



**FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE.**

## **ANÁLISIS FUNCIONAL DEL TIPO BASE DE LA LEY N° 19.366.**

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

**RODRIGO JAVIER TÉLLEZ LÚGARO.**

Profesor Guía: Jorge Ferdman N.

## TABLA DE CONTENIDO

PáginaINTRODUCCIÓN 1

### CAPITULO I

APUNTES ACERCA DEL MÉTODO 5

A. Dogmática Penal Versus Criminología	5
B. El Bien Jurídico	10
C. Estructuras Dogmáticas y Selección de Sistemas	17
D. Estructura de Trabajo: Fórmula Bipartita y Fórmulas Tópicas	24
D.1 Hipótesis de Trabajo	25
D.2 Modelo Bipartito	27
D.2.I Sistema de Dos Delitos	28
D.2.II Críticas al Estudio Bipartito del Art. Quinto	29
D.3. Estudio por Tópicos	32
D.3.I. Tópicos : Planteamiento General	33
D.3.II Dogmática e Imputación	35
D.3.III La Mera Desobediencia como Criterio de Imputación	40
D.4. El Bien Jurídico Frente a la Función	44
D. 5. Resumen	46
D.5.I. Principio de Proporcionalidad	47

### CAPITULO II

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA LEY N° 19.366 51

A. Teoría General	51
B. Desarrollo Funcional del Concepto. La Corriente Sociológica y la Constitucional.	56
C Críticas a la Salud Pública Como Bien Jurídico Protegido	59
C.1 Problemas Generales	59
C.2. Problemas en la Delimitación del Concepto Salud Pública	61
D Concepto de Salud Pública	69
D.1 Doctrina Dominante	69
D.2 Estructura de una Solución Alternativa	73
D.3 La Función Relevante en Materia de la Ley N°19.366	75
D.3.I. Introducción	75
D.3.II Primer Proceso de Definición del Bien Jurídico. Análisis Criminológico	77
D.3.III. Delimitación de la Salud Pública como Función	89
D.3.IV. Segundo Proceso de Determinación del Bien Jurídico Salud Pública.	93
.3.V. Substancias del Inciso Segundo del Artículo Primero	102

### **CAPITULO III**

#### **ANÁLISIS DEL TIPO PENAL. 108**

A. La Doctrina Dominante	108
A.1. Introducción.	108
A.2. Tipicidad Objetiva	110
A.2.I El Sujeto Pasivo	111
A.2.II El Verbo Rector.	111
A.2.III El Objeto Material del Delito	116
A.2.IV El Resultado	118
A.2.V. El Nexo Causal	119
A.2.VI. Los Elementos Descriptivos de Tipo	119
A.2.VII. Los Elementos Normativos del Tipo.	119
A.3. Tipicidad Subjetiva	122
A.3.I. El Dolo Eventual	122
A.3 II. La Relevancia del Error	124
A.3.III. La Culpa	125
A.3.IV. Los Elementos Subjetivos del Tipo.	127
A.4. Participación y Grados de Desarrollo del Delito	127
A.5. Antijuridicidad y Culpabilidad	129
A.6. Consideraciones Finales .	129
B. Análisis Funcional del Tipo Bajo un Concepto Personal de Acción.	130
B.1. Concepto Personal de Acción	130
B.2. Introducción al Estudio del Art Quinto	135
B.3. Estructura del Tipo Penal.	139
B.4. Función de la Segunda Parte del Inciso Primero Dentro del Art. Quinto de la Ley.	141
B.5. Función del Inciso Segundo Dentro del Art. Quinto de la Ley..	144
C. Análisis Funcional del Tipo Penal	150
C.1. Introducción. .	150
C.2. Tipo Sistemático.	151
C.3. El Principio de Ejecución y el Verbo Rector	156
C.4. Elementos Negativos del Tipo y Adecuación Social..	158
C.5. Elementos Normativos y Descriptivos del Tipo	161
C.6. Disvalor de Acción y de Resultado.	165
C.7. Delito Consumado y Principio de Ejecución.	168
C.8. Imputación Objetiva	173
C.9. Dolo y Error de Tipo	178
D. Antijuridicidad	179
D.1. Estado de Necesidad Justificante	186
D.2. Causal de Justificación Específica de la Ley 19.366	189
D.3. Algunas Consideraciones en Torno a las Causales de Justificación de la Ley.	192
E. Responsabilidad	192
E.1. Concepto.	192

E.2. Actio Libera In Causa.	194
E.3. Error de Prohibición.	196
E.4. Estado de Necesidad Exculpante.	197
F. Análisis Funcional Duro del Art. Quinto( Límite Social).	198
F.1. Cuestiones Generales	198
F.2. Análisis del Límite Mínimo.	203

#### **CAPITULO IV**

##### **CONCLUSIONES 212**

A. Conclusiones Metodológicas	212
. Conclusiones Respecto del Objeto Jurídico de Protección	215
. Resultados Interpretativos	218
. Comprobación y Refutación de Hipótesis.	221
. Conclusión General	223
. Aportación a la Disciplina	224

##### **BIBLIOGRAFÍA 226**

##### **APÉNDICE A DEL CAPÍTULO I**

Análisis y Crítica al Modelo de Jakobs	234
I. Análisis	234
II Críticas al Sistema	235

##### **APÉNDICE A DEL CAPÍTULO II**

EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO	239
-------------------------------	-----

##### **APÉNDICE B CAPÍTULO II**

LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO FUNCIÓN PROTEGIDA	245
--	-----

## INTRODUCCIÓN

El tema de drogas es en materia Penal un arquetipo de la problemática general del Derecho Penal. Ahora bien, toda afirmación categórica como esta puede llegar a ser tautológica si no se explica adecuadamente. Lo que se ha querido afirmar es que la problemática actual del Derecho Penal, que en la actualidad atraviesa todos los cuerpos normativos y a los distintos sistemas dogmáticos, en materia de drogodependencias se expresa de manera particularmente intensa. De esta forma, el conflicto relativo al tráfico de sustancias prohibidas de un tiempo a esta parte se ha transformado en el discurso Penal en el ejemplo obligado al momento de abordar los temas más complejos que enfrenta la disciplina.

El centro de la discusión en los foros informados se centra en el tema criminológico, es decir, una legislación que planteada desde una óptica represiva produce resultados inciertos en cuanto a su efectividad. El aceptar que un saber carezca de resultados respecto de los objetivos propuestos, cualquiera sean estos objetivos, puede ser funesto para la disciplina en cuestión. Esta ineficiencia ha llevado a una radicalización de las posiciones criminológicas versus las dogmáticas que no ha dado frutos positivos. En tanto las primeras dicen representar el análisis científico enfocado a los resultados; las segundas se hacen cargo de la protección del ciudadano y del discurso garantista propio del Estado de Derecho. En esta pugna, las drogodependencias han jugado el papel de punta de lanza, tanto para uno como para otro bando.

Desde una óptica dogmática se observa que la legislación en estudio describe un objeto de protección no muy definido, llamémoslo para seguir con la nomenclatura usual: delitos de Bienes Jurídicos Difusos. En lenguaje práctico, significa que llegado el momento de interpretar la norma se ignora qué es lo que se protege con ella. Este es sin duda uno de los problemas más actuales del Derecho Penal, puesto que gracias a estas valoraciones altamente abstractas le es posible a los poderes estatales prescindir del discurso garantista y, por otro lado, justificar “éticamente” la violación de la racionalidad criminológica, escudado su actuar en un discurso de “peligro inminente”. Dicha ambivalencia del razonamiento político, sostenido en el uso de estos Bienes Jurídicos difusos, es la traba más poderosa para conseguir abordar racionalmente el tema del tráfico de drogas.

De la ineficacia de las medidas adoptadas por el Derecho Penal se deriva toda la cuestión sobre la teoría de la pena, y paralelamente, de la mala definición del objeto jurídico de protección se derivan los graves problemas de interpretación de las normas. Estos dos fenómenos están presentes en el tema del tráfico de estupefacientes, y por ello la doctrina ha puesto en este asunto su foco de atención. Aunque no es menos cierto que una vez superadas las luchas ideológicas en torno a la autodeterminación sexual o al rol del Derecho en la distribución de la riqueza, -especialmente en los Estados europeos- se han debido buscar nuevas batallas que librar en pos de la tolerancia y la libertad, y en este sentido un grupo de pensadores liberales ha visto en el tema de las drogodependencias un nicho importante de estudio y discusión, por lo que la cuestión ha superado su carácter académico para entrar de lleno en el contexto moral. La relación entre las acciones de la criminalidad organizada y el sensacionalismo de los medios de comunicación también ha contribuido a cargar éticamente la cuestión.

En esta maraña de ideas donde se entrecruzan emociones e intereses que están lejos de las aulas y más cerca de los mercados es indispensable no perder de vista el corazón del problema. Por ello nos ha parecido que una forma de retomar lo

central de este fenómeno, siguiendo a Hassemer, es seguir la hipótesis de que el uso de estos sustratos de protección no definidos estaría fundado en un desarrollo social que no ha llegado a concretarse; o sea, el objeto de estudio más que una norma es un germen de norma. Por ello toda la regulación antinarcóticos, algo desvaída en cuanto a su justicia intrínseca, sería expresión de un conflicto latente de las fuerzas sociales que interactúan en una comunidad- conflicto aún no resuelto -, donde el Estado puede adoptar dos posturas: actuar en favor de un grupo dentro de ese conflicto o cumpliendo funciones para la sobrevivencia de la comunidad. Usando la terminología de Jakobs, las normas que regulan este conflicto pueden ser normas funcionales o intervencionistas<sup>1</sup>.

Creemos que la mayoría de las veces resulta imposible decir cuál es la regulación más justa o cuál resulta ser la interpretación más correcta, por cuanto estamos ante fenómenos normativos en creación. Por ello más que buscar la interpretación que solucione todos los problemas nos resulta más lógico buscar una moderación del debate y una racionalización de las medidas- que es el único fin del trabajo que a continuación se presenta- en espera de que la comunidad en un futuro mejor sea capaz por si misma de decidir el camino que seguirá para que la convivencia entre las posiciones más liberales y aquellas más conservadoras sea ordenada y tolerante a su vez.

La búsqueda de un criterio eficiente para dar un poco de claridad pasa por asumir de entrada la integración de disciplinas que hasta hace no muchos años se miraban solamente como datos, perdiendo con ello un caudal de ideas y propuestas que pudieran ser muy bien aprovechadas. A su vez, por razones ético-jurídicas, tampoco creemos sea posible llegar a una solución si antes no nos auto imponemos un límite humanitario a las soluciones planteadas, límite que sólo puede ser otorgado por las garantías de la dogmática.

---

<sup>1</sup> (39) HORMAZÁBAL MALAREÉ 1992.  
pp 114-119.

## **CAPITULO I. APUNTES ACERCA DEL MÉTODO.**

### **A.- Dogmática Penal Versus Criminología**

Parece lógico en un estudio que busca servirse de muchas fuentes de información, pero con base en el Derecho Penal, colocarse en la disyuntiva de saber si esta disciplina es una ciencia o una técnica de control social. Del mismo modo, en la orilla opuesta, es lícito interrogarse por la utilidad de esta cuestión. Nadie puede discutir que el Derecho sea una técnica de control social, la disputa es saber qué es lo que está en la base de esa técnica: si un conocimiento autónomo o un conocimiento integrado de distintas disciplinas donde la sociología debería actuar como regente y donde la dogmática sería una Pseudo-sociología. Un dogmático eminente como Mir Puig reconoce esta problemática y asume una postura que, al menos con relación a la teoría de la norma, parece ser monista y, por tanto, cercana a las posiciones funcionales. Así dice:

” Sólo insistiré en algo que hoy, por fortuna, ya es un tópico si digo que sería deseable que los dos aspectos, el interno y externo, del Derecho se contemplaran por la dogmática, pero también -añado yo- por la sociología, como estrechamente comunicados”.

Esta integración, de la que nos hacemos parte, crea un nuevo conflicto, el de saber cuál es el sitio que ocupan estas disciplinas en el campo de la teoría del conocimiento. Interrogante no menor si se piensa que, como ya indicábamos en la introducción, las mayores dificultades se plantean en sede penal en el ámbito del método. Pese a esto, la larga y agobiante discusión de estas materias ha resultado en un camino que no lleva a ningún destino, pues sea una u otra opción la que resulte vencedora lo único cierto es que hay una técnica de control social y que ella debe ser manejada con criterios racionales. Pero esta dialéctica ha desenmascarado el verdadero problema: el definir cómo estos criterios racionales se equilibran con los derechos ciudadanos, en última instancia la disputa entre dogmática y criminología se revela como un problema “humano” y no epistemológico.

El trabajo del intérprete jurídico es abordar dicho problema con orden (coherencia) hacia el fin último de la norma. Pero la profunda discusión epistemológica ha creado un vacío que la sociología no ha podido llenar por su particular estructura; tampoco el Derecho Penal ha sido capaz de reflejar la realidad por una falta de sintonía con la comunidad donde la norma jurídica se aplica, posiblemente esto se deba a que se espera una solución proveniente del parlamento pero no de la aplicación que los tribunales hacen de la norma.

Como solución proponemos centrar la discusión sobre el ciudadano y la cultura que se ve avasallada por el fenómeno delictivo, pensando siempre que la legislación que es nuestro objeto de estudio está cargada de prejuicios y de imprecisiones derivadas de ser una norma que regula conductas para las que la misma sociedad no hallan aún una definición. Por ejemplo, es un estudio apropiado de la norma el que propende a distinguir de forma precisa las distintas etapas del iter críminis, así como el que busca mayor equidad en las sanciones

según el tipo de participación en el delito, pero también es apropiado observar el comportamiento de la criminalidad por estrato socioeconómico con el fin de evitar discriminaciones en el tipo penal. En último sentido es para nosotros importante que la Ley de un trato humanitario, y por ello respecto de la pregunta acerca de cuál será nuestro criterio para enfatizar la función de la criminología o la de la dogmática, debemos responder que buscaremos siempre un equilibrio que propenda a la protección de los ciudadanos. Sin embargo, aceptamos que es una visión muy artificial la que divide a los problemas dogmáticos en Epistemológicos y Metódicos, basada en un criterio tan fino e indefinible como el “ser humanista”, para no ser mal entendidos quisiéramos explicitar un tanto más lo que se intenta defender. Ninguna persona que trabaje con el Derecho Penal puede permitirse transformar a esta técnica en un actuar sujeto a las volubilidades del poder. Dicho de otra forma, cosa distinta a asumir el carácter no científico del Derecho Penal, en tanto que no sería un conocimiento de pura descripción de fenómenos sino prescriptivo respecto a ellos, es no enfrentar el hecho evidente de que esta disciplina es un pensamiento racional -entendido por racional lo coherente con los objetivos-. Por ello, el Derecho Penal debe hacer uso de los medios a su alcance en busca de resultados que sólo esta disciplina puede entregar, en última instancia el reconocer esto es reconocer que, más allá de su clasificación dentro de la epistemología, el Derecho Penal juega un rol dentro de la sociedad que no puede desempeñar ningún otro conocimiento o sistema de pensamiento.

En el sentido anterior resulta por demás valiosa la afirmación de Roxin en cuanto a que basta imaginarse una sociedad que prescinde de la dogmática para ver claramente los problemas que acarrearía al Estado como lo conocemos. Ya que gracias a la existencia del Derecho Penal no cualquier precio es válido para obtener el control de la desviación en un Estado liberal.

En la práctica si hubiera una ciencia rectora esto no nos serviría demasiado. Lo relevante a este nivel es saber qué haremos con los conocimientos y con las conclusiones obtenidas de la ciencia en cuestión. En estricto sentido, entonces, no nos esforzaremos por llegar a formular las bases de un sistema científico, sino de una estructura de trabajo adecuada.

Por esto el presente capítulo se centra en el problema del método, pues nos asiste la convicción de que muchas de las ineficiencias de la política antinarcóticos surgen de una contradicción en el ámbito de las políticas policiales, legales, y procesales con que se enfrenta el núcleo del problema.

La única forma de no desviarse en la maraña de dificultades, que a veces agobian a quien intenta un abordaje neutral de un conflicto de relevancia jurídica, es centrando toda discusión en el hombre que es en definitiva el que debe vivir la vida que en abstracto soñamos.

¿Qué de bueno obtenemos con configurar una sociedad sin delincuencia y, en definitiva, sin maldad, si en esa sociedad el hombre no es ni puede ser libre y respetado?. Por ello, en conclusión, la dogmática siendo sólo técnica o una ciencia autónoma debe ser reconocida, en todo caso, como condensadora de los conocimientos científicos que, en última instancia, nunca podrían ser prescriptivos en cuanto científicos. Además, vale la pena desenterrar la opinión de Wolfgang Naucke sobre los peligros de una orientación únicamente sociológica del problema



criminal, metamorfoseando con esto la pena en otras formas de sanción que a la larga pueden revestir mayor crueldad:

"...hay que distinguir la auténtica descriminalización, es decir, aquella que no prevé sanción alguna para una conducta, de la descriminalización impropia, o sea, aquella que se limita a sustituir la sanción Penal por otra sanción... es digno de atención de que renunciar a un concepto de Bien de contornos claramente perfilados, parece favorecer una significativa ampliación del Derecho Penal... (con esto) desaparece el Derecho Penal del hecho vinculado a la culpabilidad y a la retribución a la culpabilidad".

Al menos en este sentido la dogmática cumple una función limitadora del discurso sociológico, ningún conocimiento objetivo puede representar ese papel orientador por cuanto esto significa cumplir funciones preceptivas, el Derecho Penal las cumple, no solamente el Derecho Penal que dicta el legislador, también el que se autogenera por la interpretación de los tratadistas y que va generando un marco de garantías para los ciudadanos.

Desde esa óptica partiremos pensando que la amalgama de conocimientos designados como Derecho Penal es una técnica de control social, la que consiste en la determinación de los caminos más adecuados para el desarrollo integral de todos los ciudadanos. Esto implica dos actividades: defender al ser humano (tanto el delincuente como la víctima) a través de la determinación clara de los caminos que se deben seguir para solucionar los conflictos; y, en caso de producirse enfrentamientos que requieran intervención Penal, buscar las medidas menos lesivas y más racionales para corregir estas desviaciones. Lo que casi configura una ecuación de efectividad:

EFFECTIVIDAD JURÍDICO PENAL= RESULTADOS (-) EL COSTO SOCIAL

## **B. El Bien Jurídico**

Para discutir el tema desde una óptica jurídico Penal lo primero es establecer un concepto de Bien Jurídico respecto al cual adscribirse. Es decir, reconocer un punto de apoyo en que la dogmática puede desempeñar con sus reglas, y otro en que ella carece de alcance en el análisis pues la acción estatal se transforma en poder de sanción sin contenido material. Para ello dentro del mundo tan amplio de perspectivas que se adosan a este vocablo, hemos escogido seguir el concepto de Hassemer. Manifestaremos las razones de ello en el capítulo siguiente.

El concepto de Hassemer se logra a través de una expresión de lo que no es un Bien Jurídico. Para Hassemer el Bien Jurídico es una entidad no objetiva sino, obviamente, subjetiva y por ello se abstiene de dar un concepto. Para él el concepto y su contenido dicen relación con el momento histórico-cultural del que se obtiene. Dicho de otro modo, el Bien Jurídico es una forma de solución de conflictos considerada positiva por la cultura y la sociedad en que se crean, por tanto, particularizada a cada Estado y momento histórico, el soberano en un Estado liberal protege estos Bienes Jurídicos en tanto que es liberal. El límite del control social está determinado por la defensa de los ciudadanos en cuanto son reconocidos como sujetos del derecho.

El problema fundamental para Hassemer se plantea en materia de delitos de víctimas difusas pues ahí la protección de intereses relevantes no es que no exista sino que, o se adelanta su protección desmedidamente o se mezclan relaciones primordiales para el conflicto con otras que no lo son.

El límite para distinguir Bienes Jurídicos de los que no lo son estaría puesto objetivamente por el interés individual protegido. Si el llamado “Bien Jurídico protegido” no presenta ese “plus” que es la posibilidad de personalizar la agresión no existe un Bien Jurídico en estricto sentido; ocurrida esta falta hay una pura función. Retomando la terminología de Jakobs estamos frente a normas intervencionistas (aunque la cuadratura en este caso parece no ser perfecta y nos extenderemos en ella más adelante).

Esto tendría relevancia en el ámbito de las drogas, en cuanto se definiera más o menos así el Bien Jurídico:

Una relación social valorada para la solución de conflictos entre los individuos en una sociedad determinada, en un momento histórico determinado.

Sólo la existencia del conflicto de importancia puede ser la base para la actuación del Estado. Por ejemplo, el castigo al tráfico de tóxicos se estructura basándose en un anuncio de peligro inminente. Ello es asumir que existe una materia que “puede” ser conflictiva. Sin embargo, ello hoy significa realmente nada pues nunca se llega estructurar el Bien Jurídico, es decir, los caminos válidos para actuar dentro de ese conflicto. No basta decir que algo es conflictivo, hay que señalar en qué instancias lo es y en cuáles no.

Desde la óptica de Hassemer lo que el delincuente hace no es dañar el Bien Jurídico sino desviarse en la solución de sus relaciones conflictivas. El conflicto es consubstancial a la vida en comunidad. Lo que sanciona el Derecho Penal, entonces, es el uso de atajos. Siguiendo con los ejemplos, el que roba no es castigado por crear el conflicto entre los medios escasos y las necesidades múltiples, el que roba parte funcionando dentro de ese conflicto. Lo que se sanciona es el uso de un sistema que acentúa el conflicto y perturba gravemente la vida en comunidad.

Es difícil analizar dentro del campo de los Bienes Jurídicos difusos el ataque al interés individual. Sobre todo porque la protección de estos intereses se verifica por medio de figuras de peligro, y casi todos son tipos donde basta la mera actividad del sujeto. El resultado se presume, y, muchas veces, ni siquiera es posible llegar a comprobar que podría producirse.

Para la solución de esta complicada estructura es necesario encontrar la viga donde se sustenta el discurso criminalizador. Si estudiamos dicho razonamiento veremos que, explícita y tácitamente, la defensa de la pena está en el gran peligro que estas conductas acarrearán a la comunidad. Esta fraseología es común a todas estas instituciones. Pero a nuestro estudio no puede interesarnos cualquier amenaza sino aquella de relevancia jurídico-Penal, es decir, no cualquier peligro sino el peligro Penalmente relevante.

Esto nos centra en el problema de determinar la exposición a que una comunidad puede ser sometida por un sujeto.

La fórmula para el estudio del riesgo es múltiple también. Una de las teorías más modernas al respecto es la de la probabilidad de lesión. De ello trata respecto al Delito Ecológico, Nicolás García Rivas.

Nicolás García parte de que el castigo del peligro de mera actividad es una tutela anticipada no claramente distinguible de la tentativa, la que se halla independizada en cuanto a su punición. Para determinar el peligro concreto de la tentativa del peligro debe estarse o a la probabilidad o a una posibilidad subjetivizada, o en una

tercera opción al castigo de toda producción de peligro por mínima que sea. La última opción, en general, ha sido desechada por la doctrina debido a su incertidumbre, lo que paraliza el sistema social. El desarrollo dogmático, a su vez, ha llevado a la estabilización del estudio del nexo causal como un elemento de la tipicidad. Por otra parte se ha intentado acentuar su carácter objetivo dentro del objeto de protección material.

Para intensificar el carácter objetivo del nexo causal se ha concluido que lo castigado no es el peligro sino su Potencialidad Relativa. Es decir, la posibilidad que la acción lleva internamente, la posibilidad es relativa a un "algo" que no se produce pero que "probablemente" podría producirse. Lo que podemos señalar como la dinámica de la acción peligrosa. Se debe ser cuidadoso en no confundir lo probable con lo posible, lo posible nos pone dentro de la causalidad con toda su amplitud, y la probabilidad dentro de las posturas más dinámicas que trabajan precisamente para superar dichas expansiones poco controlables. La probabilidad se sustenta en la formación de un promedio de actividad exigible a los sujetos. Por ello García Rivas cita a Bustos señalando que en el fondo hoy por hoy prescindir en una teoría Penal del pronóstico nos coloca enfrente de una pseudoteoría. Se debe recordar que el peligro no es el juicio sino el objeto del juicio, la definición de la amenaza Penalmente relevante varía según al criterio científico con que se analiza (la probabilidad). Por ello en la materia que nos ocupa el instrumento de análisis dogmático es determinar (desde la imputación objetiva) si el acusado creó, mediante la comisión del hecho, un peligro para la integridad del Bien Jurídico. Si la solución al conflicto que se castiga efectivamente produce un perjuicio real a los individuos de la comunidad, puesto que no basta la materialización de la acción disvalorada, es necesario que el resultado se produzca o, en este caso, pueda probablemente producirse.

Este proceso en drogas se hace por el legislador en gran parte, puesto que la configuración de estos delitos es en la práctica de mera actividad o de emprendimiento. Por ello es difícil decir si el objetivo para la Ley de drogas es evitar que el Bien Jurídico sea puesto en peligro. Pero partiendo de dicho supuesto debemos pensar que la acción típica crea un peligro probable al Bien Jurídico, no se podría determinar como el acusado creó un peligro si antes no se determina si es probable que la acción sea peligrosa.

La legislación antidroga trabaja con el nexo causal suprimido. Este resultado se logra por medio del uso de ciertos axiomas como son: los conceptos de dependencia y adictividad, dañino para la salud, sustancias peligrosas. Lo que ocurre es que en la práctica se ha optado por igualar la probabilidad a ciento por ciento sólo por decreto, es decir, basta producir nada al Bien Jurídico para que exista delito, basta interactuar con los objetos tabú. Es lo mismo que decir que hay un castigo por la violación voluntaria de la norma. Esto gracias a una regulación reglamentaria de las sustancias "peligrosas" y a una multiplicidad de verbos rectores. Las razones que se arguyen para justificar tal exclusión del nexo causal no pasan de ser una mera fenomenología pero no un baremo útil.

Según García Rivas, el límite que constituye la probabilidad dañosa ha de buscarse, en este tipo de delitos, bajo una imputación objetiva limitada sólo al análisis ex ante. Porque el resultado (que corresponde al análisis ex post) no puede ser contabilizado debido a que el delito tipo prescinde de él, el resultado no

pasa de ser potencial.

Lo anterior se concreta en que el juez deberá determinar objetivamente si la acción era probablemente peligrosa de por sí para el Bien Jurídico, y luego, fijar las condiciones existentes al momento de su comisión, que aumentan o disminuyen la probabilidad de lesión.

El primer proceso puede perfectamente ser ejecutado desde esta investigación. Es decir, el estudio de las substancias y las conductas. El segundo nivel, el de las circunstancias concretas, solamente puede ser enriquecido por el trabajo judicial, y por ello tal vez será necesario analizar algunas soluciones jurisprudenciales y compararlas con los resultados que se conseguirían con los criterios aquí señalados.

### **C. Estructuras Dogmáticas y Selección de Sistemas**

Para iniciar un estudio del tipo Penal es necesario adscribirse a un modelo dogmático. A primera vista, asumido que el Bien Jurídico en la forma que lo hemos definido es una entidad relevante el funcionalismo más duro (Jakobs o Knut Amelung) no debería ser tomado en cuenta a la hora de seleccionar un modelo de estudio. Esto, que lógico-formalmente resulta evidente no es una verdad absoluta, pero partamos por ese supuesto.

Excluidas las posturas funcionales más extremas. Nos quedan los sistemas Clásicos y sus mixturas político-criminales.

Hemos buscado hacer uso de un sistema de análisis acreditado, para ello hemos seleccionado el modelo de Claus Roxin, dado los requisitos que éste se autoimpone a su propio modelo. Para ya entrar en materia quisiéramos hacer presente cuales son los principios que rigen el sistema de este autor:

I- Una teoría monista de la norma.

II- Dar por asumida la sistemática clásica de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

III- Estructurar los principios de estos subsistemas de análisis reordenando sus funciones tradicionales. Por ejemplo, la Tipicidad que tradicionalmente es el estudio de la acción u omisión, para Roxin es elevada a un estudio de la norma (o la Ley). Es decir, deja de ser el estudio de lo querido por el delincuente para ser lo querido por el Estado que reguló esa conducta. La antijuridicidad que es tradicionalmente una definición de lo que el Ordenamiento Jurídico en su integridad considera Injusto o contrario a Derecho más allá de la acción típica, para Roxin se transforma en una instancia de regulación socialmente justa de intereses contradictorios.

IV- Todo lo anterior se estructura basándose en las exigencias que formula para todo sistema: 1. Claridad y ordenación conceptual. 2. Referencia a la realidad. 3. Orientación a finalidades político criminales. Por ello este sistema político criminal da una claridad mayor para los problemas metodológicos planteados que la simple dogmática final o causal.

Por ejemplo: dentro del sistema asignado la figura típica debería analizarse según el ámbito de protección de la norma y los fines que el Estado se propone. Esto lleva obligatoriamente a tener que distinguir si las drogas traficadas o comercializadas son las duras o las blandas, pues la adictividad y toxicidad que le da "dureza" a la substancia es en el fondo el criterio de probabilidad si es que se asume que el Bien Jurídico es la Salud Pública. Sin perjuicio que inclusive para la sustancia, por

muy “dura” que sea, la figura pueda estar mal diseñada o partir de supuestos equívocos: como en el caso chileno la tesis de que el tratamiento médico obligatorio del consumidor menor de edad no es en sí mismo una forma de pena. De hecho, se aplica a los menores de 16 años de forma obligatoria la rehabilitación. Esto último no es indiferente para la lógica político criminal en el ámbito de la culpabilidad debido a los fines que se propone el Estado en torno a la sanción.

Sin embargo, es necesario retomar el cuestionamiento que quedó inconcluso. ¿Son desechables a priori los sistemas funcionales más estrictos?.

La conclusión que niega la validez de estas estructuras lógicas es cómoda. El análisis que compete bajo esta conclusión debería ser el siguiente:

-Asumir cuales son los fines esperados desde el Bien Jurídico y, por tanto, la teoría de la pena a que se debería adscribir el discurso.

-Sólo entonces, confrontar el sistema dominante de análisis y proponer las alternativas político criminales (bajo la luz de Roxin) que se pueden aportar para llegar a buen puerto, determinar los caminos aceptados por la comunidad para la resolución de conflictos.

Sin embargo, subsiste una gran dificultad en la legislación de drogas. En sede Penal el trato que se da a las drogodependencias es muy dudoso en cuanto a su constitucionalidad, en cuanto a su legitimidad y peor aún, en cuanto a su validez frente a un Estado Democrático. Lo que nos coloca en el problema de saber si todo este análisis basado en el estudio del Bien Jurídico tiene alguna relevancia práctica. En al gran mayoría de los casos reales, de la forma en que son resueltos por los tribunales, quedaríamos fuera de los supuestos básicos para poder trabajar dogmáticamente en el esquema de Claus Roxin.

Sobre todo si asumimos que hoy es ya un hecho aceptado que el funcionamiento de los tribunales y su aplicación del Derecho está lejos de ser un asunto neutral en el estudio del crimen.

Esta es una de las razones por la cual se seleccionó el concepto de Hassemer del Bien Jurídico y no se siguió a priori el concepto de Roxin. Lo interesante de la concepción vinculada a la escuela de Frankfurt está en la formación del conflicto y la retroreferencia al interés individual. Este concepto es mucho más dúctil y nos permite un quiebre en el análisis para forjar un sistema doble, o sea:

(i) Para aquellas conductas que efectivamente crean conflicto y daño individual. En estos casos sin duda el análisis que desde Roxin se puede hacer de la norma tiene total validez.

(ii) En aquellas sustancias cuya capacidad dañina es muy baja o que no son originadoras de conflicto de manera evidente, o con casos documentados seriamente. En estos casos sólo cabe hacer uso de un modelo funcional duro. Para enfrentar el análisis dividido que se propone existe una gran dificultad dentro de la Ley Nº 19.366; determinar cuál es la justificación de la pena. El análisis bajo un método formal tradicional sustentado en el principio de lesividad lleva a separar la discusión entre la conclusión: “ésta es una legislación autoritaria”, y suspender el análisis hasta ese punto, o seguir el estudio del tipo bajo un modelo de funcionalismo duro, como el de Jakobs, excediendo con esto el principio de lesividad.

Aquí normalmente surge el recurrido “ejemplo del partido de fútbol”, una figura

poética que ya varias veces se ha podido escuchar en las aulas. Se dice normalmente que la sistematización funcional más estricta nos pone frente al siguiente ejemplo: En los partidos de fútbol de barrio si el dueño de la pelota se enoja, la toma y se la lleva a su casa, deja a todos los jugadores con las manos cruzadas. Parece (se concluye) que frente a esto no hay mucho que se pueda hacer.

Hemos replanteado la metáfora para explicar la función de la dogmática funcional extrema y asumir una postura respecto del valor de su opinión. Podemos decir que lo que se encuentra en los delitos de víctimas difusas no es un dueño "taimado" que se lleva el balón. Es un dueño "tramposo" que empieza a jugar con la mano y a violar los límites del campo, a meter goles por fuera y a cobrarlos como válidos. Al revés de lo que se dice, los que jugaban con él son los que se van.

Precisamente lo que no hay que hacer es abstenerse de analizar el discurso, muy por el contrario se debe exigir coherencia al Estado en relación con sus fines. Si éste sobrepasa sus funciones y la Constitución, es entonces cuando las voces de la medida se hacen indispensables.

El sistema Funcional puede cooperar mucho en ello debido a que si la regulación Penal no logra concientizar a la población como se desea, o crea otros efectos más perversos a los prevenidos, es absolutamente válido que se le exija abstenerse o reducir su actuación. Dar luz sobre la inutilidad de la normativa y sus causas debería ser función de los penalistas también.

Por otro lado se le puede exigir al Estado, al menos, que mantenga la coherencia, expandiendo su accionar de forma lógica. ¿Qué son sino esto las explicaciones que relacionan represión y aumento de la demanda que se leen en todos los textos especializados de un tiempo a esta parte?. Es funcionalismo duro, pero solapado.

Aunque ni parcialmente se consiguieran los resultados señalados, el sólo desenmascarar el sistema ineficaz justifica el análisis basado en criterios más realistas. Poner luz a los objetivos reales que persigue el Estado y los problemas que acarrea la búsqueda de estos fines es suficiente aporte.

No es raro escuchar el lema de "derrotar la delincuencia", lo cual es una máxima falsa por definición, porque la desviación es consubstancial a la vida en sociedad, no hay un solo ejemplo documentado de sociedades que vivan sin un grado de criminalidad. Aún en las sociedades agrarias este fenómeno es parte de ellas. Lo anterior lleva a concluir que contrario sensu la socialización también es consubstancial al hombre, no hay posibilidad de retirarse o de ser neutral.

Nuestra opinión es que si hubiera que aconsejar un curso de acción, sería jugar con el dueño del balón metiendo la mano, goleando por fuera y con "todo es cancha". En ese "juego tramposo" el funcionalismo "duro" de Jakobs nos da un espacio mayor de trabajo para comprender las motivaciones, reglamentaciones y métodos del Estado. Principalmente por ser un sistema basado en la prevención general y, por tanto, más dúctil a las relaciones de vasallaje que están implícitas en toda legislación autoritaria.

Por otro lado, el concepto de "sujeto mediado por lo social" (persona), pone luz adecuada al límite mínimo que la doctrina puede aceptar en la legislación que prescinde de Bienes Jurídicos. Este concepto hace notar que en un sistema

estatal de normas no todo ser humano por ser tal necesariamente es persona, en cuanto si no tiene reconocimiento igualitario en sus relaciones no necesariamente se le da ese carácter. La fijación de este concepto como límite es útil a la hora de debatir cuando el Estado sobrepasa toda restricción.

Es necesario definir los fundamentos del trabajo de Jakobs para saber claramente de qué estamos hablando. Estos han sido expresados su un trabajo llamado "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional", de esto hemos hecho un análisis crítico que puede ser encontrado en el apéndice A del primer capítulo.

D. Estructura de Trabajo: Fórmula Bipartita y Fórmula Tópica.

En este momento debemos abordar la determinación de la secuencia lógica que seguirá el trabajo una vez designado el Bien Jurídico.

El definir la forma en que estos modelos se combinarán no es un punto de poca monta. Por ejemplificar, debido a que los trabajos elaborados en doctrina nacional omiten un pronunciamiento al respecto a este tópico es común hallar conclusiones eclécticas. Es así que se resuelven los problemas contingentes de la Ley recurriendo a las soluciones parciales de Jakobs, de Roxin, Mir Puig, y las jurisprudenciales de otros países, con una liberalidad que dista mucho de lo deseable.

Es nuestro parecer es que la selección de los sistemas dogmáticos que hemos hecho no difiere de las elecciones que en general han seguido los autores respecto de esta materia. Y vale hacer notar que por su popularidad es precisamente por lo cual los hemos dado nuestro favor. Pero eso no quita el hecho de que el uso de estos modelos es muy desigual a la hora del análisis que se realiza por los distintos productores, lo que favorece lo confuso de los resultados. Esto se hace en desmedro del uso de modelos completos y sin intervención, que deberían, al menos, manifestar claridad en las conclusiones. Sin la intención de diseñar este punto como una crítica a otros esfuerzos, es nuestra voluntad orientar este trabajo a un análisis puro respecto de cada área de trabajo, según la definimos. Por ello nos abstendremos de mezclar los modelos a la hora de analizar soluciones. Dichas combinaciones las reservaremos para el momento de dar conclusiones y aportes respecto de la Ley en general.

### **D.1. Hipótesis de Trabajo.**

Para empezar en el campo de las definiciones prácticas quisiéramos partir planteando nuestra hipótesis. Esta será la que enrielaré todo el estudio, y que permite dar unidad a la investigación. Este supuesto es muy similar al que le atribuimos a Jakobs:

La legislación de drogas actual existe no porque el Estado democrático no sea tal, sino porque en todo Estado democrático se dan nichos de autoritarismo más o menos grandes dependiendo de la sociedad en cuestión. Como asimismo en toda sociedad autoritaria se dan nichos de democracia. El estudio de cualquier problema marginal pasa por reconocer este hecho y estudiarlo con métodos que lo tengan en consideración. Como se observa esta es también la posición de Hassemer.

Esta afirmación esparce sus efectos por toda la estructura del trabajo, en la medida que avancemos en el estudio trataremos de ir confirmando esta regla. Aunque para hacer honor a la verdad la palabra hipótesis es un poco más amplia

de lo que quisiéramos para designar la función de este supuesto, quizá la expresión Principio sea más cercana a nuestro sentir. Lo que hemos querido decir con esta afirmación recién expuesta es que a nivel del Derecho Penal el término sociedad democrática es equívoco. Entre la democracia perfecta y el autoritarismo extremo se dan matices legales que son expresión de conflictos sociales. Eventualmente los grupos que controlan la legislación en un país, o que tienen mayor poder para influir en ella, actúan conforme a los que se conoce como un escape al Derecho Penal, es decir, el uso de la sanción Penal no para resolver un conflicto sino para imponer una posición sobre otra dentro de ese conflicto. La expresión de estos escapes ocurre actualmente a través de los delitos de víctimas difusas.

Uno de los matices autoritarios en una sociedad semi democrática como la Chilena se da en la Ley de drogas. La línea divisoria entre autoritarismo y democracia en este punto es muy tenue y móvil por lo que un análisis exhaustivo debería partir del reconocimiento de esta realidad. Basado en este sustento de trabajo parece ser que el método más acorde para los objetivos de intervención mínima y respeto a la dignidad del ser humano, es usar un modelo de análisis para las organizaciones democráticas y otro para las autoritarias. Utilizar un modelo que separe “lo democrático” de “lo autoritario” de la Ley, y lo analice con cierta autonomía.

Debemos para esto fijar medidas claras que indiquen, lo más precisamente posible, cuándo se pasa de uno a otro estadio, con exigencias precisas para uno u otro sistema.

Hemos considerado que previo a cualquier estudio de la legislación en comento debemos definir cuáles son los mejores procedimientos para obtener conclusiones que reflejen esta situación. Los procedimientos más acordes no están en ningún caso definidos ni por la dogmática ni por la jurisprudencia -en gran medida por la falta de desarrollo del estudio de los delitos de víctimas difusas y la forma de abordarlos lógicamente dentro de las reglas democráticas-.

Propondremos dos modelos o sistemas de análisis posibles:

## **D.2. Modelo Bipartito.**

Acercándonos al estudio del tipo Penal del Art. Quinto se nos ha hecho patente que hay dos fórmulas para aprender el tipo Penal. Las que sopesaremos según sus conveniencias y las problemáticas que originan.

Al respecto observamos que según como sea la estructura sobre la que se analiza el Art. Quinto de la Ley, se modifica sustancialmente, como consecuencia natural, la forma de diseñar el análisis.

En concreto, esto puede resultar así:

-En un nivel se puede estudiar el tipo penal como si fueran dos delitos distintos y no uno solo, dividiendo el Art. Quinto en una norma “democrática” formada por las que sancionan las drogas llamadas duras y otra “autoritaria” que sanciona las drogas llamadas blandas.

-En contraposición también puede considerarse al tipo penal como un solo delito que funciona en dos o más fases.

### **D.2.I. Sistema de Dos Delitos.**

El primer modo de concebir el Art. Quinto se desprende de la clasificación entre tráfico de drogas duras y tráfico de drogas blandas. Esta distinción clásica, basada



en el objeto del delito, permite que esta fórmula legal pueda ser mirada como dos delitos distintos según sean las sustancias a que hace referencia en la norma. Un análisis de este signo está justificado por la propia Ley chilena cuando establece una distinción de pena para dos tipos de sustancias. Pero aun más, la forma en que los tribunales chilenos han abordado el tema tiende a hacer una división, consciente o inconscientemente, de dos tipos autónomos -una manera bastante recurrida de solucionar los problemas estructurales de esta ley-.

Esto se observa claramente en el trato diferenciado que se da en tribunales a las dos drogas más traficadas en Chile: La cocaína y la marihuana. Lo cual deja implícita la posibilidad de considerar estos actos (el tráfico de cada una de las sustancias) como dos fórmulas autónomas. Un delito sería el contemplado en el Art. Quinto referido a las sustancias del Art. Primero inciso Primero, y otro delito existiría cuando esta misma norma se remite al inciso segundo del Art. Primero. Esto último, sin embargo, no es posible pese a la tendencia natural que se da a aplicar y estudiar así el tipo. Claramente las sustancias del Art. Primero inciso primero manifiestan menos oposición social a la represión de su tráfico dado su potencial dañino. No gozan de este “beneficio” aquellas sustancias clasificadas como “blandas”, donde sí se presentan muchos conflictos éticos, constitucionales y prácticos, por ello se tiende a formular un estudio diferenciado de ellas. De hecho, esta división en dos delitos fue la línea inicial en que fue pensado el trabajo que se presenta, pero en el camino se hizo patente la imposibilidad de encauzar el estudio en esta dirección. Haremos un resumen de dichas limitaciones.

#### **D.2.II Críticas al Estudio Bipartito del Art. Quinto**

Basado en la idea general de estudiar el tipo del Art. Quinto dividiéndolo en dos tipos Penales autónomos se puede diseñar un método que cumpla los requisitos que hemos indicado. Es decir, uso de sistemas puros y división del análisis respecto de los “componentes” liberales de la Ley de los que no lo son. En este entendido el sistema de Roxin se haría cargo de las sustancias del Art. Primero inciso Primero, y los elementos enunciados en el inciso Segundo corresponderían a un sistema funcional duro. Esto una vez separando el Art. Quinto en dos fórmulas típicas es totalmente posible, al menos a escala conceptual. Sin embargo, no es conveniente por distintas razones.

La audacia de dividir en dos el tipo del Art. Quinto obviamente nos exigiría ciertas concesiones. La idea de dos tipos Penales lleva a imaginar que no pueden existir casos de drogas blandas que afecten los Bienes Jurídicos, ya que éste debe ser el supuesto de separación de ambos sistemas. En ese caso deberíamos mezclar el análisis de Jakobs con el de Roxin, cosa que rebasa los deseos de ambos autores. Pero los casos “paradójicos” existen y serían un punto muerto del estudio en cuestión cuando se llegara a ellos. Por ejemplo: el traficante que vende drogas blandas a menores de edad o retardados mentales. Es difícil definir si esa es una norma del dominio del Bien Jurídico o de una simple función.

El partir con una conjetura de este tipo genera también dificultades evidentes al nivel de concurso. Primero, porque de darse un concurso entre ambos delitos, su fórmula de solución no está para nada clara. Además, porque dentro de la propia norma del Art. Quinto se dan sub concursos que hacen muy improbable una solución ecuánime al problema.

Agreguemos que de dividir la figura básica debemos a su vez dividir todos los tipos especiales, ya que no se vería el motivo para no extender este método a todo el espectro de la Ley. Lo que multiplica nuevamente los problemas concursales. De ser posible encontrar algunas soluciones éstas serían tan exigentes para el intérprete que difícilmente se podrían comprender en cuanto a sus resultados. Nos coloca fuera de los requisitos de una prevención general positiva, y de los requisitos pedagógicos que en cierta medida toda institución social debe poseer.

Se puede, además, sumar otro elemento relevante. Al asumir un sistema que funciona tanto frente a las garantías del Bien Jurídico como ante la movilidad de la función, se estructura una fórmula de trabajo que inevitablemente da preferencia a la forma básica (la función). Ya que el orden para el estudio debe nacer desde las formas más simples a las más complejas. Lo que implícitamente nos lleva a sobreponer el sistema de Jakobs al de Roxin, especialmente en materias de concurso. En definitiva, los resultados siempre tenderían a ser poco garantistas. Esto último tiene un segundo efecto perturbador e injustificado. De aplicarse de esta manera el estudio del tipo, el Art. Quinto en relación con el inciso segundo, es decir, cuando se refiere a drogas blandas, tendría una regulación más represiva y estricta que la que correspondería a las drogas duras. Lo último porque el Bien Jurídico es siempre una mejor garantía que la pura función. Más allá de cualquier razonamiento que se quiera hacer a favor de esta división nos pondríamos en una posición en que los delitos más graves tienen mayores avales que los que se otorgan a los que delinquen en un campo menos lesivo. Lo que es político criminalmente incorrecto.

Y por último, aún cuando no se explicita, la verdad es que aplicar un sistema dividido es en la práctica aplicar parcializadamente los sistemas dogmáticos. Contradeciríamos con esto el deseo de que, dentro de lo posible, no se produzca en el estudio una amalgama indiscriminada de los modelos.

En conclusión: no sólo podemos observar que es teóricamente inadecuado seguir un modelo de estudio del delito separándolo en dos. Por otro lado, también podemos observar, dado que estas dificultades se ven claramente reproducidas en la aplicación que hacen de la Ley de drogas, que al parecer para los tribunales en la práctica no hay uno sino dos delitos.

### **D.3. Estudio por Tópicos.**

¿Cómo solucionar esto?. ¿Cómo dar forma a un sistema que sea incontaminado y, sin embargo, sea un modelo que de respuestas eficientes a problemas tan diversos?. Problemas que, mirados como un conjunto, incluso están fuera del margen de acción total de los distintos sistemas que hoy existen.

Claramente la única posibilidad es asumir el uso de un único modelo dogmático. Entonces el sistema de Roxin queda como "la" alternativa dentro del marco de requisitos que hemos exigido. Ya se han hecho longas referencias a las limitaciones del sistema de Jakobs, lo que abona este parecer.

Sin embargo, es muy probable que el sistema de Roxin tenga la gran limitación de excluir todas las drogas llamadas blandas de las sanciones debido a la falta de un Bien Jurídico relevante que justifique la sanción, salvo hipótesis muy específicas de tráfico.

Eso nos retrotrae al problema de un Derecho Penal que actúa elusivamente

respecto de su única labor, el estudiar, el comprender y explicar las norma jurídico- Penales. En resumen, dar soluciones racionales a las dificultades que acarrea la norma aplicada al caso concreto.

Aplicar únicamente el sistema de Roxin nos lleva necesariamente a utilizar una herramienta que no estudia y no da respuesta a los múltiples casos reales a que nos vemos enfrentados.

### **D.3.I. Tópicos : Planteamiento General.**

Como indicábamos, la alternativa de un estudio bipartito del tipo Penal es el estudio por tópicos, o sea, por grandes temas relativos a ese tipo Penal. Para esto nuevamente debemos centrarnos en la estructura del tipo Penal para la búsqueda esas “materias” que nos presenta la Ley.

Sabemos ya por eliminación que el estudio del tipo debe hacerse como un todo, es decir como una figura única. Más allá de que “idealmente” podamos hacer clasificaciones para efectos pedagógicos. Pero asumir esto tiene un costo, no parece probable aplicar a un solo tipo Penal dos sistemas sin preferir uno u otro, salvo que volvamos a lo ya desechado de mirar al Art. Quinto como un modelo de dos delitos. Y, por tanto, eso significa que o quebramos el análisis o estudiamos el problema de forma global pero separada.

Antes de hablar del Art. Quinto y para responder esta interrogante partamos por algunos conceptos que nos parecen de importancia.

La norma Penal es una entidad más amplia que el tipo Penal y, por tanto, como lo ha demostrado con muy buenos resultados la sociología, no solamente es el sistema dogmático el único método de comprensión del delito. También la economía permite hacer importantes avances en este sentido, al menos en los delitos que poseen una significación comercial. Es más, no es el sistema dogmático el definitivo modelo jurídico de comprensión de delito (si se entiende por dogmática la búsqueda de soluciones jurídicas dentro de una estructura de conceptos liberales generalmente aceptados). En ese camino es incluso posible señalar que los modelos funcionales más depurados difícilmente pueden ser considerados dogmáticos, en el entendido que ello nos colocan en entre dicho los valores que en los modelos dogmáticos clásicos se dan como supuestos intransables.

Cabe preguntarse ¿por qué es posible asumir esta multiplicidad de perspectivas?.

La respuesta es muy simple, el uso del método no está determinado por el mismo sistema, sino por el objeto de estudio y los resultados propuestos. Por tanto, lo que define al sistema es “lo” estudiado y no el “cómo” se estudia. Lo que originalmente es reconocido por Roxin, dada especialmente su concepción teleológica-final. En la medida que esta configuración sea orientada desde el comienzo y no acomodando el sistema a problemas previamente valorados. Es nuestra opinión que la problemática en estudio no debe salir del rango de lo jurídico, no porque esté expresada a un nivel normativo, sino debido a que las drogodependencias siempre se han visto como un problema jurídico, y en específico Penal.

### **D.3.II Dogmática e Imputación.**

Para profundizar en lo anterior quisiéramos recordar que en gran medida el estudio de lo estrictamente jurídico es en definitiva el estudio de la imputación de la norma, o sea, el estudio de cómo a un hecho del hombre se le atribuye una

consecuencia jurídica prevista por el legislador.

Por ello podemos describir el examen dogmático del tipo como un modelo subjetivo para la aplicación de sanciones a un grupo de sujetos, diferenciándolos con un alto rango de precisión según su contribución en el resultado. A esta motivación general del estudio del delito se la ha enriquecido en los últimos años con las implicancias político criminales de dicha sanción. Todo esto, diseñado dentro de un campo de garantías en base a las cuales se puede proteger al individuo frente al Estado. Todo este conjunto de elementos configura un sistema. Empero, el criterio dogmático no es el único criterio jurídico con que puede analizarse el tipo Penal. O dicho de otra forma, no es el único sistema para llegar a la aplicación de la sanción.

El sistema dogmático es un criterio de carácter subjetivo, (basado en la culpabilidad o el dolo) para determinar si el acto merece ser punible. Sin embargo, para evitar la sanción del delito imposible y de otras interpretaciones perversas se equilibra este modelo con la exigencia de un resultado. Resultado que está unido al concepto de Bien Jurídico.

¿Cuáles otros podrían ser los sistemas para el estudio del tipo Penal, sin salir del marco de lo estrictamente jurídico?

Es muy probable que dada la incertidumbre del nexo psicológico se prescindiera de él, y se coloque todo el peso de la imputación en el resultado, prescindiendo del concepto de Bien Jurídico o, es más, como ya ha ocurrido en la historia del Derecho Penal, que solamente se ubique la conexión en la mente del autor.

El sistema puede ser entonces un modelo de imputación objetivo. Basado en la mera ilicitud del acto acompañado del resultado. Como contrapuesto a un modelo subjetivo, construido sobre el impulso mental en el que se desenvuelve la acción del sujeto inculpativo.

Ya sabemos que el sistema aceptado en las sociedades occidentales posee algo de uno y otro.

Retomemos la dogmática para explicar a dónde queremos llegar.

La dogmática existe como un estudio del Derecho Penal enfocado a la explicación de la forma en que el juez sanciona conforme a la norma emanada del legislador, al abrigo de los principios propios de una sociedad liberal. Pero si el juez decide sancionar a un autor al margen de esos principios también imputa la norma, pero en base a otros criterios, luego, sigue siendo una actuación jurídica, aunque no dogmáticamente correcta.

Esto último orientado a la cuestión que nos convoca, nos permite observar que no es que estemos ante variados problemas. Hay una sola dificultad (la imputación) que tiene distintas formas de ser abordada por el juez en base a la norma creada por el legislador.

En conclusión: cada fórmula de imputación es un tópico que representa una perspectiva de la norma que, por tanto, puede ser estudiada separadamente.

Por ello cuando hablamos de una aplicación autoritaria de la norma, nos referimos a ciertos supuestos y estructuras lógicas que llevan a interpretar la norma con una base distinta a la dogmática, pero esto no significa que la interpretación que sale del marco del dogma sea en sí mismo ilógico o carente de coherencia respecto de sus propios supuestos. Ocurre, inclusive, que en la propia norma se deslizan principios contrarios a la dogmática. Los jueces en la realidad las más de las

veces pecan sólo por aplicar la norma en términos relativamente literales. Pero expresado el problema como lo hemos hecho, centrándonos en la imputación, podemos asegurar que no existen dos tipos Penales sino dos problemas distintos que están en torno a la incriminación de un mismo tipo Penal. Estos problemas se ubican a nivel del resultado, o más bien del particular concepto de Bien Jurídico y a la trascendencia que se da a ese concepto. Esto no obsta a que existan otros problemas sociales que puedan alternarse, y es más, que haya una base biológica que explique las conductas de ciertos sujetos, pero esto sólo vendría a validar una posición o a desmerecer otra en el estudio de los problemas concretos.

No se desplaza nunca fuera de lo que se puede imputar o no en la medida que se estudia la sanción como medio de control social.

Luego, agreguemos un hecho evidente pero que nos ayudará para adentrarnos más en la materia que estudiamos. Hay una fórmula única sobre la que trabaja el juez: la norma. Pero mirada desde la dogmática, o lo que es lo mismo, desde los principios liberales, sólo en algunos casos la manera en que se utiliza esa fórmula tiene cabida y validez. Es como si se mirara una silla del siglo XVIII donde se sentó Napoleón desde una perspectiva artística. De esta forma puede ser considerada o no una obra de valor artístico, pese a que esto no obsta a que siga siendo una obra con un valor histórico, y una obra de utilidad práctica.

Asimismo, sabemos que existen una serie de conductas a las que se les imputa una pena pero que bajo la luz de la dogmática no deberían ser punibles. Esto no quiere decir que el análisis no sea jurídico, sino que en muchos se estructura sobre otros cánones jurídicos de validez, comúnmente aceptados en la mayoría de las aulas. Cánones que dicho sea de paso, muchas veces no responde al orden mental que tienen en los tribunales.

En torno a esta temática podemos observar dos momentos. En la propia Ley hay un instante en que el juez aplica una sanción debido a la violación de un Bien Jurídico, lo que puede identificarse como un límite de protección individual. A continuación convive con él un segundo momento, que ocurre cuando el juez aplica una pena sin que exista un Bien Jurídico. Convengamos por un motivo bien preciso que al menos en ese instante debería haber un interés social implicado, si el juez decide aplicar una sanción bajo criterios no dogmáticos, especialmente fuera del marco de los Bienes Jurídicos, nos es indispensable saber: ¿cuál es el motivo por el que imputa el resultado a un sujeto?. Si no hay motivo más que un error, el prejuicio o el ganarse la buena voluntad de los medios de comunicación, hay en ese caso una sanción inútil. Una aplicación irracional de la norma que es lo que tratamos de aislar y eliminar.

En la dogmática liberal la respuesta es fácil, indicamos que una acción tiene resultado cuando efectivamente ese acto, dolosa o culpablemente, causa peligro o lesiona un Bien Jurídico, de lo contrario no existe responsabilidad Penal. Pero si prescindimos de un Bien Jurídico como criterio de resultado, o minimizamos su trascendencia, entonces el asunto no es tan elemental.

Esto pasa porque el Bien Jurídico no sólo cumple función de garantía en el Derecho Penal liberal. Además, tiene un cometido muy relevante, el de ser el objeto jurídico de protección, por tanto, es el Bien Jurídico el que determina cuándo hablamos de tentativa posible o imposible, de delicto de resultado o peligro.

### **D.3.III La Mera Desobediencia como Criterio de Imputación.**

Vale preguntarse por la coherencia de un sistema objetivo de imputación en un modelo liberal de Estado. Para justificar imputación de la sanción sin dolo o culpa se puede decir que la sola desobediencia es un criterio suficiente para catalogar un acto de delito. Está demás aclarar que esto no tiene validez constitucional, ya que genera una presunción de Derecho de la responsabilidad Penal, aún así, trabajemos bajo el supuesto de que este modelo funciona en la práctica.

Las presunciones de Derecho de la responsabilidad Penal crean precisamente una objetivación de las conductas, sin que se sepa claramente cual es el resultado temido y la voluntad del sujeto en torno a ese resultado, más allá de lo que pueda alumbrarnos la mera actividad prohibida. Lo que se conoce también como un delito de peligro abstracto. Por los múltiples problemas constitucionales y de principios que el sistema indiciario trae consigo, cada vez tiende a ser menos usado en las legislaciones occidentales.

Pese a esto, es poco lo que se puede decir de la desobediencia como criterio de imputación, pues es un criterio perfecto de imputación. Lo criticable es su efectividad, como señala Nauke. “ No se puede fundamentar de modo alguno una autoridad legítima ante la desviación. Sólo existe un ejercicio del poder causalmente explicable, que adopta la forma de castigo”. No podemos ampararnos en que somos justos para castigar, solamente en que somos eficientes.

Bajo este prisma el decir que quien viola la norma se hace merecedor de la pena, es un modelo causalmente explicable, y por tanto lógico. Eso puede ser cuestionado únicamente desde sus resultados, y queremos dejar esto en claro, pues si más adelante desglosamos la norma y sus consecuencias no podremos decir que el legislador y el juez actúa injustamente ya que castiga bajo un modelo de imputación que excede el marco de la dogmática. Únicamente podremos a ese nivel señalar que su castigo es ineficiente y por tanto injustificado.

Podremos señalar que se da por asumido que nuestro ordenamiento jurídico no es una organización estructurada bajo tales criterios. Basta analizar el Art. 19 de la Constitución Política de la República para ver que no es sostenible un criterio de imputación objetiva a nivel Penal. Pero cuando estas barreras han sido sobrepasadas y se ha perdido la orientación liberal, buscando terminar o exterminar una conducta, el único lenguaje que se entiende es el de los resultados.

El único imperativo “real” que justifica la sanción es la convicción de la efectividad de la pena para que los comportamientos reprobados no se repitan en el futuro. Es dudoso que ello pueda ser superado en un modelo dogmático liberal inclusive. El hablar de un Estado Moderno implica evitar sancionar Penalmente sin una razón de fondo que justifique la coacción, por ello no puede haber una motivación última que no se auto critique en torno a sus resultados. El punto es que claramente la legislación que prescinde del Bien Jurídico de alguna forma asume o da por asumido que el resultado es indiferente. Por tanto, la aplicación de la pena pierde su única justicia.

El imperativo que subyace en todo sistema de sanciones por pedestre que sea es que el sistema funcione, pero si el resultado se presume, se asume a su vez que si no hay mejorías el sistema no sirve. Si planteamos en esos términos el objeto de la Ley no es posible aceptar fallas a nivel de resultados sino que siempre sería

necesario ir obteniendo consecuencias favorables a nivel estadístico. Esto es el problema de asumir que las drogas son un demonio que degrada a sus manipuladores, sin embargo, el Estado ha atacado el problema con un máximo de represión y no ha obtenido resultados. Si asumiera por un segundo que las drogodependencias son un problema que si bien no es solucionable puede ser controlado, en ese mismo momento el Estado debe asumir que su política fracasó. Podemos asegurar que un sistema de sanción Penal a la mera desobediencia es históricamente un sistema que ha causado, por uno u otro motivo, mayores males que los que se intenta prevenir. Por ello ni siquiera en los peores momentos de represión en la historia contemporánea alguien se ha atrevido a justificar la sanción Penal en la mera desobediencia a la voluntad Estatal- pese a que en la práctica esto pueda ser así., pero nunca se reconoce el equivoco de la política aplicada y se transforma a las drogas en un ser de contornos indeterminados y de peligrosidad infinita. Lo cierto es que lo que se consigue con ello es poner en cuestión la capacidad de la sociedad civil para enfrentar su propia seguridad, socavando con ello las bases de la democracia. Por otra parte, está en claro que el asumir la desobediencia como única fuente de la imputación de la pena es dar por sentado que los sujetos no tienen ningún derecho frente al Estado. Dicho de otro modo, no son sujetos de Derecho sino objetos del mismo. Esta forma de pensar transforma al poder judicial en una mera burocracia.

En ese escenario es imposible justificar un estudio serio del tipo Penal ya que cualquier esfuerzo no pasa de un mero ejercicio mental que jamás llega a concretarse. Esto ya no es un problema de jugar con trampas, es que el juego se ha desnaturalizado hasta tal punto que deja de ser lo que es para transformarse en otra cosa. Para seguir en la línea, es como si el dueño del balón sacara una pistola y matara a los otros jugadores.

Por ello podemos concluir que es imposible sustentar “ético-constitucionalmente” un modelo de imputación objetiva en materia Penal. Pero además, es un criterio de una potencialidad dañina para los individuos y la comunidad que supera con mucho lo beneficioso que pudiera ser. Nuestro planteamiento tiene límites, y ellos son que debe haber algo que la sociedad intenta defender, aunque no sea un Bien Jurídico. Esta es nuestra próxima preocupación.

#### **D.4. El Bien Jurídico Frente a la Función**

Como indicábamos, si bien la crítica anterior es totalmente válida en el marco del Derecho, no podemos decir nada en el campo de la lógica respecto a la mera desobediencia como fuente de la imputación. Porque lo que se imputa es la pena, y en este último caso la fuente de vinculación entre el sujeto activo y la sanción puede ser la voluntad del sujeto pero también puede ser la voluntad del Estado. Esto porque ningún sistema Penal, dogmático o no, prescinde de la desobediencia como criterio para determinar la responsabilidad, toda responsabilidad se basa ante todo en un ilícito, pero una vez que se asume que debe haber un vínculo psicológico y no material entre la sanción y el sujeto nos obliga a agregar un nuevo elemento: el objeto jurídico de protección.

Y así como lo que se protege en el Derecho civil es el patrimonio, por lo cual sin daño no hay indemnización. Tampoco en el Derecho Penal puede haber sanción sin lesión al objeto jurídico de protección. Si borramos el objeto jurídico asumimos

desde ya que hablamos de un sistema de imputación objetiva, pues el dolo y la culpa quedan reducidos al estudio de la teoría del error. En estricto sentido ésta no pertenece al injusto sino a la culpabilidad, como sea, igualmente carecen de importancia a nivel del resultado.

Por ello un sistema de represión a la desobediencia manifiesta múltiples defectos. Por poner un ejemplo: es imposible distinguir la tentativa de la consumación. Se puede ver que es el mismo principio utilizado por el legislador en materia de drogodependencias pues claramente basta un principio de ejecución para que exista delito consumado conforme lo señala el propio Art. 24. En la práctica la Ley de drogodependencias ha establecido un Derecho Penal del acto y no de resultado.

Pero debemos esperar que la sanción Penal, por ser la más alta medida de protección del Estado posea una justificación más intensa que el capricho o la mala voluntad de la sociedad a ciertas conductas. Es obligatorio que, en definitiva, proteja los valores, los intereses o las tareas más importantes para la sobrevivencia del país.

Como señalábamos, una vez que se asume que estamos ante una imputación subjetiva, necesariamente debemos presentar un objeto del delito. En este contexto la cuestión es objeto de debates a nivel dogmático, pero baste señalar que la gran competencia se plantea entre los conceptos de Bien Jurídico y de función.

#### **D. 5. Resumen.**

Este proceso nos ha llevado a definirlos tópicos que haremos objeto de nuestro interés, estos se mueven entre dos grandes líneas: una gran área que es el la norma jurídica imputable subjetivamente, otra área, la norma jurídica que prescinde del Bien Jurídico o la función para aplicar la pena. En este segundo grupo de situaciones, según hemos visto, se vuelve imposible hacer un estudio racional del tema, por cuanto se entra de lleno en el campo del abuso y la injusticia. En resumen debemos estudiar:

I El del Bien Jurídico agredido, lo que designaremos como el límite superior o individual de protección.

II La imputación de las conductas desobedientes-disfuncionales, que no afectan Bienes Jurídicos, que llamaremos el límite social de protección.

Para hacer esto último se debe tener especial atención en la forma en que se realizará esa imputación para mantener así un porcentaje de cohesión constitucional y una mínima lógica político criminal dentro de este estudio.

Pondremos especial énfasis en la relación de proporcionalidad con el límite individual.

Por último, en contraposición al límite individual llamaremos a este sector intermedio: límite social de la punibilidad. Lo que excede ese límite social obviamente debe ser liberado de sanción. Salvo que se quiera asumir una imputación objetiva de la responsabilidad que según lo expuesto rechazamos de plano.

#### **D.5.I. Principio de Proporcionalidad.**

Reconocemos la debilidad del planteamiento que hemos realizado hasta ahora en cuanto es demasiado complejo distinguir en la normativa en estudio cuáles son las normas que careciendo de conflictividad individual mantengan, sin embargo, un



interés a nivel funcional vigente.

No es posible descartar que esto reste efectividad a las proposiciones que se hagan desde uno u otro sistema. La dificultad más evidente es que hacer un estudio dividido como el diseñado lleva a justificar la acción Penal represiva a nivel de las drogas menos lesivas pero a plantear alternativas despenalizadoras o más garantizadas para las drogas más peligrosas. Es obligatorio tomar partido por una u otra opción como prioridad para evitar esta perversión.

Para nosotros la prioridad claramente está para el sistema político criminal de Roxin, y por ello pondremos el acento en la protección a los Bienes Jurídicos. Porque nuestra meta no deja de ser el Bien Jurídico porque nos preocupe la aplicación real de la norma. En consecuencia, el sistema de Jakobs será utilizado únicamente para definir el límite mínimo que se puede aceptar a la represión Estatal, o sea, definir claramente cuándo las normas en cuestión, miradas desde una óptica preventivo general positiva, carecen de efecto simbólico esperado y cuáles, puesto desde esa perspectiva, son los rendimientos máximos que se podría esperar de una legislación de esa naturaleza, determinando con precisión algunas reglas lógicas para la selección de conductas sancionadas dentro de la abundante enumeración del legislador.

Es esperable, sin embargo, que al analizar todas las conductas exista un hilo conductor entre aquella interpretación identificada con el límite de afección individual de aquella que se preocupa de la protección de funciones. Puesto que hemos ya manifestado nuestra adhesión al sistema de Roxin, creemos que en lo que no sea contradictorio con los postulados que nos hemos impuesto, debería atenderse a este modelo para todo el marco regulatorio Penal.

Para evitar que las conclusiones sean paradójales, el principio central debe ser el de la proporcionalidad. Esto conlleva dos efectos.

La sanción a las conductas agresivas contra los Bienes Jurídicos relevantes debe siempre tener la mayor pena, la sanción a las funciones sólo puede originar una pena de menor entidad partiendo del límite inferior que compete al límite superior o individual, o en su defecto, la aplicación de las sanciones debe estar sujeta a un marco de requisitos muchísimo más estricto.

De forma inversa, aquellas conductas que no son punibles si se realizan con drogas duras jamás deberían serlo para drogas blandas; aunque mirado desde el funcionalismo duro no haya objeción a su sanción.

Para concluir, si es que existe un conflicto latente, como pensamos, este conflicto no alcanza a ser resuelto por la dogmática o la simple aplicación de penas. Lo más razonable es que hoy por hoy hayan pocos indicios para plantear una solución consensuada para todo el tema, y lo único que cabe esperar en ese supuesto es que se siga manifestando una regulación autoritaria por mucho tiempo más. Lo lógico será que Estados Unidos o la Comunidad Europea cambien su orientación y entonces Chile siga este camino. El esfuerzo que planteamos no se realiza con el objetivo de llegar a la solución, sino de partir en su búsqueda; somos conscientes de las limitaciones actuales. Aún así, estamos convencidos que es relevante buscar una explicación lógica a los problemas de la legislación actual.

Ese arreglo no pasa necesariamente por la despenalización ni tampoco por una represión total- que es lo que se exige en todos los foros influyentes-, sino por una

definición de principios y criterios mínimos.

Pese a nuestros valores personales, lo que está debajo de los principios garantistas no deja por ello de ser real y merece, luego, ser objeto de interés. Bajo estos supuestos se enmarca nuestro impulso. Hasta ahora sólo nos hemos preocupado de un solo punto, dar una coherencia al análisis. Señalar cuándo en el ejemplo propuesto, el Estado comienza a jugar fuera de las reglas, sea porque estas reglas no sirven o porque el Estado desea violarlas. Nuestro próximo punto será la definición de las reglas que deberían regir esta competencia de intereses en miras a los intereses que el mismo Estado declara.

## CAPITULO II

### EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA LEY Nº 19.366

#### A. Teoría General.

En materia de teoría general del delito respecto al Bien Jurídico se encuentra- nos dice Rudolphi- “una considerable falta de claridad”. Ella se desprende en gran medida de la existencia de dos posturas doctrinales históricas. La doctrina teleológica que sostiene que toda interpretación debe ser realizada bajo la luz del Bien Jurídico protegido en la norma, mientras que otra corriente coloca al Bien Jurídico como un fin central en materia dogmática asignándole una función material o de determinado contenido al concepto.

En este camino encontramos aquellos que programan al Derecho Penal como un sistema de normas de exclusiva protección a Bienes Jurídicos, desde lo cual se derivan una serie de características propias de la actuación del Estado de Derecho llamadas comúnmente principios, por ejemplo, la lesividad y proporcionalidad. Lo anterior, complementado con otras garantías como el principio de legalidad jurídico Penal forman la base del llamado Derecho Penal Liberal.

Desde el concepto teleológico (uno de los más conocidos es el de Honing) se critica la falta de claridad de un concepto material y, más aún, de una unidad conceptual pues para que hubiese tal unidad previamente debería existir una unidad de principios asumida por el legislador. Positivamente sería imposible probar la lesión al Bien Jurídico protegido concebido desde la doctrina material, el ejemplo clásico en este sentido lo conforma la moralidad pública. En respuesta a esta limitación Honing se inclina por concebir el Bien Jurídico como “el fin que ha reconocido el legislador en todas las prescripciones Penales”. Concepción que es hoy más conocida como la Ratio legis. Esta corriente elimina todo contenido liberal a la Dogmática, y, en cierto sentido deja subsistente el problema que se presentaba a Birnbaum al concebir el concepto de Bien Jurídico. Sin duda presenta una utilidad metodológica, pero en contra tiene la fragmentación del concepto hasta el punto de hacerlo muy poco comprensible. Por lo demás reduce mucho la utilidad de que exista un concepto de Bien Jurídico. En un sentido diverso el concepto liberal o material del Bien Jurídico viene dado con anterioridad y deriva de la filosofía iluminista y de la teoría del contrato social. El problema planteado desde esta teoría es que si la función del Estado liberal es la protección de los Derechos contenidos en el contrato social, en cierta medida toda acción contraria a Derecho es una violación a los “Derechos subjetivos” del contrato. Frente a esta postura inicial Von Litz se propuso fortalecer un concepto delimitador de la función represiva del Estado, que justificado en la protección de la norma jurídica (Derecho Subjetivo) puede hacer y deshacer con los ciudadanos. Von Litz define el Bien Jurídico como aquellos intereses esenciales para la vida de la comunidad estatal, estos son previos a la comunidad, por lo que son límite a la actividad del Estado. Este concepto quedó rezagado en la discusión general hasta la post guerra.

Cabe agregar que como señala Emilio O. De Toledo y Ubieto, bajo esta concepción de un Derecho Penal limitador de las funciones Estatales en gran medida se tiende a (Toledo dirá se debe) “comprender en clave marxista”, lo que a nuestro entender es casi una crítica a esta corriente. Frente a esto se puede afirmar que la concepción liberal es antagónica a la metodológica dado que la concepción metodológica se preocupa del problema formal y la concepción material se atiene al contenido que le compete a ese concepto. Jakobs de las limitaciones producidas por este antagonismo declara la inutilidad del concepto debido principalmente a que no refleja propiamente la realidad, y que si ello ocurre, es simplemente porque se acopla al concepto de función.

Las razones para rechazar esta posición ya las hemos esbozado pero conviene detenerse en un punto. Habíamos concluido que existe una diferencia radical entre el concepto teleológico y el concepto material. Las diferencias entre uno y otro se deben más que nada a que cumplen funciones distintas dentro de la dogmática. Siguiendo al neo kantismo el concepto teleológico es en realidad una categoría formal sobre la cual se comprende el Derecho Penal en cuanto sistema abstracto, y para el concepto liberal, al referirnos al Bien Jurídico estamos frente a la substancia con la que se forma dicho conocimiento. Aunque en la realidad la cuestión no es así de perfecta, refleja el fondo de la discusión. Posiblemente la única forma de salir de este embrollo sea dejar de lado la concepción neo kantiana y volcarse, como expresábamos, al concepto de función pero limitado liberalmente (lo que implica abordar la norma jurídico Penal unitariamente). La labor se facilita en cuanto actualmente no es discutible el programa o los requisitos que una teoría, sea cual sea ésta, del Bien Jurídico debe satisfacer.

Hoy por hoy el concepto de Bien Jurídico es poco rebatible que deba analizarse bajo una óptica funcional. De hecho, el repaso de las posturas liberales y teleológicas lo efectúan actualmente todos los autores que se refieren al punto, pero su referencia es más que todo con un afán pedagógico pero no propiamente teórico. La comprensión de este concepto es hoy social, lo que desde que se planteó el finalismo por Welzel, mantiene cierta unidad.

Las posiciones funcionales contemporáneas se dividen en una corriente Sociológica representada por figuras como Hassemmer o Muñoz Conde, por nombrar algunas, corriente que se identifica con la escuela alemana de Frankfurt. Y otra corriente denominada Constitucional, ésta última a su vez es interpretada por dos posturas. Un grupo mayoritario que sustenta que la Constitución de cada país es el límite al uso del *ius puniendi*, postura seguida por Rudolphi o Roxin. Y una corriente menor que pone a la Constitución como un agente de cambio social, uno de sus más fuertes defensores es Bricola.

El punto es establecer la existencia de valores o de conceptos claros que organizan dichas funciones y seleccionan los comportamientos agresivos para ellas, determinando dentro del sistema cuales ameritan la sanción Penal. Si quien determina la funciones relevantes para la subsistencia es el

gobernante parece ser que el límite no existe y es muy fácil pasar de la necesidad del Estado a la punición. Por ello el ocuparse del concepto de Bien Jurídico y no el de Función a secas, que hoy viene a ser lo mismo en la base, se justifica en que el concepto de Bien Jurídico tiene -o se espera que tenga- “algo” que no posee el concepto de función y que puede limitar claramente la actividad Estatal y conducirla dentro de los cauces de un Estado liberal o Democrático.

El problema puede ser observado así: tanto el concepto de función como el concepto de Bien Jurídico pueden llegar a limitar la actuación del Estado. Pero en la práctica lo que ocurre es que el concepto de función es tan maleable que en su ejercicio llega a producir interpretaciones perversas de la Ley. Por ejemplificar, es impensable que el principio de lesividad sea absorbido por la idea de Función pues las funciones no se lesionan sino que se modifican, desde la perspectiva de la Función toda modificación puede ser considerada una agresión mirado desde el poder establecido (Toledo y Ubieto) y concebido así, todo cambio social es potencialmente un delito. Así también, es muy difícil dibujar los contornos de principios como la proporcionalidad desde la función, pues a la larga una teoría funcional no es otra cosa que una Teoría de la Seguridad Jurídica donde todo comportamiento anómalo dentro del Estado puede llegar a ser peligroso. La diferencia entre Función y Bien Jurídico más que metafísica es práctica, en tanto que este último fija un marco liberal basado (aunque no se reconozca siempre explícitamente) en las valoraciones culturales de las sociedades occidentales. La Función, en cambio, se sustenta sólo en un marco real que prescinde del elemento cultural-histórico que hay detrás de Bien Jurídico. Este trabajo deberá tender a formar un marco real-liberal.

### **B. Desarrollo Funcional del Concepto. La Corriente Sociológica y la Constitucional**

Según Rudolphi el sistema liberal por excelencia en los Estados occidentales se halla en la Constitución. Para él tanto el concepto material como el teleológico están presentes en esta normativa. A esto hay que hacer una objeción práctica y, en otro sentido, una objeción teórica.

La primera es que en el fondo el sistema de Rudolphi ha sido diseñado para los Estados Europeos, más precisamente para Alemania, teniendo similares condiciones de aplicación en Italia y en España. Dicho desarrollo se justifica en base a dos elementos: En primer lugar el concepto de “Estado Social y Democrático de Derecho”; y por otra parte la existencia de Tribunales Constitucionales con capacidad vinculante. Dado que no hay un concepto explícito de Estado Social y Democrático de Derecho dentro de nuestra carta fundamental, y puesto que tampoco existe un tribunal constitucional autónomo, con un recurso equivalente al de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que tenga alguna relevancia más allá del caso específico en que se ejerce, la teoría constitucional del Bien Jurídico es inaplicable en Nuestro País.

La crítica metodológica viene de Toledo y Ubieto, quién distingue entre una función positiva y negativa del Bien Jurídico. La función negativa o limitadora de la actividad estatal puede ser efectuada perfectamente por la

Constitución Chilena mas, la positiva, es decir, como agente de cambio y de desarrollo, eso compete a la sociedad y más específicamente a la actividad política.

Sin embargo, esta crítica no afecta a Rudolphi porque la apreciación se refiere a la teoría constitucional más extrema, la que se identifica con Brícola. En este camino, el mismo Rudolphi reconoce que “La vida social es un organismo vital, que a diario se reproduce según determinadas leyes funcionales en base a ciertas situaciones sociales...Los Bienes Jurídicos son unidades funcionales sin las cuales nuestra sociedad en su estructuración concreta no sería capaz de existir...Para el legislador Penal se deriva el deber constitucional de amenazar con pena solamente aquellos comportamientos socialmente dañosos, es decir, que perturban unidades funcionales constitutivas de nuestra vida social”.

Lo cierto es que este es un problema práctico, que sólo puede resolverse dentro de la realidad de nuestro país y su legislación, por ello lo más práctico es seguir un concepto Sociológico como el de Hassemer. Éste se designa como concepto personal de Bien Jurídico.

Según Hassemer para alcanzar un concepto personal del Bien Jurídico se debe estar más a los procedimientos que a los sacres conceptuales.

La estrategia correcta para determinar el Bien Jurídico implícito es fijar primeramente la Función que con la normativa se está protegiendo, lo que implica reconocer el conflicto y los métodos de solución legitimados por la sociedad. En una primera aproximación: los contornos de la función protegida. En un segundo sustrato, para obtener el Bien Jurídico de manera precisa debe buscarse el interés individual que se ampara con la normativa.

En resumen, el análisis arroja un doble resultado: primero los conflictos originados por las drogas y su tráfico y, en un segundo momento, los intereses de los ciudadanos que se ven afectados por dicho conflicto.

Desde esa óptica la Constitución mirada como límite a la capacidad punitiva del Estado sigue manteniendo una importancia primordial. Las críticas planteadas son más bien respecto a la uso de la Constitución como método de fijación de los Bienes Jurídicos. La Constitución es un arma importante en la protección de los ciudadanos, el punto es si esa arma de protección puede a su vez ser el instrumento de determinación del objeto Jurídico de protección de la norma. Es ese cometido el que excede las posibilidades de la Constitución Política de la República de Chile, al respecto sólo cabe darle una labor coadyuvante.

### **C. Críticas a la Salud Pública como Bien Jurídico Protegido**

#### **C.1. Problemas Generales.**

Hoy es muy complejo encontrarnos respecto al Bien Jurídico protegido con posiciones distintas a la Salud Pública, concepto que se omite definir; omisión que transforma a esta idea en un monstruo en constante crecimiento. A favor de su uso se pueden encontrar tanto normas constitucionales, como tratados internacionales suscritos por Chile.

Dice la “Política y plan nacional de prevención y control de drogas” de mayo de 1993:

“El uso indebido de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, su

producción, tráfico y distribución, son materias de especial preocupación del Supremo Gobierno de Chile, así como de toda la comunidad, por constituir una seria amenaza para la salud y el bienestar de las personas, y un daño a las bases culturales, económicas y políticas.

En nuestro país se ha venido observando un aumento en el consumo indebido de estas sustancias en los distintos grupos sociales, asociado a varios factores individuales y familiares, especialmente a la juventud, detectándose que en reiteradas oportunidades se incurre en conductas ilícitas bajo los efectos de las drogas o con el propósito de obtenerlas". Sin embargo, al leer este mensaje de la Ley en estudio nos encontramos con que no se hace referencia a la Salud sino que las causas de incriminación de la conducta son que: "El tráfico de sustancias o drogas estupefacientes y psicotrópicas y su consumo indebido constituyen una seria alteración de la convivencia social y afectan de una u otra forma todas las actividades del país". Se nota claramente que la Salud Pública si bien era contemplada como un interés específico para el gobierno al momento de ingresar el proyecto a trámite, y tampoco se puede decir que deja de serlo, al menos es absorbido por los intereses más generales que persigue la norma.

Por esta falta de compromiso respecto de su uso, el alto nivel de abstracción que tiene el concepto y por otros motivos es que el uso de la Salud Pública como Bien Jurídico protegido de la Ley no es un hecho pacífico en la doctrina. Aunque la doctrina dominante se inclina a favorecer su empleo.

## **C.2. Problemas en la Delimitación del Concepto Salud Pública**

Partiendo por una aproximación intuitiva digamos que por Salud Pública se entiende aquél grupo de condiciones necesarias para que los sujetos vivan sin exposición a enfermedades, concepto que se identifica con el de higiene. Si nos interesamos por el desarrollo histórico de los delitos que se asocian a este concepto nos daremos cuenta que ellos están muy vinculados al despliegue del Estado Moderno y entroncan directamente así con el desarrollo científico, en especial de la Medicina.

Ahora bien, visto superficialmente el aceptar este concepto como un Bien Jurídico parece tiene una gran solidez, sin embargo, observado de cerca la unidad férrea del concepto muestra sus grietas. Partamos por la definición de la Organización Mundial de la Salud (en adelante O.M.S.):

"La salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades".

Aquí encontramos la gran objeción al concepto de Salud Pública, cuando este concepto se escinde de la ausencia de enfermedad para comprender otros elementos claramente gana en extensión pero pierde mucho en delimitación.

Si el Bien Jurídico protegido no sólo es la salud física sino que el bienestar mental y social de la comunidad, como es "pública", es preocupación de la autoridad evitar que se den condiciones que puedan llegar a afectarla. Esto obliga a un adelantamiento de la punición a niveles extremos.

Entonces nos encontramos de cara con una ampliación inaceptable de las

facultades punitivas del Estado, no tanto porque no sea una valor importante la estabilidad social o el bienestar mental de la población, sino porque es un concepto inasible, especialmente desde una óptica preventiva. Más cuando el bienestar psíquico y el bienestar social son conceptos que no se sabe con precisión qué significan. De aceptar agregar estos concepto al Bien Jurídico Salud Pública dicha interpretación viola distintos principios Constitucionales partiendo por la libertad de conciencia, el Derecho a opinión y la no discriminación. Porque basta ver los tipos penales de la Ley para notar en extenso las libertades poéticas que se permite el legislador basado en esta carencia de límites. De la misma manera que se castiga el tráfico y consumo de ciertas sustancias justificado en la Salud Pública, el día de mañana se puede decir que el tener más de cinco hijos es un delito que afecta la salud mental y social de la comunidad, transformando al Derecho Penal en una herramienta moralizadora.

El problema es que nadie ha tenido una preocupación legislativa en fijar el límite o dar pautas jurisprudenciales precisas atendida su probabilidad dañosa, o al menos, alguna especificación de los preceptos constitucionales que dan pábulo a la punición. En la práctica se da por asumido que el concepto es totalmente válido y, más aún, se utiliza liberalmente para objetivos que exceden los mandatos del Derecho Penal. Mucha de la problemática a este respecto se sostiene en ciertos equívocos. El primer error que existe es explicar el Bien Jurídico Salud Pública con el concepto de Salud individual de la O.M.S., porque no toda afección a la Salud puede ser punible. El concepto de Salud Pública para que tenga validez como Bien Jurídico necesariamente tiene que ser más restringido que la definición de la O.M.S..

No se encuentra problema alguno usar el concepto de Salud citado para su manejo como un Bien Jurídico, siempre y cuando se fije el límite proporcional de agresión. Pero este límite no se puede dar porque el bienestar Mental y Social no son conceptos determinables. Desde este horizonte el rendimiento que cabe esperar de este concepto es una norma de comportamiento aceptable o deleznable, es decir, un concepto moral. Se pasa de una ética de púlpito a una ética de consulta psiquiátrica.

Del estudio que hemos realizado sin duda el concepto de Salud Pública es el que más se adecua a los intereses liberales, pero en parte el esfuerzo presente se orienta a encontrar los contornos de esa expresión.

No sobra preguntarse ¿Por qué no cabe que el Derecho Penal sea una herramienta del enriquecimiento moral de la población?. La respuesta es que es muy dudoso que la falta de moralidad pueda ser un delito. Respecto a esta idea dice Stuart Mill:

“ El objeto de este ensayo es afirmar un sencillo principio destinado a regir absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo en lo que tengan de compulsión y control (...) Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno Derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie



puede ser obligado a realizar determinados actos porque esto sería mejor para él, porque le haría feliz o porque en opinión de los demás, sería más acertado o justo. Estas son buenas razones para discutir, para razonar o persuadirle, pero no para obligarle ...Sobre si mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano.”

Según Dworkin, la sanción penal de las conductas inmorales funciona en las sociedades donde el Estado se transforma en pater familias y en censor del comportamiento, tratando de imponer pautas de actuación privadas. Para superar esta tendencia a moralizar a la sociedad se debe determinar cuál es el límite en que el perjuicio de las drogas se transforma en un problema social. Este tope sólo se puede fijar en la medida que se centra la discusión en torno al daño sancionable. Y en ello donde nuestra legislación sobre Drogas, sustentada sobre la Salud Pública, muestra sus mayores carencias.

El perjuicio personal no puede ser castigado, como tampoco el daño causado a terceros consumidores, que en el caso de la droga sean transacciones con terceros adultos, mientras no medie fraude o engaño. El daño transitivo que es el daño que el traficante o consumidor causa a otros como consecuencia de su inmoralidad es el único sancionable, y sólo luego de muchas depuraciones.

Aún cuando se acepte la potencialidad de daño que puedan tener el tráfico para el propio consumidor, las razones de su castigo deberían estar circunscritas a la probabilidad más o menos alta de que la conducta cause daño, sea para una generalidad de los consumidores, contra su propia voluntad, o al bienestar físico, mental o social de la comunidad. De lo contrario ya no es Salud Pública.

Así, el concepto de Salud Pública cualquiera sea éste puede ser protegido Penalmente en la medida que afecta a alguien contra su propia voluntad o a terceros. Siendo todo esto un problema de probabilidad de injuria.

El que la Salud Pública difiere de la Salud Individual es una de las pocas afirmaciones que causan consenso; generalmente se señala que es más que la suma de las saludes individuales. Pero esto no puede significar que diste tanto de la Salud Individual que deje de ser propiamente Salud, ya que si algo llega a diferir tanto de su género que se separa de los elementos esenciales que lo distinguen deja de estar integrado a dicho género.

Por nuestra parte identificamos lo esencial del concepto de Salud en el Bienestar, por ello el punto es fijar aquellas agresiones que están capacitadas para perjudicar ese Bienestar. Atendido lo anterior podemos comparar el concepto de Salud de la O.M.S. con la casuística en que el legislador designa como objeto jurídico de protección a la Salud Pública. En ese entendido si miramos a la salud como el Bienestar físico de los sujetos parece no haber problema en extrapolar la definición de la Salud Individual a la Salud Pública, ya que la medicina ha alcanzado suficientes avances que permiten estadística y por métodos inductivos dar un corte claro a lo probablemente dañoso y lo probablemente inocuo.

No ocurre lo mismo si configuramos un sistema de protección del Bienestar mental y el muy maleable concepto de Bienestar social. Estas

dificultades se deben a que es imposible individualizar el daño. Al referirnos a lo "público" estamos argumentando que el Estado comienza a proteger standards de comportamiento, pese a que en la norma comúnmente no se fija dicho promedio. La pregunta es: ¿La Salud Pública como es definida por la O.M.S. permite que se determine cuándo se está ante una conducta que crea el infortunio o malestar para la psiquis o la sociedad?. A nuestro entender, la respuesta es negativa.

Si se observa el caso de los delitos contra la Salud Pública relativos al tráfico ilegal de drogas se señala que en su combate dos son las causas de su florecimiento: la liberalización de las conductas y el aumento del poder adquisitivo. Por medio de mayor represión o el alza de precios a través de la baja en la oferta se pretende regular estas prácticas, sin embargo, la represión no ha servido de mucho en el control de estas conductas. Sólo ha sido muy útil a la hora de mantener el control de ciertos grupos o de aumentar la punición de algunos delitos. Dado que la represión se efectúa respecto de determinados comportamientos considerados física, psicológica y socialmente lesivos, resulta muy difícil medir el grado de certeza de los motivos de incriminación de las conductas, y también resulta muy difícil medir los resultados de la política criminal.

La verdad es que la normativa es sumamente ineficiente y respecto a este punto existe abundante material. Pero no se reflexiona en un punto: da igual que fuera la normativa más eficiente del mundo, su inutilidad solamente abona al hecho de que nadie sabe hasta dónde se puede llegar si se avanza en el castigo del daño psicológico o social.

Siendo conceptos que parecen muy loables, el bienestar psicológico y social de la comunidad son dos ideas que nadie puede decir con precisión qué significan, salvo que se concreten en ciertos márgenes de condiciones materiales, porque los Estados no pueden garantizar niveles mínimos de felicidad o de ética. Más allá de esto, en todo caso, lo real es que no hay forma de comprobar una agresión respecto de un concepto que no se puede objetivar.

Es un hecho aceptado en doctrina que para que haya un Bien Jurídico éste debe ser posible de lesionar y de comprobar su lesión. Es decir, si existe un Bien Jurídico que es indemne a toda agresión o, en su defecto, jamás se puede determinar si ha sido dañado, esta entidad no es un Bien Jurídico propiamente tal, puesto que ¿con qué objeto el Derecho va a castigar a alguien que no puede producir por más que se esfuerce el resultado temido?. ¿Con qué medios el Estado va a justificar la agresión que significa la pena si no sabe si el resultado se verifica o no?.

En resumen, es evidente y de toda claridad que el aceptar la integración de los conceptos de bienestar Social o Psicológico al Bien Jurídico Salud Pública es dogmáticamente errado. A su vez, es poner en inconstitucionalidad cualquier intento de punición ya que es el castigo de la tentativa imposible o es la alteración del debido proceso, en cuanto no se entiende como el acusado se va a defender probando que no causó un peligro que jamás se puede demostrar.

Por esto el marco del peligro debe reducirse sólo al peligro que atenta

contra el bienestar físico (es decir aquellas conductas que perjudican a los individuos contra su voluntad). En la medida que exista la probabilidad dañosa de la sustancia respecto del bienestar físico de la comunidad estamos ante un peligro efectivo del que bajo parámetros fácticos puede perfectamente ser demostrado y rebatido. Lo anterior se puede obviar y castigar a los traficantes por el “peligro que las drogas tienen para la vida en comunidad”, pero esto no difiere del castigo que puede recaer sobre el ladrón del vellocino de oro. Algo que no se sabe que exista y que nadie ha visto jamás.

D. Concepto de Salud Pública.

#### **D.1 Doctrina Dominante.**

Es competente para abarcar claramente la complejidad del problema revisar parte del espectro de ideas, que acerca del objeto de protección de la norma, se han vertido. Aparentemente este punto debería ser anterior al análisis del concepto en sí. Empero, no existe un concepto doctrinal satisfactorio sino más bien una discusión que en la generalidad de los casos no recae tanto sobre el concepto de Salud Pública y sus características, sino sobre la multiplicidad de intereses que se pretenden custodiar por la norma. Por esto nos hemos inclinado por tratarlo con posterioridad.

Tanto la doctrina española y nacional con cierta uniformidad aprueban a la Salud Pública como el objeto jurídico de la Ley, aunque no existen definiciones claras, ni menos aún, fijan sus límites.

Se dice por Boix Reig que la cuestión no es nada pacífica. Aunque en estas materias muy pocos factores lo son. Pese a la línea general de los Penalistas hispano-americanos Lorenzo Salgado indica que el Bien Jurídico protegido es el “Interés del Estado” en este tipo de sustancias. En una expresión más clara, Jean Pierre Matus en Chile observa que el interés del Estado es “evitar las conductas que promuevan el consumo masivo en la población”.

Esto aporta un elemento interesante que ha sido poco observado por el legislador y los jueces: si se va a usar el Bien Jurídico Salud Pública sin referencia a su contenido específico es preferible señalar una función pura y simplemente, y desde ya se limita bastante el *lus Puniendi* y se hace, por tanto, más simple la labor de interpretación.

Otros autores como Cobo del Rosal asumen que existe una protección de “intereses culturales y morales” (en 1977 se halla otra posición). También, sin un pronunciamiento preciso sobre el contenido. Por otra parte abolicionistas como Díez Ripollés se inclinan simplemente por demostrar que no es la Salud Pública el Bien Jurídico o, asumido que ella es el objeto de protección de la norma, la normativa Penal es claramente inútil y, aun más, es un factor criminógeno.

Para nombrar algunos de los autores que se declaran a favor de la Salud Pública nombraremos a Juan Bustos. Este autor exige, sin embargo, un “plus” que será la intención en todo el ciclo de la droga de “imponer” el consumo. Alega que no puede prohibirse el consumo si éste es una manifestación de la personalidad, derivado de ello la venta final tampoco

debe estar sancionada, por ser esto un contrasentido que limita el consumo. En resumen, Bustos parte de la Salud Pública pero con un requisito esencial que es el atentado a la libertad del consumidor. Pese a esto Bustos tampoco define Salud Pública.

Otro defensor de la Salud Pública es Francisco Muñoz Conde, expresa que la preocupación por la seguridad de la salud como una condición general resulta de una época relativamente tardía. Antiguamente los problemas de higiene se consideraban castigos divinos. El progreso de la medicina modificó esta relación, desde entonces una de las funciones más importantes del Estado es la protección de la Salud Pública. Poniendo como base la definición de la O.M.S en que la salud es más que la suma de las saludes individuales Muñoz Conde acepta la definición de Boix Reig: "Aquel nivel de bienestar físico y psíquico que afecta a la colectividad, o a la generalidad de los ciudadanos".

Desde todas estas perspectivas, hasta las más liberales, la Salud Pública no es el límite de higiene exigido a toda la sociedad y parece extraño que no se haya notado el defecto lógico que impide al concepto ser aprehendido como Bien Jurídico. Esto conlleva problemas evidentes de interpretación (la función teleológica del Bien Jurídico desaparece) pero, aún más, crea una problemática nueva a la que ya hacíamos referencia. Un concepto de este tipo puede catapultar al Derecho Penal como una técnica de control moralizador. Con razón Cobo del Rosal sostiene que "existe un aporte muy poco feliz en la determinación del objeto de protección".

Apunta, además, que en gran medida la falta de éxito en la determinación del Bien Jurídico se debe a la poca importancia que da el Estado a este principio a la hora de tipificar las conductas. En cierta medida para Cobo lo que existe - en el artículo indicado, más adelante cambia su postura - es un Monopolio Estatal, el tráfico es la violación de ese interés preponderante. Esta motivación de pena no alcanza, sin embargo, a ser un Bien Jurídico. "Las razones en virtud de las cuales se incrimina el tráfico han sido expuestas, las más relevantes, en apartados anteriores. Desde la libertad individual, la salud, la integridad, vida, prevención de otros delitos, etc. pueden ser traídos a colación, pero ellos no son el Bien Jurídico, en el sentido que debe ser desarrollado y concretado. Son simplemente eso, variadas causas político criminales que pesan sobre el legislador en orden a la incriminación de las conductas de tráfico.

Como se observa claramente esta posición de Cobo se acopla perfectamente con la concepción Material del Bien Jurídico. Desde su particular visión Cobo analiza las causas esbozadas concluyendo que no pueden llegar a ser el Bien Jurídico pero sí la función sobre la que éste se construye. En la medida que desenmascaran la existencia del conflicto al menos superficialmente cualquier esfuerzo posee validez.

Bajo este somero examen se puede observar que el concepto de Salud Pública es el que más se acerca a las características que se exigen a un Bien Jurídico. Además tiene el valor de generar un importante grado de consenso. En la formulación actual, lamentablemente, no alcanza, como se observa, a cumplir los requisitos mínimos de precisión y funcionalidad que

cabe exigirle dentro de un sistema liberal.

## D.2 Estructura de una Solución Alternativa

Aparece como necesario formular una propia explicación. Las soluciones ofrecidas por los distintos sistemas no satisfacen los requisitos que nos hemos fijado como necesarios y deseables para nuestro estudio.

Siguiendo a Hassemer en materia de teoría general, el problema del Bien Jurídico es más un problema de Método (actitud) que de concepto. Lo más relevante es descomponer las características que ha de tener el Bien Jurídico más que su formulación general. Dichas características son a saber:

1. "El concepto debe ser abierto para no reducir la óptica a fenómenos relevantes"
2. "El concepto debe nacer de los procesos sociales y políticos".
3. "Por último debe definirse como un interés humano necesitado de protección jurídico Penal."

En dicha configuración encontramos dos procesos y un principio general que rige el desarrollo del discurso.

El principio indica que "el Bien Jurídico debe ser una definición amplia de la realidad". El primer proceso, en tanto, pasa por la determinación del conflicto implicado y las fórmulas de solución (procesos sociales y políticos) y, a continuación, la formulación del interés humano necesitado de protección.

Quien fija dichos intereses es en el Derecho occidental la Constitución pero, por las razones ya expresadas respecto a nuestra normativa, una determinación de potencialidad lesiva probable parece ser más razonable. Dicho de otra manera, para determinar el Bien Jurídico implicado, primero han de fijarse las bases de la función protegida. Luego, dentro de estos intereses, la probabilidad de que las conductas castigadas sean efectivamente lesivas para los individuos.

Una de las críticas más importantes dirigidas a Hassemer es realizada por Stratenwerth en cuanto declara que no se puede asumir un Derecho Penal que renuncie a la pena para los "nuevos delitos", v. Gr, drogas, medio ambiente, etc. Pues son actualmente las agresiones más graves a que hace frente la sociedad.

En compensación a la doctrina de Hassemer este autor ofrece un límite que excede el interés individual: "Las normas de conducta referidas al futuro retro-referencia a intereses individuales".

Stratenwerth propone proteger contextos de vida como tales... "sin que esa necesidad se pueda reconducir a los intereses reales de cualesquiera de los participantes". Por consiguiente, el Bien Jurídico debe sufrir modificaciones de como lo conocemos. Para expresarlo de manera más simple, es muy similar al sistema de Hassemer pero solamente limitado al primer proceso, en el cual los intereses individuales son substituídos por los intereses del progreso.

Se puede contestar a esta crítica y proposición que cuesta demasiado visualizar las normas de conductas referidas al futuro sin que en materia de drogas se haga una moralizadora referencia a la protección de la juventud,

la estabilidad de la familia o la paz de la comunidad, y otros conceptos de esta naturaleza, que ya hemos criticado.

### **D.3 La Función Relevante en la Ley Nº19.366**

#### **D.3.I. Introducción.**

Las drogas al parecer han existido en todas las culturas desarrolladas y han funcionado con mayor o menor aceptación, aunque sólo en este siglo la drogadicción ha tenido el carácter de problema social mayúsculo. Sin embargo, como lo indica Milton Silverman, se supo de casos de dependencia que fueron los que sensibilizaron a la población respecto de estas sustancias. La primera curiosamente fue la Heroína y no la cocaína que tiene una data anterior. Ésta última posteriormente también fue reconocida por su peligro, asimismo, los barbitúricos fueron condenados por su peligrosidad (es sintomático que sus descubridores hayan muerto por su consumo). No es prioritario hacer historia de esto, sino recalcar que anteriormente a la existencia de las drogas naturales purificadas (cocaína, heroína, morfina, barbitúricos) no existían conflictos relevantes con las drogas, estos conflictos datan del desarrollo de la ciencia en este siglo y finales del anterior, lo que no significa que no hubo regulación al respecto, pero no poseía los contornos represivos de la actual.

La regulación represiva tuvo su origen, en primer lugar, en el avance científico que logró producir drogas de efectos más intensos y adictivas. En segundo lugar, hay que agregar que si bien es cierto que ha existido conflicto, éste se reduce clásicamente a tres grupos de drogas conocidos: los opiáceos, los derivados de la hoja de coca y los barbitúricos. Ni la marihuana, ni el L.S.D., u otras tienen antecedentes fidedignos de peligrosidad relevante. Si a la lista antes señalada se agregan algunas nuevas invenciones como las meta-anfetaminas y las drogas sintéticas de alta adicción y toxicidad crónica, entonces se puede elaborar una lista limitada de sustancia de alta toxicidad y dependencia.

Este hecho ya es de suyo muy relevante porque de todas las señaladas la cocaína y los barbitúricos son las únicas que tienen consumo real en Chile. Las anfetaminas muy por detrás, que por su composición no cabe dentro del grupo de alta toxicidad y adictividad en todo caso.

Siendo más precisos, según las estadísticas oficiales sólo la cocaína y los otros derivados de la hoja de coca presentan problemas trascendentes de tráfico en Chile. Tanto las estadísticas nacionales de 1996 del CONACE como las de Carabineros de Chile 1997 así lo indican. Asimismo, otras drogas de consumo relevante son marihuana, fármacos de uso terapéutico y el consumo de neopren y otros solventes del mismo tipo.

En conclusión, el quid es que la Ley del tráfico de drogas no puede interpretarse igual para todos los tipos de tráfico dado que no todas las sustancias son potencialmente dañinas, e incluso algunas no tienen efectos lesivos comprobados.

#### **D.3.II Primer Proceso de definición del Bien Jurídico. Análisis Criminológico**

El comenzar a definir el marco de problemas que crea para la comunidad el tráfico de drogas requiere un análisis muy detallado de las posturas

sociológicas preponderantes.

Es relevante determinar que exista un conflicto, ya que si lo que crea el conflicto es la norma, como no pocos catedráticos señalan, la norma debe ser derogada. Es más, no puede ser aplicada, porque ni siquiera existe una función relevante protegida.

Esta posición demasiado radical, por lo cual no es posible pensar que tenga resultados positivos en el mediano plazo. Por ello creemos que valdría la pena explorar la posibilidad de formular un concepto de Salud Pública o de otro Bien Jurídico antes de decir que no hay Objeto Jurídico de Protección de la norma.

Ahora bien, para buscar el Bien Jurídico subyacente en la Ley previamente debemos determinar el conflicto social que se regula por el objeto jurídico de protección. Para ello haremos un análisis de las distintas teorías que la criminología ha generado para explicar la génesis del conflicto relativo al tráfico y consumo de sustancias prohibidas. A diferencia de lo que se puede pensar las teorías respecto de la drogodependencia y el tráfico son escasas y muy similares entre sí. Por ello buscaremos agruparlas de una manera coherente.

La criminología más tradicional ubica su punto de partida en la teoría denominada Broken House, teoría estructurada gracias a los estudios del matrimonio Gluek. Esta es más conocida como teoría de la Socialización Deficiente. Complementada posteriormente con las teorías de la Asociación Diferenciada (Sutherland) y su último estadio: la teoría de la Sub-cultura y La Neutralización. Al respecto, es poco lo que a cualquier lector ya iniciado en el tema de las drogas se le puede agregar, es principalmente la hipótesis que prima en el discurso oficial y en los medios de comunicación social. A manera de compendio: el problema de la drogodependencia se identifica con los jóvenes provenientes de hogares mal constituidos, de baja autoestima y sin inserción laboral, se relacionan formando grupos que derivan a la criminalidad para satisfacer sus necesidades. Éstos llegan tarde o temprano a actividades criminales debido a su constitución deficitaria en cuanto a lo social. Dentro de ese contexto son fácilmente tentados por los traficantes dada su marginalidad y carencias afectivas. Un paso adelante dan aquellos sistemas que son actualmente el núcleo duro de la criminología tradicional, son designados como teorías de la Estructura Social Deficitaria. En este caso la razón del delito, en general, y del consumo y tráfico en particular, no se debe a las micro estructuras sociales sino a la organización general de la sociedad. Los defectos de la estructura social se evidencian en la falta de medios y oportunidades para conseguir las expectativas que provoca la misma estructura de la comunidad. Esta doctrina se identifica con la teoría de la Anomia y su principal representante, Robert Merton. Este autor se preocupa esencialmente de las contradicciones del sistema que llevan a los sujetos socializados a asumir actividades desviadas.

V.gr. Los ciudadanos que debido a las grandes tensiones de la vida moderna, sumado a que los modelos de comportamiento se han desarticulado, con el fin de satisfacer las expectativas sociales consumen

drogas. El ejemplo clásico es el estudiante o trabajador que consume para rendir, la dueña de casa que se droga para poder dormir.

Por otro lado, se pueden agregar a esta clasificación las teorías del conflicto social (Ralf Dahrendorf) pues son teorías que entienden que las causas del delito están en la sociedad y no en los sujetos. Elías Neuman, en este sentido, alega que el fenómeno de la criminalidad, principalmente enfocado al consumo, se verifica por las brechas generacionales, es un conflicto entre jóvenes y adultos. “Es el tiempo de utilización de los tóxicos por los jóvenes no sólo para lograr euforias, elación, despertar sentidos y sentimientos. Debe centrarse la idea de la droga como un dique. El dique puesto por esos jóvenes a la transmisión de los valores de la sociedad y la cultura...”

Pues bien, las teorías de la Anomia como las del Conflicto Social sostendrán que existe un vicio oculto en la estructura de la sociedad, desde este paradigma explicativo es donde se comprende adecuadamente la conflictividad de las drogas. Ahora bien, la explicación que se da para el tráfico no es posible extrapolarla al consumo ya que el consumo es una auto-agresión. Digámoslo así, el tráfico es un conflicto entre expectativas y medios; el consumo entre modelos culturales. El traficante usa los medios más idóneos para obtener los resultados económicos que de otra forma se le vuelen imposibles, en cambio el consumidor confronta su personalidad contra los standards de comportamiento aceptados. Por las distintas motivaciones estos modelos se preocupan de acotar el análisis, así es que lo dividen entre el estudio de la demanda y el de la oferta. Como se observa, esta posición se acerca mucho al análisis que sigue la Organización de Naciones Unidas (ONU) y otros organismos internacionales.

A todas estas posiciones se les puede reproducir la misma crítica que hace Hassemer, este dice, si es cierto que la estructura económica es la determinante en la criminalidad ¿Por qué no toda la comunidad discriminada socialmente se vuelve criminal?. La crítica no es tan justa dado que el mismo Merton se encarga de clasificar a los sujetos de los cuales solamente algunos son potencialmente criminales según la forma en que se socializan.

Además, es necesario agregar que la crítica no afecta el carácter explicativo del modelo, ya que si bien los medios legítimos a veces son escasos a su vez también lo son los ilegítimos (Cloward). Para resumir, digamos que en esta teoría las drogas juegan un doble rol, son para el consumidor un medio de escape y para el vendedor son también una forma de conseguir sus metas culturales (éxito económico). Por ello no es extraño, como sostiene Politoff, que en la práctica no se de casi nunca el consumidor puro o el traficante puro, sino una simbiosis de ambos. Ya que ambas necesidades o disfuncionalidades se encuentran reunidas en los mismos sujetos: marginación social y marginación económica.

Un tercer grupo de teorías son las denominadas de la Criminología Crítica, dentro de las cuales la base es la teoría del Labelling Approach. Sin embargo, no es el Labelling Approach la única teoría que conforma la base



del desarrollo de estas corrientes, pese a ser la más reconocida. Las teorías de la Criminología Crítica no estudian la estructura social como factor criminógeno ni tampoco a la familia. El paradigma consiste en que la desviación no es algo previo a las definiciones que da la sociedad, en consecuencia, las conclusiones sociales no pueden ser tratadas como causa sino como efectos. El comportamiento desviado es construido y diseñado por esas definiciones y conceptos. Por decirlo de forma simple, el que nosotros digamos que una conducta es delictiva, y luego que un sujeto es delincuente, es la principal causa de que ese sujeto se autoperciba como delincuente y, por tanto, llegue a serlo.

La Norma Penal es observada como una definición que no nace debido al fenómeno delictivo sino que es forjadora de este fenómeno.

La gran cuestión es que, si se observa adecuadamente, el centro de las relaciones sociales conflictivas lentamente se desplazó desde el individuo o los grupos sociales a la sociedad misma, y en específico al lenguaje y la cultura. Hoy, entonces, el objeto de estudio es la cultura y no los sujetos que son el objeto de las medidas adoptadas; la Criminología Crítica va en busca de una solución personalista al problema de la criminalidad, y más específicamente, al de la criminalización (en la medida que se preocupa de la interacción entre el discurso y las personas).

Según Baratta al hablar de esta corriente se habla ya no de un grupo homogéneo de teorías sino del paso a un intento de explicación materialista de la criminalidad, es decir económica-política. Estas teorías marcan un hito jurídico Penal, pues las teorías anteriores han buscado desentrañar la criminalidad como una cualidad ontológica de ciertos individuos dentro del esquema social y no como un efecto de la cultura en que están inmersos. La criminología crítica se sustenta, a diferencia de los paradigmas anteriores, sobre la doble selección. Primero, la selección de los bienes protegidos penalmente (Bienes Jurídicos) y segundo, la selección que dentro de esos mismos bienes se hace de aquellos comportamientos criminalizados. El caso arquetípico es el de los delitos económicos. La segunda etapa de criminalización se da en la selección de individuos dentro de todos los individuos que cometen infracciones a normas Penalmente sancionadas. En ello son determinantes el proceso Penal y la forma en que los tribunales aplican las sanciones y, además, el trato penitenciario. La forma en que socialmente se conceptualiza al delincuente es lo que marca las definiciones que los sujetos asumen en estos procesos de criminalización.

Bajo estos presupuestos formaliza Alessandro Baratta su ya muy conocido aporte sobre los fundamentos ideológicos de la política anti drogas. Estos fundamentos se basan en un escrito de Foucault en que éste explica la forma en que en un Estado moderno el poder actúa para consolidarse. Haciendo un paralelo con esta estructura, Alessandro Baratta analiza los fundamentos y contenidos de la política de drogas.

Baratta hace notar muy bien que una de las características del discurso de las drogas es que este razonamiento tiene muy poco de científico y si mucho de pseudo científico. En gran medida sostiene que el discurso está

dirigido a segregar a ciertos grupos dentro del Estado, aunque en cada Estado estos grupos varían. Se puede observar claramente que estos conglomerados están ubicados en los conflictos de base de nuestra sociedad actual. Así, se concluye que la particular disposición del Estado Moderno provoca ciertas disfuncionalidades que son convenientemente maquilladas creando un prototipo de delincuente drogadicto.

Una posición muy similar a esta es defendida por Beristain, quien estudia el consumo principalmente desde la idea del tabú.

El consumo se concibe por este autor como una forma de protesta contra la estructura de la sociedad. La fundamentación de esta protesta es económica.

Según Beristain el consumo parte como un fenómeno de experimentación de manera masiva a mediados de siglo, por medio del uso de las drogas se logró una mayor conciencia de la injusticia social. Así las drogas se relacionaron con el mayor compromiso social, esto es observado como peligroso desde las esferas de poder. Producto de esta conciencia se generó una represión de los organismos estatales y se terminó provocando el etiquetamiento de la droga como factor criminógeno. Esta reacción social acentúa a su vez la sensación de injusticia social. Mirados desde el consumidor se forma un círculo vicioso sustentado en el Tabú de las drogas que acentúa la intención de transgresión. El caso de la oferta es distinto para Beristain, una vez observado este círculo la represión ha aumentado fuertemente dado que los poderosos intereses económicos inmiscuidos han conseguido fuertes ingresos gracias al fenómeno del etiquetamiento.

Para ciertos sectores no marginales al poder político, esto parece ser la bandera de lucha que sustenta la punición agresiva de una conducta muy poco lesiva y que es refractaria a todas las medidas aplicadas hasta hoy. Por esto según Beristain se fomenta la prohibición y se fortalece el círculo de la droga.

Nos parece que sus postulados están más acordes con las posiciones que tratan la criminalidad como un problema de la estructura social, pero como se observa no se diferencian radicalmente con la posición de Baratta. Sin embargo, en nuestra opinión, el análisis del autor Italiano es postura más sólida. Especialmente por el gran aporte que debe significar la apertura a la comprensión de un Pseudo discurso científico, lo que es quizás la piedra de tope para una discusión calmada y racional respecto del tema.

En ambas tesis el mayor grado de despenalización es lo esencial. Aunque caben algunas críticas a la criminología de punta que quisiéramos señalar. Una de ellas es que necesariamente la comprensión de la sociedad en este punto obliga a entender los problemas criminales en clave Marxista. Este es un discurso tan cargado de connotaciones negativas para cierto grupo que, asumidos estos presupuestos, resulta imposible entablar una conversación seria. En la misma proporción ha sido un problema a nivel de Derecho Penal el manejo de conceptos excesivamente cargados emocionalmente como los derechos humanos o la libertad, que de tan manidos acaban siendo utilizados de manera confrontacional.

Por otra parte, si bien se puede reconocer la influencia del discurso en el

aumento de la criminalidad, no es menos cierto que la sociedad y su estructura sigue siendo muchas veces la base del discurso, como acepta Beristain.

En tercer lugar, si bien nos parece muy clarificador el aporte de Alessandro Baratta, es posible siempre identificar en el discurso de esta escuela a un “genio maligno”. Un ente que ejerce su poder contra todos los ciudadanos. Puede existir en muchos Estados, pero pensar que siempre y en todo caso existen estos seres que contra la libertad, la igualdad, el desarrollo de la personalidad buscan su lucro personal, es una idea que tiende a veces a ridiculizar un poco los planteamientos. A la larga aparecen más como una película de espías que efectivamente un reconocimiento del problema. Mucho más coherente resulta sostener que estas maldades del discurso no son producto de “genio maligno” sino de la estructura social. Sin perjuicio que dentro del mismo sistema existan sujetos particulares que tengan grandes intereses y puedan realizar conductas que, siendo tremendamente funcionales, sean sin embargo contrarias a las normas constitucionales, a los intereses de la mayoría de los ciudadanos y, en último término, a la ética.

Una última crítica creemos que la hace Hassemer correctamente. Esta no ataca tanto a la criminología crítica sino a toda la criminología en general, y es que si la criminología aspira a dar solución para el Derecho de los problemas propios del Derecho con un método distinto del que usa el Derecho. Todos sus esfuerzos actuales son infructuosos, no tanto por ineficientes sino porque son metódicamente inadecuados. Los criminólogos buscan explicar cómo se criminalizan los sujetos en una sociedad, y eso es una preocupación sólo tangencial para el Derecho Penal, aunque el aporte para la comprensión de ciertos desequilibrios sea muy relevante. El interés del Derecho Penal es determinar el cómo se criminalizan las conductas, no como los individuos se transforman en delincuentes. Dicho de otra forma, ¿bajo qué criterios se determinan dentro de todas las funciones que ejerce el Estado cuales son esenciales para su subsistencia?. Por ello las explicaciones economicistas resultan mucho más aceptables para las autoridades pues están determinadas por criterios de eficiencia. La misma tendencia actual de formular una criminología en clave político-económica lo demuestra.

Pese a todas estas críticas hay unas conclusiones relevantes que nos entrega todo el avance de la criminología:

- El castigo del tráfico en esta época se debe no tanto al avance de la ciencia, ni a la liberalización de las costumbres, sino a que cierta estructura de la sociedad permite que estas acciones sean muy agresivas contra la comunidad, o sean apreciadas así.
- Si la estructura de la sociedad es la que transforma en “problema mayúsculo” al tráfico las medidas más agresivas en nada ayudan sino muy por el contrario favorecen su aumento, dado que toda acción represiva condiciona una mayor rigidez a la estructura de la comunidad. Esto aboga aun más por la defensa de un Derecho Penal de última ratio.
- Históricamente las únicas drogas que han causado problemas para la

comunidad son aquellas que afectan la salud por su alto componente venenoso y potencialidad adictiva intrínseca. Es decir, aquellas causantes de dependencia física. Principalmente por su propia naturaleza y no por disposición psicológica del sujeto.

- Una vez establecidas las medidas contra las drogas, en gran número de países, éstas luego de un tiempo dejan de dirigirse a evitar el consumo y el tráfico, y se les reorienta como herramienta del control policial. Se usan éstas contra ciertos grupos de la comunidad que desde la estructura económico-política son observados como potencialmente conflictivos. No se puede decir que esto sea un fenómeno aislado.

- Es muy dudoso que las normas Penales sean seleccionadas igualitariamente por el poder político al momento de legislar, lo mismo que la aplicación jurisprudencial es dudosamente imparcial. Por tanto, la existencia de un Derecho igualitario no puede ser un presupuesto sino que es una meta que se consigue con un estricto apego a la Constitución. Expresado de manera diferente, la norma naturalmente no es igualitaria sino discriminadora. El objetivo de la interpretación no debe ser "aplicarla correctamente"- lo que normalmente es un seguimiento a la letra de la Ley conforme a las particularidades del barómetro social imperante-, sino dar una aplicación coherente dentro del sistema a la norma evitando al máximo las desigualdades que de suyo pertenecen a ésta.

#### D.3.III. Delimitación de la Salud Pública como Función.

En una primera visión general pareciera que estas argumentaciones llevan necesariamente a concluir que lo razonable es abolir la legislación de control de estupefacientes. Sin embargo, parece ser esta una conclusión apresurada cuando aún no se determina claramente el fondo del conflicto. Refiriéndose a éste Matus dice que el fin de la Ley contra las drogas es "evitar las conductas que promueven consumos masivos de drogas en la población".

Sin embargo, se observa claramente que ésta es solamente una función formal del Estado, como entregar alimentos en las escuelas no tiene por finalidad alimentar a los niños, sino cuidar del desarrollo de los menores pues ellos son considerados piezas esenciales en el progreso futuro de la comunidad. De la misma manera, la función de la Ley no puede ser evitar conductas que promuevan consumos masivos de la población.

Es muy factible sostener que el conflicto que da pie a la aplicación de una regulación Penal respecto de las drogas se sustenta en la más o menos alta probabilidad de daño a la salud que origina el uso de estas sustancias. Visto desde una óptica puramente funcional podemos concluir que la Ley puede estar haciendo dos cosas. Protegiendo la salud de la población pues para el desarrollo de un Estado es esencial que todos sus ciudadanos tengan disponible el mayor potencial físico e intelectual para participar en la comunidad o, por otro lado, puede que el Estado haya superado el mero interés por la población e independice su interés en la protección de su propia estructura preocupándose más por el control social. Ya que la crítica fundamental al concepto de salud Pública es la carencia de una definición. Podemos decir que la Salud Pública como Función debería

ser definida más o menos así:

La necesidad del Estado de resguardar todas y cada una de las capacidades de los ciudadanos para que puedan aportar con plenitud en el desarrollo de la comunidad. En cuanto las personas son elementos esenciales del funcionamiento Estatal.

Se da por entendido que en un Estado como el Chileno no cabe pensar que todas las violaciones a este margen deban sancionarse con penas. ¿Cómo se seleccionan las conductas punibles?. Únicamente debe sancionarse aquellas que de manera fehaciente causen o sean probablemente capaces de causar un grave perjuicio físico a los sujetos y, sólo en la medida que estas violaciones al margen sean ajenas a la voluntad de los individuos afectados o se le impongan.

El mismo articulado de la Ley reconoce esta solución en cuanto a lo funcional: “las productoras de dependencia física o psíquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o graves daños a la Salud Pública” (Art. Primero inciso Primero de la Ley N° 19.366). Las sustancias indicadas en el Art. Primero inciso Primero son las que como dice García Rivas poseen la alta probabilidad de causar el resultado temido: Dependencia física y psíquica, provocar graves efectos tóxicos o graves daños a la Salud Pública.

Otro punto a favor es el que mencionábamos al definir el objeto materia del delito, puesto que para que sea posible suprimir la voluntad del consumidor la hora de aplicar la sanción es indispensable que no quepan dudas sobre la peligrosidad de los medios utilizados, y sobre la supresión de dudas sobre la intención de los consumidores.

La composición de la lista que nos sirve de sustento es muy debatible, pero como mucho de lo que se debate respecto a las drogas en Chile es una discusión teórica, pues el grueso de las sustancias incluidas en la lista no se trafican de forma importante en nuestro País. Más allá de este debate, la verdad es que en lista uno están, en general, las sustancias más conflictivas: barbitúricos, las meta anfetaminas, la cocaína y la heroína; las reconocidas en general como drogas duras.

La afección punible a la salud Pública en cuanto función se da en cuanto a la toxicidad de la droga. Lo que debería estar en íntima relación con el criterio “margen de seguridad”, es decir, la proporción que existe entre cantidad necesaria para obrar el efecto deseado (dosis media) y la cantidad suficiente para cortar el hilo de la vida (dosis letal media). El uso común de tolerancia sería el efecto por el cual el uso prolongado de la droga psicoactiva reduce el margen cada vez más. En cuanto a la toxicidad y definiciones básicas lo analizamos con más extensión en el apéndice B del segundo capítulo.

#### **D.3.IV. Segundo Proceso de Determinación del Bien Jurídico Salud Pública.**

Como una primera aproximación al concepto nos parece válido al hablar de función Salud Pública, entendida como:

La necesidad del Estado de resguardar todas y cada una de las capacidades de los ciudadanos para que puedan aportar con plenitud en el

desarrollo de la comunidad, en cuanto las personas son elementos esenciales del funcionamiento Estatal.

Este concepto en principio abarca todos los elementos del concepto tanto el bienestar físico, psicológico y social. Sin embargo, se ha asentado que concebido como Bien Jurídico La Salud Pública hacer referencia únicamente a la salud Física que es lo único que puede fijar un tope. A manera de recapitulación, la protección de la salud mental y el bienestar social de la población a través de la norma Penal es una conducta claramente inconstitucional porque en la práctica se discrimina al aplicar la norma. Atenta contra la libertad y dignidad individual por cuanto es una normativa moralizadora. Y, cabe agregar, que ésta no es la protección de la lesión efectivamente producida y ni siquiera la del daño que se sabe debe producirse. De todo lo dicho se desprende que lo que excede el interés de la protección a la salud física de los sujetos a lo más puede ser objeto de regulación administrativa pero jamás Penal.

La objeción que se puede esbozar a nuestra postura está radicada principalmente en los delitos contra el medio ambiente. Si bien parece que ellos sobrepasan los intereses de la Salud Pública, considerados como delitos de peligro son bastante similares. Normalmente se los incluye dentro de los delitos contra la Salud Pública, en este caso nos inclinaríamos eventualmente a aceptar que en dicho caso lo que se castiga es una lesión al bienestar social. Aunque es un hecho hoy que los delitos agrupados en la denominación de delito medioambientales superan con mucho la Salud Pública y tienen su propia naturaleza.

Así vista la función en estudio claramente es proteger un margen de condiciones para que los “elementos” que forman parte de la comunidad se mantengan cumpliendo las misiones que le competen dentro de la sociedad. Si este margen decrece o es violado claramente los sujetos se ven imposibilitados de cumplir sus misiones como pueden ser la de padre, esposo, de trabajador, de miembro de la comunidad política, etc. En las drogas del Art. primero inciso segundo debe existir algo más grave que un coliforme fecal en la comida para dotarla como violación de una sanción mayor a la que compete a una fuente de soda que manipula mal los alimentos.

Todo esto, empero, excede los intereses individuales. Para que las funciones sean Bienes Jurídicos deben necesariamente tener una alta probabilidad de producir daño a intereses humanos. Para el caso de la Salud de la Comunidad es más fácil comprender la función y encontrar un interés humano dentro de ella.

Hasta el momento nos hemos preocupado de estudiar la Salud Pública como una función, o que es lo mismo, mirando a las personas como cosas integrantes de un organismo. Ahora compete pasar al segundo nivel de análisis, preocuparnos del interés de los individuos en esta materia.

No es lo mismo el interés del Estado que el interés de los individuos que forman el Estado, el Bien Jurídico se conforma por el juego que se da entre ambas variables.

La complejidad de este proceso es que en la práctica si muy poco se ocupa

la doctrina del concepto funcional de Salud Pública menos aún tiene interés en un concepto personal de Salud Pública.

La pregunta es: ¿ En qué difiere el interés que el Estado puede tener en la Salud Pública del que pueden tener los individuos que forman parte de ese Estado?.

De manera uniforme aquí sí existe un pronunciamiento acabado de la doctrina constitucional. Se dice que difiere uno y otro en que para el Estado es un interés respecto de su funcionamiento, en cambio para el ciudadano tiene utilidad respecto del desarrollo de su personalidad. Por ello la acción voluntaria contra la propia salud no puede ser punible, pues es contradecir a la propia Constitución Política de la República de Chile. De aceptar la posibilidad inversa los individuos están al servicio del Estado y no el Estado al servicio de la persona humana. No es muy difícil predecir que el interés de los sujetos por la Salud Pública será a su vez el interés del Estado, y es más, ya que son aquellos los principales afectados tendrán un interés muy superior al público inclusive. De no ser así jamás un sistema privado de salud podría funcionar.

Así se configura el Bien Jurídico Salud Pública. Por la Función: la necesidad del Estado de resguardar todas y cada una de las capacidades de los ciudadanos para que puedan aportar con plenitud en el desarrollo de la comunidad, en cuanto las personas son elementos esenciales del funcionamiento Estatal. Limitada por las necesidades que los ciudadanos tengan para el desarrollo de su personalidad, aun cuando estas acciones que los sujetos estiman necesarias sean consideradas por el Estado como un error.

Es decir, asumamos como un axioma que las drogas de la lista uno son tóxicas. Pero muchas sustancias tóxicas se consumen libremente en nuestra comunidad, asimismo, se permite en nuestra sociedad el ejercicio libre de conductas muy riesgosas - sobre todo en el marco del deporte - sin que haya mayor control o castigo. A nadie se le pasaría por la cabeza sancionar a quien vende las cuerdas para un alpinista, la carne a un enfermo cardíaco, o los guantes a un boxeador.

El caso está en que al momento en que se produce la dependencia por las drogas duras se puede suponer que la libertad de los sujetos afectados se ve reducida para detener el consumo. La amalgama de estos dos factores es lo que justifica por tanto su punición dentro de las múltiples conductas que atentan contra la Salud Pública. En los ejemplos propuestos es como si un escalador tuviera un impulso irreprimible de subir a una montaña que nadie podría escalar y a sabiendas se le vendieran los implementos.

De esta forma, concebido el Bien Jurídico en los términos antes expresados, si todo consumo es un acto de una persona que lo considera necesario para el desarrollo de su personalidad, ¿en qué medida se puede sancionar al traficante por realizar una conducta que no puede dañar al Bien Jurídico en cuanto es una manifestación voluntaria de los individuos que consumen?. Este razonamiento puede extenderse sucesivamente hacia arriba en la cadena de comercialización y producción.

Bajo esta nueva problemática hay que recalcar que la sustancia prohibida

debe necesariamente tener una toxicidad alta, sea crónica o aguda. ¿Cuán alta?. Ese es un criterio que no está fijado pero la sustancia debe ser capaz de causar la muerte o un deterioro intenso.

Ahora bien, si no tiene esta característica estamos ante una sustancia inocua cuyo tráfico y consumo debe ser lícito. El problema es que aún existen sustancias dañinas bajo consumo inveterado y, pese a ello, un consumo esporádico no puede causar perjuicios relevantes. El individuo puede consumir la droga psicotrópica por su factor tóxico o por su factor neurodinámico. Luego, el motivo que justifique hablar de Palud Pública a nivel de drogas es indispensable que genere unidad en cuanto a su utilización.

Entonces, bajo este argumento si ese consumo es expresión de la voluntad del sujeto no es bajo ningún prisma aceptable que el Estado sancione al proveedor y no al consumidor. Obviamente este argumento es tan absurdo como castigar por vender una sustancia inofensiva. El considerar la acción de tráfico unida a la del consumo es considerar que estas dos conductas forman un tándem que en dogmática Penal caería dentro o de la co-autoría o alguna forma de complicidad. Se olvida que estos dos son hechos separados. No se puede considerar al traficante que en todo caso mantiene más que ningún otro el dominio del hecho. Tampoco puede ser vista la actuación de este sujeto como co-autoría de consumo. Si esto ocurre se puede olvidar así un principio que es básico: “No se participa en el delito tout court: se participa en el delito en cuanto hecho”. Porque la acción de consumo o tráfico por muy simbióticas que sean son siempre distinguibles. Pero si se suprime en todo caso la voluntad del sujeto consumidor no es del todo incoherente sancionarlo por su consumo. Esto que parece un argumento irracional no lo es tanto cuando se observa que en Chile, pese a todos los maquillajes que se dan, el consumo en la mayoría de las hipótesis prácticas está sancionado.

Lo equívoco del argumento es que se da por entendido que la voluntad del consumidor no importa, pero es indispensable que la sustancia pueda afectar la personalidad del consumidor generando la “dependencia”, sino el consumo debe igualmente ser sancionado aunque sea como complicidad. Más allá de las disquisiciones materiales, en lo concreto esto debería aplicarse en esta línea si queremos ser consecuentes.

En resumen, no basta para hablar de una sustancia prohibida que estemos ante una sustancia capaz de malograr el organismo del consumidor, sino que ésta sea copulativamente capaz de provocar dependencia para quien la emplea.

Esta postura es coincidente con la de Juan Bustos en tanto que el interés protegido sea la salud unido a la afección a la libertad, más específicamente a la capacidad de decisión.

Por otra parte también sabemos que hay sustancias que pueden provocar efectos variables, es decir, aunque no perjudiquen a 99 de 100 personas, sólo a una le pueden producir la muerte. Lo importante, por consiguiente, no es el hecho aislado sino su capacidad porcentual de producir los efectos que se busca conjurar. Debemos recordar que éste es un delito de peligro.



El poder judicial y la policía no pueden hacer estudios para conocer cómo la sustancia actuará en el individuo específico, sí cómo actuará respecto de la generalidad de los sujetos.

Por este motivo el delito de tráfico se configura como una fórmula de peligro, porque el daño puede o no concretarse pero la acción siempre pone en riesgo el objeto jurídico protegido.

A través de los estudios, estadísticos, históricos y científicos se conforma lo que repetidas veces se ha denominado como división clásica de las drogas, duras y blandas. Las primeras son aquellas que porcentualmente son capaces de causar un alto perjuicio a la salud y afectar la capacidad de autodeterminación. Son las que admiten punición a su comercio y un mayor grado de control.

Esto, sin embargo, no agota el tema, hay sujetos que sin la presencia de las drogas tienen su capacidad de autodeterminación afectada o disminuida.

Esto nos coloca ante un nuevo problema con tres alternativas: o consideramos que el tráfico realizado a estos sujetos es impune por ser inofensivo, o consideramos que es un delito para todas las sustancias de la Ley, o, lo consideramos como un delito para aquel margen de sustancias que son tóxicas sean o no adictivas.

Aunque sería lógico sostener que en estos casos se debe sancionar sólo cuando se trata de sustancias de alta toxicidad, nos inclinamos por castigar todo tipo de tráfico con menores de edad y discapacitados mentales con el máximo de la penalidad, porque respecto de menores de edad así como de deficientes mentales o dementes hay un natural rechazo en la comunidad respecto de quienes lucran sometiendo a un peligro, por pequeño que sea, para su salud.

Cabe preguntarse a esta altura por qué no se pena la venta de cigarrillos y del alcohol. Claramente no están exentos de las características perniciosas. Las razones que los liberan de la punición están en la propia naturaleza del Concepto de Bien Jurídico. El Bien Jurídico difiere de la Función en cuanto es manifestación de ciertos parámetros culturales, esos parámetros culturales reconocen ciertos comportamientos- por más que sean igualmente lesivos -como válidos, y por ello son impunes. Lo anterior es generalmente aceptado. Por ejemplo, ciertos delitos entre parientes son impunes, así también, cuando la pareja de una mujer accede a ella estando dormida no se considera esta conducta un crimen aún cuando no haya existido una aceptación explícita en la relación y, aun más, se puede decir, que aun cuando al percatarse con posterioridad del hecho se indique que no se deseaba, esto puede tener una variación con la nueva ley de delitos sexuales, pero esto no está aún claro dado ese parámetro cultural al que hacía referencia. Puede resultar muy incomprensible, en un sentido estricto, que el Bien Jurídico permita estas aberraciones lógicas, en este caso lo único posible es reducir estas discordancias lógicas al mínimo.

Vale la pena hacer notar, empero, que siempre y en toda norma Penal se van a producir estas incongruencias, por ello se interpretan; ello no debería repugnar a la justicia ni significar que de alguna manera aviesa se perjudican las garantías que se buscan consagrar.

### D.3.V. Substancias del Inciso Segundo del Artículo Primero

Pese a lo señalado existe una división evidente entre las substancias del Art. Primero inciso Primero y el Art. Primero inciso Segundo, ambas no necesariamente protegen los mismos intereses. Para la figura de tráfico del Art. Quinto referida a las substancias del art. Primero inciso Primero de la Ley. Lo que se resguarda es "la necesidad del Estado de resguardar todas y cada una de las capacidades de los ciudadanos para que puedan aportar con plenitud en el desarrollo de la comunidad, en cuanto las personas son elementos esenciales del funcionamiento Estatal". Esta función obviamente es demasiado amplia, se justifica que el Estado pene las conductas peligrosas a la salud cuando se trate, como dice la propia Ley :de substancias adictivas y tóxicas. Es decir, el interés humano está determinado por la necesidad de que en la comunidad no circulen substancias que causen dependencia.

Es dudoso el objeto jurídico de protección de las substancias de este inciso. Pareciera competir la Salud Pública con la Seguridad Jurídica. Sólo podemos ver una labor que cabe suponerle a esta lista bajo nuestra particular posición acerca del Bien Jurídico.

Si el tráfico se hace con menores; con personas no conscientes, como deficientes mentales; o personas afectadas de una enfermedad mental, como depresión profunda; se está afectando la Salud Pública y no la seguridad jurídica. Esto amplía el margen del Bien Jurídico Salud Pública más allá de las substancias de la lista uno. Existe una sanción específica en el Art. 10 para quien suministra solventes a menores, pero esto no puede ser considerado dentro de la normativa general porque los solventes odorados no están dentro de las listas de substancias prohibidas en términos generales, lo que es una inconsistencia de la Ley.

Fuera de estos casos, cuando la figura del Art. Quinto se refiere a las substancias del Art. primero inciso Segundo nos coloca ante una pura función sin retroreferencia a intereses humanos, es decir, mira a los sujetos como cosas. Lo que se resguarda es la función de garantizar el orden, de que los miembros de la comunidad sean muy productivos, incluso el resguardo de ciertos criterios morales, aunque para ser honestos las motivaciones últimas y específicas de la Ley son una cuestión que supera con mucho cualquier intento racional de comprensión. Al parecer lo que el legislador persigue es dar seguridad a la comunidad contra ciertos grupos observados como conflictivos, se concreta la sanción antes de que dicho conflicto se materialice.

En la normativa en comento también hay mucho de las normativas internacionales, y en ellas se reflejan angustias propias del primer mundo más que necesidades de nuestro País. Como muy bien apunta Matus, de ser funcional el objetivo del Estado debería consistir en evitar todas las conductas que favorezcan consumos masivos en la población. Sin embargo, como el objeto jurídico de protección a este nivel no está claro, y no se preocupa del consumo masivo (que es aunque masivo inofensivo), sino que a todo tráfico, en la práctica se presta a abusos y se usa para controlar ciertos grupos. El método de la norma es abarcarlo todo. Basta

observar la redacción de la Ley para entender esto, sin embargo, una normativa que siga esta línea de castigo tan represivo es aviesamente inconstitucional, inaceptable, y además contradictoria con los mismos propósitos de prevención general positiva expresadas.

La prevención general positiva busca la recuperación simbólica de la confianza en la norma, esta confianza no puede ser restituida si el discurso es incoherente ya que para que haya una comprensión del mensaje, éste debe ser comprensible. Nadie puede entregar lo que no tiene. Por otra parte aun cuando las medidas fuesen eficientes, son inconstitucionales en cuanto son extremadamente discriminadoras y denigrantes para el ser humano.

Por ello las conductas referidas al Art. Primero inciso Segundo deberían estar exentas de sanción. Con todo, dado que se sigue castigando a los ciudadanos por acciones que son a todas luces inidoneas para producir un resultado lesivo gravitante, lo más lógico es exigir que la preocupación de que en la interpretación se usen criterios lo más cuidadosos posibles.

Expresado de manera distinta, incluso que efectivamente se quiera mantener el control sobre determinados grupos en cuanto la represión es incontrolada, el mensaje enviado resulta contradictorio y pone de relieve ciertas incongruencias de base de nuestra organización estatal. Esto no puede hacer más que engrosar las filas de los delincuentes y reforzar las razones por los cuales los grupos marginales estructuran su comportamiento. Hay que recordar que la razón de que los marginales sean violentos, desapartados, o cualquier característica que se les quiera dar, no es tanto por la carencia de normas que los controlen sino por su propio carácter marginal.

Si la razón para una punición total y dura para todo tipo de tráfico se sustenta en ciertos principios propios de la prevención general positiva. Es de esperar que el mensaje tenga matices según la importancia de la materia, pues si a todas se da la misma respuesta se produce el fenómeno de que bajo el prisma del receptor todas las conductas son igual de graves y, por tanto, más que favorecer una acción simbólica lo que se hace es confundir.

Es una tradición del Estado moderno y democrático que cuando se plantean medidas de fuerza y que se mueven muy al margen de los límites de la soberanía Estatal, ellas sean interpretadas de una manera lo más restrictiva posible. Ese será el principio que regirá lo que reste de este estudio, pero en especial de las del segundo inciso del Art. Primero . Una inclinación a una interpretación pro reo se hace apremiante, basado en el ya definitivo contrapeso que existe en esta Ley hace que se transforme más en una herramienta semi autoritaria que en un instrumento del Estado de Derecho.

Falta desentrañar un último punto en relación al Bien Jurídico protegido, y es que no puede convivir en el mismo Art. un Bien Jurídico y una función. Es el resultado de este análisis que no es posible si quiera convivir como dos artículos separados por los problemas concursales y de interacción que genera. Pero eso se verá enseguida.

El punto es que no puede compatibilizar en el mismo artículo una Función Seguridad Jurídica y el Bien Jurídico Salud Pública, por que la Seguridad Jurídica acaba absorbiendo a la Salud Pública como a cualquier otro Bien Jurídico. Si se aspira a una investigación seria se debe analizar en un distinto nivel los problemas que esto origina, ya que el Bien Jurídico se mueve en un contexto de limitación al ius punniendi, ingresar a la Seguridad Jurídica amplía el marco de acción y no lo reduce. En cambio, la función se encamina por el estudio de la particular fórmula de imputación que se desea utilizar en vez del Bien Jurídico para no recaer sobre una imputación objetiva, como la definimos en el capítulo anterior. Por ello la interpretación dominante de las normas de tráfico, en la práctica, rara vez hace referencia a la Salud Pública.

La aceptación de la unidad Salud Pública-Seguridad Jurídica es la aceptación de la Seguridad Jurídica como objeto último de protección de la Ley, por este mismo motivo la interpretación de tribunales se ha dirigido con mayor o menor éxito a reducir las extensiones infinitas que puede llegar a tener la norma aplicada estrictamente.

Esta contraposición será el centro del capítulo siguiente, tanto como la fórmula de solución y los rendimientos que cabe esperar de ella.

## **CAPITULO III**

### **ANÁLISIS DEL TIPO PENAL.**

#### **A. La Doctrina Dominante**

##### A.1 Introducción.

Art. Quinto:” las penas establecidas en el Art. Primero se aplicarán también a los que trafiquen, a cualquier título, con las sustancias a que se refiere dicho artículo o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a los que, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias.

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

La posición tradicional de la jurisprudencia y de la doctrina Jurídico Penal, en general, analiza el tipo Penal asumiendo como la figura básica la primera parte del Art. Quinto inciso Primero de la Ley N° 19.366 (a los que trafiquen, a cualquier título, con las sustancias a que se refiere dicho artículo o con las materias primas que sirvan para obtenerlas). Sin embargo, hay voces disidentes que se inclinan a sostener que la fisonomía esencial del tipo está en la segunda parte del inciso primero<sup>1</sup>. La principal razón de esta afirmación es de doctrina comparada. Señala que la tipificación nacional es muy similar a la fórmula Española.

En razón de que este análisis es más que todo un resumen de la doctrina preponderante en tribunales nuestra inclinación será por la interpretación más popular.

---

<sup>1</sup>(45)MATUS. 1998 Pp 125 - 126.

Respecto al Bien Jurídico en el capítulo anterior se han revisado algunos de los supuestos más populares. Nos basta repetir solamente que el Bien Jurídico es el la Salud Pública. Así lo señala la jurisprudencia sin mayores especificaciones en cuanto al contenido material de dicha afirmación<sup>2</sup>. Indica la corte suprema en sentencia de 1985 que en estos casos el daño relevante no es el sufre un solo individuo o dos, ni todos aquellos que adquieren la droga, la víctima es en si toda la sociedad. Lo que no necesariamente es un pronunciamiento sobre la naturaleza específica del Bien Jurídico, ya que esta característica es propia de muchos intereses jurídicos relevantes cuyo objeto de protección no es definido.

El principio preponderante que rigen la interpretación de este tipo de delitos en la doctrina Chilena es cierta desestructuración, debido a la falta de una fuente jurisprudencial que centre la lectura de la norma. Lo más complejo se ha dado a nivel de verbo rector, si hacemos un conteo: El artículo posee en el primer inciso cuatro verbos rectores posibles, de los cuales el más aceptado como figura básica es el de traficar. A su vez, el inciso primero va acompañado en el inciso segundo de la no despreciable suma de 9 verbos más. Se discute su función en el tipo Penal. Como mayoritariamente se interpretan como definiciones o presunciones que definen las formas del inciso primero, estando en relación de especialidad unas con otras, llegan a generar una gran maraña de significados. Más cuando se quiere entender qué es: “inducir, promover o facilitar” (Segunda parte del inciso Primero, Art. Quinto de la Ley N° 19.366).

En nuestra opinión existen en la Ley 13 formas posibles de realización típica. Ello, por supuesto, en la interpretación más exegética del precepto estudiado. Esto ha llevado a la doctrina a enviarse en la búsqueda de un tipo base, que acote y de sentido esta vorágine conceptual. Mas, como todo tiene un costo, esto a su vez a llevado a que las opiniones acerca del tema carezcan de acuerdos. Por esto para analizar el tipo Penal, y revisar la doctrina dominante, parece lógico usar el sistema

---

<sup>2</sup>(3) ARAVENA, J 1998 p 182

dogmático más tradicional, que es también el más aceptado, respecto de las categorías del delito. Así cabe hacer la distinción entre tipicidad objetiva y subjetiva, antijuridicidad y culpabilidad

## A.2 Tipicidad Objetiva

La tipicidad objetiva supone que la realización típica la efectúa un sujeto indeterminado, es decir, cualquier persona tiene la capacidad de ejecutar la acción. Esta estructura es clásica en la dogmática y está integrada por todos aquellos elementos que componen la realización material del delito, es decir, aquel conjunto de comportamientos y consecuencias requeridos para concluir que el supuesto implícito en el tipo Penal se consumó materialmente. Por ejemplo, que alguien tome un arma, dispare con ella a otra persona y que a consecuencia del impacto la víctima muera.

Los elementos integrantes de esta estructura son:

### A.2.I El Sujeto Pasivo

Es decir, el titular del Bien Jurídico. Por ser la Salud Pública un interés supra individual no tiene fijado un titular sino que el agredido propiamente tal es la sociedad. Esta es una fórmula que recibe distintas denominaciones, que van desde los delitos de Bienes Jurídicos difusos; los delitos de víctimas difusas; Bienes Jurídicos de funcionamiento del sistema; etc. La doctrina Chilena si bien reconoce que este es un delito de interés colectivo su naturaleza más específica es materia de debate<sup>3</sup>. Lo que es notorio es que sea cual sea la naturaleza Bien Jurídico, el tipo que lo protege no se remite al daño que afecta a un individuo sino a toda la sociedad. Esto nos centra en un análisis funcional del tipo, basado en el concepto de “Dañosidad Social”

### A.2.II El Verbo Rector.

Este es un tema no aclarado y, sin duda, el centro del debate por la redacción del artículo. Ya hacíamos alguna mención a esta característica de la Ley.

---

<sup>3</sup>(3)ARAVENA. 1998 P. 185

La gran mayoría entiende que el inciso primero es o contiene la figura básica con que debe interpretarse el Art. Quinto. Este no es un tema debatido, solamente queda por dilucidar la función que cumple el inciso segundo.

Extrañamente la interpretación no difiere fundamentalmente el contenido de los vocablos utilizados,, sin embargo, sí en el sentido de los relativos que usa el legislador, asimismo como la puntuación. Se derivan diferentes consecuencias en el esquema del tipo según sea el caso. La disputa en la doctrina dominante es por el sentido de la expresión: “Se entenderá”.

Una corriente ve en este nexo la intención legislativa de significar que el inciso segundo lo que contiene es un número de presunciones de que existe tráfico (teoría de la presunción relativa).

La otra interpretación indica que dicha expresión transforma el inciso segundo en una enumeración de hipótesis alternativas<sup>4</sup>.

Dicho de otra forma. Puede que exista una figura básica con nueve presunciones que ayudan a la investigación y sanción de las conductas definidas previamente en el inciso primero, o que hayan nueve delitos de tráfico diferentes, independientes uno de otros.

Como no se admite la existencia de presunciones de Derecho, la primera interpretación acentúa la forma de defensa sosteniendo que las presunciones son relativas. En definitiva, esto significa que debería haber prueba en contrario respecto de los requisitos de la presunción.

En el caso de inclinarse por la posición contraria (de las hipótesis alternativas) estaríamos ante lo que se denomina un tipo mixto, “esto es una figura en que mediante la consignación de una misma pena se da una unidad externa a varios supuestos cuya conexión se expresa por la conjunción O”<sup>5</sup>.

En el último caso el problema está en la aceptación o no de la reiteración de delitos

---

<sup>4</sup>(13) CARMONA CARBONELL, MABEL. 1997. P. 46

<sup>5</sup>(13) CARMONA CARBONELL. 1997 p 46.



dado que una persona puede ejecutar múltiples actos de los descritos, más aún por la relación de especialidad en que se mueven muchos de ellos. Si se toma el camino de la presunción el problema no existe ya que sólo puede recibir el autor una pena agravada por las reiteraciones, en cambio, puesto en la alternativa contraria hay que pasar a determinar si estamos ante una conducta acumulativa o una conducta alternativa.

Esto último significa:

A) Ejecutada una de las conductas descritas se comete el delito y se excluyen las demás como ocurre en el homicidio calificado.

B) si cometida una no obsta a la aplicación de penas para las otras.

Bajo la clasificación de Binding, una figura mixta alternativa o una figura mixta acumulativa. Baste decir que esto no es un tema resuelto ni por la doctrina ni por la jurisprudencia de forma uniforme. La opinión del CONACE en este punto es que nos encontramos ante presunciones<sup>6</sup>. No siendo nuestra la disputa nos limitamos a exponerla.

Para no dejar en el aire el análisis de los verbos rectores revisaremos el verbo que debiera ser el más importante: Traficar. Se entiende éste en el sentido que le da la Real Academia Española de la Lengua:

“Comerciar, negociar con dinero y mercaderías, trocando, cambiando o vendiendo o con otros semejantes tratos”. El manual de la Ley N° 19.366 divulgado por CONACE señala que:

“Traficar viene de la voz latina *traficare*, que significa cambiar de sitio. El Art. Quinto en análisis usa la expresión en sentido amplio, es decir, en cuanto comprende la idea de una droga que cambia de manos”.

Como ya indicábamos la línea mayoritaria se inclina a sostener que el tráfico es el concepto central y todos los demás vocablos deben ser interpretados dentro de su marco. Es decir, el guardar debe ser con objeto de traficar. Empero, el concepto de

---

<sup>6</sup> (38)HERMOSILLA, GERMÁN “et al”. [s.a.] p 19.

tráfico ha creado anticuerpos por la exigencia o no de la habitualidad en la comercialización, especialmente si ésta se realiza con montos tan bajos que cuenta distinguirla del transporte para el consumo<sup>7</sup>.

Como siempre el debate se centra en el uso de los ilativos, en esta ocasión en la interpretación y alcance que debe darse a la expresión “a cualquier título”, ya que se da por entendido que se incluye la comercialización esporádica esta expresión. Es, aunque sea desde el elemento histórico, un hecho discutible dado que la inclusión de esta frase se debió a la expresa voluntad de sancionar la entrega gratuita de droga.

Lo único que justifica esta interpretación es la extrapolación de conceptos venidos no del Derecho Penal sino del Derecho comercial y tributario. En nuestra opinión es esta práctica una injusticia flagrante, dado que se usa este método para castigar más, ¿por qué no se interpretan los conceptos del inciso segundo bajo este prisma donde serían usados para eliminar la coacción?. Entendiendo transportar, por ejemplo, como un contrato de transporte y no el simple acarreo de las drogas.

Lo que no es discutible es que de la expresión “ a cualquier título” se infiere que el tráfico puede ser tanto a título gratuito como a título oneroso. Más cuando se usan en los verbos del inciso Segundo, expresiones tales como “guardar, portar, transportar”, que no requieren en ningún caso la existencia de remuneración, con esto se excluye el ánimo de lucro. Ahora bien, excluido el ánimo de lucro en el tráfico como indica Ferdman se acaba por sancionar el consumo. “Frente a la legislación vigente, la sanción al tráfico de drogas y a todos los actos relativos o que le sirven de presupuesto, lleva a la conclusión que finalmente lo que se pretende es sancionar o prohibir el consumo”<sup>8</sup>. Porque si se excluye la voluntad comercial en la transferencia no se puede distinguir entre el que dona amistosamente y el que lo hace con fines promocionales. Lo que desde ya amplía la sanción a una de las

---

<sup>7</sup>(3)ARAVENA. 1998 pp 193 y 194.

<sup>8</sup>(28) FERDMAN, JORGE. 1993. P50.

prácticas más comunes entre consumidores, facilitarse la droga.

La jurisprudencia, en la práctica, ha tendido a utilizar como figuras básicas no “el traficar” propiamente tal, entendida como la transferencia de la droga de una persona otra, material o jurídicamente - los verbos predilectos deberían ser entonces el adquirir el transferir y el suministrar-, sino que se ha castigado como figura tipo el transporte y la posesión de estas sustancias. Esto es lo que causa graves problemas para distinguirlo del consumo, de hecho, bajo esta aplicación de la Ley lo que en el hecho se pena es la posesión y el transporte de sustancias prohibidas.

#### A.2.III El Objeto Material del Delito.

Este será el complemento directo del verbo rector, en este caso “lo traficado”, así hay opinión unánime que el objeto material es la droga. Si bien no hay mucha discusión al respecto es necesario reiterar algunos elementos que son necesarios a la hora de discutir.

El primero dice relación con que si bien se da por asumido que el objeto material es la droga, y, en general se encuentran definiciones más o menos similares al respecto. En todas se da por exigencia la toxicidad de la droga y su carácter adictivo.

Al respecto puede hacerse incapié en la dudosa validez de la remisión impropia, es decir, la delegación de tipificar que hace la Ley a un reglamento<sup>9</sup>. Lo que ocurre es que lo que se sanciona no es el tráfico de droga estrictu sensu, sino de las drogas que explícitamente están señaladas en un listado que no tiene jerarquía de Ley sino meramente reglamentario. Esta conducta claramente debería ser inconstitucional por cuanto viola el principio de legalidad jurídico penal pues establece un elemento esencial del delito dentro de un reglamento, o sea, una norma que tiene rango inferior a la Ley está regulando materias expresamente entregadas al legislador por la Constitución Política de la República de Chile.

---

<sup>9</sup>(13) CARMONA CARBONELL. 1997. p. 49

Para explicar la gravedad de esto supongamos que por una razón de tipo económico una droga muy adictiva y tóxica sea excluida de las listas o asimismo una sustancia farmacéutica inofensiva para perjudicarla es introducida, los ciudadanos no pueden pasar de cinco a quince años encerrados en la cárcel por traficar con una sustancia inocua en cuanto el objeto de protección es la Salud. Esto constituye un atentado a la libertad y a la igualdad que es de toda evidencia. Pero por otro lado, por más que estén puestas en las listas se configura un caso de delito imposible, si es que las sustancias por las que se persigue al traficante carecen de los efectos requeridos.

Ete es un tema importante para la doctrina dominante, pero que no ha tenido un reflejo a nivel jurisprudencial. Esta se ha limitado a asumir que el objeto material son las sustancias enumeradas en el reglamento debido a que en sentencia de 1984 el tribunal constitucional chileno se pronuncio a favor de este tipo de tipificación de la Ley. Es más, recientes pronunciamientos acerca de la constitucionalidad de la norma indican que, por ejemplo, si se trafica con precursores que no están en la lista indicada pero después se ingresan esta tipificación no permite aplicar sanción al inculpado<sup>10</sup>. Lo que deja de manifiesto el formalismo con que se ha entendido la remisión al reglamento y, por tanto, lo poco feliz que es esta interpretación en el marco de un Estado con cierto margen de libertades y Derechos para los ciudadanos.

#### A.2.IV El Resultado.

Sabemos que estos delitos son calificados “de peligro” con lo cual se expresa que el resultado como requisito de la responsabilidad penal es eliminado. En cualquier caso la exigencia del resultado no es un punto relevante para la doctrina dominante como decíamos en la introducción del capítulo Primero .

Aún así se ha hecho necesario un criterio para separar cuándo se está ante un adicto y cuándo ante un microtraficante. Se ha entendido por los tribunales que hay

---

<sup>10</sup>(3)ARAVENA. 1998 pp 169-170

delito si se trafica alguna de las sustancias indicadas en las listas sin referencia a concentración. Pero para separar las aguas en casi todos los tribunales se usa un criterio cuantitativo regulable. En este criterio se combinan las características de adicto del poseedor de la droga y la cantidad de droga<sup>11</sup>.

Esta combinación de reglas, se estima, ha dado resultados afortunados, lo que es difícil de determinar Estadísticamente porque se carece de estudios. Sin embargo hace algunos mese a la fecha el tema del micro tráfico a entrado al ruedo, especialmente en relación a la inflexibilidad de las sanciones que señala la Ley, lo que da a entender que el tema no está tan bien resuelto.

#### A.2.V. El Nexo Causal.

Por la especial interpretación del resultado en nuestros tribunales se comprenderá que tampoco es muy recurrido este elemento de la tipicidad. Habiendo problemas más evidentes tampoco la doctrina se ha hecho cargo de este punto de manera cuidadosa.

#### A.2.VI Los Elementos Descriptivos del Tipo.

La verdad es que no hay tampoco alguno de relevancia que merezca análisis. Son estos elementos aquellos que pueden ser aprendidos por cualquier sujeto sin necesidad de realizar valoraciones respecto de ellos.

#### A.2.VII. Los Elementos Normativos del Tipo.

Obviamente por contraposición son aquellos que requieren una valoración, esto pueden ser a su vez jurídica o extrajurídica, según si la valoración se hace en torno al ordenamiento jurídico o a las normas de la cultura.

El elemento normativo jurídicos más importante se encuentra en la expresión: "sin la competente autorización". Esta frase se interpreta unánimemente como la autorización que existe para laboratorios y farmacias para negociar con las sustancias prohibidas. Así vista si existe la autorización estamos ante un caso de

---

<sup>11</sup> (3)ARAVENA. 1998 pp 201 ss. (30)GACETA JURÍDICA. 1996 a. Pp149-150. (31)GACETA JURÍDICA. 1996 b pp 124-126. (32) GACETA JURÍDICA. 1997 a pp 137-139

atipicidad. Aunque esto tampoco es pacífico pues se tiende a decir que aunque faltase esta expresión podría aplicarse el mismo principio pasándolo como un equivalente al ejercicio legítimo de un Derecho del Art. 10 nº 10 del código del ramo. “A cualquier título” es otra expresión de importancia, debe ser tenida también como un elemento normativo, lo mismo que la expresión :” a menos que justifiquen”, que debería ser tenida como una referencia a exigencias de carácter probatorio.

Los elementos normativos extrajurídicos, estos tienen una gran relevancia en la interpretación del tipo, sobre todo para deslindar el consumo del tráfico, por la expresión:

”a menos que justifiquen que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo”.

Aquí el análisis se confunde pues se sostiene que hay dos elementos de análisis. La atención médica, que sería una causal de justificación, más específicamente el ejercicio legítimo de un Derecho, y el uso personal y exclusivo, que hablan de la no sanción al consumo, como un caso de atipicidad.

Sin embargo, respecto del tratamiento médico en principio hay una contradicción de la doctrina, pues no se puede ser un elemento normativo de la tipicidad y la antijuridicidad a la vez, pues se habla de categorías absolutamente distintas.

Existen dos posibilidades. Una es que sea una causal de justificación pero no un elemento normativo del tipo penal. En cuya circunstancia debe además ser una causal autónoma de las del código penal, por cuanto cualquier causal de exención de responsabilidad no necesitan para ser causales de justificación estar incluida o caber dentro de alguna del código penal, puesto que son regulaciones específicas para el delito que trata. Aunque pueda ya estar inmersa en el ejercicio legítimo de un Derecho por cuanto no es un hecho aislado que el legislador penal al tipificar haga enumeraciones absolutamente inútiles que al final confunden la interpretación y complican el trabajo jurisprudencial.

Otra posibilidad es que sí sea un elemento normativo del tipo penal, pero en este caso ya no puede ser propiamente antijuridicidad. Así que su naturaleza puede ser

otra, para no salir del injusto, puede ser concebida como una fórmula de adecuación social o como causal legal absolutoria. Como la que existe respecto del que auxilia al suicida en caso de que la muerte no se concrete. Obviamente que lo más cuerdo es aceptar que es simplemente una causal de justificación pero esto la inutiliza como elemento del tipo objetivo.

El otro punto, la expresión: “ su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo”. Aun cuando puede verse como una causal de justificación, porque la verdad sea dicha todo acto lícito que comparte un espacio normativo con un delito (las lesiones y las operaciones, por poner un ejemplo), cualquiera sea éste, se pueden mirar como el ejercicio legítimo de un Derecho respecto de un tipo penal que pueda mostrar competencia respecto de ella.

En un sentido diverso, también es posible ver dicha expresión como una causal de atipicidad, puesto que habría un ánimo exigido, es decir, esta frase sería no un elemento descriptivo sino subjetivo del tipo<sup>12</sup>.

Nos parece la opinión del profesor Eduardo Muñoz la opinión más cuerda, puesto que la falta de este ánimo genera la atipicidad. En la práctica de tribunales no hay un pronunciamiento sobre la naturaleza de este elemento, esto porque los tribunales en su gran mayoría se inclinan por un sistema de cantidades y de adicción del sujeto, como ya se ha señalado.

### A.3. Tipicidad Subjetiva

En torno al Dolo y la culpa existen tres problemas básicos para referirse: A) el problema del dolo eventual, b) el problema del error de tipo, c) el problema de la culpa.

#### A.3.1.. El Dolo Eventual

El Dolo es la forma de realización aceptada por la doctrina como única variante para este tipo. Esta puede asumir la forma tanto de dolo directo como indirecto o de

---

<sup>12</sup>N. Del A. Eduardo Muñoz se inclina en este sentido. Cfr. (13)CARMONA CARBONELL. 1997 P 56.

consecuencias necesarias. No parece necesario explicar categorías tan recurridas, empero, los tribunales no se han referido al punto del dolo eventual, es decir, el que sin querer la realización típica estructura su comportamiento asumiendo dicha realización como un resultado que “puede ocurrir”.

Normalmente se conforma el dolo eventual con la adición de cierto “plus” sobre la acción, como es el “contar con”, por lo tanto, si el sujeto no desea el resultado, asume que éste puede ocurrir como corolario de sus acciones y lo acepta (“cuenta con” el resultado). La discusión en este punto es ardua, hay quienes incluso no lo distinguen de la culpa. El legislador ha querido exigir solamente la realización con dolo directo o de consecuencias necesarias pues utiliza la expresión : “ a sabiendas”, en este sentido no existe expresión alguna que indique que hay una exclusión del dolo eventual.

Es poco probable que se den ejemplos prácticos de dolo eventual debido a que por estar tan divorciada la realización típica, del Bien Jurídico y de la víctima es imposible pensar en una hipótesis de dolo eventual. Por mostrar un caso, el que transporta droga sabiendo que es droga no puede “contar con” no obtener el resultado del delito, ya que para esto basta la mera actividad pues el resultado es una hipótesis temida pero no necesariamente verificada. Sólo puede contar con que no lo encontraran los policías.

En el caso citado los tribunales se han pronunciado en un sentido similar al indicar que se requiere para cometer el delito el conocimiento del objeto material, y se lo trata como un problema de error en el objeto<sup>13</sup>.

### A.3.II La Relevancia del Error

Es necesario recordar que hoy lo que prima en doctrina comparada es una teoría unitaria del error. Ya que no se le trata como a múltiples hipótesis de error- en la persona, en el golpe, etc-, que en general eran un trasvasije del Derecho civil al Derecho Penal. Pese a esto las teorías modernas del error no tienen aceptación

---

<sup>13</sup>(3)ARAVENA. 1998 P. 185



total en los tribunales chilenos los que se mantiene una posición más bien clásica.

Bajo las hipótesis de error establecidas en el código Penal lo único pensable para el Art. Quinto es un error en el objeto material del delito. Como quien imagina que transporta harina pero lleva droga. Bajo una posición más adelantada podrían haber error en las causales de justificación también, por ejemplo, el que piensa que recibe las pastillas de un médico y se las da un simple traficante, lo que no pasa de ser un error en la persona; o el policía que actuando como agente encubierto no posee todos los requisitos para actuar como tal, por ejemplo, es autorizado por un superior incompetente para dar tal encargo.

Como la Ley en estudio es una Ley que pretende el control total se entiende que cualquier error aceptable como excluyente de la tipicidad se tendrá que dar en las características de los instrumentos hábiles. Dicho de otra forma, las hipótesis de error se concentran en el cumplimiento de requisitos burocráticos.

#### A.3.III. La Culpa.

Por último, La Culpa, como se ha señalado insistentemente es la opinión unánime que la figura no puede aceptar la forma culposa. Es casi impensable una hipótesis de culpa en el tráfico, quizás el único caso es el del sujeto que transporta una carga y dentro de ella va en un escondite una cantidad de cocaína. Si bien a primera vista esto parece razonable existen múltiples motivos por los cuales no se puede aplicar en la situación del transportista irresponsable como en otros ejemplos de similares características las sanciones del Art. Quinto.

Las primeras razones son de sentido común, y es que si se aceptara esta fórmula comisiva entonces se acabaría transformando a las personas en una especie de agentes de la policía ad honorem. Por otra parte, si se observa con cuidado la forma de transporte de la droga mayoritariamente se realiza por sistemas regulares, en donde muchas veces no se informa a los tripulantes o encargados del contenido, una interpretación como ésta haría muy engorroso cualquier forma de transporte, sea de carga o de pasajeros. Significaría, por ejemplo, la obligación de los pasajeros de mostrar sus pertenencias y al de los navegantes de revisarlas todas

cuidadosamente, pues sino se podrían hacer reos de tráfico. Como se ve esto no sólo entrabaría los viajes sino que llevaría a interpretaciones absurdas de la norma. Por otra parte, cabe agregar que en el proyecto del ejecutivo existía un tercer inciso en el Art. Quinto que sancionaba precisamente el transporte y que fue eliminado por las razones ya expresadas.

Además de lo indicado, se pueden abona importantes razones de texto legal. La más sobresaliente indica que los cuasidelitos se castigan solamente de manera excepcional en nuestro Derecho<sup>14</sup>. La sanción de la culpa es en virtud de norma expresa, al respecto es interesante notar que uno de los casos en que se aplica es en la situación del mal causado por la negligencia del médico cirujano, farmacéutico y profesionales afines<sup>15</sup>. Lo que podría generar algún tipo de concurso con el tráfico efectuado por un facultativo. Sin embargo, en el tráfico no necesariamente existe un mal, ya que el mal es una hipótesis que debería probarse, lo que resulta muy difícil de asegurar. Por otra parte es muy dudoso que un profesional trafique sin darse cuenta, ya que aún cuando el profesional suministrara una droga creyendo que es lícita, sin percatarse por negligencia de la ilicitud de su conducta, y de ello sobreviniera un mal, corresponde en este caso aplicar las penas del Art. 490 del Código Penal y no las de tráfico. En esa circunstancia no hay tráfico culposo, sino negligencia médica que es una norma general y autónoma de la Ley N° 19.366, por tanto no puede en este caso haber colisión.

#### A.3.IV. Los Elementos Subjetivos del Tipo.

Como ya indicábamos, es muy razonable la postura que indica que la expresión ." consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo " sea tomada como un elemento subjetivo del tipo. Pues la conciencia de que lo adquirido sea para el consumo próximo y personal, y no para el tráfico, es no un elemento objetivo, sino que es una manifestación de voluntad del sujeto que siempre y en todo caso está en su fuero

---

<sup>14</sup> Art. 4º y 10 N° 13 del Código Penal

<sup>15</sup>Art. 401del Código Penal.

interno.

#### A.4. Participación y Grados de Desarrollo del Delito.

Como indica Ferdman <sup>16</sup> existe una dificultad que se presenta en la separación entre autoría y participación. La distinción entre autoría y participación de suyo en teoría general del delito resulta un tema extenso y muy debatible. Lo mismo ocurre con la determinación del iter críminis. Lo que sí se puede asegurar es que la redacción de la Ley supone una extensión de sanciones sin discriminación respecto de los grados de participación y de ejecución del delito.

Nuestra afirmación es abonada por la redacción de la segunda parte del Art. segundo inciso Primero, cuando dice: "Los que induzcan, promuevan o faciliten". Al usar estas frases es casi imposible distinguir entre un ejecutante que domina la realización del delito y una persona que sin tener el dominio del hecho simplemente ejecuta labores accesorias al él. Algo similar ocurre respecto de la expresiones poseer y trasportar, pues adelantan la barrera punitiva hasta la simple aprehensión del objeto material del delito. Esto, además, es señalado explícitamente por el Art. 24 de la Ley en cuanto indica que los delitos de esta Ley se sancionan como consumados desde que haya principio de ejecución. Desaparece de esta forma todo matiz en las acciones.

Este desatino político criminal se debe entender como que para la Ley las distinciones entre tentativa y consumación resultan inoficiosas. En la discusión parlamentaria se estimó que esta particular forma de tipificación desalienta el principio de ejecución, sin tomar en cuenta la posibilidad de que a su vez favorece el compromiso delictual del cómplice y del partícipe irresoluto<sup>17</sup>.

En cierta medida el estudio de la redacción de la Ley en la forma señalada simplifica tanto el tema de autoría y participación como el del principio de ejecución, todo en busca de una punición total basado en criterios preventivo generales negativos y

---

<sup>16</sup>(28) FERDMAN. 1993 pp 52 y 53

<sup>17</sup>(16)CONACE. 1996 a. p 47.

positivos. Esto, obviamente, como expresábamos no es una ventaja de la Ley sino claramente un defecto político criminal grave.

El papel que juega la frase "...induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias", es dudoso. Pues bajo cierto prisma ésta sería la figura básica de la ley-postura minoritaria, eso sí-. Puesto en la doctrina dominante, se entiende que estamos ante formas de complicidad referidas al tráfico. La verdad es que no está clara su naturaleza, ni menos aún el papel que juega esta expresión en la verbo rector, traficar. Y Más aún, cuál es el efecto que surte esta subrelación sobre la interacción existente entre el inciso segundo y el inciso primero. Prueba de esta falta de pronunciamiento y comprensión es que si se revisa la jurisprudencia existente no hay realmente un criterio constante sobre estos casos ;especialmente para el facilitar y el promover.

#### A.5. Antijuridicidad y Culpabilidad.

Lo cierto es que en relación a estos tópicos no existe una separación de la línea general de la jurisprudencia nacional. Esta línea señala que la antijuridicidad está principalmente contenida en el código penal, en el Art. 10, y por tanto busca igualar todas las causas de justificación a las hipótesis en él contenidas. Por otra parte, en relación a la culpabilidad como parte de la estructura del delito, su aceptación en nuestros tribunales es escasa y se limita a ciertos casos de inimputabilidad.

#### A.6. Consideraciones Finales.

Existe pronunciamiento especiales de la jurisprudencia en relación a la pena debida y su calculo, pues cuando se habla de drogas duras o blanda existe entre esos conceptos una agravación o atenuación de dos grados en el marco penal. Obviamente, Se discutió la forma en que se realiza este proceso, y los tribunales se pronunciaron que la rebaja se produce desde el mínimo asignado por la Ley, es decir no se rebajan dos grados de una divisible sino un grado de una divisible. Esto se aplica también para el caso en que se agrava la responsabilidad<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup>(3)ARAVENA. 1998 p 196.

## B. Análisis Funcional del Tipo Bajo un Concepto Personal de Acción.

Más allá de las disputas en el estudio del Derecho Penal, todo sistema dogmático debe estar construido bajo ciertos cimientos elementales, de ellos el más básico es el concepto de acción. Como se vera más adelante quizás este sustrato de análisis del fenómeno delictual es el que determina la diferencia básica entre Roxin y Jakobs, en cuanto un concepto de acción funcional en forma de comportamiento (concepto negativo de la acción) es más que una manera de sistematización una particular forma de imputación<sup>19</sup>

Obviamente los resultados tan diferentes entre ambos autores nacen de diferencias estructurales en sus fundamentos, de las cuales quizás la más relevante sea esta categoría. En general no es tan observada por nuestra jurisprudencia dado que se absorbe por el concepto de tipo, lo que ocasiona fuertes problemas a nivel de omisión.

### B.1. Concepto Personal de Acción

Para Roxin el comportamiento humano relevante penalmente es únicamente aquel que es manifestación de la personalidad del sujeto, el concepto personalista de acción es una exhibición de voluntad sistemática de separar el elemento natural -la substancia del fenómeno-, del elemento normativista -la valoración de éste-. Lo que no siempre es posible dado que en la sociedad existen comportamientos “esperables” y por tanto su omisión es reprobada así como su realización deficitaria. Esto es lo que determina que no se pena la omisión de manera general pues la exigencia de un deber de comportamiento excluye una manifestación de voluntad relevante.

Ahora bien, como la acción no es el tipo pero es presupuesto de él no puede haber tipicidad sin acción<sup>20</sup>.

Para lo que nos interesa es relevante ver si la acción de Consumo -como la venta

---

<sup>19</sup>(58)ROXIN. 1997 pp 247 ss.

<sup>20</sup>(58)ROXIN. 1997 pp 256-258

efectuado por el adicto -puede ser considerada una manifestación de la personalidad. Ya que el tráfico, qué duda cabe, si constituye acción.

Las manifestaciones internas no pueden ni deben ser consideradas acciones. Es nuestra opinión, desde esta perspectiva, que no tanto el traficar como “el favorecer, promover o facilitar”, deben quedar exentos en caso de que sólo sean manifestación de opiniones o consejos. Por ejemplo, el señalar el mejor lugar para consumir o para obtener la sustancia, a no ser que sea con fines promocionales o se obtenga un lucro de ello; lo mismo si se trata de consejos para obtener mejores resultados del consumo. Esto porque no constituyen acciones, por tanto no se configura el tipo penal.

La razón de lo anterior está en el respeto del Principio Cogitationis Poenam Nemo Partitur. Para que éste tenga una aplicación estricta en el Derecho, no pueden ser conductas punibles una manifestación de opinión o el consejo. Al menos por regla general. Este límite tiene una contra excepción, cuando dichos comportamientos sean parte de la actividad criminal, cumpliendo funciones de marketing. Para ello se requeriría un plus constituido por el “concierto previo” para realizar estas actividades. Este concierto previo está relacionado a la conspiración o la asociación ilícita.

Por otra parte, gracias al concepto personal de acción podemos aventurar una consecuencia. El Art. Quinto usa la frase “a cualquier título”. La discusión al sentido de esa frase se ha centrado en si es el tráfico sancionado es el que se realiza a título gratuito y oneroso, o sólo éste último. Aparece de la redacción del artículo que esta expresión está referida al tráfico en sentido estricto (a la acción misma de traficar) y no en sentido amplio (el favorecer, promover o facilitar). Por tanto debe entenderse las acciones llamadas de tráfico en sentido amplio sancionadas sólo en la medida que tengan un componente económico. En nuestra opinión es absolutamente factible argüir de esto que la extensión de la Ley a los partícipes que se señalan en el tráfico en sentido amplio (el que favorezca, promueva o facilite), sea solamente en la medida en que esta tenga una intención lucrativa. Ya que sino

lo que se obtiene es castigar a las personas por emitir opiniones o tener un modo de pensar distinto. Nos referiremos a esto último al analizar el tipo penal.

El mismo principio que protege la mera manifestación de opinión debemos extenderlo a la figura básica, pues el manifestar deseo de traficar no puede, bajo ese prisma, ser penado. La planificación delictiva que se circunscribe a la manifestación de voluntad cae fuera de la esfera de la acción propiamente tal, por ello la Ley crea el Art. 24 que sanciona todas las conductas de la Ley como consumadas desde “que existe principio de ejecución”. El Art. 24 supone la existencia de una “acción” que da comienzo al plan diseñado.

Es decir, si existe un tipo específico que ataca a la tentativa, en una interpretación armónica de la Ley, se debe comprender que éste fija el límite mínimo a la norma general (el tipo básico del Art. Quinto) que protege el Bien Jurídico Salud Pública, en el sentido que lo hemos analizado. Más claro aún, si se complementa el tipo básico con el Art. 22 que supone que para que haya asociación ilícita existan actos ejecutivos de ella. De esta forma el límite de la punibilidad está constituido por la realización de una actividad material que quepa dentro de la descripción típica, y no la manifestación de voluntad.

Bajo esta razón de texto puede que se mire a la asociación ilícita como un tipo privilegiado del tráfico, o en otras como una figura agravada. Tampoco es improbable que veamos a la asociación como un concurso aparente con el tráfico, lo mismo se puede decir para la conspiración (Art. 24). Lo que no es rebatible es que la asociación ilícita y la conspiración deban ser consideradas como el baremo para determinar en que momento la manifestación de voluntad debe ser abordada con pena y en que casos no. Esto es absolutamente lógico, el tráfico del Art. Quinto debe estar más allá de la asociación ilícita y la conspiración, no sería lógico esperar que una persona ejecute primero el acto delictivo y luego se ponga de acuerdo para su realización, o que lo consume y luego principie su ejecución. Por razones de orden cronológico este razonamiento se sostiene, más allá de su justicia intrínseca. Sería absolutamente ilógico que exista una sanción a la asociación ilícita, que sea

específica, si el tráfico fuera sancionado antes con la misma pena.

Otro punto sobresaliente a este nivel es el del autor de tráfico que lo realiza con el preciso objeto de obtener recursos para drogarse en cuanto es adicto o, en su defecto, para vivir, pues carece de medios lícitos para poder subsistir. Se ven por esto impulsados muchas veces por una vis compulsiva de los delincuentes avezados, que son efectivamente los que manejan la realización del acto. Es decir, son los autores. Los verdaderos conductores del hecho que en definitiva se aprovechan de estas circunstancias y “controlan” a los autores materiales. La necesidad psicológica provocada por el sufrimiento físico y psíquico que puede provenir del hambre o de la necesidad de drogas, o el miedo a los efectos desagradables de la abstinencia, generaría una situación en que la acción delictual se convierte en una manifestación del Estado de Necesidad en que se halla el sujeto.

Obviamente esto podemos verlo de otra forma, como: “la imposibilidad de actuar de otro modo”, es decir, como ausencia de culpa o como un Estado de Necesidad propiamente tal, lo mismo que una falta de capacidad del sujeto.

Dentro de la interpretación del concepto personal de acción debemos reconocer que es muy rebatible el ingreso de vis compulsiva. Es mucho más lógico impulsar el análisis de este último caso dentro de las categorías del delito mejor estructuradas para ello como son las causales de justificación o la culpabilidad.

Así, en caso de fuerza sólo la vis absoluta nos puede excluir la acción, pese a que es muy poco probable que se den casos de vis absoluta en el Art. Quinto de la Ley.

## B.2. Introducción al Estudio del Art. Quinto

Antes de ingresar a la tipicidad como categoría sistemática, es un requisito previo determinar cuál es el tipo analizado, concordando la forma en que cabe interpretar el inciso segundo (como presunción o figura mixta alternativa).

Como se entiende, naturalmente nuestra intención no es resumir las posiciones existentes ya enumeradas en el acápite anterior. Sino estructurar una posición independiente que se acomode a un estudio funcional del tipo penal.



Pues bien, ya hemos entregado una explicación en el capítulo primero de por qué el Art. Quinto debe ser interpretado como si fuera una sola figura (y no dos figuras típicas independientes divididas por el objeto material del delito). Pero esto no obsta a que el Art. Quinto no deba ser considerado en su totalidad como “la” figura básica de la Ley Nº 19.366, también es factible pueda existir más de un tipo penal dentro del mismo, y por tanto que sólo una parte de él juegue la función de figura básica.

La interpretación dominante se ha esforzado fuertemente por conseguir concentrar en una sola fórmula, o la primera parte del Art. Quinto inciso Primero o su subsiguiente frase escolta, el contenido general del tráfico para así lograr fijar los límites de la Ley, sobre los cimientos de una unidad irreductible.

No está muy claro de donde deriva esta necesidad que tiene la dogmática de encontrar una fórmula única, aunque parece que se entiende que existen ciertos principios que deberían ser inconvencionales, y en coherencia con ellos es que tal actividad de unificar conceptualmente se fundamenta. Por ejemplo, la dogmática es un especial tipo de lógica y es razonable que trate de abordar su objeto de estudio (la Ley) con los elementos que le sirven de apoyo, ello se logra mejor si los problemas se solucionan a nivel de tipo y no de concurso. También, bajo esta necesidad, se entiende que en una Ley compleja que aborda un tema debe haber una figura única, en base a la cual se organizan todas las otras normas sancionatorias relativas al mismo acto (inducción -deducción). Esto es sin duda deseable, pero no necesario para el estudio de la Ley, debido a que, como ya expresábamos, el sistema dogmático no es el único método de estudio de la norma penal.

Lo que sabemos nos lleva a inclinarnos, empero, por la idea de una figura base, ya que la Ley está referida al tráfico,- ese es su título- de esto podemos derivar que el definir qué es el tráfico resulta ser una cuestión esencial. En base a esta definición sólo es posible interpretar la gama de conductas que regula la norma..

Pero ello parte de un supuesto, que el tráfico sea una sola conducta o muchas misceláneas y vinculables entre sí. No es imposible, sin embargo, pensar que en las

conductas identificadas como tráfico no existe ninguna concatenación si se tiene en cuenta lo difícil que resulta unificar conductas como sustraer y suministrar, que incluso son antónimos.

Está demás decir que lo que se busca siempre en una interpretación es una reducción del alcance del tipo penal para poder entender su espíritu, por esto debemos reducir el número de figuras a una o unas pocas donde las demás juegan el papel de agravantes o atenuantes. O como en el caso del inciso segundo del Art. Quinto, de formas de comisión, pero que no alteran en nada la unidad de objeto. Pues ello puede dar muchas ventajas a quien estudia el tipo penal. Y por tanto la gran justificación de un tipo base está en la utilidad que éste genera en el estudio del delito, especialmente para el juez y las partes.

De no ser este el caso, al hablar de tráfico nos referiríamos a tantas conductas como verbos rectores existen en la Ley, lo que nos arrojaría a un problema grave para el estudio del tipo penal, porque si no se puede sistematizar no es posible de entender. Como señalábamos en el tercer capítulo, la principal razón para buscar un tipo base, es que de no haberlo, hay a lo menos 13 verbos rectores.

Por lo Tanto, asumido que existe una relación entre todas las conductas, ésta puede estar constituida por la propia naturaleza de las conductas o estar determinada por un objetivo común que las une. En el Derecho Penal es el objetivo y no la forma comisiva específica la que determina la unidad de las conductas, al menos eso parece deseable, ya que de no ser así se estructura un Derecho Penal donde el resultado queda suprimido o decrece en importancia. Asumimos como cierto y necesario que en el concepto de tráfico debe haber un objetivo común que se persigue por los autores y cómplices, y que se intenta evitar por el legislador. Al menos éste puede desprenderse de que todas las conductas prohibidas están amparando un mismo Bien Jurídico, pero también de una conducta final que se busca evitar a toda costa, por ejemplo, el consumo masivo. Sin duda el tipo penal debe ser más específico que el Bien Jurídico protegido, por tanto, más allá de las definiciones particulares es muy improbable que el tipo abarque todas las conductas

lesivas.

Como se ve las razones que pueden justificar la línea de pensamiento que identifican al Art. Quinto como la figura básica son más bien utilitarias que constitucionales o legales. Están amparadas también en la tradición interpretativa los delitos en los países occidentales. No existe un título que diga que el Art. Quinto es la figura básica, y que en él debe hallarse la base para entender todas las otras conductas relativas al tráfico; ello deriva primero de esta necesidad utilitaria, puesto que la redacción del artículo que se acomoda a unas interpretaciones más que a otras, todo ello amparado en un cierto grado de consenso que se ha asumido en este punto.

Sin embargo la unidad lógica no aparece de forma expresa, sólo puede nacer de la designación del objetivo que aúna las formas comisivas enunciadas en el inciso segundo del Art. Quinto, y esto ocurre una vez que se avanza en la interpretación de las hipótesis señaladas por el legislador. La búsqueda de un nexo entre las distintas figuras no es caprichosa, pero tampoco responde a principios de las ciencias naturales. Por ello el uso de una figura básica muchas veces nos obliga a trabarnos en relaciones de excepción, o lo que es lo mismo, en paradojas de la Ley. Es deseable que la interpretación adoptada tenga el mínimo de correcciones posibles, no olvidando los defectos que la propia Ley posee.

### B.3. Estructura del Tipo Penal.

Nuestra visión del injusto en general y el tipo en particular es distinta, obviamente, a la teoría general. El problema es determinar la estructura del tipo que sea más dúctil para los objetivos que nos hemos planteado. Partamos por expresar nuestra posición.

El funcionamiento del Art. Quinto lo concebimos en los siguientes términos. No existen dos figuras de tráfico (tráfico en sentido amplio y en sentido estricto) sino una fórmula básica con múltiples formas comisivas del delito, señaladas en el inciso Segundo. Todas ellas, sin embargo, referidas a una acción peligrosa para el Bien Jurídico que es traficar las sustancias prohibidas. Es posible que esta enumeración

del inciso Segundo sea taxativa o a modo ejemplar, o sea que existan otras formas de realizar el tráfico no señaladas en el inciso segundo. Penetrando en este problema hemos llegado a observar que las conductas descritas se acoplan en la práctica a formas de complicidad, si tenemos en consideración que quienes son apresados por estas actividades están lejos de tener el control del hecho. Por ello nos hemos inclinado a sostener que el inciso segundo enumera acciones que exceden la figura básica, y que juegan otra función dentro de la Ley,

Es decir, el Art. Quinto si bien trata de la acción de tráfico como toda la Ley, mirado como un conjunto de oraciones, no juega ni puede desempeñar el papel de ser la figura básica, en su totalidad. Por ejemplo en el inciso segundo se contemplan nueve acciones típicas, que no pueden entenderse sin el inciso primero, en su primera parte. Pero estas acciones no juegan ningún papel práctico en el fondo, salvo ser extensores de la responsabilidad Penal a personas que normalmente serían identificadas como cómplices.

A continuación, en el inciso primero, en su segunda parte, se contempla una fórmula de complicidad con el traficante agravada referida a las labores de marketing, a las que ya nos hemos referido.

Por lo tanto para nosotros solamente la primera parte del inciso primero contiene el tipo básico - "...el que trafique, a cualquier título..-", y todo lo demás juega labores accesorias. Pasamos a explicar cómo hemos llegado a tales conclusiones.

B.4. Función de la Segunda Parte del Inciso Primero Dentro del Artículo Quinto de la Ley.

Primero, lo que nosotros observamos son dos frases relacionadas en el inciso primero. El llamado tráfico en sentido estricto - "...los que trafiquen con las sustancias a que se refiere dicho Artículo Primero o con las materias primas que sirvan para obtenerlas..."; y el tráfico en sentido amplio - "...Y a los que por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias...".

En el inciso segundo, en cambio, existe una enumeración de las conductas que deben entenderse asimiladas al "tráfico". Estas expresiones sólo estarían referidas

según nuestro concepto al tráfico en sentido estricto, ya que el inciso segundo dice: "Se entenderá que trafican...", y el inciso primero señala: "se aplicará a los que trafiquen..". Lo que es claramente indicativo de que se asimilan al tráfico, entendemos que la asimilación se hace en su pena, pero de una manera tajante debemos desestimar que esto sea algún tipo de definición de tráfico.

Dice la segunda parte del mismo inciso Primero que se aplicarán "...las mismas penas..." del inciso primero pero no dice que ambas conductas son tráfico. La frase utilizada como ilativo es "y a los que". Lo que no quiere decir que siendo referidas a un delito de tráfico, ambas sean tráfico.

Nos avocaremos a resolver esta cuestión. Lo lógico es pensar de que hablamos de no una figura autónoma del tráfico, como podría ser el tráfico de estupefacientes a menores de edad, en razón de que el tráfico en sentido amplio no tiene sentido separada de la primera figura, por su redacción actual. Pues, sino se quisiera esta interpretación no irían juntas en el mismo artículo, perfectamente pudieron ir separadas. La diferencia entre el llamado tráfico estricto y amplio se da solamente porque la primera conducta delimita adecuadamente lo que es la acción punible (el tráfico), por lo que es claramente identificable el autor del cómplice. En cambio, en la siguiente oración se ordena una intensificación horizontal de la Ley penal, es decir, ataca a los partícipes del tráfico, extendiendo la responsabilidad criminal en cuanto a la pena.

Estas conductas, pese a esto, son evidentemente accesorias al primer concepto (traficar), aunque con pena agravada.

La única forma de entender el artículo es la expresada, o sea, lo que se castiga en la segunda parte del Art. Quinto inciso Primero son algunas formas de complicidad. Se aclara esto gracias a la expresión: "y a los que...", que fue agregado a petición de la comisión de constitución de la cámara de Diputados reemplazando a la disyunción "o", esto se hizo para aumentar la punición. Con la conjunción "y" claramente resulta que se divide el tráfico de las conductas accesorias a él pero consideradas de igual gravedad. Este dato demuestra además que el proyecto

original hacía una distinción entre el autor de tráfico y la complicidad agravada, ya que al incluirse se temía que se diferenciaron las penas..

Si se hubiera mantenido la disyunción “o” sería más compleja la conclusión que hemos expresado, debido a que podría entenderse que con la disyunción “o” se quiso expresar que se entendía sinónimo de tráfico a las conductas del inciso Primero en su segunda parte. Al expresar el artículo con “y”, queda claro que la enumeración es para la aplicación de penas, pero no porque estén hablando de una sola figura en que las penas del Art. Primero se aplican a los que “trafiquen”, sin distinguir.

Lo expresado se puede prestar a equívocos toda vez que la Inducción es una forma de autoría. Sin embargo hay que observar que el artículo se refiere no a una inducción al tráfico sino al consumo, e inducir a una acción no delictiva no puede ser inducción propiamente dado que inducir es determinar un comportamiento delictivo en quien carece de esa decisión, por lo que no es precisamente una inducción penal y entra más en una definición de marketing.

Hay que tener presente que el igualar autores y cómplices es una forma de tipificación que, siempre y en todo caso, debe ser interpretada restrictivamente, esto por lo excepcional de esta técnica, ya que la regla general es que la complicidad tenga punibilidad más baja. Por otro lado es político-criminalmente erróneo castigar al autor con las mismas penas del cómplice ya que favorece el compromiso criminal. Y, por cuanto, de suyo perjudica a personas que tienen una baja voluntad criminal y que ni si quieren cuadran dentro de lo que cualquier lego puede entender como tráfico.

Las formas del inciso segundo también caben en la complicidad, de ello deriva que no puedan relacionarse con el tráfico en sentido amplio pues no puede haber un cómplice de un cómplice. A ello nos avocaremos a continuación.

B.5. La Función del Inciso Segundo Dentro del Artículo Quinto de la Ley N° 19.366.

El último punto es determinar cuál es el papel que juega el inciso segundo en la

norma en cuestión. Es claro que el inciso segundo solamente se refiere al inciso primero a la expresión tráfico, ya que como señalábamos no se puede pensar en un cómplice de un cómplice. Si no se interpreta así cualquier persona que facilita el transporte para el uso o consumo (quien vende un pasaje de avión a un conocido traficante), o que promueve la posesión para el uso o consumo (un escritor), debe ser castigado; esto es absolutamente ilógico y repugna hasta el criterio más obtuso.

Se ha pretendido por la doctrina dominante formular la tesis de que la función del inciso segundo sea otra que la mera complicidad agravada, pero no se ha podido salvar el hecho de que de las expresiones usadas en el inciso segundo no pueden distinguirse a priori entre cómplices o autores. Por ejemplo, el que guarda, es una conducta más propia del cómplice que del autor, lo mismo que el transportar.

A nuestro entender ese es el punto fundamental, al parecer el legislador quiso forzar a ciertas formas de complicidad para que fuesen tratadas sí o sí como autoría.

Vale detenerse en este punto, pues el inciso segundo puede tener varias funciones, una de ellas es que defina el concepto de traficar. Esto lo rechazamos porque es evidente que el concepto de traficar es sobrepasado por muchos conceptos del inciso segundo. Las definiciones se hacen con conceptos más estrictos y no más amplios, pues el definir es acotar no ampliar.

Traficar es comerciar, de manera necesaria, y sólo puede entenderse el concepto de comerciar o de transferir, como trasladar el dominio o las actuaciones destinadas a hacerlo. Las conductas enumeradas en el inciso segundo son de tal envergadura y amplitud que en la práctica no definen nada y pueden agruparse bajo el concepto de "contacto con". Esto ha obligado a los tribunales a servirse del concepto de traficar para acotar cada figura; así han señalado que todas las conductas del inciso segundo deben estar referidas o encaminadas a traficar. Entonces cabe preguntarse ¿de qué sirve una definición que requiere de la palabra que define para ser entendida?. Es como si definiéramos al hombre como un ser humano.

Por otra parte, si se considera al inciso segundo como una definición del vocablo traficar, esto nos obliga a considerar esta enumeración como la única formas de

ejecución del delito. Lo que no es cierto, en cuanto, no todo el que ejecuta alguna de las acciones enumeradas en el inciso segundo está traficando necesariamente, como ya veíamos. Y, también es posible que alguna acción no enumerada en el inciso sea precisamente las que quiso el legislador evitar. Así es posible que el que embolsa la cocaína diga que no ha traficando puesto que el “embalar” no constituye delito, o el que pesa la droga tampoco pues el “pesar” no está contabilizado en el tipo. Es cierto que la enumeración está tan abierta que no sería difícil justificar su ingreso como alguna de las señaladas como portar consigo o guardar pero en todos esos razonamientos habría que decir “guardar para traficar”. De no entenderse así en todos los casos el autor tendría razón ya que no está incluido en la enunciación y se violaría la tipicidad de aceptarse que el inciso segundo define traficar.

Aún así, cualquier persona entiende, y los jueces lo entienden así, que Embalar o Pesar son funciones de un traficante siempre que estén referidas al objetivo final que es “traficar”. Independiente que quepan perfectamente o no en los verbos rectores.

Por esto preferimos rechazar el que esta parte del artículo represente el papel de ser una definición. Esta es, empero, la doctrina dominante. En honor a la verdad debemos reconocer que pese a nuestros argumentos existe una razón de peso para inclinarse en este sentido. Esta razón es de texto, dice en el inciso segundo: “Se entenderá que trafican...”. De ahí se ha derivado que ésta sea la interpretación más popular. Mas, no es una razón determinante ya que esta interpretación ha creado más dificultades de las que ha solucionado, lo que da pie para rechazarla. En segundo lugar, ha dado pábulo a que se apliquen fuertes sanciones a quienes a veces ni siquiera se les debería considerar partícipes. O es más, que sean castigados los partícipes y exonerados los autores.

Es necesario hacer una acotación. La enumeración de un conjunto de verbos en el inciso Segundo, es inútil en su extensión pues todos los demás verbos pueden ser absorbidos por los de guardar, transferir y poseer.

Otra línea de razonamiento, distinta a las de las definiciones, es pensar que el



legislador quiso fijar causales de justificación, diciendo que solamente en esos casos - del inciso Segundo -es posible justificarse basándose en la autorización competente. Nos separamos de esta interpretación debido a que no se ve razón alguna para expresar algo que está establecido en las normas generales, pues no son otra cosa que el actuar en el ejercicio legítimo de un Derecho.

Una tercera posibilidad es que el legislador haya querido ampliar, también, en los casos enumerados, la responsabilidad de los cómplices hasta la misma que tienen los autores. No nos referiremos al error de táctica que esto significa, pero señalemos que en la práctica es la única utilidad posible que tiene la enumeración señalada. El inciso segundo lo que hace es aumentar la responsabilidad del cómplice igual que si fuese un autor.

Es cierto que todas las acciones enumeradas en el inciso Segundo las pueden realizar tanto los autores como los cómplices, por lo cual se puede pensar que no hay razón para pensar que el legislador en este caso se está refiriendo en específico a estos últimos. Pero nótese que el legislador dice, se entenderá que trafican, o lo que es lo mismo, está diciendo: en los casos que alguien guarde, transfiera o posea las sustancias prohibidas dolosamente, será castigado con la misma pena del autor sin importar su grado de participación en el tráfico. En la práctica, de esta forma, abarca cualquier hipótesis imaginable de tráfico y más, pues alcanza a cualquier hipótesis de contacto con las drogas<sup>21</sup>.

Dicho de otro modo, poseer, guardar o transferir, son verbos que acogen acciones mucho más amplias que el verbo rector traficar, luego, si se igualan las penas lo único posible es entender que todo el que posee, transfiere o guarda sustancias prohibidas para traficar es responsable criminalmente del delito de forma única. Esto elimina la discusión de si estamos ante figuras mixtas alternativas o de presunciones, lo que en verdad ocurre es que cuando una persona es sorprendida

---

<sup>21</sup>N. Del A. Esto se debe a la pretensión de plenitud que tiene la Ley de drogas.

con drogas, participando en el tráfico de cualquier forma, al legislador no le importa si es autor o cómplice, se le aplica la misma pena. El Estado y la Justicia no se desgastan en problemas que miran como menores.

Entonces, lo que podemos concluir, que la Ley lo único que señala es que castiga a los que trafiquen, sin definición de concepto, pero aumenta la pena correspondiente al cómplice la misma que le correspondería al autor. La única diferencia con el inciso Primero en su segunda parte, es que las conductas de complicidad a que hace mención el inciso segundo son conductas materiales, implican algún aporte en la cadena productiva o de comercialización. En cambio en el inciso Primero, las fórmulas de complicidad se refieren a actividades de promoción, de publicidad y mercadeo.

Existe un delito base que es traficar, y las formas de complicidad que tiene las mismas penas que el delito base. Pero cabe preguntarse si es posible independizar totalmente las figuras señaladas, o sea, decir: existe el delito de tráfico y también el delito de guardar droga. Nuestra opinión es que no. Justificamos esto en que el aumento de pena por si mismo no da pie para considerar a una figura como un delito autónomo, pues sino estaríamos siempre castigando pese a que el delito no fuera a producir el peligro temido por el legislador. Esto se justifica ya que la complicidad no sólo tiene por función reducir las penas, sino crear una cadena punitiva, por tanto, no es igual ser cómplice que autor, aunque se apliquen iguales sanciones. La interpretación dominante ha conducido a que el autor salga libre y el cómplice cumpla condena.

### C. Análisis Funcional del Tipo Penal.

#### C.1. Introducción.

Luego de este análisis podemos entrar a examinar el tipo específico, asumiendo que la figura básica sin duda es la primera parte del inciso Primero más las formas de complicidad agravadas.

Para Roxin existen tres funciones del tipo y no una, los tres se relacionan pero representan papeles distintos y, por tanto, poseen una estructura disímil. Son: un

tipo sistemático, un tipo de error y un tipo garantístico.

El tipo “se valora desde la necesidad abstracta de pena”<sup>22</sup>, es decir, se aplican criterio preventivo generales. Se entiende, por tanto, el tipo como una figura tensionada entre las dos funciones de esta teoría de la pena, la pugna entre la precisión de la Ley y el fin de la Ley. Es imposible pese a las declaraciones de los legisladores introducir fines preventivo especiales a la regulación típica dado que a este nivel no existe un sujeto concreto sino una acción abstracta.

Ahora bien, esta necesidad abstracta de la pena asigna distintos “cometidos” a la estructura llamado tipo. Ya que es evidente que juega un papel como estructura fundamental del modelo dogmático, y dicho modelo no presenta un solo objetivo. Dentro de estos “cometidos” con anterioridad a la formulación sistemática se le había asignado una función político criminal relevante y como garantía en la medida que expresa en mayor medida que ningún otro elemento de la dogmática tradicional el principio de Legalidad.

Referido más a la doctrina alemana, pero asimilable a cualquier modelo, Roxin le otorga un fin distinto al tipo, ser la base del error de tipo. Esto funcionará en la medida que se acoja esta teoría, lo que no es seguro en nuestro país. Pero es de suponer que con el desarrollo de nuestra doctrina esta teoría deba ser asumida más temprano que tarde por su mayor aporte al estudio del delito.

## C.2. Tipo Sistemático.

Según se desprende de sus distintos escritos, Roxin no se separa la estructura del sistema de análisis más aceptado en el ámbito dogmático. La diferencia está en el replanteamiento de algunos conceptos y, sobre todo, en su una particular postura en torno a la teoría de la pena.

Siguiendo su línea de pensamiento analizaremos el tipo penal. Se recordará que lo ubicamos sólo en la primera parte del inciso primero del Art. Quinto de la Ley, es decir: “Las penas establecidas en el Art. Primero se aplicarán también a los que

---

<sup>22</sup>(58)ROXIN. 1997 P 218.

trafiquen, a cualquier título, con las substancias a que se refiere dicho artículo o con las materias primas que sirvan para obtenerlas...” Por esto la Ley castiga el tráfico, y es lógico que el tipo básico se reduzca a este verbo y no acopie otros significados. En segundo lugar, porque tanto la segunda parte del inciso primero como todo el inciso segundo hace referencia, en general, a múltiples formas de participación, pero no a conductas que por si mismas sean disvaloradas.

Es nuestra opinión de que no se puede buscar una definición casuística del concepto de tráfico, que es necesario desarrollar con los elementos que entrega la Ley una descripción del verbo rector y del delito en general enfocado al resultado y no a la acción en particular.

Si sólo se entiende por tráfico lo que el lenguaje común discierne, es más fácil entender el tipo penal y hacer un estudio sistemático de las conductas que caben dentro de este vocablo, y es más razonable estudiar los anexos del artículo, una vez que se comprende adecuadamente y se toma como tipo base este concepto.

Ya hemos hecho referencia a lo que se debe entender por traficar. En el lenguaje común es: “Comerciar, negociar con dinero y mercaderías, trocando, cambiando o vendiendo o con otros semejantes tratos”. Ahora, desde esta perspectiva podemos analizar el tipo objetivo de una manera bastante simple.

Tenemos un tipo de sujeto activo y pasivo indeterminados. Un verbo rector que es el tráfico, que es un vocablo no definido precedentemente pero que entenderemos en el sentido que le da la Real Academia Española. Entonces el resultado típico se produce en este caso cuando el sujeto “cambia de mano” o enajena la mercadería. El problema está en el nexo de imputación, es decir, la fórmula que debe tener la acción para considerarla típica. Pues no todo traspaso de droga debería ser punible, ello se debe desprender de la propia definición, dejando de este modo fuera aquellos comportamientos que no tengan por fin “hacer negocios”. Ello supone que existe un elemento subjetivo del tipo, el ánimo de lucro.

Ahora bien, esto plantea un grave problema, ¿cómo sería esto posible si el Art.

Quinto señala que el tráfico puede hacerse a cualquier título, ello en clara referencia

a que pueda o no haber ánimo de lucro?. La respuesta a esto es que es posible en la medida que no se quiere transformar el concepto de tráfico en la simple enajenación. Lo que a nuestro entender ocurre es algo que Matus observa muy bien, lo que el legislador pretende castigar son las conductas tendentes a generar consumos masivos en la población. Y ¿Cuáles son esas?. Aquellas que se realizan dentro de una organización comercial, porque estas son las que son más extendidas, utilizan métodos conflictivos y manifiestan por definición una constante voluntad de expansión. El traficar debe entenderse, entonces, como hacer negocios con la droga. Por tanto, no hay contradicción ya en que exista ánimo de lucro y se hagan transferencias gratuitas, porque estas pueden tener distintos objetivos, pagar favores, crear clientela, sacar competencia del mercado, y así muchas prácticas que no tienen en la acción particular un objetivo económico pero en el largo plazo sí manifiestan o pueden manifestar ganancias para su autor.

Esto es más evidente si se agrega la segunda parte del inciso primero, pues también se castiga a los que " ... por cualquier medio induzcan, promuevan o faciliten el uso de tales sustancias". De este modo, dicha frase es incomprensible si no se le da la connotación de actividades de marketing, que son relativas al comercio. Ahora, las actividades de promoción tienen normalmente un carácter gratuito.

Esta interpretación puede ser vista como contradictoria con el Art. 22 de la Ley, que sanciona el asociarse u organizarse para traficar. Ya que no tendría sentido que el legislador sancionara dos veces por el mismo hecho. En nuestra opinión esto no ocurre, por cuanto el Art. 22 de la Ley no es un delito autónomo sino una simple regla de aplicación la pena.

Si estudiamos la evolución del Art. 22 de la Ley veremos que la forma en que se redactaba el proyecto de la Ley Nº 19.366 tendía a mirar la concertación para el tráfico de una manera más severa pues esta conducta tenía una pena un grado mayor en el proyecto de Ley. En la Ley ya la penalidad es la misma en su grado superior para el tráfico y para la concertación para él, especialmente para el caso de

quién aporta el capital<sup>23</sup>. Parece que el legislador le quiso dar una pena alta y sin posibilidad de rebaja para el gran traficante, la del Art. 22 de la Ley, y orientar la pena menor al microtraficante en el tipo base, el Art. Quinto de la Ley.

A nuestro juicio esto sólo tiene efectos concursales, los cuales se solucionan dando una pena alta al que aporta capital o ejerce el mando, y una pena inferior si el tráfico se efectúa participando en la asociación o si a sabiendas se ayuda materialmente a la empresa. En nuestro concepto lo que el legislador hace es definir los rangos de pena que le corresponden a los miembros de una organización de tráfico, en atención a las funciones que en ellas desempeñan, pero en ningún caso la norma sirve para separar al pequeño traficante del gran comerciante de substancias prohibidas, por esta causa los montos de la transacción no siempre son un buen índice para distinguir estas conductas, peor aún, el monto de la operación no aporta en nada para saber si hablamos de un tráfico o de una complicidad. Es decir, el Art. 22 de la Ley trabaja en el supuesto de que hay una organización criminal, por tanto, en nada se opone a interpretar el tráfico en ese sentido.

Lo cierto es que si intentamos definir el tráfico no podemos separarlo de la organización criminal destinada a traficar. Nos hemos inclinado a pensar que es mejor y menos embarazoso entender que el vocablo traficar debe comprenderse como negociar, crear un negocio, y en este sentido dejar al Art. 22 de la Ley como una norma especial que regula la pena que corresponde a los autores según su compromiso en la organización.

### C.3. El Principio de Ejecución y el Verbo Rector

Si analizamos el principio de ejecución a primera vista se dice que éste se da al adquirir la droga para venderla. A nuestro entender esta es una postura errada debido a que hace muy difícil dar solución a los casos en que la venta no llega a concretarse o cuando las cantidades comerciadas son muy pequeñas, ya que es imposible distinguir al verdadero consumidor del llamado microtraficante. En primer

---

<sup>23</sup>(52)POLITOFF, SERGIO. "Et al". 2000. Pp 136-137 143-144.

lugar, normalmente estas dos personas están confundidas y, por otra parte, es muy extensa la opinión de que traficar es tener la droga y no lo que se hace con la droga.

Entonces para saber cuándo hay principio de ejecución debemos conocer previamente la conducta censurada, ya que el principio de ejecución estará en relación con el plan del autor. Ya sabemos que es traficar, pero a nuestro entender no se puede entender por tal el realizar una pequeña venta esporádica, ya que ello es contraproducente desde una óptica político criminal y desde la lógica interna de lo que se debe entender por tal expresión. Ya que si se define traficar como el vender droga sería más simple haber puesto vender, que el concepto de traficar, este último es más amplio y complejo. Al seleccionar el concepto traficar y no enajenar o vender debemos entender que el legislador otorga al primer vocablo una significación distinta.

Agreguemos que el inciso segundo señala que se entenderá que trafican una serie de conductas donde la venta esporádica cabe perfectamente. Luego sería ilógico que si la enajenación esporádica entrara en el concepto de traficar se le incluyera específicamente, asimismo como el transporte o el almacenamiento. Como hemos indicado, lo fundamental es que exista un fin comercio, una acción organizada que persigue la venta.

¿Puede la venta no llegar a ser comercial?. Sin duda parece contradictorio decir que una venta no tenga fines comerciales. Pero si bien no creemos sea un tópico en este momento, es distinguible claramente la situación del pequeño traficante que vende en un barrio de la persona modesta que por una urgencia económica se ve en la necesidad de vender droga. Como señalábamos, esta última hipótesis se podría tratar de ingresar a una falta de acción, pero nos parece más lógico estudiar el punto en la tipicidad, porque una mala regulación en este punto fomentaría aún más la creación de bandas organizadas.

Pese a lo anterior, el fin que persigue el gran narcotraficante como el pequeño comerciante tiene un contenido común. Al hablar de comercio se debe entender por

unidades de distribución, producción, venta relativamente autónomas. Decimos relativamente autónomas porque es imaginable que en materia de tráfico de estupefacientes es difícil hablar de una total independencia, salvo en el gran traficante. Pero es imaginable la hipótesis de una relativa independencia donde se pueden tomar una serie de decisiones autónomas, como respecto de quien obtener los suministros, la forma de hacer más eficiente la gestión y de limpiar las ganancias obtenidas por estos medios. Como a sí mismo la posibilidad de contar con “personal” para llevar a efecto las operaciones. Todo ello rubricado con un ánimo de lucro, ya que éste es esencial en la formación de la tipicidad pero no nos parece que sea el único requisito.

Esto sin perjuicio que la pequeña venta pueda ser considerada complicidad, en este sentido no sería comercial para el que la realiza sino para el autor, en dicha circunstancia es indispensable mirar al verdadero delito y al autor, y no quedarnos en lo accesorio.

#### C.4. Elementos Negativos del Tipo y Adecuación Social.

Respecto de los elementos negativos del tipo, en el inciso segundo se señala que el realizar las conductas expresadas en este acápite no constituye tráfico cuando son realizadas para el consumo próximo en el tiempo y siempre que sea exclusivo. Este constituye un elemento negativo del tipo pero que es absolutamente irrelevante para el inciso primero por una razón obvia, no se puede ser comprador y vendedor a la vez, pues por lógica son excluyentes. Es más, siempre en el derecho civil la confusión es un modo de extinguir las obligaciones. Luego, el sentido real de esta frase cabe analizarlo con relación al inciso segundo, pues éste representa el papel de elemento negativo del tipo pues como dice Roxin,<sup>24</sup> en este caso se trata de controlar una conducta socialmente adecuada y no de permitir una conducta típicamente delictiva. Pues el consumir, pese a que pueda ser considerada ilegal frente a otras ramas y áreas del Derecho, es una conducta impune para el Derecho

---

<sup>24</sup>(58)ROXIN. 1997 P 292.



Penal por cuanto es imposible que la víctima de un delito sea conjuntamente castigada por la misma acción. De no considerarlo así, además, se rompería el límite individual de protección del Bien Jurídico.

Pese a esto el legislador castiga el consumo en tres situaciones: consumo en lugares públicos; en lugares privados si se realiza por dos o más personas y media concierto previo y; el consumo en lugares de detención. Asimismo pena el porte de drogas.

El problema de penar el consumo ha sido tratado por distintas monografías, memorias y libros especializados, algunas de ellas ya las hemos citado, pero el tema excede en cierta medida el rango de este estudio. Si bien se puede penar el consumo en la práctica solamente se puede hacer como un tipo autónomo, no se puede desde una lógica estricta penar el consumo como tráfico. Por ello decimos que excede el marco de este estudio, aunque mantenemos nuestra postura de que atenta contra el límite mínimo de protección individual, y por otra parte desde una óptica teleológica-final, contradice los fines de la pena y excede las funciones del Estado.

Volviendo al tema central, ¿Hay posibilidad de adecuación social?. Roxin<sup>25</sup> la considera esta teoría no como un elemento del tipo penal, sino que la ve como una forma de estudiar el disvalor del injusto. Haciendo un resumen es posible dividir las conductas socialmente adecuadas, en aquellas que generan un riesgo pequeño o permitido por el derecho; respecto de estas parece que el tipo acepte pequeños riesgos o permita un tráfico necesario para la sociedad. Por otra parte la teoría de la imputación objetiva es considerada más eficiente para buscar soluciones que aquella.

En un segundo nivel Roxin coloca ciertas formas de adecuación<sup>26</sup>, como por ejemplo, las faltas pequeñas, insignificantes o tolerables. En este punto sería

---

<sup>25</sup>(58)ROXIN. 1997 Pp 295-296

<sup>26</sup>(58)ROXIN. 1997 P 297

posible ingresar a la aceptación del cigarrillo y el alcohol como drogas lícitas. Siguiendo la línea de Roxin esta solución debería ser descartada pues debe, según él, interpretarse dichas situaciones prácticas en el ámbito de Bien Jurídico, y basándose en esta entidad considerar su tolerancia y su significación. Resulta claro que en esta situación el Bien Jurídico rechaza la discriminación legal, en nuestra opinión sí existe en este caso un ejemplo claro en que existe una conducta lesiva para el Bien Jurídico que es ignorada por el legislador, lo que agrava las incongruencias de la Ley y coloca en tela de juicio todo el sistema. Si bien hemos señalado que existen excusas legales absolutorias no nos parece que sea éste el caso y más bien estamos en presencia de una omisión arbitraria debido a que todas las razones esgrimidas para combatir cualquier tipo de droga son aplicables a estos dos tipos de sustancias, y diríamos que en mayor grado.

#### C.5. Elementos Normativos y Descriptivos del Tipo

Tradicionalmente se hace una distinción entre elementos normativos y descriptivos del tipo. Los elementos descriptivos del tipo no aparecen claramente especificados en el tipo en estudio, pues por una remisión impropia se señala cuales son las sustancias prohibidas respecto de su tráfico. Por tanto, en estricto sentido el concepto de precursores asimismo como drogas ilícitas es un concepto no definido de manera detallada por el legislador en el reglamento. No nos referiremos a la evidente inconstitucionalidad de esta práctica por haber sido agotada por distintos autores. Sin embargo, cabe hacer notar un hecho, las sustancias en cuestión no son claramente aprehensibles por la complejidad química de muchas de ellas, así como su difícil distinción puede dar lugar a situaciones de error.

El punto es que en doctrina el concepto de elementos descriptivos y normativos no es muy claro, y si bien manifiesta importancia para el tipo de error, es difícil en el caso de las drogas decir si es este un elemento descriptivo o normativo. Si seguimos a Enghisch, según señala Roxin, podemos distinguir lo normativo del tipo de lo descriptivo en la medida que haya elementos “que sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de la norma”. En este caso

existirá un elemento normativo del tipo. Si bien el punto resulta discutible, nos parece que el concepto de droga es normativo, dado que no obedece a criterios lógicos estrictos, ya que las listas han sido llenadas con ciertas incongruencias como para deducir que han sido llenadas bajo una directriz. Sin embargo, las enumeraciones exhaustivas del reglamento pueden dar origen a más de algún error, que no está claro si será de tipo o de prohibición en este punto. Nos inclinamos por pensar que el juez debería valorar las circunstancias concretas más que referirse a una determinada clasificación que de soluciones uniformes, lo que puede devenir en una limitación del sistema para corregir injusticias y debilidades, lo que sería una contradicción con el presupuesto del sistema teleológico-final de Roxin.

En el caso propuesto nos parece más razonable interpretar el problema como un error de tipo que de prohibición y, por tanto, mirar “lo descriptivo” del concepto de sustancia enumerada en el Art. Primero y las sustancias que sirvan para obtenerla. Abordaremos el tema con más cuidado más adelante.

La concepción de tráfico como una conducta referida al comercio, pues facilita la interpretación de este tipo de problemas por cuanto es más razonable que quien realiza un comercio habitual de las drogas entienda su carácter prohibido, y es más, realice procedimientos previos para obtenerla que denoten o den indicios de la antijuridicidad y de la conciencia de la misma. En cambio, es muy probable que en el vendedor final, el transportista, o el que guarda la droga ignore que ésta tenga tal carácter, o puede también que, conociendo sus efectos ignore si está en la lista de drogas prohibidas.

Desde una óptica procesal la carga de la prueba corresponde al acusador, y resulta muy difícil suponer una conciencia en el acusado de cuales son las drogas ilícitas y cuales no, más allá de la presunción de conocimiento de la Ley, especialmente si el tráfico se refiere a una de las sustancias que no son corrientemente consumidas en el País. Pero es más razonable, a fin de que no se produzcan fraudes a la justicia a través de la teoría del error, hacer la distinción entre los comerciantes y los vendedores esporádicos, pues esto dará bases de presunción respecto de lo

antijurídico de la conducta.

A diferencia del asunto anteriormente analizado, el concepto de "... a cualquier título", resulta ser claramente normativo. Respecto de su función dentro del tipo ya nos hemos referido: debe entenderse referido al uso común en el derecho y, por tanto, asimilado a título oneroso y gratuito. Como decíamos, esta frase no es contradictoria con la idea de comerciar puesto que existen prácticas comerciales que resultan para las adquirentes gratuitas.

Por otra parte, el concepto de "traficar" que hemos dado sugiere que en general no puede haber tráfico si se realiza una vez o esporádicamente, por lo que es un elemento la habitualidad.

Pasando a los elementos subjetivos del tipo, el concepto de ánimo de lucro va incluido dentro del término traficar, es imposible analizarlo de otro modo. La teoría de que se puede traficar a través del préstamo de droga o del regalo que se hacen los consumidores resulta imposible de concebir, antes que por las razones éticas indicadas generalmente a este respecto, por un motivo lógico que ya indicamos: no se puede ser traficante y consumidor a la vez, ya que la confusión extingue ambas facetas. Esto es distinto a que el traficante sea consumidor de drogas, lo que generalmente ocurre en la práctica, pero entre ambas conductas debe haber una que prevalezca, los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia han actuado buscando un criterio para distinguir estos casos.

En nuestra opinión para un estudio acabado debe verse como indispensable que todo comercio se realice con el fin próximo o cercano a obtener una ganancia.

Obviamente no se excluye a los casos en que se castiga al que vende para subsistir o para financiar su propio consumo. Es razonable que quien vende drogas busque obtener algo más, incluso si es consumidor, pero de cualquier forma hay que observar en el caso específico la finalidad del vendedor. Ciertamente el monto de droga da un índice, pero como se ha demostrado, este criterio ha tenido una difícil relación con los traficantes de pequeñas cantidades. Más relevante es estudiar la motivación fundamental que se expresa en la formación de una actividad comercial,

donde lo fundamental es el fin de lucro.

#### C.6. Disvalor de Acción y de Resultado.

Es un hecho aceptado por la doctrina que no puede haber un disvalor puramente de acción ni puramente de resultado, el tipo penal, cualquiera sea éste, debe suponer uno y otro. Sin embargo, de la redacción del Art. Quinto, en general, pareciera que se ha castigado la mera acción sin que ésta produzca un resultado o éste tenga la menor importancia para efectos interpretativos, ya que el Art. 24 de la Ley señala que los delitos se castigaran como consumados desde que exista un principio de ejecución.

Sin embargo, al relacionar el Art. 24 de la Ley con el inciso segundo del Art. Quinto la afirmación que sostiene que sólo importa el principio de ejecución para la sanción resulta redundante, pues los comportamientos descritos en este inciso son tan básicos que en si mismos no permiten pensar en una acción distinta de las señaladas que pueda ser un principio de ejecución. También resulta discutible, según Roxin, que se pueda prescindir del resultado en una regulación penal, así nos dice: <sup>27</sup>“... hay que rechazar tal eliminación del resultado del injusto. La frase de que sólo se pueden prohibir acciones y no resultados sólo es correcta en cuanto que los resultado no se pueden prohibir independientemente de las acciones humanas...”. Esta misma lógica puede hacerse extensiva para el Art. 22 de la Ley, que iguala la tentativa al resultado.

Pensamos que es prácticamente factible y sistemáticamente necesario que la prohibición vaya acompañada siempre de algún tipo de resultado, ya que pese a que el resultado depende del azar, éste se puede “probablemente” inferir de una conducta. Lo que dogmáticamente se ocasiona con la exclusión del resultado es eliminar el Bien Jurídico como parte del sistema, lo que hace más rígida la interpretación. La actitud seguida por el legislador chileno, por consiguiente, significa un rechazo abierto a un Derecho Penal de estricta protección a Bienes Jurídicos.

---

<sup>27</sup>(58)ROXIN. 1997 P 324

El manejo que en nuestro derecho se hace del principio de ejecución denota una mala concepción del resultado, equivocada en cuanto todo delito de peligro, como es éste, supone la ocurrencia de un resultado en sí. Pues cosa distinta a que el peligro no se verifique es que éste debe probablemente producirse.

No queda clara en la redacción de la Ley en estudio, ni menos de su aplicación, que se esté exigiendo un resultado, porque al seguir la teoría de las presunciones se consigue obviar la carga de la prueba respecto de las consecuencias del delito. Ello ubica al intérprete en una teoría de la pena en que la motivación y la perturbación de la paz social no importan, lo único relevante resulta ser la sanción a una acción prohibida sin que esto tenga contenido alguno; de esta forma, no hay dañosidad social sino simplemente contravención.

Está claro que los tribunales perciben este tipo penal como un delito de peligro, y que el concepto de delito de peligro lo ven como opuesto a la exigencia de un resultado de peligro. Por ello la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago se niega a aplicar la atenuante del Art. 11 N° 7 del Código Penal<sup>28</sup>: “procurar con celo reparar el mal causado o impedir sus perniciosas consecuencias”.

Creemos que la eliminación del resultado es un criterio que debe ser modificado, pues es contrario a una sana doctrina penal. Además, este canon es contradictorio con el discurso oficial que se tuvo en miras al momento de esgrimir las razones por las cuales era necesario incriminar estas conductas o aumentar las facultades represivas de los órganos del Estado. El Presidente de la República, el Congreso y los Tribunales de Justicia pusieron en la base de la normativa antidrogas la protección a la Salud Pública, lo que supone que se están tratando de prevenir algunos resultados perniciosos para la comunidad. Por otro lado, hay que sopesar que en la época en que se incriminaron las conductas se tuvo en vista la intranquilidad social que provocaban las adicciones y el tráfico organizado. Si estas dos consecuencias desaparecen cabe preguntarse por qué razón se sanciona a las

---

<sup>28</sup>(33)GACETA JURÍDICA. 1997 b. Pp 139-140

personas. Es de mínima lógica que si estos hechos se han tenido en cuenta al momento de crear la Ley deberían ser analizados al momento de aplicar las sanciones<sup>29</sup>.

Por esto decimos que al eliminar el resultado lo que se ha hecho es contradecir los propios fines de la norma, pues se hace más difícil una aplicación racional de la misma. Una de las principales razones para que la Ley no produzca resultados satisfactorios es en nuestra opinión ésta, ya que no se castiga al que produce el peligro o al que ejecuta conductas presumiblemente peligrosas, sino al que realiza acciones materiales con las drogas, lo que impide tener una política respecto al problema. Este criterio de base ha servido para que el verdadero autor se escude tras un sinnúmero de peones, pues la delincuencia organizada es sabedora de estos errores de la Ley y quizás es, además, asesorada por expertos para beneficiarse de estas fallas. Resulta más razonable buscar un tipo penal aterrizado, que sea consecuente con el Bien Jurídico, y que solamente castigue la lesión de éste. Lesión que aun cuando no sea inmediata por lo menos sea probable.

En este sentido, la Salud Pública como la hemos concebido aparece como un medio útil para definir los contornos del resultado que debiese ser combatido.

#### C.7. Delito Consumado y Principio de Ejecución.

Por la disposición del Art. 24 de la Ley que es muy relevante conocer el principio de ejecución del Art. Quinto de la Ley, pero para hablar de este elemento sería lógico definir previamente la consumación del tipo base, puesto que una norma de lógica señala que no se puede iniciar algo que no termina, por cuanto la idea de comienzo lleva implícita la de fin. Por ello resulta extraño que se diga por el legislador que el delito se castiga como consumado desde el principio de ejecución sin poner especial atención en decir que se entiende por tráfico. Pues una cosa es decir que el resultado no es una exigencia de la imputación de la pena y otra muy distinta

---

<sup>29</sup>(51) POLITOFF, SERGIO. "Et al". 2000. Pp 127-136. (38)HERMOSILLA. "Et al" [s.a.] PP 11-16. (16) CONACE 1196 a. Pp 9-11.

señalar que el delito no tiene resultado. Además, ya hacíamos notar que la redacción de la Ley, si se sigue la interpretación tradicional del Art. Quinto, impide pensar que exista una conducta más básica que las enunciadas en el inciso Segundo de este artículo.

La interpretación dominante ve al tipo base como un tipo de peligro, es decir, que crea un riesgo de daño al Bien Jurídico, y ven en esto una excusa para prescindir de la exigencia de un resultado. Se entiende erradamente que el peligro no es en si mismo un hecho que acaece en la realidad sino que una circunstancia que viene determinada por la palabra del legislador. Pese a que el legislador y la jurisprudencia señalan que el delito en estudio es un delito de peligro, no se preocupan de analizar el peligro, esto lo solucionan aplicando la teoría de las presunciones.

Si bien hacen esto no notan que en los delitos de peligro no puede hablar de principio de ejecución, porque estos sólo se pueden sancionar cuando están consumados, el peligro se consuma o no, pero no puede haber una tentativa de peligro, salvo que se apliquen presunciones y en este caso el delito se transforma en una figura de peligro abstracto y bajo este criterio sería dable pensar en una tentativa, por ello el Art. 24 de la Ley, a nuestro juicio no tiene aplicación respecto del tipo base.

Ahora bien, según lo hemos expresado, en nuestro criterio no existen los delitos que no requieran resultado, por lo cual la separación entre delitos de peligro y de resultado es artificial. La diferencia entre ambos grupos es que el delito de resultado supone la ocurrencia de un hecho y el delito de peligro supone la realización de una conducta que probablemente producirá un resultado temido. En consecuencia, la diferencia entre ambas clases de delitos está en el momento que se toma para considerar la consumación pero no en la falta de resultado. Obviamente, en un delito de peligro el resultado es siempre incierto, se puede hablar de un “resultado de peligro” que estará determinado por el grado de certeza que se tiene de la ocurrencia del resultado, lo que dependerá de un baremo estadístico. Por ello no



puede haber tentativa de un delito de peligro, sólo puede concebirse un delito de peligro como consumado pues no es posible concebir en los delitos de peligro un principio de ejecución. Porque hay peligro o no lo hay.

Si se lee la norma jurídica como una auténtica figura de peligro, rechazando la teoría de las presunciones, debemos exigir que la conducta de tráfico produzca o deba probablemente producir un “resultado de peligro”.

Si se entiende que el delito se consume al traficar, esto quiere decir que el delito ha completado su ciclo cuando la organización destinada a comerciar la droga se encuentra consolidada, porque entonces acaece el peligro. Por lo tanto, antes que eso la conducta será atípica.

Por otro lado, desde una perspectiva policial, si se toman los requisitos del comercio (capital, mano de obra, producto, etc.), mirados individualmente son muy difícil distinguirlo de otras actividades lícitas. El único caso complejo puede ser el de la tenencia material de una cantidad importante de droga, pero el tener una cantidad importante de droga de por sí denota esa intención comercial de la que hacíamos mención, y al menos supone la concurrencia de varios requisitos de una organización comercial.

Según esto, se puede establecer un criterio más específico que el utilizado por los tribunales actualmente, pues el actual baremo busca distinguir al consumidor del traficante, más importante aún, es separar el cómplice del autor, pues con las actuales pruebas médicas y con los avances que están por venir en este sentido, no es relevante un criterio valorativo para determinar si una persona es consumidora o no, sí es más importante saber si esa persona es el traficante o sólo un partícipe menor en la trama. A la justicia lo que le interesa es evitar que nuevos comportamientos lesivos se produzcan y no castigar a las personas por hechos anteriores, salvo que esta sanción pueda tener efectos positivos en el evitar la reaparición de conductas peligrosas.

Se puede dar que bajo esta fórmula el narcotráfico tienda a organizarse en células que sean independientes una de otra, de forma que los verdaderos responsables

oculten su rostro, pero no es claro que en la práctica los grupos de narcotraficantes ya se hallan organizados de esta forma. Una Ley como ésta en nada entorpecerá la investigación pero debiese hacer más fácil deslindar las responsabilidades de los partícipes.

Respecto del momento en que se materializa una actividad comercial será del caso que el Juez estudie las circunstancias específicas para determinar si existe un comercio o empresa de tráfico de drogas, como señalábamos la tenencia de un monto importante de drogas es un índice claro, pero se deberá estudiar de dónde se obtiene el capital necesario para el funcionamiento, el factor de mano de obra, el producto para vender y la clientela, asimismo como una organización y territorio donde se opera, etc.

En la medida que se configura una estructura destinada a la venta de drogas es dable pensar que hay peligro. Además, criterios como estos permitirán a las policías especializar su accionar, sabiendo qué buscar y qué elementos rescatar para poder encausar a una persona, siendo así más eficientes, y no como en el presente en que centran su actuar en el pequeño comerciante, que en el cuerpo delictual resulta ser un agente totalmente prescindible y/o reemplazable.

#### C.8. Imputación Objetiva

8:31:06 PM Los delitos en la clasificación clásica, en atención al tipo de lesión que sufre el Bien Jurídico, se distinguen entre delitos de resultado y de peligro, estos a su vez se dividen en peligro abstracto y concreto, según si el resultado peligroso se presume o requiere que se materialice. La doctrina rechaza los delitos de peligro abstracto porque la lesividad exige que el Bien Jurídico se halle en la posibilidad real de ser agredido, lo que no ocurre en la especie.

El delito de peligro abstracto ha tenido una fuerte oposición por este motivo. Frente a esto nace una tercera vía (España) formada por los llamados delitos de peligro hipotético, es decir, aquellos delitos en que: “ el tipo no reclama la producción de un peligro efectivo, a diferencia de los delitos de peligro concreto, pero sí una acción apta para producir el peligro del Bien Jurídico. La acción se encontraría prohibida

precisamente porque resulta peligrosa<sup>30</sup>. Pese a que algunos autores dentro del país han introducido el tipo penal dentro de esta clasificación, esta es una teoría no del todo coincidente con la que hemos asumido. Como indica García Rivas, lo que existe es que tanto en los delitos de peligro hipotético como abstracto estamos ante delitos potencialmente dañinos para el Bien Jurídico, salvo el caso de la regulación penal de actos inofensivos que nos coloca en el sitio de los ejemplos irrisorios y que solamente sirven para la caricatura. Lo coherente es pensar que tanto en delitos de peligro abstracto como hipotético hay potencialidad lesiva. Lo que ocurre es que la separación entre uno y otro debe estar en la probabilidad de ocurrencia de la lesión. En ambos hay presunción, la diferencia es que cuando se trata de delitos de peligro hipotético se presume con un mayor rango de certeza.

Pero mirado desde la perspectiva del peligro es inoficioso distinguir entre peligro concreto y peligro hipotético, pues hay peligro o no hay peligro, lo demás es hacer distinguos imprecisos. Para tratar de aclarar el punto, cuando alguien dispara sobre Juan y yerra el tiro por la causa que sea, se produjo el peligro pero no llegó a existir el resultado. Sin embargo, para la determinación del peligro sancionable como tentativa de homicidio no da igual que el autor haya disparado a 100 metros o a diez. Si se castiga al autor va a ser por la alta probabilidad de que se produjera el resultado, dado que tanto las causas poco probables como las causas muy probables son causas también, no se diferencian en nada salvo en su potencialidad. La distinción propia de la doctrina alemana seguida por García Rivas es a nuestro entender más precisa.

Preferimos, por esto, concebir el delito de tráfico como un delito de peligro concreto directamente. Sabemos que en este tipo de delitos la organización implica o conlleva el peligro del resultado, es decir, la lesión a la Salud Pública. Pero la organización debe estar dotada en sí de la capacidad de afectar el Bien Jurídico. Es indispensable para que la acción sea imputable objetivamente al tipo que exista un

---

<sup>30</sup>(28)FERDMAN 1993 P 49.

“peligro de resultado”. Es decir, un riesgo de lesión adecuado y no permitido. En este sentido. Dicho peligro resultado se verifica por la existencia de una organización destinada al tráfico.

Los requisitos que Roxin exige para decir que hay imputación objetiva son:

- a) Que el autor de la conducta haya creado un riesgo para el objeto de acción.
- b) Que el riesgo se haya realizado en el resultado concreto.
- c) Que el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo.<sup>31</sup>

Como se ve, es difícil ingresar la teoría de la imputación objetiva como está expresada directamente a los delitos de peligro. Ello dado que se hace difícil determinar si la organización criminal ha realizado el resultado y si éste se halla, como dice Roxin, dentro del alcance del tipo. A la organización criminal ya nos hemos referido, es nuestra opinión que ésta debe ser estudiada por el juez en miras al peligro que es capaz de generar en la sociedad, sin duda ello debiese ser apreciado como una situación del hecho. Es muy factible que se den organizaciones, de una o varias personas, que no esté capacitada para poner en peligro la Salud Pública. Sea porque le falta algún requisito para ser considerada en forma un comercio de drogas, en cuyo caso más bien el delito aún no se ha producido, pero también porque adolezca de alguna característica que haga imposible o improbable que produzcan el resultado mirado desde los autores del tráfico, pese a estar organizada.

Obviamente Roxin nota esta falencia respecto del peligro, y plantea al respecto la fórmula como debe abordarse el resultado de peligro concreto <sup>32</sup>. Según éste debe existir:

- 1.-Un objeto de acción y debe haber entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro.
- 2.- Una acción incriminada que debe haber creado el peligro próximo de lesión de

---

<sup>31</sup>(11)CANCIO MELÍA, MANUEL. 1998. Pp 96-105

<sup>32</sup> (58)ROXIN. 1997 P 404

ese objeto de acción.

El primer caso nos coloca en el ámbito del cumplimiento de los requisitos básicos de la tipicidad, en este caso que se genere el tráfico y que existan sujetos que hayan ingresado al ámbito operativo del traficante, es decir, comparando, haciendo los contactos, recibiendo promoción, etc.

La segunda circunstancia estudia el problema de todo lo cercano que ha de ser el peligro del resultado para considerar que el delito de peligro se ha consumado.

Antiguamente se consideraba que este peligro debía superar el 51%, sobre esta marca era factible considerar que se producía un atentado contra el Bien Jurídico, Por ejemplo, sería lógico pensar que es imputable el peligro al tráfico en al medida que el objeto de tráfico produzca una adictividad física y psíquica superior al 51% de los consumidores. Esta es la posición seguida por garcía Rivas. Sin embargo, Roxin sostiene que este criterio fue superado en Alemania, siendo sustituido por el criterio de proximidad del peligro. Esta modificación se basó en que la teoría de porcentajes no explica los delitos propios de conducción descuidada o los hace de muy difícil estudio.

Así se dice, mirado desde la óptica del juez, éste “predice” que el resultado debería configurarse una vez ejecutada la acción acusada de peligrosa. Extrapolándolo al caso que nos importa, el Juez mira el tráfico como peligroso dado que en un tiempo no lejano el resultado debería producirse con mediana importancia o relevancia. En este caso el resultado estaría conformado por un comercio de estupefacientes y, consiguientemente, por un consumo masivo de ellos, debido a la adictividad de la substancia y “otros” factores que en su experiencia el juez puede tener en cuenta. Si bien el juez puede valerse de datos e informaciones más o menos objetivas, a la larga éste sólo puede remitirse a su experiencia incorporando su personal juicio valórico de la acción. Se critica que la sentencia va a depender de la permeabilidad del sentenciador a los prejuicios existentes en torno a las drogas.

En relación con esta crítica Roxin prefiere la “Teoría normativa del resultado de

peligro”, enunciada por Schünemann <sup>33</sup>. Ésta reza que existe un peligro concreto donde el resultado lesivo no se produce sólo por casualidad, entendida por tal una circunstancia en cuya producción no se puede confiar (mirado desde el autor), entonces la conducta es imputable objetivamente. Así vistas las cosas, da igual que los sujetos pasivos del delito se eliminen del marco lógico por una causal excepcional, por ejemplo, un hundimiento que los mata a todos o en razón de que objetivamente la droga que trafica no es adictiva, porque el autor no podría confiar en esas circunstancias. Es claro que quien trafica lo hace con la disposición a producir el resultado lesivo, no como un fin pero si tomándolo como un costo y hasta aprovechándose de él, especialmente de la adictividad de la sustancia por lo que desde esta posición no es relevante el análisis de adictividad para determinar si el peligro es imputable objetivamente. Distinto es que por falta de adictividad la conducta sea atípica.

#### C.9. Dolo y Error de Tipo

La figura típica sólo acepta dolo directo. Es posible que se presentes errores de tipo, en la medida que la acción realizada haya tenido defectos en la faceta cognoscitiva del dolo. Es decir, toda vez que se perciben mal o se ignoran los elementos descriptivos del tipo. Basta en todo caso con el conocimiento del sentido social de dichos elementos. Se habla de una valoración paralela en la esfera del profano. Basta con esto pues los elementos necesarios para el dolo están determinados por el conocimiento de las circunstancias de hecho<sup>34</sup>.

Los problemas más serios de error se dan a nivel del concepto de sustancias prohibidas y materias primas. En cierto sentido esto puede ocasionar problemas serios, especialmente por cuanto se puede considerar que el error del traficante es un error de prohibición y no de tipo. Habrá un error de prohibición si el sujeto ejecuta la acción creyendo que le es lícito traficar con las sustancias, por cuanto

---

<sup>33</sup>(58)ROXIN. 1997 PP. 405-406

<sup>34</sup>(58)ROXIN. 1997 PP 460.

desconoce la prohibición de traficar con drogas. En cambio, en el caso de que el sujeto ignore la integración de alguna sustancia a la lista de prohibiciones es un error de tipo..

En el concepto de tráfico se pueden presentar también muchos casos de error, en cuanto el que realiza la acción puede entender que no está comerciando, especialmente esto se puede presentar a nivel del microtráfico. Por otra parte, igual que en el problema de la remisión al reglamento, es difícil señalar la línea divisoria entre un error de tipo y de prohibición. Pero el criterio general debe estar regido por la reprobabilidad que el sujeto otorga a su conducta, y si esta reprobabilidad se da respecto del tipo o de la antijuridicidad de la acción.

#### D. Antijuridicidad.

La antijuridicidad "... designa una propiedad de la acción típica, esta es a saber, su contradicción con los mandatos del Derecho Penal"<sup>35</sup>. Para que la antijuridicidad tenga un sentido dentro del injusto debe esta categoría sistemática jugar un papel relevante y complementario al tipo penal. La función de la antijuridicidad dentro del injusto es determinar si la conducta típica debe ser excluida de sanción penal por ser considerada dentro de la regulación penal conforme a Derecho. Lo anterior no significa, como normalmente se interpreta, que la conducta sea apreciada positivamente por todo el ordenamiento jurídico, toda vez que la conducta no punible puede constituir un ilícito civil, administrativo, etc. Pese a esto las causales de justificación penales son reproducidas en una proporción mayoritaria por todo el ordenamiento jurídico.

En el sistema dogmático de Roxin esta categoría cumple la función político criminal más relevante a la hora de interpretar el tipo penal, es más, en si misma Roxin la visualiza como la categoría donde se inserta la intervención de la política criminal dentro del sistema dogmático.

La Antijuridicidad admite ser clasificada en antijuridicidad formal o material, el

---

<sup>35</sup>(58)ROXIN. 1997 PP 557.

creador de esta clasificación fue Franz v. Liz<sup>36</sup>. La antijuridicidad es formal cuando la acción típica contraviene un precepto legal, y será materialmente antijurídica en cuanto la acción típica causa un menoscabo a un Bien Jurídico que no puede ser reprimido sino por medios penales. Por medio de la antijuridicidad material se puede graduar la gravedad de la acción típica, toda vez que respecto de la antijuridicidad formal esto no es posible dado que lo único que se mira es la contravención y no el grado de ésta.

El concepto de antijuridicidad material es más relevante ya que sirve de baremo para determinar la “injusticia” de la acción típica y, además, permite eliminar la pena o atenuarla en los casos en que, existiendo una acción típica, esta es de tan mínima graduación que no afecta trascendentemente a un Bien Jurídico. Por ejemplo, Si una persona en el círculo de su familia emite opiniones favorables al tráfico y consumo no debería ser sancionada, aun cuando fuera posible subsumir la conducta dentro del tipo correspondiente, pues su acción no lesiona el Bien Jurídico.

Consecuentemente, los casos de ausencia de daño al Bien Jurídico no son sólo una forma de atipicidad, sino que pueden estar vinculados a la juridicidad de la conducta.

En el delito de tráfico de estupefacientes el cuestionarse acerca de la inexistencia del daño o peligro al Bien Jurídico es relevante en cuanto el resultado dañoso o el peligro no es necesario que se produzca, por lo que es muy fácil olvidar orientar la sanción penal a la protección de Bienes Jurídicos<sup>37</sup>. Por otro lado, la distinción entre antijuridicidad formal y material es básica para entender el contenido de las causales de justificación.

En torno a la antijuridicidad se dan discusiones muy complejas, las que tocan siempre con problemas profundos de teoría del delito. Dichas disputas exceden el marco de esta tesis, sin embargo, hay un punto muy relevante en torno a la

---

<sup>36</sup> (58)ROXIN. 1997 P 561

<sup>37</sup> (58)ROXIN. 1997 P 560



valoración de la acción típica que no se puede obviar: La voluntad de la víctima y la victimodogmática <sup>38</sup>. Estos, si bien son temas separados deben ser estudiados en conjunto, dado que tienen una vinculación ideológica que puede tender a confundirse, por ello los agrupamos en lo que denominamos, siguiendo a Cancio Melía, responsabilidad de la víctima.

Respecto de la Salud como Bien Jurídico ya hemos mencionado que este Bien se ve afectado solamente en la medida que la acción sea realizada en contra de la voluntad de la víctima, salvo ciertas acciones que no son lícitas al afectado aceptar, como son las mutilaciones. Pero en el caso de la droga la participación de la víctima es relevante en cuanto se trata de un comercio donde los titulares del Bien Jurídico adquieren la droga, por tanto, puede decirse que el consumidor asumen el riesgo de su consumo.

Sabemos que la dimensión del Bien Jurídico protegido en la Ley N° 19.366 está determinado por las características del objeto material del delito, puesto que este objeto debe ser capaz de afectar la libertad de sujeto, real o potencialmente. Lo que nos da una orientación respecto de la solución que respecto a la responsabilidad de la víctima se puede aceptar en este caso, ya que en nuestra opinión, respecto de la drogas duras al menos, habría una indisponibilidad del Bien Jurídico.

Cabe acotar que, en la doctrina alemana, la participación de la víctima en su propia muerte por ingesta de heroína ha servido de base para un fallo que atenúa la responsabilidad del que proporcionó la jeringa. Este es reconocidamente el fallo más importante del último decenio respecto del tema. Hacemos esta mención porque creemos que la discusión de la responsabilidad de la víctima en el futuro será un tema importante, pero estamos ciertos que la solución de la problemática no será tan simple pues resulta claro que cuando se habla de drogas duras el Estado ampara la libertad de la víctima, creándose un paralelismo entre este tipo de delitos y el trato que en doctrina se ha dado al auxilio al suicidio. Por otro lado es discutible

---

<sup>38</sup> (58)ROXIN. 1997 PP 562 ss.

que la victimología y la victimodogmática, de llegar a sobrevivir, se preocupen de los delitos de peligro y no centren su accionar en los delitos de resultado. Si llegase a haber alguna aplicación importante respecto de los delitos de peligro ello se conseguiría sólo en cuanto la doctrina aceptara dar una ubicación dentro de la imputación objetiva, como propone Cancio melía<sup>39</sup>, o dentro de otra estructura. En este contexto la doctrina de Roxin respecto de la responsabilidad de la víctima, si bien es uno de sus mayores aportes a la dogmática y jurisprudencia Alemana y Española, está lejos de alcanzar una concreción que permita señalar que existe un consenso en la mejor forma de tratarla.

Pese a lo anterior, el análisis de la participación de la víctima en la comisión del delito de tráfico es importante, ya que la víctima crea una demanda. No es adecuado que sólo el traficante sea objeto de estudio, ya que este análisis siempre será incompleto. Agregar estos factores al análisis es indispensable ya que no puede ser lo mismo traficar para niños en un colegio, o para consumidores habituales drogodependientes, o para adultos no consumidores habituales. Por lo pronto, los efectos de la participación de la víctima en el tráfico de estupefacientes los vemos por el lado de la graduación de la pena más que por formular alguna solución de atipicidad. Idéntica función le reservamos a la situación socioeconómica de quienes delinquen, ya que las estadísticas de la mayoría de los condenados indican que ellos se mueven en ambientes marginales, y son provocados al tráfico debido a los ingresos limitados que poseen. El punto no ha sido desarrollado en la jurisprudencia y la doctrina nacional pero, es evidente que al estudiar la eventual penalidad que el compete a un autor debe tenerse en consideración su situación social y económica, y no sólo el volumen traficado y el grado de organización. La razón para ello no obedece a una referencia caprichosa sino a la responsabilidad que le cabe la sociedad en la marginación de ciertos grupos los que luego ingresan

---

<sup>39</sup>(11) CANCIO MELÍA, MANUEL. 1998. Pp 119-124.

al mundo de la ilicitud como una forma de sobrevivir<sup>40</sup>. Y de la misma forma, debemos reconocer la importancia del sujeto pasivo en la comisión del delito, ya que si bien es cierto el peligro puede estandarizarse, esto no hace que el peligro sea una entidad abstracta.

Lo anterior nos sirve, sin embargo, para argumentar que el sistema de sanciones para el tráfico adolece de un quiebre lógico, pues si no se agrega al Bien Jurídico Salud Pública el plus de la libertad de la víctima se llega a la conclusión de que la acción típica no puede ser antijurídica. La protección jurídico penal no puede ser efectuada en contra de la voluntad de sujeto pasivo. Si no se quiere seguir este camino, para superar el escollo se debe necesariamente colegir que el interés involucrado no puede ser sujeto de disposición por la víctima. Si el intérprete o el legislador estiman que hay o debe haber una imposición, independientemente de la capacidad de decisión del consumidor, entonces estamos ante una aceptación abierta de que esta regulación es un mandato del Estado o lo que es lo mismo, un acto de autoridad.

De ser así, ello comprueba nuestra tesis: el Estado, al menos en el que nosotros vivimos, no puede prescindir de regulaciones autoritarias.

Lo expresado obliga a generar un segundo análisis en torno a las regulaciones autoritarias. La Ley N° 19.366 sobrepone el interés de la sociedad sobre el derecho de los ciudadanos a desarrollar de manera autónoma su personalidad. La efectividad de las normas en estudio es cuestionable, ya que al ser concebidas imponiendo a la comunidad conductas que no buscan un beneficio siempre reconocible por los destinatarios de la norma, es difícil esperar que esas mismas normas motiven a los ciudadanos, especialmente la regulación en estudio pues no obedece a un canon lógico sino que se expresa desordenadamente, sin distinciones adecuadas, con una penalidad exorbitante y que en definitiva es percibida por los consumidores de droga como caprichosa o ajena a su realidad.

---

<sup>40</sup>(1) ALVAREZ M. PATRICIO HIDALGO R. JUAN. 1998. Pp 133-143

#### D.1. Estado de Necesidad Justificante.<sup>41</sup>

Como es de conocimiento general el Estado de Necesidad tiene en nuestro derecho una serie de trabas por la forma en que fue concebido originalmente. Pese a su nula aplicación en la Ley en estudio resultaría ser a nuestro entender la causal de justificación más relevante en el caso del tráfico, en caso de tener una aceptación como la que alcanza en el derecho Alemán o una aplicación análoga.

En Alemania para que se configure un Estado de Necesidad Justificante es indispensable que exista un peligro que amenace un Bien Jurídico del sujeto activo del delito, basándose en ese peligro se haya justificado para actuar en la medida que el bien dañado sea de una categoría inferior. El estudio de la apreciación del peligro trae aparejado un grado de subjetividad en el Estado de Necesidad que se salva gracias a las mismas aplicaciones de la imputación objetiva, ya que el peligro debe ser materia de un estudio objetivo. Para evitar injusticias el examen ex ante debe efectuarse desde la particular capacidad del sujeto para entender el peligro desde una clase de sujeto medio. A este nivel pueden reproducirse muchas de las críticas a la imputación objetiva basada en criterios del “buen padre de familia”. De cualquier forma, la existencia del peligro es un tema relevante pero no es el único elemento para configurar la existencia del Estado de Necesidad ya que se agregan ciertas características al peligro como son:

- a) Es indiferente el origen del peligro.
- B) el peligro debe ser actual.
- C) permanente.
- D) Que no exista posibilidad de actuar de otro modo.

En una situación de peligro es dable suponer que un sujeto se encuentra facultado a atentar contra un bien de menor jerarquía del que se ve puesto en peligro. Para ello hay que estar a la comparación de marcos penales, lo que en la particular legislación de Chile resulta difícil por los problemas de proporción de la penas. Por

---

<sup>41</sup>(58)ROXIN. 1997 Pp 671 ss.

ello, será indispensable poner más énfasis en otros elementos de graduación como son las diferencias de valor de los Bienes Jurídicos, dichas diferencias están representadas por tres tipos de preferencias:

- 1) Los delitos que buscan organizar la actividad social tienen menos importancia que los delitos que amparan daños concretos.
- 2) Los delitos patrimoniales menos valor que los que amparan los valores de la personalidad.
- 3) Aquellos delitos que preservan la vida e integridad de las personas se anteponen a cualquier valoración.

Como dentro del marco de estos delitos se pueden presentar contradicciones también hay que atender al nivel de lesión que está sujeto el Bien Jurídico debido al peligro a que está sometido así como la probabilidad de lesión del Bien Jurídico. Sin embargo, no es posible aplicar al delito de tráfico estos criterios, menos en Chile donde el Estado de Necesidad ni siquiera está regulado adecuadamente. Pero aunque se legislara al respecto o se aceptara la existencia de una causal de justificación la contradicción se debe acotar su accionar a ciertos valores de mayor trascendencia. No parece factible que aunque existiera un criterio de Estado de Necesidad respecto de las drogodependencias este pudiera aplicarse con la suficiente objetividad dado que quienes estudiarían el daño considerarían que la agresión justificada Requerirá un grado de dañosidad muy alto, pues es muy factible que los juzgadores se hallen prejuiciados en torno a las drogodependencias. Por ello, más que analizar la situación ideal en este punto nos parece lícito abogar por la creación de un espacio destinado a librar de responsabilidad a las personas que delinquen guiadas por el peligro de su vida o por circunstancias que los hace pensar en la existencia de dicha posibilidad. Los casos serían muy simples, la extrema pobreza del traficante o cómplice y en otro lugar el carácter de drogodependiente de quién comercia. Presentadas estas alternativas y puestos en el caso concreto sería muy factible dar si no una posibilidad de exención de responsabilidad sí un aminoramiento de las penas que es de plena a justicia.

No debiera darse una excusa general por el hecho de ser pobre o drogadicto, pero sí es importante dar una opción al juez para regular las sanciones de forma que estas sean justas, más armoniosas con la gravedad de los hechos. De forma que la sentencia pueda entender todas las condiciones que actuaron en contra del delincuente al momento de que se realizara su acción. Lo único posible por las limitaciones que posee el Estado de Necesidad como causal de justificación en nuestro derecho es darle cabida como causal de exculpación, por lo que analizaremos este elemento al tratar de la responsabilidad.

#### D.2. Causal De Justificación Específica de la Ley N° 19.366.

El tratamiento médico como causal de justificación ha sido establecido por la Ley N° 19.366, en razón de estimarse que el único fin lícito de las drogas es el médico.

Dicha causal de justificación merece al menos algunos comentarios.

Es una causal que se genera en la medida que actúa un tercero que es un sujeto especial, es decir, que posee el título de médico y que en virtud de dicha profesión le receta al portador de dichas mercancías.

Es necesario, además, que el producto tenga una propiedad terapéutica puesto que no todas las drogas tienen esa propiedad, por ejemplo la heroína o el L.S.D.

Resulta obvio que esta forma de justificación está redactada para beneficiar al consumidor y no al traficante, porque su objeto es no sancionar a aquellas personas que son sorprendidas transportando drogas sujetas a control. En este sentido podemos hablar de un cierto riesgo permitido, ya que si bien no debería ser menos el riesgo de adicción o de abuso de dichas sustancias, el legislador estima que dicho riesgo es aceptable si el consumidor padece de una afección que logra alivio gracias a la sustancia controlada.

Es algo complejo comentar esta causal de justificación dado que la sanción al consumo nos parece improcedente, pero de cualquier forma sirve para interpretar la voluntad del legislador en orden a estimar que no hay una distinción entre consumidores, salvo este caso. Dicha falta de matices en cuanto al tipo de consumidor y su motivación resulta muy expresiva, ya que ni siquiera se reconoce la

existencia de drogodependientes y consumidores esporádicos.

Por otro lado la causal de justificación es extensible al médico así como al farmacéutico que surte la receta, por cuanto estos se eximen de la sanción en la medida en que actúan conforme a un procedimiento. El médico teniendo la calidad de tal y en la medida en que se entrega la receta por razones de *lex artis*. El farmacéutico, en la medida que solamente surte estos medicamentos bajo receta médica, reteniendo la prescripción.

D.3. Algunas Consideraciones en Torno a las Causales de Justificación de la Ley.

El sentido que tienen las causales de justificación en el sistema de dogmático es crear espacios donde el sistema jurídico penal se contrapone a la situación legal específica regulada por el tipo pena por razones de política criminal. Es una corrección de la tipicidad ya que en ella la situación compleja en que se encuentra el sujeto, al ser sometido a la categoría estrecha que representa el tipo penal es deformada en alguna medida por la voluntad de castigo punitivo a una conducta que altera el camino aceptado por el legislador para la solución de conflictos.

La antijuridicidad extiende el análisis del injusto al desequilibrio que se produce entre la compleja etiología de una acción delictiva y la simplicidad del modelo normativo que sanciona penalmente al autor, cómplice o encubridor. La antijuridicidad es el estudio de la forma en que el sistema jurídico se enfrenta a la norma penal y le introduce correcciones y mejoras.

En el fondo es la forma en que penetran las consideraciones político criminales al análisis del tipo penal.

La carencia de consideraciones político criminales en un delito tan complejo y de tal influencia social resulta ser otro motivo de la ineficiencia de esta regulación. Este es un sistema que no se corrige, que es completamente tautológico, aplica un modelo punitivo y de regulación de conductas causalista en su raíz. Se funda en la creencia de que el problema de las drogas se fundamenta en una falta de medios policiales y en una inadecuada estructura de sanciones poderosas. Las sanciones y los medios se han visto multiplicados exponencialmente, y ante su ineficacia hoy se ataca el

sistema procesal penal.

Los argumentos represivos, que parecen ser los únicos válidos, son absolutamente expresivos de la incapacidad del Estado para estudiar las drogodependencias racionalmente. En este contexto cabe preguntarse si al hablar del problema de las drogas, hablamos del problema real o de la percepción social. Cualquiera sea esa respuesta resulta más que evidente que la regulación de la Ley N° 19.366 va destinada a esta segunda visión. Tiene por fin calmar conciencias, y no regular conflictos.

Este deambular lógico necesariamente confabula con una legislación que de por sí debe afrontar un problema muy serio, complejo y creciente. Esto no significa abogar por una despenalización total, pero sí sería deseable al menos una transformación de sanciones, desde lo penal a sede administrativa, por ejemplo. Asimismo, pasar de la victimización de la sociedad a una humanización del conflicto.

E. Responsabilidad.

E.1 Concepto.

Es ya conocido que el sistema de Roxin hace uso del concepto de Responsabilidad, el que contiene el tradicional elemento Culpabilidad, pero que es enriquecido por la necesidad de pena. Este concepto engloba las consideraciones político criminales que cabe realizar en torno a la finalidad de la pena y la factibilidad que estos objetivos se cumplan en el caso concreto del sujeto activo del delito. El caso práctico de aplicación de La necesidad de la pena se da en Europa con relación a las consideraciones médicas y de edad límite para la aplicación de sanciones.

El elemento responsabilidad habla de una interpretación donde ya no es relevante la valoración que hace la sociedad, como ocurre respecto de la acción típica y antijurídica, sino que hace referencia a un estudio de la actitud personal del sujeto, y el grado de responsabilidad que se le puede atribuir a éste desde su particular condición<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup>(58)ROXIN. 1997 P 791.



La culpabilidad normalmente es concebida como la posibilidad de actuar de otro modo, la existencia de un impedimento para obedecer la norma elimina la culpabilidad. Para Roxin la culpabilidad se entiende como una “actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad de la norma”<sup>43</sup>. Esta concepción se basa en la confianza en la psiquiatría y la psicología actual para definir la capacidad del sujeto activo al momento de la comisión del injusto para ser motivado por la norma. Roxin define la culpabilidad como la capacidad de decisión que tiene el sujeto activo para orientar su conducta conforme a la norma penal.

Ello supone aceptar la existencia de la libertad del sujeto activo como un presupuesto, lo que implica una retroreferencia al libre albedrío. Ello ha ocasionado gran debate respecto de los postulados de Roxin en torno a esta categoría sistemática, a lo que Roxin responde que el reconocer el libre albedrío como un presupuesto necesario no significa en ningún caso igualarlo a la culpabilidad como ocurría en los modelos psicológicos de la culpabilidad.

El modelo de Klaus Roxin es enriquecido por las consideraciones preventivas acerca de la necesidad de la pena, en cuanto esto marca una diferencia con el modelo de culpabilidad-control de Jakobs. Ya que esta última solamente se interesa por la posibilidad del Estado de castigar al sujeto por su infidelidad a la norma. Dado que dicho concepto ya tiene una consideración preventivo general implícita, mal puede incluir nuevos elementos correctores, además, Jakobs abiertamente considera dichas correcciones innecesarias. Roxin en cambio las establece como indispensables, especialmente para los casos de acciones inculpables aunque injustas<sup>44</sup>, en donde si bien el Estado debe actuar aplicando medidas de seguridad, ello no puede hacerse debilitando el concepto de culpabilidad.

## E.2. Actio Libera In Causa.

Un tema importante a nivel de Imputabilidad y capacidad para realizar el delito

---

<sup>43</sup>(58)ROXIN. 1997 P 807

<sup>44</sup>(58)ROXIN. 1997 P 813

respecto de la drogadicción se refiere a la situación del sujeto que al momento de la comisión del hecho delictivo es inimputable o se colocó en una situación de inimputabilidad. Supongamos que el consumidor realiza el tráfico en un estado tal que no pueda considerárselo consciente de sus actos al momento de su comisión. Como es sabido, el actuar bajo el efecto del alcohol y/o de las drogas no es considerado una atenuante en nuestro derecho pero, si se acepta que la drogodependencia es una enfermedad psiquiátrica los consumidores pueden colocarse en una situación de inimputabilidad. Podría la adicción someterse a las mismas reglas de la demencia o locura, no sólo para el tráfico sino que para toda la gama de delitos.

No nos pronunciamos por la situación general del Derecho Penal pero en la situación de tráfico no es impensable que éste se realice por personas que tienen su capacidad de imputabilidad totalmente disminuida<sup>45</sup>.

El hecho no es irrelevante porque hay teorías que consideran la acción criminal realizada bajo los efectos del alcohol o las drogas como una acción imprudente, donde la imprudencia está constituida por el estado de embriaguez producido por las sustancias estimulantes. Pero el delito de tráfico no tiene una fórmula culposa y, por consiguiente, no podría hablarse de un tráfico imprudente. Asimismo, el consumo resulta ser para muchos una enfermedad, luego la inimputabilidad es aún mayor cuando el sujeto no está en condiciones de decidir actuar de una forma diferente.

En nuestra opinión, la situación de un sujeto que bajo el efecto de las drogas trafica es impensable como inimputabilidad ya que la acción típica en el tráfico se consuma en un estado tan temprano que esta es una hipótesis de muy difícil realización. La sola adquisición de las drogas da un indicio de la voluntad criminal previa al estado de imputabilidad disminuida producido por las drogas. Por otra parte, en la interpretación que se defiende en esta tesis resulta imposible que un sujeto efectúe

---

<sup>45</sup>(58)ROXIN. 1997 P 855

el tráfico impulsivamente, el tráfico requiere una organización compleja y una voluntad dirigida a comerciar organizadamente. Ello no se da en la situación de la actio libera in causa. En un caso así o el delito ya estaba consumado o en el otro extremo, de producirse una venta esporádica, ésta debería no ser castigada por ser atípica.

### E.3. Error de Prohibición.

Concorre error de prohibición cuando el sujeto pese a conocer completamente la situación o supuesto del hecho del injusto, no sabe que su acción no está permitida. Nos inclinamos a pensar que el error en las sustancias incluidas en las listas debe ser considerado un error de tipo y no de prohibición, porque este error no afecta la concepción global del delito sino que sólo atiende a una situación jurídica<sup>46</sup>. Más allá de este punto los errores de prohibición no debemos reducirlos al ejemplo algo manoseado del indígena que consume ritualmente y al del extranjero que viene al país ignorando la prohibición de un medicamento, además, en estricto sentido este último no es un error de prohibición.

Los errores pueden ser más interesantes en torno al tráfico que se da entre amigos, ya que muchos ignoran que la prohibición de suministrar drogas alcanza también a los consumidores, en este caso el error resulta ser vencible. Así es muy factible que dos consumidores concertados para hacerlo realicen una operación de compra y venta sin ánimo de lucro, donde el vendedor sólo actúe como mandatario del comprador, ignorando que esta acción sea considerada tráfico por la Ley y por la interpretación dominante. Sin embargo, seguramente en este caso no hay un error insuperable para el sujeto pese a que en la situación concreta excepcionalmente pueda ser invencible la equivocación sobre la que basa su acción.

Como expresábamos, el punto es determinar no solamente la concurrencia de una conciencia de juridicidad de la conducta injusta sino que necesariamente una invencibilidad de estos errores, ya que no obsta que el sujeto activo esté puesto en

---

<sup>46</sup>(58)ROXIN. 1997 P 861.

una situación de ignorancia o de errado concepto de la Ley a la exigibilidad de su obediencia al derecho. Es indispensable que este actor sea incapaz de superar ese error o de sospechar la prohibición que actúa sobre la acción realizada.

Si el error es invencible este debería dejar sin efecto toda la culpabilidad<sup>47</sup>. De ser vencible debería dar pie a una rebaja facultativa de la pena.

#### E.4. Estado de Necesidad Exculpante.

En el derecho alemán se distingue entre el Estado de Necesidad como causal de justificación el Estado de Necesidad como exclusión de culpabilidad, ya que en el primer caso lo que se consigue es eliminar el reproche a la acción realizada y en el segundo la acción sigue siendo reprochable pero está exenta de culpa pues era imposible exigir del sujeto activo una conducta diferente.<sup>48</sup>

El Estado de Necesidad en este caso estaría mirado ya no como un elemento que lleve a valorar como positiva la acción del traficante sino como una conducta necesaria para él. Puede ser más factible desde una óptica social aceptar aplicar este criterio en nuestro país por cuanto no significa que el tráfico sea apreciado como una conducta deseable o positiva para la sociedad, sino que en la situación específica del autor, puede su accionar ser apreciado como una actividad necesaria para la subsistencia o para su completa sobrevivencia. Así se salvarían las limitaciones que tiene el Estado de Necesidad en nuestro derecho y permitirían una mayor movilidad al juez para la aplicación de sanciones.

La aplicación de este concepto de Estado de Necesidad no tiene regulación en el Derecho Penal chileno, por lo cual cualquier intento de hacerlo aplicable debería partir por una modificación legal o por una formulación interpretativa de los tribunales, de cualquier forma nos parece que aplicar esta solución da pie a mayores beneficios que el sistema de crear una causal de justificación.

#### F. Análisis Funcional Duro del Art. Quinto (Límite Social).

---

<sup>47</sup>(58)ROXIN. 1997 P 892

<sup>48</sup>(58)ROXIN. 1997 P 897

## F.1 Cuestiones Generales.

El estudio del tipo penal tiene un cauce establecido en el modelo de Roxin que hace inaplicable la sanción a una serie de conductas castigadas expresamente por la Ley Nº 19.366. Siendo razones o consideraciones de corte liberal las que llevan a omitir la sanción penal, pese a estar expresamente regulada en este cuerpo normativo. De ello podemos concluir que sin lugar a dudas mucha de la regulación de estas conductas ha sido diseñada desde una óptica autoritaria.

Fácil sería detenerse en la crítica al modelo autoritario de sanciones, sin embargo, resulta evidente que no hay en la actualidad condiciones para prescindir de esta normativa. Es decir, en un análisis real del derecho hay que concluir que no se levantarán las sanciones por ausencia de lesividad. La sociedad exige la sanción, la que si bien no tiene efecto real a la baja en la reiteración de la práctica delictiva sí produce efectos comunicacionales y ventajas políticas que hacen impensable en una despenalización parcial como la que cabría establecer.

Los modelos para la solución de temas que son complejos en el área criminal fracasan no por causa de que dicho modelos sean errados teóricamente sino porque parten de un supuesto equivocado. Nuestra sociedad no está preparada para asumir la legislación penal moderna pese a que nuestro País fuera una sociedad económica y culturalmente desarrollada. Si se aplicaran los principios generales del Derecho Penal moderno al problema de las drogadicciones sería dudoso que incluso el delito de tráfico de estupefacientes debiera existir, al menos como una sanción general. Ejemplos de lo dicho existen en España donde se han formulado críticas al sistema tal como ha sido concebido por un grupo muy relevante de profesores de Derecho Penal.

Lo único practicable sería sancionar ciertas formas de tráfico, como el que vende drogas a los menores de edad.

Pese a su desarrollo las sociedades más liberales y avanzadas no han sido capaces de eliminar las sanciones al narcotráfico para darle un orden liberal, incluso la persecución del consumo es un tópico debatido por los legisladores. Países que en

materia penal marcan pauta, como Alemania, no tienen realmente diferencias substanciales en la persecución de este tipo de conductas con países menos avanzados como el nuestro.

En esta simple comparación es donde se denota el error ideológico que subyace a lo que se llama el Derecho Penal liberal cuando éste se enfrenta a lo que en esta tesis hemos dado en llamar nichos de autoritarismo. Este error consiste en suponer que la sociedad liberal es un axioma y no un objetivo. Creemos que a lo largo de esta exposición hemos entregado pruebas y análisis suficientes que llevan a no dar por descartada nuestra hipótesis en torno a lo dictatorial que existe en todas las sociedades, aunque reconocemos las carencias del análisis por carecer este estudio de argumentos en derecho comparado.

En nuestra opinión, que la regulación sobre narcotráfico haya resultado ser altamente ineficiente se debe por sobre muchas consideraciones a la dificultad que ha tenido la dogmática de asumir esta realidad, por lo cual no se ha planteado un modelo intermedio o de transición.

Para ningún entendido es un tema novedoso el que las últimas encuestas hechas por el organismo oficial encargado del tema de las drogodependencias en nuestro país, la CONACE, informen cada acerca de un aumento creciente en el consumo de sustancias prohibidas, lo que se contrapone al fortalecimiento de sanciones y de armas represivas entregadas a la policía desde 1996. Pero extraña la falta de pronunciamiento, el silencio que la doctrina en nuestro país ha mantenido sobre el tema.

En general, la escala ascendente se debe a la incapacidad para traspasar los análisis a programas normativos posibles, por lo cual no hay sorpresas en el comportamiento de las variables tráfico-consumo, ya que estas son como las tragedias griegas, donde todos los protagonistas conocen el final y dicen que lo aborrecen pero tienen una incapacidad completa para evitarlo.

Entonces convendría asumir no hay posibilidad alguna de suprimir la regulación penal para las sustancias llamadas blandas y que es improbable la atenuación de

sanciones o ampliación de las causales de exculpación, porque todas estas modificaciones sugieren un cambio legislativo que en el breve plazo no va a ocurrir. Un modo para superar este obstáculo ya lo hemos esbozado: un sistema mixto, donde un modelo funcional duro se superpone al modelo funcional liberal. La forma de aplicación que nos parece razonable es que el modelo de Roxin debe ser aplicado a todo tipo de sustancias, incluso a aquellas en que debiesen quedar impunes por falta de lesividad, es decir, el sistema que hemos propuesto anteriormente para las sustancias llamadas duras debe aplicarse a las sustancias blandas.

Por razones de proporcionalidad si se utiliza un modelo como el de Jakobs para estas sustancias y conductas, que en otro caso debiesen estar exentas de regulación penal, ocurriría que siendo su capacidad lesiva para el Bien Jurídico mucho menor o inexistente recibirían de manera contradictoria en la sentencia un trato más duro por las particulares convicciones de Jakobs. La interpretación del Art. Quinto de la Ley se debiera dar, entonces, de la misma forma para ambos grupos de sustancias porque por razones de proporcionalidad y de coherencia, las conductas impunes respecto de las drogas llamadas duras van a quedar impunes para las drogas blandas. Por ello el modelo garantista es el que debe prevalecer. El punto en general no nos parece tenga mayor dificultad, el problema se centra en otros temas: 1) Cuál es el objeto jurídico de protección. 2) Hasta dónde será admisible la anticipación de la sanción.

A este grupo de temas los hemos identificado como límite mínimo y a éste dedicarmeos nuestra última presentación.

## F.2. Análisis del Límite Mínimo.

Se ha planteado la necesidad de definir un límite mínimo dado que uno de los graves problemas en la aplicación de sanciones penales es la existencia de una prevalencia del concepto de seguridad jurídica como valor relevante a la hora de sancionar a los actores ya que los delitos de drogas, justificadamente o no, se han relacionado con los delitos violentos. Ello causa una gran conmoción social pero no

es de por sí un delito en sí mismo ya que si ese fuere el caso también habría que castigar a la prensa que con su difusión transmite una información que asusta a la población. Acerca de las razones para desechar la Seguridad Jurídica como criterio para interpretar la norma jurídico penal y darle justificación ya la hemos analizado. Entonces debemos probar un concepto que ya no siendo un Bien Jurídico sirva, aún así, para dar precisión a la interpretación de la norma, para ello partamos de una simple afirmación. La Constitución Política de la República de Chile, y en general todas las constituciones democráticas de orbe declaran: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos." Pero, el punto es que como bien lo analiza Jakobs esta expresión no pasa de ser una frase de buena crianza si la Ley se aplica diferenciadamente, dando un trato beneficioso a algunos individuos de la sociedad y dando un trato más rígido a otros. Sea por razones de raza, sexo, educación situación socioeconómica, edad, etc. Esto es lo que se denomina el concepto de persona mediada por lo social y que está íntimamente vinculado a los Derechos del Ciudadano. Los Derechos Humanos dejan de ser una normativa reservada para torturas y desapariciones y se adentran en lo cotidiano. Si bien la Ley puede reconocer el derecho de las personas a acceder a un marco regulatorio de derechos y obligaciones también puede segregar ciertos individuos de forma que estos individuos sean declarados personas pero no reconocidos por tales para el derecho. El carácter de persona viene dado, entonces, por el reconocimiento de una serie de relaciones jurídicas donde el Estado otorga a los individuos en particular el carácter de sujetos, como decíamos, el concepto más preciso es el de ciudadano. En el caso que nos interesa, al suprimir el Bien Jurídico se corre el riesgo de que al aplicar las sanciones sobre la base de la Seguridad Jurídica se sancione a los sujetos adelantando la punición de forma indiscriminada y de forma que ciertos habitantes serán considerados "más riesgosos". Para evitar esto sólo podemos reemplazar el concepto de Bien Jurídico por otro que sea preciso, sobre éste debe ser posible generar un espacio de real garantía a los ciudadanos. En el modelo propuesto ello se lograba mejor usando un concepto de Bien Jurídico que



esté integrado en su base por una función.

Con ello se salva la crítica de Jakobs al sistema basado en la protección al Bien Jurídico que se basa en que este supone una serie de procesos para la selección de ciertas funciones del Estado como relevantes, para que estas sean objeto de una protección penal, selección que no está exenta de arbitrariedades y de imprecisiones.

Respecto de los Bienes Jurídico, dice Jakobs. “ No es el ordenamiento jurídico el que crea el interés, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a la condición de Bien Jurídico. Aunque no queda claro de qué criterios el derecho positivo distingue entre los intereses que han de reconocerse y los que han de rechazarse...”<sup>49</sup>.

Por esta razón Jakobs estima que sólo una forma de concebir el Bien Jurídico, como la relación entre una persona y una situación, pero sin imponer el deber al legislador de analizar un valor cultural en que dicha relación tiene justificación dentro de la regulación, haciendo una referencia innecesaria a la vida, a la libertad sexual, etc. En este sentido concibe el Bien Jurídico como lo hemos expresado en la base, como el derecho de una persona a participar de una determinada forma de relación que es valorada positivamente.

La verdad es que el Bien Jurídico es para Jakobs lo que ya hemos dicho: Una función, así lo señala: “En lo sucesivo se adoptará el concepto de unidad funcional. En este concepto se pone de manifiesto que no cualquier objeto de regulación de una norma es Bien Jurídico, sino aquel que ha de desempeñar alguna función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluido el ciudadano.”<sup>50</sup>.

Lo que Jakobs también critica al concepto tradicional de Bien Jurídico es que el grupo dogmático que adscribe de manera pura a la teoría de los Bienes Jurídicos selecciona ciertas conductas que el interés público identifica como un interés digno

---

<sup>49</sup>(40)JAKOBS 1995 p 51

<sup>50</sup>(40)JAKOBS 1995 p 52.

de ser conservado, pero lo cierto es que el interés público centra su atención no sólo en bienes sino en otros intereses más allá de la dañosidad social de la conducta<sup>51</sup>.

No es menos cierto que si se quiere hacer un análisis serio del tipo penal es indispensable crear una unidad para orientar la interpretación del delito, la que no puede limitarse por consideraciones caprichosas, de forma que el delito únicamente sancione conductas y no intenciones. Para Jakobs este fin se cumple mejor con la idea de Función.

Si recordamos la función Salud Pública la hemos definido como:

La necesidad del Estado de resguardar todas y cada una de las capacidades de los ciudadanos para que puedan aportar con plenitud en el desarrollo de la comunidad, en cuanto las personas son elementos esenciales del funcionamiento Estatal.

En el lenguaje de Jakobs sería que la situación positiva es que los ciudadanos gocen del máximo de sus capacidades físicas y psíquicas. En conclusión, el modelo puede funcionar perfectamente en dos tiempos, según sean las circunstancias analizadas, poseyendo en ambos casos un objeto jurídico de protección.

Un segundo problema está en la aplicación práctica de un sistema basado en funciones, puesto que si el modelo se sustenta en un marco regulatorio de estricta protección a Bienes Jurídicos, sin más se agregan a él una serie de principios que tienden a la protección de los individuos. De esta forma se activan a favor de los ciudadanos una serie de mecanismos destinados a que estos no se vean afectados por actuaciones policiales o de los tribunales que signifiquen un castigo al sujeto por su forma de pensar, de vestir, o por el lugar donde se vive.

Sin embargo, suprimido el concepto de Bien Jurídico se suprimen los mecanismos mencionados, así la cuestión se desplaza a la forma en que se consigue una aplicación igualitaria de las sanciones a las drogodependencias. Si suprimimos el Bien Jurídico y hablamos de Función se pueden plantear ciertas dificultades, por ejemplo: Si un sujeto X posee una mayor capacidad productiva para la sociedad que

---

<sup>51</sup>(40)JAKOBS 1995 p 56.

Y, luego el delito cometido contra X, es así visto más lesivo, por ello éste debe tener una sanción mayor pues para la función protegida el sujeto en cuestión aporta un mayor beneficio a la sociedad. Estas diferenciaciones deben salvarse asumiendo como cierto el presupuesto constitucional de la igualdad, pero en la actualidad no se plantea la desigualdad de forma tan grosera como en el caso de la esclavitud o la existencia de castas privilegiadas, sino por medio de una anticipación de la punición a fases previas del delito<sup>52</sup>.

Una vez que el Estado se libera del principio de estricta protección de Bienes Jurídicos sólo cabe encontrar resguardo en el principio *cogitationis poenam nemo partitur*. La verdad es que las anticipaciones en la punición son favorecidas porque en el fondo se considera al “autor” y sus condiciones como una variable relevante, donde podría llegar éste a constituir un peligro para la “sociedad”, por ser quien es y por las circunstancias en que se desenvuelve. El planteamiento es simple, en la medida que se pretende adelantar la represión del delito a estadios anteriores, a estados tan previos de la infracción que no se dé aún siquiera un indicio de dañosidad, en esa misma medida aumenta de manera proporcionalmente invertida la subjetivización del Derecho Penal.

La solución es un tema de opciones más que de regulaciones, porque la pregunta de fondo es cómo el sentenciador va a percibir al autor: puede ser concebido como un enemigo del Bien Jurídico, o concebido como un ciudadano. Nuestra propuesta rescata esta última propuesta, que nace de la visión democrática de Jakobs, plenamente válida, especialmente cuando nos encontramos enfrentados a nichos más o menos intensos de autoritarismo.

En la práctica el límite para la aplicación de sanciones estará determinado porque el adelantamiento de la punición no pueda hacerse basándose en un indiscriminado número de presunciones, de forma que por medio de estas se logre con mucha facilidad de comportamiento muy simples hallar inmediatamente soluciones en

---

<sup>52</sup>(41)JAKOBS 1996 a. P. 179- 240.

cuanto a la reprobabilidad de las conductas. Cuando el legislador dice que quién posee drogas o las transporta es per se traficante de ellas comete este tipo de errores. Puede pensarse que esto no dice relación con discriminaciones al interior del sistema social pero cuando se estudian las estadísticas carcelarias y se intersectan estas con la variable socioeconómica nos damos cuenta de que en muchas de estas presunciones lo que al final se obtiene es una aplicación diferenciada del derecho. Quizá estas normas no implican una discriminación abierta, pero no hacen nada por evitar un comportamiento arbitrario de los órganos del Estado y, muy por el contrario, crean trabas para una actuación libre de los Tribunales, quienes con mucha razón temen verse cuestionados por no aplicar la Ley si no condenan a los inculcados por este tipo de delitos.

Ciertamente, mucha de esta problemática puede ser solucionada por una interpretación más acuciosa de las conductas criminales, primero que todo esto debe partir por un rechazo abierto a la aplicación del sistema de presunciones. Ello es posible si se hace uso de un concepto de tráfico más complejo y específico, sea el que hemos propuesto u otro que se cree. Como sea, respecto de las drogas blandas existe el imperativo de introducir correcciones destinadas a que las sanciones se apliquen con muchísima claridad en torno a la participación para que los problemas de complicidad no sean tratados como autoría.

Ya que todo el Art. Quinto en relación con el Art. Primero inciso Segundo de la Ley tiene a la Salud Pública como función, el aplicar una presunción de daño es inaceptable, por cuanto es menos factible por sus características que estas drogas causen un daño a la salud, por tanto, el peligro también en igual medida declina. Resulta contraproducente que se aplique una normativa carente de claridad en torno a la sanción de las conductas. Si el Derecho Penal, y el derecho de forma genérica tiene alguna posibilidad de ser arma de progreso para el hombre, esto parte por reconocer al hombre, cualquiera sea éste, una serie de derechos, el primero de ellos debiera ser el ser concebido como una “esfera exenta de control”<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup>(40)JAKOBS 1995 p 185.

Ahora bien, el aceptar un apresuramiento de la sanción a etapas previas del delito es totalmente coherente con la idea de aplicar sanciones sin un marco de protección como el generado por los Bienes Jurídicos en un sentido tradicional. La concepción de Jakobs tiene cabida en la regulación a las llamadas drogas blandas, en los casos en que el sistema de Roxin no puede tener aplicación. Si ya no existe un Bien Jurídico y es por consecuencia inaplicable el modelo de Roxin, es necesario, pese a esto, establecer límites muy claros, límites que la propuesta de Jakobs nos parece establece y aporta.

En resumen, el límite mínimo estará constituido por una mayor rigurosidad en la consumación del delito, ello significa considerar el principio de ejecución con una óptica más estricta aún que la que es posible esgrimir desde el modelo de Roxin. No es posible en estas páginas determinar el momento en que se debiese señalar como principio de ejecución en este caso, pero sería muy aceptable considerar que el principio de ejecución sólo puede considerarse existir en el instante en que el “negocio” se consolida como tal y así someter a una regulación distinta al microtráfico.

Lo importante, de cualquier forma, es la conciencia de que la solución que se estime pertinente debe significar en todo caso un retraso en la aplicación de sanciones para el tráfico para que los actores de estos delitos en ninguna circunstancia sean condenados por su potencialidad dañosa, por haber delinquido con anterioridad, por ser consumidores, o por responder al perfil del traficante.

## **CAPITULO IV**

### **CONCLUSIONES**

Del estudio realizado respecto del Art. Quinto de la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico de estupefacientes, hemos podido extraer un conjunto de resultados, para un mejor análisis los separaremos en resultados metodológicos, respecto del objeto jurídico de protección y resultados interpretativos. Los frutos de este trabajo los condensamos a continuación:

#### A. Conclusiones Metodológicas.

A.1 Antes de analizar la Ley nos interrogamos cual es la mejor forma de abordar su estudio, para responder a ello tomamos como punto de partida el hecho de que la regulación en estudio ha resultado ser ineficaz para cumplir los objetivos planteados por el legislador. Este evento lleva necesariamente a colegir que cualquier esfuerzo en orden al estudio de la norma en comento debía suponer una alteración en la forma de enfrentarla. Ello nos obligó a preocuparnos fundamentalmente del método empleado para el estudio de la Ley, con el fin de reducir el tráfico y subsecuente el consumo de sustancias dañinas.

A.2. Partiendo por una acercamiento superficial al problema de las drogodependencias observamos que la ineffectividad de la Ley tiene su razón de ser en un ineficiente análisis del problema, que se sustenta en una mala definición de los objetivos y de los medios empleados para obtener dichos objetivos. Por tanto, debimos inferir que hablar de un nuevo método consiste en una renovación de los objetivos y de los medios hábiles.

Propusimos, en consecuencia, nuevos objetivos, los que buscamos fueran concordantes con los principios del Derecho Penal actual, el que intenta conciliar dos variables; protección del ciudadano y sus derechos; y una orientación de la sanción hacia los resultados.

A.3. En cuanto al método elegido, nos interrogarnos antes de entrar en el fondo sobre la necesidad de utilizar un tipo base para el estudio de la Ley, así como

si este tipo base -de prestar alguna utilidad- era el Art. Quinto de la Ley N° 19.3666. Por razones lógicas y prácticas, que van desde temas tan delicados como dar solución eficiente al concurso de delitos, hasta el hecho pedestre de que existe un consenso en torno a esta figura para designarla como tipo base, concluimos que verdaderamente existe la necesidad de establecer una figura que sirva de común denominador para todas la Ley, asimismo, nos resultó imposible encontrar un tipo penal que substituyera al Art. Quinto de la Ley en esta función.

A.4. Una vez salvada la pregunta acerca del objeto de estudio procedimos a interrogarnos acerca del método, para ello fue necesario programar un sistema que fuera capaz de absorber y procesar los nuevos conocimientos que estudian a la sociedad y que explican los fenómenos delictivos o no. Basado en esto optamos por analizar funcionalmente la norma, lo que precisamente implica conectar el estudio de la Ley con la sociedad donde esa normativa se aplica.

A.5. Frente a esto, se diseñó un programa de requisitos que debía cumplir el modelo de estudio, dentro de dichos requisitos estaba el que de preferencia el modelo de estudio debía seguir a un solo autor, ya que al tomar soluciones eclécticas se generan contradicciones en los resultados. Otra restricción era que el modelo seleccionado diera solución eficaz a muchos problemas reales de la Ley, que se aplica en muchas ocasiones a contrapelo de los derechos civiles de lo sujetos activos.

Un método que cumpliera con estos dos requisitos: Autor único y realismo, se podía fácilmente contraponer a las garantías de los ciudadanos, lo que no nos resultaba aceptable.

El único arreglo lógico para esta dicotomía era dividir nuestro estudio en dos grandes esferas de acción, las que denominamos tópicos. Los tópicos ordenamos en base al objeto jurídico de protección. El primero de ellos versó sobre las controversias que genera la Ley donde las garantías son aplicables plenamente pues hay un Bien Jurídico protegido. El segundo tópico se refirió a aquellas circunstancias donde un modelo garantista no tiene cabida y, sin embargo, era

objeto de la regulación penal.

La razón para aceptar la existencia de este “espacio intermedio” no la vimos en una mera injusticia de la Ley, como ya una parte importante de la doctrina ha observado, sino en que asumimos que la acción del sujeto activo era capaz de afectar un cometido relevante de la sociedad.

A.6. El modelo garantista seleccionado fue el modelo de Klaus Roxin, el modelo de funcionalismo duro para el segundo tópico fue el modelo de Günther Jakobs. La forma de conciliar estos dos sistemas resultaba compleja, aun cuando se separara por tópicos el estudio de la Ley, especialmente si se tenía en cuenta la intención de moldear el análisis al modelo de único actor, por lo que llegamos a un punto en que debimos seleccionar opciones. Frente a este deber de subjetivizar el estudio de la Ley, el modelo de Roxin orientado a la protección de Bienes Jurídicos lo consideramos más fácil de implementar y sentimos que garantizaba mejor los derechos civiles de las personas. Por tanto, frente a las disyuntivas entre modelos siempre el modelo de Roxin sería el que comandara el estudio y, en caso de disyuntivas, estas debían solucionarse con estricto apego al principio de proporcionalidad.

## B. Conclusiones Respecto del Objeto Jurídico de Protección.

B.1 A primera vista resultó clara la falencia, tanto del legislador así como de la dogmática en torno a la definición de los conceptos más relevantes en la especie, ya que no se puede concebir una correcta aplicación de la Ley sin antes acotar las ideas involucradas. Además, el principio de taxatividad de la Ley penal supone que las conductas incriminadas sean claramente especificadas por el legislador.

Las principales fallas en este sentido las identificamos en el concepto del Bien Jurídico tutelado por el tipo penal, así como en el concepto jurídico penal de Tráfico.

B.2. El Bien Jurídico protegido por la norma no resultaba desde ningún punto de vista claro, ya que no existe un consenso en la doctrina respecto de cuál es la razón de ser de la norma jurídico penal, empero, se optó luego de un análisis de la



mayoría de las posiciones que defiende la doctrina por mantener a la Salud Pública como Bien Jurídico tutelado. En esta decisión también operan razones de popularidad, ya que una alta proporción de la doctrina identifica a este concepto como Objeto Jurídico de protección de la Norma, y el propio legislador lo entiende de esta forma.

B.3. Pese al alto número de autores que se remiten a la Salud Pública como Bien Jurídico no encontramos un concepto satisfactorio de ésta. Lo que sí encontramos fue un concepto de Salud a secas entregado por la O.M.S., el que, según se demostró, no era factible de extrapolar para definir la Salud Pública. En cambio, si bien no hallamos una definición doctrinaria sí pudimos -en base a las distintas opiniones de los autores y a lo ya estudiado- diseñar un marco de requisitos que este concepto debía cumplir:

Primero: El concepto debe proteger la Salud Física de la población y no la salud mental y menos el bienestar social.

Segundo: La Salud no puede ser protegida contra la voluntad de la víctima.

Tercero: Como en los atentados contra la Salud Pública la voluntad del sujeto pasivo no es determinable o resulta minimizada por la acción a que se somete al público, es indispensable que el concepto exija que se respete la capacidad de decisión del sujeto pasivo, o en su defecto que la acción sea aresiva también contra la capacidad de autodeterminación.

B.4. Ya que no existía un concepto dentro de la literatura especializada que se moviera en este sentido, debimos proceder a crear uno propio. Para ello utilizamos el modelo de Hassemer. Previamente definimos La Función Salud Pública:

La necesidad del Estado de resguardar todas y cada una de las capacidades - físicas- de los ciudadanos para que puedan aportar con plenitud en el desarrollo de la comunidad, en cuanto las personas son elementos esenciales del funcionamiento Estatal.

Para lograr el concepto de Bien Jurídico Salud Pública es indispensable

extender la causa de la protección del Estado, además, a un interés individual protegido por la norma, que en este caso es la libertad de la víctima.

De esta forma se obtuvo un nuevo concepto que a nuestro juicio era más claro.

B.5. Gracias al nuevo concepto de Salud Pública nos fue posible enumerar las características de una sustancia para ser definida como droga. Para considerar una sustancia como tal debe poseer un factor intrínseco que haga indubitable el resultado dañino -toxicidad aguda y crónica-. Por otro lado, las sustancias sujetas a control deben afectar la intención del consumidor, lo que se traduce en una alta proporción de casos en que se provoque dependencia física.

En base a esto la conclusión surge naturalmente, hay tres tipos de sustancias, aquellas tóxicas que causan dependencia, y que pueden ser objeto de un estudio conforme al modelo de Roxin. Las tóxicas pero que no provocan dependencia física, y que deben ser estudiadas conforme al modelo de Jakobs. Las sustancias no tóxicas, las que deben no tener sanción punible.

### C. Resultados Interpretativos.

C.1. En cuanto a la estructura del tipo penal pudimos observar que ni la interpretación dominante, llamada de presunciones, o la que habla de una anumeración de conductas no taxativas resultaba satisfactoria al momento de explicar la función que cumple el inciso segundo del Art. Quinto de la Ley. Asimismo, tampoco se señala la razón de ser de la segunda parte del inciso primero.

Dedujimos que estas conductas no son sino agravantes a ciertas formas de complicidad, pero que en ningún caso hacen desaparecer la importancia de distinguir entre cómplices y autores, pues su división no tiene sólo por fin una atenuación de la pena sino que una distinción de responsabilidades.

C.2. Por otro lado, comparando la redacción del Art. Quinto, las estadísticas carcelarias relativas a este delito y la aplicación jurisprudencial del tipo en estudio, se destacó la gran severidad con que se aplica la norma jurídica respecto de

personas con bajo compromiso criminal. Al haber ejercido modificaciones a nivel del Bien Jurídico era lógico definir “Tráfico” de manera coherente con aquel.

Para este fin también diseñamos un marco de requisitos que debía cumplir el Verbo rector:

Primero: debía ser una conducta específica, de contornos muy claros, creadora de conflictos de importancia para el orden social.

Segundo: Los conflictos ocasionados por el tráfico debían acotarse al marco de la Salud Pública, minimizando así las consideraciones criminógenas por no ser atingentes ni demostrables.

Tercero: Debe servir para superar una serie de errores político criminales de la Ley v.g. El que en estas conductas el delito consumado reciba igual pena que la tentativa.

Cuarto: Para definir el Tráfico debe hacerse incapié en un elemento que lo distinga del consumo y de la complicidad.

C.3 Partiendo por el final buscamos aislar una característica que distinguiera al tráfico del consumo, en esta línea se destacó el carácter económico complejo del primero, frente a lo desinteresado y espontáneo del segundo. Lo pensamos así pues es fácil confundir el tráfico con la simple tenencia para el consumo. Lo que separa estas acciones es la relevancia económica para el traficante, no los montos ni el hecho de que haya habitualidad en el consumo.

C.4. Luego de acentuar el carácter económico del tráfico, nos restaba separarlo de la complicidad. Para ello llevamos el concepto de Tráfico a ser sinónimo de negocio y de negociar, poniendo énfasis ya no sólo en el carácter económico del Verbo Rector, sino que también en su carácter organizado.

Por ello definimos traficar como crear una empresa destinada a la distribución de mercaderías prohibidas. Con esta forma de definir el Verbo Rector se hace más fácil la separación entre cómplice, encubridor y autor.

C.5. Al pensar el Tráfico como Empresa destinada a la venta de mercaderías prohibidas, es más fácil alejar el principio de ejecución, pues para entender que se

forma una empresa se requieren varios requisitos que aisladamente no significan nada, pues requieren estar organizados para considerar que el delito dio inicio a su ejecución. Es indiferente la venta para ello pues ésta puede no llegar a concretarse y sin embargo estar consumado el delito.

C.6. Al revisar la culpabilidad pudimos observar la necesidad de una modificación legal que haga posible aceptar el Estado de necesidad exculpante, ya que muchas veces los vendedores de droga no tiene posibilidad real de enfrentar a las mafias pues se ven forzados a realizar estas actividades ilícitas para sobrevivir. Esto puede ser solucionado dejando al criterio del tribunal determinar si estos hechos son merecedores de alguna sanción o no, dependiendo de si en el caso concreto el sujeto tenía otro marco de acción posible o se veía imposibilitado de efectuar una elección libre dadas sus circunstancias.

#### D. Comprobación y Refutación de Hipótesis.

Nuestra hipótesis básica fue que la legislación que sanciona el tráfico de estupefacientes en Chile, por su redacción y por la aplicación que se hace de la norma, es una Ley autoritaria. Ello se debería a que más que una Ley penal es un germen de Ley penal, que no da solución al conflicto social sino que trata de intervenir en él a favor de una ideología determinada.

Tanto en la recopilación de materiales relativos al tema de la drogodependencias, así como en el estudio particular de la Ley N° 19.366 se hizo claro que la falta de definición del Bien Jurídico así como del concepto de Tráfico ha sido realizada de manera consciente por el legislador y la doctrina. Esto nos permite concluir que de manera voluntaria se creó un área nebulosa respecto a estos elementos que son los básicos para interpretar el tipo penal, en consecuencia, las sanciones penales no obedecen a los verdaderos fines que declara el legislador.

En la práctica, las estadísticas demuestran que la Ley tiene una aplicación discriminatoria. Esta disparidad tiene raíces económicas como socioculturales, asimismo, las estadísticas demuestran que si verdaderamente la Ley pretendía constreñir el tráfico de sustancias prohibidas y subsecuentemente el consumo de

ellas los resultados estadísticos de consumo no corresponden a este deseo. Muy por el contrario, desde la aplicación de la Ley N° 19.366 se denota un fuerte aumento del consumo y del tráfico, llama especialmente la atención que estos aumentos ocurren cada vez que se adicionan facultades represivas, lo que puede ser una señal de alerta en torno a que la normativa puede ser contraproducente.

Los dos elementos anteriores nos permitieron llegar a la conclusión de que la Ley N° 19.366 es en realidad una legislación autoritaria, ya que internamente no obedece a reglas lógicas, tampoco a los criterios dogmáticos generalmente aceptados (taxatividad, estricta protección a Bienes Jurídicos, proporcionalidad, etc). Las conductas sancionadas tampoco tienen total relación los objetivos que se pretenden, las penas son exageradas, especialmente para quienes tienen un menor compromiso criminal.

#### E. Conclusión General.

Si la Ley resulta ser ineficiente como medio de represión del Tráfico como lo hemos definido, no nos es claro el motivo por el cual una Ley que no funciona y que a su vez es tan gravosa en medios económicos y en costos personales se mantiene vigente. Creemos que en ello hay razones de política internacional, así como razones vinculadas a la seguridad jurídica, pero en el fondo de todo eso surge una señal de que quienes más promueven la represión al tráfico y sienten de manera muy sincera que esta es una lucha por los valores fundamentales de la civilización. Por otro lado, quienes toman la decisión de consumir, muchas veces al consumir están cuestionando esos valores.

Hemos llegado a la deducción de que esta regulación tan confusa tiene su razón de existir en el marco de este choque cultural, donde muchos sienten que una normativa poderosa en sanciones asegura la subsistencia de la comunidad, mientras otros no se sienten motivados por esos valores, adoptando en ocasiones conductas autodestructivas y, en otras, de búsquedas de opciones diferentes pero válidas. No nos parece que el Derecho Penal pueda desempeñar el papel de

educador o de director moral, sino que la comunidad misma debiese ser capaz de buscar sus propias formas de solución y convivencia. Al Derecho Penal en específico le resta proteger esta forma de convivencia una vez que sea lograda.

#### F. Aportación a la Disciplina

Entendimos que, por lo pronto, lo único razonable es aplicar sanciones a las llamadas drogas duras y penar especialmente a los que lucran con estas sustancias a costa de las adicciones de muchos. En el marco de este estudio entendemos que pasar a este modelo resulta ser un paso doloroso y políticamente inviable, por lo cual propusimos un sistema que establezca un campo intermedio de sanciones a fin de morigerar y preparar a la comunidad para un cambio mayor, así como dar ocasión a que la comunidad sea la que organice y determine la forma de convivencia que quiere adoptar.

Propusimos la liberalización de las conductas que resultan ser de nulo peligro para el Bien Jurídico y, sin embargo, están sometidas a sanciones que el legislador reserva para el homicidio o la violación. En este sentido dimos algunas pinceladas teniendo objetivos precisos, v.gr. lograr una interpretación más benigna respecto del cómplice, que concentre el peso de la Ley en el verdadero director de la empresa criminal. Lo cierto es que los llamados hoy en día traficantes no son los potentados que viven en selvas y corrompen países sino los montepiados o drogadictos que por su marginalidad se ven forzados por los verdaderos criminales a mantener estas conductas.

Además, quisimos dar una coherencia político criminal a la legislación siendo proporcionados en las sanciones. Ello lo tratamos de conseguir aportando las definiciones que la Ley no da, así como buscando dar cabida en la Ley a causales de justificación o exculpación que permitan no solamente graduar la pena sino que interpretar la norma, de manera que esta sea una Ley dura con los culpables pero benigna con los que tienen un menor compromiso delictivo o carecen de él. Ello sólo nos fue posible en la medida que este trabajo puede permitirse hacer.

Nuestro fin hubiera sido estudiar los tipos penales con absoluta pureza, por las razones sociológicas ya esbozadas, así como por motivos de estructura dogmática, el modelo no pudo estar dotado de la integridad que propusimos, de cualquier forma persistimos en torno a estos fines dentro de nuestras posibilidades. Tratamos de crear una interpretación armoniosa de la Ley, que se rigiera por principios democráticos, pero que a su vez fuera capaz de reflejar la verdad de la Ley, que no es otra que la que viven las personas que son amparadas por la norma así como los que son objeto de la sanción.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ALVAREZ M, PATRICIO. HIDALGO R, JUAN. 1998. Tráfico de drogas en Chile, política criminal y dogmática penal desde una perspectiva crítica. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Pp 133-143
2. ARANEDA D, HUGO. 1980. Economía política. 2ª ed. Santiago, Chile. Ed. Jurídica de Chile. Pp 145 ss.
3. ARAVENA, JOSÉ PATRICIO 1998 Evolución del tratamiento jurisprudencial del tráfico ilícito de estupefacientes en Chile. En: POLITOF, MATUS. Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. p 169-170 182 185 193-194 196 201-203 208.
4. ARROYO ZAPATERO, LUIS. 1983. Aspectos Penales del Tráfico de Drogas. Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense. (6): 23-35.
5. BARATTA, ALESSANDRO. 1986. Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal. Mexico. D.F, Mexico. Ed. Siglo XXI. pp 56-65. 165 ss
6. BARATTA, ALESSANDRO. 1993. Fundamentos ideológicos de la actual política criminal sobre drogas. - Reflexiones alrededor de la teoría del poder en Michel Foucault. En: DIEZ RIPOLLES. J.L. LAURENZO COPELLO. P La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada. Valencia, España. Ed. Tirant lo Lanch. Pp. 19-36.
7. BERISTAIN 1977 Dimensión histórica, económica y política de las drogas en la criminología crítica. En: COBO DEL ROSAL. Delitos contra la Salud Pública, tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes. Valencia, España. Universidad de Valencia. Pp 49 ss.
8. BLANCO, ISIDORO. 1998 El delito de blanqueo de capitales. Pamplona, España. Editorial Aranzadi. Pp. 102 ss.
9. BOIX REIG "et al". 1996 Comentarios al código penal de 1995. tomo II. Valencia, España. Ed. Tirant la Lanch. pp 1647-1650; 1680 y ss.



10. BUSTOS RAMIREZ, JUAN. 1986. Introducción al Derecho Penal. Barcelona, España. Ed. Temis. Pp. 44-69.
11. BUSTOS RAMIREZ, JUAN. 1991 Manual de Derecho Penal, parte especial. 2ª Edición. Barcelona, España. Ed. Ariel Derecho. Pp. 233-234
12. CANCIO MELÍA, MANUEL. 1998. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima ( imputación de la víctima). En: Estudios sobre la imputación objetiva. Buenos aires. Ed. Ad hoc. Pp 119-124.
13. CARMONA CARBONELL, MABEL. 1997. Delito de tráfico de drogas y estupefacientes; descripción típica y jurisprudencial. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. P. 46 49-51
14. COBO DEL ROSAL, MANUEL. 1977. Consideraciones generales sobre el tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes En: Delitos contra la Salud Pública, tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes. Valencia, España. Editado por la Universidad de Valencia. Pp 143 160-161
15. CONACE. 1994. Resumen del estudio nacional de drogas 1994. [en línea]<[http://www.conace.cl/f\\_estudios.htm/estudio\\_1994.html](http://www.conace.cl/f_estudios.htm/estudio_1994.html)> [consulta: 20 agosto 2001].
16. CONACE. 1996 a. Diario oficial de la república de chile, leyes anotadas y concordadas N° 11, Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Santiago, Chile. Editado por el Diario Oficial de Chile p 47.
17. CONACE. 1996 b. Resumen del estudio nacional de drogas 1996. [en línea]<[http://www.conace.cl/f\\_estudios.htm/estudio\\_1996.html](http://www.conace.cl/f_estudios.htm/estudio_1996.html)> [consulta: 20 agosto 2001].
18. CONACE. 2000. IV estudio nacional de consumo de drogas en Chile[en línea]<[http://www.conace.cl/f\\_estudios.htm/informe\\_cuarto\\_estudio\\_consumo\\_2000/informe\\_cuarto\\_estudio\\_2000\\_consumo.html](http://www.conace.cl/f_estudios.htm/informe_cuarto_estudio_consumo_2000/informe_cuarto_estudio_2000_consumo.html)> [consulta: 20 agosto 2001].
19. COOPER MAYR, DORIS. 1994. Delincuencia común en Chile. Santiago, Chile. Ed. Lom. Pp. 29-41 45-88 211

20. CORDOBA RODA, JUAN. 1981. El delito de Tráfico de drogas. Estudios penales y criminológicos. (IV): 9-35.
21. DE RIVACOVA Y R. MANUEL. 2000. Las sucesivas leyes chilenas sobre estupefacientes en la ruta progresiva del autoritarismo En: POLITOFF L, SERGIO. MATUS A, JEAN. Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes. Santiago, Chile. Ed. Jurídica Cono Sur. Pp 77-90
22. DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO O. 1990. Función y límites del principio de exclusiva protección a Bienes Jurídicos. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, España. (T XLIII. Fasc. I):7 10-12
23. DIARIO LA SEGUNDA, 9 de Abril de 1999. 1999 Estudio del gobierno revela aumento en el consumo de cocaína, pasta base y marihuana. Santiago, Chile. Pp 3-4.
24. DÍAZ, INGRID. VENEGAS, VERÓNICA. 1996. La represión penal del consumo en Chile. ¿Una feliz incorporación del legislador?. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Pp. 131-132.
25. DIEZ RIPOLLES, JOSÉ LUIS. 1987. La política de drogas en España a la luz de las tendencias internacionales recientes. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. (Tomo XV fasc. II Mayo-Agosto): 346 ss
26. ESCOHOTADO. A; BARATTA. A. "Et al". 1991. ¿Legalizar las drogas?. Criterios técnicos para el debate. Madrid, España. Ed. Popular. Pp 1-126.
27. ESCOHOTADO, ANTONIO. 1995. Aprendiendo de las drogas. Barcelona, España. Ed Anagrama Pp 19-20 21-22
28. FERDMAN, JORGE. 1993. Algunas consideraciones en torno una nueva normativa sobre el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes. Revista de ciencias penales. Tomo XL(2):49-50 52-53
29. FLORENZANO, RAMÓN. 1995. Ser joven en el mundo de las drogas. Santiago, Chile. Fundación para la familia. Pp. 3-9 16-22
30. GACETA JURÍDICA. 1996 a. Santiago, Chile. (197):149-150

31. GACETA JURÍDICA. 1996 b. Santiago, Chile. (198):124-126
32. GACETA JURÍDICA. 1997 a. Santiago, Chile. (199):137-139
33. GACETA JURÍDICA. 1997 b. Santiago, Chile. (201):139-140
34. GARCÍA RIVAS, NICOLÁS 1998 El delito ecológico. Barcelona, España. Ed. Praxis. pp 3-56. 8-11.34-35
35. GISBERT CALABUIG, JUAN 1981 Las drogas y su problemática actual. Drogas estupefacientes y alucinógenas. Estudios penales y criminológicos. (IV):36-59.
36. HASSEMER, WINFRIED. 1984. Fundamentos de Derecho Penal. Barcelona, España. ED. Bosh. Pp. 49- 52 60-61
37. HASSEMER, W. MUÑOZ C, F. 1989. Introducción a la criminología y el Derecho Penal. Valencia, España. Ed. Tirant lo Lanch Derecho. Pp. 110-113
38. HERMOSILLA, GERMÁN "et al" [s.a.] Manual de la Ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas Ley N° 19.366. Santiago, Chile. Diario Oficial de la República de Chile y Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes pp.19 y 42.
39. HORMAZÁBAL MALAREÉ, HERNÁN. 1992. El Bien Jurídico en un Estado social y democrático de derecho; El objeto protegido por la norma Penal. 2ª ed. Santiago, Chile. Editorial Cono Sur. pp 114-119.
40. JAKOBS, GÜNTHER. 1995. Derecho Penal, parte general; fundamentos y teoría de la imputación. Madrid, España. Ed. Marcial Pons. Trad: Cuello C. González de Murillo Pp 25-28 43 ss 50-60 185
41. JAKOBS, GÜNTHER. 1996 a. Fundamentos del Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad-Hoc. P. 59 179- 240.
42. JAKOBS, GÜNTHER. 1996 b. Sociedad, norma y persona, en una teoría de un Derecho Penal funcional". Madrid, España. Ed Civitas. trad. Manuel Cancio Melía y Bernardo Feijóo Sánchez. Pp 45-47 50-54

43. JESCHEK, HANS-HEINRICH. 1993. Tratado de Derecho Penal. Parte general. 4ª ed. Granada, España. Ed. Comares. Trad. Manzaneros Samaniego, Luis. Pp 656-676.
44. KRAMER, J.F. CÁMERON, D.C. 1975. Manual de dependencia de drogas. Ginebra, Suiza. Organización Mundial de la Salud. p 16
45. MATUS, J. P. 1998. El tráfico ilícito de estupefacientes en sentido amplio, como figura básica en la Ley N° 19.366 En: tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes Santiago, Chile. ED jurídica Conosur. Pp. 125 126
46. MIR PUIG, SANTIAGO. 1986. Posibilidades y límites de una ciencia social del Derecho Penal En Derecho Penal y ciencias sociales. Barcelona, España. Autoeditada por Santiago Mir Puig. p 22.
47. MUÑOZ CONDE, F. GARCÍA, M. 1996. Derecho Penal, Parte Especial. Valencia, España. ED. Tirant lo Lanch. Pp. 545 ss.
48. NAUCKE, WOLFGANG. 1986. La filosofía social del Derecho Penal orientado a las ciencias sociales. En SANTIAGO MIR PUIG. Derecho Penal y ciencias sociales. Barcelona, España. Autoeditada por Santiago Mir Puig. pp 79 88-89.
49. NEUMAN, ELÍAS. 1984 Droga y Criminología. Mexico. D.F, México. Ed S XXI. p 18
50. OTERO BELLO, EDISON. 1994. Teoría de la comunicación y la epistemología. Revista de sociología del departamento de Sociología, de la facultad de Ciencias Sociales Universidad de Chile. (9):15-22
51. PEREZ-LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. 1991. La Seguridad Jurídica. Barcelona, España. Ed. Ariel Derecho pp 17 20-26 51.
52. POLITOFF, SERGIO. "Et al". 2000. "Legislación y reglamentación complementaria del delito de tráfico ilícito de estupefacientes.". Talca, Chile. Ed. Librotecnia. Pp 136-137 143-144.
53. PRINI, PIERO. 1975. Historia del Existencialismo. Buenos Aires, Argentina. Ed. El Ateneo. Pp 81-96

54. RADBRUCH, GUSTAV. 1965. Introducción a la filosofía del Derecho 3ª edición Mexico D.F, México. Fondo de Cultura Económica. pp 40-41.
55. RODRIGUES MORULLO, GONZALO. 1991. Prólogo. En:Concurso del leyes y participación en el delito. Madrid. Ed Civitas. Pp. 2 ss.
56. ROXIN, CLAUS 1972. Política criminal y sistema de Derecho Penal. Barcelona, España. Ed. Bosh. pp 39-41.
57. ROXIN, CLAUS. 1992. La reparación en el sistema de los fines de la pena. En: MAIER, JULIO(comp). "et al". De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, España. Ed. Ad-Hoc. Pp. 129-156.
58. ROXIN, CLAUS. 1997. Derecho Penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Madrid, España Ed Civitas. trad:Luzón Peña, D. Díaz y García, M. de Vicente, J. pp 61 216-218 247- ss 256-258 292-297 323 404-406 460 557 560 562- ss 671-ss 791 807 813 855 861 892 897
59. RUDOLPHI, JOACHIM. 1978. Los diferentes aspectos del concepto de Bien Jurídico. Nuevo Pensamiento Penal. Ed. De Palma. Año 7. (8):329-330 333 337-338 341-343
60. SILVERMAN, MILTON. 1946. Las drogas mágicas. Buenos Aires, Argentina. Ed. Sudamericana. Pp. 13 ss.; 119 ss.; 221 ss.
61. VERDUGO M, MARIO. PFEFFER U. EMILIO "et al". 1999. Derecho constitucional. Tomo I 2ª ed. Santiago, Chile. Ed. Jurídica de Chile. Pp. 207-210 217-227.
62. VIVANCO S, JAIME. 2000. Determinación del impacto real de los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes en la actividad policial, judicial, en la población carcelaria y en la opinión pública. En: POLITOFF L. SERGIO. MATUS A, JEAN. Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes. Santiago, Chile. Ed. Jurídica ConoSur. Pp 77-90
63. WELZEL. HANS. 1993. Derecho Penal alemán, parte general. 4ªed. Castellana. Santiago, Chile. Ed. Jurídica de Chile. Trad. Bustos R. Juan Yañez P. Sergio.

## APÉNDICE DEL CAPÍTULO I

### Análisis y Crítica al Modelo de Jakobs

#### I. Análisis

La teoría funcional de Jakobs es ante todo una teoría comunicacional, no es una teoría defensora de un modelo garantista. Es una fórmula explicativa. De esta manera se manifiesta analizando el poder punitivo, y, cómo bajo ciertos supuestos ese discurso debe expresarse normativamente para conseguir los resultados esperados. El delito, bajo esta luz, es visto como un defecto comunicacional que debe ser corregido por la pena.

Como toda teoría funcional bajo un supuesto no patológico de la criminalidad se busca dar una respuesta al fenómeno criminal. Sin embargo Jakobs se desvía de las teorías sociológicas propiamente tales ya que su supuesto es comunicacional. Es más, hoy por hoy es muy debatido en sociología que una teoría de las comunicaciones pueda llegar a ser en si mismo un paradigma científico. En dicho contexto se deber entender que Jakobs distingue dos tipos de normas, las funcionales y las de intervención. Las primeras como propias del sistema social, que estabiliza conductas desviadas. Y las segundas, como intervención estatal ante un conflicto que no requiere estabilización, una especie de toma de partido<sup>1</sup>.

La función del Estado para Jakobs no es proteger Bienes Jurídicos debido a que estos son una abstracción de fenómenos comunicacionales que puede o no ser representativa de la realidad. En cambio, supone él, que la norma siempre es representativa de dichos fenómenos<sup>2</sup>. Por ello la problemática de Jakobs se centra en fijar una visión que se halle en condiciones de distinguir normas funcionales y no funcionales, en separar lo “útil” de lo “inútil”.

Lo que el Derecho Penal hace, según Jakobs, es dar solución a un problema del sistema social de relaciones. Esto se consigue “estabilizando” conductas, transformando una conducta desprovista de valor en un hecho reprobable a través de la pena. Esto es la función necesaria del Derecho Penal. Por ello, concluye, inclusive el sistema final debe prescindir de una perspectiva interna (o dogmática) y debe recurrir para la constatación de la acción típica de la teoría de la adecuación lo que es una externalización. Esta es sin duda la característica más importante de esta teoría. Antes que un discurso estructurado a la solución de conflictos, es una particular fórmula de imputación de la norma para indicar al delincuente y al “traidor” al Derecho qué es lo correcto. Ello conlleva que el Derecho Penal en ningún caso pueda ser un instrumento social pura y simplemente, pero tampoco pueda ser considerado sustento básico de una revolución social; cosa que subyacería al concepto de Bienes Jurídicos.<sup>3</sup>

En ese contexto ¿cuál es la función asignada al Derecho Penal?

La de prevención general positiva. Que es un eufemismo para señalar que el Derecho Penal se limita a dar estabilidad a la norma social (por contraposición a natural) que es violada por el delincuente debido a un defecto en su comunicación. Con la sanción se restituye el orden comunicacional no para el delincuente sino para

---

<sup>1</sup>(42) JAKOBS. 1996 b pp 25-28.

<sup>2</sup>(40)JAKOBS 1995 pp 50 -60

<sup>3</sup>(42) JAKOBS 1996 b pp 45 a 47

la sociedad gracias a la pena.

Para determinar cuándo el proceso de comunicación social es funcional debe estarse a la capacidad del proceso de mantenerse frente a modelos divergentes. Llevado esto al caso que nos ocupa se presentaría como el choque de dos modelos de comportamiento, los drogadictos y los no drogadictos. El proceso de comunicación establecido desde los no consumidores es avasallado por una conducta que socialmente se mueve por otros cauces, el no reconocimiento del comportamiento social fijado por el comportamiento divergente sería la anomia en este punto. Luego, para distinguir lo funcional de lo interventivo de la regulación habría que estar al comportamiento real de la sociedad más que al esperado, y cómo la regulación protege un comportamiento social o lo trata de moldear.

Si se observa con cuidado hasta acá el sistema no difiere radicalmente del concepto planteado por Hassemer de Bien Jurídico. Salvo en la individualización de la agresión, pues ésta puede o no ser un requisito para Jakobs según sea esta individualización “determinante en la auto-descripción de la sociedad”. Esto porque ambos conceptos son idénticos en la base.

Respondiendo a la interrogante acerca de la finalidad liberal del Derecho Penal. Jakobs contesta que, al menos en un sentido científico, esto es un fin equivocado, debido a que la socialidad es distinta a la subjetividad en cuanto condiciones. El Derecho para Jakobs protege la estabilidad social y no el desarrollo de la personalidad de los sujetos. Dicho de manera simple, que para que exista una preocupación por la persona previamente debe haber una sociedad pues lejos de la sociedad solamente se puede hablar de individuos. Tanto quien socializa el pensamiento como el que lo privatiza hierra, en cuanto lo simplifica.<sup>4</sup>

## II Críticas al Sistema

Una primera dificultad se aparece al preguntarse por qué el sistema de Jakobs no se debería aplicar a todo el análisis de un Bien Jurídico difuso. ¿Por qué diferenciar el sistema? ¿No parece que es el gusto de mantener el sistema dogmático clásico frente al sistema moderno funcional?, más aun cuando Jakobs plantea un sistema para todo el espectro y no para las relaciones que carecen de Bien Jurídico.

Para responder esto nos vemos obligados a diseñar un marco de críticas al sistema de Jakobs. Razonablemente se pueden dar cuatro que no dicen relación “con la maldad” del sistema sino con su inutilidad para el Estado de Derecho. En el entendido que el respeto a las personas que da esta estructura no sólo es deseable, es la base sobre la que se sustenta todo el estudio del tipo.

La primera crítica nace de la postura sociológica tomada por Jakobs. En cuanto asume un sistema Funcional estratifica dos grupos, los dominantes (funcionales) y los opositores (delincuentes-disfuncionales). Lo que es un error conceptual en nuestra manera de ver el conflicto.

En una sociedad plural la más de las veces se formulan múltiples conflictos inclusive dentro de un mismo punto de colisión. Y no todos ellos deberían ser punibles. Pero si una sociedad asume la base de la igualdad de las personas. Este último supuesto nos lleva al absurdo de querer castigar todo lo disfuncional. Haciendo la acotación de que muchas veces la pobreza, la marginalidad e incluso la simple peculiaridad son comportamientos disfuncionales para cualquier sociedad.

---

<sup>4</sup>(42) JAKOBS 1996 b pp 50-54

Por otra parte, en materia de delincuencia económica, uno de los problemas más graves que se plantean es que los comportamientos punibles son, en cambio, altamente funcionales.

Pero yendo al caso en estudio, los drogadictos, estos no son iguales ni por los mismos motivos. Es más se pueden estudiar separadamente por el tipo de droga, donde se genera cierta mezcla entre comportamientos altamente funcionales relacionados a las drogas. Por ejemplo, alta productividad, vinculada a los estimulantes.

Esto último expresado en el lenguaje del propio Jakobs sería :

Asumido que sea que hay un conflicto parece dudoso a lo menos sostener que dentro del proceso comunicacional en una sociedad desmitificada se de sólo a dos niveles, dominantes y opositores. Más aún, que no exista superposición de los discursos. V.Gr. El caso del que lavando dinero da trabajo a miles de personas. En cuya situación el sistema dogmático liberal por su estructura está destinado a dar una solución más igualitaria y, por tanto, más justa.

Esta traba principalmente nace porque asumir un discurso criminológico lleva posiblemente a explicar cómo surge la criminalidad pero no a explicar cómo se criminalizan las conductas( Hassemmer).

Sin embargo, no se puede obviar el punto. Ya que si el sistema de Jakobs funciona mejor en sociedades no plurales, o sea, sociedades en choque, donde lo “bueno” (funcional) y lo “malo”(disfuncional) sea perfilable con precisión bajo el discurso oficial, no vaya a ser que para funcionar mejor cauce.

De hecho la teoría del Labelling Approach o conflicto social se mueve por esa teoría. La teoría de la estigmatización.

Segundo, si la teoría de Jakobs es una comunicación de normas afirmadas por la pena, puede un espectador imparcial preguntar:

“ Cómo Juan, que es un sujeto promedio, va a ser motivado por la norma cuando carece del conocimiento de lo que la norma señala”.

Lo más seguro un sujeto promedio no dirá me hicieron víctima de 393 del código Penal, o estoy violando el Art. 5 inciso segundo de la N° 19.366. Tampoco expresará: estoy realizando una violación sodomítica, o estoy matando con premio o promesa remuneratoria. De manera muy distinta dirá simplemente: violar o asesinar. Con ello lo que significa es la afección al Bien Jurídico en cuestión, aún cuando la afección típica no sea precisamente igual a la verbalización de ésta. En un ejemplo, Juan en la tipificación comete el delito de abusos deshonestos, pero dice “violar” y la sociedad estima que “violó”, aun cuando la figura no es la misma. Lo último porque la sociedad significa que hay un grupo de conductas que son miradas socialmente como relacionadas. Si bien no se dice vulgarmente “atentado a la libertad sexual” y se usa como sustituto el vocablo “violar”, normalmente se hace referencia a una misma realidad.

Lo que se desea explicitar es que el Bien Jurídico resulta para la sistematización no solamente del experto sino para la comunidad de gran utilidad. No es menor prescindir de tal instrumento y dejar un cuerpo informe de regulaciones.

Desde esta lógica comunicacional de Jakobs lo único que podrá decir el receptor será “faltó a la Ley”, lo que da una explicación para sistemas de sociedad estabilizados básicamente (estabilización por la fuerza) pero no para los más complejos. Por otro lado, asumido que sea el sistema de Jakobs el aceptado, ¿cómo se organizan las normas en el Derecho para su estudio?. El agrupar, sintetizar, abstraer, son procesos normales incluso para el lego. ¿Cómo se



reemplaza la función del Bien Jurídico en estos procesos?. ¿O se mantendrá la función sistematizadora del Bien Jurídico y se eliminará la función garantizadora e interpretativa?. En un Estado que aprecia a los sujetos como personas (iguales), según el supuesto Funcional de Jakobs, deben crearse intercomunicaciones básicas que signifiquen la conducta prohibida para que los seres humanos puedan dominar la norma, si es que se pretende comunicarles algo. Hasta la comunicación más simple tiende a reducir el lenguaje y a seleccionar sólo aquello que le resulta más relevante. En ese sentido quizás lo que hace la dogmática, en el fondo, no es más que una sofisticación del proceso comunicacional que se da en la misma sociedad.

Una última Crítica proviene de la sociología, y ya ha sido enunciada de manera general. Hoy por hoy es dudoso que la teoría de las comunicaciones pueda llegar a ser de por sí una teoría en estricto sentido científica. Obviamente la teoría de Jakobs no es una “teoría de las comunicaciones” pero sí es comunicacional. Desde el momento que da por asumida la función de mensaje que asumiría la pena.

Su razonamiento se inicia en supuestos y manejos que están muy vinculados a estas explicaciones de la sociedad. Pese a esto, la crítica enunciada a la teoría de Jakobs en este sentido no parece tan valedera.

Aún así es bueno dejar en claro que no siempre una teoría jurídico Penal como la de Jakobs puede ser sustentada científicamente en un paradigma comunicacional. Como consecuencia de lo anterior, las posibilidades de predicción de comportamiento basado en una teoría comunicacional es un punto que la sociología discute fuertemente y, por tanto, no tiene una base científica muy sólida. El lenguaje de Jakobs lleva a pensar de manera inversa<sup>5</sup>. Sin embargo, como ya se ha expresado la base de la propuesta de Jakobs está en mantener cierto control sobre las conductas de los ciudadanos. Por tanto únicamente se puede justificar el control si esa predecibilidad mantiene cierto grado de certeza científica y no pura coherencia lógico-formal.

Por todo lo anterior, si bien el concepto Funcional de Jakobs puede ser de utilidad dentro de un sistema autoritario no puede servir de medida para los sistemas del Estado de Derecho. Las exigencias de su discurso son incompatibles con la ordenación de la realidad democrática en varios puntos importantes. Sobre todo porque no son garantía de protección para los ciudadanos, solamente es un modelo para ordenar a las personas.

Esto para hacer justicia a Jakobs en gran medida se debe a que para él la estructura democrática esconde o solapa dentro de sí ciertos principios que no son precisamente democráticos. Así lo deja entrever al decir:” Las críticas que frecuentemente se plantean a la concepción aquí expuesta, en el sentido que con ella se instrumentaliza al ciudadano que va a ser sometido a un pena, probablemente no perciban que se trata de la descripción de las condiciones de funcionamiento de toda sociedad; la descripción no instrumentaliza, sino que en todo caso descubre instrumentalizaciones existentes hace mucho tiempo.”<sup>6</sup>

Nos inclinamos por creer que toda la construcción social de Jakobs parte por tratar de desenmascarar las instrumentalizaciones. Pero, sin perjuicio que puedan existir estas instrumentalizaciones en toda sociedad, inclusive como un requisito de su dinámica natural. Nos merece muchas dudas que un modelo destinado a explicar el

---

<sup>5</sup>(50) OTERO BELLO, EDISON. 1994.15-22

<sup>6</sup>(41)JAKOBS. 1996 a. P 59

funcionamiento de la mente autócrata pueda servir para el estudio de los sistemas democráticos.

## APÉNDICE A DEL CAPÍTULO II

### El Objeto Material del Delito.

Para hablar del tema de las drogodependencias se ha creado todo un lenguaje particular, por ello nos parece importante partir por definir algunas palabras de uso común así como ofrecer algunas opiniones que hemos podido recopilar en torno al valor científico de ciertas afirmaciones que comúnmente se oyen al hablar de drogas.

Partamos por una postura elemental, desde la química y la biología más pedestre señalemos que existen “sustancias”, las que son el género. De este género solamente algunas sustancias pueden ser absorbidas por el organismo causando efectos sobre él y otras pasan sin dejar rastro, como el plástico o algunos metales. Estas sustancias que pueden ser procesadas por el organismo para producir energía, sea cual sea su forma de ingestión, ya desde la Biología los llamaremos alimentos, así también otras sustancias son absorbidas por el organismo pero no sirven para producir energía sino que tienen el don de modificar los procesos del cuerpo humano, a estas sustancias que no son alimentos pero que pueden ser absorbidas por el cuerpo humano causando reacciones en él las llamaremos Drogas, y las que no producen ni uno ni otro efecto las designaremos como sustancias propiamente tales.

Las Drogas causan efectos a nivel celular sin que sirvan para producir energía; entonces droga es: toda sustancia que causa un efecto a nivel celular sin que sea utilizada para producir energía. La verdad es que esta distinción es meramente teórica pues muchísimas veces un alimento viene mezclado con drogas, teniendo ambas características como en un chocolate hay azúcar, cacao y cafeína<sup>7</sup>.

A su vez podemos observar que las drogas pueden producir sus efectos sobre el cuerpo o sobre la psiquis o comportamiento, sin perjuicio de que pueden actuar sobre ambos como vemos en la nicotina que tiene efectos en el cerebro y en el corazón. Pero lo común es que la doctrina y quienes tratan el tema hablen de drogas psicotrópicas o drogas propiamente tales, según si sus efectos van destinados a los órganos o si actúan sobre la psiquis.

Esto parece claro pero la verdad es que no lo es, no hemos encontrado ejemplos de sustancias que no actúen sobre los órganos, por tanto, aquí es donde la distinción se vuelve oscura y requiere de un criterio distinto, el criterio más adecuado de separación quizás sea el que dice que mirado realísticamente lo que nosotros llamamos drogas psicoactivas (que activan, deprimen o “alucinan” la psiquis) actúan igual que ciertas sustancias que hay ya en el organismo copiando su acción sobre el sistema nervioso o impidiendo su actividad. Las drogas psicoactivas son las que poseen este factor pero esto no las separa de forma absoluta de otro tipo de drogas pues estas también actúan sobre el organismo.

Hablando metafóricamente se puede decir que las drogas psicoactivas se desempeñan como “amigos” de ciertas reacciones psíquicas o como “enemigos”, pero en definitiva no serían más que sustancias ya existentes o muy similares a las existentes en el cerebro o que tienen la capacidad de bloquear a algunas encimas

---

<sup>7</sup>(27) ESCOHOTADO, ANTONIO. 1995. Pp 19-20

que funcionan en los impulsos nerviosos. Debemos siempre, sin embargo, recordar que por más psicoactiva que sea la droga, estas sustancias ejercen sus efectos no sólo sobre los procesos químicos del cerebro sino también a nivel celular de algunos órganos, sea del cerebro mismo o de otras partes de cuerpo.

Estos efectos, los efectos orgánicos, varían según la sustancia y su forma de administración, lo que podríamos llamar el factor venenoso de cada droga psicoactiva; es decir, su capacidad de actuar sobre los órganos y no sobre los procesos químicos del cerebro (se acelera el corazón o se lesiona el hígado) ; hasta donde hemos podido recopilar este factor existe en todas las drogas; psicoactivas o no. Hasta las más inofensivas lo poseen, es sabido que la aspirina resulta mortal más allá de cierta dosis, y la cafeína también puede serlo en proporción adecuada.

En resumen, perfectamente se puede distinguir entre las drogas que actúan sobre la psiquis y el cuerpo (llamándolas psicotrópicas o estupefacientes) o sólo sobre el cuerpo (llamándolas genéricamente drogas). En las drogas psicoactivas este fenómeno en que las drogas psicoactivas ejercen su férula sobre los órganos lo designaremos como factor venenoso.

Lo que llamamos venenoso cabe graficarlo del siguiente modo, nadie se muere por una sinapsis o de placer, lo más que puede pasar es una simulación de un ataque de paranoico o epiléptico. La muerte se concreta porque el corazón se paraliza o porque el hígado sufre una necrosis, o porque el cerebro se deteriora. El efecto inmediato sobre la química del sistema nervioso, que es lo buscado por el consumidor, no causa la muerte sino el factor venenoso.

A modo ejemplar: si Juan quiere suicidarse consume una cantidad muy alta de barbitúricos (tipo de medicamentos derivados de la urea), éste lo que persigue es el factor venenoso. Si Juan lo que quiere es descansar y dormir toda la noche, lo que persigue es el factor neuroquímico, y no consume la misma cantidad sino una inferior aun cuando consume cierto grado del facto venenoso también.

Los peligros no están en la reacción química sino en el factor venenoso. De esta manera, cuando se habla de toxicidad aguda o crónica se dice en otras palabras el grado de veneno que va incluido en una dosis media para producir el efecto deseado por el consumidor- pues nadie consume racionalmente más allá del efecto deseado-. Esta toxicidad se distingue según si el daño lo causa el consumo pasajero (aguda), o el grado de daño que causa el consumo temporalmente prolongado de la sustancia (crónica).

Se agrega un tercer factor llamado tolerancia, este es un concepto no muy preciso porque en él se utilizan distintos sub-conceptos. En primer lugar es a primera vista la cantidad de droga que se puede resistir, lo que normalmente no es lo que se quiere decir, pues no se dice el organismo TOLERA 3 gramos en la sangre de aspirina o el organismo TOLERA 25 mg de otra sustancia. La variable tolerancia en este sentido se incluye dentro del concepto de toxicidad aguda, y algunos autores la tratan como peligrosidad de la droga. Tampoco se utiliza tolerancia para indicar que el consumo inveterado de alcohol causa la muerte después de X tiempo, o luego de X cigarrillos por día. Es más bien una relación entre distintos conceptos, más que tolerancia la palabra correcta sería acostumbramiento.

Lo que se indica con esto es:” El estado de adaptación caracterizado por la disminución de las respuestas a la misma cantidad de droga o por la necesidad de una dosis mayor para provocar el mismo grado de efecto farmacodinámico”<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup>(44)KRAMER, J.F. CÁMERON, D.C., 1975. p 16

Por tanto, el concepto de tolerancia es relativo, es decir relaciona los primeros consumos a los últimos comparando los factores cantidad de droga/efectos farmacodinámicos<sup>9</sup>.

Otro concepto muy difícil de deslindar es el de dependencia, depender es señalar que un resultado es condición de algo previo, en lenguaje de lógica señalemos sería la proposición: si A entonces B. Pero si se habla de dependencia no está claro qué se quiere señalar, muchas veces se mezclan criterios de tipo subjetivo con criterios de tipo científico. Sin espacio a duda el concepto de dependencia es hoy la base de la discusión en materia científica, o pseudocientífica, por lo que nos remitiremos a hacer algunos alcances.

Primero, lo que distingue la dependencia no es el factor criminógeno implícito en ellas sino la capacidad de condicionar ciertas respuestas de los consumidores. Si bien es cierto que en el caso de los consumidores los efectos de su consumo prolongado se presentan en ciertas drogas- especialmente las llamadas duras- de manera más o menos uniforme este condicionamiento puede ser variable de sujeto en sujeto.

Por ejemplo, ante el mismo consumo un sujeto puede llegar a ser alcohólico y otro no, uno puede abandonar el cigarrillo y otro no, y alguien puede consumir cocaína y dejarla y su acompañante en el vicio ser incapaz de tal abstinencia.

Por esto es imposible decir que una droga produce adicción con certeza científica, sólo es posible hablar de probabilidades.

En segundo lugar, la dependencia puede perfectamente ser respecto del factor psicoactivo o del factor venenoso, según si la dependencia se da a nivel orgánico o a nivel psíquico (de ahí la distinción entre dependencia física o psíquica, lo cierto es que pocas drogas son capaces de crear dependencia física).

Basado en esto nos parece adecuada la definición de la O.M.S que señala: "Es el estado interno del individuo mediante el cual se crea o se mantiene un deseo constante de ingerir una sustancia".

Las objeciones al concepto vienen dadas por la falta de cuantificación para servir de variable. Es decir, la falta de datos aprehensibles y calculables por los cuales se pueda decir que la marihuana es menos adictiva que el cigarrillo; o que la cocaína lo es menos que la heroína. O, para complicarlo un poco más, que entre dos ansiolíticos como son el Valium y el Halción, ¿Cómo saber cuál es un mayor causante de dependencia?. Los estudios, lo aclaramos desde ya, en este sentido no existen, y es aquí donde se entra a los experimentos que no son más que vanos intentos para demostrar la validez del razonamiento implícito en la Penalización o en la despenalización, existente o deseada, de ciertas sustancias. Lo cierto es que hemos podido observar que cuando los estudios se centran en la dependencia orgánica la certeza de las conclusiones son altas, tanto en probabilidad como en rigurosidad científica, cuando estos estudios se remiten a la adictividad psicológica los resultados son indignos de comentario.

Como señalábamos, es científicamente imposible determinar si una droga "causa" dependencia, si entendemos por ciencia aquellos modelos de razonamiento que respecto al objeto se rigen por el método científico. Lo que podemos decir es que en ciertos casos documentados la heroína causó dependencia o que en otros casos el alcohol lo hizo, pero su medición es imposible y por tanto sustentar una ciencia de la dependencia requiere primero demostrar su método, con reglas de control, objeto de

---

<sup>9</sup> (27) ESCOHOTADO, ANTONIO. 1995. pp 21-22

estudio y una escala de resultados; lo demás es pura poesía.

Lo que sí se puede hacer es llegar a una definición entre drogas de alta dependencia o baja dependencia, o duras y blandas si se quiere usar esa nomenclatura, y para ello es mucho mejor preocuparnos exclusivamente de la dependencia física, pues ahí también se concreta el factor venenoso. Esto es más razonable debido a los casos documentados que existen, de esta forma resulta factible realizar los estudios estadísticos necesarios. Lo cierto es que las llamadas drogas blandas se refieren principalmente a la dependencia psicológica, por lo que si quisiéramos hacer un estudio de la dependencia debiésemos acotarlo a las llamadas drogas duras, aquellas capaces de producir dependencia física.

A nuestro juicio es más fácil crear un baremo para considerar riesgosa una sustancia acotando el estudio a la dependencia orgánica por las razones ya expresadas, si se pasa a un concepto más amplio de dependencia es imposible definir y estudiar la problemática.

Antonio Escohotado agrega un nuevo factor de análisis que nos ha parecido interesante como método para determinar las sustancias que debiesen ser ingresadas a listan controladas, el "margen de seguridad"<sup>10</sup>, es decir, la proporción que existe entre cantidad necesaria para obrar el efecto deseado (dosis media) y la cantidad suficiente para cortar el hilo de la vida (dosis letal media). Escohotado propone como método de estudio del peligro de las drogas una especie de promedio, compuesto por la tolerancia y el la dosis media letal. Nosotros proponemos agregar a la peligrosidad de la sustancia psicoactiva la adictividad física, de modo que en aquellas drogas que el margen de seguridad decrece cada vez más debiese actuar el Estado protegiendo a los ciudadanos, cuando estas sean adictivas físicamente.

Pese a toda la fraseología que rodea al tema del consumo de tóxicos, mucho del vocabulario está basado en sustentos muy débiles. Importantes conceptos usados por quienes declaran conocimiento del tema carecen de la claridad que sería esperable. Los más son sólo estructuras culturales, por tanto, más consensuales que realidades materialmente aprehensibles. Queremos poner un ejemplo para demostrar lo subjetivo de la discusión. Suele hablarse de en el lenguaje común de veneno, cuando se habla de veneno también se hace en estricto sentido referencia a una droga. Lo que ocurre es que siendo droga (psicotrópica o no) su toxicidad aguda es tan alta que su factor farmacodinámico es irrelevante o inexistente dado que tiene un alto bajo margen de seguridad. Hay muchas drogas psicotrópicas son utilizadas para suicidarse porque producen una muerte sin dolor, asimismo, muchas medicinas pueden ser utilizadas buscando con fines hedonistas, esto demuestra que la decisión de otorgar a la droga el carácter de veneno o de simple droga psicotrópica va siempre de la mano con el fin para que la usa el consumidor. Por tanto, la diferencia entre veneno, droga psicotrópica, o medicina debe ser analizada desde la voluntad del consumidor.

Pero si la definición de la sustancia está en la mente del consumidor debieran haber diferencias según el fin para el que la sustancia es utilizada. Incluso los que persiguen igual fin deben ser diferenciados, no es lo mismo el que experimenta que el que se evade de una realidad no deseada, o el consumidor inveterado que no puede evitar administrarse una dosis. Sin embargo, para la Ley todos los consumos son iguales. Ello sólo es posible gracias a que por medio de del concepto de

---

<sup>10</sup> (27) ESCOHOTADO, ANTONIO. 1995. p 22

adictividad se puede suprimir el fin del individuo.

Otra situación donde se demuestra la falta de objetividad del debate es que en la legislación no tiene mayor relevancia la concentración de la droga, es decir, el legislador no se ha preocupado de definir hasta que concentración de sustancia es peligrosa o inocua, según el caso. El punto no es menor ya que para aumentar su volumen los traficantes agregan a las drogas múltiples sustancias, lo que puede hacer la sustancia traficada inofensiva o al contrario hacerla más peligrosa ya que para el consumidor se hace con esto muy difícil regular la dosis, también es posible que productos incluidos en las dosis aplicadas sean más nocivos que las drogas mismas. Se entiende que esto lógicamente hace más difícil la separación entre el uso del factor venenoso o del farmacodinámico.

De esto podemos derivar sí una conclusión. Que las drogas que dan origen a sanción deben poseer un factor intrínseco que haga indubitable el resultado y la intención del consumidor, al menos en una alta proporción.

Clasificación:

Existen distintas clasificaciones, las más modernas pecan de estar demasiado influidas por los criterios valorativos del Derecho, así que lo más razonable parece utilizar el sistema que utilizó L. Lewin (1924), distingue cinco tipos de drogas: EUPHORICA- opiáceos y cocaína-, PHANTASTICA -mescalina, marihuana, LSD, etc-, INEBRIANTIA - alcohol, éter, bencina-, HYPNOTICA -somniaferos en general-, y EXITANTIA - café, cafeína, tabaco, etc. La clasificación de Porot que es posterior se reduce a distinguir entre Drogas sociales y las que no lo son, lo que en el fondo se amolda demasiado a lícito e ilícito para mantener la objetividad.

Como conclusión basado en este modelo se puede señalar que existen tres tipos de drogas psicoactivas, aquellas aceptadas socialmente, el alcohol y el cigarrillo; otras rechazadas socialmente que se subdividen a su vez en las que poseen un margen de seguridad y potencialidad adictiva alta; y aquellas que si tienen margen de seguridad alto y/o poca adictividad pero que son rechazadas socialmente. Es decir miradas desde la Salud Pública es dudoso que dichas sustancia puedan llegar a producir daños a la salud, los daños pueden estar determinados por su toxicidad crónica "y" por la dependencia. De causar solamente dependencia sin producir daño a la salud no necesariamente hay una afección a la Salud Pública sino más bien a la libertad individual. Para determinar cuales drogas son nocivas y cuales inofensivas debemos remitirnos a una clasificación estadística de las drogas, entre las de alta dependencia y toxicidad, y aquellas que no poseen este carácter. Lo que importa al Derecho en este caso no debería ser "Lo Considerado" peligroso, sino "Lo Que Efectivamente Es". Atendidos los casos documentados que ya existen.

## APÉNDICE B CAPÍTULO II

### La Seguridad Jurídica como Función Protegida

Valdría la pena escharbar un poco dentro del concepto de Seguridad Jurídica que es el que concursa con la función Salud Pública en cuanto al dominio de la Ley 19.366. El concepto de Seguridad Jurídica está poco especificado, así Gustav Radbruch indica que la seguridad jurídica difiere de la seguridad por medio del Derecho<sup>11</sup>. Para

---

<sup>11</sup>(54) RADBRUCH, GUSTAV. 1965. pp 40-41

Radbruch la seguridad jurídica se identifica con la positividad del Derecho, pero el mismo acepta que un Estado que se consolida debe como parte de la seguridad jurídica conseguir la paz y tranquilidad de la comunidad. Este, como demasiados enigmas cotidianos del Derecho, es un asunto no sanjado. Así Heinrich Henkel la define como: "La exigencia dirigida al Derecho positivo de crear certeza ordenadora". Otros indican que es la exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones.

Aquella certeza ordenadora se puede subjetivar, como: la autopercepción de la sociedad, de que lo que el concepto objetivo indica se cumple cabalmente. En nuestro análisis es esta concepción Funcional la que se quiere proteger<sup>12</sup>. Sin embargo, el principal problema es que este no es un concepto único, éste más que un presupuesto lógico o moral, es el resultado de las conquistas políticas de la sociedad<sup>13</sup>. Lo real es que pese a las intenciones sistematizadoras del concepto de seguridad jurídica, éste asume la forma de seguridad ciudadana por más que se lo malee para darle otro contenido, así como un cisne de hielo tarde o temprano vuelve a ser agua.

Reflota la antigua frase de Gohete de preferir la injusticia a sufrir el desorden<sup>14</sup>. Con todo, vale preguntarse por qué la seguridad Jurídica se puede considerar una función que actualmente deba ser protegida.

Es mucho más fácil explicar los motivos por los cuales no se puede aceptar esta situación. No se puede acceder a dar a esta necesidad subjetiva amparo Penal dentro de un Estado liberal pues los prejuicios y miedos no se pueden medir y fácilmente se pueden moldear en una sociedad dominada por los medios de comunicación. Por otra parte, el cumplimiento del Derecho no puede ser privativo de los ciudadanos, debe serlo para todos incluso el Estado. Fijar una conducta obligatoria sin interés central más que la sensación de seguridad es consagrar una desigualdad inaceptable y dar un puntapié a todo el sistemas de garantías que reconoce la Constitución Política de la República de Chile.

Además, ya que la seguridad es el objetivo de todo el Derecho, el objetivo general del ordenamiento Jurídico no puede ser a su vez su motivo específico. Esto último porque la formulación de una teoría de los Bienes Jurídicos es la voluntad teórica de diferenciar el objeto de protección del Derecho Penal del objeto de protección de la normativa civil y administrativa. De aceptar que la función protegida es la Seguridad Ciudadana estamos estableciendo un divorcio necesario con la teoría de los Bienes Jurídicos en cuanto desde ya hicimos perder todo su sentido a esta última.

Por último, como se notará La Seguridad Jurídica es más un fin que una realidad ya que la generalidad es la inseguridad y no la certeza. Por tanto, establecer una sanción para una función que se lastima a si misma naturalmente es castigar a los sujetos por una acción de la que no son culpables, pues no se puede causar lo que ya existe.

Reconocemos que todos los motivos por los cuales la seguridad jurídica no debe ser el fin de la norma, no significa esto que seguramente sí sea objetivo de la Ley.

---

<sup>12</sup>(51) PEREZ-LUÑO, A. 1991. pp 20-26

<sup>13</sup>(51)PEREZ-LUÑO 1991 p 17 ss

<sup>14</sup>(51)PEREZ-LUÑO 1991 p 51