con dosis cada vez más pequeñas -a medida que transcurre el tiempo entre el no-consumo y el consumo problemático- desencadenan fenómenos paranoides y sensoperceptuales, lo que en jerga médica se llama sensibilización a la sustancia.

En el mismo, se establece que el 46% de los consumidores de pasta base ha cometido delitos de carácter patrimonial como el hurto. Por otro lado, el 83,6% ha vendido cosas personales para poder mantener un consumo en el tiempo y la cifra más preocupante, un 75,4% ha vendido cosas de su casa para poder consumir.

La cuestión radica en que la literatura médica y los estudios clínicos han entendido que la condición de consumo problemático de drogas produce un estado mental que no puede ser catalogado como normal y el ordenamiento jurídico no se ha hecho cargo. Las condiciones de vida de un consumidor cambian de manera tal, que la literatura médica lo llama un síndrome sociopático.¹¹⁷ El problema está en que aún no existe suficientes argumentos médicos conducentes a catalogar a la drogodependencia como una anomalía psíquica indiscutible (a diferencia, por ejemplo, de la esquizofrenia) que prive completamente de razón a un individuo por causas ajenas a su voluntad (de esta forma, la doctrina ha señalado que operaría la *actio liberae in causa*, no ajustándose la drogodependencia a la causal de eximición de responsabilidad penal del artículo 10 n°1 del Código Penal), sin perjuicio de lo anterior, creemos que, el juez penal posee las facultades para poder determinar -caso a caso- ante la inexistencia de una ley penal explícita tendiente a aminorar la responsabilidad penal de los drogodependientes -a diferencia del Derecho Comparado-¹¹⁸ formas de atenuación de la responsabilidad penal -

¹¹⁷ Ídem.

¹¹⁸ Por ejemplo, España es un país que ha desarrollado de manera sistemática la eximente por intoxicación plena, eximente incompleta por drogadicción y la atenuante por drogadicción. Incluso, parte de la doctrina española establece que si la vida de un drogodependiente está volcada al consumo y búsqueda de la sustancia este sería incapaz civilmente.

específicamente en delitos patrimoniales- donde éstos sean cometidos en vista a poder obtener recursos para satisfacer una adicción a la pasta base.

Una posible reinterpretación de la causal de eximente de responsabilidad penal constituida en el artículo 10 n°1 del Código Penal podría llevar a concluir que el consumo crónico de pasta base de cocaína, estaría sumido dentro de la causal de exculpación de responsabilidad si es que se cumple con el estándar probatorio requerido por el juez penal para llegar a la convicción de que se está privado totalmente de razón con independencia de la propia voluntad, o a lo menos, constituir una atenuante de responsabilidad penal si es que no cumple con el requisito de la “independencia de su voluntad” exigido por la norma, por lo que, se subsumiría dentro de la atenuante del artículo 11 n°1 en relación al artículo 10 n°1 del código del ramo.

2.7. Aspectos sociológicos del drogodependiente infractor de ley

La teoría sociológica ha entendido la relación delito-droga desde 3 diferentes perspectivas. La relación se puede dar desde un punto de vista sistémico, uno económico-compulsivo y uno psicofarmacológico. La conexión sistemática guarda relación con cualquier delito, distinto del tráfico, que se cometa en el contexto del mercado ilegal de drogas, lo que generalmente responde a luchas que comprometen a productores, intermediarios y consumidores en la búsqueda de ventajas de mercado.¹¹⁹ Un ejemplo de lo anterior es lo que en jerga delictual se denomina *la mexicana*.¹²⁰

¹¹⁹ VALENZUELA, Eduardo y LARROULET, Pilar. *La relación droga y delito: una estimación de la fracción atribuible*. Estudios Públicos 119, 2010, p. 42.

¹²⁰ Utilizado en niveles de comunicación masivos y en lenguaje delictual, hacer la mexicana se refiere al robo o hurto de drogas entre los mismos traficantes o llevado a cabo por otra persona (consumidores e incluso la policía) con el fin de obtener droga gratis para posteriormente comercializar y -al mismo tiempo- eliminar a un oferente del mercado.

La conexión económico-compulsiva se refiere a aquellos delitos que se cometen para proveerse de drogas o de los medios necesarios para obtener drogas.¹²¹ Esta conexión delito-droga está relacionada con delitos de carácter patrimonial perpetrados por personas con trastornos relacionados con el abuso de drogas y la dependencia a éstas, además de infractores de la Ley 20.000 que trafiquen para consumir, sin hacerse más ricos, o sirvan de trabajadores de traficantes de drogas que, en vez de pagarles en dinero, le paguen con drogas.¹²²

Finalmente se encuentra la conexión psicofarmacológica, esto es, cuando se ha cometido el delito bajo la influencia de alguna droga o del alcohol, y al mismo tiempo el infractor señala que ese delito no se habría cometido si no se hubiese estado bajo los efectos de la sustancia aludida.¹²³

En este trabajo, pretendemos desentrañar la relación entre droga y delito desde una perspectiva funcional, es decir, tomar en consideración la conexión económico-compulsiva entre ambas situaciones, donde, la actividad delictiva tiene como finalidad el financiamiento del consumo de sustancias por parte de un drogodependiente.¹²⁴ Por ende, se entiende que el individuo que comete un delito de carácter patrimonial, si bien, pretende aumentar su patrimonio mediante el delito (enriquecimiento), lo que busca finalmente es satisfacer una necesidad de carácter psicológica-biológica, como lo es, el alcanzar los medios suficientes para poder costear el consumo compulsivo de drogas.

En este caso, se puede colegir que, entre los delitos de carácter patrimonial llevado a cabo por personas drogodependientes, tal como se ha señalado en párrafos predecesores, existe una relación de causalidad que la jurisprudencia

¹²¹ *Ibíd.*, p. 43

¹²² En jerga delictual, estas personas sirven de *soldado* para el traficante de mayor grado.

¹²³ *Ibíd.*, p. 45

¹²⁴ Reconocemos que en el estado actual en el que se encuentra la ciencia médico-psiquiátrica no es posible establecer una relación directa entre delincuencia y droga, sin embargo, el consumo problemático en conjunto con otros factores desencadenaría conductas delictivas en ciertos sujetos.

española ha llamado relación de conexidad o sentido.¹²⁵ Esta relación es una verdadera servidumbre entre el individuo y la droga, donde el consumidor utiliza todos los medios -ya sean lícitos o ilícitos- para llevar a cabo el consumo porque: tiene una necesidad imperiosa de consumir drogas o en otras ocasiones el síndrome de abstinencia tiene características tales que, es demasiado indeseable padecerlo, por lo que se requiere un consumo inmediato por parte del adicto.

A modo ejemplificativo, los delitos contra el patrimonio o contra la propiedad privada constituyeron cerca del 40% de todos los delitos cometidos durante el año 2013 en el territorio nacional. De un universo de 100.000 habitantes se reportaron 3.000 delitos de carácter patrimonial.¹²⁶ Sumado a esto, los delitos contra la Ley de Drogas (Ley 20.000), en el mismo año alcanzan la cantidad de 105,9 delitos por cada 100.000 habitantes,¹²⁷ concentrándose en el norte del país su mayoría, concentrándose en la Región de Arica y Parinacota que, ostenta tasas superiores al 250% del promedio nacional de delitos contra la Ley 20.000.¹²⁸

Si se analizan los datos señalados en el párrafo anterior, llegamos a la conclusión de que cerca del 40% de los delitos cometidos durante el año 2013, tuvo relación con delitos contra el patrimonio y/o contra la Ley 20.000 y si tomamos en consideración de que un estudio del CONACE en el año 2007, mostró que el 83% de la población penal adulta que sufrían condena en las cárceles chilenas había probado marihuana alguna vez en la vida y el 67% había probado cocaína o pasta base,¹²⁹ podemos comprender que existe una relación -si bien no causal- pero de sentido entre el comportamiento delictual y el consumo de drogas, como la pasta base de cocaína.

¹²⁵ Al respecto pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de España: de 11 de diciembre de 1995, de 26 de octubre de 1999 y la de 17 de marzo de 2003.

¹²⁶ FERNÁNDEZ, Guillermo, GARCÍA Lizette y MARDONEZ, Francisco. *Estadísticas delictuales en Chile*. Biblioteca del Congreso Nacional, Asesoría Técnica Parlamentaria, 2014, p. 11.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 23

¹²⁸ *Ídem.*

¹²⁹ CONACE. Ministerio del Interior. *Segundo Estudio Nacional de Drogas en Población Penal* (informe de trabajo). Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes, 2007.

CAPÍTULO 3: LA INIMPUTABILIDAD DEL DROGODEPENDIENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

3. La imputabilidad y su marco dogmático-legal en los arts. 10 n°1 y 11 n°1 del Código Penal chileno

3.1. Cuestiones preliminares

El filósofo alemán Martín Heidegger, afirma que los seres vivos poseen la característica vital de estar existencialmente referidos hacia el exterior, es decir, seres entes “fuera de sí”, entregados y abiertos al mundo en el fenómeno del existir, imbuidos en cada una de sus acciones en una relación con lo pre-existente que va más allá de una mera interacción contingente de continente-contenido. “Estar siendo ahí” constituye la forma de *habitar* de los entes en su espacio concreto, y en este habitar el ser humano tiene la particularidad de estar referido intencionalmente a lo que le rodea mediante una proyección de sentido, que lo vuelca hacia su medio en la búsqueda de propósitos, y de similar manera su medio se vuelca en él posibilitándolos u obstaculizándolos, en una relación imbricada en lo más íntimo de su configuración mutua.¹³⁰ Si se le da este nivel existencial de importancia a la relación entre el sujeto y su medio, aparece como evidente que “el hombre sólo puede ser comprendido en cuanto vive en sociedad”,¹³¹ y que para justificar normativamente la imposición de una pena al adicto a la pasta base (fundándola en una concepción personal del injusto), la consideración judicial del fenómeno psico-social descrito en el capítulo anterior es indispensable. Si se busca una adecuada

¹³⁰ MASCARÓ, Luciano. *Heidegger y el habitar como modo fundamental de la existencia humana*. III Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XVIII Jornadas de Investigación Séptimo Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011. pp. 61-63. [en línea] <<https://www.aacademica.org/000-052/113.pdf>> [consulta: 21 noviembre 2017].

¹³¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed. aumentada, corregida y puesta al día por Hormazábal Malarée, Barcelona, PPU, 1994, pp. 506 y 508, como se cita en COUSO, Jaime. *Culpabilidad y sujeto en la obra de Juan Bustos Ramírez*. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 11. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009, p. 159.

comprensión de la configuración mental y el consecuente accionar del adicto, se le debe evaluar como un ser humano profundamente condicionado por su habitar enfermo y desequilibrado emocionalmente. Negarle relevancia jurídica a su dependencia a la pasta base y lo que ello acarrea equivale a negar la existencia del adicto como ser humano *en vivencia*, negar su modo patológico de ser en el mundo, su concreto modo de (in)habitarlo. Como apuntaremos en el siguiente apartado, tal desconsideración por su salud mental implica un desapego al avance de la tradición dogmática internacional en materia de imputabilidad y, por consiguiente, una notable insuficiencia argumentativa para fundar jurídicamente la sanción penal que se le impone.

Con miras a otorgar criterios para una valoración judicial de la drogodependencia como causal de exculpación en nuestro país, en este capítulo buscaremos conceptualizar la imputabilidad jurídico-penal y su afirmación general, recoger lo que se ha dicho respecto a cuándo ella se encuentra ausente, interpretar adecuadamente el tratamiento legal que la inimputabilidad tiene en el código penal chileno en sus artículos 10 n°1 y 11 n°1 y, finalmente, dar algunos criterios de valoración sobre la drogodependencia en virtud de lo expuesto.

Retomando lo dicho en la introducción, el principio de culpabilidad se ha erigido como pilar fundamental de un Estado democrático de derecho, de manera que su función limitadora dentro de la teoría de delito se ha sedimentado con relativa calma. El profesor Alfredo Etcheberry define la culpabilidad jurídico-penal como “la reprochabilidad de una acción típicamente antijurídica determinada por el conocimiento, el ánimo y la libertad de su autor”.¹³² De este concepto (y otros similares, derivados de las teorías normativas o de motivabilidad) se ha colegido que el reproche penal está integrado por tres factores que han de evaluarse en la persona del enjuiciado: su imputabilidad, su conocimiento de antijuridicidad o ilicitud (compuesto por un aspecto intelectual o cognitivo [conocimiento presente del sujeto]

¹³² ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal. Parte General. Tomo I*. 3era. Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 277. (utilizamos esta definición sólo a modo ilustrativo, al ser idónea para desprender los elementos de la culpabilidad de una manera comprensible, no para adscribirnos académicamente a su formulación.)

y uno volitivo [posición de su ánimo frente a los hechos]) y la exigibilidad de otra conducta acorde a derecho.¹³³ Como veremos, la drogodependencia antes precisada corresponde a un factor condicionante de orden social y psico-patológico que repercute en el presupuesto bio-psicológico general que posibilita la imputación individual, es decir, en la imputabilidad.¹³⁴

3.2. La imputabilidad jurídico-penal

La imputabilidad es, en términos amplios, “la posibilidad de atribuir algo a alguien”.¹³⁵ Observando esta simple definición, podemos advertir que la imputabilidad o ‘cualidad de ser imputable’ puede ser evaluada tanto respecto a las condiciones que debe reunir ese “algo” (objeto) como respecto a las que deba reunir ese “alguien” (sujeto). Pero como no puede haber actos objetivamente imputables sin la presencia de un sujeto apto para ser imputado por ellos, la dogmática respecto a la imputabilidad se ha construido predominantemente (al menos desde el siglo XIX en adelante)¹³⁶ de forma subjetiva, observando las cualidades o condiciones del sujeto como origen cognitivo-volitivo de hechos punibles. En tal sentido, para que exista esta posibilidad de imputación en el ámbito jurídico-penal, el sujeto juzgado ha de hallarse en un determinado estado o condición de “atributabilidad” (Scanlon), contar con ciertas “circunstancias que hacen que sus acciones tengan

¹³³ Ídem.

¹³⁴ DE LA CUESTA, José Luis. *Imputabilidad y nuevo código penal* en CEREZO MIR, José y otros, *El nuevo código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*, Granada, Comares, 1999, p. 302. [en línea] <<https://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/CLC+44+Imputabilidad+y+nuevo+codigo+penal.pdf>> [consulta: 21 noviembre 2017].

¹³⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., p. 278.

¹³⁶ NÁQUIRA, Jaime. *Imputabilidad y alteración de la percepción: exención y atenuación de la responsabilidad criminal*. Tesis Doctoral, Universidad de Granada. Granada, 2013, pp. 51 y ss.

un significado normativo”.¹³⁷ La variedad de criterios dogmáticos que han existido sobre la culpabilidad jurídico-penal (cuestión esbozada en la introducción del presente trabajo), sumada al tránsito teórico desde el causalismo al finalismo y post-finalismo, han generado que la imputabilidad se reubique históricamente en la sistemática del delito desde diferentes enfoques, los cuales se encuentran abandonados al día de hoy.¹³⁸ En la actualidad existe un relativo consenso o entendimiento en torno al rol que ocupa la imputabilidad como base del juicio de reproche. Ésta se ha erigido como fundamento o presupuesto de existencia de la culpabilidad, por lo cual se le define sencillamente por la doctrina como “capacidad de culpabilidad”, o “capacidad de cometer culpablemente hechos punibles”,¹³⁹ o “capacidad de llegar a ser responsable y destinatario de las consecuencias jurídicas de la conducta delictiva” y otras expresiones equivalentes.¹⁴⁰

Ahora, la determinación respecto a en qué consiste esta capacidad de culpabilidad (y sobre qué clase de condiciones se puede fundamentar su concepto) es compleja y ha sido ampliamente debatida, sobre todo en cuanto a su posibilidad de constatación empírica, por lo que la codificación de la ley penal, tanto chilena como comparada (en su mayoría), ha preferido no dar una definición positiva concreta de imputabilidad, sino que se ha limitado a suponer que ella concurre en las personas a las que dirige su mandato, enumerando una serie de supuestos en los que ésta no existiría, llamadas causales de inimputabilidad, las cuales constituyen “indicadores de deficiencia” (Hassemer) de ésta que, a diferencia de la afirmación de la imputabilidad, sí serían susceptibles de ser objeto de prueba en un

¹³⁷ LORCA, Rocío. *Pobreza y Responsabilidad Penal en El Castigo Penal en Sociedades Desiguales* (coord.. Rafael Gargarella), Buenos Aires, Miño y Dávila, 2012, p. 3.

¹³⁸ Transitando su evaluación sistemática desde posturas que la concebían como capacidad general de acción (como elemento de la conducta), como capacidad de deber (vinculada a antijuridicidad subjetiva, como sensibilidad al mandato) y como capacidad de pena (como aptitud para la *intimidabilidad*). Véase: VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal: Parte general*. 5ta. Edición. Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013, p. 552.

¹³⁹ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Libro de Estudio, Tomo II*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959, p. 201, como se cita en ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., p. 278.

¹⁴⁰ CARRASCO GOMEZ, J. y MAZA MARTÍN, J. op. cit., p. 260.

juicio.¹⁴¹ Antes de internarnos en tal tratamiento legislativo del problema, hemos de recoger algunas posturas respecto a la fundamentación sobre la que reposa la afirmación general de imputabilidad que el derecho asume.

3.2.1. La afirmación de la imputabilidad

Sin pretensión de horadar la fundamentación sustantiva de ello, podemos señalar que una asunción que el derecho realiza en la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos es que existe un límite de edad sobre el cual es posible afirmar la imputabilidad, el cual en el caso de la ley penal chilena se sitúa en los 14 años.¹⁴² En otras palabras, hoy se afirma que llegada una persona a determinada edad, se considera que alcanza un grado de madurez fisiológica y psíquica mínima que le permite hacerse responsable de las consecuencias jurídico-penales de sus actos.¹⁴³ No es el objeto de esta exposición indagar en las razones médico-legales de tal distinción etaria, por lo que no nos referiremos a ellas, pero cabe precisar que la dogmática de la imputabilidad presupone la adultez.

La cuestión respecto a las condiciones que permiten afirmar la imputabilidad como presupuesto general ha sido abordada desde diversas perspectivas, generándose cierta dualidad adversarial de argumentos para tratar el problema.¹⁴⁴ La discusión se ha visto calurosamente atravesada por el dilema entre *indeterminismo* (libre albedrío) vs *determinismo* (positivismo), y si a esto se suma la

¹⁴¹ Ídem.

¹⁴² Sin perjuicio de que la responsabilidad penal adolescente de quien se sitúa en el rango de los 14 a los 18 años tiene un estatuto legal y punitivo ligeramente distinto al del mayor de edad propiamente tal.

¹⁴³ CELEDÓN-RIVERO, José y BRUNAL-VERGARA, Beatriz *Estudio de factores cognitivos, volitivos y psicopatológicos de la inimputabilidad*. Revista Pensando Psicología. 7(13): 174, 2011.

¹⁴⁴ Sin perjuicio de aquellas posturas que no afirman la imputabilidad como presupuesto general, presente en todas las personas, sino que evalúan determinadas condiciones socio-jurídicas que legitimen al poder punitivo estatal para imponer una pena al sujeto juzgado en concreto, contextualizado en su medio (v. gr. Juan Bustos).

(algo más reciente) relación discursiva entre corrientes que dan a la base bio-psicológica del sujeto un 'valor decisivo' y quienes la consideran un elemento de participación mas no el único de la imputabilidad (nutriendo su concepto con criterios sociales, políticos, antropológicos, etc.), el fundamento último de ésta se vuelve de difícil conciliación dogmática.¹⁴⁵

El primer foco de discusión que explicaremos es el que se ha dado en torno a la libertad del ser humano como fundamento de imputabilidad y las corrientes que la han negado y resignificado.

3.2.1.1. Libre albedrío, peligrosidad y eclecticismo

Si bien podemos rastrear discusiones respecto a la libertad humana en los albores del pensamiento occidental,¹⁴⁶ es con el racionalismo moderno y la aparición de la figura del individuo que la afirmación del libre albedrío comienza a ser fundamento de la imputación subjetiva.¹⁴⁷ La afirmación del libre albedrío es esgrimida originalmente como fundamento de imputabilidad por el pensamiento iusnaturalista de principios del siglo XIX, presente en un grupo de penalistas agrupados en la llamada *escuela clásica italiana*. Esta dogmática penal afirmaba que el ser humano posee una voluntad libre en términos absolutos, cuestión que

¹⁴⁵ Trataremos de mantener un cierto equilibrio en la exposición, procurando que ésta realice un análisis comprensivo de los argumentos más importantes para efectos de esta tesis y no se sobre extienda naufragando por el mar de discusiones que se han dado históricamente (y aún se dan) respecto a la imputabilidad.

¹⁴⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal. La ley y el delito*. 3era edición. Buenos Aires, Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana, 1997. p. 327. "El problema del libre albedrío no se planteó hasta Sócrates, o por lo menos no se planteó de un modo manifiesto. Platón negó la libertad. El hombre no es libre, dijo. El que tiene un alma buena, obra bien, y el que la tiene mala, mal. Sobre el pensamiento de Aristóteles, respecto del problema de la libertad, cuestionan mucho los autores. Lo que parece seguro es que, para él, el hombre, si no es libre en el momento de cometer el delito, lo es en el tiempo anterior, cuando podía no contraer hábitos delincuentes, y, sin embargo, los contrajo. Los estoicos quieren coordinar su indeterminismo ético-psicológico con el determinismo metafísico"

¹⁴⁷ NÁQUIRA, Jaime. op. cit., p. 55.

sería distintiva para con las demás criaturas del mundo natural. Tal libertad, derivada de leyes naturales pre-existentes (Carrara), lo volvería moralmente responsable y por consiguiente otorgaría el carácter de imputable al sujeto por su sola condición humana. En otras palabras, la premisa fundamental de la imputabilidad está dada porque el sujeto libre siempre “pudo actuar de otro modo”, y solo si esta capacidad de optar estuvo constreñida por causas no atribuibles a éste se le podría considerar inimputable. Esta afirmación general de imputabilidad basada en una libertad natural podría considerarse el germen del tratamiento legislativo actual de la materia, puesto que, desde tal concepción clásica, la inimputabilidad correspondería a un estado innatural y excepcional de déficit de tal libertad, al cual la ley ha de dotar de relevancia jurídica exoneratoria casuística y taxativamente, tal y como sucede hoy al contemplarse la existencia de circunstancias legales eximentes y atenuantes de responsabilidad penal.

Como respuesta a tal presuposición de libertad humana, y con el auge del positivismo como escuela filosófica, surge la manifestación penal del *determinismo científico*, en virtud del cual se prescinde (por fútil) de una responsabilidad moral basada en la afirmación del libre albedrío, reemplazando esta noción por la de una responsabilidad social sostenida sobre la constatación objetiva de un daño. Para esta concepción, lo empíricamente observable es que existe una determinación antropológica del ser humano y la afirmación de su libertad no es relevante ni posible, cuestión que hace que al juzgamiento del delito le baste una mera atribución causal del hecho dañoso al sujeto que lo provoca (Ferri),¹⁴⁸ cambiando por completo el paradigma del castigo penal, reduciéndolo a un “papel mensurador de sanciones” bajo criterios de peligrosidad social.¹⁴⁹ Esta corriente concentra sus esfuerzos en fundamentar la respuesta del derecho penal ante esta peligrosidad de los sujetos como un asunto de defensa y conservación de la sociedad, esto a través de una

¹⁴⁸ NÁQUIRA, Jaime. op. cit., pp. 56-57.

¹⁴⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. op. cit., p. 329. “Si el hombre es fatalmente determinado a cometer un crimen, la sociedad está igualmente determinada a defender las condiciones de su existencia contra los que la amenazan. Por tanto, aun haciendo abstracción del libre albedrío, el Derecho penal continúa siendo una función necesaria, sólo que se reduce a ser una función defensiva o preservadora de la sociedad.”

constatación empírica de causas psico-orgánicas (Lombroso) identificables con un estado patológico, las cuales determinarían inevitablemente su actuar delictivo y su correlativa atribución judicial de sanciones;¹⁵⁰ de hecho, esta postura llevada a su extremo (de la mano de la antropología criminal mencionada) termina defendiendo un indistinto tratamiento punitivo del loco y del criminal, buscando identificarlos normativamente bajo tal criterio de amenaza social e imponiéndoles de cualquier manera una medida penal de aislamiento (sea cárcel o internación hospitalaria obligatoria).¹⁵¹

Con posterioridad al predominio de estas escuelas en la disputa por resolver el problema de la libertad humana, van surgiendo las doctrinas de imputabilidad penal denominadas *eclécticas*, dado su intento de construir un concepto de ella que no afirmare categóricamente la libertad humana ni concibiera una determinación antropológica que diluyese la fundamentación del reproche en política criminal.

El contenido con el que dotan tales concepciones a la imputabilidad es relativamente variado.

La *teoría de la intimidabilidad o dirigibilidad* (Alimena), por ejemplo, la concibe como “capacidad de sufrir coacción psicológica”, de ser intimidado por la pena, por lo cual exige que el sujeto posea la capacidad de comprensión de esta amenaza para ser apto para el reproche penal, sin la cual el fin preventivo general del castigo no tendría objeto, volviéndole inimputable.¹⁵² Existe una clara proximidad de esta visión con la *teoría de la motivabilidad* (Gimbernat), en base a la cual la sanción penal no es aplicable a quien no resulta motivable por la norma que la prevé. En igual sentido, plantea Hassemer, “sólo allí donde el derecho penal puede esperar la consecución de un fin preventivo (resocialización del delincuente, intimidación de delincuentes potenciales, estabilización de la conciencia normativa en la población),

¹⁵⁰ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino. Tomo II*. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1992. pp. 41 y ss.

¹⁵¹ NÁQUIRA, Jaime. op. cit., p. 56.

¹⁵² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. op. cit., pp. 330-331.

puede tener sentido reprochar al delincuente una desviación del poder general para actuar de modo distinto, pronunciar un juicio de culpabilidad”.¹⁵³

Por otra parte, erigiendo argumentos de pertenencia psicológica a la comunidad jurídica, existieron las teorías de la *capacidad penal* (V. Manzini) y de la *identidad individual y semejanza social* (G. Tarde). La primera elabora un concepto de imputabilidad similar a una especie de adecuación social, fundándola en la calidad o no de ‘cooperador normal de la sociedad’ del sujeto; la segunda, con menos sesgos de etiquetaje social, la concibe como un criterio evaluado tanto desde una óptica estrictamente personal de salud mental (consistente en la mantención de identidad psíquica del sujeto para consigo mismo [la inimputabilidad estaría dada por una alienación mental]), como desde una óptica social donde la mantención de semejanza psicológica con el resto de la comunidad en que se desarrolla el sujeto es condición de su reprochabilidad.¹⁵⁴ Esta idea de la mantención de identidad individual tiene aún hoy resonancia en la terminología legislativa de “enajenado mental” (no utilizada en nuestro país de forma expresa, pero sí en códigos penales comparados [Cuba, El Salvador, Argentina, por ej.]), dado que se ha considerado que en el concepto de imputabilidad concurren de manera determinante ciertos elementos médicos de sanidad mental: inteligencia, conciencia, voluntad y “yoidad”.¹⁵⁵

Con mayor énfasis en la constitución psíquica del sujeto, se desarrolla la teoría de la *normalidad psicológica* de Franz Von Liszt (junto a E. Von Beling),¹⁵⁶ la cual consolida la reunión de criterios médico-legales en el tránsito teórico de la imputabilidad, dando al juicio penal una base constatable sobre “hechos

¹⁵³ CARRASCO GOMEZ, J. y MAZA MARTÍN, J. op. cit., p. 263.

¹⁵⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. op. cit., pp. 330-331.

¹⁵⁵ GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel. *Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código Penal de 1995 (un análisis médico-legal del art. 20.1 y 20.2)*. Granada, Comares, 1997, como se cita en DE LA CUESTA, op. cit., en CEREZO MIR, José y otros. op. cit., p. 303. [en línea] <<https://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/CLC+44+Imputabilidad+y+nuevo+codigo+penal.pdf>> [consulta: 21 noviembre 2017].

¹⁵⁶ LEYTON, José. *En defensa de la culpabilidad. Análisis en relación a las críticas de las neurociencias*. *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado* (5): 55 - 84, 2014.

psicológicos” que determinarían las características a evaluar en los sujetos.¹⁵⁷ Para esta teoría la afirmación ontológica de la libertad humana es algo innecesario, puesto que basta corroborar que el sujeto tenga la capacidad de conducirse socialmente de forma normal para considerarle imputable. Esta capacidad de conducción social normal estaría dada en base a que: “la psiquis del autor disponga de la riqueza necesaria de representaciones para la completa valoración social; que la asociación de representaciones se produzca normalmente y con la velocidad ordinaria; que la base afectiva (*Gefühkbetonung*) de las representaciones, y, por consiguiente, la fuerza motivadora de las normas generales, jurídicas, morales, religiosas, etc., corresponda a la medida media, y que la dirección y vigor de las impulsiones de la voluntad (*WiSensimptdse*) no ofrezca nada esencialmente anormal.”¹⁵⁸ Esta visión, de determinación de la imputabilidad con una base biológica de sanidad mental, sigue permeando fuertemente la manera dogmático-judicial de abordar el asunto, siendo la psiquiatría forense y los informes periciales un instrumento que condiciona, y muchas veces determina, la decisión condenatoria final de los jueces en nuestro país.

Finalmente cabe señalar que la disputa sobre la afirmación ontológica de la libertad humana está lejos de ser un asunto zanjado en la actualidad y que, pese a que predominen visiones de dogmática jurídica que prescindan de fundar la imputabilidad en ella, existen postulados desde las ciencias naturales (neurociencia principalmente) y las socio-antropológicas (criminología) que niegan la posibilidad de autodeterminación del ser humano afirmando que “estaríamos determinados en nuestros comportamientos por procesos que no podemos controlar y de los que, por tanto, no se nos debería hacer responsables”.¹⁵⁹ Tales cuestiones de tan difícil disquisición son materia de otra clase de trabajos académicos de gran envergadura, cuestión que no podemos abordar en el presente.

¹⁵⁷ FRIAS, Jorge. *Imputabilidad penal*. Buenos Aires, Argentina. Ediar, 1981. pp. 62.

¹⁵⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. op. cit., p. 330.

¹⁵⁹ Véase a LEYTON, José. op. cit., p. 57.

En suma, y retomando lo esbozado en la introducción, se puede apreciar que el desarrollo de la teoría de la imputabilidad está íntimamente relacionado, como categoría dependiente, con el concepto de culpabilidad que se tenga (al menos desde que se le concibe como capacidad de culpabilidad).¹⁶⁰ El tránsito de las teorías de culpabilidad (posterior a las teorías denominadas normativas) no ha socavado la exigencia de imputabilidad como presupuesto del juicio de reproche, sino que más bien se ha ido generando un relativo entendimiento en torno a la idea de que la imputabilidad está referida a una constatación de cierta capacidad de auto-conducción que, sin afirmar la libertad humana en términos absolutos (pero afirmando su existencia como presupuesto jurídico-político necesario para el derecho), remite a un parámetro asimilable psíquicamente al hombre medio, a un sujeto con facultades psíquicas mínimas comunes al resto de su comunidad, a quien posee una capacidad mental normal de motivación.¹⁶¹ Se habla de una “conciencia lúcida, sin perturbación profunda”,¹⁶² de “sanidad mental suficiente (...)”, un conjunto de presupuestos de índole psicológica emanados de la personalidad del autor al momento de realizar el hecho, traducidos en la aptitud para comprender el carácter injusto del mismo y para dirigir su accionar conforme a dicha comprensión”.¹⁶³ Se trata, como se aprecia en esta última conceptualización, de un concepto de naturaleza mixta, empírico-normativa, donde se evalúa la constitución psíquica del sujeto, la normalidad en su auto-conducción, en relación a su posibilidad de adecuar su comportamiento a derecho, de actuar del modo debido y exigido por la norma penal.¹⁶⁴

¹⁶⁰ CARMONA, Gerardo. *La imputabilidad penal*. México D.F., Editorial Porrúa S.A., 1995. p. 14.

¹⁶¹ DE LA CUESTA, José Luis. op. cit., en CEREZO MIR, José y otros. op. cit., pp. 300 y ss. [en línea]
<<https://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/CLC+44+Imputabilidad+y+nuevo+codigo+penal.pdf>> [consulta: 21 noviembre 2017].

¹⁶² FRIAS, Jorge. op. cit., pp. 60 y ss.

¹⁶³ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho*, op. cit., p. 551.

¹⁶⁴ DE LA CUESTA, José Luis. op. cit., en CEREZO MIR, José y otros. op. cit., p. 301 [en línea]
<<https://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/CLC+44+Imputabilidad+y+nuevo+codigo+penal.pdf>> [consulta: 21 noviembre 2017].

3.2.1.2. El 'agotamiento' de la imputabilidad

Ahora, como se mencionó anteriormente, las teorías de la culpabilidad del último siglo han controvertido que la imputabilidad se agote en la constatación empírico-normativa de esta capacidad de auto-conducción media, integrando criterios políticos y macro-sociológicos a su determinación.

Ejemplo de ello son las concepciones de culpabilidad e imputabilidad del funcionalismo preventivo de Jakobs y Roxin. Por un lado, para el fin de prevención general positiva del derecho penal que defiende *Jakobs*,¹⁶⁵ el autor del delito es una causa de conflicto y desconfianza en el ordenamiento jurídico, por lo que su imputabilidad pende de verificar que su estado psíquico le permita ser capaz de quebrantar o cuestionar el fundamento que da validez a la norma y su consiguiente juicio de responsabilidad.¹⁶⁶ Para este autor entonces, el presupuesto de imputabilidad excede la constitución y estado mental del sujeto, integrando un criterio político de peligrosidad para la fidelidad o confianza en la norma, en virtud del cual la eximición del castigo se produce cuando no se es apto para generar tal efecto deslegitimador. Por otra parte, para *Roxin* la imputabilidad debe evaluarse en base al estado mental o anímico del sujeto en relación con su disponibilidad para responder al llamado de la norma en el momento de comisión delictual. Debe evaluarse en el sujeto una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le sea psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho.¹⁶⁷ En este orden de ideas, la imputabilidad sí se agota en la constitución mental personal (de manera muy similar a la teoría de normalidad psicológica de Liszt), pero su

¹⁶⁵ Véase: MONTROYA VIVANCO, Yván. *La justificación del derecho penal en Jakobs y sus consecuencias en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en un Estado constitucional*. Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho. (59): 285-295, 2006. [en línea] <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085114>> [consulta: 01 diciembre 2017].

¹⁶⁶ JAKOBS, Günter. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. 2da. edición. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1997, p. 598.

¹⁶⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. 3era, edición. Madrid, Civitas, 1997, pp. 724 y ss.

consecuente afirmación de culpabilidad no basta para atribuirle pena, para su “responsabilidad”, ya que por criterios político-criminales podría ser innecesaria la aplicación de ésta para los fines preventivos del derecho penal (o podría ser necesaria otra clase de respuesta sancionatoria, como las medidas de seguridad).¹⁶⁸

En esta tendencia a reinventar los criterios que la concepción normativa de la culpabilidad da a la imputabilidad,¹⁶⁹ y con el avance de la discusión antes mencionada sobre la libertad, surgen posturas que enriquecen esta remisión a la normalidad psíquica, caracterizándola de manera más compleja que un mero asunto de sanidad mental y posibilidad de actuación basada en ello. En tal línea el concepto de “capacidad normal de motivación” de *Mir Puig* señala que la definición de esta normalidad está dada por cuestiones que exceden la conciencia y voluntariedad del sujeto, puesto que éste se halla influenciado por diversas motivaciones externas, las que serán consideradas normales o no dependiendo de convicciones sociales e históricas concretas, contextuales al agente. Esta teoría reconoce que existe una biografía en cada persona y que ella está enmarcada en una estructura social determinada, por lo que su conducta está dada por un largo proceso de socialización. Se afirma que ha de valorarse la imputabilidad considerando todas las causas que se reconocen por el avance moderno de la psiquiatría, psicología y sociología como influyentes en el condicionamiento de la libertad del sujeto, tales como aprendizaje, ambiente social y cultural, educación recibida, creencias, etc.¹⁷⁰ Pese a la crisis de la concepción normativa de la culpabilidad, nos parece que la postura de *Mir Puig* constituye un considerable avance en la elevación de los requisitos de una agencia responsable (cuestión que enriquece la fundamentación de una sanción con pretensiones de legitimidad en un

¹⁶⁸ ROXIN, Claus. *Culpabilidad*, op. cit., pp. 57 y ss.

¹⁶⁹ En base a la definición de imputabilidad con criterio finalista acuñada en la sistemática de H. Welzel, la cual la concibe como una doble capacidad evaluable bajo el parámetro del hombre medio normal: “capacidad de comprensión de la ilicitud y capacidad de obrar conforme a esa comprensión”. Véase: WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago, Ediciones Jurídicas del Sur, 1980, p. 218.

¹⁷⁰ CARRASCO GOMEZ, J. y MAZA MARTÍN, J. op. cit., p. 269.

estado de derecho, fortaleciendo la garantía sustantiva de intervención mínima del derecho penal), dado que un diagnóstico clínico puede muchas veces fallar como explicación médico-normativa de un comportamiento delictual, y en tal sentido la consideración de una socialización deficiente -y sus consecuencias- viene a dotar de contenido racional la decisión judicial sobre las excusas penales.¹⁷¹

El giro teórico más notable en la consideración penal de estos factores socio-políticos en nuestro país lo da el profesor *Juan Bustos Ramírez* y sus ideas de “sujeto responsable” y “exigibilidad social”, la cual concibe a la persona “no como simple sujeto, sino como actor, esto es, que cumple determinado papel asignado, pero realizado por él”, rol que le sería asignado por la estructura social que lo determina (ello sin dejar de reconocer su dignidad, autonomía y capacidad de racionalidad),¹⁷² por lo que “se plantea también la responsabilidad de la sociedad, tanto por el papel que le ha asignado al hombre como por los controles que le ha impuesto (incluida la pena): ‘la sociedad responde también por esa conciencia lograda por el hombre’”.¹⁷³ En base a esto, la imputabilidad como fundamento de culpabilidad material estaría dada por la existencia de condiciones de exigibilidad en una situación social concreta, que permitan pedirle a un sujeto igualmente concreto que resuelva sus necesidades en forma alternativa al delito.¹⁷⁴ Para Bustos, al exigirse responsabilidad no puede invalidarse al sujeto catalogándolo como capaz o incapaz de culpa, ya que al negar al individuo se socavarían las bases del Estado de derecho, al ser éste fundamento de su existencia. A partir de la teoría de las subculturas y de la psiquiatría crítica, el autor señala que ha de concebirse al sujeto como detentor de su propio esquema racional y valórico, siendo la discusión de su responsabilidad penal un juicio político valorativo sobre hechos asignables a la racionalidad normativo-penal, no sobre condiciones personales. En concordancia, ha de asumirse que la óptica punitivo-estatal es parcial en cuanto a esquema de

¹⁷¹ LORCA, Rocío, op. cit., p. 6.

¹⁷² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual*, op. cit., p. 510, como se cita en COUSO, Jaime. op. cit., pp. 159-160.

¹⁷³ COUSO, Jaime. op. cit., p. 160.

¹⁷⁴ Ídem.

valores y verdades. En suma y síntesis, para este autor la imputabilidad rezaría como la “existencia de una comunicación entre los órdenes racionales existentes”, como una condición necesaria de pertenencia, vinculación o compatibilidad entre sujeto y sistema político-social, cuestión indispensable para legitimar la validez de la respuesta del Estado frente al delito concreto.¹⁷⁵ Sin duda que esta postura constituye una considerable complejización del análisis que el juez debe llevar a cabo al momento de fundamentar el reproche penal, lo cual si bien conlleva complicaciones que la práctica judicial difícilmente puede asumir por cuestiones operativas de economía y política procesal, representa un esfuerzo noble por trazar el horizonte de un derecho penal acorde a un Estado democrático de derecho, cuestión por la que se aboga desde casi todos los prismas contemporáneos.

3.3. La inimputabilidad

Ahora, no obstante la abundante discusión aquí esbozada, el derecho positivo chileno ha conservado una afirmación general de imputabilidad como fundamento de su técnica legislativa. Pese a la variedad de argumentos y premisas que se han levantado para dotar de un contenido definitorio ‘en positivo’ a la imputabilidad, la legislatura nacional no ha sido sensible a tal discusión, conservando su indefinición tanto de la culpabilidad como de sus presupuestos, pero sosteniendo igualmente la imputabilidad como presupuesto general. De igual manera nuestro código penal guarda silencio respecto a un concepto ‘en negativo’ de ella, dado que no define lo que es la inimputabilidad en parte alguna de su cuerpo normativo, como ya mencionamos. Esto no implica que el establecimiento de las causales legales de inimputabilidad que éste expresamente prescribe esté exento de consideraciones jurídicas y criterios médicos implícitos.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 162.

Antes de adentrarnos en el marco legal de la inimputabilidad, hemos de mencionar que existe más de un método para establecer su concurrencia en los sujetos juzgados. Al ser la concepción normativa de la culpabilidad la predominante para los diversos procesos de codificación (compuesta, como se ha dicho, por un entender/querer frente a la ilicitud, por un aspecto cognitivo y uno volitivo), se ha enfrentado el problema de la inimputabilidad como un asunto únicamente de constitución psíquica personal, agotado en ella, generándose sólo diferencias respecto al prisma desde el cual evaluar la sanidad de ésta. En base a ello, se acuerda que la inimputabilidad consiste en un déficit cognitivo o emocional que influye en la capacidad penal del sujeto, en su aptitud para interpretar la realidad, controlar sus movimientos y acciones (aspecto volitivo), y comprender la significación normativa de sus actos.¹⁷⁶

Se considera que existen tres métodos para determinar si el funcionamiento mental de un sujeto opera en condiciones normales de atributabilidad: el método biológico, el método psicológico y el método bio-psicológico o mixto.

El *método biológico* consiste en la determinación de inimputabilidad mediante la afirmación de un estado mental anormal o enfermo, el cual estaría dado por alteraciones de orden psicofísico identificables con un estado patológico o de alteración transitoria.¹⁷⁷ Esta manera de entender la inimputabilidad es la que fundamenta la existencia de fórmulas legales exculpatorias por privación o falta de juicio tales como “alienación mental”, “demencia o idiocía”, “enajenado mental”, etc. (v. gr. CP prusiano 1851, CP francés 1810), lo cual se ha entendido como una expresa remisión legislativa al diagnóstico psiquiátrico de patologías basales, principalmente psicosis o neurosis. Para este método, las causas de la condición alterada de la mente -o las consecuencias conductuales que de ella derivan- no son relevantes, sino que basta con la existencia de una pericia médico-psiquiátrica que

¹⁷⁶ LORCA, Rocío, op. cit., p. 4.

¹⁷⁷ DONNA, Edgardo. *Capacidad de culpabilidad o imputabilidad*. Revista Pensamiento Penal, 45-46. [en línea] <<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41055-capacidad-culpabilidad-o-imputabilidad>> [consulta: 27 diciembre 2017]

afirme la demencia o estado abolido de facultades intelectivas para que el juez deba detener su proceso de indagación sobre la imputabilidad en el sujeto.¹⁷⁸

El *método psicológico* en cambio concentra sus esfuerzos por identificar las consecuencias psicológicas que derivan de determinados estados biológicos, los efectos de éstos. Expresiones de corte jurídico como “el enteramente privado de razón” o “no consciente de su acción” (v. gr. CP austriaco 1852), provienen de poner el acento en la significancia psicológica del estado mental que debe evaluar el derecho en su juicio normativo sobre la imputabilidad.¹⁷⁹ Para este criterio la relevancia del diagnóstico médico es menor o nula, dado que lo determinante es la capacidad del individuo de efectuar actividades psíquicas normales, de guiar sus comportamientos con el autocontrol suficiente para la sanidad mental que la imputabilidad exige.

Con el fin de dar mayor coherencia a la explicación médico-normativa de la inimputabilidad, existe un *método mixto* o *bio-psicológico*, el cual considera que el estado mental anormal que el derecho exculpa está dado tanto por bases biológicas como por las consecuencias anímicas de ellas en el autor.¹⁸⁰ Se establecen como requisitos bio-psicológicos del sujeto imputable: una madurez física y psíquica mínima (edad responsable), la plena conciencia de sus actos, su capacidad de voluntariedad y su capacidad de libertad (Gisbert);¹⁸¹ el déficit de concurrencia de estos requisitos sería el parámetro atendible para el establecimiento de las causales de inimputabilidad penal. Se interpreta que esta sería la manera de abordar el asunto por la mayoría de las legislaciones vigentes, al utilizar fórmulas modernas que recogen el avance científico y conciben la inimputabilidad como un estado mental que puede alterarse tanto en su base biológica por una enfermedad o patología como por otra clase de trastornos, defectos o alteraciones

¹⁷⁸ Ídem.

¹⁷⁹ Ídem.

¹⁸⁰ Ídem.

¹⁸¹ CARRASCO GOMEZ, J. y MAZA MARTÍN, J. op. cit., p. 268.

conductuales.¹⁸² La exigencia de ambos presupuestos es requerida de forma copulativa, es decir, este criterio afirma que para sostener la inimputabilidad deben concurrir tanto la patología mental diagnosticada médicamente como la perturbación psíquica que le sigue en consecuencia.

Evidentemente, estos tres métodos no consideran ni integran los aportes entregados por las teorías que elevan los requisitos de la imputabilidad hacia consideraciones sociopolíticas, cuestión que aún no se asienta en la dogmática y práctica legislativa con la paz necesaria para su cristalización normativa. El éxito de tales ideas requeriría una transformación rotunda del anquilosado paradigma jurídico-político que se sostiene desde el siglo XIX en nuestro país, situación en la que recién podríamos mejorar la permeabilidad del derecho positivo respecto al avance teórico del penalismo.

De cualquier manera, existe entendimiento en que la naturaleza del concepto de inimputabilidad es estrictamente jurídica. Esto significa que independiente del método que se utilice por la ley para recoger las causales de inimputabilidad, la base empírico-médica reconocida positivamente no es óbice al ámbito de interpretación jurídica propio del ejercicio de la jurisdicción penal. De hecho, al existir un panorama abierto de discusión dogmática respecto a las cuestiones fundamentales sobre culpabilidad, imputabilidad y la ausencia de ésta, se abre igualmente la posibilidad de debate judicial entre los intervinientes del proceso y, consecuentemente, el juez se encuentra habilitado para (es más, debe) construir criterios de atributabilidad de carácter normativo para cada caso y sujeto juzgado en concreto.

Para contar con las herramientas interpretativas que den un posible criterio de valoración judicial acerca de la aptitud patológica de la drogodependencia a la pasta base como causal de inimputabilidad (o imputabilidad disminuida) en el contexto legal y jurisprudencial chileno, se vuelve menester delimitar el alcance de las expresiones consignadas en los artículos 10 n°1 y 11 n°1. Esto con el fin de ver

¹⁸² DE LA CUESTA, José Luis. op. cit., en J CERESO MIR, José y otros. op. cit., p. 306 [en línea] <<https://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/CLC+44+Imputabilidad+y+nuevo+codigo+penal.pdf>> [consulta: 21 noviembre 2017].

hasta qué punto el texto literal de la ley coarta (o posibilita) la interpretación judicial referente a la imputabilidad del adicto, cuáles serían las razones jurídicas para su rechazo sistemático en nuestro país y cómo puede el derecho enriquecer su capacidad de respuesta ante la realidad que cotidianamente golpea a su puerta.

3.3.1. El marco normativo de la inimputabilidad en el artículo 10 n°1 y su interpretación

3.3.1.1. Generalidades

Como habíamos mencionado, la ley penal chilena opta por afirmar implícita y generalmente la imputabilidad como un atributo presente en todas las personas, estableciendo un número clauso de circunstancias de inimputabilidad que eximen de responsabilidad a quienes satisfagan los presupuestos normativos de ella. El texto literal del Código Penal Chileno promulgado en 1874 ha mantenido de manera invariable hasta la actualidad las expresiones contenidas en su artículo 10 n°1, el cual reza:

ART. 10.

Están exentos de responsabilidad criminal:

1.º El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón.

Para determinar el sentido y alcance de esta técnica legislativa de regulación de la inimputabilidad, echaremos mano a los criterios legales de interpretación contenidos en los artículos 19 al 24 del Código Civil chileno, en especial a los de **orden teleológico, sistemático e histórico**, dada su esencial utilidad en esta materia. Igualmente, el análisis se centrará en los términos “loco o demente” y el

“privado totalmente de razón”, los cuales contienen el núcleo del criterio utilizado en la regulación al establecer las tres hipótesis contenidas en el numeral en comento.

En efecto, el numeral 1 del artículo 10 del CP chileno contiene 3 hipótesis que describen estados en los que se puede hallar un sujeto con relación a su inimputabilidad:

- El loco o demente,
- El que, padeciendo locura o demencia, obra en un intervalo lúcido al momento de cometer el delito,
- El que, sin padecer locura o demencia, al momento de cometer el delito se encuentra en un estado de privación total de razón por causa independiente de su voluntad.

Tanto el segundo como el tercer caso (el polémicamente llamado “trastorno mental transitorio”) exceden del objeto de esta memoria, por lo que no serán aquí tratados. Al ser nuestro problema por resolver el de la imputabilidad del sujeto adicto, el ejercicio exegético que nos ocupa consiste en determinar si la drogodependencia a la pasta base se puede encuadrar, como patología mental, dentro de las que el numeral considera aptas para interferir el juicio de responsabilidad sobre quien padece esta clase de trastornos. Para tal fin, basta comprender qué clase de afecciones mentales exculpatorias se pueden entender contenidas en tal numeral, en base a las expresiones que éste mismo utiliza cuando diferencia a los sujetos considerados sanos e imputables y los sujetos considerados “locos o dementes”.

3.3.1.2. El loco o demente en el Código Penal chileno

Las palabras “loco o demente” utilizadas por nuestro código, no pueden ser interpretadas acertadamente de manera aislada al avance científico (y sobre todo psiquiátrico) de nuestra época, ni su sentido puede ser aprehendido sin considerar

su origen histórico y su relación sistemática con el tratamiento que otras normas penales le dan a la locura o demencia.

Primero que todo, se ha dicho que los términos del numeral citado no se corresponden con la nomenclatura o conceptualización desarrollada por las ciencias psiquiátricas.¹⁸³ La medicina y las ciencias avocadas al estudio de la mente humana no utilizan tales expresiones, por lo que se vuelve claro que el sentido de la norma no está dirigido a limitar la inimputabilidad a quienes encuadren con los conceptos de locura y demencia, los cuáles carecen de precisión científica y claridad terminológica. Tampoco existe una remisión legal expresa a otras normas que precisen el significado técnico de estas expresiones, por lo que cabe dotarlas de contenido mediante interpretación.

Consta en las actas de la comisión redactora del código (dirigida por la autoridad de la época en la materia, Joaquín Pacheco) que la utilización de los términos legales hace referencia indistintamente a todos aquellos casos en que existe en el sujeto que delinque una manifiesta falta de juicio, una **privación de razón**. Se entiende la razón como un “primer elemento de la humanidad, un primer sello del hombre”, considerándose que, si ésta se encuentra ausente en el sujeto, éste ha de eximirse de responsabilidad. En este sentido, se estableció claramente que la privación de razón no hacía alusión a una enfermedad o condición determinada, puesto que, pese a que el principio normativo es simple, la determinación casuística es del todo compleja para la ley y su aplicación práctica. Ante esta situación, se optó por una fórmula que aludiera al efecto de privación de razón más que a la enfermedad mental en sí, señalándose en la sesión quinta de tal comisión, que “el señor Altamirano opinó porque se diese más latitud a su prescripción, comprendiendo otros varios casos análogos, como el del sonámbulo”.¹⁸⁴

¹⁸³ NOVOA, Eduardo. *Curso de Derecho Penal chileno. Tomo I*. 2da edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1985, p. 483.

¹⁸⁴ CHILE. Código Penal de la República de Chile. *Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno*, proyecto de Código Penal chileno. Santiago. Imprenta de la República, 1873-1874, pp. 8-9.

Además de este criterio interpretativo de carácter histórico, se puede homologar la locura o demencia con la privación de razón por un asunto sistemático y de coherencia lógica, dado que el mismo artículo -a continuación del primer caso de inimputabilidad- utiliza esta fórmula para una causa diversa (independiente de la voluntad y del estado mental previo del autor) haciendo referencia a un mismo efecto de enajenación.¹⁸⁵ Confirmación de la unicidad del criterio de privación de razón a nivel sistemático es la conceptualización que utilizan los artículos 458 y ss. del Código Procesal Penal, donde se habla “inimputabilidad por enajenación mental” y de “grave alteración o insuficiencia de facultades mentales”, haciendo referencia a la existencia de trastornos que afectan al uso de la razón y repercuten en la capacidad del sujeto para efectuar juicios racionales y conducirse de manera que no represente un peligro para sí u otras personas.

En efecto, aparece que el concepto acertado para dilucidar el sentido de la norma es el de **enajenado mental**, expresión que comprende todas las anormalidades mentales que privan de razón o de juicio, de distintos orígenes, y que constituyen la eximente siempre que alcancen el necesario grado de profundidad.¹⁸⁶ Tal condición consiste en un desajuste mental considerable, que provoca en el sujeto un estado en que se sale de sí, se hace otro, se enajena.¹⁸⁷ Con esta fórmula legal, se está haciendo alusión a un estado de inimputabilidad por ‘falta de juicio’ provocado por una alteración profunda de las facultades psíquicas consideradas normales en toda persona, la cual deriva en una incapacidad para comprender la ilicitud de su actuar y de dirigir su conducta de acuerdo a tal comprensión, teniendo este último criterio, de naturaleza eminentemente jurídica, un carácter decisivo. Este contexto legal tiene dos consecuencias relevantes para nuestra tesis: el informe pericial psiquiátrico y/o psicológico aparece como un elemento integrador, pero no decisivo, del juicio de imputabilidad que el juez realiza;

¹⁸⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., p. 280.

¹⁸⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., p. 281.

¹⁸⁷ CURY, Enrique. op. cit., pp. 36 y ss. Para el profesor Cury, este desajuste está determinado también por factores sociológicos (culturales, religiosos, históricos, etc.), complicándose la apreciación de los límites entre normalidad y anormalidad.

y se deja al juez en una situación de relativa libertad para poder calificar como enajenación mental a toda aquella manifestación psicopática o alteración conductual que exprese un déficit grave en la capacidad de juicio o razonamiento “normal” de una persona.

Respecto al valor del informe diagnóstico del perito psiquiátrico existe relativo consenso en que éste no es del todo decisivo para sostener la inimputabilidad del sujeto juzgado.¹⁸⁸ Se han hecho intentos de categorizar las patologías y trastornos conductuales identificados por la psiquiatría hasta nuestra época por parte de algunos doctrinarios, afirmándose por el profesor Labatut (a modo de ejemplo), que las “verdaderas” enfermedades mentales serían estrictamente las psicosis (endógenas y exógenas), dentro de las cuales éste ubica a las oligofrenias o estados de déficit mental congénito (cabe mencionar que hay disidencia, como el profesor Novoa Monreal, que afirma que las oligofrenias no son parte de las psicosis, sino que forman parte de una categoría distinta, pero que igualmente constituyen verdaderas enfermedades mentales).¹⁸⁹

Si bien se ha dicho que el sistema de inimputabilidad de nuestro código bien podría interpretarse restrictivamente como de carácter biológico-psiquiátrico (dándole a los términos loco o demente un significado de remisión a un diagnóstico de patologías descritas por los catálogos médicos vigentes, siendo el informe pericial un instrumento probatorio con valor decisivo), la imprecisión terminológica de la norma se puede interpretar igualmente como una técnica legislativa deliberada, que busca evitar soluciones inelásticas para los fines que el derecho concibe al momento de establecer causales de inimputabilidad.¹⁹⁰ De esta manera, si se considera que la enajenación mental ha sido erigida por la ley como un criterio tanto médico como normativo, determinado por un núcleo de “privación de razón” representativo de un déficit cognitivo-volitivo grave con base en la salud mental del

¹⁸⁸ Ídem.

¹⁸⁹ LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal*. 9na. edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pp. 133 y ss.

¹⁹⁰ CURY, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. op. cit., p. 36 y ss.

agente, la figura del juez aparece como la única capaz de decidir sobre la capacidad de culpabilidad del mismo, volviendo en la práctica al sistema de inimputabilidad chileno uno mixto o bio-psicológico.¹⁹¹

3.3.2. La drogodependencia y su aptitud patológica para constituir inimputabilidad

Como hemos dicho recién, la locura o demencia contemplada en nuestro art.10 CP, constituye un concepto impreciso médico-legalmente, por lo que se le ha precisado exegéticamente como enajenación mental. Y al interpretar histórica, sistemática y teleológicamente este concepto en nuestra legislación penal es perfectamente posible concluir que estamos en presencia de una técnica legislativa de textura abierta, la cual da al juez el poder-deber de actualizar el contenido de la inimputabilidad a cada contexto y caso, en concreto. Ahora, ante la complejidad de la fundamentación judicial de una decisión sobre la inimputabilidad por enajenación mental, hemos de renunciar a la expectativa de que su resolución arribe a una única solución correcta. Las respuestas que la academia pueda sugerir no son más que meras ideas regulativas del ejercicio jurisdiccional, un intento de nutrir la fundamentación del juicio de reproche lo mejor posible.¹⁹² Si se considera, mediante una interpretación teleológica del numeral, que el camino por el que ha optado nuestro código ante tal complejidad ha sido el de la **no-taxatividad en cuanto a patologías o alteraciones mentales constitutivas de inimputabilidad**, dándole al juez la facultad de fundamentar su decisión mediante una interpretación progresiva del avance científico y doctrinario, éste puede nutrirla con la mayor cantidad y variedad de elementos a los que pueda echar mano.

¹⁹¹ Ídem.

¹⁹² SQUELLA, Agustín. *Justificar decisiones jurídicas y justificar decisiones judiciales*. Seminario “la justificación de las decisiones judiciales”. Revista de Derecho (Valdivia). Universidad Austral de Chile. 19(1): 277-292, 2006.

En este sentido, perfectamente podría el juez considerar válidos la serie de criterios multidisciplinarios ya expuestos en esta memoria para completar el panorama en que la drogodependencia a la pasta base se manifiesta (macro-sociológicos, políticos, médicos, psicológicos, etc.). Igualmente puede el juez afirmar con total apego a una interpretación coherente de la ley, que desde un punto de vista médico-psiquiátrico, pese a no considerarse una “verdadera enfermedad mental”, la dependencia a la pasta base tiene la aptitud de interferir la imputabilidad del sujeto, toda vez que en su caracterización concreta es posible identificar afectaciones severas en la capacidad intelectual y/o volitiva del sujeto.

Como se dijo en el capítulo primero, el consumo de sustancias altamente adictivas como la pasta base constituye un verdadero síndrome de dependencia cuando está caracterizado por ciertos fenómenos conductuales, que comúnmente implican: un poderoso deseo de tomar la droga, el deterioro del control de su consumo, el consumo persistente a pesar de las consecuencias perjudiciales, la asignación de mayor prioridad al consumo de la droga que a otras actividades y obligaciones, un aumento de la tolerancia y una reacción de abstinencia física cuando se deja de consumir la droga. Conforme a la CIE-10 (ICD-10), si se han experimentado tres o más de los criterios especificados en el plazo de un año, debe diagnosticarse un síndrome de dependencia.

Tal estado manifiestamente enfermo del pensar-sentir incide en las facultades intelectivas y volitivas del adicto (dependiendo el grado de incidencia de las circunstancias de cada caso concreto): “afecta a la capacidad de comprender el alcance o trascendencia de su comportamiento, en razón del debilitamiento que produce en la capacidad de realizar una ponderación adecuada, pero **fundamentalmente incide en la facultad volitiva**, mermando o limitando el control de la voluntad, hasta el punto de incidir en la libre ejecución de sus actos al amortiguar los frenos inhibidores de los comportamientos antijurídicos.”¹⁹³ Teniendo esto en cuenta, bien podría considerarse que los delitos que afectan a bienes

¹⁹³ MUÑOZ, Juan, op. cit., p. 8. [en línea] <criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-03.pdf> [consultado: 21 septiembre 2017] (negrita agregada por los autores de esta tesis)

jurídicos patrimoniales (hurto, robo, apropiación indebida, estafa, etc.) tienen un carácter funcional al consumo de esta sustancia, y, dado que la situación mental del agente ha sido causa determinante de su conflicto con la ley, considerarle inimputable.

Fue por esta vía ejemplar que la jurisprudencia española fue asentando progresivamente criterios normativos que permitieron que, al dictarse el nuevo código penal de tal país, se contemplara de forma expresa al síndrome de abstinencia como eximente y a la “grave adicción” como atenuante de responsabilidad penal, constituyendo un avance del todo notable hacia un juicio de culpabilidad acorde a un Estado democrático de derecho. Consideramos que nuestros magistrados tienen plena facultad en nuestro marco legal para considerar en el juicio de imputabilidad los argumentos vertidos en el derecho comparado en este sentido. Si se aprecia la conceptualización del síndrome de abstinencia que los españoles elaboran (“una alteración psíquica que se caracteriza por un síndrome específico, que viene determinado por la clase de sustancia, debido al cese o reducción del consumo prolongado de esa sustancia [...] un malestar clínicamente significativo o un deterioro laboral o social debido a la presión motivacional que crea la necesidad física o psíquica de consumir droga”), se puede arribar a iguales conclusiones de inimputabilidad por carencia de facultades volitivas en el adicto a la pasta base. Aun contando con tratamiento psicológico, el drogodependiente mantiene (y tiende a empeorar si la sustancia es altamente adictiva, como es nuestro caso) un déficit volitivo debido a la presión motivacional que crea la necesidad física y psíquica de consumir droga, que refleja la pérdida, o al menos, la disminución, de la libertad del proceso de motivación que conduce a la resolución de la voluntad antijurídica.¹⁹⁴

En suma, si consideramos la técnica legislativa de nuestro código, la cual entrega al juez la labor de actualizar interpretativamente el contenido conceptual de la inimputabilidad bajo criterios normativo-médicos, y consideramos la aptitud

¹⁹⁴ MUÑOZ, Juan, op. cit., pp. 17 y ss. [en línea] <criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-03.pdf> [consultado: 21 septiembre 2017]

patológica del síndrome de drogodependencia a la pasta base para incidir en las esferas cognitiva y (sobre todo) volitiva del sujeto juzgado, nuestros magistrados se encuentran plenamente facultados para eximir de responsabilidad a un adicto a esta sustancia, dependiendo en todo caso de la intensidad y grado de su afección mental, y de la naturaleza del delito que se cometiere (siendo especialmente posible exculpar a quienes cometan delitos patrimoniales en conexión funcional a su dependencia psíquica a la sustancia, y difícilmente posible argüir en favor de quien cometiere delitos contra las personas que afecten bienes jurídicos como la vida, integridad física o psíquica, etc.).¹⁹⁵ Las razones de que este criterio no se asiente en nuestro país a nivel jurisprudencial obedecen a cuestiones del todo complejas relacionadas con condiciones estructurales, académicas y de cultura jurídica, que sugeriremos en la conclusión de nuestro trabajo.

3.4 El artículo 11 n°1 y su interpretación

3.4.1. Generalidades

El Estado, por medio del ejercicio del ius puniendi, posee la facultad de sancionar a los individuos respecto a actos u omisiones que considera lesivas del ordenamiento jurídico. Asimismo, coincidiendo con la existencia de un Estado democrático de Derecho, es importante señalar que la norma penal posee mecanismos tendientes a minorar la responsabilidad criminal de un individuo, en los casos que exista una anomalía respecto a su autodeterminación. Esta situación, la doctrina, la ha llamado “exigibilidad disminuida a causa de la anormalidad de las circunstancias”,¹⁹⁶ permitiendo encauzar la aplicación de la ley por el juez penal y,

¹⁹⁵ Por ejemplo, en principio nos parecería aberrante que se argumentara en favor de la eximición de responsabilidad de un adicto a la pasta base que cometiere parricidio o violación, dada la escasa conexión de sentido que existe entre la patología y el delito en tales casos.

¹⁹⁶ CURY, Enrique. op. cit., p. 41

a la vez a evitar la arbitrariedad.¹⁹⁷ Aquel mecanismo, llamado por la doctrina como circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, permiten que, el juez pondere en el caso concreto, mediante la concurrencia de elementos accidentales entorno al delito, cuestiones que influyen directamente sobre la determinación de la pena. Aquellas, pertenecen a la esfera de la culpabilidad, donde existe una perpetración del delito penal, pero es el juez, quien luego de un examen exhaustivo de las circunstancias circundantes al delito, el que establece la distinta penalización en el caso concreto, por la imposibilidad de exigir del ordenamiento jurídico a ciertas personas, un actuar consonante con los criterios jurídicos o normativos por cuestiones de capacidad o materiales en relación con el delito.

En el ordenamiento jurídico nacional están reguladas -las circunstancias modificatorias- en los artículos 11 y siguientes del Código Penal. Existen diversos tipos de circunstancias modificatorias, por ejemplo: las llamadas atenuantes o minorantes genéricas¹⁹⁸ de la responsabilidad penal -contenidas en el artículo 11- de forma taxativa, además de atenuantes específicas relativas a ciertos delitos. El código también posee agravantes reguladas en el artículo 12, aparte de circunstancias modificatorias mixtas que pueden agravar o atenuar la responsabilidad penal contenidas en el artículo 13 y que tiene vínculo con relaciones de parentesco entre el infractor y la víctima.

En este capítulo y para efectos de estudiar la drogodependencia a la pasta base en relación con la imputabilidad, es relevante señalar -de modo sucinto- la concordancia con otros ordenamientos jurídicos del artículo 11 del Código Penal, por lo que se hace necesario remontar a los orígenes de dicha norma. El artículo 11

¹⁹⁷ IUS POENALE, *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (Lección 5)*. [en línea]

<<https://www.unav.es/penal/iuspoenale/lecciones/2013%205%20Circunstancias%20modificativas.pdf>> [consulta: 27 diciembre 2017]

¹⁹⁸ A diferencia de lo que la doctrina (v.gr. Mario Garrido Montt) ha llamado atenuantes específicas relativas a ciertos delitos, como por ejemplo el artículo 344 que penaliza -anacrónicamente, a nuestro juicio- el aborto donde se señala que: “La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo”. En el inciso segundo se establece que en el caso que aborte con la finalidad de ocultar su deshonor, se rebajará la pena en un grado, es decir incurrirá en pena de presidio menor en su grado medio.

del Código Penal donde se integran las atenuantes, está notoriamente basado en el artículo 9 del Código Penal español del año 1850,¹⁹⁹ del cual es una copia íntegra respecto a los números 1 y 2 del artículo 11; además de, la notable influencia del Código Penal austriaco respecto a las atenuantes referentes a la conducta anterior irreprochable, la reparación del mal causado y la confesión del delito.²⁰⁰ No obstante lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico ha mantenido de forma casi intacta la articulación histórica que ha tenido desde su entrada en vigencia, a diferencia del Código Penal español, el que ha tenido importantes modificaciones. A modo de ejemplo y para efectos de demostrar el desarrollo sistemático en términos progresistas y acordes a la realidad que ha tenido el Código Penal español, es necesario destacar la existencia de circunstancias atenuantes con relación a la adicción a drogas y/o alcohol (artículo 21.2) o circunstancias agravantes como la motivación discriminatoria en la comisión del delito, regulada en el artículo 22.4.

El Derecho Penal, por medio de la eximente incompleta, comprendida en la atenuante 11 n° 1 del Código del ramo, se hace cargo de los sujetos que no están comprendidos dentro de lo que se ha entendido por inimputabilidad plena -en el caso de locura o demencia y de la privación total de razón-, es decir aquellos que no están sumidos dentro de las hipótesis del artículo 10 n°1 del mismo. Al respecto, con la posibilidad que otorga el Código de ponderar la graduación de los requisitos establecidos en el artículo 10 del mismo perteneciente a los eximentes de la responsabilidad criminal, otorga una fórmula conveniente para poder estudiar los casos en que un individuo infractor de ley no cumpla con los requisitos establecidos en la norma de eximición de responsabilidad criminal. No obstante, cabe destacar que la eximente “hace completamente inaplicable la respuesta jurídica propia del delito, la pena, excluyendo al sujeto del mismo del ámbito de lo punitivo”²⁰¹, a

¹⁹⁹ VERDUGO M., Mario. *Código Penal I, Tomo I*. 2da. Edición. Santiago. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Limitada, 1986, p. 104.

²⁰⁰ Al respecto, los números 2° y 7° del artículo 39° del Código Penal austriaco son idénticos a los números 6° y 7° del artículo n° 11 del Código Penal chileno. Respecto a la atenuante por confesar el delito, el sentido de la norma es el mismo.

²⁰¹ CARRASCO GOMEZ, J. y MAZA MARTÍN, J. op.cit., p. 352

diferencia de la eximente incompleta que “sirve (...) tan solo, como atenuadora de la entidad de la sanción”²⁰². Por tanto, en el caso que se constituya una atenuante de responsabilidad penal, y específicamente, la del artículo 11 n°1 en relación con el artículo 10 n°1, no quiere decir que el autor del hecho sea inimputable, sino que, el ordenamiento jurídico lo que hace es reducir la pena, debido a elementos circundantes con la comisión del delito, por lo que sigue siendo imputable y su comportamiento jurídicamente reprochable.

3.4.2. Las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal

Las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal no poseen una definición legal, sin embargo, se señala que “corresponden a situaciones de naturaleza accidental, con existencia marginal a la estructura del tipo penal. El legislador las toma en consideración para efectos de determinar la pena que corresponde aplicar a los responsables en cada caso particular, sea para agravar esa sanción o para atenuarla”.²⁰³ Su objetivo es el de “aplicar penas justas y proporcionadas a la gravedad y trascendencia social del hecho y a los fines de la pena”.²⁰⁴ Al respecto, se señala que “las circunstancias, como elementos accidentales, afectan a las respectivas categorías fundamentales del delito: así, por un lado, a la antijuricidad, por otro, a la culpabilidad; pero también, finalmente, a la punibilidad. Sin embargo, la culpabilidad no aumenta por la presencia de circunstancias (agravantes), pues consiste en un juicio de atribución como reproche del hecho previamente valorado como antijurídico, por lo que no hay agravantes de la culpabilidad. La antijuricidad sí puede verse afectada por las circunstancias, tanto para agravar, como para atenuar. Caso de que una circunstancia haga el hecho

²⁰² Ídem

²⁰³ GARRIDO MONTT, Mario, op. cit., p. 181.

²⁰⁴ Ídem.

«más reprochable» (así, por ejemplo, el ensañamiento) ese mayor reproche no incrementa la culpabilidad, sino la antijuricidad de la conducta: es el hecho lo que se ve valorado como de gravedad superior. Y así, el tipo del homicidio pasa a ser uno más grave, como también el de lesiones se diversifica en otros más graves”.²⁰⁵

Como se ha dicho, las circunstancias modificatorias pueden ser atenuantes, agravantes -contenidas en el artículo 12 del Código Penal-²⁰⁶ y mixtas, que pueden agravar o atenuar la responsabilidad penal dependiendo de las relaciones de parentesco entre autor del delito, víctima y delito cometido (contenidas en el artículo 13° del Código Penal). Esta clasificación, se origina en cuanto a las consecuencias que a dichas circunstancias modificatorias les son inherentes.²⁰⁷ Existen otras clasificaciones creadas por la doctrina, en cuanto a la amplitud de la aplicación: en las que se distinguen: a) genéricas (aquellas que son aplicables a todos los delitos o un grupo amplio de los mismos) y b) específicas (la atenuante contenida en el artículo 344 del Código Penal es un ejemplo de este tipo de circunstancia, la que es aplicable solo en el caso del delito de aborto). También, se clasifican dependiendo de la naturaleza de las circunstancias -desprendiéndose esto del estudio del artículo 64° del Código Penal- dividiéndose en materiales y personales. Entendiendo las personales como cuestiones subjetivas, teniendo repercusiones sólo en el agente al que le afecta dicha circunstancia, a diferencia de las materiales, que afectan a todos aquellos que participaron en la comisión delictiva. Los profesores Bullemore y Mackinnon definen una atenuante como una circunstancia modificatoria de la responsabilidad que permite “determinar la imposición de una pena más benigna”.²⁰⁸

²⁰⁵ IUS POENALE. op. cit., [en línea]

<<https://www.unav.es/penal/iuspoenale/lecciones/2013%205%20Circunstancias%20modificativas.pdf>> [consulta: 27 diciembre 2017]

²⁰⁶ Dicho esto, el Código Penal en el artículo 64 se refiere a las atenuantes y agravantes, dividiéndolas según el ánimo o características propias del agente y, en la forma de ejecutar materialmente el hecho punible o los medios empleados para su realización.

²⁰⁷ GARRIDO MONTT, Mario, op. cit., p 182

²⁰⁸ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal. Tomo II*. Santiago, LexisNexis, 2007, p. 215

3.4.3. El artículo 11 n° 1 del Código Penal y la imputabilidad disminuida

El artículo 11° n° 1 señala que serán circunstancias atenuantes aquellas expresadas en el artículo 10, cuando no concurren todos los requisitos para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. Al respecto y para efectos de entender la imputabilidad disminuida, es necesario remontarse al artículo 10 n°1 que fue estudiado en la primera parte de este capítulo y, tal como se señaló, comprender los conceptos de loco o demente y privación de razón.

Del estudio de la historia de la ley, se puede desprender que, en la sesión séptima de la Comisión Redactora del Código Penal, se aprobó el número 1 del artículo 11 en los términos actuales, consignando en acta que se refiere a casos en que haya circunstancias copulativas²⁰⁹ en la redacción de la norma, por lo que la hipótesis acerca de las facultades mentales disminuidas que no alcanzan la locura o demencia total, no caerían dentro de la causal de atenuación de la responsabilidad penal. Es decir, según aquella Comisión Redactora, al no haber circunstancias copulativas en el artículo 10 n°1 (a diferencia, por ejemplo, del numeral relativo a la legítima defensa en el mismo artículo 10, donde se establece una serie de requisitos numerados) o se cumple la enajenación mental completa, en donde estaríamos frente a una eximente de responsabilidad penal, o el sujeto sería imputable de manera normal.

Sin embargo, el Profesor Garrido Montt señala que, con la frase: “cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”, el legislador la voz “requisitos” no la utilizó en términos numéricos, de elementos cuantificables, sino que se le atribuye un sentido de gradualidad: “al hacerlo así se extiende el alcance del n°1 del artículo 11 a las eximentes conformadas por un solo requisito que puede alcanzar mayor o menor

²⁰⁹ VERDUGO M., Mario, op.cit., p. 104

intensidad.” Por ende, la aplicación de las atenuantes generales sería aplicables en todos los numerales del artículo 10, salvo el número 3° (respecto al delito cometido por menor de dieciocho años y mayor de catorce años, puesto que la edad no es susceptible de graduar) y el número 8° (el que ejecuta un acto lícito, con la debida diligencia, y causa un mal por mero accidente). El profesor Gustavo Labatut rotuló que la atenuante se extiende a aquellas que se basan en un hecho divisible, al menos intelectualmente. En sus propias palabras: “extiende la aplicación de la atenuante a los casos que, si bien no materialmente, al menos intelectualmente constan de más de un requisito, o sea, que no pueden dejar de considerarse como hechos complejos, sujetos a gradación, situación en que se encuentra, por ejemplo, la enajenación mental pues la siquiatria reconoce la existencia de una amplia gama de matices que van desde la plena enajenación a la salud mental: los estados intermedios de las sicopatías. Esta interpretación, con ser la que refleja el genuino sentido de la ley, no es, sin embargo, de aplicación absoluta”.²¹⁰

La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia del país es conteste al señalar la aplicación extensiva del N° 1 del artículo 11 del Código Penal, al respecto se rotula que: “(...) Si se atiende aisladamente al tenor literal del N° 1 del artículo 11 del Código Penal, podría estimarse que este precepto sólo alcanza a aquellas causales de exención que están formadas por varios elementos o factores, materialmente distintos y que en el artículo 10 han sido enunciados en forma numéricamente separada; pero esta interpretación debe ser rechazada, ya que sólo atiende a la expresión formal con que aparecen enunciadas las eximentes en el texto legal y no mira al contenido mismo de estas circunstancias, las que como se ha dicho, pueden estar constituidas por diversos elementos o grados intelectualmente separables, aunque no están indicados como elementos materiales distintos en el texto de la ley.

No habrá razón para restringir la aplicación del N° 1 del artículo 11, por razones puramente formales, a sólo una parte de aquellas eximentes que pueden

²¹⁰ LABATUT, Gustavo. op. cit., p. 211.

presentarse incompletas, pues lo expresado a este respecto en el acta de la Comisión Redactora del Código Penal, de que el precepto aludido se refería a los casos en que hubiera circunstancias copulativas, no puede excluir a aquellas que, formadas por elementos intelectualmente separables o graduables, deben quedar comprendidas dentro del precepto en estudio, en razón de su contenido y finalidad”.²¹¹

No obstante lo anterior, debe siempre estar presente el elemento sustancial o básico de la eximente para poder aplicarse la atenuante.²¹² El profesor Garrido Montt lo llama el elemento fundamental,²¹³ ya que, en caso de no satisfacerse dicha condición, no se cumple igualmente con el espíritu de la norma, por lo que no se puede tener por acreditada la atenuante, aunque concurren los demás requisitos establecidos por la norma penal.

En el caso concreto en el que nos vemos envueltos, como lo es, la drogodependencia a la pasta base de cocaína, el elemento fundamental o basal de la eximición (enajenación mental) es un poco más complejo, puesto que no se establecen requisitos explícitos, como es posible vislumbrar en el caso de la legítima defensa. En este caso ha de exigirse que “al menos concorra una alteración de la psique, sin la cual no se da la base necesaria para poder hablar siquiera de exención”.²¹⁴ La jurisprudencia española en relación con lo anteriormente señalado establece que STS (Sala 5º) de 28 de octubre de 1998: “en relación con las anomalías o alteraciones psíquicas del nº1 del art 20 CP será preciso para configurar la eximente incompleta, que, sobre la base de la real existencia de la anomalía con sus sustanciales características biológicas, se produzca una

²¹¹ Sentencia de la Corte Suprema del día 21 de agosto de 1959 en VERDUGO M., Mario. op cit., p. 111.

²¹² CURY, Enrique. op. cit., p. 106.

²¹³ GARRIDO MONTT, Mario, op. cit., p. 186.

²¹⁴ IUS POENALE. op. cit., [en línea]
<<https://www.unav.es/penal/iuspoenale/lecciones/2013%205%20Circunstancias%20modificativas.pdf>> [consulta: 27 diciembre 2017]

disminución profunda de la capacidad intelectual y volitiva, pero no hasta el punto de llegar a anularla.”

El Magistrado del Tribunal Supremo de España, el Sr. Martínez Pereda señala que nos encontraremos ante una eximente incompleta cuando la anomalía o alteración “no impidan totalmente comprender la ilicitud del hecho, pero aminoren notablemente tal comprensión, o las que, si bien no impidan la actuación conforme a tal comprensión, mermen la libertad de determinación y actuación volitiva”.²¹⁵ En el caso en el que nos encontramos, de la drogodependencia a la pasta base de cocaína como motor principal al momento de cometer un delito de carácter patrimonial, se puede cumplir con ambas hipótesis planteadas por el Magistrado, a saber: i) que producto de intoxicaciones sistemáticas al individuo, se le generen daños cerebrales que aminoren la comprensión de ilicitud del hecho o ii) que se merme la libertad de determinación y actuación en cuanto a la voluntad, debido a un consumo sostenido en el tiempo de dicha sustancia, la que produzca una dependencia de magnitud considerable en el cuerpo o psiquis del individuo, aparejado a un síndrome de abstinencia. Al respecto se señala que “lo esencial e inevitable para la presencia de la circunstancia es la existencia de anomalía o alteración psíquica, con idénticas características y para los mismos supuestos que lo ya contemplados en la causa de exención plena”.²¹⁶

Dicho esto, es de sumo relevante consignar lo señalado por la STS de 23 de marzo de 1998 que estipula que “(...) el hecho de que la persona se encuentre bajo una severa y crónica adicción al consumo de drogas de efectos tan deletéreos como los opiáceos y la cocaína, alcanza siempre una especial significación y relevancia. En numerosas ocasiones esta Sala ha estimado que la adicción continuada en el tiempo (en el caso presente más de diez años) tiene necesariamente que dañar y erosionar las facultades cognoscitivas y volitivas del afectado, deteriorando su personalidad y colocándole en una situación crónica de disminución de la capacidad de adecuar su conducta a las pautas exigibles, impulsándolo a realizar acciones

²¹⁵ CARRASCO GOMEZ, J. y MAZA MARTÍN, J. op.cit., p. 356.

²¹⁶ CARRASCO GOMEZ, J. y MAZA MARTÍN, J. op. cit., p. 357.

ilícitas encaminadas a procurarse el dinero suficiente para satisfacer su adicción. Esta compulsión que no es necesario que se manifieste necesariamente en un estado carencial, debe ser valorada porque es el producto de la erosión que el sucesivo y continuado consumo de drogas duras produce en la personalidad y por consiguiente la imputabilidad del agente lo que nos lleva a estimar que ha existido una circunstancia eximente incompleta contemplada en el art. 21.1 CP".²¹⁷

3.4.4. La valoración de la drogodependencia como atenuante

Sobre la caracterización del control de los actos llevados a cabo por un drogodependiente, la eximente incompleta se generaría cuando en el juicio de imputabilidad (capacidad de motivarse a cumplir la norma, lo cual es un asunto jurídico, no clínico ni médico) faltan requisitos, pero se dan otros supuestos que permiten decir que, al menos se encuentra disminuida. En este caso, y siguiendo a la jurisprudencia española, se reconoce que el drogodependiente tiene problemas característicos de una enfermedad mental que, si bien no alcanza el grado de anomalía psíquica que anule completamente la voluntad o el aspecto cognitivo, merman ambos aspectos de manera considerable. El problema radica en cómo el ordenamiento jurídico y sus operadores, se hacen cargo de esta cuestión. Lo que la política criminal establezca respecto a sus preponderancias, al momento de tratar los delitos ocurridos bajo los efectos de las drogas o llevados a cabo por personas que sufran de trastornos de drogodependencia, habla mucho acerca de las prioridades con que se utiliza el presupuesto público al momento de llevar a cabo programas y proyectos relacionados con la salud mental y, específicamente, con un problema relacionado mayormente a personas de los estratos socioeconómicos más bajos de la sociedad.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 359.

En la prueba rendida durante el juicio oral, podría acreditarse que el drogodependiente es un enajenado mental, cuyo estado clínico constituye locura o demencia o también en casos en que la adicción no constituya una patología psíquica digna de eximición de responsabilidad penal, puede llegar a comprometer gravemente los aspectos volitivos y cognitivos de los adictos por lo que se vería mermada la imputabilidad. Es decir, el juez puede sentenciar basándose en un criterio médico-legal aportado por el perito de salud mental, el que puede servir de base para proyectar dicha inimputabilidad o imputabilidad disminuida (dependiendo del caso) en el plano jurídico-penal de la imputabilidad. Sin embargo, es necesario destacar que, el juez es quien tiene la última palabra respecto al juicio de imputabilidad, puesto que, si bien la doctrina señaló que se requiere una “interpretación progresiva, de modo de comprender en él (loco o demente) toda forma de enajenación reconocida por la siquiatria que destruya o perturbe gravemente la personalidad síquica, aun cuando no afecte propiamente a la razón, a la inteligencia”,²¹⁸ las pericias psicológicas o médicas no han alcanzado el estándar requerido por la ciencias naturales -objetivas- respecto al método científico. El estado actual de la ciencia mental no alcanza estadios avanzados respecto a leyes de carácter inmutable como lo son, por ejemplo, las esbozadas por las ciencias físicas o químicas. Por lo que, repetimos, la cuestión primordial sobre la imputabilidad es una cuestión de carácter normativo y no médico. Es el juez, el encargado de confirmar si se cumplen los requisitos de imputabilidad para considerar al infractor como culpable de sus actos y no la ciencia mental. Sin perjuicio de que, el sentenciador debiese tomar en consideración dicha prueba rendida por los peritos psicólogos o psiquiátricos, debido a la experticia con que aquellos profesionales de la salud tratan los temas relacionados con su disciplina.

La caracterización del individuo como libre o alienado, acepta matices, dentro del orden actual de cosas. Si bien no es necesario caer en un relativismo extremo respecto a las condiciones actuales de las disciplinas y ciencias mentales, la experiencia nos enseña que, la dicotomía locura/sanidad mental, es una línea

²¹⁸ LABATUT, Gustavo. op. cit., p. 211 como se cita en VERDUGO M., Mario. op. cit. p. 65.

divisoria de difícil desarrollo absoluto. Dichos matices están dados por la gradualidad que señala la ciencia mental que, puede tener un individuo respecto a la racionalidad con la que lleva a cabo sus actos. La cuestión radica en que la racionalidad no es un asunto del cual se haya llegado a un acuerdo en términos absolutos, existen matices respecto a cuán razonables somos los humanos. Coexisten enfermedades mentales que anulan completamente la razonabilidad humana, sin embargo, existen otras que la atenúan o merman de manera progresiva, sistemática y graduable. Es aquí donde el derecho penal entra en juego con la medicina legal y la criminología.

El juez, por medio de la sana crítica -como principio rector al momento de la apreciación de la prueba-, puede ponderar una serie de criterios de carácter médico-mentales y proyectar dichos criterios en el ámbito jurídico-penal de la imputabilidad. Sin embargo, ¿es en la drogodependencia tan claro la imputabilidad de los infractores de ley? La doctrina y la jurisprudencia no son contestes respecto a la inimputabilidad plena de los individuos en los delitos cometidos por drogodependientes, sin embargo, por medio de la fundamentación normativa y jurídica de la aplicación de la eximente incompleta contenida en el artículo 11 n°1 se intenta ampliar el campo de la inimputabilidad, entendiendo que se aplicará en casos de imputabilidad disminuida, como lo sería el dependiente a las drogas que no alcanza un estado de locura o demencia.

La gradualidad de las capacidades cognitivas y volitivas de los sujetos es una cuestión aceptada por la comunidad científica global y, la atenuante del artículo 11 n°1 se hace cargo de dicho tema. La anomalía psíquica o enajenación mental -en términos amplios-, es intelectualmente graduable, por tanto, no existen prohibiciones a utilizar dicha norma al momento de encontrarnos con un dependiente a las drogas que cometa delitos penales.

3.4.5. La imputabilidad disminuida en casos de adicción en la jurisprudencia chilena

Nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, la jurisprudencia de los tribunales de justicia del país, han tenido una la tendencia a considerar la drogadicción y casos de alcoholismo crónico, como atenuantes de la responsabilidad penal. Los tribunales han señalado en variadas oportunidades que un drogodependiente tendría mermada su voluntad por el hecho de consumir de manera sistemática drogas y acusar estados de tolerancia y dependencia referente a éstas.

En el año 1984, exactamente con fecha 13 de marzo, el Ministerio Público bajo la ley procesal penal antigua, recurre de apelación respecto a una sentencia dictada por un tribunal de primera instancia, ante la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda (actual Corte de Apelaciones de San Miguel). En la sentencia recurrida,²¹⁹ el juez a quo, concluyó que al *reo* [imputado] “le beneficia la atenuante del N° 1 del artículo 11 de Código del ramo en relación con lo previsto en el N° 1 del artículo 10, se apoyan en el mérito de los informes médico-legales que aparecen mencionados en el motivo octavo del fallo que se reproduce;”. De aquellos informes, se desprende que el encartado posee una personalidad psicopática con rasgos desalmados y de drogadicción múltiple y que cuando ocurrió la comisión del delito robo, estaba bajo el efecto de las drogas. Al respecto el Ministerio Público controvierte dichas conclusiones en virtud de un informe rolante a fojas 87, en aquella circunstancia, el Fiscal plantea el rechazo a la disminución de la responsabilidad penal, fundado en dos cuestiones fundamentales: “a) la primera porque en su concepto la personalidad del sujeto (*reo*) no le priva de su lucidez, comprensión y razonamiento, conclusión que hace extensiva al caso de los desalmados; b) en segundo término porque la “drogadicción” se genera por una

²¹⁹ Véase sentencia completa en http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ5579
[En línea]

causa voluntaria y, en consecuencia, le falta el requisito de que la privación se genere por una causa independiente a su voluntad”.

En el visto 3° de dicha sentencia emanada por el tribunal superior, se establece que “es efectivo como expresa el Ministerio Público que por regla general no pueden incluirse en el concepto de enajenación mental las denominadas psicopatías porque no causan en el psiquismo una perturbación de suficiente entidad para originar la exención de responsabilidad criminal, salvo casos de excepción, pero en numerosos casos nuestra jurisprudencia los ha reputado como causa de atenuante, siguiendo en este punto la praxis española que tiene a la vista un texto legal homólogo al nuestro.” Cabe considerar que, en el mismo visto se apuntan una serie de sentencias, referente a los *rasgos desalmados* que tendría el imputado en su psiquis, en donde se establece que una personalidad psicopática merecería un trato especial, al respecto se cita al profesor don Gustavo Labatut Glena al expresar que “La ciencia moderna declara en estado peligroso a estos anormales y reclama para ellos medidas de seguridad de carácter médico. Nuestro Código no ha considerado expresamente la imputabilidad disminuida, pero la jurisprudencia en forma reiterada la ha declarado comprendida en la atenuante del N° 1 del artículo 11”.²²⁰

Dato de la causa es que, el imputado, según los informes médico-legales habría comenzado a los 10 y 11 años a drogarse con neoprén y “el motivo motriz del robo investigado en autos se debió al impulso o deseo vehemente de satisfacer su adicción a las drogas como se corrobora con los elementos indiciarios que se estudian en el motivo segundo del fallo en alzada;”²²¹.

En el visto 5° se asienta que “resulta útil recordar que la propia ley 17.934 sobre consumo de estupefacientes ha sido el propio legislador quien ha dispuesto diversas medidas de protección para salvaguardar la salud de la persona

²²⁰ LABATUT, Gustavo. op. cit., p. 164.

²²¹ La jurisprudencia española, para aplicar las minorantes de responsabilidad penal, especifica que se requiere una *relación causal* entre el delito cometido (de índole patrimonial) y la obtención de ingresos para satisfacer una dependencia.

sorprendida consumiendo estupefacientes, ya sea aquellas destinadas al que ha caído en la habitualidad del consumo para su recuperación, ya las destinadas al consumidor no habitual que tienden a evitar que adquiera la habitualidad en el consumo, como se deduce de lo previsto en el artículo 10 del referido cuerpo legal. Todo lo dicho, permite controvertir -también el criterio expuesto por el Ministerio Público de que por ser la "drogadicción" un hecho voluntario del enjuiciado no puede encuadrarse en un caso de exención incompleta de responsabilidad criminal, como quiera que si el propio legislador adoptó medidas de protección a los sujetos sometidos a la acción penal por su consumo, obviamente el sentenciador está autorizado para considerar que la persona que ha delinquido en otro hecho punible debido a la adicción a las drogas, debe ser beneficiado por la minorante en estudio.”.

El cuerpo legal al que se remite el tribunal superior es una antigua ley que reprimía el tráfico de estupefacientes, que dentro de las particularidades que tenía prohibía el consumo personal²²² y el porte de drogas para uso exclusivo²²³ y establecía mandatos de exámenes médicos, en ambos casos. En el caso de que se comprobara dependencia, se le ordenaba internación o tratamiento sin internación sujeto a controles médicos del Servicio Nacional de Salud.²²⁴ Los consumidores que no requirieran tratamiento, se le aplicaba medida de colaboración con la autoridad señalada por el juez.²²⁵

²²² El artículo 10 de la Ley 17.934 señala: “El que sea sorprendido consumiendo estupefacientes o en circunstancias que hagan presumir que acaba de hacerlo, deberá ser puesto a disposición de la justicia del crimen dentro de las 24 horas siguientes a fin de que ésta ordene un examen del afectado por un médico calificado por el Servicio Nacional de Salud para el efecto, con el fin de determinar si es o no es adicto a dichas sustancias y el grado de su adicción (...)”

²²³ El mismo artículo prescribe: “(...) La misma medida dispondrá el juez respecto del que fuere sorprendido portando estupefacientes cuando los antecedentes demuestren que lo hacía para su exclusivo uso personal (...)”

²²⁴ Prosigue: “Si el examen señalare habitualidad en el consumo de estupefacientes, el juez ordenará su internación inmediata en algún establecimiento calificado por el Servicio Nacional de Salud, para su recuperación o, cuando lo estimare procedente, según las circunstancias del hecho y las personales del infractor, autorizar este tratamiento sin internación, pero sujeto a los controles médicos del Servicio Nacional de Salud.”

²²⁵ Termina señalando: “Si se tratare de consumidor que no requiera tratamiento médico, se le aplicará la medida de colaboración con la autoridad por un tiempo no superior a tres meses, debiendo el juez señalar específicamente la forma de realizarla, ajustándose en todo caso a las condiciones y obligaciones previstas en esta ley.”

El argumento que utilizó el tribunal de alzada es contundente respecto a que, si el legislador instituyó medidas de protección a los individuos quebrantadores de la ley respecto al consumo, en consecuencia, el juez está facultado para considerar que la persona que ha delinquido en otro hecho punible debido a la adicción a las drogas merece ser beneficiado por la minorante debido a que no existe voluntad plena al momento de la comisión del delito.

Por lo anterior, la Corte de Apelaciones rechazó el recurso de apelación presentado por el Ministerio Público, confirmando con costas la sentencia apelada.

3.4.5.1. La necesidad de fundamentación jurídica de la imputabilidad disminuida

La jurisprudencia de los tribunales de justicia, en sentencias en las que se ha recurrido de casación en la forma, establece que, en el caso de la imputabilidad disminuida, se requiere de una fundamentación del tribunal a quo, respecto a la motivación que tiene dicho tribunal para poder catalogar al individuo como “menos imputable”. No basta la sola intoxicación al momento de cometer el delito, sino que, se establecen *ciertas condiciones* en las que el individuo sea comprobable empíricamente de que está bajo una dependencia a una sustancia nociva. Al respecto, es decidora la sentencia de fecha 29 de agosto de 2007 de la Corte Suprema²²⁶ en causa ROL 3147-07 que señala: “respecto de la primera circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal invocada por la defensa del acusado, de imputabilidad disminuida consignada en el artículo 11 N° 1°, en relación con el artículo 10 N° 1°, ambos del Código Penal, en el carácter de eximente incompleta, el Informe Psiquiátrico de fojas 143 y siguientes, evacuado por el Área de Salud Mental del Servicio Médico Legal, da cuenta que Raúl Eduardo Valencia

²²⁶ MICROJURIS. [En línea] <http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ15507> [consulta: 23 de diciembre de 2017]

Carreño presenta una patología consistente en un alcoholismo antiguo crónico y que debe someterse a control y tratamiento psiquiátrico permanente debido a las siguientes circunstancias que le afectan y que son producto de su adicción: a) fin de dos relaciones maritales de cinco años aproximadamente cada una; b) expulsión de la casa de su hermana porque llegaba ebrio todos los días; c) ha sido sometido a tratamiento antialcohólico en dos oportunidades, entre los años 2003 y 2004; d) comenzó a embriagarse a los 16 años; y e) últimamente ingería tres a cuatro litros de vino mezclado con alcoholes de mayor graduación, perdiendo la noción del tiempo y del espacio.

Los antecedentes descritos claramente exceden las condiciones de un estado de embriaguez voluntario común, puesto que se ha producido, como se dice en el informe psiquiátrico en referencia, que las facultades de entendimiento y dominio de sus actos por parte del acusado no aparecen completamente ausentes, pero sí disminuidas y menguadas considerablemente. Habiendo el acusado cometido el delito, en un estado de intoxicación etílica, procede que se considere en su favor esta atenuante de la responsabilidad criminal, haciéndose lugar a la solicitud de su defensa contenida en el escrito de contestación de la acusación judicial de fs.82 y siguientes.”

La sentencia anterior versaba sobre un caso en el que el autor, bajo un estado de intoxicación superior, cometió un homicidio. El imputado presentó un recurso de apelación, recurso que se falló confirmando lo sentenciado en primera instancia. Posteriormente, recurrió de casación en la forma, teniendo la Corte Suprema la facultad de casar de oficio, casó dicha sentencia, anulando la sentencia de la Corte de Apelaciones y, estableciendo que “El sentenciador [la Corte de Apelaciones], en el motivo siguiente expresa que se acoge la referida atenuante "por lo argumentado en el fundamento precedente", sin emitir reflexión o consideración alguna para justificar la resolución adoptada, por que la decisión de acoger la referida circunstancia modificatoria de la responsabilidad criminal, carece de fundamento alguno, circunstancia que lleva a esta Corte a anular la sentencia por haber incurrido en infracción a lo dispuesto en el N° 5° del artículo 500 en relación con el artículo 541 N° 9°, ambos del Código de Procedimiento Penal”. La

mayor magistratura del país llegó a la conclusión de que era viable la atenuante de responsabilidad penal, pero se requería una fundamentación jurídica de dicha decisión.

Otra sentencia decidora es la de la Corte de Apelaciones de La Serena de fecha 27 de agosto de 2014,²²⁷ en causa ROL 274-14, en donde el Ministerio Público recurre de nulidad porque el tribunal a quo se habría limitado a transcribir la declaración del psicólogo, pero que no fundamentó jurídica ni normativamente la adicción a las drogas del imputado como atenuante de responsabilidad penal por el artículo 11 n° 1 del Código Penal. Dicha Corte de Apelaciones acoge el recurso estableciendo en los considerandos quinto y sexto, lo siguiente:

“QUINTO: Que, efectivamente, el tribunal a quo en el párrafo segundo del considerando séptimo de la sentencia declama que: "...favorece también al sentenciado la mitigante de imputabilidad disminuida del artículo 11 número 1, en relación al artículo, 10 número 1 del Código Penal, por cuanto el psicólogo Rodrigo Frías Farías; declaró que el sentenciado cumpliría los criterios del DSM4, presentando un trastorno adictivo a la pasta base de larga data. Es consumidor de pasta base de cocaína desde los 34 años, diariamente, con poco freno o filtro hasta hoy. Presenta consumo problemático, por daño bio-psicosocial y sus redes sociales son sólo contacto con consumidores y organiza su vida para consumir esa droga".

SEXTO: Que, como se advierte de la simple lectura del pasaje pertinente a que se ha hecho referencia en el motivo anterior, consta que en orden a dar por establecida la concurrencia de atenuante de responsabilidad de imputabilidad disminuida, el tribunal a quo se limitó a transcribir la declaración del psicólogo Rodrigo Frías Frías, empero no consignó ningún razonamiento de orden lógico para llegar a la convicción de que la adicción a la droga del encartado le produjo disminución significativa de su capacidad de comprensión del ilícito que cometió, pues de otro modo, si se aceptase que la sola declaración informativa de los

²²⁷ MICROJURIS. [En línea] <http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ38773> [consulta: 23 de diciembre de 2017]

psicólogos bastare para formar dicha convicción se producirían dos consecuencias jurídicas intolerables que afectarían la esencia del funcionamiento del sistema del derecho procesal penal en torno a la normativa de la ley 20.000, puesto que la calidad de consumidor devendría per se, en minorante de responsabilidad penal, y, lo que es más grave, el ejercicio de la jurisdicción en estas materias específicas terminaría, en la práctica, delegado en los profesionales de esa rama de las ciencias mentales.”

Así las cosas, las sentencias citadas, demuestran que la valoración es judicial y, por tanto, jurídica y no médica-psicológica. La sentencia debe estar debidamente fundamentada en los casos que se acepte la imputabilidad disminuida y, a contrario sensu, debiese estar fundamentada en los casos en que no acepte dicha eximente. La discusión acerca de las enfermedades mentales es una cuestión compleja que, debe ser nutrida de las ciencias médicas, pero en casos de drogodependencia donde no aparezca de forma directa la comorbilidad o enfermedad psiquiátrica manifiesta, el sentenciador debiese tomar en cuenta otros criterios.

CONCLUSIÓN

La investigación y razonamiento interpretativo expuestos nos permiten afirmar que la drogodependencia a la pasta base constituye en Chile un problema que el derecho penal aplicado por nuestros jueces no ha sabido contestar de la manera adecuada en términos de inimputabilidad. Se ha expuesto evidencia médica y científico-social que permite caracterizar a esta patología psico-emocional como una enfermedad mental apta para privar de razón a quien la padece, de manera que la expectativa de conformidad jurídica en un estado democrático de derecho para con el adicto no encuentra, en gran parte de los casos, el suficiente fundamento a nivel de culpabilidad penal para considerarle imputable.

Al ser este un asunto que el juez ha de evaluar de manera casuística y observando las circunstancias particulares del delito y del agente, la conclusión de una inimputabilidad o imputabilidad disminuida del adicto a la pasta base no es siempre necesaria o forzosa, pero nos parece que dados los criterios dogmáticos y empírico-médicos expuestos en la presente memoria, esta clase de razonamientos debiesen observarse con mayor frecuencia en nuestros tribunales, o al menos debiesen ser debatidos con alguna regularidad, independiente de su aceptación o rechazo por la generalidad de la jurisprudencia. Los motivos por los que esto no sucede son variados, pero mencionaremos algunos de los que a nuestro entender son determinantes.

En primer lugar, existe un enfrentamiento de paradigmas respecto a la finalidad del derecho penal que dificulta la adopción de nuevos criterios y enfoques. Aceptar que el drogodependiente merece un trato diferenciado respecto a un sujeto sin la afección a tal patología, implica concebir al derecho penal como un instrumento resocializador y, en este caso, terapéutico. La llamada justicia terapéutica encuentra en nuestro país un desarrollo teórico y práctico muy escaso, predominando concepciones que ven en el derecho penal funciones que oscilan entre el retribucionismo y la prevención general. No se ha generado un esfuerzo por una sensibilización del ambiente académico que otorgue a la justicia terapéutica la

importancia y utilidad que tiene para la consecución de los fines de paz social y justicia que un estado democrático de derecho anhela. En términos prácticos, si bien la justicia terapéutica ha tenido una consecución a través de los Tribunales de Tratamiento de Drogas (TTD), su aplicación procesal es en extremo restrictiva, ya que se realiza a través de la suspensión condicional del procedimiento y por ende adolece de sus mismas limitaciones (requiere que la pena sea inferior a 3 años, que no exista condenas previas y que no existan suspensiones pendientes), desnaturalizando completamente el análisis de fondo que nuestra tesis sugiere.

En segundo lugar, las condiciones estructurales (materiales) sobre las cuales se erigen las instituciones jurídicas y, específicamente las del derecho penal, son en extremo escasas. La falta de centros terapéutico-penitenciarios, son determinantes en el tratamiento que se ha tenido respecto a los presos (en general) y en concreto, a los presos con problemas mentales. El alto grado de imputados con trastornos mentales (entiéndase no sólo la drogodependencia, sino problemas graves como la esquizofrenia) y la escasez de recursos y de centros terapéuticos y hospitales psiquiátricos, ha llevado a una concentración de *enfermos mentales* en centros penitenciarios. Los recursos fiscales que se utilizan para afrontar este problema están destinados a otra visión del derecho penal, es decir, lo que se busca con la actual inyección de recursos fiscales, es invisibilizar por medio de la represión y de la privación de libertad, problemas de salud pública estructurales y de seguridad ciudadana.

En tercer lugar, en la actual academia universitaria, existe una falta de interés intelectual en estudiar las condiciones fundantes del delito y las consecuencias sociales de la pena, restringiéndose el estudio del derecho penal a cuestiones filosóficas y teóricas (que son muy necesarias y fundantes de la rama), pero que se alejan del estudio de las condiciones materiales en las que se encuentran los imputados y su posibilidad de reinserción, además de un tratamiento somero acerca de los derechos de los imputados, una vez que están reclusos en centros penitenciarios y, del derecho penitenciario en general.

En cuarto lugar, el actual modelo económico-social basado en criterios de eficiencia, lleva a una decisión judicial *eficiente* (utilizando de la mejor manera posible, lo escaso de los recursos) y, en algunos casos, responde a intereses privados y comunicacionales. La tan bullada puerta giratoria, instalada por los medios de comunicación y que, en la opinión pública es un hecho notorio, lleva a la concentración de individuos en cárceles, llegando incluso al hacinamiento. Las políticas públicas también se erigen bajo estos criterios económicos, por lo que la destinación de los recursos está apuntada a la privación de libertad -por lo peligroso que son estos individuos para la sociedad- más que a la rehabilitación. Es decir, el problema de la drogodependencia y el delito, se abordan desde un punto de vista cortoplacista, buscando resultados inmediatos de persecución de los autores de los delitos, en desmedro de una mirada a largo plazo que, traería como consecuencia una rehabilitación y una posible reinserción social de dichos sujetos.

En quinto lugar, la existencia de una visión política de enemistad y exclusión social con la que se trata el problema de la drogodependencia demuestra un desinterés notorio con el bienestar psicológico de los individuos que sufren estos trastornos de salud mental. El alto costo de un tratamiento psiquiátrico-psicológico contra las adicciones lleva a tomar decisiones apremiadas acerca qué hacer con estos individuos, por parte de las autoridades. Estamos ante un problema que requiere tomar decisiones inmediatas y, ante esto, se decide -como medida de política criminal- enfocar los recursos en el delito cometido y la persecución penal del autor del hecho punible, y no, en vislumbrar el problema desde otro prisma - desde lo que a nuestro entender, es la raíz del asunto- esto es, de que en ciertos casos, el delito es solo una consecuencia más de un problema de salud mental - como lo es la drogadicción- y, que dicha drogadicción, responde a condiciones de vida materiales y económicas de los individuos que delinquen, más que una tendencia natural hacia una vida ligada al delito.

Finalmente, el Tribunal de Tratamiento de Drogas, como solución al problema de la drogodependencia en personas que cometen delitos, es un avance claro en búsqueda de solucionar el problema de la drogodependencia ligada a lo delictual por las autoridades, sin embargo, el poco conocimiento por parte de los operadores

jurídicos y de la ciudadanía en general acerca de la existencia de estos tribunales, además de la poca utilidad práctica que tienen éstos, respecto a imputados que llevan una vida entera ligada al delito y a la droga, no permiten hacerse cargo del problema en personas que, tienen alto grado de drogadicción y que no cumplen con los requisitos de la suspensión condicional del procedimiento.

Es difícil afrontar el problema de la drogodependencia en el ámbito delictual desde un punto de vista judicial, porque, de partida, los operadores jurídicos y los jueces -en particular- no son terapeutas. Esto quiere decir que, el juez y, en definitiva, el Poder Judicial no pueden hacerse cargo de un problema que escapa de lo meramente delictivo-penal. Quien debiese hacerse cargo, si es que el individuo mismo, su familia y el entorno fallan, es el Poder Ejecutivo, por medio de políticas públicas que consideren como prioridad la prevención y no el castigo. De que hay avances, los hay. El SENDA y otras ONGs privadas lo intentan y, tienen resultados positivos, en algunos casos. El problema está en los resultados negativos, en quienes tienen una vida ligada al consumo de drogas y al delito. Aquellos que han sido olvidados por toda política pública, cuyo único consuelo lo encuentran en el consumo desenfrenado de drogas.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO VARGAS, Eddie. La salud pública como bien jurídico tutelado en el narcotráfico. Medicina Legal de Costa Rica. 15(1-2): 55-56, 1998.

ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA. Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM 5. Arlington, VA, Asociación Americana de Psiquiatría, 2013.

BACIGALUPO, Enrique. Manual de derecho penal. Parte general. 3era reimpresión. Santa Fé de Bogotá. Editorial TEMIS S. A., 1996.

BECKER, Howard. Outsiders: hacia una sociología de la desviación. Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2009.

BERGALLI, Roberto y otros. El pensamiento criminológico Vol. II, Estado y control. Bogotá, Editorial Temis S.A., 1983.

BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno y Sociedad: por una teoría general de la política. 1era ed. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1989.

BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Curso de Derecho Penal. Tomo II. Santiago, LexisNexis, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho penal. Parte general, 4ª ed. aumentada, corregida y puesta al día por Hormazábal Malarée, Barcelona, PPU, 1994.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Obras Completas. Derecho Penal Parte General. Tomo I y II. Segunda edición. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.

CARBONELL, Juan Carlos. Derecho Penal: concepto y principios constitucionales, 3ª edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

CARMONA, Gerardo. La imputabilidad penal. México D.F., Editorial Porrúa S.A., 1995.

CARRASCO GOMEZ, J. y MAZA MARTÍN, J. Tratado de Psiquiatría Legal y Forense. 4ta. Edición. Madrid, Editorial La Ley, 2010.

CASTAÑO, Guillermo. Cocaínas fumables en Latinoamérica. Adicciones 12(4): 541-550, 2000.

CELEDÓN-RIVERO, José y BRUNAL-VERGARA, Beatriz Estudio de factores cognitivos, volitivos y psicopatológicos de la inimputabilidad. Revista Pensando Psicología. 7(13): 174, 2011.

CHILE. Código Penal de la República de Chile. Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno, proyecto de Código Penal chileno. Santiago. Imprenta de la República, 1873-1874.

CONACE. Ministerio del Interior. Segundo Estudio Nacional de Drogas en Población Penal (informe de trabajo). Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes, 2007.

CÓRDOBA RODA, Juan Culpabilidad y Pena. Barcelona, Editorial S.A. Bosch, 1977.

COUSO, Jaime. Culpabilidad y sujeto en la obra de Juan Bustos Ramírez. Revista de Estudios de la Justicia, Nº 11. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009.

CURY, Enrique. Derecho Penal: Parte General, Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, Cap. VIII, 1992.

DELGADO, Hernán. Alteraciones de flujo sanguíneo cerebral en consumidores activos de pasta base y clorhidrato de cocaína. Tesis de Grado, Licenciatura en Ciencias Biológicas, Opción Neurociencias. Universidad de la República del Uruguay, Facultad de Ciencias, 2011.

DONNA, Edgardo. Capacidad de culpabilidad o imputabilidad. Revista Pensamiento Penal, 45-46. [en línea]
<<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41055-capacidad-culpabilidad-o-imputabilidad>> [consulta: 27 diciembre 2017]

ESCOHOTADO, Antonio. Historia general de las drogas. 7ma. Edición. Madrid, Alianza Editorial S.A., 1998.

ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal. Parte General. Tomo I. 3era. Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1997.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal, en De Las penas, homenaje al prof. Isidoro de Benedetti. Buenos Aires. Editorial Depalma, 1997.

FERNÁNDEZ, Guillermo, GARCÍA Lizette y MARDONEZ, Francisco. Estadísticas delictuales en Chile. Biblioteca del Congreso Nacional, Asesoría Técnica Parlamentaria, 2014.

FRIAS, Jorge. Imputabilidad penal. Buenos Aires, Argentina. Ediar, 1981.
FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, Caracterización del Homicidio en Chile, Santiago, 1999.

Fundación Paz Ciudadana. SENDA. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Consumo de drogas en detenidos: Estudio I-ADAM 2012. Santiago, 2013. [en línea] <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2013-05-13_consumo-de-drogas-en-detenidos-estudio-i-adam-2012.pdf> [consulta: 21 septiembre 2017]

GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel. Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código Penal de 1995 (un análisis médico-legal del art. 20.1 y 20.2). Granada, Comares, 1997.

GÓNZALEZ, Luis M., HERRERO, Francisco J., RODRÍGUEZ, Francisco J. y PAÍNO, Susana G. DROGODEPENDENCIA Y DELITO. Una muestra penitenciaria. Psicothema, 9(3), 1997. [en línea] <<http://www.psicothema.es/pdf/129.pdf>> [consulta: 21 septiembre 2017].

HABERMAS, Jurgen. ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? Doxa N. 05. U. de Alicante, Trad. Manuel Jiménez Redondo, 1988.

HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción Muñoz Conde, Francisco / Díaz Pita, María del Mar. Bogotá, Temis, 1999.

ICD 10, en línea, Volúmen 1, Español. [En línea]
<<http://ais.paho.org/classifications/Chapters/index.htm>> [consulta: 23 de diciembre de 2017]

IUS POENALE, Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (Lección 5). [en línea]
<https://www.unav.es/penal/iuspoenale/lecciones/2013%205%20Circunstancias%20modificativas.pdf> [consulta: 27 diciembre 2017]

JAKOBS, Günter. Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación. 2da. edición. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1997.

JESCHEK, Hans Heinrich/ WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte general. Trad. Olmedo Cardenete, Miguel. Granada, Comares, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Principios de derecho penal. La ley y el delito. 3era edición. Buenos Aires, Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana, 1997.

KINDHÄUSER, Urs. "La fidelidad al derecho como categoría de culpabilidad" en Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho. Buenos Aires. Editorial B de F., 2011.

KUNSEMULLER, Carlos. Principio de culpabilidad en el derecho penal chileno. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam" / coord. por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. (1): 1089, 2001.

LABATUT, Gustavo. Derecho Penal. 9na. edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.

LEYTON, José. En defensa de la culpabilidad. Análisis en relación a las críticas de las neurociencias. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado (5): 55 - 84, 2014.

LORCA, Rocío. Pobreza y Responsabilidad Penal en El Castigo Penal en Sociedades Desiguales (coord.. Rafael Gargarella), Buenos Aires, Miño y Dávila, 2012.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal: Parte General. Madrid, Universitas, 1996.

MASCARÓ, Luciano. Heidegger y el habitar como modo fundamental de la existencia humana. III Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XVIII Jornadas de Investigación Séptimo Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011. [en línea] <<https://www.aacademica.org/000-052/113.pdf>> [consulta: 21 noviembre 2017].

MATUS, Jean Pierre. Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955~1970). Política criminal. 6(11): 44-105, 2011 [en línea] <http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A3.pdf> [consulta: 21 septiembre 2017]

MEIKLE, M. Primer estudio pre-clínico de la acción de pasta base de cocaína en el sistema nervioso central. Revista de Psiquiatría del Uruguay 73(1): 25-36, 2009.

MERA, Jorge en Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno. Santiago. Editorial Jurídica Conosur, 1998.

MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Libro de Estudio, Tomo II. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959.

MICROJURIS. [En línea] <http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ15507> [consulta: 23 de diciembre de 2017]

MICROJURIS. [En línea] <http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ38773> [consulta: 23 de diciembre de 2017]

MILLER, Walter B. City Gangs [en línea] <<https://ccj.asu.edu/gangresearch>> [consulta: 21 septiembre 2017].

MINISTERIO DE SALUD, Informe de Evaluación de Tecnologías Sanitarias Revisión Sistemática de Estudios de Costo Efectividad y Análisis de Transferibilidad de Intervenciones Sanitarias para la Cesación del Hábito Tabáquico, Santiago, 2006.

MONTES, Sandro. El principio de culpabilidad como concepto político criminal dentro un Estado de Derecho, social y democrático. Sevilla, U. Pablo de Olavide, p. 7. [en línea, catálogo de artículos académicos, U. de Friburgo] <<http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos>> [consulta: 21 septiembre 2017]

MONTOYA VIVANCO, Yván. La justificación del derecho penal en Jakobs y sus consecuencias en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en un Estado constitucional. Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho. (59): 285-295, 2006. [en línea] <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085114>> [consulta: 01 diciembre 2017].

MORALES, Fermín, Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: Convenciones normativas y función individualizadora, en El nuevo código penal: Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Dr. Angel Torio López, Granada, Comares, 1999.

MUÑOZ, Juan. Responsabilidad penal del drogodependiente. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Universidad de Málaga: 7-9, 2014. [en línea] <criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-03.pdf> [consultado: 21 septiembre 2017]

NÁQUIRA, Jaime. Imputabilidad y alteración de la percepción: exención y atenuación de la responsabilidad criminal. Tesis Doctoral, Universidad de Granada. Granada, 2013.

NAVARRO, Rafael. Aspectos clínicos de la dependencia a la pasta básica de cocaína. En: F. León y R. Castro de la Mata (Editores). Pasta básica de cocaína, un estudio multidisciplinario. CEDRO, 1989.

NOVOA, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno. Tomo I. 2da edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1985.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (ONUDD) y LA COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO Y VIDA SIN DROGAS (DEVIDA). Pasta Básica de Cocaína: Cuatro décadas de historia, actualidad y desafíos. Lima, Oficina de las Naciones Unidas, 2013.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Glosario de términos de alcohol y drogas. Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo Centro de Publicaciones, 1994.

PEREZ, Juan. Clínica de la adicción a la pasta base de cocaína. Revista chilena de neuro-psiquiatría v.41 n.1, Santiago, 2003.

POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre. Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Estudios de Dogmática y Jurisprudencia. Santiago, Editorial Jurídica, 1998.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel. Curso de derecho penal. Parte general, 1a edición, Barcelona. Editorial Cedecs, 1996.

RAZ, Joseph. La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral. México D.F., Imprenta universitaria UNAM, Trad. Rolando Tamayo y Salmorán, 1982.

REINHARD, Frank. Estructura del concepto de culpabilidad, Revista peruana de Ciencias Penales, Dir. José Urquiza Olaechea, (4), Año II, Editorial Jurídica Grijley, 1994.

RICHARD, Denis. Las drogas: Una explicación para comprender. Un ensayo para reflexionar. México D.F., Siglo Veintiuno Editores, S.A. de C.V., 2003.

ROXIN, Claus. Culpabilidad y prevención en derecho penal. Madrid, Instituto Editorial REUS S. A., 1981. Trad. Francisco Muñoz Conde, 1981.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. 3era, edición. Madrid, Civitas, 1997.

SAMAHA, Anna y ROBINSON, Terry. Why does the rapid delivery of drugs to the brain promote addiction?. Trends in pharmacological sciences, 26, 82-7, 2005.

SENDA. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Glosario de términos. [En línea] <http://www.senda.gob.cl/?page_id=1376> [consulta: 21 de diciembre de 2017]

SENDA. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Pasta base. [En línea] <<http://www.senda.gob.cl/prevencion/informacion-sobre-drogas/pasta-base/>> [consulta: 21 de diciembre de 2017]

SENDA. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Principales resultados 11° Estudio Nacional de Drogas en la Población General de Chile, año 2014. 12 p. [en línea] <www.senda.gob.cl/media/2015/08/Informe-Ejecutivo-ENPG-2014.pdf> [consulta: 21 septiembre 2017]

SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo II. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1992.

SQUELLA, Agustín. Justificar decisiones jurídicas y justificar decisiones judiciales. Seminario “la justificación de las decisiones judiciales”. Revista de Derecho (Valdivia). Universidad Austral de Chile. 19(1): 277-292, 2006.

VALENZUELA, Eduardo y LARROULET, Pilar. La relación droga y delito: una estimación de la fracción atribuible. Estudios Públicos 119, 2010.

VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho penal: Parte general. 5ta. Edición. Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013.

VELÁSQUEZ, Fernando. La culpabilidad y el principio de culpabilidad. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. 50: 289, 1993. [en línea]

<https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_33.pdf> [consulta: 21 septiembre 2017]

VERDUGO M., Mario. Código Penal I, Tomo I. 2da. Edición. Santiago. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Limitada, 1986.

WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Santiago, Ediciones Jurídicas del Sur, 1980.

ZIFFER, Patricia. La discusión en torno al concepto de culpabilidad. Revista peruana de ciencias penales, (3), Lima, Editorial Jurídica Grijley, 1984.

