



Universidad de Chile

**ESCUELA DE GRADUADOS
MAGISTER EN DERECHO**

**TEMA: “MANIFESTACIONES DEL DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO EN LA LEY N° 20.000”.**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DERECHO, CON MENCIÓN EN DERECHO PÚBLICO.**

**Alumno : Rodrigo Ríos Álvarez.
Profesor guía: Dr. Raúl Núñez Ojeda.**

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

1. El planteamiento de Günther Jakobs.
2. Reacciones contrarias al planteamiento de Jakobs.
 - 2.1. Manuel Cancio Meliá.
 - 2.2. Luís Greco.
 - 2.3. Bernd Schünemann.
 - 2.4. Urs Kindhäuser.
 - 2.5. Juan Pablo Mañalich Raffo.
3. Posturas a favor del derecho penal del enemigo.
 - 3.1. Juan Ignacio Piña Rochefort.
 - 3.2. Percy García Caveró.
 - 3.3. Mario Schilling Fuenzalida.

CAPÍTULO II. LEY Nº 20.000 Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

1. El (micro)traficante como enemigo.
2. Incorporación del tipo penal de microtráfico.
3. La guerra contra el microtráfico.

CAPÍTULO III. LEY Nº 20.000 ¿OTRAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

1. Planteamiento.
 - 1.1. Artículo 13. Omisión de denuncia por funcionarios públicos.
 - 1.2. Artículo 18. Adelantamiento de barreras de punibilidad.
 - 1.3. Artículo 19. Agravación especial de la pena.
 - 1.3.1. Letra a).
 - 1.3.2. Letra b).
 - 1.3.3. Letra c).
 - 1.3.4. Letra d).
 - 1.3.5. Letra e).

1.3.6. Letras f), g) y h).

- 1.4. Artículo 20. Improcedencia de reparar con celo el mal causado.
- 1.5. Artículo 23. Entregas vigiladas y controladas.
- 1.6. Artículo 24. Restricción de comunicaciones.
- 1.7. Artículo 25. Informantes, agentes encubiertos y reveladores.
- 1.8. Artículo 38. Secreto de la investigación.
- 1.9. Artículo 39. Ampliación plazo legal de detención.
- 1.10. Artículo 61. Prohibición para abogados.
- 1.11. Artículo 62. Improcedencia de beneficios de la Ley Nº 18.216.

CONCLUSIONES.

EXCURSO. UNA CRÍTICA A LA TESIS DE MARIO SCHILLING.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo, se pretende realizar un análisis de la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, para efectos de examinar el contenido y alcance de alguna de sus normas, para luego poder determinar si en la transversalidad de su articulado existen argumentos o no para sostener que la misma sea una ley que responda a los caracteres de lo que en doctrina se ha denominado como “derecho penal del enemigo”, manifestación del derecho que se caracteriza por una rebaja las barreras de afectación de las garantías fundamentales, adelantamiento de las barreras de punibilidad, y un marcado rigor punitivo, dentro de otras características. Para lograr lo anterior, primero que todo nos aproximaremos a los planteamientos doctrinarios que dieron origen a esta discusión, por ello, en el primer capítulo de nuestro trabajo abordaremos de manera general los principales enunciados formulados por Günther Jakobs en esta materia, desde 1985 hasta nuestros días. Así, presentaremos los enunciados fundamentales de quien acuñó el concepto “derecho penal del enemigo”, para de esa forma poder comprender de mejor manera su contenido. Acto seguido, para hacer de inmediato un contrapunto, expondremos alguna de las principales críticas que han surgido en el mundo académico, en distintas latitudes. Así, expondremos los reparos formulados por Manuel Cancio Meliá, destacado como uno de los principales críticos al pensamiento de Jakobs en lo que dice relación con el derecho penal del enemigo. Luego, revisaremos la contundente crítica realizada por el profesor brasileño Luís Greco, quien desacredita al derecho penal del enemigo desde tres perspectivas (como concepto legitimador-afirmativo, descriptivo y denunciador-crítico). Continuando con esta revisión de los pensamientos detractores, pasaremos revista a los argumentos planteados por los destacados penalistas alemanes Bernd Schünemann y Urs Kindhäuser, quienes desde diversas perspectivas coinciden en restar todo tipo de valor a este tipo de manifestaciones, en especial por erosionar los cimientos del Derecho penal del Estado de Derecho. Finalmente, dentro de estas perspectivas,

quisimos incluir el aporte del profesor chileno, Juan Pablo Mañalich Raffo, para así entregar una visión desde la doctrina nacional en torno a este debate. La propuesta de Mañalich se muestra del todo novedosa al realizar un análisis desde sede constitucional, a partir del concepto de ciudadanía y su relación con las consecuencias que se derivan de la imposición de penas afflictivas, lo que llevaría a constatar el reconocimiento del derecho penal del enemigo en nuestro ordenamiento jurídico, todo eso sí, en clave crítica a la legitimación de esta forma de entender el derecho penal. Hecho este contrapunto, interesante será mostrar como cierre de este primer capítulo la recepción favorable que esta tesis del derecho penal del enemigo ha tenido Sudamérica, y en especial en nuestro país, para ello hemos escogido la visión del destacado profesor peruano Percy García Caveró, referente en materia de Derecho penal económico, quien manteniendo un hilo conductor con Jakobs desde la visión funcional-estructuralista defiende a grandes rasgos el constructo del profesor de la Universidad de Bonn. Luego, hemos decidido elegir a dos autores nacionales para efectos de exhibir que la tesis en comento ha tenido buena acogida por parte de nuestra doctrina. Así, los trabajos de Juan Ignacio Piña y de Mario Schilling Fuenzalida constituyen excelentes muestras de lo anterior, con el adicional de que cada una de ellas construye su adhesión a la tesis de Jakobs desde posturas totalmente diversas. El primero haciendo eco de todo el aporte de la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, con el puente necesario para llegar al pensamiento de Günther Jakobs, mantiene una fidelidad total a dicha visión funcionalista radical aplicada al derecho. Por su parte Schilling Fuenzalida se aleja por completo del camino lógico seguido por Piña Rochefort, intentando buscar una legitimación al derecho penal del enemigo desde la construcción teórica del filósofo alemán Hans Jonas, justificando su adopción y utilización en las sociedades actuales en aras de una mayor seguridad y paz social. Este recorrido por las distintas opiniones a nivel doctrinario será el aspecto central del primer capítulo de nuestro trabajo.

En un segundo momento, tal como anticipáramos, nos adentraremos en un análisis particular de diversas normas contenidas en la actual ley de drogas, lo cual tendrá como finalidad testear dicho cuerpo legal, a la luz de la aseveración realizada por la

doctrina, a nivel descriptivo, en torno a que la tendencia actual apunta a utilizar como técnica legislativa diversas manifestaciones que responderían a los alcances y caracteres de lo que han denominado derecho penal del enemigo. Entonces, tal como planteáramos más arriba, nos adentraremos en un análisis de las principales normas que componen la Ley N° 20.000, y en consecuencia, verificar si hay antecedentes suficientes que permitan sostener que esta ley puede considerarse como una manifestación del derecho penal del enemigo o no. Este estudio de la ley que sanciona el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas lo dividiremos en dos partes. La primera enfocada al delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, llamado “microtráfico”, lo cual dará razón al segundo capítulo de nuestro trabajo. Para luego en el tercer capítulo realizar un barrido analítico por diversos artículos de la ley en comento que resultan del todo ilustrativos para poder arribar a una respuesta con mayores grados de fundamentación en relación a la pregunta planteada. La razón de esta división la justificamos por el hecho de que el delito de microtráfico constituyó el principal punto de novedad que entregó la ley N° 20.000, pero más allá de la novedad, el argumento fuerte que motiva su trato diferenciado está dado por el hecho de que en base a dichas conductas se justificó la reforma de la ley de drogas, además vino a reestructurar completamente la dinámica de los delitos y faltas ya existentes, y porque en definitiva es el delito que tiene una mayor connotación práctica y social dentro de los márgenes de dicha ley. En definitiva, hay que destacar que el estudio de estas normas se hará de manera tal de poder mostrar los aspectos prácticos de la mismas y sus vinculaciones con otros textos legales, en particular comparar sus alcances con aquellos contenidos en los cuerpos normativos que configuran el sistema de aplicación general en materia penal (Código Penal) y procesal penal (Código Procesal Penal).

Por último, abordaremos los puntos tratados en los tres capítulos mencionados en la parte conclusiva de este trabajo, para así tomar postura para responder derechamente a si la Ley N° 20.000 constituye o no una manifestación del derecho penal del enemigo. Independiente de lo anterior, también se asumirá en estas conclusiones una posición en torno a la propuesta de admitir (y legitimar) un derecho

penal del enemigo como parte del derecho penal que hemos venido conociendo históricamente, dando o no cabida a los postulados planteados por Günther Jakobs y sus seguidores, para lo cual necesariamente presentaremos nuestros reparos respecto de aquellas posturas presentadas en el primer capítulo y que nos merezcan tal reflexión crítica, con especial énfasis en los aportes brindados por los autores nacionales seleccionados en este trabajo.

CAPÍTULO I. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO¹.

1. El planteamiento de Günther Jakobs.

De acuerdo al profesor Günther Jakobs, en su parte de la introducción a “derecho penal del enemigo”, la afirmación (tradicional) de que los seres humanos se vinculan entre sí en cuanto personas a través del Derecho corresponde a "una cómoda ilusión"²; cómoda en cuanto se abstiene de comprobar cuándo dichas relaciones son jurídicas o ajurídicas, e ilusoria en cuanto a que si un "esquema normativo, por muy justificado que esté, no dirige la conducta de las personas, carece de realidad social"³. De igual forma, señala, ocurre respecto a la persona, en cuanto institución creada por el Derecho. Según Jakobs, "si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal - determinado por derechos y deberes-, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente"⁴, interpretación cognitiva que transforma a dicho individuo en peligroso; es decir, en enemigo⁵.

¹ El concepto original apareció en Jakobs, Günther, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in: *ZstW* 97 (1985), pp. 751 y ss. Las explicaciones que aparecen a continuación remiten, no obstante, en lo esencial a lo expuesto por Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Thompson Civitas, 2003, 103 págs., el cual presenta la ventaja de haber sido concebida por sus autores precisamente con el fin de exponer el concepto, así como algunas de las objeciones al mismo. Si bien en lengua portuguesa, una síntesis de los planteamientos de Jakobs en torno al Derecho Penal del enemigo, así como una interpretación crítica de los mismos puede encontrarse en Greco, Luís, *Sobre o chamado Direito Penal do inimigo*, Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7, Dezembro de 2005 [en línea] <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf> [fecha de consulta: 31 de mayo de 2010].

² Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, op. cit., p. 13.

³ *Ibíd.*

⁴ *Ibíd.* p. 14.

⁵ *Ibíd.*

Entrando en materia penal en propiedad⁶, El profesor Jakobs procede a desglosar los elementos del concepto de derecho penal del enemigo (en alemán, *Feindstrafrecht*) partiendo por lo que entiende por pena (*Straf*) a este respecto. Pena es coacción de diversas clases; primero, en cuanto portadora de significado, de respuesta al hecho de una persona natural en cuanto desautorización de la norma, haciendo irrelevante dicha desautorización y confirmando la norma⁷, siendo, en consecuencia, tanto el hecho como la coacción medios de interacción simbólica. La pena, no obstante, no sólo significa (algo), sino que también produce algo físico: un efecto de aseguramiento, a través de la prevención especial que supone el lapso efectivo de la pena privativa de libertad⁸; en este ámbito, la pena no pretende significar nada sino ser efectiva, dirigiéndose no contra la persona del infractor -en cuanto persona en Derecho- sino contra el individuo peligroso. En tal sentido, Jakobs distingue una doble perspectiva, una que mira hacia el hecho pasado sometido a juicio -y la que referiría la pena en cuanto simbólica-, y otra hacia el futuro mediante la medida de seguridad, la cual no actúa como comunicación sino como lucha contra el peligro⁹; por primera vez, Jakobs introduce la noción de derecho penal del enemigo, por oposición al "derecho penal del ciudadano" donde la palabra "Derecho" significa algo distinto en cada caso¹⁰.

Así, Jakobs, "denomina 'Derecho' al vínculo de personas que son titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con los enemigos no se determina por el Derecho, sino por la coacción. Ahora bien, todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del derecho

⁶ Lo que *per se* es cuestionable; véase *infra* la crítica de Cancio Meliá.

⁷ Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, op. cit., p. 23.

⁸ *Ibíd.*

⁹ *Ibíd.*, p. 24.

¹⁰ Diferenciación que no implica que el "derecho penal del enemigo" deje de ser parte integrante del derecho penal.

penal"¹¹. De ello, Jakobs desprende que cualquier pena se dirige contra un enemigo, para lo cual esgrime antecedentes iusfilosóficos. En especial, se desprende lo anterior de autores que han utilizado la noción de contrato para fundamentar el Estado, representando al delito como una infracción al contrato, excluyéndose el delincuente de los beneficios de éste al excluirse de la relación jurídica. Así en Rousseau¹², quien señala que el malhechor que ataque el "derecho social" deja de ser miembro del Estado al hallarse en guerra contra éste y se le hace morir "más como enemigo que como ciudadano"¹³. Por su parte -continúa Jakobs- en Fichte se observa un planteamiento similar, en el cual "quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos"¹⁴; siendo la ejecución del culpable, coherentemente, no una pena sino una medida de seguridad¹⁵.

Esbozando una crítica a dichos planteamientos iusfilosóficos, Jakobs señala que al separar radicalmente al ciudadano y su Derecho, por un lado y al injusto del enemigo por otro, los conceptos de Rousseau y Fichte son demasiado abstractos.¹⁶ El ordenamiento jurídico, sostiene Jakobs, ha de mantener al criminal dentro del Derecho por una doble razón: el delincuente tiene el derecho de arreglarse con la sociedad, ante lo cual deberá mantener su *status* de persona; y tiene el deber de reparación,

¹¹ *Ibíd.*, pp. 25 y 26.

¹² *Ibíd.*, p. 26.

¹³ *Ibíd.*, p. 27.

¹⁴ *Ibíd.*, citado por Jakobs. Según Jakobs, Fichte atenúa dicho planteamiento con la construcción de un "contrato de penitencia", el que no obstante no opera en el caso del asesinato intencionado y premeditado.

¹⁵ *Ibíd.*, citado por Jakobs.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 28.

deber que emana también de su condición de persona, no pudiendo por lo demás arbitrariamente desvincularse de la sociedad a través de su hecho¹⁷.

Jakobs, a continuación, expone el planteamiento de Kant, indicando que éste, al "hace(r) uso del modelo contractual como idea regulativa en la fundamentación y en la limitación del poder del Estado, ubica el problema en el tránsito entre el estado de naturaleza (ficticio) y el estado estatal"¹⁸. Señala Jakobs que en la concepción de Kant "toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana"¹⁹. De esta forma, todo aquél que se resista a entrar a dicha constitución debe ser expelido (o impelido a la custodia de seguridad), pero pudiéndosele tratar, en todo caso, como a un "enemigo"²⁰. De esta forma, tanto Hobbes²¹ como Kant despersonalizan a quien amenaza la constitución existente²², lo que implica que ambos reconocen una distinción entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo, reconociéndole al ciudadano su *status* de persona y desconociéndosela al enemigo. Para Jakobs, no obstante, ambos son "Derecho", en sentidos disímiles: partiendo del supuesto de que tanto el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos peligrosos, como los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado las medidas respectivas que garanticen su derecho a la seguridad, Jakobs sostiene que el "reo de alta traición" de Hobbes y aquél que "permanentemente amenaza" de Kant no se encuentran contenidos dentro de este último derecho, lo que conceptualiza en la fórmula "el derecho penal del ciudadano es

¹⁷ Id. En definitiva se le resta el efecto comunicativo que lleva aparejada la realización del delito, entendiendo la misma como una forma de manifestación, de parte del ejecutor, apta para desligarse socialmente.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 30.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*, p. 31.

²¹ *Ibíd.*, p. 4.

²² *Ibíd.*

el Derecho de todos, el derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, basta llegar a la guerra”²³.

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del derecho penal del enemigo, Jakobs plantea dos posibles limitaciones, a saber, que el Estado no excluye al enemigo sometido a custodia de seguridad de su condición de propietario de cosas, y que asimismo puede contenerse en su libertad de hacer todo lo que puede en su contra, dejando abierta la posibilidad de un acuerdo de paz²⁴. No obstante, ello no modifica el hecho de que la medida contra el enemigo no significa²⁵ nada, sino que es pura coacción; en resumen, el derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma; el derecho penal del enemigo combate peligros²⁶.

Ahondando en su conceptualización, Jakobs, elaborando desde el concepto de *ius naturale*²⁷ de Hobbes, parte sosteniendo que en aquel estado de naturaleza nada tiene en común con el delito, pues no existiendo un orden definido de manera vinculante, dicho orden no puede ser quebrantado, es decir, no existen las condiciones de posibilidad para la realización de delito alguno. Es sólo en el Estado que el delito es posible, cuando “no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable”²⁸. El delincuente no pretende derrumbar al Estado o sus instituciones; de hecho, aspira a la protección de la vida y la

²³ Ibíd., pp. 32 y 33.

²⁴ Ibíd., p. 33.

²⁵ Ver supra, p. 10, respecto a la pena como portadora de significado.

²⁶ Jakobs, op. cit., p. 33.

²⁷ En el cual, según Jakobs, sólo hablamos de un “*ius* así denominado”, pero en el cual no existe correspondencia con ninguna *obligatio*, siendo sólo una denominación de un estado normativamente ilimitado y sólo circunscrito por la violencia física de cada individuo. Ibíd., p. 34.

²⁸ Ibíd., p. 35.

propiedad que el Estado ofrece²⁹, comportándose de manera autocontradictoria o como sostiene Jakobs, “opta(ndo) (...) por un mundo insostenible, y ello no sólo (...) desde el punto de vista práctico en una determinada situación, sino ya en el plano teórico”³⁰. En consecuencia, el Estado moderno no ve al delincuente como un enemigo, sino como a un ciudadano que ha dañado la vigencia de la norma, lo que debe equilibrarse mediante la pena que restablezca dicha vigencia, “mediante la privación de medios de desarrollo del autor, que (...) mantiene la expectativa defraudada por el autor, tratando ésta, por lo tanto, como válida, y a la máxima de conducta del autor como máxima que no puede ser norma”³¹.

Para que lo anterior tenga sentido debe esperarse que el autor, aparte de su hecho, ofrezca garantía de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, que actuará en fidelidad con el ordenamiento jurídico. En palabras de Jakobs, “del mismo modo que la vigencia de la norma no puede mantenerse de manera completamente contrafáctica, tampoco la personalidad”³². Así como respecto a la vigencia de la norma, aquélla necesita de cierta corroboración cognitiva para ser real, en el sentido de que la conducta conforme a la norma, y no su infracción, debe ser lo esperable en lo fundamental de las demás personas³³, lo mismo ocurre respecto a la personalidad del autor del hecho delictivo, es decir, ésta tampoco puede mantenerse de manera puramente contrafáctica, sin corroboración cognitiva. En el particular, Jakobs entiende dicha corroboración como “no sólo introducir al otro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción o insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo que significa que se parte de su orientación con base en lo lícito y lo

²⁹ *Ibíd.* Jakobs pone el ejemplo del sobrino que mata a su tío por la herencia, quien precisamente desea hacerse valer de una institución civil, como es la sucesión por causa de muerte, lo cual obviamente presupone la permanencia y no el quebrantamiento del ordenamiento jurídico.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibíd.* p. 36.

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.* p. 37. Cfr. *supra* con la concepción de Kant.

ilícito”³⁴. Jakobs sostiene, remitiendo al ejemplo de la custodia de seguridad, que es apreciable que en muchas reglas de Derecho se disminuye la tendencia a tratar como persona a quien defrauda de manera duradera la expectativa sobre su comportamiento personal. Ello además se demuestra en que el legislador ha pasado abiertamente a una legislación “de lucha” en diversos ámbitos -criminalidad económica, narcotráfico, terrorismo, crimen organizado, etc.-, combatiéndose en estos casos a individuos que en su actitud “se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona”³⁵, en lo cual Jakobs ve un paralelo con la diferenciación kantiana entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza, porque en estos casos no se trata de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro; adelantándose la punibilidad al ámbito de la preparación y dirigiéndose la pena al aseguramiento de hechos futuros más que a la sanción de los cometidos³⁶. Ulteriormente, “el individuo que no admite ser obligado a entrar a un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona”³⁷, dándose que el estado de naturaleza es uno de ausencia de normas, determinando qué es norma quien gana la guerra y debiendo el perdedor someterse a dicha determinación³⁸.

Intentando clarificar estas cuestiones, y tomando como punto de partida los hechos ocurridos el día 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de Norteamérica, el profesor Jakobs aborda la dificultad de tratar como persona que actúa erróneamente al terrorista, en vez de como a un individuo peligroso. Jakobs no niega que el terrorista pueda ser representado como delincuente por parte del Estado que declare que sus

³⁴ *Ibíd.*, p. 38.

³⁵ *Ibíd.*, p. 40.

³⁶ *Ibíd.* Jakobs reconstruye la reflexión del legislador del siguiente modo: El otro “me lesiona ya por... [su] estado [en ausencia de legalidad] (*statu iniusto*), que me amenaza constantemente”. *Id.*

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ *Ibíd.*, p. 41.

hechos son delitos³⁹, pero, según Jakobs, debe inquirirse si “la fijación estricta y exclusiva en la categoría del delito no impone al Estado una atadura -precisamente, la necesidad de respetar al autor como persona- que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada”⁴⁰, declarando que, de hacerse de ese modo, no ha de sorprender que se mezclen los conceptos “guerra” y “proceso penal”⁴¹ o dicho de otro modo, quien no quiera privar al derecho penal del ciudadano de su vinculación a la noción de Estado de Derecho⁴² debiera reconocer como diverso aquello que hay que⁴³ hacer contra los terroristas, es decir, derecho penal del enemigo, “guerra refrenada”⁴⁴. En síntesis, para Jakobs el derecho penal reconoce dos polos: el trato con el ciudadano y el trato con el enemigo. En el primero se espera hasta que el ciudadano exteriorice su hecho para reaccionar; en el segundo, se intercepta al enemigo en un estadio previo⁴⁵.

En cuanto a las implicancias procesales de esta polarización, expone Jakobs que ésta puede verse tanto en la caracterización del procesado como “sujeto procesal”⁴⁶ como en la “desnuda coacción” a la que el procesado es sometido⁴⁷. Al respecto,

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 41 y 42.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 42.

⁴² “Control de las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios; respeto a la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc.” Jakobs, *Id.*

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 43. Jakobs pone el ejemplo del homicidio en el Código Penal alemán (StGB), §§ 21, 22, cuando el autor comienza a ser punible sólo cuando se dispone inmediatamente a realizar el tipo; por oposición, en el caso del cabecilla de una asociación terrorista, quien resulta punible desde que funda la asociación, es decir, eventualmente años antes del hecho (StGB, § 129 a).

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 44.

⁴⁷ *Ibíd.*

sostiene Jakobs ello ocurre “no porque el imputado deba asistir al proceso -también participa en el proceso una persona imputada, y por convicción-, sino porque es obligado a ello mediante su encarcelamiento”⁴⁸. La coacción, coherentemente con lo planteado, no es hacia la persona, que “no oculta pruebas ni huye”⁴⁹, sino hacia el individuo, quien puede poner en peligro el resultado del proceso, actuando a ese respecto como un enemigo⁵⁰. De igual modo que en el derecho penal sustantivo, señala Jakobs, “estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados (...) son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado”⁵¹, siendo las regulaciones más extremas aquellas que se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas⁵². El ejemplo sería lo ocurrido a partir de los eventos del 11 de septiembre de 2001, en palabras de Jakobs: “en un procedimiento que ya a falta de una separación del ejecutivo con toda certeza no puede denominarse un proceso propio de una Administración de justicia, pero sí, perfectamente, puede llamarse un procedimiento de guerra, aquel Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento -y sólo hasta el momento- no ha sucedido nada comparable, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o, mejor, matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral. La ambigua posición de los prisioneros -¿Delincuentes? ¿Prisioneros de guerra?- muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra”⁵³.

⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 44 y 45.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 45.

⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 44 y 45. Jakobs pone los siguientes ejemplos extraídos del Código Penal Alemán: la prisión preventiva (StGB, §112, 112 a), la extracción de sangre (§81 a) la intervención en las comunicaciones (§100 a), otras investigaciones secretas (§100 c) y la intervención de agentes encubiertos (§110 a).

⁵¹ *Ibíd.*, p. 45.

⁵² *Ibíd.*, p. 46. Jakobs señala los parágrafos 31 y siguientes de la ley introductoria de la Ley de organización de los órganos judiciales (EGGVG) alemana.

⁵³ *Ibíd.*, p. 46.

Recapitulando, Jakobs sostiene que el trato del delincuente como persona que ha cometido un error o como individuo al que ha de impedírsele mediante coacción que destruya el ordenamiento jurídico son dos perspectivas que tanto pueden ser legítimas como “usadas en el lugar equivocado”⁵⁴. No obstante, la construcción de la persona como persona de manera contrafáctica no puede ser permanente, al punto que quien no presta “seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal” no sólo no puede, sino que no debe ser tratado como persona, pues vulnera el derecho a la seguridad de las demás personas⁵⁵. Por tanto, sólo el derecho penal del enemigo puede tratar con aquellos individuos que se niegan a entrar en una constitución ciudadana. Sin embargo, Jakobs objeta la inclusión de “líneas y fragmentos” de este derecho penal del enemigo en el derecho penal general, creándose un derecho penal del enemigo “superfluo” que amenaza de igual manera, v. gr., al presunto terrorista que a cualquier autor de un delito⁵⁶. Insistiendo en la necesidad de entender como persona sólo a quien ofrece “una garantía suficiente de un comportamiento personal”, en íntima conexión con el fundamento cognitivo del ordenamiento jurídico, en cuanto realmente vigente y no meramente ideal⁵⁷, Jakobs expone la común suposición de la existencia de un “orden mínimo jurídicamente vinculante en el sentido de que no deben tolerarse las vulneraciones de derechos humanos elementales, con independencia de dónde ocurran, y que, por el contrario, ha de reaccionarse frente a tales vulneraciones mediante una intervención y una pena”⁵⁸, siendo ejemplos de ello los Tribunales para la ex Yugoslavia, el Estatuto de Roma, etc.; respecto a lo cual

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 47.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Ibíd.* Jakobs expone al respecto la evolución de la preparación del delito en los códigos alemanes, desde la no punición de la preparación en los Códigos penales prusiano de 1851 y del Reich (RStGB) en 1871, pasando por la introducción en 1876 del parágrafo 49 a, sobre actos de preparación de delitos gravísimos, agravado el año 1943 -es decir, en la época nacionalsocialista- que vinculó la pena a la del delito planeado; regulación vigente a la fecha de que Jakobs escribiere el texto que nos ocupa.

⁵⁷ Ver *supra*, p. 13.

⁵⁸ Jakobs, *op. cit.*, p. 51.

Jakobs argumenta que dicha pena es más una instancia de creación de vigencia de la norma que de su mantenimiento⁵⁹.

En dicha línea, Jakobs examina el caso de la vigencia global de los derechos humanos, que a su juicio sólo ha alcanzado el estadio de “un postulado de realización”, es decir, se encuentra en fase de establecimiento, no de mantenimiento de un estado “comunitario-legal”. Como lo anterior al estado comunitario-legal es el estado de naturaleza, nos encontramos ante la ausencia de personalidad o de personalidad que se encuentre asegurada. Ante ello, respecto a los autores de vulneraciones de derechos humanos, quienes no ofrecen seguridad suficiente de ser personas⁶⁰ se puede hacer todo lo necesario para asegurar el estado comunitario-legal, conduciéndose a su respecto la guerra y no acciones de policía. Jakobs concluye que, al tratarse al autor como persona, o sea, de igual modo que a cualquier delincuente en cuanto ciudadano y bajo el pretexto de mantener la ficción de la vigencia de los derechos humanos, se encubre que en realidad se crea un orden en vez de mantenerlo -el orden “comunitario-legal” de una Constitución mundial- que no aplica penas contra personas culpables sino que persigue enemigos, en este caso de la vigencia de los derechos humanos; realidad que Jakobs considera debe ser llamada por lo que es: un derecho penal del enemigo⁶¹.

2. Reacciones al planteamiento de Jakobs.

Como es de esperarse, las reacciones contra el concepto de “derecho penal del enemigo” han sido vigorosas⁶² y desde los más variados puntos de vista. A

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ Ver nota al pie N° 35.

⁶¹ Jakobs, *op. cit.*, p. 55.

⁶² Si bien las referencias a las que se puede acudir son muy numerosas, en esta oportunidad se ha trabajado con una selección de las que han parecido ilustrar mejor la resistencia que ha despertado el concepto de Derecho Penal del enemigo. Por de pronto -y como se había adelantado- resulta obvio referirse primero a la exposición de Cancio Meliá, en Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, Derecho penal del enemigo, que presenta la inestimable ventaja de

continuación se expondrán dichas objeciones, haciendo un recorrido por autores de diversas nacionalidades, lo cual permitirá tener una visión más completa del tema en debate, destacando en este apartado, los trabajos realizados por Manuel Cancio Meliá, cuya obra se ha presentado como una de las más críticas en relación con la adopción de un modelo de derecho penal del enemigo, también la potente crítica impulsada por Luís Greco, descomponiendo el concepto desde perspectivas legitimadora, descriptivas y denunciadora-crítica. También veremos las argumentaciones de los profesores alemanes Schünemann y Kindhäuser, quienes contribuyen desde el plano dogmático a deslegitimar la adopción de esta manera de entender el derecho penal en la actualidad. Finalmente hemos querido incorporar en este punto el trabajo desarrollado por el profesor Juan Pablo Mañalich, básicamente por lo novedoso de su análisis, al llevar el debate del derecho penal del enemigo en nuestro ordenamiento jurídico desde una perspectiva constitucional en base al concepto de ciudadanía y su relación con la pena.

2.1. Manuel Cancio Meliá.

El profesor Manuel Cancio Meliá ha señalado el contexto “de expansión” en que parece moverse el derecho penal moderno. Esta expansión corresponde a una de los supuestos de criminalización previa a la lesión de bienes jurídicos, acompañada de penas muy altas, conduciendo a un derecho penal de la puesta en riesgo, de rasgos antiliberales⁶³. Esta evolución presenta dos vertientes, que Cancio Meliá caracteriza bajo las denominaciones “derecho penal simbólico” y “resurgir del punitivismo”, que considera nucleares en el derecho penal del enemigo⁶⁴. Sobre lo que denomina “derecho penal simbólico”, señala que si bien los elementos de interacción simbólica son inherentes al derecho penal⁶⁵, entiende por dicha caracterización el que persigue

encausarse dentro de un diálogo articulado *ex profeso* con el profesor Jakobs para el debate del concepto que nos ocupa.

⁶³ Cancio Meliá, Manuel, op. cit, p. 64.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 67. Cancio Meliá menciona enfoques como el de la criminología crítica y el de la prevención general positiva, por citar ejemplos disímiles.

como objetivo dar “la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”, es decir, en la que prima la función latente sobre la manifiesta⁶⁶. En que refiere a aspectos de la Parte Especial del Derecho Penal, la preeminencia de dicha función se ve en la criminalización de meros actos de comunicación en diversos sectores de la regulación⁶⁷.

Si el “derecho penal simbólico” tiene como fin un efecto tranquilizador a través de normas meramente promulgadas y no destinadas a una aplicación práctica, lo que Cancio Meliá denomina como “resurgir del punitivismo”, por el contrario, busca precisamente tanto la introducción de nuevas normas penales que sí sean aplicadas, como la intensificación de la aplicación de las normas ya vigentes⁶⁸. Este movimiento gira de dirección respecto al movimiento despenalizador en la Europa de la segunda mitad del siglo XX, suponiendo “el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal”⁶⁹. Lo novedoso de este resurgimiento, según Cancio Meliá, es que por primera vez parece ser transversal, en el sentido de no corresponder al viejo eje izquierda política/ demandas de descriminalización-derecha política/ demandas de criminalización⁷⁰.

Los dos fenómenos descritos, continúa el profesor Cancio Meliá, no pueden ser operativamente distinguidos con nitidez, toda vez que la introducción de legislación punitivista tiene inmediata incidencia en las estadísticas de persecución criminal, sin perjuicio de lo esencial de la motivación simbólica del legislador; y viceversa, las

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 68. La expresión es de Jesús María Silva Sánchez, citado por Cancio Meliá.

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 69.

⁶⁹ *Ibíd.*, la cita es de Cancio Meliá. *Ibíd.*, p. 75. Véase el caso extremo, descrito por Cancio Meliá, de la regla estadounidense del *third strike* (cadena perpetua efectiva en caso de tres condenas criminales sucesivas).

⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 70 a 75. Véase la exposición de Cancio Meliá sobre el caso de la derecha e izquierda políticas en España.

normas “simbólicas” pueden perfectamente dar lugar a procesos penales “reales”⁷¹. El derecho penal “simbólico” no se detiene sólo en la identificación de un “hecho”, sino también (o más bien sobre todo) en un específico tipo autor que no es definido como un igual, sino como otro. A la norma, que persigue esta definición de un “otro”, excluido de la identidad social, se asocia un punitivismo incrementado. Ambos rasgos unidos permiten entender el surgimiento del derecho penal del enemigo.

Entre los posibles enfoques críticos, en primer lugar cabe recurrir a fundamentos externos a lo jurídico penal, en razón de constitucionalidad; en segundo lugar, cabe referirse a consideraciones fácticas en cuanto a su efectividad preventivo-policia⁷². No obstante, Cancio Meliá se concentra en una tercera esfera de cuestionamiento, en cuanto a si el Derecho Penal del enemigo -existente fácticamente- forma parte conceptual del derecho penal moderno⁷³. Para negar dicha posibilidad, es decir, para delimitar nítidamente ambos conceptos, plantea la existencia de dos diferencias estructurales.

La primera crítica sostiene que el derecho penal del enemigo supone una reacción internamente disfuncional, en cuanto a la función de la pena. Dicha reacción ignora que la percepción social de los riesgos no guarda relación con su dimensión real. De los posibles “enemigos” –terroristas, narcotraficantes, etc.- no se desprende que alguno pueda seriamente poner en cuestión los fundamentos de la sociedad, al menos, sostiene Cancio Meliá, en los términos militares o cuasi-militares en que se plantea dicha condición de “enemigos”, lo que resulta patente si se compara en su dimensión meramente numérica las lesiones de bienes jurídicos producidas por las conductas catalogadas dentro del derecho penal del enemigo con aquellas de mucho mayor masividad y sin embargo consideradas “normales”⁷⁴. Por tanto, ha de buscarse

⁷¹ *Ibíd.*, p. 76.

⁷² Cancio Meliá, *op. cit.*, p. 89.

⁷³ Si bien excede los fines de este trabajo, resulta interesante la discusión que plantea Cancio Meliá. *Ibíd.*, pp. 91 y ss.

en otra parte la fundamentación de la concepción de Jakobs. Para Cancio Meliá, la respuesta remite a “comportamientos delictivos que afectan, ciertamente, a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión”⁷⁵, pero precisamente no por un riesgo fáctico exacerbado sino en un plano simbólico, en el que resulta crucial la relación entre norma y quebrantamiento de la norma⁷⁶. En tal sentido, sostiene que los supuestos de conducta de “enemigos” se refieren al quebrantamiento de normas que versan sobre configuraciones sociales esenciales, pero especialmente vulnerables⁷⁷; así, el punitivismo, v. gr., en materia de drogas arranca de la debilidad de la fundamentación axiológica y la poca efectividad de las políticas respectivas; en materia de crimen organizado, de su capacidad de infiltración en el tejido político y económico, amenazando al propio sistema institucional, etcétera⁷⁸.

De lo anterior, Cancio Meliá desprende una crítica al derecho penal del enemigo, en cuanto a que si las conductas frente a las que responde (el derecho penal) afectan a elementos especialmente vulnerables de la configuración social, la respuesta jurídico-penal funcional no puede estar en un cambio de paradigma, sino precisamente en la manifestación de normalidad, es decir, en la reacción proporcionada según los criterios de un sistema jurídico-penal “normal”, negándosele al infractor la capacidad de cuestionar los fundamentos que amenaza, dejando fuera de su alcance la posibilidad de autoexclusión en cuanto “enemigo” por ser su cualidad de persona una atribución del Estado⁷⁹; en términos de Cancio Meliá, “no cabe admitir apostasías del *status* de ciudadano”⁸⁰. Por ello, cabe afirmar que el derecho penal del enemigo es disfuncional

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 95.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ Ver *supra*, p. 9.

⁷⁷ Cancio Meliá, Manuel, *op. cit.*, p. 97.

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Ibíd.*, pp. 97 y 98.

porque reconoce la competencia normativa del infractor, en vez de negársela; la demonización de los autores es lo que precisamente da resonancia a sus hechos⁸¹.

2.2. Crítica de Luís Greco.

El profesor brasileño Luís Greco radicaliza⁸² la crítica al concepto de derecho penal del enemigo. Este autor afirma que el concepto de derecho penal del enemigo “carece de cualquier utilidad para la ciencia del derecho penal”⁸³. Para ello, Greco considera necesario esclarecer los sentidos posibles de la frase “Derecho Penal del enemigo”. Primeramente, señala, es posible entenderlo como “nada más (...) que un instrumento analítico para describir con más exactitud el derecho positivo”⁸⁴, no significando que las normas susceptibles de caracterizarse como parte del derecho penal del enemigo sean “buenas o ruines por esa causa”⁸⁵, es decir; como un concepto descriptivo. En segundo lugar, podrían concebirse como crítico-denunciador, es decir, como especialmente antiliberal o contrario al estado de derecho⁸⁶. Por último, una tercera concepción apunta a formular sus supuestos de legitimidad y a entenderlos satisfechos en la realidad. De este modo, “llamar a un derecho penal del enemigo, no implicaría ninguna condena, sino apenas una indicación de que el dispositivo tiene que ser legitimado en base a presupuestos diversos a aquéllos que valen para los dispositivos tradicionales del derecho penal del ciudadano”, o sea, estaríamos frente a un concepto legitimador-afirmativo⁸⁷.

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ *Ibíd.*, p. 100.

⁸² En Greco, *op. cit.*, p. 212.

⁸³ Greco, *op. cit.*, p. 212. Todas las traducciones son nuestras.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 225.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 226.

⁸⁷ *Ibíd.*

Según Greco, en consecuencia, nos enfrentamos a dos preguntas posibles: a) ¿De cuál de estos conceptos habla el creador del término?; y b) ¿A cuál se refieren quienes han participado en la discusión? Al respecto, Greco considera que, sin perjuicio del descargo de Jakobs de estar sólo describiendo, ellas no se sostienen toda vez que Jakobs “deduce de sus premisas supuestamente descriptivas conclusiones de carácter normativo”, es decir, incurre en una falacia naturalista, extrapolando elementos desde el ser al deber ser⁸⁸. Greco sostiene lo recomendable de renunciar a intentar distinguir unívocamente la concepción de Jakobs. Primero, por ser casi imposible llegar a una interpretación correcta, si existe; y segundo –y más importante– es que reducirse al enfoque legitimador implicaría un estrechamiento de horizontes en cuanto a la eventual utilidad del concepto, si la tuviere⁸⁹. En cuanto a la cuestión sobre la claridad del concepto para los participantes en la discusión, Greco sostiene que también ha de dejarse sin respuesta, en cuanto deriva de la falta de univocidad del mismo Jakobs⁹⁰.

Por tanto, Greco decide abordar como posibles las tres perspectivas descritas, comenzando con el derecho penal del enemigo como concepto legitimador-afirmativo. Al respecto, Greco señala vehementemente que “el revuelo que se vio en las variadas reacciones que la idea provocó está, de hecho, justificada”, agregando que “(a)firmar que el estado tiene el deber de no respetar seres humanos como personas es nada menos que un escándalo”⁹¹, resultando plenamente comprensible la comparación con el pasado reciente alemán, sin perjuicio de lo insatisfactorio de la comparación por carecer del racismo del autoritarismo nazi –pero por lo mismo dejando en claro el carácter autoritario del concepto. Sin embargo, a continuación Greco decide someter a examen el rendimiento de la definición de qué es o no es “autoritario” en este contexto.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 227.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 229.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ *Ibíd.*, p. 230.

Volviendo al concepto, Greco señala que, en rigor, lo insustentable del concepto legitimador del derecho penal del enemigo se funda primeramente en una razón (literalmente) epistemológica. El concepto del derecho penal del enemigo “apunta a un dato empírico: la existencia de un potencial para la comisión de delitos”⁹², estando presente este dato, se vuelve legítima la intervención de la punición estatal. El problema epistemológico surge toda vez que de lo empírico no se desprende nada necesario, sólo contingente; basándose sólo en las contingencias empíricas, cerramos todas las puertas a la construcción de una teoría de los límites insuperables del poder estatal de punir⁹³, pues dichos límites han de ser necesarios para ser insuperables, y por tanto no fundados a en datos empíricos sino “en consideraciones de carácter apriorístico, libres de cualquier dato de la experiencia”⁹⁴. Respecto a estos límites, Greco remite a la conocida premisa kantiana en cuanto a que el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser tratado como un instrumento⁹⁵. Cualquiera sea el contenido se le asigne a dicho precepto, resulta evidente que se opone al derecho penal del enemigo como concepción legitimadora-afirmativa, pues éste lo que hace es precisamente punir sin reconocer el límite de que un hombre es un fin en sí mismo, preocupándose sólo de las necesidades de prevención de nuevos delitos por parte del considerado peligroso⁹⁶. Añade Greco que en tal sentido, tampoco resulta suficiente la salvaguardia de Jakobs que señala lo imposible de hacer con el enemigo lo que bien se quiera en cuanto dotado de “personalidad potencial” lo que impediría sobrepasar la

⁹² Ibíd., p. 231

⁹³ Ibíd.

⁹⁴ Ibíd.

⁹⁵ Ibíd., p. 232. La frase original de Kant reza así: “Obra de tal modo que utilices lo humano, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin, y nunca meramente como medio.” Kant, Immanuel, *Grundlegung des Metaphysik der Sitten*. 2a. ed. (Riga, Hartkoch 1786). Stuttgart, Reclam, 1952, pág. 81 (hay traducción española de M. García Morente, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Ed. Austral, Madrid, 1976).

⁹⁶ Greco, Luís, op. cit. p. 232.

medida de lo necesario, no es la solución, sino precisamente el problema⁹⁷, pues quien es tratado en base “a consideraciones de utilidad y necesidad no es una persona, sino una cosa”⁹⁸.

Greco expone una segunda razón para recusar el concepto de derecho penal del enemigo, esta vez de orden pragmático. Greco expone que “existen conceptos mejores, más precisos y no tan emocionales para designar los diversos aspectos preventivos que existen y deben existir en el derecho penal. Así, por ejemplo, la creación de barreras psíquicas a la práctica general de conductas indeseadas es llamada prevención general negativa o intimidación”⁹⁹, y no siendo necesario que en los casos en que se trate de controlar peligros oriundos de un determinado agente se recurra al concepto del derecho penal del enemigo, so pena de ver incrementadas las dificultades derivadas de la utilización de una acepción que parece prestarse a la legitimación de “cualquier intervención estatal imaginable”¹⁰⁰.

Una tercera razón, si bien podría estar contenida en la primera, es de índole retórica. Ello, por lo cuestionable de que un concepto de enemigo sea compatible con nuestro ordenamiento jurídico, teniendo a la vista las concepciones autoritarias subyacentes en la distinción amigo/enemigo¹⁰¹. Lo incierto que conlleva todo diagnóstico de peligrosidad es ignorado por el derecho penal del enemigo, que tampoco “toma en cuenta la posibilidad de que tales diagnósticos actúen selectivamente y produzcan la criminalidad que después dicen combatir”¹⁰², entre otros

⁹⁷ Id. Greco extrae la cita de Jakobs, Günther, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar) ihrer Zeit*, en Eser et al (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München, 2000, p. 47 y ss. (p. 51).

⁹⁸ *Ibíd.*, pp. 232 y 233.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 233.

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ Greco, Luís, op. cit., p. 234. Greco remite a Schmitt, Carl, *Der Begriff des Politischen*, 1933, p. 7 (hay traducción española, *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, Madrid, 1999).

argumentos que en conjunto llevan a rechazar la concepción legitimadora-afirmativa¹⁰³.

Ahora, analizando el derecho penal del enemigo como concepto descriptivo, Greco continúa, señalando la dificultad de utilizar el derecho penal del enemigo como descripción. Ello, por estar la palabra “enemigo” tan cargada valorativamente que apenas puede emplearse en una descripción¹⁰⁴, pues aquélla provoca casi inmediatamente una reacción polarizada entre la legitimación y la crítica¹⁰⁵. Frente a la posible objeción de que tal vez se esté utilizando la palabra “enemigo” en un sentido cuasi mágico, cuando sería posible entenderla con la distancia suficiente con que, por lo demás, se usa en la práctica, Greco sostiene que dicho distanciamiento es en extremo difícil en el ámbito de lo penal¹⁰⁶, toda vez que en cuanto dogmáticos o filósofos del derecho penal, su interpretación supondrá una tácita toma de posición de cara al ordenamiento jurídico penal. “Ningún penalista puede limitarse a describir” y si extrae de un “concepto descriptivo una directriz para decisiones judiciales una fundamentación para la legitimidad de la pena (...) abandona el plano de la descripción y pasa al de la valoración (...) de modo manifiesto u oculto.” Una segunda razón es que crímenes y penas interesan a todos, en cuanto ciudadanos. Desde un punto de vista criminológico, todos se ven como víctimas potenciales del delito, y casi nadie se ve como perpetrador. En consecuencia, resulta casi inevitable tomar partido, y ello en contra de quienes se designa como enemigos¹⁰⁷.

Como prueba de la primera razón puede señalarse la misma ambigüedad señalada en Jakobs, casi unánimemente señalado como defensor del concepto de derecho

¹⁰² *Ibíd.*, p. 235.

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 236.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ *Ibíd.*, p. 237.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 238.

penal del enemigo, al punto de no conseguirse utilizarlo desde un punto de vista puramente descriptivo¹⁰⁸. Como prueba de la segunda razón, Greco menciona los problemas éticos que se enfrenta la criminología y quienes la estudian para obtener una visión distanciada o descriptiva, siendo una ciencia normativa que no se enfrenta objetivamente a la criminalidad, por lo que no cabe sorprenderse de que la dogmática se enfrente a problemas aún mayores¹⁰⁹. Greco agrega también aquí una razón pragmática para desaconsejar la utilización descriptiva del derecho penal del enemigo, similar a la utilización valorativa, o sea, que no parece indispensable recurrir a él por su falta de precisión analítica. Así, y a modo de ejemplo señala la falta de claridad de su relación con el denominado derecho penal de autor, y su escaso rendimiento frente a conceptos como el de “peligrosidad,” “incapacitación” o “criminalidad habitual.”

Por último, el derecho penal del enemigo como concepto denunciador-crítico. Greco entiende que en base a este concepto, la respuesta que merece significaría en lo dogmático una visión restrictiva del respectivo dispositivo; en el plano político-criminal, una necesidad de reforma¹¹⁰. En tal sentido, Greco si pregunta si el concepto del derecho penal del enemigo puede servir, indicando “que determinados dispositivos sólo pueden explicarse a partir de finalidades inconfesadas e inconfesables”, sirviendo para “una especie de autopsicoanálisis de la ciencia del derecho penal”¹¹¹, Greco concede que ésta es la más interesante de las posibles concepciones del derecho penal del enemigo, en cuanto podría servir a la crítica a la dogmática penal que llama la atención sobre cierta tendencia a “dar la razón de cualquier modo al legislador o a la jurisprudencia”¹¹².

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 239.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 240.

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² *Id.* V. *infra*. Greco pone aquí precisamente el ejemplo de la persecución penal a las sustancias tóxicas en nombre del “indefinible bien jurídico de la salud pública, ilegítimamente escondiendo -y siendo instrumentalizado por- intenciones moralistas.

Sin embargo, Greco también considera que la respuesta es negativa respecto a la supuesta utilidad del derecho Penal del enemigo en la “necesaria autocrítica” que requiere el derecho penal. Para Greco, es precisamente dicha potencialidad crítica el problema que impide la utilidad del concepto, pues resulta “exagerada y excesivamente crítico”¹¹³, es decir, resulta fatalmente atentatorio contra la necesaria sobriedad en el debate. Así, los autores que apoyan el concepto tienden a tomar los ataques como personales y a “alia(rse) con el autoritarismo”¹¹⁴, derivando en una discusión maniquea entre juristas “buenos” y “terribles”, que respectivamente critican y apoyan el concepto¹¹⁵. Sin perjuicio de lo anterior, Greco no descarta la posibilidad de que haya casos en que de todos modos no resulte imperativo denunciar vehementemente la utilización del concepto, poniendo ejemplos notorios como los conocidos casos de los prisioneros de Guantánamo, los denominados “escuadrones de la muerte, etc. Pero aún así, en tales casos la referencia al concepto parece de todos modos innecesaria, bastando, en sus palabras, “apenas explicitar que tales fenómenos no respetan los más básicos y fundamentales límites a cualquier ejercicio legítimo del poder estatal”¹¹⁶. Resulta, en consecuencia, en el mejor de los casos un concepto intermediario, una etiqueta¹¹⁷.

2.3. Bernd Schünemann¹¹⁸.

Bernd Schünemann, profesor de la Ludwig-Maximilians-Universität München, ha desarrollado una importante crítica a los planteamientos formulados desde el funcionalismo sistémico de parte de Günther Jakobs, en lo que dice relación con el

¹¹³ *Ibíd.*, p. 243.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 244.

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 245.

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ Tomamos como referencia los planteamientos esbozados por Bernd Schünemann en el libro “Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites”, primera edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

derecho penal del enemigo¹¹⁹. Señala que Jakobs realiza una diferenciación entre las categorías de derecho penal del enemigo y aquel correspondiente al ciudadano, mostrando a ambos como modelos ideales, que en la práctica no se presentan de manera pura, sino que se plasman de manera combinada, dependiendo de las decisiones que se tomen en cada Estado. Luego, Schünemann realiza los rasgos característicos del derecho penal del Enemigo de Jakobs, indicando, como primero de dichos rasgos, que en él se presenta una “anulación de la posición de sujeto de derecho de todos aquellos ciudadanos que hayan sido caracterizados como enemigos por algún representante del poder estatal”¹²⁰, dando como ejemplo de esta primera constatación los casos de Estados Unidos de América e Israel, en relación a la forma en que se han desarrollado en Guantánamo y Palestina, respectivamente¹²¹. Luego, nos señala que Jakobs sostiene que los enemigos deben ser tratados como “no-personas actuales”, lo cual implica en consecuencia un trato que no diferiría con el tratamiento que tendría que dárseles a los animales salvajes¹²². Ante esto, Schünemann replica con dureza. El Estado al hacer uso de la fuerza en estas condiciones, el reproche del análisis debe centrarse en él, y no el presunto terrorista, por cuanto al adoptar una decisión en este sentido para combatir este tipo de peligros,

¹¹⁹ “Mientras que Günther Jakobs primeramente había presentado su concepto del Derecho penal del enemigo sólo a grandes rasgos, en el año 2003 publicó un artículo de doctrina más detallado sobre “Derecho penal del ciudadano y de Derecho penal del enemigo”, tanto en Alemania como en España. En efecto, la publicación no sólo ofrece claridad sobre la propia posición de Jakobs, sino también ha convertido el término “Derecho penal del enemigo”, tan discutido y criticado en los últimos años, en una categoría filosófico-jurídicamente elaborada. Ahora también se puede ubicar esa categoría claramente en la historia, a través de las líneas vinculantes que Jakobs tan sutilmente ha trazado con la Filosofía del Derecho de la Ilustración”. *Ibíd.* pp. 153 y 154.

¹²⁰ *Ibíd.* p. 145.

¹²¹ En este sentido Schünemann sostiene que ambos países practican este derecho penal del enemigo, “los Estados Unidos de América lo han practicado en Guantánamo, e Israel lo practica en Palestina aún más radicalmente a través de una guerra selectiva no disimulada, con asesinatos de presuntos terroristas y de aquellos que se encuentran en sus cercanía”. *Op. cit.* pp. 145 y 146.

¹²² *Ibíd.* p. 146.

sería el propio Estado quien estaría cayendo “al nivel de un animal salvaje”¹²³, y en ese plano, el actuar estatal carecería de toda legitimidad¹²⁴.

Acto seguido, Schünemann crítica el enfoque que Jakobs hace a la hora de determinar el objeto de combate en el contexto del derecho penal del enemigo, por cuanto el profesor de la Universidad de Bonn instaría por una lucha contra enemigos basada en amenazas de penas previamente formuladas (exacerbadas), junto con un alto rigor en la aplicación de medidas a nivel procesal penal, todo basado en la condición de enemigo que ostenta aquel que realiza este tipo de conductas (crimen organizado, narcotráfico, terrorismo, entre otros). Para Schünemann el énfasis no debe estar puesto en el sujeto (enemigo para Jakobs), sino en el peligro específico asociado a conductas delictivas de crimen organizado, peligro que en definitiva requiere de acciones determinadas por parte del Estado para combatirlo, entre las cuales podría justificarse alguna reducción de garantías procesales penales, o bien que el legislador eleve el rigor penal de la sanción aplicable, pero todo en un contexto de respeto por las garantías y derechos que cimientan el derecho penal. En otras palabras, podría justificarse la adopción de medidas como las destacadas por Jakobs, pero sólo en la medida en que dicha justificación se base en al carácter del delito realizado, más no así cuando la decisión de adoptar tales medidas se base exclusivamente en el carácter de peligroso del sujeto –el enemigo- que realiza tal conducta, o bien que se dispone a realizarla¹²⁵.

En segundo término, Schünemann destaca otro rasgo del derecho penal del enemigo como digno de llamar la atención, el cual vendría dado por la “extensión de

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ Señala Schünemann que esta situación “la legitimación del monopolio de fuerza estatal, que sólo puede ser establecido por el Derecho, se pierde”. *Ibíd.*

¹²⁵ “Por consiguiente, no se trata de modo alguno de la clase especial de individuos, sino del peligro específico del delito organizado como causa de una reacción específica del Estado necesaria que, a su vez, debe naturalmente ser controlada por el Estado de Derecho”. Schünemann, Bernd, *op. cit.* p. 147.

los medios estatales de poder en el procedimiento penal”¹²⁶. Esta extensión de los medios de control a nivel penal, debe necesariamente –según Schünemann- enmarcarse en los parámetros del Estado de Derecho. La evolución de la respuesta penal ante esta nueva forma de criminalidad organizada, debe ser eso, una evolución, y no una involución en el camino recorrido y avanzado en torno al reconocimiento de derechos y garantías en el contexto del proceso penal¹²⁷, por ende la dificultad planteada es netamente un “problema de modernización de la justicia penal como respuesta a una modernización del delito”¹²⁸, por lo que la obtención de estas finalidades -en las cuales se enmarca esta ampliación de los medios de coerción tradicionales- debe hacerse siempre desde el “Estado de Derecho del derecho penal”¹²⁹. En este sentido, lo que Schünemann cuestiona de la concepción de Jakobs es esencialmente el tratamiento que se hace respecto del sujeto que es catalogado como enemigo. Crítica en particular su total anulación en cuanto sujeto procesal, dejando de lado una serie de garantías y derechos que deberían serle reconocidos en caso de no mediar esta condición de no-persona. Por ende, en caso que se acepte esta injerencia en la libertad del individuo¹³⁰, deben establecerse “controles que actúen ya en un momento en el que el afectado no pueda ser aún informado de la investigación iniciada en su contra, si es que no se quiere perder de entrada el éxito de las investigaciones”¹³¹, con lo cual descarta cualquier concepción de protección absoluta respecto de derechos y garantías procesales penales.

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ “Frente al delito organizado, incluyendo al terrorismo moderno, debe ser reforzada la fuerza instrumental de la justicia penal. Pero ese aumento del potencial de fuerza debe ser hecho soportable mediante una paralela extensión de las reservas de Estado de Derecho”. Schünemann, Bernd, *op. cit.* p. 149.

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 147.

¹²⁹ *Ibíd.* p. 148.

¹³⁰ “La criminalidad organizada depende de una comunicación interna elaborada, de modo que las tecnologías modernas para controlar la comunicación deben ser indefectiblemente incorporadas a los instrumentos de persecución penal, como ya ha ocurrido también en numerosos Estados. Sin embargo, ese amplio control de la comunicación social entraña, al mismo tiempo, peligros imprevisibles para la libertad del individuo”. *Ibíd.* pp. 149 y 150.

Volviendo a la génesis de la concepción de Jakobs, Schünemann enfatiza que su principal desacierto estaría en la “tesis central para la diferenciación normativa entre derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”¹³² estableciendo que en el primer caso dicho derecho penal mantendría la vigencia de la norma, en cambio, en aquel enfocado en los enemigos, se combatirían derechamente peligros¹³³. Con este desacierto, Schünemann quiere destacar la vuelta atrás que significa adoptar la tesis de Jakobs en este punto, por cuanto ve en la idea de mantención de la vigencia normativa a través del derecho penal resabios de concepciones absolutas (retribucionistas) de la pena, dejando de lado lo que en esencia debe ser la tarea del derecho penal, a saber, proteger de manera preventiva bienes jurídicos, y, como consecuencia de ello, evitar peligros¹³⁴.

Desde una perspectiva empírica, Schünemann acomete contra la tesis de Jakobs concentrándose en las premisas que la sostienen. La principal de estas proposiciones asume que “no todo delincuente es un opositor en general del orden jurídico, sino que existiría una propia categoría de individuos delincuentes que se habrían apartado del Derecho presuntamente de modo permanente, al menos en forma decidida”¹³⁵. Este exceso de individualismo a la hora de analizar el comportamiento desviado, a criterio de Schünemann, resulta por lo menos llamativo, por cuanto Jakobs se ha caracterizado en su historia y desarrollo intelectual por un fuerte apego a la teoría de sistemas¹³⁶, lo cual no resulta coherente con esta visión individual del comportamiento,

¹³¹ *Ibíd.* p. 150.

¹³² Schünemann, Bernd, *op. cit.* p. 161.

¹³³ Véase, *ibíd.*

¹³⁴ *Ibíd.*, p. 162.

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 163.

¹³⁶ Aquí la referencia habría que entenderla hecha a la Teoría de Sistemas Sociales de Niklas Luhmann, quien “plantea la hipótesis de que las sociedades modernas, incluida la sociedad mundial, están constituidas a nivel estructural por sistemas especializados en cuanto a sus funciones, ya sea en problemas o en formas típicas de reducción de complejidad. Se trata, por consiguiente, de sistemas sociales autorreferenciales y autopoieticos, donde se autoproducen los elementos (comunicaciones, decisiones, temas, etc.), con los cuales se producen los

desprovista de las implicancias de las relaciones sistémicas que a partir de allí puedan generarse. Luego, estos delincuentes que se han apartado del Derecho¹³⁷ hacen que esta tesis se torne insostenible en términos semánticos, por la razón de que no existen personas que reúnan esta característica (orientadas de manera general en contra del sistema jurídico). Para refutar esto, Schünemann da un ejemplo en el plano de la criminalidad organizada, destacando el hecho de que “un jefe de la mafia puede ser un marido y padre que atiende las disposiciones del derecho de familia”¹³⁸, con lo cual se muestra en un caso extremo, cómo un delincuente -que objetivamente podría ser catalogado como enemigo, siguiendo los parámetros entregados por la tesis del Derecho penal del enemigo- sí en otros aspectos de su desarrollo como persona responde de manera satisfactoria a las expectativas normativas que sobre él recaen, y que en el caso del ejemplo, dicen relación con obligaciones legales de familia, lo cual derrumba, ya sea a nivel fáctico o bien a nivel psicológico, la pretensión de Jakobs de que existirían personas que estarían orientadas de manera general en contra del Derecho.

Por lo anteriormente señalado, Schünemann es de la idea categórica de rechazar al derecho penal del enemigo como una manifestación del derecho penal. Haciendo la advertencia de que dicho rechazo no conlleva en lo absoluto la proscripción de todas aquellas medidas que surjan desde el Estado para combatir delitos graves como lo son aquellos asociados al crimen organizado, terrorismo o narcotráfico, entre otros, básicamente para no pasar por alto el mayor peligro que tales conductas llevan aparejado, “por eso, la sospecha de un delito más grave justifica medidas más intensas de investigación, del mismo modo que su prueba legitima una pena más grave. Sin embargo, también con un delito grave queda siempre dotado el inculpado de derechos y recursos jurídicos propios. Él queda como ciudadano, aun cuando

elementos que los reproducen. Es decir son sistemas cerrados y autónomos”. Rodríguez, Darío y Arnold, Marcelo, “Sociedad y Teoría de Sistemas”, Editorial Universitaria, Santiago. Cuarta edición, 2007, p. 130.

¹³⁷ “Personas básicamente delincuentes” como las cataloga Jakobs.

¹³⁸ Schünemann, op. cit. p. 164.

recaiga sospecha en su contra de que se ha comportado de modo enemigo. En un Estado de Derecho no puede existir un enemigo como no-persona”¹³⁹.

2.4. Urs Kindhäuser.

Desde un punto de vista crítico a los postulados de Jakobs se sitúa el aporte del profesor de derecho penal, el alemán Urs Kindhäuser. Tomamos como fuente de esta postura el libro escrito en coautoría con el profesor Juan Pablo Mañalich, titulado “Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de derecho”, en el cual se enmarca un artículo de Kindhäuser llamado “Retribución de Culpabilidad y Pena”, donde el profesor alemán trata su visión en torno al derecho penal del enemigo¹⁴⁰. En primer término, Kindhäuser realiza un trazado que permita tener certeza de los límites a los que se enfrente el derecho penal, así nos señala que éste “se puede deslindar de otros ámbitos del derecho en atención a su contenido y sus fines. Mientras que el derecho civil regula la indemnización por el menoscabo de bienes, el derecho penal se ocupa de la compensación del daño a la validez de la norma que se produce con el hecho punible. El derecho penal se diferencia del derecho de policía orientado a la anticipación y evitación del peligro en que no ve al autor como fuente de peligro, sino como persona que ha de considerarse capaz de poner en cuestión la validez de las normas”¹⁴¹, pero ello no obsta a reconocer que el derecho penal –su objeto de regulación- tenga una vida autónoma en relación con las otras áreas del Derecho, sino que por el contrario es perfectamente posible detectar una serie de puntos de

¹³⁹ Schünemann, Bernd, op. cit. p. 166. García Cavero al hacer referencia a la crítica realizada por Schünemann señala que el autor alemán considera la formulación del Derecho penal del enemigo como incorrecta ya desde el plano analítico y reprochándole ser consecuencia de aquella circularidad propia de la dogmática penal a la que califica de ausente de consecuencias. Véase, García Cavero, Percy, ¿Existe, y debe existir un Derecho Penal del Enemigo?, en Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión, coordinadores Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díaz, Editorial B de F, volumen 1, Buenos Aires, año 2006, p. 926.

¹⁴⁰ Kindhäuser, Urs y Mañalich, Juan Pablo, “Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de derecho”, Editorial B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2011.

¹⁴¹ Kindhäuser, Urs, op. cit. p. 170.

conexión ya sea con ámbitos civiles y policiales, por ejemplo¹⁴². Una vez hecha esta constatación, Kindhäuser repara en la influencia que el derecho de policía tiene sobre el derecho penal, tanto materia como formal. Así, basta con cotejar las normas de comportamiento surgidas en el seno del sistema jurídico-penal para darse cuenta de esta influencia, por cuanto estas normas “también prohíben, junto a la lesión de bienes jurídicos, su puesta en peligro y, de este modo, no solamente protegen su existencia, sino también la seguridad en su utilización y disposición”¹⁴³. Entonces ante ello, Kindhäuser hace la advertencia que todo lo que subyace a la garantía de la seguridad “de entrada, (es) genuino derecho de policía”¹⁴⁴. Luego, por qué se produciría esta influencia de contenidos de derecho de policía en la determinación de las normas jurídico-penales, es una cuestión que puede enfocarse en el rol del legislador, y la constatación de “desplazar el peso de la evitación de peligros desde la policía a los sujetos potencialmente perturbadores, esto es, de prohibir penalmente la propia perturbación”¹⁴⁵, lo cual *per se* no garantiza un aumento en los grados de seguridad, o inversamente visto, una disminución de la sensación de inseguridad, pero por otra parte sí se puede afirmar con certeza que esta manera de afrontar los peligros implica aumentar los ámbitos del actuar policial en una sociedad¹⁴⁶. Ante este escenario, el profesor alemán realiza un emplazamiento a la dogmática para efectos de establecer y delimitar claramente los contornos de un derecho penal de la culpabilidad y un

¹⁴² En este punto Kindhäuser da como ejemplo el hecho de que “el derecho procesal penal prevé la posibilidad de un proceso civil de adhesión; desde una perspectiva jurídico-material, en la determinación de la pena hay que tener “especialmente” en cuenta el esfuerzo del autor “por reparar el daño”. Además, hay preceptos nuevos de la StPO que establecen expresamente fines preventivo-policiales junto a los fines que tienen que ver con la investigación. Y el sistema dual de sanciones muestra que las realizaciones antijurídicas de tipos delictivos no solamente son el punto de partida para atribuciones de culpabilidad, sino también para pronósticos de peligrosidad orientados a la imposición de medidas de seguridad”. *Ibid.*

¹⁴³ *Ibid.*, p. 171.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ “Porque, a partir de aquí, no solamente el peligro de la comisión de un delito de peligro es, por su parte, una perturbación de la seguridad que autoriza a intervenir, sino que, junto al repertorio de la prevención policial, también están disponibles las competencias represivas de investigación del derecho procesal penal”. Kindhäuser, Urs, *op. cit.*, p. 171.

derecho de la seguridad¹⁴⁷. La advertencia es clara, y apunta a no mezclar ambos tipos de derecho, por cuanto existe una imposibilidad de subsunción de un derecho de seguridad en los parámetros de un derecho penal orientado a la culpabilidad, y por ende legítimo. Así, propone Kindhäuser, habría que “orientar material y terminológicamente tal derecho de la seguridad hacia el derecho de prevención de peligros con sus presupuestos de intervención específicos, los cuales deben estar fundamentados constitucionalmente”¹⁴⁸. Consciente de que esta situación no es pacífica, y aún más, la tendencia actual es apuntar a subsanar las deficiencias del derecho penal de la culpabilidad mediante la utilización de un “derecho penal del enemigo”, que venga en auxilio del primero para efectos de mantener con éxito la labor de aseguramiento de la validez de la norma (realizada por el delincuente, cuyo mandato se infringe)¹⁴⁹. Esta nueva manifestación del derecho penal, orientada a los peligros que representan individuos definidos como enemigos¹⁵⁰, no necesita de

¹⁴⁷ “Con vistas al engranaje de un derecho penal de la culpabilidad, por una parte, y de un derecho de la seguridad, por otra, es un objetivo legítimo exigir a la dogmática que procure el orden científico no solamente en lo superficial, sino que también en la profundidad teórico-jurídica”. *Ibíd.*

¹⁴⁸ *Ibíd.*, p. 172.

¹⁴⁹ “Según este planteamiento, dado que los medios policiales tampoco son suficientes para proveer la medida suficiente de seguridad a una sociedad consciente del riesgo, actualmente no se dejaría advertir alternativa alguna al derecho penal del enemigo”. *Ibíd.*

¹⁵⁰ “El objetivo principal de un derecho penal del enemigo –que, según Jakobs, no es necesariamente ilegítimo– no es, como en el genuino derecho penal, el “mantenimiento del orden de las personas tras irritaciones dentro de la sociedad”, sino “la producción de condiciones de entorno soportables, eliminando –*sit venia verbo*– a todos aquellos que no ofrezcan la mínima garantía cognitiva que es necesaria para ser tratados, práctica y efectivamente, como personas”. Y más adelante se dice: “los enemigos son perentoriamente no-personas. Dicho brevemente, el derecho penal del enemigo es, por tanto, guerra, cuyo carácter moderado o irrestricto (también) depende de cuál sea el peligro que se tema del enemigo”. Enemigo es, continúa este planteamiento, quien no se deja someter a un ordenamiento jurídico ni se separa del mismo, sino que –visto desde el derecho– insiste en ser entorno perturbador. Quien persistentemente se comporta como demonio no puede ser tratado como persona de derecho, al menos en lo que concierne a la confianza en que cumplirá sus deberes, pues entonces falta el cimiento cognitivo indispensable para ello”. Jakobs, citado por Kindhäuser, *op. cit.* p. 173.

creación alguna, por cuanto basta constatar la *praxis* y se podrá apreciar su existencia, más allá de que carezca por de pronto de una dogmática que lo sustente¹⁵¹.

Luego, Kindhäuser, reparando directamente en la expresión “derecho penal del enemigo”, señala que constituye una conceptualización altamente imprecisa y equívoca¹⁵². Desde ya, de sus propios defensores vienen aseveraciones que no aportan mucho para superar estas falencias, por ejemplo, el propio Jakobs al referirse a este derecho penal del enemigo, manifiesta que “no (es) necesariamente ilegítimo”¹⁵³. Pero esto para Kindhäuser no deja de ser un problema secundario¹⁵⁴ a la luz de lo realmente digno de análisis, esto es, “en qué medida el derecho penal debe absorber necesidades de seguridad”¹⁵⁵. Continúa señalando que en ningún caso se

¹⁵¹ “Los criterios serían, junto a una extensa anticipación de la punibilidad sin reducción adecuada de la pena, el debilitamiento o, incluso, eliminación de las garantías procesales. La orientación hacia un derecho penal del enemigo resultaría inequívoca en leyes nuevas que ya en su mismo título se refieren a la “lucha” contra determinadas formas de criminalidad”. *Ibíd.*, p. 172. Luego, en una comparación entre las características del derecho penal y el derecho penal del enemigo, Kindhäuser, nos señala que “en virtud del principio de legalidad, el derecho penal avisa cuándo interviene; el principio de culpabilidad garantiza a cada cual que puede evitar - ¡mediante su propio esfuerzo!- esa intervención. El trato con enemigos es el ataque por sorpresa; sería una estrategia pésima comunicar con antelación y exactitud al adversario al que hay que vencer cómo puede ponerse a salvo”, *ibíd.*, p. 178.

¹⁵² “La expresión “derecho penal del enemigo” es un título de trabajo sumamente desafortunado para el análisis científico que debe hacerse del derecho penal en la sociedad del riesgo. El propio concepto de enemigo es equívoco, pues no hay tal cosa como un “derecho penal del amigo”. *Ibíd.* p. 178.

¹⁵³ *Vid. supra*, nota al pie N° 150.

¹⁵⁴ “Que una ley defina como su tarea la “lucha contra la criminalidad económica” no significa, evidentemente, que a partir de entonces haya que ver a los delincuentes económicos como “enemigos” y que haya que tratarlos perentoriamente como “no personas” y “eliminarlos”. Según su título, la ley –como también las demás “leyes de lucha”- no se dirige contra determinados autores, sino contra determinado fenómeno criminal. Que este fenómeno debe ser “combatido” se explica por una terminología legislativa tradicional que no es en absoluto específica del derecho penal, como muestran, por ejemplo, la “ley sobre la lucha contra la filoxera”; la “ley para la lucha contra el desempleo de minusválidos”; el “decreto para la lucha contra el almizcle”, o la “ley de Hessen para la lucha contra el uso para otros fines del espacio destinado a viviendas”. Kindhäuser, Urs, *op. cit.*, p. 174.

¹⁵⁵ *Ibíd.* p. 175. “La necesidad de seguridad de la sociedad del riesgo se traduce, en el derecho penal, en la creación de delitos de peligro”. En este sentido, advierte Kindhäuser, si se produce una anticipación de la punibilidad, hay argumentos suficientes como para instar por una

intenta poner en duda el hecho de que “en determinados ámbitos –por ejemplo, las prohibiciones de organizaciones criminales y terroristas o del tráfico de estupefacientes-, el menoscabo de las necesidades sociales y estatales de seguridad se puede considerar demasiado alto en relación con las lesiones (individuales) graves. Sin embargo, de la ponderación de la validez de las normas de seguridad no se puede deducir *per se* una tendencia a poner fin lo antes posible a la actividad de los enemigos de la sociedad”¹⁵⁶. Este es el énfasis con el cual Kindhäuser intenta deslegitimar el trato diferenciado que se busca dar a los sospechosos como “no personas”, por cuanto la mera ampliación –y la constatación de esta ampliación- de las competencias de las autoridades de investigación, no puede sustentar este trato diferenciado a los autores de delitos¹⁵⁷ (ciudadano versus enemigos)¹⁵⁸. A mayor abundamiento, de aceptarse este tratamiento desemejante, genera de inmediato la interrogante, bajo esta dualista concepción de autor del delito, en torno a saber quién o quiénes tendrán la prerrogativa de definir quiénes serán los enemigos.

Finalmente, Kindhäuser al asumir lo inapropiado del empleo del concepto de derecho penal del enemigo para una comprensión de los problemas actuales del derecho penal material y formal¹⁵⁹, se plantea derechamente la siguiente pregunta: “¿Las necesidades de seguridad de la sociedad del riesgo exigen, de *lege ferenda*, la creación de un derecho penal del enemigo?”¹⁶⁰. Asume de manera decidida una respuesta, convirtiendo la misma en una crítica frontal a los postulados de Jakobs y

reducción del *quantum* de la pena asociada a cada delito de peligro. Utiliza para ello la fórmula: a mayor anticipación, menor cuantía de la pena, constatando que el límite superior de las penas del Código penal alemán (StGB) en relación a los delitos de estas características sería demasiado alto. *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 176.

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 176 y 177.

¹⁵⁸ “El discurso de un derecho penal del enemigo, que no trata al autor como ciudadano, sino como no persona, está desprovisto de toda justificación desde la perspectiva del derecho penal material y formal vigente”, *ibid.*, p. 178.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 179.

¹⁶⁰ Kindhäuser, Urs, *op. cit.* p. 179.

sus seguidores: “la eventual necesidad de lograr seguridad tratando a autores como no personas se opondría normativamente al postulado elemental de una protección irrestricta de la dignidad humana”¹⁶¹, además, se pasaría por alto una de las tareas esenciales del derecho penal, a saber, procurar la integración social¹⁶². Por ello, tal como destacamos previamente, el llamado que Kindhäuser realiza apunta a la fuerza de contención que pueda establecerse a nivel de la ciencia jurídico-penal para así evitar que la semántica “escandalosa” del derecho penal del enemigo (generadora de una serie de malos entendidos) se abra paso en la terminología propia del derecho penal¹⁶³.

2.5. Juan Pablo Mañalich.

Luego de analizar los postulados del profesor Urs Kindhäuser, veamos ahora, a grandes rasgos qué ha señalado a propósito del derecho penal del enemigo, su discípulo, el destacado profesor chileno Juan Pablo Mañalich Raffo¹⁶⁴. En primer lugar, Mañalich formula su visión en torno a esta manifestación del Derecho penal desde un análisis de los alcances del concepto de ciudadanía y su vinculación con la pena¹⁶⁵. Derechamente la tesis sostenida por este autor es la siguiente: “bajo una organización democrática de la práctica punitiva, la imposición de la pena sólo puede justificarse retrospectivamente, como un reproche institucionalizado por un déficit de fidelidad al derecho, de modo que ella no puede implicar la negación de reconocimiento a quien la sufre. Si la pena privativa de libertad se constituye como una práctica de exclusión,

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² “Un “derecho del poder” también sería inidóneo para cumplir la tarea del derecho penal de procurar la integración social, porque esto solamente se puede lograr si el derecho penal se caracteriza, precisamente, por su esfuerzo por ser un esquema para el enfrentamiento formal y materialmente adecuado del comportamiento desviado”. *Ibíd.*

¹⁶³ *Ibíd.*

¹⁶⁴ Para no cometer una injusticia, hay que hacer extensivo también al profesor Antonio Bascuñán Rodríguez la condición de maestro del profesor Mañalich Raffo.

¹⁶⁵ Para ello tomamos como fuente el artículo “Pena y Ciudadanía”, inserto en el libro escrito en coautoría con Urs Kindhäuser “Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de derecho”, Editorial B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2011, pp. 115-146.

ella es incompatible con el reconocimiento implicado en el reproche de culpabilidad. Esta contradicción se hace explícita, en el marco del derecho chileno vigente, en el hecho de que la imposición de una pena aflictiva implique la pérdida de la ciudadanía. Bajo una justificación democrática de la pena, un sujeto condenado por un hecho punible debe conservar su condición de ciudadano, pues la legitimidad (de las consecuencias) del reproche que se expresa en la pena presupone su reconocimiento como miembro de la comunidad política¹⁶⁶. En base a esto, sostiene, que la ciudadanía es un pilar fundamental en cualquier política estatal basada en un trato igualitario. Especificado lo anterior al ámbito penal, donde el reproche se basa en la mantención, a nivel comunicativo¹⁶⁷, de la vinculación del autor del delito con la norma (que ha sido desautorizada mediante la conducta desplegada), la legitimidad de esta pretensión estatal sólo podrá alcanzarse en la medida que se reconozca a quien se condene, por tal desautorización, como un ciudadano. Luego destaca Mañalich que esta situación, a nivel nacional se ve puesta en duda básicamente por lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución Política de la República¹⁶⁸, en cuanto dispone la pérdida de la ciudadanía como consecuencia de haber sido condenado a una pena aflictiva¹⁶⁹. Esta pérdida de nacionalidad como consecuencia de una condena por la comisión de un delito (incluso por un simple delito) “hace imposible legitimar las

¹⁶⁶ Mañalich Raffo, Juan Pablo, op.cit. p. 116.

¹⁶⁷ Utilizando para ello una teoría del delito de aquellas denominadas de imputación, agregando Mañalich –siguiendo el modelo de Kindhäuser- que dichas teorías se destacan por cuanto “el hecho punible se reconstruye como un acto expresivo. El autor manifiesta, a través de su comportamiento, que la norma que prohíbe ese comportamiento no vale para él”, Mañalich Raffo, Juan Pablo, ibíd.

¹⁶⁸ El artículo 17 en comentario dispone que: “la calidad de ciudadano se pierde: 1.- Por pérdida de la nacionalidad chilena; 2.- Por condena a pena aflictiva, y 3.- Por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva. Los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal indicada en el número 2, la recuperarán en conformidad a la ley, una vez extinguida su responsabilidad penal. Los que la hubieren perdido por las causales previstas en el número 3 podrán solicitar su rehabilitación al Senado una vez cumplida la condena”.

¹⁶⁹ Nuestro Código penal en su artículo 37, define lo que entiende por este tipo de penas, señalando que “se reputan aflictivas todas las penas de crímenes y respecto de las de simples delitos, las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos”, esto en términos concretos implica una pena que sea igual o superior a los tres años y un día.

consecuencias del reproche sobre la base de una actitud reactiva por una falta de lealtad comunicativa¹⁷⁰, por cuanto, si se toma como base que la atribución de esta libertad en términos comunicativos se corresponde necesariamente con la concepción de Günther de “persona deliberativa”¹⁷¹, la posición en la cual se sitúa una persona en estas condiciones no puede ser otra que la de ciudadano, “de modo que la capacidad de participar en el procedimiento de establecimiento de normas, tomando posición crítica frente a los actos de justificación de normas, hace posible reconducir éstas a la autonomía del ciudadano. Esta reconducción de la norma a la autonomía de la persona deliberativa en tanto ciudadano es lo único que justifica la pretensión de vinculación a la norma que puede dirigirse contra la persona deliberativa que, en la dimensión de autonomía privada de la libertad comunicativa, se posiciona como persona de derecho (*Rechtsperson*), esto es, como destinatario de la norma”¹⁷².

Esta constatación efectuada por Mañalich, en torno a la pérdida de la ciudadanía por condena a pena aflictiva, conlleva que bajo los alcances de nuestra Constitución se haga “inviabile la construcción de un derecho penal del ciudadano”¹⁷³ cada vez que se haga aplicable el artículo 17 antes citado, siendo inevitable en este escenario, la

¹⁷⁰ Mañalich Raffo, Juan Pablo, op. cit. p. 135. A propósito de esta lealtad comunicativa, Mañalich señala que en Alemania actualmente, la reconducción de la norma de comportamiento a la libertad comunicativa del sujeto ha sido un proyecto que ha tomado como base la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas. En base a ello ha señalado Kindhäuser que “no hay, en una sociedad secularizada y pluralista, fundamentos sustanciales *a priori* para legitimar las normas que regulan el comportamiento. De ahí que la legitimidad solamente pueda ser extraída de la autonomía de los partícipes en el proceso de integración social”, Kindhäuser, Urs, “*Rechtstreue als Schuld-kategorie*”, *ZStW* 107, 1995, p. 718, citado por Mañalich Raffo, op. cit. p. 119.

¹⁷¹ “Es persona deliberativa aquella a la cual se reconoce libertad comunicativa, que puede entenderse como capacidad crítica, esto es, como la capacidad de tomar posicionamiento crítico, tanto frente a manifestaciones y acciones ajenas como frente a manifestaciones y acciones propias. El carácter crítico de la toma de posición se afirma en la medida en que ella sea apoyada en razones. Según Günther, las razones se definen por el hecho de que ellas “hacen una diferencia en el mundo, en tanto pueden motivar a una persona a la revisión y modificación de sus manifestaciones y acciones”, Günther, Klaus, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, pp. 245 y ss., citado por Mañalich Raffo, op. cit. p. 120.

¹⁷² *Ibíd.* “El condenado debe seguir siendo ciudadano para que las consecuencias del reproche puedan justificarse como comunicativamente racionales”. *Ibíd.*, p. 136.

¹⁷³ *Ibíd.*, p. 135.

irrupción de un derecho penal del enemigo, por cuanto al negar al autor de un delito la calidad de ciudadano significa en términos concretos –constitucionales en nuestro país- catalogarlo y tratarlo como enemigo, y esto, continúa Mañalich, “no puede entonces constituir derecho penal del ciudadano, sino sólo derecho penal del enemigo, o sea, guerra refrenada”¹⁷⁴, guerra que no sólo se plasma a nivel de imposición de una condena –pena afflictiva- sino que también puede verse en un nivel previo en lo que dice relación con la privación de libertad durante la vigencia de una investigación, esto es, a través de la medida cautelar personal de prisión preventiva, justificada la misma por el carácter peligroso que sería inherente al sujeto que es definido como enemigo¹⁷⁵. La privación de libertad, por ende, se presenta como la forma idónea para neutralizar el peligro que este enemigo representa: no hay otra medida/sanción que pueda responder de manera satisfactoria a esta necesidad de protección/seguridad. “La consecuencia de esto es la disolución de un sistema de la doble vía, esto es, de un sistema de reacciones basado en la diferenciación entre penas y medidas de seguridad. Si la intervención formalmente denominada “pena” supone un tratamiento objetivante del individuo que padece su imposición y ejecución, la distinción entre

¹⁷⁴ *Ibíd.* p. 138. “Si la privación de libertad se impone bajo la negación de la calidad de ciudadano, ella no puede constituir una pena, que expresa un reproche entre sujetos vinculados, sino sólo una medida de seguridad, que presupone una actitud objetivante. Y la medida de seguridad sobre individuos definidos como peligrosos es una de las notas definitorias de lo que se conoce como derecho penal del enemigo”. *Ibíd.*

¹⁷⁵ “Si la privación de libertad tras la condena se entiende como una medida de seguridad justificada prospectivamente, como intervención estratégica sobre un enemigo peligroso, la prisión preventiva parece resultar igualmente evidente o natural. Como “medida cautelar”, la privación de libertad resulta indicada en la medida en que haya antecedentes suficientes sobre la peligrosidad del individuo. En este sentido, son suficientemente ilustrativas las reglas sobre prisión preventiva establecidas en el Código Procesal Penal: además de la exigencia de antecedentes que justifiquen la existencia del delito investigado y de antecedentes que hagan presumir la participación del imputado, el artículo 141 sólo exige antecedentes que permitan considerar al tribunal “que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad”. Desde este punto de vista, la función de la condena puede reducirse a constituir un momento de comprobación ulterior de la necesidad de intervención sobre el individuo peligroso, una vez que la prueba aportada hace posible descartar, con mayor certeza, que el individuo no haya ejecutado o intervenido en un hecho respecto del cual la privación de libertad es necesaria. Por lo demás, así cobra un sentido inequívoco la denominación del cese de la prisión preventiva como libertad provisional: la situación primaria que en el proceso penal corresponde al imputado no es de libertad sino de privación de libertad”. Mañalich Raffo, *op. cit.* p. 141.

penas y medidas se vuelve irrelevante”¹⁷⁶. Lo anterior permite sostener a Mañalich que nuestra Constitución recoge una predisposición de la orientación de la política criminal, la cual se ajusta a los parámetros del derecho penal del enemigo, al momento de privar de la ciudadanía a los condenados a penas aflictivas configura de manera estrictamente unilateral los alcances de tal política criminal¹⁷⁷. Dos de estas bases constitucionales son las que este autor destaca, y que hemos señalado en esta síntesis, a saber, la privación de la ciudadanía en los términos del artículo 17 de la Constitución Política de la República¹⁷⁸, y en segundo lugar, la legitimación de la medida cautelar personal de prisión preventiva “respecto de todas las situaciones en que la medida resulte indicada en atención a la salvaguarda de la seguridad de la sociedad”¹⁷⁹. Junto con estos dos argumentos de base constitucional del derecho penal del enemigo en nuestro país, Mañalich agrega un tercero, el cual se encuentra establecido en el artículo 9º del texto constitucional, referido a conductas terroristas¹⁸⁰, estableciendo a su respecto un prejuzgamiento de su punibilidad, con un consecuente

¹⁷⁶ *Ibíd.* p. 142.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, p. 144.

¹⁷⁸ “Que el artículo 16 de la Constitución establezca la suspensión del derecho de sufragio como consecuencia del procesamiento “por un delito que merezca pena aflictiva” sólo confirma el programa de política criminal así constituido”. *Ibíd.*

¹⁷⁹ *Ibíd.*

¹⁸⁰ El artículo 9º de la Constitución Política de la República, establece que “el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley. Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo”.

trato más severo, que en caso de condena, conlleva la pérdida de la ciudadanía, independientemente que la misma alcance los márgenes de la pena aflictiva¹⁸¹.

Concluyendo con su tesis, Mañalich apunta a que no es relevante una toma de postura acerca de si es legítimo o no reconocer un espacio, por muy marginal que sea, donde tenga cabida el modelo del derecho penal del enemigo, “se trata de registrar algo mucho menos marginal: la Constitución chilena sienta las bases de un modelo de derecho penal del enemigo como modelo general de ejercicio de la potestad punitiva. Esto hace posible aprender una lección de estos tiempos de neo-constitucionalismo: si el derecho penal corresponde a la descripción de un derecho constitucional aplicado, el derecho penal del enemigo también puede serlo”¹⁸².

3. Posturas a favor del derecho penal del enemigo.

A continuación revisaremos tres posiciones doctrinarias que desde distintas esferas buscan justificar y legitimar los planteamientos de Günther Jakobs en relación al derecho penal del enemigo. Primeramente nos avocaremos a exhibir los argumentos del profesor Juan Ignacio Piña Rochefort, quien desde una posición funcional-estructuralista mantiene un hilo conductor con el pensamiento de Jakobs, respondiendo a la misma matriz desde la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann. En segundo lugar, y siguiendo con esta línea funcional-estructuralista, con ciertos matices en relación a la primera, y en ese sentido, con la postura original de Jakobs, mostraremos las argumentaciones del profesor peruano Percy García Cavero, para finalmente sintetizar los principales aspectos de la tesis de Mario Schilling Fuenzalida, quien desde una perspectiva totalmente distinta a las anteriores, busca una legitimación para el derecho penal del enemigo desde la ética de Hans Jonas, en base al principio de responsabilidad estatal y la heurística del temor.

¹⁸¹ Mañalich Raffo, Juan Pablo, op. cit. p. 144. “Esta extensión (parcial) de las consecuencias asociadas a la punibilidad por delito terrorista a la punibilidad por tráfico de estupefacientes muestra el programa expansivo que subyace a la definición constitucional de las condiciones de un derecho penal del enemigo”. *Ibíd.* p. 146.

¹⁸² Mañalich Raffo, Juan Pablo, op. cit. p. 146.

3.1. Juan Ignacio Piña Rochefort.

Desde una perspectiva funcional-estructuralista, Juan Ignacio Piña elabora una postura de defensa de la concepción de Jakobs del derecho penal del enemigo, tomando como principales argumentos las herramientas conceptuales de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann¹⁸³. La tesis del profesor Piña, la rescatamos desde el libro de su autoría, titulado “Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad”¹⁸⁴, siendo con esto uno de los pocos autores nacionales que han tomado postura sobre el tema, y en particular, una posición a favor de los alcances del concepto de derecho penal del enemigo. Veamos a grandes rasgos en qué consiste la defensa de Piña Rochefort. En primer término sitúa la discusión en torno a esta manifestación del derecho penal y una eventual tensión con el principio de igualdad. Antes de esbozar una respuesta ante esta interrogante, Piña opta por una vertiente descriptiva para abordar la existencia del derecho penal del enemigo, señala que estamos ante “un episodio de nuestra realidad legislativa y político-criminal, (que) es innegable (...) la afirmación de que actualmente parece existir –y difundirse vertiginosamente- un sector del derecho penal que incorpora en su regulación consideraciones que calzan con este concepto es difícil de negar”¹⁸⁵. Luego, al igual que todo autor que decida adentrarse en el tema, realiza una síntesis de los aspectos centrales que caracterizan al derecho

¹⁸³ Para adentrarse en la teoría del profesor de la Universidad de Bielefeld, puede consultarse el trabajo elaborado por los discípulos de Luhmann, Darío Rodríguez y Marcelo Arnold, op. cit (vid. supra nota al pie N° 170). También útil como introducción al pensamiento luhmanniano, podemos citar el Glosario, elaborado por los profesores Corsi, Esposito y Baraldi, titulado “Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann”. Universidad Iberoamericana/ITESO/Anthropos, México, 1996. Sin perjuicio de lo anterior, si se quiere derechamente adentrarse en las tesis más importantes del profesor alemán, puede consultarse su obra traducida al español “Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general”. Segunda edición en español. Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana/CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, Barcelona, 1998, y el trabajo realizado por Pilar Giménez Alcover, titulado “El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann”, J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1993.

¹⁸⁴ Piña Rochefort, Juan Ignacio, Derecho Penal. Fundamentos de la Responsabilidad, Abeledo Perrot, primera edición, Santiago, 2010.

¹⁸⁵ *Ibíd.* p. 233.

penal del enemigo¹⁸⁶, para luego constatar que dicha tesis ha sido objeto de abundantes críticas en sus afirmaciones descriptivas (existencia del derecho penal del enemigo) y valorativas (legitimidad de esta manifestación del derecho penal). Asumiendo que el derecho penal del enemigo existe, Piña Rochefort, se enfoca en torno a la legitimidad de dicha manifestación, para ello indica que se hace necesario afrontar de manera previa dos temas: “(a) cómo se construye el derecho penal del enemigo y (b) Si su construcción surte efectos en el resto de las estructuras del Derecho penal”¹⁸⁷. Acto seguido, destaca la afirmación (crítica) de uno de los principales opositores de la posición de Jakobs, a saber, Manuel Cancio Meliá, en cuanto éste señala que “desde la perspectiva del sistema jurídico-penal actualmente practicado, el concepto de derecho penal del enemigo sólo puede ser concebido como instrumento para identificar precisamente al no-Derecho penal presente en las legislaciones positivas”¹⁸⁸, ante lo cual Piña agrega un “por ahora”, advirtiendo con ello que es cosa de tiempo para que esta forma de legislar pase a ser –legítimamente hablando- parte del derecho penal. Es más, desde la constatación de esta adopción de estas técnicas legislativas (la que reúne las características del derecho penal del enemigo) se puede observar claramente una reconfiguración del sistema jurídico penal “mediante la reconfiguración de estructuras que éste utiliza en sus operaciones”¹⁸⁹, lo cual no es más que la forma normal en la cual los sistemas se reestructuran, y el sistema jurídico-penal no es la excepción. Ahondando en esta reestructuración

¹⁸⁶ “Las características del Derecho penal del enemigo ya han sido sintetizadas adecuadamente: (a) en él puede encontrarse un amplio adelantamiento de la punibilidad (b) asociada a penas desproporcionadamente altas (y que no consideran relevante esa anticipación para reducirla) y (c) flexibilización o supresión de determinadas garantías procesales”. Piña Rochefort, Juan Ignacio, op. cit. pp. 233 y 234.

¹⁸⁷ *Ibíd.* p. 234. Por ello estima Piña que para abordar una interrogante acerca de la legitimidad del Derecho penal del enemigo pueden usarse diversos caminos, citando para ello por ejemplo, líneas argumentales referidas a semánticas externas (como la “dignidad humana” o “derechos fundamentales”) las cuales obstarían insubsanablemente a la legitimidad de una construcción de esta naturaleza (y que han sido las bases argumentativas de mayor peso a la hora de criticar la concepción de Jakobs).

¹⁸⁸ Cancio Meliá, ¿“Derecho penal” del enemigo?, citado por Piña Rochefort, Juan Ignacio, op. cit. nota al pie N° 862, p. 234.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

sistémica, agrega, que la estructura de “persona” se está reconfigurando desde el momento en que se ha dado un reconocimiento a la figura del *Hostis* como un “entorno no deseado”¹⁹⁰. Esta reconfiguración opera como tal, a pesar de que se busque restringir la estructura de *Hostis* a “malhechores archimalvados”¹⁹¹, pasando este *Hostis* a ser la excepción del concepto de “persona”, es decir, al definir “persona” tendremos presente la exclusión de este concepto de aquellos que identifiquemos como *Hostis*, es decir, con exclusión de la estructura de “enemigo”.

Luego, Piña utiliza un argumento en pos del derecho penal del enemigo basándose en su potencialidad. Así sostiene que “cualquier afirmación que cuestione que el llamado derecho penal del enemigo pueda formar parte conceptualmente del derecho penal, debe considerar que ello es una pregunta que tiene sentido *en este momento* pero que es posible que en un futuro deba contestarse con un sí rotundo. La presencia de su lógica, si bien aislada, no será posible de mantener en una “cuarentena” permanente pues ya en los episodios en los que aparece reconfigura estructuras del sistema jurídico-penal”¹⁹². Acto seguido, lanza el siguiente pronóstico: “Si el derecho penal del enemigo es un derecho penal de autor y no del hecho, quiere decir que nuestro derecho penal está reconfigurando sus estructuras de imputación al autor (aunque recién asistamos al comienzo de dicho proceso)”¹⁹³. Este proceso en génesis, tiene claro eso sí el lugar y rol que le corresponde a aquel que es catalogado como enemigo. Estos enemigos, a la luz de la tesis del derecho penal del enemigo, son pura

¹⁹⁰ Piña Rochefort, Juan Ignacio. op. cit. p. 234.

¹⁹¹ *Ibíd.*

¹⁹² *Ibíd.*, pp. 234 y 235.

¹⁹³ *Ibíd.* p. 235. “A mayor abundamiento, cuando se denuncia que la cualidad de persona, en cuanto “atribución” corresponde a todos los seres humanos en virtud de su condición humana y que no puede haber “exclusión” sin ruptura del sistema, parece no repararse en que la propia cualidad de persona es la que se está reconfigurando “incorporando la exclusión”. Luego más que ruptura del sistema, hay que temer a su reconfiguración sobre la base de nuevos conceptos de “enemigo” y “persona””. *Ibíd.*

“contingencia¹⁹⁴ generadora de riesgo¹⁹⁵”, por cuanto no ofrecen las garantías mínimas de seguridad cognitiva en relación a su comportamiento personal¹⁹⁶.

Ahora bien, en lo que dice relación a la categorización empleada por Jakobs para referirse a los enemigos como “no-personas”, señala que no puede tomarse tan a la ligera esta afirmación, por cuanto a través de dicho concepto se permite reconfigurar el concepto de “persona”, incorporando la “exclusión”, cambiando para siempre lo que

¹⁹⁴ Piña Rochefort, Juan Ignacio, op. cit. p. 235. “La contingencia significa algo que puede o no ser. En el caso de la actividad humana, este problema está ligado al de la voluntad y la capacidad de negación. La eterna pregunta de la sociología, ¿cómo es posible la sociedad?, está íntimamente ligada al problema de la contingencia y a mecanismos tales como normas, valores, socialización, etc., cuyo objetivo central es el de reducirla (...) La contingencia es propiedad de los sistemas y está en relación con la gama de posibilidades de acción de que ellos disponen. El problema de la contingencia se encuentra, virtualmente, siempre presente cuando está dado un sistema psíquico que experimenta sus posibilidades de acción y la necesidad de actuar selectivamente con ellas (...) Luhmann toma el concepto de contingencia de Santo Tomás, para quien contingente es algo no necesario ni imposible. Remite, por consiguiente, a la impredecibilidad del comportamiento humano, es decir, a la experiencia que todo puede también ser distinto a lo esperado (...) Un hecho es contingente cuando es visto como selección entre otras posibilidades, las que, a pesar de la selección, de alguna forma permanecen en cuanto posibilidades”. Luhmann, citado por Rodríguez y Arnold, *op. cit.* pp. 103 y 104. “Contingente es aquello que no es ni necesario ni imposible; es decir, aquello que puede ser como es (fue, será), pero que también puede ser de otro modo. El concepto designa, por lo tanto, lo dado (experimentado, esperado, pensado, imaginado) a la luz de un posible estafío diferente; designa objetos en un horizonte de cambios posibles. Presupone el mundo dado, es decir, no designa lo posible en sí, sino aquello que, visto desde la realidad, puede ser de otra manera”, Luhmann, Niklas, op. cit., pp. 115 y 116.

¹⁹⁵ “El concepto de riesgo se refiere a la posibilidad de daños futuros debido a decisiones particulares que se toman en el presente (decisiones que son tomadas sin tener conciencia de lo que sucederá en el porvenir), “por consiguiente, es una forma para realizar descripciones presentes del futuro desde el punto de vista de que uno puede decidirse, en atención a los riesgos, por una alternativa u otra”, Luhmann, Niklas. Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Josexto Beriain y José María García Blanco. Editorial Trotta, Madrid, 1998, p. 163.

¹⁹⁶ Piña, siguiendo a Jakobs, señala que “su comportamiento (el de los enemigos) ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad. Desde el momento que se les define en términos de posibilidades cognitivas, se les ha excluido de la cobertura normativa de “persona” tal como se hace con un animal fiero o con un rayo. Desde ese momento cobra sentido y coherencia no adscribirle el *estatus* de persona, tal como no se incorporan en él a los animales o a los eventos de la naturaleza. Contra ellos no se reestabilizan normas sino que se neutraliza la fuente de riesgos. El Derecho Penal del Enemigo es al enemigo lo que la jaula al tigre de Bengala o el pararrayos a la tormenta: pura neutralización”, *ibíd.*

hemos venido entendiendo por “nuestro garantista y buen derecho penal liberal”¹⁹⁷. Luego, Piña invierte el argumento utilizado por los críticos del derecho penal del enemigo, en cuanto a que éste debe concebirse fuera de los márgenes del derecho penal ordinario, por cuanto de la constatación que se haga de cada aplicación de esta lucha contra los enemigos, tenemos que asumir, que lejos de estructurarse fuera de los límites del derecho penal, el derecho penal del enemigo se consolida día a día como parte integrante de este proceso de reconfiguración de las fronteras del derecho penal (formando parte del mismo, y legitimándose como tal)¹⁹⁸. Concluye Juan Ignacio Piña que entonces el derecho penal del enemigo primeramente no es un derecho penal que sea excepcional, y en segundo término, tampoco es un derecho dirigido a no-personas. Estas premisas deben ser dejadas de lado, por cuanto el enfoque principal no debe estar en los aspectos del derecho penal del enemigo, ya que este si se ve la práctica cada día recibe mayor aplicación, por lo que es útil plantearse el hecho de que es el derecho penal “ordinario” el que ha cambiado, y dentro de esto, el concepto de persona ya no puede entenderse de la misma manera en la cual se la ha venido concibiendo¹⁹⁹, “si esto es deseable o no ya no es un asunto jurídico, sino de orden político (y la política no parece estar mayormente alarmada por esto). De este modo, el rechazo visceral del derecho penal del enemigo por la mayoría de la doctrina no surte ningún efecto ni es capaz a estas alturas de controlar su consolidación silenciosa en el plano de las estructuras de imputación”²⁰⁰.

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ “Cada vez que se toman en cuenta consideraciones excluyentes en el ámbito del Derecho penal sustantivo, del Derecho procesal penal o incluso del Derecho penitenciario, es el propio sistema el que refuerza la selección, consolidando la estructura “enemigo” y reconfigurando todas las demás que tienen relación con él (desde el *iter criminis* hasta la proporcionalidad; desde las reglas probatorias hasta las privaciones de libertad durante los procesos judiciales; desde las normas de ejecución penitenciaria hasta la entronización de la dispersión de presos)”. *Ibíd.* p. 236.

¹⁹⁹ Piña Rochefort, Juan Ignacio, *op. cit.* p. 236.

²⁰⁰ *Ibíd.*

3.2. Percy García Caveró.

Percy García Caveró, profesor de Derecho penal de la Universidad de Piura, desde una perspectiva funcional-estructuralista ha indagado también en los alcances del fenómeno del derecho penal del enemigo. En particular ha realizado una constatación de si en la legislación peruana existen manifestaciones de dicha forma de entender parte del derecho penal, partiendo de la premisa descriptiva de Jakobs en torno de que este tipo de derecho penal existe, y no queda más que constatar dicha existencia. En ese camino García Caveró plantea su opinión en torno a este tema en dos momentos, uno de ellos en el contexto de su obra derecho penal económico²⁰¹, y luego en un artículo publicado en la obra colectiva relativa al derecho penal del enemigo, coordinada por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díaz, titulado “¿Existe, y debe existir un derecho penal del enemigo?”²⁰² En el primer trabajo, el profesor peruano realiza una síntesis del pensamiento de Jakobs en relación al derecho penal del enemigo destacando los principales aspectos que lo caracterizan²⁰³. Señala, que este fenómeno social no es en lo absoluto novedoso como tal, sino que lo realmente llamativo viene dado por los “nuevos contornos legislativos”²⁰⁴ que surgen a partir de este concepto, siendo el reflejo de una “política criminal represiva frente a

²⁰¹ García Caveró, Percy, Derecho Penal Económico, Parte General, Tomo I, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007.

²⁰² Vid. supra, nota el pie N° 139.

²⁰³ “Bajo esta denominación se hace referencia al Derecho penal que trata a los infractores como enemigos, es decir, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea. Este Derecho penal se opone al Derecho penal del ciudadano, en donde la imposición de una pena se hace necesariamente en el marco de un procedimiento rodeado de garantías. Precisamente porque no se reacciona frente a ciudadanos, el Derecho Penal del Enemigo no está obligado a observar plenamente las condiciones de legitimidad que se exigen para imponer una sanción penal a los ciudadanos. Los enemigos se encuentran, de alguna forma, excluidos de la sociedad y, por lo tanto, el sistema jurídico no tiene que reconocerlos como ciudadanos, es decir, como personas. Podría decirse, en síntesis, que el Derecho Penal del Enemigo no busca confirmar con la pena la vigencia de la norma defraudada por la conducta de un ciudadano, sino neutralizar a aquellos sujetos que no ofrecen la garantía mínima de fidelidad al Derecho (los enemigos). El efecto comunicativo de la pena requiere, en estos casos, un aseguramiento cognitivo que se pretende alcanzar con el aligeramiento de los límites y los controles de la reacción penal”. García Caveró, Percy, Derecho Penal Económico, op. cit., pp. 103 y 104.

²⁰⁴ *Ibíd.*, p. 103.

determinados delitos especialmente graves”²⁰⁵. A continuación destaca este autor, que en la legislación peruana pueden constatarse ejemplos de cómo se ha adoptado diversas técnicas legislativas que presentan los aspectos característicos de un derecho penal del enemigo, cita para ello el tratamiento dado a los delitos de terrorismo, tráfico de drogas, criminalidad organizada, violación de menores de edad y corrupción de funcionarios públicos, dejando de lado lo que dice relación con delitos de corte económico, por cuanto entiende que la extrapolación de una lucha contra este tipo de delitos no es por ahora factible en una legislación como la peruana, por no existir en dicha sociedad un rechazo social hacia ese tipo de conductas como para tener a quienes realizan este tipo de conductas como enemigos²⁰⁶.

Luego, señala García Caveró, haciendo frente a las críticas a Jakobs en cuanto al trato que se le da al enemigo en relación con la función cognitiva que está detrás de dicha relación, aclarando que al delincuente no se le trata “como un mero objeto peligroso y ni tan siquiera como a alguien al que se le ha declarado la guerra en el sentido propio del término. La reacción jurídico-penal frente al enemigo requiere ciertos niveles de juridicidad, como son la existencia de un proceso penal con garantías mínimas, la declaración de culpabilidad realizada por un juez y el cumplimiento de la pena en un régimen penitenciario legalmente previsto”²⁰⁷. Esta argumentación es utilizada por García Caveró para demostrar que el trato que se le da al enemigo en esta lucha declarada, no se agota en el plano netamente cognitivo, sino que siempre existirá un cimiento normativo que será transversal en el proceso penal, que impedirá en definitiva considerar al enemigo como “no-persona”, por cuanto este

²⁰⁵ García Caveró, op. cit. p. 105.

²⁰⁶ “En el derecho penal alemán Jakobs menciona que también los delitos económicos adquieren las características de un Derecho penal del enemigo. El término lucha (*kampf*) que se utiliza para titular las leyes económicas (ley de lucha contra la criminalidad económica) mostraría la orientación de la legislación penal económica hacia un derecho penal del enemigo. Estas consideraciones, sin embargo, no pueden extrapolarse, al menos por ahora, al derecho penal económico peruano. Los delitos económicos no han adquirido todavía el rechazo social que posiblemente sí han alcanzado en Europa y, por lo tanto, no se ha desarrollado un derecho penal del enemigo para los delincuentes económicos”. Véase, *ibíd.* pp. 105 y 106.

²⁰⁷ García Caveró, op. cit. p. 104.

núcleo duro (garantías procesales mínimas, culpabilidad judicialmente declarada y cumplimiento de pena en sistema penitenciario legalmente regulado) no podrá concebirse si quien es objeto/destinatario del mismo no cuenta con aspectos que son reconocidos a todas las personas, “de hecho, Jakobs habla en la actualidad de una despersonalización parcial del enemigo”²⁰⁸. Lo anterior lleva a decir a García Caveró que se debe tener mayor rigor científico a la hora de criticar el concepto de Derecho penal del enemigo de Jakobs, por cuanto el enemigo no deja de ser persona si es visto el mismo desde otros ámbitos, por ello es precisa la aclaración de Jakobs a la hora de hablar de una despersonalización parcial, es más, este enemigo siempre tendrá la posibilidad de retomar los parámetros de comportamiento y satisfacer las expectativas sociales que se asocian al rol de ciudadano, por ende quienes no tengan presente esta diferenciación (de que el enemigo/no persona no es una referencia a la cosificación de la persona, sino que es un problema de normatividad) pecan en sus análisis de demagogia²⁰⁹.

Ahora bien, en el segundo de los trabajos citados de García Caveró, se plantea la interrogante en torno a si existe realmente un derecho penal del enemigo o no, y como segunda pregunta, el hecho de que si una regulación de tales características debe existir o no en el contexto de un Estado de Derecho. Nos señala el profesor peruano que de “*lege lata* no puede más que reconocerse la existencia de dicho derecho penal, aunque pueda no estarse de acuerdo con esta forma de regulación punitiva. Sin embargo, y en la medida en que se acepte que no todo lo que esté positivamente contemplado resulta siendo Derecho, cabe preguntarnos si este derecho penal del enemigo existente en la legislación peruana puede cuestionarse en términos de legitimidad o no”²¹⁰. Uno de los pasos para dar por existente este tipo de derecho

²⁰⁸ *Ibíd.* Las cursivas son de García Caveró. “Cuando Jakobs habla de que el enemigo es una no-persona, no hace referencia a una cosificación de la persona, sino a que la normatividad pura (ser persona) no se desarrolla en una normatividad realizada (actuar como persona)”, García Caveró, Percy, ¿Existe, y debe existir un derecho penal del enemigo?, op. cit. pp. 946 y 947.

²⁰⁹ *Passim* op. cit. pp. 946 y 947.

²¹⁰ García Caveró, Percy, ¿Existe, y debe existir un derecho penal del enemigo?, op. cit. p. 938.

penal, es mediante el análisis del tratamiento que los delitos de tráfico ilícito de drogas reciben en el Perú²¹¹. Destaca en primer término la severidad de las penas asociadas a las conductas tipificadas en ese contexto delictual²¹². Luego, en lo que dice relación con la técnica legislativa empleada, “el legislador penal ha procedido igualmente a adelantar de forma considerable las barreras de protección, castigando con penas elevadas conductas como la comercialización de materias primas e insumos destinados a la elaboración ilegal de drogas (...) se castigan los actos de promoción, favorecimiento, financiación, facilitación o ejecución de actos de siembra o cultivo de plantas como la amapola (*papaver somniferum*) o la marihuana, así como la comercialización de sus semillas”²¹³. Así, constata que mediante esta forma de legislar se han borrado las barreras existentes entre conductas propias de autoría y aquellas constitutivas de participación criminal, y también nos muestra cómo se adelantan las barreras de punibilidad, mediante la sanción de conductas netamente de preparación de la comisión de esta clase de delitos. Por último, en el plano de técnica de tipificación resulta llamativo el empleo de verbos rectores como “promover” o “favorecer”, lo que conlleva de plano “que cualquier aporte causal al acto de tráfico podría considerarse típico por parte de nuestros tribunales”²¹⁴. Junto con este rigor penal, García Caveró destaca también la recepción de esta manifestación del derecho penal en las normas de corte procesal y de ejecución de la pena que dicen relación con los delitos de narcotráfico²¹⁵. Con esto, busca demostrar que en la legislación

²¹¹ Junto con el análisis de este tipo de delitos, García Caveró realiza un estudio de lo que acontece con los delitos de terrorismo, delitos sexuales y delitos de corrupción.

²¹² “El tipo penal básico castiga la posesión de drogas con fines de comercialización con una pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, a la cual se le suman además las penas conjuntas de multa e inhabilitación”. García Caveró, Percy, op. cit. p. 933.

²¹³ *Ibíd.*

²¹⁴ García Caveró, Percy, op. cit. p. 933.

²¹⁵ “En cuanto a las normas procesales y de ejecución de la pena puede apreciarse igualmente una política de restricción o exclusión de diversas garantías individuales o beneficios procesales y penitenciarios para las personas procesadas o condenadas por delitos de tráfico de drogas. Por ejemplo, el plazo de detención policial se amplía como en el terrorismo a 15 días naturales, a los responsables del delito de tráfico ilícito de drogas se les excluye también del beneficio de la imputabilidad restringida antes mencionado y a los dirigentes, cabecillas o

peruana se ha venido materializando esta clase de derecho penal del enemigo, buscando con ello el legislador enviar un mensaje a la sociedad en torno a que esta clase de conductas revisten una gravedad, además de comunicar que el objetivo final de una efectiva persecución y castigo de estos delincuentes/enemigos amerita para conseguir dicho fin, una reducción y aligeramiento de las garantías penales, garantías que no dudaríamos en reconocer en su máxima expresión en caso de que se tratase de un delincuente al cual catalogaríamos como persona (en oposición a la categoría de enemigo/no-persona).

Ahora bien, en lo que dice relación con la legitimidad –en el contexto de un Estado de Derecho- de esta manifestación del derecho penal, García Caveró desliza una crítica enfocado en el hecho de que esta aptitud de legitimidad no se adquiere de manera automática por el hecho de plasmarse el mismo en derecho positivo. Apunta este autor al hecho de que existen ciertos principios que van más allá de la mera convención que se plasma en legislación, “bastando simplemente con señalar que la referencia material de estos principios se encuentra en la naturaleza de persona y que cuentan con un reconocimiento expreso y con mecanismos de protección tanto en la Constitución como en los tratados internacionales sobre derechos humanos”²¹⁶. Entonces, el hecho de que puedan comprobarse aspectos propios del derecho penal del enemigo en la legislación peruana, y que digan relación con ciertos grupos de delitos, dicha recepción y tipificación, no otorga *per se* legitimidad a dicha forma de entender el derecho penal, por cuanto “un derecho penal de excepción que no se ajuste a los principios constitucionales, no podrá aceptarse en el actual sistema jurídico-penal por más que se encuentre previsto positivamente en la legislación penal”²¹⁷.

jefes de las bandas o cárteles se les restringe la concesión de ciertos beneficios procesales y penitenciarios”. *Ibíd.*

²¹⁶ García Caveró, Percy, *op. cit.* p. 939.

²¹⁷ *Ibíd.*, p. 940.

Luego de efectuar un repaso de la posición de Jakobs y una constatación de las manifestaciones del derecho penal del enemigo en la legislación peruana, García Caveró esboza una opinión que presenta matices con la sostenida por el profesor alemán, pero dejando en claro que sus conclusiones son del todo similares. Así, señala Percy García, que aquel delincuente “que infringe las condiciones básicas para la convivencia pacífica entre ciudadanos (terrorista, narcotraficante, secuestrador, violador o funcionario corrupto) puede ver restringidos ciertos derechos fundamentales precisamente por su renuncia al estatus de ciudadano, pero de ninguna forma puede desprenderse de su calidad de persona que obliga al Estado a tratarlo como un ser con dignidad. En este sentido, los llamados enemigos no pueden ser considerados no-personas frente a los que se puede reaccionar de cualquier forma con la finalidad de eliminar su carácter de fuente de peligro”²¹⁸. Entonces un derecho penal del enemigo será legítimo sólo en la medida que sea excepcional, y dentro de esa excepcionalidad se respeten los derechos consagrados a nivel constitucional²¹⁹. Luego, el respeto de estos derechos constitucionales no es obstáculo para que pueda aceptarse una restricción en el ejercicio de los mismos, en la medida que dicha restricción sea razonable y se respete el contenido esencial de dichos derechos. Para finalmente concluir, que “es evidente que aquellos delincuentes que se muestran claramente orientados a destruir las bases de la convivencia ciudadana pacífica no pueden luego invocar su ciudadanía para un tratamiento penal más benigno o rodeado de garantías. Si debemos honrar al delincuente como ser racional, debemos tratarlo de forma coherente con el sentido de su actuación: la renuncia a su ciudadanía. Esta renuncia, sin embargo, no permite disponer de lo indisponible: su calidad de persona”²²⁰.

²¹⁸ *Ibíd.*, p. 947.

²¹⁹ García Caveró agrega que “no se puede negar de plano la configuración de un derecho penal especialmente severo y restrictivo de ciertas garantías. La legislación penal no puede ser considerada ilegítima por el solo hecho de intensificar los estándares ordinarios de represión penal”. *Ibíd.*, p. 948.

²²⁰ García Caveró, Percy, *op. cit.* p. 948.

3.3. Mario Schilling Fuenzalida.

Schilling desarrolla su tesis a lo largo de su obra “El nuevo derecho penal del enemigo”²²¹. Sostiene, ante la abundante y copiosa crítica que ha surgido en torno a la construcción teórica de Jakobs, que la expresión derecho penal del enemigo “no es una expresión diabólica del Estado autoritario como se la pretendido pintar. Respeta el ordenamiento jurídico, es acorde con el respeto a los derechos humanos y al Estado de Derecho. Tal vez si Jakobs no hubiera utilizado las distinciones de “persona y no-persona”; y la expresión “enemigo”, sus ideas no habrían provocado la ira internacional de los académicos”²²². Luego, nos presenta cuáles serían los fundamentos filosóficos del derecho penal del enemigo, sintetizando los mismos en ocho premisas, a saber: “El derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo se yuxtaponen como dos tendencias de un mismo derecho penal; El derecho penal del enemigo es indicativo de una pacificación insuficiente tanto de los pacificadores como de los rebeldes; El derecho penal del enemigo es, en todo caso, Derecho y no mera violencia estatal punitiva; En el derecho penal del enemigo se procede con medidas de seguridad más que penas. Se lucha contra un peligro, en lugar de comunicación; El Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico; Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo como tal, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas; No todo delincuente es un enemigo; Los enemigos no son personas”²²³. Schilling a partir de esta premisas –tomadas del planteamiento de Jakobs- busca la conexión de las mismas con el principio de responsabilidad desarrollado por Hans Jonas, intentando en definitiva (re)construir una tesis que permita legitimar el derecho penal del enemigo desde la ética del Estado “en su rol de garante de la paz y seguridad individual de las

²²¹ Schilling Fuenzalida, Mario, “El Nuevo derecho penal del enemigo”, Librotecnia, primera edición, Santiago, 2010.

²²² *Ibíd.*, p. 190.

²²³ *Ibíd.* pp. 63 y 64.

personas”²²⁴, y con especial énfasis en la prognosis de responsabilidad estatal en relación con las futuras generaciones. Aquí, sostiene Schilling, el riesgo ya no vendría dado por los avances tecnológicos, en los términos de una sociedad del riesgo en la nomenclatura de Beck, sino derechamente que el mismo provendría de una fuente social (no tecnológica) como lo sería la criminalidad contemporánea, lo cual redundaría en una reformulación del concepto de derecho penal del enemigo desde una “dimensión ético-política”²²⁵.

Para justificar el puente argumentativo entre la tesis de Jakobs y los postulados de Hans Jonas, Schilling hace un recorrido por los principales aspectos sostenidos por este último en su obra “El Principio de Responsabilidad. Ensayo para una ética en la civilización tecnológica”. A grandes rasgos, Schilling al citar a Jonas sostiene que éste encamina su ética “principalmente al peligro de destrucción de la vida humana ante el avance técnico, su preocupación no se asocia a los desarrollos sociales ni menos aún al avance progresivo de la delincuencia, por peligrosa que ésta sea”²²⁶. Constatado los énfasis de la “ética jonasiana”, en el sentido de circunscribirse a los riesgos asociados a la naturaleza (catástrofes) y a los avances tecnológicos que puedan redundar en la desaparición de la humanidad, Schilling da un paso más allá y da a la tesis de Jonas un carácter de legitimador del derecho penal del enemigo. Basa este nexo legitimador en una cierta “analogía” que permitiría aplicar al derecho penal del enemigo los principios de la ética de la responsabilidad de Jonas, así como los postulados de la heurística del miedo de dicho autor. Las diferencias que pueden apreciarse en la preocupación genuina de Jonas –desastres naturales y avances tecnológicos- y lo que Schilling pretende –solución a problemas sociales asociados a la criminalidad “peligrosa, organizada, contumaz e incorregible”²²⁷ serían más que nada de escalas,

²²⁴ Esta reformulación que propone Schilling toma como cimiento los aportes de Hans Jonas en relación a la responsabilidad y la heurística del temor. Jonas, Hans, “El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Herder, Barcelona, 1995.

²²⁵ Véase *ibíd.*, capítulo 7, pp. 151-184.

²²⁶ Schilling Fuenzalida, Mario, *op. cit.* p. 165.

²²⁷ *Ibíd.*

por cuanto “la preocupación de Jonas es la humanidad en cuanto a la vulneración de su derecho máspreciado: la vida y su continuidad como tal”²²⁸, lo cual Schilling plasma en un “derecho a la seguridad de la humanidad y sus generaciones venideras”²²⁹.

Entonces el vínculo estaría dado por esta preocupación común: el devenir de la humanidad. La especificación dada por Schilling en la construcción de su ética legitimadora estaría entonces en que esta preocupación por el futuro de la humanidad estaría circunscrita a su seguridad, entendiendo la misma como un derecho humano universal e inalienable²³⁰. En este contexto, los “enemigos” para Schilling serían aquellos que logran situarse en una posición tal que mediante sus conductas puedan llegar a “socavar las estructuras mismas sobre las que descansa el Estado de Derecho”²³¹, tornando a dicho Estado en inoperante y con respuestas ineficaces en relación a las pretensiones sociales de seguridad, las cuales surgirían como una necesidad ante la vulnerabilidad a la cual se vería expuesta la sociedad ante la “intervención tecnológica del criminal incorregible y peligroso”. Con ello vemos como en la construcción del concepto de enemigo enarbolada por Schilling (en base a la construcción de Jakobs) existe un alto componente de (potencial) peligrosidad.

Luego, Schilling, echando mano a los derechos humanos, busca reforzar su construcción en el sentido de que tanto la paz como la seguridad se presentan como

²²⁸ *Ibíd.* pp. 165 y 166.

²²⁹ *Ibíd.*, p. 166.

²³⁰ “En ciertos extremos como el terrorismo y el uso de armas de destrucción masiva ambas éticas son equivalentes. Jonas desarrolla la heurística del temor ante la vulnerabilidad de la naturaleza sometida a la intervención tecnológica del hombre; nosotros en tanto la aplicaremos a la vulnerabilidad de la sociedad sometida a la intervención tecnológica del criminal incorregible y peligroso que se manifiesta en las formas descritas por Jakobs. Jonas teme a la guerra total y biológicamente devastadora; nosotros tememos al conflicto social moralmente devastador, generado por grupos altamente peligrosos para la seguridad de los ciudadanos. El objeto de responsabilidad humana en Jonas es la naturaleza y, por supuesto, comprendida en ésta el ser humano; nosotros extenderemos esa responsabilidad humana a la paz social. Para Jonas una responsabilidad de la política es atender a que siga siendo posible la política futura”. Schilling, Mario, op, cit. p. 166.

²³¹ *Ibíd.*, p. 167.

derechos esenciales en el contexto de una vida en sociedad, y que como tales requieren de una respuesta estatal eficiente a la hora de protegerlos. Así, la respuesta que se deba dar al accionar de “criminales peligrosos e incorregibles”²³² que perturben y/o impidan el ejercicio de tales derechos, puede plantearse en dos momentos: uno inmediato y otro remoto. En un tiempo inmediato, reconoce Schilling, que no habría una respuesta satisfactoria para repeler tales conductas, es más, el propio derecho penal del enemigo resultaría estéril ante ataques de esta índole²³³, por lo que el énfasis debería estar puesto en la respuesta remota que pueda dar el Estado ante conductas provenientes de estos enemigos, por cuanto “se puede esperar que con la aplicación constante de instrumentos jurídicos más eficientes, las futuras generaciones disfruten de la cosecha, cuya siembra se realizó basada en el principio de responsabilidad (del Estado punitivo)”²³⁴.

Para que se pueda llegar al resultado de brindar seguridad y paz a las futuras generaciones, Schilling toma las premisas de Jonas y las reformula contextualizándolas en el problema de la delincuencia. El imperativo jonasiano utilizado correspondería al siguiente: “obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra”, o, expresado negativamente, “Obra de tal modo que los efectos de tu acción no sean

²³² *Ibíd.*, p. 168.

²³³ “La limitación a la proximidad espacial y a la contemporaneidad ha desaparecido arrastrada por el ensanchamiento espacial y la dilatación temporal para fines cercanos. Su irreversibilidad, asociada a su concentración, introduce un factor novedoso en la ecuación moral. A esto se añade su carácter acumulativo: sus efectos se suman, de tal modo que la situación para el obrar y el ser posteriores ya no es la misma que para el agente inicial, sino que es progresivamente diferente de aquella y es cada vez más el producto de lo que ya fue hecho. Esto se demuestra en la acción disvalórica del narcotráfico que, al generar un número superior de adictos va aumentando a su vez, los efectos colaterales, con delincuencia violenta contra las personas y sus propiedades, con la corrupción de los agentes del Estado, con la delincuencia económica para evadir el control. Más acumulativos son los daños creados al interior de la sociedad mediante ataques terroristas sistemáticos, por ejemplo, en los países del Medio Oriente. Para qué mencionar la red inteligente de pederastas asociados por las comunicaciones avanzadas, gracias a la técnica contemporánea. La “nueva acción de la delincuencia” usa la técnica, y todo el poder de la técnica, convirtiéndose la acción criminal en una acción acumulativa”. Schilling, Mario, *op. cit.* pp. 168 y 169.

²³⁴ *Ibíd.*, p. 168

destruictivos para la futura posibilidad de esa vida²³⁵. Luego, concluye Schilling que tales imperativos son completamente aplicables en la fundamentación de un Derecho Penal del Enemigo e incluso de otro instrumento jurídico más eficaz para la reducción de la delincuencia²³⁶, reformulando su enunciación en fórmulas en clave positiva: “obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténticamente segura en la Tierra”²³⁷, o, en clave negativa: “No pongas en peligro las condiciones de seguridad de la humanidad en la Tierra”²³⁸.

De estos imperativos, extrae Schilling la conclusión de que hay que combatir a un enemigo. ¿Quién sería este enemigo? Sería aquel que pone en entredicho, aquel que viola el contenido del imperativo. Esto Jonas no lo señala de manera expresa, pero, de manera tácita podríamos entender que Jonas “nos refiere a un enemigo al cual combatir”²³⁹, y que en la tesis de Schilling correspondería al “que obra de tal modo que los efectos de su acción son destructivos para la futura posibilidad de una vida humana auténtica en la tierra”²⁴⁰. Estos que obran de esta manera son los que merecen ser catalogados como “enemigos de la humanidad”²⁴¹. Esta constatación de quiénes serían los “enemigos” conlleva de plano la necesidad de un actuar de parte del Estado en relación con ellos en un nivel de “políticas punitivas que sean más

²³⁵ Jonas, Hans, op. cit. p. 40, citado por Schilling, Mario, op. cit. p. 171.

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ Schilling Fuenzalida, Mario, op. cit. p. 171.

²³⁸ Aclara Schilling, para evitar malos entendidos con la tesis de Jonas, que “debemos atender a que la diferencia entre la ética jonasiana original y la ética que buscamos se encuentra no sólo en la escala de valores (cuya cúspide de ésta –la vida- en Jonas y –la seguridad- en un Derecho Penal más efectivo) sino además que dichos imperativos corresponderían, más bien, a ser aplicados principalmente por los agentes del Estado punitivo que participan en forma directa en la lucha contra la delincuencia”. *Ibíd.*

²³⁹ *Ibíd.*

²⁴⁰ *Ibíd.*

²⁴¹ Estos enemigos en concepto de Schilling, serían aquellos que no “incluyen en su elección presente ni en el objeto de su querer, la futura integridad del hombre”, por tal razón no queda otra alternativa que tratarlos como enemigos. *Ibíd.*

efectivas y más severas”²⁴². Este actuar estatal se justificaría siempre en el entendido que se está protegiendo un futuro, un porvenir en el cual la paz y la seguridad son los pilares esenciales para un pleno desarrollo social, y en definitiva, tomados como derechos que reclaman una protección estatal acorde a su condición de esenciales²⁴³.

Junto con el principio de responsabilidad desarrollado por Jonas, Schilling utiliza otra de las concepciones del autor alemán, a saber, la heurística del temor. Jonas entiende por tal a un mecanismo que busca anticiparse y prevenir catástrofes naturales, así como el minimizar el riesgo de desaparición de la vida humana. En este camino, conjugado con la responsabilidad que esta tarea conlleva, se adquiere conciencia de lo que está realmente en juego: la continuidad de la humanidad. Esta toma de conciencia va de la mano con el temor asociado a la no consecución de dicho objetivo, el temor a la destrucción del entorno y de la vida humana de manera consecencial, resultado que se presenta del todo irreversible. Esto —el temor- no debe implicar una inmovilización de parte de quien la experimente, sino que por el contrario, en base a la responsabilidad que la labor arriba destacada conlleva, debe constituir un acicate a la hora de intentar tal finalidad. “Solamente la prevista desfiguración del hombre nos ayuda a forjarnos la idea de hombre que ha de ser preservada de tal desfiguración; y necesitamos que ese concepto se vea amenazado -con formas muy concretas de amenaza— para, ante el espanto que tal cosa nos produce, afianzar una imagen verdadera del hombre”²⁴⁴. Entonces, desde esta perspectiva ética, resulta más eficiente cuestionarse desde una perspectiva negativa en relación al porvenir, es decir, no preguntarse acerca de qué es lo que se quiere en relación al futuro, sino más bien indagar en torno a qué es lo que no queremos que

²⁴² *Ibíd.* p. 172.

²⁴³ “Conocemos plenamente el daño y la inseguridad, por no decir el miedo, que nos provoca las infinitas variedades del delincuente que acecha la sociedad, en sus diversas manifestaciones: el terrorista, el capo de la mafia, el asesino, el pederasta, el narcotraficante, el asaltante, el violador, el estafador, el ladrón, sin que podamos conocer la naturaleza ni la cura definitiva que nos conduzca a la paz y la seguridad comunitaria”, Schilling Fuenzalida, Mario, *op. cit.* p. 173.

²⁴⁴ Jonas, Hans, *op. cit.* p. 65.

ocurra el día de mañana. Esta es la metodología presentada por Jonas para afrontar el reto de conservación de la humanidad ante los riesgos ecológicos y del desarrollo tecnológico. Schilling toma esta argumentación y la traduce al plano de la criminalidad en el sentido de que debemos plantearnos en la posición de que “no queremos que el crimen adquiera mayor poder incluso a límites de penetrar el Estado democrático corrompiendo a sus agentes, o que siga creciendo a tasas y nivel de organización, que las futuras generaciones se encuentren con una sociedad aún más insegura que la actual y con un Estado incapaz de protegerlos. Con normas vacías cuyo Derecho Penal sea más bien un inventario de conductas contrarias a los valores de la sociedad antes que un instrumento jurídico que resuelva el conflicto penal de las sociedades democráticas (...) y precisamente el temor a que la acción destructiva y acumulativa de la delincuencia siga progresando es lo que nos sugiere a valorar la seguridad no sólo como bien jurídico sino también como bien moral altamente apreciado”²⁴⁵.

¿Qué rol juega el Estado en esta cruzada de sobrevivencia? Schilling entiende que el rol estatal es crucial para efectos de alcanzar esta seguridad ciudadana. Este papel constituye un “deber inexcusable”²⁴⁶ para el Estado que debe responder de la manera más enérgica posible ante esta responsabilidad, para evitar así “los efectos remotos de la acción destructiva y acumulativa del crimen contemporáneo”²⁴⁷.

Finalmente Schilling hace la constatación de que en la práctica el derecho penal del enemigo existe, viendo en él la mejor solución disponible para enfrentar el reto de

²⁴⁵ Schilling, Mario, op. cit., p. 174.

²⁴⁶ *Ibíd.*, p. 175.

²⁴⁷ *Ibíd.*, p. 174. “Anticipemos la representación de este mal: terroristas y narcotraficantes más ricos que pueden adquirir todo tipo de armas, incluso de destrucción masiva; pederastas y violadores en serie con un mayor poder tecnológico de comunicación y rastreo de niños y víctimas sexuales; criminales reincidentes con un mayor conocimiento de las técnicas policiales y del Derecho para vulnerar su control”, *ibíd.* pp. 174 y 175.

entregar seguridad y paz social a los ciudadanos en un futuro²⁴⁸, en palabras de este autor, esta “faceta del derecho penal” constituiría “un modo de expresión más apasionado de nuestro deseo social de vivir en paz”²⁴⁹, por lo que en caso de que el Estado no adopte las medidas de técnica legislativa, o bien las adopte con una menor intensidad que la requerida, esta omisión o falencia tendrán como consecuencia necesaria efectos a nivel de integridad física y psicológica de las personas, por cuanto permitirían un desarrollo de la criminalidad asociada a estas esferas de protección, implicando en último término una erosión de “la integridad moral del Estado”²⁵⁰, lo que denotaría un actuar irresponsable por parte del Estado, al no haber dispuesto de todos los medios disponibles para salvaguardar el derecho a la seguridad personal de cada uno de los ciudadanos. Schilling sostiene que el Estado para combatir a aquella delincuencia asociada a delincuentes no posibles de rehabilitar²⁵¹, debe utilizar como medio al derecho penal del enemigo en términos de Jakobs, por cuanto constituye la principal “herramienta jurídica para evitar un mal supremo”²⁵².

Así, de la síntesis realizada por Schilling respecto de lo sostenido por Jakobs en torno al derecho penal del enemigo, podemos destacar el hecho de que en la primera de las premisas por él apuntadas, en lo que dice relación a la existencia y ubicación de dicha tendencia, nos señala que es necesario que ésta coexista con el derecho penal como una manifestación del mismo. Derecho penal del enemigo y derecho penal del ciudadano vendrían a ser parte integrante del derecho penal, donde ambos cumplirían fines distintos, uno aplicado a quienes hayan cometido un error, mediante la aplicación

²⁴⁸ “El Derecho Penal del Enemigo es una herramienta jurídica que nos permite derechamente evitar un mal supremo. Al menos su razón de ser apunta a luchar contra el mal en la sociedad”. Schilling Fuenzalida, Mario, op. cit., p. 177.

²⁴⁹ *Ibíd.* p. 175.

²⁵⁰ *Ibíd.* p. 176.

²⁵¹ “Contra ellos, nada funciona más que un Derecho Penal más severo que restrinja su acción destructiva y acumulativa”. *Ibíd.* p. 186.

²⁵² *Ibíd.* p. 177.

de una pena a su respecto, y el otro, aplicado a los enemigos²⁵³, a través de la respectiva medida de seguridad acorde a su peligrosidad²⁵⁴. La consecuencia de la técnica empleada por los delincuentes habituales, asociados a una peligrosidad mayor en comparación con el delincuente común, ha sido la transformación del “derecho penal tradicional como un mecanismo insuficiente para neutralizarlos”²⁵⁵.

²⁵³ Enemigos serían todos aquellos que no prestan una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, por lo que el Estado debe tratarlos de manera diferenciada (no pueden ser tratados como ciudadanos), ya que de lo contrario se estaría afectando el derecho a la seguridad de las demás personas. “No todos los delincuentes son enemigos, sino un número muy restringido de ellos. (Jakobs) Concentra su atención en los narcotraficantes, terroristas, criminales sexuales habituales, entre otros. Lo básico es la peligrosidad del individuo y lo que se intenta es neutralizar su acción hacia el futuro, en definitiva, proteger el derecho a la seguridad individual, propia de las personas”. Schilling Fuenzalida, Mario, op. cit. p. 189.

²⁵⁴ “En el Derecho Penal del Enemigo se procede con medidas de seguridad más que penas. Se lucha contra un peligro, en lugar de comunicación”. Lo que se aplica al individuo peligroso contra el cual se procede a través de una medida de seguridad y no mediante una pena; se orienta básicamente a que el sujeto peligroso no vuelva a cometer hechos en el futuro. Por eso dice Jakobs se lucha contra un peligro en lugar de comunicación. Esta es una de las distinciones básicas entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal del ciudadano”. *Ibíd.* p. 188.

²⁵⁵ *Ibíd.*, p. 187.

CAPÍTULO II. LEY Nº 20.000 Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

1. El (micro)traficante como enemigo.

En el contexto que la delincuencia se ha objetivado como uno de los principales peligros para la sociedad²⁵⁶, las conductas vinculadas a las drogas han venido siendo estereotipadas como uno de los flagelos que azotan a la sociedad actual, por lo que aquellas personas asociadas a esta actividad pasan a ser catalogados de manera automática como “peligrosos”, constituyendo un lugar común, tal como sostiene Scalia, el hecho de que “los micro-traficantes son los responsables de la inseguridad ciudadana”²⁵⁷, ya que ellos constituyen “el único grupo que mantiene una percepción antagónica con respecto a la percepción dominante del problema de la droga”²⁵⁸. Ahora bien, la droga en este contexto pasa a ser considerada lisa y llanamente como una patología social. “Así se grafica a todo lo relacionado con las drogas como algo malo, patológico, inmoral que estaría corrompiendo a la sociedad a través de la difusión del consumo de drogas de la población y la debilitación de los organismos públicos por la corrupción”²⁵⁹, ante lo cual no queda otra alternativa que enfrentar esta lacra, mediante la estrategia de la guerra. El principal campo de batalla de esta nueva guerra estará configurado por el rol que cumple el sistema legislativo, el cual echará

²⁵⁶ Para ello consúltese los distintos estudios y encuestas elaborados por la Fundación Paz Ciudadana, disponibles en <http://www.pazciudadana.cl/publicaciones-revistas.php>. Fecha de consulta: 10 de junio de 2010.

²⁵⁷ Scalia, Paolo, “Prohibicionismo, grupos sociales a riesgo y autoritarismo institucional: la censura social hacia los microtraficantes”, en línea: www.revistapolis.cl/11/scal.doc, p. 3. Fecha de consulta 30 de mayo de 2010.

²⁵⁸ Baratta, Alessandro, Fundamentos ideológicos de la actual política criminal sobre drogas, Oñati, 1993, paper, Biblioteca IISJL, pág. 3, citado por Scalia, Paolo, ob. cit. Ibídem. En esta construcción contribuyen principalmente los medios masivos de comunicación social, generando de esta manera una respuesta de parte de la opinión pública que clama por mayores grados de seguridad, y ve en los delincuentes el principal foco de peligro.

²⁵⁹ Pavez Farías, Juan y Prat Lopichich, Arturo, “Análisis crítico de la ley Nº 20.000”, memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, página disponible en línea: http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2006/pavez_j/html/index-frames.html. Fecha consulta: 30 de mayo de 2010.

mano del último y peor de los recursos para solucionar problemas sociales, esto es, el derecho penal. Así la respuesta de este sistema será del todo enérgica al momento de crear la norma que regule y sancione este tipo de conductas²⁶⁰.

2. Incorporación del tipo penal de microtráfico.

El día 16 de febrero de 2005 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, la cual vino a sustituir a la Ley N° 19.366. En este sentido la Ley N 19.366, tipificaba (artículo 5º) el delito de tráfico de drogas, asignándole una pena que iba del presidio mayor en su grado mínimo a medio. Como contrapartida, se sancionaba como falta el porte de cantidades menores de droga siempre que éstas estuvieran destinadas a un uso o consumo personal. En la práctica judicial se originaron una serie de “problemas” a la hora de poder castigar a aquellos que tenían consigo una cantidad de drogas tal que no era presumible que estuviesen destinadas a un uso o consumo personal, pero claramente menor a una cantidad que pudiera ser catalogada como “tráfico de drogas”. Ante esta situación muchos jueces optaron por castigar por la falta del consumo de drogas, evitando de esa manera aplicar una pena desproporcionada a un hecho de baja lesividad (recordando que la pena mínima asignada al delito de tráfico en dicha ley partía en los 5 años y un día). Es esta una de las principales problemáticas de las cuales se hace cargo la Ley N° 20.000²⁶¹, estableciendo un tipo

²⁶⁰ En este sentido Paolo Scalia sostiene que “el carácter represivo de las intervenciones institucionales, desde el mismo momento de la creación de la norma legislativa, produce sólo un aumento injustificable e incontrolable en los tres niveles de la violencia monopólica-institucional. Éstos son: a) la violencia simbólica de la ley penal, b) la violencia burocrática-administrativa de las agencias penales, policías y tribunales, c) la violencia física institucional hacia los posibles detenidos por “microtráfico”, en términos de privación de la libertad personal con el consecuente aumento de los costos sociales de las políticas de control de las drogas sobre los individuos atrapados por las redes penales, sus familias y la comunidad social. Scalia, Paolo, op. cit. pág. 4.

²⁶¹ En el Mensaje de la Ley N° 20.000, se establecía una “necesidad” para efectuar un cambio en la legislación de drogas, donde se hacía eco a este problema de aplicación de la ley por parte de los jueces, así se expresaba que “la propia aplicación de dicha ley -19.366- ha determinado la necesidad de adecuarla a las actuales exigencias de la realidad nacional. El conjunto de propuestas en esta materia tienen por objeto principal otorgar las herramientas apropiadas para endurecer las sanciones y, lo que es más importante, lograr que todos los partícipes sean condenados y que las penas se cumplan efectivamente. Estas conductas,

penal privilegiado en relación con el tráfico de drogas como históricamente se había concebido y castigado, a saber, el llamado delito de “microtráfico”, como una forma de evitar la impunidad de los *dealers* callejeros, y en definitiva de todos aquellos que incurrieran en conductas de tráfico, pero estando involucradas “pequeñas cantidades” de droga²⁶².

En relación con este nuevo tipo penal, se puede sostener que la técnica legislativa empleada en su construcción se caracteriza por utilizar una serie de verbos rectores (poseer, transportar, guardar, portar, transferir, suministrar o facilitar) donde la concurrencia de cualquiera de dichos verbos permite configurar este tipo, respondiendo de esa manera al carácter de delito de emprendimiento, tal como lo ha sostenido la doctrina²⁶³. Ahora bien, el elemento crucial que ha de interpretarse es el

llamadas de "microtráfico", productoras de graves daños sociales, no se encuentran apropiadamente tratada en la ley actual, la que se concibió, desde la primera ley especial del año 1973, para enfrentar a los grandes grupos criminales". Al hacerse cargo de la práctica judicial (cuando los jueces no castigaban a los pequeños traficantes), el Mensaje sostenía que: "Ello ha producido un mayor daño social que el perjuicio individual que se trataba de evitar, en la medida que constituye una grave señal que puede incentivar tales conductas.

²⁶² El artículo 4º de la Ley N° 20.000 establece que: "El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1º, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo, y multa de 10 a 40 UTM, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro. Se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título".

²⁶³ Tal como sostienen Politoff, Ramírez y Matus, al tratar el delito de tráfico de drogas que "se trata de un delito de emprendimiento, consistente en la participación indeterminada de una actividad criminal iniciada o no por el autor". Conductas todas que forman parte del "ciclo del tráfico ilícito de estupefacientes". Politoff, Sergio, Ramírez, Cecilia y Matus, Jean Pierre, "Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial", Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2006, pp. 575 y 576.

de “pequeñas cantidades”²⁶⁴, ya que ello marcará en definitiva el límite de una conducta para ser considerada como microtráfico (artículo 4º) o bien como tráfico de drogas (artículos 3º y 1º)²⁶⁵, no siendo menor su determinación, toda vez que la diferencia de los rangos de pena son considerables²⁶⁶. Otro punto conflictivo ha sido el empleo de un elemento negativo del tipo en la parte final de su inciso primero (“a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico²⁶⁷ o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo²⁶⁸”), lo cual ha sido

²⁶⁴ “Tratándose de supuestos de ventas de pequeñas cantidades de drogas (*venta* entendida en sentido amplio, abarcando los demás supuestos comprendidos en el inciso segundo), un primer aspecto que distorsiona el pleno respeto a la igualdad ante la ley es la dispar geografía de nuestro país, la que condiciona a las distintas regiones, en especial a las más extremas, a una distinta circulación de volúmenes de estupefacientes o sicotrópicos. Esta óptica tolera *v. gr.* que quien traficó 100 grs. de pasta base de cocaína en Arica puede (y/o pudo) ser condenado como microtraficante, y que quien traficó la misma cantidad de igual sustancia en Aysén sea condenado como traficante, sólo porque en dicha ciudad el tráfico de drogas no acostumbra tales dimensiones”. Velis Cisternas, Luciano, *El Microtráfico. Análisis crítico a la normativa, doctrina y jurisprudencia*. Librotecnia, primera edición, Santiago, 2009, p. 43.

²⁶⁵ En este sentido es el propio artículo 4º de la ley 20.000 el cual da una luz —en clave negativa— para entender cuándo se estaría en presencia de una “pequeña cantidad” de droga, al señalar en su inciso final que “no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”. Para un acabado análisis de esta materia, véase Politoff, Ramírez y Matus, *op. cit.* pp. 583 y ss.

²⁶⁶ Para el microtráfico, la ley N° 20.000 establece una pena de 541 días a 5 años, con una multa de 10 a 40 UTM, en cambio el tráfico de drogas tiene aparejada una pena que va desde los 5 años y un día hasta los 15 años, con una multa de 40 a 400 UTM.

²⁶⁷ “Las drogas o sustancias a que se refiere el art. 1º de la ley pueden destinarse a la atención de un tratamiento médico. Su fundamento se encuentra en los artículos 6º y 7º, los cuales contemplan hipótesis en las que algunos profesionales se encuentran autorizados para prescribir o suministrar, respectivamente, dichas drogas o las materias que sirvan para obtenerlas, siempre que (i) haya necesidad médica o terapéutica, en el caso del art. 6º, y (ii) se respeten las disposiciones legales o reglamentarias, en el caso del art. 7º. En este sentido, si la ley ha autorizado a los médicos cirujanos, odontólogos y médicos veterinarios y, por otro lado, a los directores técnicos o químicos-farmacéuticos de los laboratorios y establecimientos farmacéuticos abiertos al público, para recetar o suministrar, respectivamente, las drogas o sustancias o las materias que sirvan para obtenerlas, es únicamente para destinarlas a quienes por razones médicas o terapéuticas, lo necesitan”. Velis Cisternas, Luciano, *op. cit.* pp. 93 y 94.

²⁶⁸ “La doctrina ha entendido que con estas expresiones la ley limita el destino que a las sustancias pueda dar el sujeto activo de las conductas descritas en la ley, ya que aquél sólo puede poseer, portar, guardar o transportar pequeñas cantidades de drogas para consumirlas

criticado por algunos autores, porque eventualmente entraría en tensión con la presunción de inocencia, discusión que ha sido zanjada por el Tribunal Constitucional²⁶⁹, ante lo cual nosotros tomamos postura al entender estas hipótesis como causales de atipicidad²⁷⁰.

él solo, excluyéndose supuestos en que la intención sea transferirlas, suministrarlas o facilitarlas para el uso o consumo de un tercero, o para consumirlas concertadamente...la proximidad en el tiempo dependerá de las especiales circunstancias de la incautación a las que deberá atender el juzgador, sujetándose a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Ello sin embargo, entraña una importante desventaja, pues al tratarse de un concepto indeterminado, es el juez quien precisa la proximidad. Y de la lectura de fallos referidos a la materia puede concluirse que, salvo raras y acertadas excepciones, se tiende a interpretar la proximidad en el tiempo como un suceso futuro casi inmediato". Velis Cisternas, Luciano, op. cit. p. 102.

²⁶⁹ Con ocasión de la resolución pronunciada por el TJOP de Temuco, con fecha 29 de agosto de 2007, en la causa RUC 0700006159-4, seguida en contra de Paul Morrison Cristi, que absolvió al acusado de los cargos que el Ministerio Público le atribuía como autor del delito previsto y sancionado en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, el referido Tribunal sostuvo que: "...la prueba producida por el acusador fiscal..., es insuficiente para destruir la presunción de inocencia...".- El Ministerio Público recurrió de nulidad ante la ICA de Temuco, la cual, en fallo de 17 de noviembre de 2007, dictado en los autos Rol N° 1048/2007, sostuvo que el delito contemplado en la norma aludida generaba una presunción legal de responsabilidad penal a partir de ciertos hechos, la cual alteraba el onus probandi y que, en consecuencia, debía el propio acusado acreditar las causales de justificación necesarias para eludir la pena penal.- La Ilustrísima Corte agregó, además, que lo dicho no vulneraba la presunción de inocencia, ya que el imputado mantenía el derecho a demostrar la inexistencia del delito y su participación.- Con fecha 19 de noviembre de 2007, la defensa del acusado Morrison, representada por el abogado Raúl Tavolari Oliveros, interpuso recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Excelentísimo Tribunal Constitucional, por entender que el artículo 4° de la Ley N° 20.000, vulneraba la presunción de inocencia consagrada en la Constitución. En este sentido, el recurrente solicitó al Tribunal Constitucional que declarara lo siguiente: a) La presunción de inocencia, aisladamente considerada y, además, en cuanto integrante de la noción de una investigación y un procedimiento penal justos y racionales, constituye un derecho esencial que emana de la naturaleza humana; b) que esta presunción de inocencia está consagrada explícitamente en el Ordenamiento Constitucional chileno; c) En subsidio, que ella constituye un derecho esencial implícito en la Carta Política; y d) que la disposición legal impugnada en este arbitrio constitucional, vulnera y desconoce el derecho esencial de toda persona sometida a un proceso penal, de resguardarse frente al poder sancionador del Estado, en dicha presunción de inocencia.- El 13 de mayo de 2008, el Tribunal Constitucional dictó su resolución desechando, por amplia mayoría, la tesis del recurrente, y acogiendo, a su vez, los argumentos esgrimidos por el Ministerio Público, particularmente al señalar que "...la parte final del inciso primero del referido artículo 4° [Ley 20.000] consagra una causal de justificación de la responsabilidad penal...", por lo cual es el acusado quien debería probar la existencia de la misma.

²⁷⁰ Como vimos en la nota al pie anterior el TC habla de "causal de justificación". Siguiendo a Navarro Dolmestch, creemos que al tratarse de elementos negativos del tipo, la concurrencia de hipótesis de "autoconsumo" o destinación de las sustancias a la atención de un tratamiento

3. La guerra contra el microtráfico.

Con la entrada en vigor de la Ley N° 20.000, y comparando su alcance con la legislación previa, podemos sostener que la regulación macro aplicable al delito de tráfico de drogas estaba ya contenida en la Ley N° 19.366, y muchas de ellas se mantuvieron inalterables en el nuevo texto legal, y otras recibieron pequeños retoques, y que como dijimos, la principal novedad vino dada por la incorporación del delito de microtráfico. En este escenario, válido resulta preguntarse acerca de si esta nueva regulación recoge aspectos de lo que en doctrina se ha denominado “derecho penal del enemigo”, cuyos planteamientos generales los hemos visto en el capítulo anterior²⁷¹, y que a modo de síntesis podemos recordar que la tesis de Jakobs²⁷² consiste en que la validez del derecho se mantiene contrafácticamente en la medida en que el comportamiento corruptor de la norma es marginalizado. En este sentido la sociedad sólo podrá operar en la medida en que exista una base cognitiva, que permita tener la expectativa de que una persona se comportará de acuerdo al mandato de la norma²⁷³ (por ende actuará como “persona”). En caso de que esta expectativa no

médico serían en estricto rigor causales de atipicidad (causales que tienen incidencia y aplicación a nivel de tipo, y no a nivel de antijuridicidad). Véase Navarro Dolmestch, Roberto, El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del art. 4° de la Ley N° 20.000, en Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins *Ars Boni et Aequi*, Número 3, año 2007, pp. 97-148.

²⁷¹ Vid supra, capítulo I.

²⁷² En este punto nos estamos refiriendo a la tesis postulada por Jakobs en 1999, dejando atrás su primera aproximación al tema (1985) donde emplea el concepto de derecho penal del enemigo de manera peyorativa para estigmatizarla como una tendencia antiliberal y bélica. Para sintetizar ambos momentos, Cornelius Prittwitz sostuvo que “en términos generales puede afirmarse que mientras en su ponencia de 1985 Jakobs declaró la guerra al ilegítimo “derecho penal del enemigo”, en su intervención de 1999 declaró la guerra a los enemigos de la sociedad”, citado por Zaffaroni, Eugenio Raúl, op. cit. p. 153, nota el pie N° 389.

²⁷³ “Cuando se tiene enfrente también a una persona que defrauda expectativas garantizadas jurídicamente, precisamente no hay que adaptarse a esa defraudación, no hay, pues, que solucionar el conflicto volviendo a aprender algo...Muy por el contrario se puede reaccionar de otra forma: se asocia el conflicto no ya con un comportamiento propio, sino con un comportamiento incorrecto del autor, de tal forma que la víctima se mantiene contrafácticamente en su expectativa...Hay que demostrar, no sólo para la persona que ha sido defraudada en el caso concreto, sino también para todo ciudadano, para toda la sociedad, que el fallo se produjo en el comportamiento del autor, y que en el futuro uno se encuentra de todas formas en consonancia con el Derecho cuando atiende a la expectativa garantizada mediante

exista o bien se vea negada de manera expresa, el derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros, a ser una reacción contra un “enemigo”. Adelantamiento de la punibilidad; Una falta de reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento; Paso de una legislación del derecho penal a una legislación de lucha contra la delincuencia (reconducida a conductas percibidas como peligrosas para la sociedad); y finalmente una supresión de garantías procesales²⁷⁴ son los factores que predominan en esta tesis. Recordemos también que Jakobs postula la misma como una “táctica destinada a detener el avance de esta tendencia —el derecho penal del enemigo— que amenaza con invadir todo el campo penal”²⁷⁵, por ello el derecho penal debe quedar inmune para su aplicación a los ciudadanos (quienes poseen el carácter de persona, gracias a la base cognitiva, pudiendo la norma penal operar de manera contrafáctica), dejando circunscrita la aplicación del derecho penal del enemigo sólo a quienes no respondan a estas últimas características de motivación, razón por la cual no se les puede reconocer el rango de persona, y en definitiva la pena no podría cumplir su rol de reafirmación de la vigencia de la norma vulnerada²⁷⁶.

Ahora, en lo que respecta a nuestra Ley N° 20.000, en particular en lo que dice

la norma penal, aunque esta expectativa fuese ya en una ocasión defraudada”. Lesch, Heiko H., “La función de la pena”, traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colección de Estudios N° 17, Bogotá, 1999, pp. 75 y 76.

²⁷⁴ López Díaz, Claudia, “Acciones a propio riesgo. Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima con base en una concepción funcional estructural de la sociedad”, Universidad Externado de Colombia, 2006, *passim*. También desde un punto de vista esquemático de esta postura doctrinaria, véase Gómez Martín, Víctor, “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal” en “Política criminal y reforma penal” Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, Directores, 2007, Serie Europa-América, Editorial B de F, pp. 55-103.

²⁷⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “El enemigo en el derecho penal”, Ediar, Buenos Aires, Primera edición, 2007, pp. 151.

²⁷⁶ También Silva Sánchez aborda el tema desde su particular análisis de “velocidades del derecho penal”, donde esta tendencia del derecho penal del enemigo respondería a una “tercera velocidad”. Para una mayor comprensión, vid. Silva Sánchez, Jesús María, “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”. B de F, Segunda edición, Buenos Aires, 2006.

relación con la creación del tipo penal del microtráfico, y haciéndose cargo de la pregunta arriba formulada, en primer lugar, creemos que el legislador nacional no tuvo en mente la esencia del pensamiento de Jakobs a la hora de elaborar su tesis del “derecho penal del enemigo”, en el sentido de tomar a éste como una contención que permitiría salvaguardar al derecho penal liberal, evitando que éste se contamine y se convierta en una manifestación del derecho penal del enemigo, con una aplicación del poder punitivo sin limitación alguna. Por qué sostenemos esto, básicamente por el hecho de que de una manera simbólica²⁷⁷ se legisló creando un nuevo tipo penal —el microtráfico—, insertándolo en una regulación legal ajena, propia de delitos de mayor gravedad, adoptando de esa forma una respuesta altamente represiva ante el riesgo que implica la droga en nuestra sociedad. Esto último puede quedar corroborado tomando como base la propia historia fidedigna del establecimiento de esta ley, en la cual queda en evidencia que se ha adoptado una “legislación de lucha” en este caso contra la droga, y se ha establecido a aquellos que realizan este tipo de conductas como los nuevos enemigos del Estado. Para patentar esto, valga la cita de tres legisladores²⁷⁸. En primer lugar el Senador Sr. Orpis manifestó: “El bien jurídico que

²⁷⁷ El sentido simbólico, tal como señala Cancio Meliá, se daría cuando se quiere “hacer referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la “impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”, es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta”. Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, op. cit. p. 77. En la especificación del aspecto simbólico a propósito de la regulación legal del tráfico de drogas Scalia señala que implica la eficacia “propia de toda norma jurídica en cuanto discurso institucional depositario del poder de nominación y de delimitación de lo legal y de lo justo. Es también muy importante, desde luego cuando se habla de las drogas prohibidas considerar el sentido específico de la eficacia simbólica, como una estrategia deliberada de las instancias creadoras o aplicadoras del derecho que consiste en desconocer los objetivos normativos declarados en beneficio de otros objetivos no declarados”. Scalia, Paolo, op. cit. pág. 16, nota el pie N° 11. Por su parte Díez Ripollés señala que “el denominado derecho penal simbólico” constituye un caso de superación de los límites utilitarios que el principio teleológico de la sanción penal marca a la intervención penal. Se caracteriza de modo general porque se producen a través de la pena efectos sociopersonales expresivo-integradores que carecen de legitimidad no por su naturaleza, sino porque no se acomodan a las decisiones políticocriminales que fundamentan la pena”. Díez Ripollés, José Luis, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfrid y Nieto Martín, Adán, op. cit., p. 164.

²⁷⁸ Intervenciones parlamentarias obtenidas de la tramitación del proyecto de ley que da origen a la Ley N° 20.000, disponible en la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional: www.bcn.cl/publicadores/pub_portada_bcn/asisil/listado/todo_sil.php?url1=http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?2439-20. Fecha de consulta: 01 de julio de 2010.

hoy se está resguardando en el mundo en relación con el tema de la droga es la integridad de la sociedad, no la relación de la víctima con el victimario. Si aceptamos que ese es el bien jurídico que debemos proteger, la consecuencia lógica es que tenemos que alejarnos de una legislación eminentemente garantista y adoptar una de carácter excepcional, como la que en un tiempo se aplicó en contra del terrorismo. Esa es la batalla que hay que dar hoy contra la droga...en mi opinión, esta visión garantista es la que nos lleva a continuar fracasando en la materia”. Por su parte el Diputado Sr. Mora: “El medio correcto –para combatir la droga- es la acción policial. La prevención y la educación son complementos, así como también la ayuda médica que el Estado proporcione a los adictos. No podemos combatir este flagelo sólo con la prevención y la educación: debemos recurrir directamente a la represión de una de las plagas más nefastas que pueden penetrar en una sociedad”. Por último el Senador Sr. Martínez: “La droga, los ilícitos relacionados con ella, el tráfico de precursores y toda la escalada de corrupción que trae en torno a ella ya es, guste o no un asunto de seguridad nacional, porque debilita el aparato del Estado en todas sus líneas”. Vemos entonces cómo desde su génesis se proclamó esta guerra contra la droga, por parte del Estado chileno.

En este contexto de “guerra contra las drogas”, nuestra crítica se centra específicamente en la extensión que el legislador chileno hizo de la regulación histórica del delito de tráfico de drogas a los supuestos fácticos que configuran el delito de microtráfico (actual artículo 4º de la Ley Nº 20.000). El problema que existe en esta decisión legislativa, a nuestro juicio, viene dado por la extensión de la regulación propia del tráfico de drogas²⁷⁹ —lo cual podemos o no compartir, pero cuya existencia se puede constatar a través de tipos penales con penas altísimas asignadas, el adelantamiento de la punibilidad a actos preparatorios, abandono de las garantías propias de un derecho penal de corte liberal, por ejemplo— a conductas dotadas de una menor lesividad, en este caso desde un punto de vista cuantitativo (“pequeñas cantidades”). Si bien es cierto que el tráfico de pequeñas cantidades tiene aparejada

²⁷⁹ En el contexto de una conducta poseedora de una lesividad mayor, análoga si se quiere a conductas terroristas, crimen organizado, tal como lo ha señalado la doctrina en esta materia.

una pena menor que la asignada al delito de tráfico de drogas, no es menos cierto que nuestro legislador ha hecho aplicables a ambas conductas una regulación común, lo que en términos prácticos ha hecho correr la línea divisoria de una regulación que satisface los estándares de un derecho penal del enemigo (propia del delito de tráfico) hasta abarcar conductas que antes no estaban en su ámbito de competencia, haciendo aplicables todas estas prácticas simbólicas-punitivas a sujetos que en la regulación anterior recibían el trato de meros consumidores de droga, y que obtenían como reproche penal por su actuar sólo penas de multa. Veamos cómo se ha producido esta expansión.

Al crearse el tipo penal del microtráfico, su regulación quedó entregada a la ya existente en materia de tráfico de drogas, y las nuevas normas que se crearon con la Ley N° 20.000 no hicieron distinción alguna en cuanto a la existencia de algún tratamiento diferenciado para ambas figuras. Por lo tanto tenemos una regulación absolutamente desproporcionada y vulneradora de garantías a propósito de la investigación, juzgamiento y castigo de un simple delito. Dentro de estas normas que han sido extendidas en su aplicación al microtráfico podemos citar entre otras, el hecho de que la tentativa se castigue como consumada (artículo 18); la elevación de las penas a los funcionarios públicos que no denuncien este tipo de delitos (artículo 13), La no procedencia de la atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 N° 7 del Código Penal (artículo 20); El hecho de que el plazo de detención pueda ser ampliado hasta en 5 días (artículo 39); La improcedencia de beneficios de la Ley N° 18.216 a quienes hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito de tráfico de drogas, salvo que se configure una cooperación eficaz (artículo 62); La aplicación de agravantes especiales que tienen la aptitud de elevar la pena hasta en dos grados (artículo 19); Secreto de la investigación hasta por 120 días, renovables por plazos máximos de 60 días (artículo 38); Empleo de técnicas particulares de investigación²⁸⁰, tales como entregas vigiladas o controladas, agentes encubiertos²⁸¹,

²⁸⁰ Para un acabado análisis de las distintas técnicas de investigación en materia de drogas, véase Montoya, Mario Daniel, "Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis constitucional y procesal penal", Ad-hoc, primera edición, Buenos Aires, 1998.

agentes reveladores, informantes, interceptaciones telefónicas (artículos 23, 24 y 25); Abogados patrocinantes de casos de drogas tendrán la prohibición de desempeñar cargos públicos (artículo 61). Como se puede apreciar, de este repaso normativo, podemos constatar que desde esta perspectiva tenemos una aplicación, que responde a los caracteres del derecho penal del enemigo tal como se esbozó más arriba, a una conducta que tiene aparejada una pena correspondiente a un simple delito! lo que visto desde otra perspectiva confirma la aseveración de que el “microtraficante” es un nuevo enemigo al cual hay que combatir, más allá de cualquier razonabilidad y proporcionalidad en la aplicación de esta respuesta estatal.

Lo anterior debemos conjugarlo además con los propios verbos rectores que configuran el tráfico de pequeñas cantidades, dentro de los cuales se encuentran por ejemplo los verbos “poseer” y “portar”, lo cual no es más que otra forma de encarar esta guerra por parte del Estado, sancionando conductas que no lesionan bien jurídico alguno, o en caso de hacerlo, se trata de bienes jurídicos colectivos, invocándose en este caso la salud pública²⁸², lo que conlleva en la práctica una dificultad mayor a la hora de intentar conceptualizarlos y así obtener criterios de lesividad material que justifiquen su protección y su consecuente punición²⁸³. Esto no es otra cosa que tipificación de delitos de peligro abstracto, y adelantamiento de las barreras punibilidad²⁸⁴, y que como ya hemos visto, no son más que manifestaciones patentes

²⁸¹ Para un mayor análisis de la figura del agente encubierto, y su configuración como manifestación del derecho penal del enemigo, véase Riquelme P., Eduardo. “El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo”. Polít. crim. nº 2, A2, 2006, p. 1-17. Disponible en línea: http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf. Fecha de consulta: 10 de junio de 2010.

²⁸² “La sanción del artículo 4º del porte de pequeñas cantidades de drogas no tiene fundamento alguno en la protección de la salud pública, esta norma no protege este bien jurídico, solo refleja la consideración de las drogas como algo inmoral, que por el solo hecho de su porte merece ser sancionado”, Pavez Farías, Juan y Prat Lopichich, Arturo, op. cit.

²⁸³ En este sentido véase Gallego Soler, José-Ignacio, “Contexto del tratamiento jurídico-penal del tráfico de drogas” en “Política criminal y reforma penal” Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, Directores, 2007, Serie Europa-América, Editorial B de F, pp. 505 y ss.

²⁸⁴ “Las reformas legislativas implementadas en los últimos años en el ordenamiento punitivo se caracterizan por una relajación en el plano garantístico, como evidencian las siguientes notas: En primer término, la progresiva “espiritualización” del objeto de tutela, abundando en el Código

de una recepción de una regulación propia de lo que se ha denominado por Jakobs como derecho penal del enemigo, y que viene a plasmar una “censura social hacia el grupo de los “drogadictos”, considerando como “la lucha contra las drogas” ejerce la función de cohesionar las percepciones del “cuerpo sano” de la sociedad con las estrategias comunicativas de las “élites morales” sobre los drogadictos como “chivos expiatorios”, “enemigos internos” de la sociedad, uno de los “grupos peligrosos para el orden social” sobre los cuales fortalecer las políticas de criminalización”²⁸⁵.

los bienes de carácter colectivo o difuso, con perfiles insuficientemente definidos; En estrecha conexión con la nota anterior un incremento notable de los delitos de peligro abstracto, cuyo riesgo radica, no tanto en el adelantamiento de la barrera de defensa que comportan, como en la deficiente técnica de tipificación del injusto que suele calificarlos”. Roig Torres, Margarita, “Algunas reflexiones sobre la llamada expansión del Derecho punitivo. Una alusión a las últimas reformas del Código Penal”, Revista de Derecho penal y procesal penal, España, 2004, pp. 240 y 241, citada por Balmaceda Hoyos, Gustavo y Henao Cardona, Luis Felipe, “Sociedad del Riesgo y Bien Jurídico Penal”, Aremi, Ediciones Jurídicas, Chile, 2005, p. 30.

²⁸⁵ Scalia, Paolo, op. cit. p. 13. Fiel reflejo de esta voluntad punitiva la intervención del Senador Sr. Espina en la tramitación de la ley 20.000, en la cual sostuvo, a propósito de castigar a los consumidores, en la hipótesis de porte de droga en pequeñas cantidades, que: “Estamos cometiendo un gravísimo error si el que consume queda impune”.

CAPÍTULO III. LEY Nº 20.000 ¿OTRAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

1. Planteamiento.

Como adelantamos en la introducción de este trabajo, la esencia del mismo vendrá dada por la respuesta que podamos dar a la interrogante en torno a si la ley de drogas puede o no ser catalogada como una manifestación del “derecho penal del enemigo”. Ya hemos visto en el capítulo anterior una aproximación a dicha respuesta, a propósito del delito de microtráfico (artículo 4º de la Ley Nº 20.000), por lo que para tener una base mayor y asumir con propiedad una respuesta, resulta indispensable hacer un recorrido por el resto de la regulación contenida en la ley en comento, por ello realizaremos un análisis en particular de cada una de los artículos mencionadas en la parte final del capítulo anterior (un total de 11 artículos), para de esa forma poder constatar el alcance de cada uno de ellos, así como también cotejar los mismos con la regulación general establecida tanto en el Código Penal como también en el Código Procesal Penal.

1.1. Artículo 13. Omisión de denuncia por funcionarios públicos.

El citado artículo contempla lo siguiente: “El funcionario público que, en razón de su cargo, tome conocimiento de alguno de los delitos contemplados en esta ley y omita denunciarlos al Ministerio Público, a los funcionarios de Carabineros de Chile o de la Policía de Investigaciones, o de Gendarmería en los casos de los delitos cometidos dentro de los recintos penitenciarios, o ante cualquier tribunal con competencia en lo criminal, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales”. El análisis de esta norma de la Ley Nº 20.000 debe tener como marco de referencia los artículos 175 y siguientes del Código Procesal Penal, los cuales establecen la regla general aplicable a los funcionarios públicos que omitan denunciar los delitos que tomaren conocimiento en el

ejercicio de sus funciones, así como también la sanción que arriesgan en caso de omitir tal obligación²⁸⁶.

El sujeto activo del tipo penal contemplado en el artículo 13 de la Ley N° 20.000 puede ser cualquier funcionario que incurra en la omisión descrita, siempre que le corresponda intervenir en razón de su cargo. La Ley N° 20.000 no entrega una definición de “funcionario público” que permita determinar con certeza a quiénes abarca este tipo penal de manera concreta, por lo mismo debe recurrirse a lo dispuesto en el artículo 260 del Código penal, el cual nos da luces en torno a qué debemos entender por funcionario público, reputando como tal a aquel “que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”. Así, puede desprenderse que el concepto de funcionario público que aquí se destaca atiende a un ámbito funcional del mismo, más allá de la forma de contratación que una a la persona con la administración del Estado, en otras palabras, lo que importa para determinar el sujeto activo en este caso es la labor que realiza la persona en cuestión, el cumplimiento de una función pública. Ahora bien,

²⁸⁶ Artículo 175.- Denuncia obligatoria. Estarán obligados a denunciar: a) Los miembros de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile y de Gendarmería, todos los delitos que presenciaren o llegaren a su noticia. Los miembros de las Fuerzas Armadas estarán también obligados a denunciar todos los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones; b) Los fiscales y los demás empleados públicos, los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones y, especialmente, en su caso, los que notaren en la conducta ministerial de sus subalternos; c) Los jefes de puertos, aeropuertos, estaciones de trenes o buses o de otros medios de locomoción o de carga, los capitanes de naves o de aeronaves comerciales que naveguen en el mar territorial o en el espacio territorial, respectivamente, y los conductores de los trenes, buses u otros medios de transporte o carga, los delitos que se cometieren durante el viaje, en el recinto de una estación, puerto o aeropuerto o a bordo del buque o aeronave; d) Los jefes de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares y, en general, los profesionales en medicina, odontología, química, farmacia y de otras ramas relacionadas con la conservación o el restablecimiento de la salud, y los que ejercieren prestaciones auxiliares de ellas, que notaren en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito, y e) Los directores, inspectores y profesores de establecimientos educacionales de todo nivel, los delitos que afectaren a los alumnos o que hubieren tenido lugar en el establecimiento. La denuncia realizada por alguno de los obligados en este artículo eximirá al resto.

teniendo presente lo anterior, para entrar en el ámbito de aplicación del artículo 13 en comento se requiere que la información acerca de la realización de un delito tipificado en la Ley N° 20.000 que llegue a conocimiento del funcionario deba ser “en razón de su cargo”, esto es, que en el cumplimiento de las funciones inherentes a su actividad tome contacto, ya sea, con información relativa con delitos de tráfico de drogas o bien presencie los mismos de una manera directa e inmediata²⁸⁷.

En cuanto a la conducta descrita en este tipo penal –el omitir denunciar- lleva que el mismo sea aparejado en términos doctrinarios con la categoría de delitos de omisión propia²⁸⁸. Aquí el funcionario público infringe un deber de actuar que la ley determina, no satisfaciendo de esta forma la expectativa esperada de conducta –denunciar- ante situaciones de conocimiento de realización de delitos de tráfico de drogas que ha conocido en razón de sus funciones. Aquí la ley de drogas se torna redundante del contenido normativo del inciso segundo del artículo 173 del Código Procesal Penal, ya

²⁸⁷ A modo ejemplar, podemos señalar que en los siguientes servicios o instituciones pudieran encontrarse funcionarios que deban cumplir con la obligación de denuncia contemplada en este artículo: Servicio Nacional de Aduanas, Consejo de Defensa del Estado, Superintendencia de Valores y Seguros, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Banco Central, Servicio de Impuestos Internos, Unidad de Análisis Financiero (U.A.F.), Ambas Policías y Gendarmería, y El Ministerio Público. Instructivo N° 13 de la Ley N° 20.000. OFICIO F.N. N° 107. Disponible en <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/Minpu/Delitos%20funcionarios/107.doc>. Fecha de consulta: 10 de agosto de 2010.

²⁸⁸ “Se caracterizan por prever expresamente una conducta omisiva, sin integrar en el tipo penal clase alguna de resultado”, Politoff, Matus y Ramírez, en Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte general, Editorial Jurídica de Chile, 2003, página 175. Por su parte Zaffaroni nos dice que: “Conforme al criterio dominante hay tipos (muy pocos) en que la estructura omisiva no se corresponde con una estructura activa, o sea, que sólo aparecen en forma que la norma deducida siempre es imperativa. Se trata de tipos en los que cualquiera que se halle en la situación típica puede ser autor, pues la obligación de actuar en esa situación deviene de la mera condición de habitante y no por particulares relaciones jurídicas. Son los usualmente llamados propios delitos de omisión, excepcionales en la ley”. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Slokar, Alejandro y Alagia, Alejandro, Manual de Derecho Penal, Parte General, Segunda edición, Ediar, Buenos Aires, página 447. por su parte Cury agrega que “la tipicidad en los delitos de omisión propia no presenta dificultades, porque las distintas figuras están previstas expresamente (...) se requiere que concurren las particularidades de la situación descrita por la ley y que no se exteriorice una voluntad final determinada también por el tipo; esto es, que no se actúe”. Cury Urzúa, Enrique, Derecho Penal, Parte General, ediciones U.C., novena edición, Santiago de Chile, 2009, p. 679.

que reitera las autoridades habilitadas para recepcionar la denuncia²⁸⁹, siendo el único elemento novedoso en relación a la regulación general, el aumento de la pena asignada a este tipo de omisiones cuando la misma diga relación con delitos tipificados en la Ley N° 20.000. En efecto, este último punto constituye el elemento llamativo para nuestro análisis, ya que ante la misma conducta –específicamente omisión- nuestro legislador penal ha optado por sancionar de manera más severa aquellas vinculadas con la realización de delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. En este sentido la primera cuestión a resolver es la posible existencia de un concurso aparente de leyes penales²⁹⁰, entre lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley N° 20.000 y lo dispuesto y sancionado en los artículos 175 letra b) y 177 del Código Procesal Penal, artículos todos que regulan el deber de denunciar que recae en los funcionarios públicos por los delitos de que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones públicas, valga la redundancia. No deja de ser menor la problemática al momento de constatar la penalidad que establece cada uno de estos estatutos, así el contemplado en el Código Procesal Penal sanciona estas omisiones con una multa que va de una a cuatro unidades tributarias mensuales²⁹¹, esto es, les hace aplicable la sanción establecida para las faltas (artículo 494 del Código Penal). Por su parte, tal como vimos, el artículo 13 de la Ley N° 20.000 eleva considerablemente este marco punitivo, y con una evidente exacerbación sanciona estas omisiones con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo (de quinientos cuarenta y un días a cinco años), y aparejándola con

²⁸⁹ El inciso segundo del artículo 173 del Código Procesal Penal establece que: “También se podrá formular la denuncia ante los funcionarios de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones, de Gendarmería de Chile en los casos de los delitos cometidos dentro de los recintos penitenciarios, o ante cualquier tribunal con competencia criminal, todos los cuales deberán hacerla llegar de inmediato al ministerio público”.

²⁹⁰ “Hay concurso aparente de leyes penales cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, sólo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas”, Cury Urzúa, op cit. p. 667.

²⁹¹ El artículo 177 del Código Procesal Penal establece la sanción para quien no cumpla con la obligación de denunciar, disponiendo que “las personas indicadas en el artículo 175 que omitieren hacer la denuncia que en él se prescribe incurrirán en la pena prevista en el artículo 494 del Código Penal, o en la señalada en disposiciones especiales, en lo que correspondiere”.

una pena altísima de multa que va de las cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales²⁹². En este eventual concurso de leyes, es el propio Código Procesal Penal el encargado de resolver todo tipo de dudas que puedan surgir al respecto, al señalar en su artículo 177 que la pena del artículo 494 del Código Penal se verá desplazada si hay otra disposición especial que contemple una pena distinta, lo cual, como hemos visto, es el caso de la regulación que efectúa la ley de drogas, al consagrar una penalidad específica para los casos de omisión de denuncia que pesa sobre los funcionarios públicos.

Como último punto destacable en relación con el tipo objetivo, podemos indicar que en comparación con el tipo penal que castigaba la omisión de denuncia de los funcionarios públicos en el contexto de la Ley N° 19.366, se observa una reducción de los elementos objetivos del tipo, por cuanto se eliminó como requisito típico la concurrencia de un beneficio por parte del funcionario que omitía denunciar, beneficio que no sólo se reducía a uno determinable en términos económicos, sino que se hacía alusión a un beneficio de cualquier naturaleza.²⁹³ Entonces hoy en día es innecesario

²⁹² En el proyecto original enviado por ejecutivo, este tipo penal estaba contenido en el artículo 16 de dicho proyecto, el cual establecía que: “El funcionario público que en razón de su cargo tome conocimiento de alguno de los delitos contemplados en esta ley y omita denunciarlo a su superior jerárquico, al Ministerio Público o a la autoridad policial; u oculte, altere o destruya cualquier antecedente probatorio del mismo o de los que en él hayan intervenido, será castigado con presidio menor en su grado máximo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales. Dicha pena corporal, rebajada en un grado y la multa antes indicada, se aplicarán también a cualquier otra persona que oculte, altere o destruya antecedentes probatorios del delito o de los que en él hayan intervenido”.

²⁹³ El artículo 21 de la Ley N° 19.366 establecía lo siguiente: “El funcionario público que, en razón de su cargo, tomase conocimiento de alguno de los delitos contemplados en esta ley y, por beneficio de cualquier naturaleza, omitiere denunciarlo a la autoridad correspondiente; u ocultare, alterare o destruyere cualquier tipo de prueba del mismo o de sus partícipes, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales. Se castigará con las mismas penas al que, en razón de su cargo o de la función que desempeña, tomase conocimiento de alguno de los hechos a que se refiere el artículo 12 y, por beneficio de cualquier naturaleza, omitiere denunciarlo a la autoridad correspondiente, u ocultare, alterare o destruyere cualquier tipo de prueba del mismo o de sus partícipes”. El destacado es nuestro. Por otro lado, se dejó de lado con la nueva redacción de la Ley N° 20.000, la parte del tipo penal que hacía referencia al ocultamiento, alteración o destrucción por un funcionario público de cualquier tipo de prueba de un delito de tráfico del que haya tomado conocimiento en razón de su cargo, debiendo

acreditar que el funcionario –como sujeto activo- se beneficie de alguna manera con su conducta omisiva.

En síntesis, podemos constatar que es el propio legislador quien ha resuelto cualquier tipo de dudas interpretativas en torno al ámbito de competencia de cada una de las normas analizadas, específicamente en lo que dice relación con la pena asignada a dichas conductas, primando en este sentido la especialidad²⁹⁴ de la Ley N° 20.000 por sobre la regulación general que realiza el Código Procesal Penal, ello eso sí, no obsta la aplicación del estatuto general en los ámbitos que la ley especial no abarca, como es el caso de la excusa legal absolutoria²⁹⁵ que opera cuando apareciere “que quien hubiere omitido formular la denuncia arriesgaba la persecución penal propia, del cónyuge, de su conviviente o de ascendientes, descendientes o hermanos”²⁹⁶. Lo anterior –la aplicación de la regulación general del Código Procesal

entender desde ahora con competencia en esta materia el tipo penal del artículo 269 bis del Código penal, que establece la regulación general del delito de obstrucción a la investigación.

²⁹⁴ “Especialidad es la relación que existe entre dos supuestos de hecho legales, cuando todos los casos concretos que se subsumen en el supuesto de hecho legal de otra norma, la especial, se subsumen también dentro del de otra norma, la general, la que es aplicable al menos a un caso concreto adicional no subsumible dentro del supuesto de hecho de la primera”. Politoff, Ramírez y Matus, op. cit. p. 458. Cury señala en torno al principio de especialidad que “si bien no se encuentra expresamente consagrado en la ley penal, está formulado de manera amplia, para regular las relaciones del ordenamiento jurídico en general, en los arts. 4°, 13 y 20 del C.C.”. Cury Urzúa, op. cit. p. 669.

²⁹⁵ En relación a las excusas legales absolutorias, Cury sostiene que “Hay unos pocos casos en los cuales la ley se abstiene de castigar, aunque se den todos los presupuestos para ello, en atención a consideraciones político-criminales, esto es, de utilidad social y eficacia normativa. Se trata de situaciones excepcionales y muy calificadas en las cuales la imposición a toda costa de un castigo causaría más perjuicio a la convivencia que el otorgamiento de una indulgencia básicamente injustificada. Constituyen, por lo tanto, concesiones al utilitarismo realizadas en casos donde éste extraordinariamente, con arreglo a la experiencia, parece servir mejor a la paz social que la justicia y el afán de seguridad jurídica (...) Las excusas legales absolutorias son, pues, situaciones en las cuales el derecho renuncia a la punibilidad de una conducta típica, antijurídica y culpable, por razones de utilidad social”. Cury Urzúa, op. Cit. pp. 468 y 469. Agregan Politoff, Ramírez y Matus que “el legislador quiere, probablemente, por una parte, evitar la confrontación en un proceso penal de personas unidas por vínculos familiares; por otra parte, toma en cuenta el hecho de que la administración y manejo de los bienes puede no estar, en la vida corriente, claramente definida entre cónyuges y parientes cercanos”. Op cit. p. 362.

Penal- debe entenderse como correlato de una interpretación sistemática de las normas en juego, y por sobre todo por una integración analógica *in bonam partem*²⁹⁷, haciendo extensiva esta excusa legal absolutoria a los casos tipificados en el artículo 13 de la Ley N° 20.000²⁹⁸, tal como sostienen Politoff, Ramírez y Matus “la índole del principio de legalidad, concebido como garantía, no es obstáculo a que se utilice la analogía *in bonam partem*, sobre la base de la idea de la convicción que se le exige al tribunal (art. 456 bis Cpp (1906) y 340 Cpp (2000)) indispensable para fundar cualquier decisión del juez penal, “si existen motivos para afirmar que la voluntad extraída del contexto normativo es la de no castigar o conceder una morigeración de la pena en la situación de que se trata”²⁹⁹.

²⁹⁶ El inciso segundo del artículo 177 del Código Procesal Penal establece que: “La pena por el delito en cuestión no será aplicable cuando apareciere que quien hubiere omitido formular la denuncia arriesgaba la persecución penal propia, del cónyuge, de su conviviente o de ascendientes, descendientes o hermanos”. La obligación de denunciar de un fiscal y la exención a la figura penal del art. 177 debe vincularse con el artículo 63 letra b) de la Ley 19.640 que le prohíbe intervenir, en razón de sus funciones, en asuntos en que tengan interés personal el cónyuge y familiares que se indica, tal como sostiene el Fiscal Nacional en su Oficio N° 107, instructivo N° 13. Oficio N° 107, op. cit.

²⁹⁷ “Entre los recursos de que puede echarse mano para hallar una solución de equidad se encuentra la analogía, de acuerdo con la que, según el aforismo romano, “en donde existe la misma razón debe existir la misma disposición”. Así, pues, la analogía supone aplicar la ley a un caso para el cual no ha sido dada, pero que es semejante a aquel o aquellos que efectivamente estaba destinada a regir (...) Sólo se prohíbe la integración mediante analogía cuando se emplea en perjuicio del reo (*analogía malam partem*), pero que es lícito acudir a ella en beneficio del autor (*analogía bonam partem*) (...) Nada obsta a la construcción analógica de eximentes, cuya consecuencia será excluir el “castigo”. Y si eso es posible, *a fortiori* debe serlo también la elaboración analógica de atenuantes (...) Tanto la Constitución como la ley consagran expresamente la retroactividad de la norma penal más benigna. Ahora bien, si en esto ha querido hacerse excepción al principio de reserva para beneficio del reo, uno puede pensar lícitamente que pertenece al espíritu general de la legislación hacerlo imperar únicamente cuando su inobservancia perjudica al autor”. Cury Urzúa, op. cit. pp. 201 y 202.

²⁹⁸ Como decía Carrara: “Por analogía no se puede extender la pena de un caso a otro: por analogía se debe extender de un caso a otro la excusa”, Carrara, citado por Politoff, Matus y Ramírez, op. cit. p. 99.

²⁹⁹ Politoff, Matus y Ramírez, op. cit. p. 100. Por su parte Cury sostiene que “sólo se prohíbe la integración mediante analogía cuando se la emplea en perjuicio del reo (*analogía malam partem*), pero que es lícito acudir a ella en beneficio del autor (*analogía bonam partem*). A mi juicio, esta conclusión se deduce, en primer lugar, de los textos legales imperantes, pues tanto los incs. Séptimo y octavo del N° 3 del art. 19 de la C.P.R. de 1980 como el 18 del C.P. disponen solamente que lo que no puede hacerse si no lo autoriza una ley expresa es “establecer penas” o “castigar”. Por consiguiente, nada obsta a la construcción analógica de

Entonces, estaríamos en presencia de un caso –excusa legal absolutoria- no contenido en la regulación de la Ley N° 20.000 –sólo se contempla el artículo 13 que contiene descripción de la conducta típica y la sanción asociada a la misma- que sí está regulado en otro cuerpo normativo de aplicación general como lo es el Código Procesal Penal, el cual sí regula de manera detallada el estatuto de la denuncia, y en particular el deber de denuncia que recae en todos los funcionarios públicos. Por ende, en base a la calidad de funcionario público –que constituye el sujeto activo de los tipos penales establecidos en ambos textos legales- es que debemos interpretar de manera analógica lo no regulado por la ley N° 20.000, por cuanto todo lo que ésta no regule torna competente al Código Procesal Penal en lo relativo al deber de denuncia en comento. Por ello, no sólo la excusa legal absolutoria se hace aplicable, ya bien por analogía *in bonam partem*, ya sea por razones de orden jurídico considerado en su conjunto, sino que también se hace aplicable lo relacionado con el plazo para denunciar (artículo 176 del Código Procesal Penal³⁰⁰) y con la responsabilidad y derechos del denunciante (artículo 178 del Código Procesal Penal³⁰¹).

Como puede apreciarse, el tipo penal contemplado en el artículo 13 de la Ley N° 20.000, viene en términos concretos a exacerbar la reacción penal ante una omisión que el ordenamiento jurídico ya reconocía y sancionaba en la regulación contenida en el Código Procesal Penal. Dentro de la historia fidedigna del establecimiento de esta ley no existen antecedentes que justifiquen las razones de fondo que tuvo el legislador para esta elevación considerable de la pena aplicable a estos supuestos de hecho, sólo encontramos en el Mensaje del ejecutivo una referencia tangencial de su

eximentes, cuya consecuencia será excluir el “castigo”. Y si eso es posible, *a fortiori* debe serlo también la elaboración analógica de atenuantes”. Cury, Enrique, op. cit. p. 202.

³⁰⁰ Artículo 176.- Plazo para efectuar la denuncia. Las personas indicadas en el artículo anterior deberán hacer la denuncia dentro de las veinticuatro horas siguientes al momento en que tomaren conocimiento del hecho criminal. Respecto de los capitanes de naves o de aeronaves, este plazo se contará desde que arribaren a cualquier puerto o aeropuerto de la República.

³⁰¹ Artículo 178.- Responsabilidad y derechos del denunciante. El denunciante no contraerá otra responsabilidad que la correspondiente a los delitos que hubiere cometido por medio de la denuncia o con ocasión de ella. Tampoco adquirirá el derecho a intervenir posteriormente en el procedimiento, sin perjuicio de las facultades que pudieren corresponderle en el caso de ser víctima del delito.

incorporación³⁰². Llama la atención entonces, cómo omisiones de denuncia por parte de funcionarios públicos de conductas delictivas que pudieran resultar más graves, desde el punto de vista del bien jurídico protegido³⁰³, tienen aparejada una sanción asimilable a la faltas del artículo 494 del Código Penal: multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, en comparación con la omisión de denunciar por dichos funcionarios los delitos tipificados en la Ley N° 20.000 (dentro de los cuales está el simple delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sicotrópicas en pequeñas cantidades³⁰⁴) y que lleguen a su conocimiento en razón de su cargo, la cual tiene asignada una pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales. En otras palabras, para nuestro legislador es más grave que un funcionario público omita denunciar la comisión de un delito de microtráfico, que omitir denunciar un robo con violación o con homicidio que pueda tomar conocimiento en el ejercicio de sus funciones, si omite lo primero tendrá una pena privativa de libertad y una altísima multa, y en el segundo caso sólo arriesga una pena de multa similar a las faltas contempladas en el Código Penal. Bajo ninguna perspectiva puede justificarse que la omisión de denunciar conductas vinculadas al tráfico de drogas, donde el bien jurídico es uno de carácter colectivo, pueda poseer un contenido de injusto mayor que la omisión de crímenes que atentan contra bienes jurídicos individuales de mayor relevancia, como lo es por ejemplo la vida.

1.2. Artículo 18. Adelantamiento de las barreras de punibilidad.

³⁰² Señala el Mensaje del Presidente de la República, N° 232-341, de fecha 2 de diciembre de 1999 en este punto: “Finalmente, se tipifica de un modo más claro, el delito en que incurre el funcionario público que, en razón de su cargo, toma conocimiento de alguno de los delitos contemplados en la ley y omite denunciar”.

³⁰³ Por ejemplo delitos que tienen asignada pena de crimen en nuestra legislación: violación, robo con intimidación o violencia, robo en lugar habitado, homicidio simple y calificado, robo calificado, secuestro, etcétera.

³⁰⁴ Sancionado en el artículo 4° de la Ley N° 20.000 con una pena de presidio menor en su grado medio a presidio menor en su grado máximo y una multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales.

El artículo 18 de la ley de drogas dispone que “los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución”. Este artículo viene a ser el reflejo de una técnica legislativa que hace eco de un adelantamiento de las barreras de punibilidad, sancionando en términos prácticos como consumados hechos cuyo desarrollo criminal se encuentran aun en grado de tentativa (desde que se haya dado principio de ejecución al delito). Esto, viene a marcar una excepción a las reglas generales contenidas en el Código Penal, en particular con aquella regla de aplicación de pena contenida en los artículos 50 y 52 del Código Penal, artículos en los cuales se establece que el autor de tentativa³⁰⁵ debe recibir una pena rebajada en dos grados en comparación de aquella recibida por el autor del delito consumado³⁰⁶. Este adelantamiento de la reacción punitiva a etapas iniciales e imperfectas del *íter criminis* ha sido objeto de innumerables críticas básicamente a propósito de similar regulación establecida a propósito de los delitos de robo con intimidación o violencia y robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación³⁰⁷, en torno a los problemas de constitucionalidad que tendría una norma de estas características³⁰⁸, y por igualar, en último término, a nivel de pena del delito

³⁰⁵ El artículo 7º del Código Penal señala que hay tentativa “cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento”.

³⁰⁶ El artículo 50 del Código Penal establece: “A los autores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por la ley. Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado”. A su vez el artículo 52 del mismo cuerpo normativo dispone que: “A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito”.

³⁰⁷ El artículo 450 del Código Penal establece que: “Los delitos a que se refiere el Párrafo 2 y el artículo 440 del Párrafo 3 de este Título castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”.

³⁰⁸ Norma de idéntico tenor se establece en la Ordenanza General de Aduanas que sanciona el contrabando, la cual en su artículo 178 sanciona como consumados los delitos referidos en dicha ley desde que se encuentren en grado de tentativa. Por su parte la ley que determina conductas terroristas (Ley Nº 18.314) establece en su artículo 7º: “La tentativa de comisión de un delito terrorista de los contemplados en esta ley será sancionada con la pena mínima señalada por la ley para el delito consumado. Si esta última constare de un solo grado, se aplicará lo dispuesto en el artículo 67 del Código Penal y se impondrá a la tentativa el mínimo de ella”.

consumado conductas que se diferencian por poseer un menor contenido de injusto, adelantamiento punitivo a etapas imperfectas de ejecución del delito, que viene a tensionar los cimientos de un derecho penal de corte liberal. Sin perjuicio que la discusión se ha efectuado en torno al artículo 450 del Código Penal, tal como hemos venido diciendo, repasaremos a grandes rasgos los argumentos que se enarbolan por la doctrina y jurisprudencia en relación con dicha norma, idéntica a la que nos convoca en este trabajo.

Dijimos que la primera gran controversia que genera esta técnica legislativa se produce a nivel constitucional. A nivel jurisprudencial existió una corriente que postulaba la derogación tácita del artículo 450 del Código Penal por ser contradictorio su contenido con el de la Constitución Política de la República, en especial con garantías fundamentales relativas a la tipicidad de las conductas penales, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 N° 3, inciso final de la Constitución Política de la República³⁰⁹. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella, es lo que contempla este principio de tipicidad, y según los antecedentes que constan en las actas de la Comisión de Estudio y del Consejo de Estado, el propósito de este precepto “fue el de terminar con las leyes penales llamadas en blanco, esto es, aquellas que establecen sanciones sin describir

³⁰⁹ El artículo 19 N° 3, inciso 8ª de la Constitución Política de la República establece el principio de la tipicidad. Señala este artículo que: “La Constitución asegura a todas las personas: 3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos. La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho. Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos. La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

adecuadamente las acciones incriminadas (Sesión N° 399)³¹⁰. En ese contexto, el artículo 450 del Código Penal cedería ante al mandato constitucional del inciso final del artículo 19 N° 3, siendo derogado tácitamente ya que “no explicitaría el comportamiento al cual se refiere”³¹¹. En otra arista, el artículo 450 del Código Penal también tensionaría la garantía constitucional establecida en el inciso sexto, del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, la cual excluye las presunciones de derecho³¹² en materia penal (“La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”). La regulación del Código Penal antes citada, al adelantar las barreras de punibilidad, estaría consumando un hecho que en términos fácticos sólo se correspondería en términos legales con la descripción de tentativa que establece el artículo 7° del Código Penal³¹³, presumiendo de derecho la responsabilidad penal a quién realice una conducta subsumible en dicho tipo penal. En relación con esta garantía constitucional la Comisión de Estudio “acordó proscribir en forma expresa del ámbito penal las presunciones de derecho. Por consiguiente, las que se encontraban contenidas en ordenamientos preexistentes, quedaron derogadas tácitamente. Si en el

³¹⁰ Verdugo Marinkovic, Mario, Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcalá, Humberto, Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, 1994, p. 221. Señalan estos autores que la eliminación de la expresión “completa” del contenido del artículo 19 N° 3, inciso final de la Constitución Política de la República “tuvo por objeto suprimir la exigencia de que la ley penal se baste en todo aspecto a sí misma y que, por el contrario, estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, la que podría ser desarrollada o precisada en aspectos no esenciales, por otra norma emanada de una instancia distinta de la legislativa. La conducta, pues, que se sanciona debe estar claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena, que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales”. *Ibíd.*

³¹¹ Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena, Delitos Aduaneros, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 121.

³¹² En este sentido el artículo 47 del Código Civil, a propósito de las presunciones, señala que: “Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias”.

³¹³ *Vid. supra*, nota al pie N° 305.

futuro las estableciere alguna ley, ellas se podrán impugnar a través del recurso de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad”³¹⁴. También se ha señalado que esta técnica legislativa –la de sancionar como consumados hechos que se encuentran en estado de desarrollo de tentativa- vulneraría el principio de igualdad “al establecer un trato especial para ciertos delitos, en tanto que en la mayoría de los ilícitos en etapa de ejecución imperfecta se acepta la rebaja de pena”³¹⁵.

Rodríguez Collao y Ossandón Widow, a propósito de los delitos aduaneros, en cuya regulación como vimos, se establece una norma idéntica al artículo 450 del Código Penal, sintetizan los argumentos que han entregado tanto a nivel doctrinal, como también la Excma. Corte Suprema, y el propio Tribunal Constitucional, desestimando las alegaciones antes descritas. Tales argumentos son a grandes rasgos los siguientes:

- “El artículo 450 Código Penal sólo está destinado a ofrecer una regla especial sobre la pena, haciendo excepción a la rebaja de punibilidad que se concede para el delito imperfecto en la generalidad de los casos con arreglo a lo preceptuado por los artículos 51 y siguientes del Código Penal.
- No constituye –el contenido del artículo 450 del Código Penal- una redefinición de la tentativa para esta clase de delitos, es decir, no implica afirmar que la consumación se verifique desde el momento en que hay principio de ejecución.

³¹⁴ Verdugo Marinkovic, Mario, Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcalá, Humberto, op. cit, p. 218.

³¹⁵ Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena, op. cit. p. 121. Por su parte, Guzmán Dálbora señala en este punto que “la ficción de consumación, no exclusiva del Derecho chileno, pone de nuevo en jaque los principios de ofensividad y proporcionalidad en el contrabando, ya que hace tabla rasa de la diferencia axiológica que media entre una lesión consumada al patrimonio del fisco y su mera puesta en peligro concreto. En nuestro ordenamiento, el fundamento del castigo de la tentativa sigue siendo objetivo, es decir, no radica en una funambulesca voluntad antijurídica manifestada por el delincuente con su acto, ni en una no menos imprecisable perturbación que en el sentimiento de seguridad dejaría el delito imperfecto, sino en el real peligro que experimentó el interés tutelado al calor de una acción típica detenida *in itinere*. Y de esta construcción objetiva se desprende el inevitable corolario de “la menor punición de la tentativa respecto de la consumación, ya que objetivamente es menos grave la puesta en peligro que la lesión del bien jurídico”, Guzmán Dálbora, José Luis, Contrabando y Fraude Aduanero, Edeval, Valparaíso, 1998, p. 75.

- Es una decisión que pertenece al ámbito de discrecionalidad del legislador, pues constituye un problema de política legislativa.
- En cuanto a la desigualdad que conlleva, no es arbitraria sino que se basa en datos objetivos, por lo que no resulta proscrita por el texto constitucional. Por todo lo anterior –el citado artículo- no vulneraría los principios de tipicidad, de igualdad, de culpabilidad ni la presunción de inocencia”³¹⁶.

Como argumento de defensa de este tipo de técnica legislativa se sostiene el hecho de que en delitos que atentan contra bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, como lo es el caso de los delitos contemplados en la Ley N° 20.000, el castigo de acuerdo a las reglas generales no es del todo eficaz para combatir de manera eficiente la “guerra contra las drogas”, “cuando el delito es de peligro o cuando se trata de bienes jurídicos supraindividuales, el desvalor de resultado propio de la tentativa y de la consumación no difiere tanto”³¹⁷. Dado el hecho distintivo de los delitos de tráfico ilícito de drogas, en el sentido de constituir delitos de peligro, y por el hecho de evitar que la salud pública pueda verse afectada, el adelantamiento de las barreras de punibilidad se torna esencial para lograr combatir el flagelo de la droga, evitando la reiteración y multiplicación de este tipo de conductas.

Más allá de la discusión en torno a la constitucionalidad de este tipo de normas penales, no debe perderse de vista que en términos fácticos siempre una conducta subsumible en los parámetros de la tentativa (en los términos del artículo 7° del Código Penal) será un acto de ejecución imperfecta en relación con aquella conducta que se presenta como una completa ejecución del camino del delito, a saber, la consumación. Por lo mismo la doctrina señala que deben tomarse “resguardos interpretativos a fin de garantizar las exigencias mínimas que impone el principio de proporcionalidad. Ello, porque una tentativa que recibe la pena asignada al delito

³¹⁶ *Ibidem*, p. 122.

³¹⁷ “Como la tentativa también se fundamenta en una situación de peligro para el bien jurídico, fácilmente se advierte que la diferencia entre delito tentado y consumado es menos categórica que en los delitos de lesión”. Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena, *op. cit.* p. 125.

consumado no puede sino ser entendida como un acto de ejecución imperfecta que es portador de un merecimiento o necesidad de pena intensificados³¹⁸.

1.3. Artículo 19. Agravación especial de la pena.

Este artículo establece un catalogo especial de agravantes de responsabilidad criminal en materia de delitos de tráfico de drogas, disponiendo que “tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: a) Si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16; b) Si se utilizó violencia, armas o engaño en su comisión; c) Si se suministró, promovió, indujo o facilitó el uso o consumo de drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas a menores de dieciocho años de edad, o a personas con sus facultades mentales disminuidas o perturbadas; d) Si el delito se cometió por funcionarios públicos aprovechando o abusando de su calidad de tales; e) Si el delito se cometió valiéndose de personas exentas de responsabilidad penal; f) Si el delito se cometió en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los que escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales; g) Si el delito se perpetró en una institución deportiva, cultural o social, mientras ésta cumplía sus fines propios; o en sitios donde se estaban realizando espectáculos públicos, actividades recreativas, culturales o sociales; h) Si el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial. Si concurren dos o más de las circunstancias señaladas precedentemente, la pena podrá ser aumentada en dos grados³¹⁹. La Ley

³¹⁸ Bascuñán Rodríguez, Antonio, *Delitos contra intereses instrumentales*, pp. 328-329, citado por Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena, op. cit. p. 126, quienes agregan que “Entre tales resguardos cabe mencionar, en primer término, la necesidad de exigir la efectiva concurrencia de todos los elementos que determinan la punibilidad de la tentativa; en otras palabras, no basta con que el autor haya realizado acciones susceptibles de ser encasilladas como actos ejecutivos, sino que ellas deben ser efectivamente punibles. Por tal motivo, por ejemplo, el desistimiento posterior a su realización excluye el castigo de quien adopta esa actitud”, ibídem.

³¹⁹ “Este artículo, que recoge y amplía buena parte de las agravaciones del anterior artículo 23 de la Ley N° 19.366, suprimiendo una (la de su N° 6° -prevalimiento de la posición de garante-) y agregando otra (pertenencia a una agrupación de delincuentes, art. 19 letra a)”. Politoff, Matus y Ramírez, op. cit., p. 613.

N° 20.000 contempla en su artículo 19 una serie de agravantes especiales aplicables a la mayoría de los delitos contemplados en dicha ley³²⁰ que tienen como principal aptitud el hecho de que ante la concurrencia de una cualquiera de ellas la pena deberá ser aumentada en un grado, y en el evento de concurren dos o más de ellas la pena podrá ser aumentada en dos grados. Desde la perspectiva del delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 3° de la Ley N° 20.000, el cual tiene asignada una pena de crimen que va de presidio mayor en su grado mínimo a medio, esto es, de cinco años y un día a quince años de presidio, por lo que la concurrencia de una o más de estas agravantes eleva la pena en uno o dos grados tal como se señaló previamente, llevando en términos prácticos a convertir este tipo de conductas en una de las que tienen aparejadas una de las más altas penas en nuestro sistema penal. Desde otra perspectiva, resulta del todo cuestionable la aplicación de este tipo de agravantes a las conductas constitutivas de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades (artículo 4° de la Ley N° 20.000), ilícito que constituye sólo un simple delito³²¹, lo que en términos concretos conlleva tratar en términos idénticos conductas constitutivas de crímenes con otras constitutivas sólo de simples delitos, y en la imposibilidad real de hacer merecedores de beneficios de la Ley N° 18.216 a aquellas personas que sean condenadas por microtráfico perjudicándolos a su respecto alguna(s) de la(s) agravante(s) del citado artículo 19, por exceder los límites de pena que hacen aplicable las medidas alternativas al cumplimiento de condenas, principalmente el acceso al beneficio de la libertad vigilada, cuando en la determinación de pena, ésta quede en el rango del presidio menor en su grado máximo, de no concurrir este tipo de agravantes especiales.

³²⁰ Principalmente a los delitos de elaboración de sustancias estupefacientes, tráfico de drogas, microtráfico y cultivo de especies del género cannabis sativa, entre otras, ya que el propio artículo 19 de la Ley N° 20.000 señala de manera expresa que estas agravantes se aplican a los “delitos anteriormente descritos”, esto es, a aquellos ilícitos tipificados entre el artículo 1° y el artículo 18 de la Ley N° 20.000. En ese escenario, quedan excluidas del ámbito de aplicación de estas agravantes especiales todos los tipos penales que se encuentran contemplados por sobre el artículo 19 de la Ley N° 20.000, por ejemplo los artículos 29, 31 inciso 2°, 35 inciso 3° y 4°, 37, 38 inciso 3°, y 42.

³²¹ La pena asignada por la ley al delito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en pequeñas cantidades es la de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales.

Lo que sí resulta claro, es que la inserción de estas agravantes en esta ley especial, viene a configurarse como una excepción al régimen general de aplicación de las penas contemplado en el Código Penal, en especial al contenido de los artículos 67³²² y 68³²³ de dicho cuerpo normativo, supuestos en que la concurrencia de cualquier agravante de dicho régimen general no tiene la aptitud para elevar la pena en uno o dos grados, como si ocurre en la Ley N° 20.000 con sus agravantes especiales. En caso de concurrir dos de estas agravantes, la excepcionalidad también se hace patente, ya que en el contexto del régimen general del Código Penal no se contempla en caso alguno la elevación en dos grados de la pena asignada al delito por la concurrencia de dos de dichas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. En este último caso, eso sí, este aumento es facultativo para el tribunal³²⁴.

³²² El artículo 67 del Código Penal dispone que: “Cuando la pena señalada al delito es un grado de una divisible y no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal puede recorrer toda su extensión al aplicarla. Si concurre sólo una circunstancia atenuante o sólo una agravante, la aplicará en el primer caso en su mínimo, y en el segundo en su máximo. Para determinar en tales casos el mínimo y el máximo de la pena, se divide por mitad el período de su duración: la más alta de estas partes formará el máximo y la más baja el mínimo. Siendo dos o más las circunstancias atenuantes y no habiendo ninguna agravante, podrá el tribunal imponer la inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Si hay dos o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante, puede aplicar la pena superior en un grado. En el caso de concurrir circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras”.

³²³ Por su parte el artículo 68 del Código Penal establece que: “Cuando la pena señalada por la ley consta de dos o más grados, bien sea que los formen una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o diversos grados de penas divisibles, el tribunal al aplicarla podrá recorrer toda su extensión, si no concurren en el hecho circunstancias atenuantes ni agravantes. Habiendo una sola circunstancia atenuante o una sola circunstancia agravante, no aplicará en el primer caso el grado máximo ni en el segundo el mínimo. Si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Cuando, no concurriendo circunstancias atenuantes, hay dos o más agravantes, podrá imponer la inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley, a menos que dicha pena fuere la de muerte, en cuyo caso el tribunal no estará obligado a imponerla necesariamente. Concurriendo circunstancias atenuantes y agravantes, se observará lo prescrito en los artículos anteriores para casos análogos”.

³²⁴ Dentro del artículo 19 de la Ley N° 20.000 hemos visto que para la concurrencia de una agravante se contempla un mandato imperativo para el juez, y en caso de concurrir dos de estas agravantes especiales el tribunal tendrá la facultad de subir en dos grados la pena. Si bien el tenor de esta última regla es que se entrega al tribunal la facultad de subir en dos grados la pena, no es menos cierto que siempre deberá a lo menos subir en un grado la misma sea cual sea el número de agravantes especiales que concurren en el caso concreto, por lo

Del tenor del artículo 19 podemos apreciar que al concurrir una de ellas el tribunal “deberá” subir en un grado la pena, lo cual constituye un mandato que no permite discrecionalidad en su aplicación: De configurarse una de estas agravantes especiales el tribunal estará obligado por mandato legal a elevar la pena en un grado, para luego recién allí analizar la concurrencia –e incidencia- de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal generales establecidas en el Código Penal. En lo que respecta a la forma de elevar la pena ante la concurrencia de estas agravantes especiales, pueden apreciarse dos marcadas posturas al respecto: La primera de ellas, sostenida por los profesores Politoff, Matus y Ramírez, establece que “el efecto de esta calificación consiste en elevar toda la pena prevista, conservando un marco penal de igual cantidad de grados, puesto que el texto legal no contempla una limitación como la del artículo 68 CP en cuanto a la forma en que ha de hacerse el aumento que señala la ley. Así, si por concurrir alguna de estas circunstancias se aumenta en un grado la pena del delito de tráfico de drogas susceptibles de causar graves efectos tóxicos del inc. 2° del art. 3° de la ley N° 20.000 –presidio mayor en sus grados mínimos a medio-, el resultado será un marco penal de presidio mayor en su grado medio a máximo. Además, para hacer más “efectivas” estas agravaciones, ha dispuesto el inc. final de este art. 19 que “si concurren dos o más de ellas”, “la pena podrá aumentarse en dos grados”, facultad que habrá de tomarse con mucha prudencia si no quiere llegarse al paroxismo penológico de castigar estas conductas con penas que pueden llegar hasta la de ¡presidio perpetuo!”³²⁵. Una postura distinta a la anterior ha sido sostenida por parte de nuestra jurisprudencia, en el sentido de entender que la elevación de la pena en uno o dos grados en los términos del artículo 19 de la Ley N° 20.000 se debe realizar no aumentando el marco penal del delito en cuestión –por ejemplo el de presidio mayor en sus grados mínimos a medio en el delito de tráfico de drogas del artículo 3°- sino que dentro de los márgenes de dicho marco penal, deba aplicarse el máximo –en el caso citado, aplicar el presidio mayor en su grado medio-, por lo que sólo en caso de que el tribunal facultativamente decida elevar

que el margen de discrecionalidad del tribunal siempre tendrá como piso la pena ya aumentada en un grado.

³²⁵ Politoff, Matus y Ramírez, op. cit. p. 614.

la pena en dos grados, recién allí pasaríamos a un grado superior al previsto por la ley al delito en cuestión³²⁶.

Creemos que no hay fundamentos de texto legal que de respaldo a la tesis jurisprudencial antes citada, es más, el propio carácter imperativo del inciso primero de la Ley N° 20.000, impide que estas agravantes especiales entren en las compensaciones que establecen los artículos 67 y 68 del Código Penal³²⁷, en caso de

³²⁶ Para corroborar esta forma de entender la agravación de las penas cuando concurre una circunstancia agravante especial –en este caso la de la letra a) del artículo 19 de la Ley N° 20.000- véase el fallo del 6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Miguel, RUC N° 0600038747-7, RIT N° 132-2007, de fecha 7 de julio de 2007. Véase también el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, RUC N° RIT N°, el cual en su considerando décimo octavo dispone lo siguiente: “*Regulación de la pena.* Que el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas o sustancias psicotrópicas establecido en el artículo 4° de la ley N° 20.000 conlleva la pena de presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 10 a 40 unidades tributarias mensuales. Que en la especie por aplicación del artículo 19 letra h) de la Ley N° 20.000 corresponde aumentar en un grado la pena respecto de ambas acusadas, quedando en el marco del presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”. También a nivel jurisprudencial pueden encontrarse fallos que receptionan la primera de las interpretaciones expuestas, como ocurre por ejemplo con el fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica Rol N° 134-2007, de fecha 22 de agosto de 2007, en cuyo considerando cuarto se sostiene que: “La norma contenida en la letra a) del artículo 19 de la Ley N° 20.000, como lo ha señalado en fallos anteriores esta Corte, constituye una norma de aplicación de pena, al darse por establecido en este caso, que los imputados forman parte de una agrupación, lo que implica que “la pena deberá ser aumentada en un grado”, y siendo la prevista para el caso, la del artículo 3 en relación con el inciso primero del artículo 1, ambos del citado cuerpo legal, que contempla las de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, por concurrir dicha circunstancia, debe elevarse obligatoriamente a presidio mayor en su grado máximo, en el que deben operar la circunstancias modificatorias de responsabilidad penal respectivas, en relación a cada uno de los imputados, y de ningún modo ser considerada como una circunstancia agravante que permite ser tratada en los términos de los artículos 67 y 68 del Código Punitivo”.

³²⁷ “Se estima que en el evento de concurrir agravantes o atenuantes comunes conjuntamente con estas agravantes especiales, y dado su especial poder agravatorio, resulta ineludible graduar la pena conforme las modificatorias comunes, pero habiendo aplicado previamente la agravante especial. Ello debido a que la propia ley establece un efecto agravatorio especial consistente en el aumento obligatorio o facultativo de uno o dos grados respectivamente, sin considerar o no la presencia de atenuantes, permitiéndose así que con una sola agravante y aunque concurren atenuantes, la pena deba aumentarse en un grado. Como ya se adelantara precedentemente no tendría lugar, en otras palabras, la compensación de circunstancias”. Oficio Fiscal Nacional N° 084, Instructivo N° 10 de la Ley N° 20.000, de 16 de febrero de 2005, p. 14. Disponible en <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/Minpu/Delitos%20ley%20de%20drogas/084.doc>. Fecha consulta: 19 de agosto de 2010.

concurrir junto con estas agravantes especiales circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal pertenecientes al régimen general contemplado en el Código Penal³²⁸. En definitiva, creemos que tal como aconteció en la época de vigencia de la Ley N° 19.366³²⁹, los tribunales intentan con esta manera de actuar, morigerar el excesivo rigor punitivo que conlleva la aplicación de la norma del artículo 19 de la Ley N° 20.000. Pasaremos ahora a analizar a grandes rasgos cada una de las agravantes especiales contempladas en el artículo 19 de la Ley N° 20.000.

1.3.1. Letra a). La primera de estas agravantes especiales establece que “si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16”. Esta agravante es una de las innovaciones que contempla la Ley N° 20.000 en relación con su antecesora ley de drogas³³⁰. Esta agravante se construye de manera residual del contenido típico del artículo 16 de la

³²⁸ En este sentido, aunque refiriéndose al antiguo artículo 21 de la Ley N° 18.403, Héctor Hernández Basualto. *Las Drogas Ilegales en el Derecho Penal Chileno*, Tesis de Grado, U. Católica de Chile, 1992, p. 364, citado en el Oficio del Fiscal Nacional N° 084, op. cit. *Ibidem*.

³²⁹ Tal como se señaló más arriba, el hecho de que no existiera una figura intermedia entre el tipo penal de tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias sicotrópicas (antiguo artículo 5° de la Ley N° 19.366) y la falta de porte o consumo (antiguo artículo 41) llevaba a los jueces a evitar la aplicación de dicho artículo 5° a aquellas conductas que estuvieran relacionadas con “pequeñas cantidades de drogas”, por entender de manera tácita que habría una respuesta punitiva desproporcionada ante una afectación menor del bien jurídico protegido, sancionando estas conductas con una pena de crimen. Esta fue una de las principales razones que llevaron a sustituir la Ley N° 19.366 por la Ley N° 20.000, la cual contempla un tipo privilegiado de tráfico de drogas, a saber, el microtráfico, lo que vendría a hacerse cargo de la disfunción antes citada.

³³⁰ En el Oficio N° 084 del Fiscal Nacional antes citado, se señala en torno a la historia del establecimiento de esta agravante especial que “la nueva agravante fue propuesta por el proyecto de ley original del ejecutivo, exigiendo la redacción original no conservada en el texto definitivo, que esta agrupación agregase una *mayor criminalidad al comportamiento de los malhechores*, sin hacerse mayores alusiones en el mensaje presidencial. El fundamento de su formulación parece haber sido de carácter político criminal, y estribaría en la necesidad de combatir con mayor severidad la criminalidad organizada debido a su carácter peligroso, ya que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado suprimió, por superflua, la parte final, ya citada, consistente en haber agregado mayor criminalidad, toda vez que en su opinión era innecesario explicitar esa razón de política criminal, bastando exigir que el imputado haya formado parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización contemplado en el artículo 16”, Oficio Fiscal Nacional N° 084, op. cit. pp. 9 y 10.

Ley N° 20.000³³¹, en el sentido de que si no se pudo configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas –o de cualquiera de los delitos de la ley de drogas– podrá en último término agravarse la responsabilidad del sujeto activo de estas conductas, aumentándose en un grado la misma –y eventualmente en dos– si se formó parte de una “reunión o agrupación de delincuentes”³³². De esta forma, se puede apreciar que el estándar probatorio para tener por configurada la agravante es mucho menor que el exigido para configurar el tipo penal del artículo 16 de la ley de drogas. Ahora bien, cuál es el fundamento que justifica configurar una agravante especial en este sentido. La respuesta siempre tendrá que partir del cimiento que nace de la clase de delitos que constituyen aquellos tipificados en la ley de drogas, esto es, delitos de peligro, y también por el bien jurídico por ellos protegidos, a saber, la salud pública, perteneciente a la clase de bienes supraindividuales o colectivos, donde el titular del mismo se torna del todo difuso. Antes esta premisa, resulta evidente que toda estructura que revista ciertos caracteres de jerarquía y organización pondrá en mayor medida en entredicho al bien jurídico protegido. Dado que el resultado pasa a segundo plano en este tipo de delitos, la peligrosidad potencial asociada a estas estructuras organizadas es mayor que si se la compara con el actuar individual de un sujeto que

³³¹ El artículo 16 de la Ley N° 20.000 tipifica el delito de asociación para el tráfico de drogas, estableciendo que: “Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley serán sancionados, por este solo hecho, según las normas que siguen: 1.- Con presidio mayor en sus grados medio a máximo, al que financie de cualquier forma, ejerza el mando o dirección, o planifique el o los delitos que se propongan. 2.- Con presidio mayor en su grado mínimo a medio, al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamientos, escondite, lugar de reunión o cualquiera otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización. Si el autor, cómplice o encubridor del delito establecido en este artículo cometiere, además, alguno de los delitos contemplados en esta ley, se estará a lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal para los efectos de la aplicación de la pena”.

³³² En este punto sostienen Politoff, Matus y Ramírez que “la circunstancia de haber formado parte el imputado de “una agrupación o reunión de delincuentes”, es la única circunstancia propiamente nueva agregada por la ley N° 20.000, y su inclusión parece responder a una finalidad práctica: lograr la imposición de penas mayores en caso de no comprobarse la existencia de una asociación de personas que no llega a configurar las características de una asociación ilícita”. Politoff, Matus y Ramírez, op. cit. p. 614.

realice alguna de las conductas tipificadas en la ley de drogas³³³. En términos empíricos, se ha sostenido que “las organizaciones criminales destinadas al narcotráfico, en ocasiones, se forman para una transacción en concreto, no permanecen en el tiempo, emplean a individuos ocasionales, siendo además dificultoso determinar las jerarquías dentro de la organización ocasional, resultando de ello que estas conductas de organización criminal no son castigadas, no obstante su capacidad para afectar la salud pública”³³⁴. Entonces, se persigue sancionar con esta agravante conductas que están a “medio camino” entre la coautoría del artículo 15 N° 3 del Código Penal y la asociación ilícita del artículo 16 de la Ley N° 20.000, en otras palabras se requiere algo más que el mero concierto previo para delinquir, y algo menos que la jerarquía y estructura de la asociación ilícita para tener por configurada la agravante de la letra a) del artículo 19, es decir, que haya una pluralidad de sujetos unidos para un fin en común: traficar, y que respondan a una organización jerárquica, con división de funciones (a lo menos en los términos del artículo 15 N° 3 del Código Penal), pero no permanente en el tiempo –de ser así estaríamos en presencia de una asociación ilícita del artículo 16-, o bien concurriendo la permanencia en el tiempo, pero faltando la jerarquía o bien existiendo una división de funciones difusa³³⁵.

³³³ “La agravación parte de la potencialidad del riesgo y extensión del tráfico de todo proceso organizado y del mayor menosprecio a la norma que toda organización con fines delictivos implica, por lo que sólo debería apreciarse en los supuestos en que la existencia de la organización o asociación potencie la gravedad o se facilite la conducta de tráfico en cuestión”. Oficio Fiscal Nacional N° 084, *ibídem*.

³³⁴ Oficio Fiscal Nacional N° 084, *ibídem*.

³³⁵ “La agrupación a que se refiere esta circunstancia, teniendo una existencia más o menos permanente en el tiempo, derivada de la identidad de los fines perseguidos por sus miembros, no puede considerarse una asociación ilícita, porque carece de la jerarquización y organización propios de ésta: jefes, reglas propias, y el reflejo de su existencia en los medios que a ella se destinan”. Politoff, Matus y Ramírez, *op. cit.* pág. 614. Como señala el Fiscal Nacional en su Oficio N° 084, “el cauce natural que abarcará esta agravante será aquella agrupación de personas que no alcance a constituirse en una asociación ilícita por presencia de la mayoría de sus elementos, pero por ausencia alternativa y únicamente de una organización jerárquica, o por la ausencia de la respectiva división de funciones, o finalmente, por ausencia de permanencia en el tiempo debido a su carácter transitorio”, Oficio Fiscal Nacional N° 084, *op. cit.*, páginas 10 y 11. A nivel jurisprudencial, podemos citar un fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, de fecha 8 de abril de 2009, causa RUC N° 0700853796-2, RIT N° 21-2009, el cual en su considerando décimo tercero establece a propósito de la concurrencia de esta agravante especial que: “Se trata de una situación intermedia entre la co-participación,

Por último, un punto del todo relevante en esta agravante especial dice relación con el alcance del término “delincuentes” empleado por la norma en comento. Aquí, se reproduce en términos similares la discusión que se origina en torno a la interpretación de la agravante existente en los delitos contra la propiedad, a saber, en el N° 3 del artículo 456 bis del Código Penal, en torno al concepto de “malhechores”. Entonces las posturas que reclaman competencia en el alcance que deba darse a esta noción, serán aquellas que postulan que el concepto de “delincuentes” dice relación con aquellas personas que registran anotaciones prontuariales anteriores (donde se diferencian dos variantes, una que apunta a la comisión de delitos en términos generales, y la otra con el hecho de que se haya cumplido efectivamente una pena de manera previa), o bien que la expresión “delincuentes” apunta única y exclusivamente a un parámetro cuantitativo, es decir, a la mera concurrencia de parte del sujeto activo a una agrupación de personas que comparten la finalidad de delinquir³³⁶. Creemos que el énfasis de la agravante está dado por la reunión o agrupación, lo que tiñe el alcance que deba darse al concepto de “delincuentes”, en el sentido de entenderlo como una concurrencia a la realización del delito, compartiendo una finalidad en común con el

que requiere de un acuerdo de voluntades, y la asociación a que se refiere el artículo 16. Ésta supone la vinculación de personas que persiguen un fin común, reguladas por un conjunto de normas en función de fines determinados. En cambio aquélla sólo corresponde al conjunto de personas agrupadas o reunidas con algún fin. Vale decir, el grupo se forma para un mismo fin, en este caso, distribuir, vender, colocar la marihuana que recibían entre terceros que a su vez la adquirirían para venderla en forma minorista, sin concurrir las circunstancias que comprende la figura del artículo 16. Por eso, se ha dicho que la agrupación o reunión de delincuentes, más allá de la existencia de un concierto o acuerdo de voluntades o división de roles, propios de una coparticipación, exige un sentido de pertenencia al grupo, el que, si bien carece de una estructura reglamentada, funciona materialmente como tal”.

³³⁶ “Por otra parte, la voz “delincuente” a que esa disposición alude ha de ser considerada en su sentido natural y obvio, pues el legislador no la definió, refiriéndose, entonces, a la calidad de ejecutores del acto ilícito”. Considerando décimo tercero del fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, citado en la nota al pié precedente. En ese mismo sentido el considerando 12° de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, RUC N° 0800963008-3, RIT N° 52-2009, de fecha 9 de agosto de 2009, señala que: “La voz, “delincuente” la jurisprudencia la ha entendido al igual que para aplicar el artículo 456 bis n° 3 del C. Penal respecto de la pluralidad de “malhechores”, no siendo necesario que ellos tengan antecedentes penales o anotaciones pretéritas para configurar la referida agravante. La agravante solo se refiere a “agrupación de delincuentes”, entendiéndose por ellos los que delinquen en ese acto”. Criterio que también ha sido ratificado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica en su fallo Rol N° 31-2006, de fecha 28 de febrero de 2006.

resto de los partícipes, sin necesidad de efectuar exigencias probatorias en torno a acreditar la existencia de antecedentes penales pretéritos de parte de cada uno de los partícipes del delito³³⁷.

1.3.2. Letra b). La segunda de las agravantes contempladas en el artículo 19 de la Ley N° 20.000 dispone la agravación “si se utilizó violencia, armas o engaño en su comisión”. En relación con las regulaciones anteriores a la Ley N° 20.000, la letra b) del artículo 19 agrega la utilización de armas como una de las hipótesis de comisión que configuran esta agravante, sumándose así a las ya existentes modalidades de uso de violencia y engaño, haciendo eco de esta manera a lo contemplado en la Convención de Viena de 1988³³⁸, la cual fue ratificada por Chile y promulgada mediante Decreto N° 543 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del 20 de agosto de 1990. Se ha planteado, a nivel de crítica de esta inclusión, que el concepto de violencia subsumiría el uso de armas en la comisión del delito, por lo que su inclusión no tendría mayores efectos prácticos, pero creemos que el verdadero sentido de su incorporación “puede ser vinculado con el mero porte y exhibición de armas como medio intimidatorio, destinado a coaccionar a terceros en la

³³⁷ Un buen argumento a favor de esta interpretación es la vinculación que se genera entre los artículos 16 y 19 de la Ley N° 20.000, por el hecho de que el segundo de estos artículos llena su contenido con la referencia expresa que hace del artículo 16 —en clave negativa—, artículo este último que no hace referencia alguna a la calidad de las personas que conforman la asociación ilícita allí descrita. En otras palabras, si partimos de la base de que existe una relación residual entre ambos artículos, mal podríamos interpretar los requisitos de la norma del artículo 19 de manera más estricta que los contenidos en el artículo 16, si para la asociación ilícita los intervinientes no requieren una calificación especial en torno a su pasado delictual, mal podríamos entender existente la misma en la configuración de la agravante especial de la letra a) del artículo 19 de la Ley N° 20.000, porque de lo contrario perdería sentido la referencia y reenvío que se produce entre ambas normas.

³³⁸ La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada en Viena, el 19 de diciembre de 1988, dispone en su artículo 3.5 que “las Partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, tales como: d) el recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente”.

ejecución del delito”³³⁹. Tal como sostienen Politoff, Matus y Ramírez, “el problema que presenta esta calificante es precisar el ámbito en que debe utilizarse la violencia o el engaño para su configuración. Según Hernández, este ámbito sólo puede referirse a la ejecución material de la conducta incriminada, reduciéndolo prácticamente a las situaciones de inducción al consumo mediante violencia o engaño, de ordinaria ocurrencia”³⁴⁰. Relacionado con el uso de armas, también nace la duda en torno al concurso que surge de la concurrencia de esta agravante especial de la ley de drogas y la agravante del N° 20 del artículo 12 del Código Penal³⁴¹ -y su referencia al artículo 132³⁴² del mismo cuerpo normativo-, lo cual debe ser resuelto por consunción, y de esa manera la regulación especial que contiene el artículo 19 de la ley de drogas subsumir la regulación genérica del Código Penal³⁴³.

³³⁹ Oficio Fiscal Nacional N° 084, op.cit., página 12. Continúa el Oficio del Fiscal Nacional haciendo mención al hecho de que “resulta plausible sostener también que el fenómeno observado cada vez más creciente, de las denominadas “quitadas” de droga, o “mexicanas”, esto es, el apoderamiento mediante violencia o intimidación, y con el empleo de armas de fuego, de una banda rival de traficantes a otra, fue un aspecto considerado en la ampliación de esta agravante, debido a la ejecución violenta y a las consecuencias lesivas de estas acciones”, ibídem.

³⁴⁰ Politoff, Matus y Ramírez, op. cit. p. 615. A nivel jurisprudencial podemos citar el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, el cual en su considerando décimo estableció en relación con esta agravante especial que: “Si se utilizo violencia, armas o engaño en su comisión. Esta agravante no puede considerarse, pues es inherente a la comisión del delito, según lo indica el artículo 63 del Código Penal. Tanto es así que para traficar sustancias prohibidas, tal como lo expusieron los Policías, los imputados tiene un modo de operar, esto es habitualmente, no utilizan su nombre, sino que en utilizan una “chapa”, esto es el carnet de otra persona, para no ser descubierto”.

³⁴¹ Artículo 12. Son circunstancias agravantes: 20ª. Ejecutarlo portando armas de fuego o de aquellas referidas en el artículo 132. Esta circunstancia fue agregada al régimen general de agravantes del Código Penal, por el artículo 1º, N° 1 letra b) de la Ley N° 19.975, de fecha 5 de octubre de 2004.

³⁴² El artículo 132 del Código Penal dispone que: “Cuando en las sublevaciones de que trata este Título se supone el uso de armas, se comprenderá bajo esta palabra toda máquina, instrumento, utensilio u objeto cortante, punzante o contundente que se haya tomado para matar, herir o golpear, aun cuando no se haya hecho uso de él”.

³⁴³ Lo mismo debe entenderse respecto de la relación concursal que pueda existir entre la agravante de la letra b) del artículo 19 de la Ley N° 20.000 y las amenazas y/o coacciones que puedan realizarse con motivo de la utilización de violencia o armas. Un punto no menos problemático surge de las relaciones concursales que puedan originarse entre la regulación que contempla la ley de drogas y las infracciones tipificadas en la Ley N° 17.798 sobre control de armas (delitos de porte y tenencia de armas de fuego, tanto convencionales como

1.3.3. Letra c). La tercera de estas agravantes se configurará “si se suministró, promovió, indujo o facilitó el uso o consumo de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas a menores de dieciocho años de edad, o a personas con sus facultades mentales disminuidas o perturbadas”. Como hemos señalado, por el hecho de que los delitos que tipifica la Ley N° 20.000 son esencialmente delitos de peligro, esta agravante especial viene a conjugar de manera aun más intensa la protección que esta regulación penal persigue, esto es, protección de los menores de edad y de personas con facultades mentales disminuidas. Ambos grupos de personas comparten el hecho de no poseer las aptitudes suficientes para poder determinarse a sí mismos³⁴⁴ -o bien el legislador presupone aquello, sobre todo respecto de los menores de edad en etapa de adolescencia- careciendo en definitiva de la suficiente responsabilidad para poder tomar decisiones relevantes para su vida, como sería el hecho de consumir sustancias estupefacientes o sicotrópicas –recordando que hay supuestos de consumo atípicos-, y que por otro lado el acceso de este tipo de

prohibidas), donde no resulta del todo pacífico el subsumir en la regulación agravada que contempla el artículo 19 de la Ley N° 20.000 el contenido de injusto de las infracciones de la ley sobre control de armas, por tratarse de bienes jurídicos protegidos de distinta naturaleza, donde el único argumento a favor de subsumir en los términos antes citados vendría dado por las altísimas penas resultantes de la aplicación de las agravantes del artículo 19 de la Ley N° 20.000. Como ejemplo de esta última problemática podemos citar el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, de fecha 16 de diciembre de 2007, RUC N° 0600863531-3, RIT N° 88-2007, el cual en su considerando décimo octavo: “Que...se acogerá la agravante especial de la letra b) del artículo 19 de la Ley N°20.000, en atención a que resultó justificado, en virtud del testimonio de los funcionarios policiales ..., que al momento de llevar a cabo la transacción de drogas efectuada en las inmediaciones del parque cementerio de la ciudad de Angol y el traslado, porte, posesión y guarda de 15 bolsas de clorhidrato de cocaína en el vehículo en que se desplazaba, este encausado, utilizó un arma de fuego, más precisamente una pistola marca Vecta, calibre 765, la que de acuerdo a lo informado por el perito balístico ..., se encontraba apta para generar un disparo, lo que provoca que en virtud del principio de especialidad, la citada disposición legal, desplace a la disposición general contenida en el artículo 9 de la Ley de Control de Armas, invocada por su defensa, teniendo presente que de acuerdo a lo informado por el comandante de la guarnición militar de Angol, (el imputado), no registra armas inscritas a su nombre y tampoco autorización para portarlas”.

³⁴⁴ Lo cual podría ser discutible respecto de personas menores de edad, pero cercanas a los dieciocho años, en el sentido de que podría aplicarse la agravante respecto de la promoción de consumo respecto de una persona de diecisiete años de edad, y no hacerlo respecto de una persona que acaba de cumplir los dieciocho años. Sin duda que la decisión legislativa aporta la certeza de conocer de antemano los límites temporales de la agravación, pero deja un rango de aplicación que difícilmente puede justificarse en base al espíritu de la ley.

personas a las sustancias estupefacientes o sicotrópicas supone un mayor grado de riesgo en torno a la dependencia que pueda generarse en ellas en relación con el consumo de dichas sustancias.

En lo que dice relación con la agravación vinculada a la minoría de edad, tal como se dijo respecto de la agravante anterior –en cuanto a la utilización de armas- aquí también se hace una ratificación de lo contemplado en la Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, la cual en el artículo 3.5 letra f) establece como circunstancia que reviste especial gravedad en la comisión de delitos de tráfico de drogas la victimización o utilización de menores de edad, lo cual deberá ser tomado en cuenta por los tribunales y demás órganos jurisdiccionales. El legislador chileno en este punto, y en comparación con la regulación que hace la Organización de Naciones Unidas, hizo un agregado a esta agravante en lo que dice relación con la protección de las personas con su salud mental disminuida o perturbada, ampliando de esta manera las hipótesis que pueden caer dentro del rango de aplicación de esta agravante especial.

Como ya anticipábamos, los principales problemas que pueden surgir en la determinación de esta agravante, vienen dados por aquellos “casos difíciles” en los cuales no se pueda tener una certeza en torno a la minoría de edad o a la perturbación o disminución de las facultades mentales de la persona a quien se está suministrando, promoviendo, induciendo o facilitando el uso o consumo de drogas, esto es, los casos de error de parte del sujeto activo de los delitos tipificados en la Ley N° 20.000, en torno a estas cualidades³⁴⁵. Creemos que para tener por configurada esta modificatoria especial de responsabilidad deben dejarse de lado parámetros objetivos que apunten única y exclusivamente a corroborar si aquel que es receptor de las conductas desplegadas por el sujeto activo es o no menor de edad, o si se trata o no de una persona con facultades mentales perturbadas, cuando estas cualidades requieran

³⁴⁵ “La solución en estos casos, tratándose de una figura calificada no puede ser otra que la del error de tipo excluyente de la culpabilidad respecto a la calificación, por falta de dolo, tanto si se trata de un error invencible como de uno vencible, ya que no existen figuras culposas correspondientes”, Politoft, Matus y Ramírez, op. cit. p. 616.

determinarse con algún correlato que vaya más allá de la simple percepción que pueda obrar por parte de cualquier sujeto medio, es decir, que para dar por concurrente esta agravante el examen debe efectuarse por el intérprete desde la perspectiva del sujeto activo, subjetivizando los parámetros de análisis³⁴⁶, para de esa manera superar de mejor manera aquellos casos difíciles en los cuales resulta complejo poder apreciar la minoría de edad o la perturbación de las facultades mentales por el simple empleo de los sentidos³⁴⁷.

³⁴⁶ En este sentido podemos citar el fallo del 2º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 6 de octubre de 2006, en causa RUC N° 0600077766-6, RIT N° 59-2006, que en su considerando décimo cuarto sostuvo que: “En lo referente a la circunstancia agravante invocada por el Ministerio Público, prevista en la letra c) del artículo 19 de la ley 20.000, consistente en suministrar, promover, inducir o facilitar el uso o consumo de drogas a menores de 18 años, será rechazada por el Tribunal, por estimar que en la especie no concurren las exigencias subjetivas que la harían aplicable. En efecto, la norma en comento no establece una situación de "responsabilidad objetiva", que resulte aplicable ante la sola verificación de que el comprador es un menor de 18 años de edad. Por el contrario, al consistir en una circunstancia agravante, ella constituye un mayor reproche penal a la conducta de quien efectúa la venta y, en esa medida, la circunstancia de tratarse de un menor de edad debe estar cubierta por el dolo del agente pues de otra manera se afectaría el principio de culpabilidad que se encuentra en la base del sistema penal. En el caso que nos ocupa, por lo que pudieron percibir estos jueces en la audiencia, no se puede percibir a simple vista que el testigo que depuso en la causa bajo medida de protección -de 17 años de edad-fuera una persona menor de 18 años según establece la norma, no concurrió a comprar vistiendo uniforme escolar u otro atuendo que al menos diera indicios de su minoría de edad, a lo que se debe sumar el hecho que la acusada tiene problemas a la vista -a lo menos un ojo casi cerrado-de modo que no puede atribuírsele un mayor reproche a su conducta como el que se viene comentando, de manera que no se hará lugar a la aplicación de la circunstancia agravante invocada por el Ministerio Público”.

³⁴⁷ En este sentido Politoff, Matus y Ramírez señalan que “puede considerarse suficiente conocimiento a estos efectos uno equivalente al dolo eventual, esto es, la duda seguida de la aceptación del riesgo. En cambio, no podrá estimarse esta agravante si la menor edad o enfermedad mental de la víctima no son directamente apreciables por los sentidos de una persona puesta en la realidad (como sería el caso de que ellas debieran determinarse mediante certificados o pericias especiales)”. Politoff, Matus y Ramírez, op. cit. páginas 616 y 617. en este mismo sentido, el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, RUC N° 060041806-0, RIT N° 190-2006, de fecha trece de enero de 2007, en su considerando décimo cuarto señaló que: “La misma –agravante especial del artículo 19 letra c) de la Ley N° 20.000- no se la estima concurrente, ya que conforme a lo que se pudo apreciar en la audiencia, el desarrollo físico de los menores no devela a simple vista que estos tengan menos de 18 años de edad. Por el contrario por su apariencia física los jóvenes impresionaban ser mayores de la antedicha edad. Así las cosas, no resulta plausible exigir al acusado el conocimiento previo de tal circunstancia, dado además que los mismos menores que declararon en la audiencia, dejaron expresa constancia que era primera vez que tomaban contacto con el acusado. Así una interpretación lógica de la norma en comento, sólo aparece

1.3.4. Letra d). El artículo 19 también establece una agravación de la pena para los funcionarios públicos, estableciendo la siguiente circunstancia: “Si el delito se cometió por funcionarios públicos aprovechando o abusando de su calidad de tales”.³⁴⁸ Esta agravante, tal como ha sido con las anteriormente analizadas, tiene también su fuente en la Convención de Viena de 1988, en la cual se establece en el artículo 3.5 letra e) “el hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo”, como una de las circunstancias que deben considerar los tribunales y demás órganos jurisdiccionales para efectos de agravar las penas en delitos de tráfico de drogas. Responde esta agravación al hecho de exigir un mayor estándar de comportamiento a quienes realicen funciones públicas³⁴⁹ por sobre el resto de las personas que no realizan dichas funciones, y que quedan fuera del ámbito de aplicación de esta agravante especial por no revestir la condición antes señalada, respondiendo de esa manera a las características propias de las agravantes personales³⁵⁰.

como exigible dicho conocimiento, sí la apariencia física externa del menor lo deja de manifiesto en forma notoria, debiendo además ello apreciable a simple vista”.

³⁴⁸ El artículo 23 de la Ley N° 19.366, establecía una disposición similar al señalar que: “Las penas contempladas en esta ley para crímenes y simples delitos serán aumentadas en un grado: 5° si el delito se cometiere por funcionarios públicos aprovechándose de su investidura o de las funciones que desempeñan”.

³⁴⁹ Sea cual sea la forma de vinculación con el Estado, en el sentido de que será indiferente la manera en que dicho funcionario esté ligado con la administración del Estado, sino que lo esencial para determinar si se está o no en presencia de un funcionario público será la función que éste ejerza en términos concretos. Aquí debe tenerse presente lo establecido en el artículo 260 del Código Penal, que establece un criterio funcional y amplio de lo que debemos entender por funcionario público, al señalar que “se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas simifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

³⁵⁰ El artículo 64 del Código Penal reconoce de manera expresa la existencia de este tipo de modificatorias de responsabilidad de carácter personal al establecer que “las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal. Servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren”. Determina también esta norma lo que ocurre en relación con la comunicabilidad, en caso de existir dos o más responsables, ya que dada la naturaleza personal de este tipo de agravantes, sólo afectan a aquellos en quienes concurren dichas características, en este caso, afectaría solamente a aquel que realice funciones públicas.

Una vez que se establezca que el sujeto activo cumple con este carácter especial requerido por la ley –que ejerza una función pública- deberá determinarse en un segundo momento si tal funcionario aprovechó o abusó de tal característica para la realización de alguno de los delitos agravados por el artículo 19 de la Ley N° 20.000, sea que logre o no sus objetivos, agregando de esta manera un matiz subjetivo a la configuración de esta modificatoria, toda vez que no bastará acreditar la condición de empleado fiscal³⁵¹ para que automáticamente el tribunal deba aumentar en un grado la pena a aplicar en el caso concreto, sino que el legislador ha establecido de manera adicional un segundo requisito subjetivo que debe cumplirse para recién allí elevar el marco penal, por lo que no deja de ser relevante el entendimiento de la agravante desde esta perspectiva, toda vez que quedarán excluidas de su ámbito de competencia todas aquellas conductas desplegadas por el funcionario “fuera del ámbito temporal y espacial de ejercicio de sus funciones públicas”³⁵², reduciendo de esa manera considerablemente las hipótesis subsumibles en la letra d) del artículo 19³⁵³.

³⁵¹ Lo que en términos probatorios vendría dado, por ejemplo, con el acompañamiento del decreto de nombramiento o bien el contrato que lo liga con el Estado.

³⁵² “Pero aun cuando su conducta se despliegue dentro del ámbito de la función pública que desempeñe, ella será punible de manera calificada sólo en caso de estar motivada por fines ajenos a dicha función. Esto excluiría la punibilidad *calificada* de quien cumpliendo labores de asistencia social, por ejemplo, suministrase pequeñas cantidades de sustancias prohibidas a las personas que atiende, si fuesen toxicómanos, y siempre que el suministro tuviese como finalidad superar una crisis de abstinencia o una situación de necesidad similar”. Politoff, Matus y Ramírez, op. cit. p. 617.

³⁵³ Para ilustrar de mejor manera este segundo requisito –el de aprovecharse o abusar de su calidad de funcionario público- exigido por esta agravante especial, podemos citar como ejemplo una sentencia de la Excma Corte Suprema en la cual, a propósito de la participación de un funcionario de la Policía de Investigaciones de Chile en un delito de Tráfico ilícito de estupefacientes regulado por la Ley N° 19.366, se señaló que “ha quedado establecido que este último participó en la comisión del delito materia de estos autos interceptando el vehículo que transportaba la droga con un carro institucional, en compañía de dos funcionarios de la Policía de Investigaciones, uno de los cuales permaneció con él mientras allanaba e interrogaba a los tripulantes del taxi y lo registraba, en tanto que el otro funcionario le prestaba cobertura a distancia, actos que dejan en evidencia el aprovechamiento de su investidura y de las funciones de inspector que desempeñaba, lo que constituye la causal de agravación de la pena contemplada en el numeral 5 del artículo 23 de la ley 19.366. Sólo alguien que tiene una calidad e investidura como la del condenado... puede hacer uso de medios humanos y materiales de la policía para quitar a terceros una maleta con droga, con fines ilícitos”. Fallo de la Excma Corte Suprema de 05 de mayo de 2004, Rol 1189-04, en causa por el delito de tráfico

La importancia práctica del establecimiento de esta agravante especial en la ley de drogas radica en el hecho de que de no contar con su tipificación, los supuestos de hecho que cumplan con los requisitos por ella exigidos habrían caído en el rango de aplicación de la agravante general establecida en la circunstancia 8ª del artículo 12 del Código Penal, esto es, “prevalerse del carácter público que tenga el culpable”, con lo que la incidencia en la determinación de la pena, de una u otra agravante, es radicalmente distinta, ya que en el primer caso, tal como hemos señalado, el tribunal está obligado a elevar el marco penal en un grado, pudiendo llegar incluso a elevar en dos grados la pena en caso que concurra junto a otra(s) agravante(s) del artículo 19, en cambio en el segundo caso, se deberá dar aplicación a las reglas generales de determinación de pena que contempla el código penal, principalmente en sus artículos 67 y siguientes, donde ninguna agravante tiene la aptitud siquiera de poder elevar en un grado el marco penal asignado al delito en cuestión, es más, en caso de concurrir en conjunto con circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal, el legislador permite que se efectúe una compensación racional entre ellas, pudiendo incluso el tribunal en dicho evento recorrer toda la extensión de la pena para determinar finalmente la pena a aplicar en el caso en concreto. En el escenario actual, con la existencia de una regulación especial, debe entenderse entonces que la agravante del artículo 19 letra d) desplaza a la agravante general del artículo 12 del Código Penal, por aplicación del principio de especialidad.

ilícito de estupefacientes caratulada “Fisco de Chile con Carlos Landivar Arias y otros” considerando 2º de la Sentencia de reemplazo. Citado en Oficio del Fiscal Nacional Nº 107, Instructivo Nº 13 de la Ley Nº 20.000, op. cit., págs. 11 y 12. Puede consultarse también el fallo de la Cuarta Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel Nº 1009-2007 R.P.P., RUC Nº 0500322293-6, RIT Nº 19-2007, de fecha seis de agosto de dos mil siete, fallo en el cual se sostiene que “la causal de agravación de responsabilidad de la letra d) del artículo 19 de la Ley ya citada, se trataría de una situación fáctica que atribuye mayor reproche a la actuación de quienes formando parte de la organización criminal y contribuyendo a sus fines, tengan precisamente la calidad de funcionarios públicos y se aprovechen para ello de tal calidad”. Otro fallo de interés, es aquel dictado por el 4º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago RUC Nº 0600490191-4, RIT Nº 96-2007, de fecha ocho de septiembre de 2007, en la cual se condenó a un funcionario de Gendarmería de Chile como autor del delito de tráfico ilícito de drogas, por ingresar drogas hasta el interior de un centro de cumplimiento penitenciario, mientras desempeñaba funciones en dicho lugar. El fallo en comento tiene por establecidas las agravantes de las letras d) y h) del artículo 19 de la Ley Nº 20.000.

1.3.5. Letra e). “Si el delito se cometió valiéndose de personas exentas de responsabilidad penal”³⁵⁴. Esta agravante hace alusión a un “caso especialmente penado y agravado de autoría mediata”³⁵⁵, no siendo relevante para efectos de configurar la agravante especial la mera presencia de personas exentas de responsabilidad, sino que es necesario que el sujeto activo se valga de estos inimputables para efectos de perpetrar el delito, esto último es lo que justifica la elevación de la pena. Entonces, no puede soslayarse el contenido del artículo 10 del Código Penal³⁵⁶, en cuanto establece quiénes están exentos de responsabilidad

³⁵⁴ Aquí la Ley N° 20.000 se diferencia de su antecesora en cuanto no contiene una limitación en su aplicación a los tres primeros casos contemplados en el artículo 10 del Código penal, utilizando en cambio una fórmula amplia “personas exentas de responsabilidad criminal”.

³⁵⁵ Héctor Hernández Basualto. Las Drogas Ilegales en el Derecho Penal Chileno, Tesis de Grado, U. Católica de Chile, 1992, p. 366, citado en el Oficio del Fiscal Nacional N° 084, op. cit., p. 12.

³⁵⁶ El artículo 10 del Código Penal señala quienes están exentos de responsabilidad criminal, y en ese sentido enumera las siguientes hipótesis: 1° El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón. 2° El menor de dieciocho años. La responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil. 4° El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes: Primera. Agresión ilegítima. Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. 5° El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de sus parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, de sus afines legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor. 6° El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo. Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4° y 5° precedentes, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor, respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el número 1° del artículo 440 de este Código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias, o, si es de noche, en un local comercial o industrial y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433 y 436 de este Código. 7° El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1a. Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar. 2a. Que sea mayor que el causado para evitarlo. 3a. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo. 8° El que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente. 9° El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable. 10. El que

criminal, así como el artículo 15 N° 2 del mismo cuerpo normativo, el cual regula la autoría mediata³⁵⁷. La primera, permitirá determinar qué causal de exención de responsabilidad concurre (minoría de edad, enfermedad mental, fuerza irresistible, cumplimiento de un deber, etcétera) en el ejecutor material no doloso, y la segunda permitirá construir responsabilidad a nivel de autoría respecto de aquel que utiliza al sujeto inimputable. Por otra parte, tampoco puede pasarse por alto la relación que pueda surgir con el artículo 72 del Código Penal, que regula de manera general la concurrencia en la realización de un delito de personas mayores de dieciocho años y menores de esa edad, cuando los adultos se hayan prevalido de los menores para perpetrar el delito, aumentándose en un grado la pena para los mayores de edad³⁵⁸. Tal como acontece con otros casos que hemos visto previamente, la regulación que efectúa la Ley N° 20.000, por principio de especialidad, prevalecerá en relación con aquella que realiza el Código Penal de manera general, es más, la letra e) del artículo 19 abarca mayor cantidad de hipótesis, no sólo circunscribiendo la elevación de la pena al empleo de menores de edad en la realización del delito, sino que va más allá, extendiendo la misma al empleo de cualquier persona que se encuentre exenta de responsabilidad criminal³⁵⁹.

obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo. 12. El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable. 13. El que cometiere un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la ley”.

³⁵⁷ Artículo 15. “Se consideran autores: 2°. Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”.

³⁵⁸ Específicamente dispone el artículo 72 del Código Penal que “en los casos en que aparezcan responsables en un mismo delito individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esta circunstancia, aumentada en un grado, si éstos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración del delito, pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez”.

³⁵⁹ A modo de ejemplo, podemos citar el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, dictado en causa RUC N° 0500250630-2, RIT N° 14-2006, de fecha diez de abril de dos mil seis, el cual en su considerando décimo acogió la agravante en comento, estableciendo al respecto que: “Estos juzgadores acogen la agravante especial de la responsabilidad penal alegada por el Ministerio Público, en cuanto el delito se cometió valiéndose de personas exentas de responsabilidad penal, contenida en el artículo 19 letra e) de la Ley N° 20.000, toda vez que conforme a las pruebas aportadas por la Fiscalía, en especial copia de la sentencia definitiva de fecha dieciocho de julio de dos mil cinco en causa Rol N° 18.296 del Juzgado de Menores de Copiapó, que declaró sin discernimiento al menor Gino Oscar Hernández Álvarez,

En lo que dice relación con la justificación de su inclusión dentro del catálogo de agravantes especiales, tal como sostienen Politoff, Matus y Ramírez, esta disposición busca evitar que “se burle la eficacia de la ley (...) la calificante puede justificarse por sí sola atendido el peligro que para el desarrollo del menor y la seguridad del inimputable, constituye su introducción en la comisión del delito y la consiguiente exposición al riesgo particular de generar una dependencia a las sustancias que, en sentido amplio, se trafiquen”³⁶⁰.

1.3.6. Letras f), g) y h). Las últimas tres agravantes contempladas en el artículo 19 dicen relación con espacios físicos donde ha de realizarse la conducta desplegada por el autor para efectos de hacer operante la agravación de la pena. Así la agravante contemplada en la letra f) establece que “si el delito se cometió en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los que los escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales”. Por su parte la letra g) dispone que “si el delito se perpetró en una institución deportiva, cultural o social, mientras ésta cumplía sus fines propios; o en sitios donde se estaban realizando espectáculos públicos, actividades educativas, deportivas o sociales”. Por último la agravante de la letra h) señala que “si el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial”. Como dijimos, estas agravantes especiales contempladas en el artículo 19 de la Ley N° 20.000 comparten el hecho de construirse en torno al lugar de realización del delito,

se encuentra acreditado que la acusada Álvarez Morales era acompañada por un impúber que resultó ser su hijo, lo anterior, tal como lo ha sostenido el Señor Fiscal, con el único propósito de hacer toda una puesta en escena o “pantalla”, tendiente a representar una situación como total y absolutamente normal, es decir, que un hijo acompañaba a su madre para la venta de ropa, escondiendo ante los ojos del resto su verdadera “misión”, cual era colaborar en el transporte de la droga, más aún, cuando parte de la misma, específicamente dos bolsas plásticas, fueron descubiertas al interior de la mochila que llevaba consigo ese día, no obstante que, según los dichos de Álvarez Morales ella “ni tocó la droga luego que se la entregaron”, lo que no resulta verosímil ni creíble, a la luz de los hechos que sucedieron al momento de su detención. Lo anterior, independiente del conocimiento que pueda haber tenido ese menor sobre la sustancia que se transportaba, pues ello no es necesario para configurar la agravante en estudio”. Véanse también los fallos del 2° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, causa RUC N° 0500643640-6, RIT N° 71-2006, de fecha 18 de noviembre de 2006, y el del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, causa RUC N° 0700790962-9, RIT N° 19-2009, de fecha 13 de abril de 2009, en los cuales se acoge esta agravante por prevalecer los sentenciados de menores de edad para realizar la conducta de traficar drogas.

³⁶⁰ Politoff, Matus y Ramírez, op. cit. p. 618.

por lo que resulta del todo conveniente el tratamiento conjunto de las mismas. El legislador en las letras f, g y h del artículo 19 antes citado hace recepción de la circunstancia contemplada en el artículo 3.5 letra g) de la Convención de Viena de 1988, el cual dispone que debe considerarse para la agravación de la pena “el hecho de que el delito se haya cometido en establecimientos penitenciarios, en una institución educativa o en un centro asistencial o en sus inmediaciones o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acuden para realizar actividades educativas, deportivas y sociales”. Algo similar ocurría con la anterior regulación contemplada en la Ley N° 19.366, salvo que la actual Ley N° 20.000 amplía la hipótesis referida a los establecimientos educacionales, incorporando también los sitios a los que estudiantes acuden para realizar actividades deportivas, sociales o educativas, los centros hospitalarios, los lugares de reclusión y los sitios donde se estaban realizando actividades recreativas, culturales o sociales³⁶¹.

Como puede apreciarse, nuestra ley de drogas separa las hipótesis contempladas en la Convención de Viena y las agrupa en torno al lugar de comisión de que se trate: primero lugares destinados a actividades educacionales, en segundo término aquellos lugares destinados a actividades sociales (recreativas), y finalmente recintos de asistencia y reclusión. Se busca con ello agravar las penas de quienes realicen conductas tipificadas en la ley de drogas en lugares en que, en términos generales, el peligro de difusión y masificación del uso o consumo de drogas se torna patente por la existencia de un gran número de personas que en dichos lugares se reúnen, ya sea por motivos educacionales, ya sea por fines recreativos o bien por motivos obligatorios de salud o de cumplimiento de sanciones penales, haciendo más fácil la distribución de las sustancias ilícitas, poniendo en definitiva en riesgo la salud de un mayor número de personas en comparación a si el delito se realizare en otro tipo de lugares, o bien en los mismos descritos pero sin la presencia de las personas que deban acudir o

³⁶¹ El artículo 23 de la antigua ley de drogas regulaba en conjunto estas hipótesis agravadas por el lugar de comisión señalado en su numeral 3° que las penas se aumentarán en un grado “si el delito se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, recinto militar o policial, institución deportiva, cultural o social, o sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicas”.

permanecer en ellos. Por otra parte, se ha sostenido que esta agravación mira también el aspecto beneficioso que conlleva al sujeto activo de esta clase de delitos el realizar las conductas típicas en lugares con aglomeración de personas, ya que le permitiría de esa manera poder “pasar inadvertido en el tumulto”³⁶². Tenemos entonces que el legislador efectúa un juicio de peligrosidad que finalmente redundará en la agravación de la responsabilidad del sujeto activo del delito de tráfico³⁶³, por el riesgo potencial que su conducta conlleva por realizarse en determinados lugares concurridos por un número importante de personas.

Yendo al análisis en concreto de cada una de las hipótesis, tenemos que la letra f) del artículo 19 de la Ley N° 20.000 que agrava las conductas realizadas en “las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los que los escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales”, presenta problemas interpretativos en torno al alcance que deba darse al concepto de “inmediaciones”. Qué criterios deben emplearse para determinar su alcance es la pregunta que genera las dudas. Pueden sostenerse criterios espaciales de delimitación, pero ello generaría más dudas que certezas, por lo que lo razonable sería determinar su alcance tomando como base el aspecto teleológico que subyace a esta norma, esto es, cuál es la finalidad que el legislador persiguió al momento de crear esta agravante especial. En este sentido la razón de la protección viene dada por el peligro de masificación y difusión del uso o consumo de drogas entre los escolares y estudiantes, este criterio debe asirse a la hora de interpretar el concepto de “inmediaciones”, por lo que esencial para tener por configurada esta agravante es que en las proximidades de los lugares mencionados deban necesariamente estar

³⁶² Aravena, Patricio, citado por Politoff, Matus y Ramírez, op. cit. p. 619.

³⁶³ “Como señala la CS, en la antigua agravante del N° 3 del art. 23 de la Ley N° 19.366 de cometer el delito “en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencias, lugar de detención, recinto militar o policial, institución deportiva, cultural o social, o sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicas”, el factor común de la enumeración es “que el momento de cometerse el delito haya personas en su interior o en sus inmediaciones, ya que es precisamente la aglomeración de individuos la que facilita la distribución y consumo de la droga” (SCS 01.10.1996)”. Politoff, Matus y Ramírez, op. cit. p. 618.

presentes escolares o estudiantes, ya que de no darse la presencia de estas personas al momento de la comisión del delito la agravación en cuestión no podría justificarse por no satisfacerse de esa forma el fin de protección antes aludido.³⁶⁴ Esta finalidad comparte en lo fundamental lo recogido en la letra c) del artículo 19 (en lo referido a los menores de edad), por lo que no resultará posible la concurrencia de ambas agravantes cuando estas se superpongan, por prohibirlo el artículo 63 del Código Penal³⁶⁵, y el principio del *non bis in ídem*³⁶⁶.

Respecto de la letra g) del artículo 19 de la Ley N° 20.000, que dice relación con la comisión de delitos tipificados en dicha ley en “una institución deportiva, cultural o social, mientras ésta cumplía sus fines propios; o en sitios donde se estaban realizando espectáculos públicos, actividades educativas, deportivas o sociales”, el énfasis de protección derechamente apunta al lugar de comisión y a la referencia que

³⁶⁴ Tal como señalan Politoff, Matus y Ramírez “el objetivo de protección de la norma, parece referirse a las proximidades de los lugares que señala, donde los escolares o estudiantes se aglutinan en número indeterminado al entrar o salir de ellos, o por donde necesariamente deben pasar a esos efectos, y siempre que al momento de la comisión del delito estén presentes”, Politoff, Matus y Ramírez, op. cit. p. 619. en este mismo sentido véase fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, de fecha 21 de octubre de 2009, RUC N° 0801003942-9, RIT N° 108-2009, El cual en su considerando décimo cuarto acoge esta agravante especial, señalando al respecto que: “El delito se cometió en las inmediaciones de un establecimiento de educación, estableciéndose distancias entre el lugar donde estaba estacionado el vehículo y el imputado portando la droga, no más de 10 metros de la escuela, en día de semana, aproximadamente a las 11:00 horas, día de actividades de enseñanza, por ende, con alumnos en su interior”.Cfr. fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, el cual en condena de fecha 9 de junio de 2006, RUC N° 0500355422-K, RIT N° 40-2006, el cual acoge esta agravante especial en atención a la ubicación del “lugar” en cuestión, siendo irrelevante la presencia de personas en dicho lugar, el fallo aludido señaló en lo pertinente que: “Por lo demás, la circunstancia calificante a que se refiere la letra f) del artículo 19 de la Ley N° 20.000, alude también a sitios donde acuden los escolares y estudiantes a realizar actividades deportivas o sociales, y quedó establecido en la causa con lo dicho por los policías y la propia acusada, que la casa donde se comercializaba droga queda enfrente de una plazuela (registrada en el vídeo) y en forma contigua se ubica una cancha de fútbol”.

³⁶⁵ El artículo 63 del Código Penal dispone que “no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse”.

³⁶⁶ No se puede juzgar (*ne bis in ídem*) ni tampoco penar dos veces a una persona por el mismo hecho. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit. p. 114.

se hace en el mismo respecto de las personas que pudiesen estar presentes en tales lugares o en sus inmediaciones como hace la letra antes analizada, por lo mismo la clave para entender el alcance de esta modificatoria vendrá dado por el hecho de que la institución “esté cumpliendo sus funciones”, y que en los sitios aludidos por la norma “se esté efectivamente realizando” alguna de las actividades allí señaladas³⁶⁷. Por lo que si no se dan estas características no se configurará la agravante, como sería el caso de realizar un delito de tráfico en una institución deportiva cuando esta se encuentre fuera de funcionamiento, o en algún recinto donde se efectúan espectáculos públicos generalmente, en un día donde no se contempla espectáculo alguno, y por ende no haya concurrencia de personas, lo que conlleva la inexistencia de peligro para el bien jurídico protegido.

Por último, respecto de la letra h) del artículo 19 de la Ley N° 20.000, al igual que la letra anterior, no se hace mención a la calidad de las personas que se encuentren en el lugar de comisión, sino que única y exclusivamente el énfasis viene dado por la naturaleza del espacio físico donde se realiza el delito (“si el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial”). En lo que dice relación con los lugares de detención o reclusión, debe entenderse la agravante dirigida a aquellas personas que no revisten el carácter de detenido o recluso, por cuanto respecto de ellos resulta también aplicable el artículo 63 del Código Penal en torno al principio de inherencia³⁶⁸, que implica que tales personas

³⁶⁷ Por ejemplo el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, de fecha 4 de agosto de 2006, RUC N° 0500112746-4, RIT N° 53-2006, acoge la agravante especial de la letra g) del artículo 19 en comentario referida a hechos que daban cuenta de la venta de droga por parte de uno de los funcionarios de una biblioteca pública a un agente revelador, así el tribunal sostuvo para acoger la agravante lo siguiente: “Que logró acreditarse que el delito tuvo su principio de ejecución, en el interior de la Biblioteca pública N° 6 de esta ciudad, esto es, se perpetró en una institución cultural, mientras esta cumplía sus fines propios”.

³⁶⁸ “Cuando la circunstancia agravante es de tal manera inherente al delito, que sin su concurrencia éste no puede cometerse...La doctrina mayoritaria en Chile sostiene que este supuesto comprende dos situaciones diferentes: a.1.3.1. La Inherencia de la agravante al delito se encuentra implícita en el tipo penal. Este sería el caso del tipo de la apropiación indebida (art. 470 N° 1), que contiene implícitamente la circunstancia de abuso de confianza (art. 12 N° 7), y por tanto ella no surtirá efecto agravante. Lo mismo ocurre en los delitos funcionarios (L. II, Tít. III, § 4) respecto de la agravante que consiste en prevalerse el delincuente de su carácter

no están en condiciones fácticas de poder realizar el delito en otro lugar³⁶⁹, por ejemplo, no podría considerarse agravada la conducta de transferir drogas desplegada por un interno de un recinto penitenciario con la agravante de la letra h) del artículo 19, de la Ley N° 20.000³⁷⁰, y por el contrario si es subsumible en la norma en comento la conducta efectuada por aquella persona que ingresa droga al interior del recinto penitenciario en su calidad de visita, por no serle aplicable a esta persona la limitación originada del principio de inherencia³⁷¹.

público (art. 12 N° 8)...a.1.3.2. La Inherencia de la agravante al delito derivada de las circunstancias concretas en las que se comete. La inherencia supone en estos casos que no está en manos del autor modificar esas circunstancias o que su modificación no le incumbe: si alguien ataca sexualmente a una mujer, no podrá imputársele, además, la agravante 18ª del art. 12, aunque la ley no distinga en cuanto al sexo del sujeto pasivo en los delitos sexuales”, Politoff, Ramírez y Matus, op. cit. pp. 524 y 525.

³⁶⁹ En este sentido señalan Politoff, Matus y Ramírez que “el lugar donde se cometen tales delitos es de tal manera inherente a ellos que de otro modo no se habrían podido cometer o se encuentra expresamente señalado por la ley al castigar el hecho”. Politoff, Matus y Ramírez, op. cit. página 620. Quizás más claro en este punto es el artículo 51 de la misma Ley N° 20.000 que hace referencia a que la falta allí prevista y sancionada debe ser cometida por personas “ajenas” a los recintos allí mencionados, en particular dicho artículo señala que “Si la falta de que hace mención el artículo anterior –falta de porte o consumo de drogas- se cometiere en un lugar de detención, recinto militar o policial por personas ajenas a él o en un establecimiento educacional o de salud por quienes se desempeñen como docentes o trabajadores, la sanción pecuniaria se aplicará en su máximo”. Quizás hubiese resultado recomendable que la letra h) del artículo 19 hubiese utilizado esta misma técnica legislativa, circunscribiendo la agravante sólo a personas ajenas a los recintos penitenciarios y a los trabajadores de los recintos hospitalarios o educacionales”, evitando de esa manera vulnerar el principio de inherencia consagrado en el artículo 63 del Código Penal.

³⁷⁰ Véase en este sentido el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, causa RUC N° 0600741374-0, RIT N° 29-2007, de fecha nueve de junio de 2007, en el cual se señala a propósito de la droga incautada en poder de dos internos del centro penitenciario que: “En cuanto al aumento de la letra h). No resulta aplicable, por cuanto se acreditó en el juicio que Cristian Muñoz y Marcos Díaz portaban la droga ilícita en el Centro de Cumplimiento Penitenciario, lugar donde ellos permanecen en calidad de internos, ellos no accedieron a la cárcel con sustancias ilícitas, no la ingresaron al recinto penal, esa sustancia la ingresaron otras personas. Como tampoco se acreditó que ellos hubieren solicitado que se les llevaran las sustancias ilícitas incautadas”.

³⁷¹ Aquí ha surgido el debate en torno a si puede tenerse por configurada esta agravante cuando la persona que va como “visita” al recinto penitenciario es descubierta por funcionarios de gendarmería en las zonas destinadas a control de las visitas, más no ha logrado penetrar al interior del centro penitenciario como tal, tomando contacto con la población penal, por lo que no habría puesto en peligro de ninguna manera el bien jurídico protegido, por lo que se argumenta que desde un punto de vista espacial (la zona de visitas no pueden ser

1.4. Artículo 20. Imprudencia de reparar con celo el mal causado.

Este artículo establece que “en los delitos contemplados en esta ley no procederá la atenuante de responsabilidad penal contenida en el número 7 del artículo 11 del Código Penal”. Al igual que su antecesora³⁷², la Ley N° 20.000 hace inaplicable –para cualquier delito tipificado en ella- la atenuante de responsabilidad criminal consistente en reparar con celo el mal causado o impedir sus ulteriores consecuencias de parte del imputado³⁷³, reiterando de esa manera la regulación existente para los delitos de robo con violencia o intimidación contra las personas³⁷⁴. La regla general es que el

consideradas como recintos de reclusión) y desde la perspectiva del nulo peligro de contacto con la población penal, la elevación de la pena no podría justificarse. Nuestra jurisprudencia ha sido de la idea de interpretar esta agravante de una manera más bien objetiva, dejando de lado a si efectivamente se tomó o no contacto con la población penal, entendiendo que basta la realización de cualquiera de las conductas tipificadas en la ley de drogas dentro de los márgenes de los recintos penitenciarios para darle aplicación a la letra h) en comento. Pueden consultarse los siguientes fallos en los cuales se ha planteado la discusión antes mencionada, a saber, sentencia condenatoria del TJOP de Antofagasta, RUC N° 0700390115-1, RIT N° 170-2008, de fecha 27 de septiembre de 2008; En este sentido también podemos citar el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, RUC N° 0700256512-3, RIT N° 119-2007, de fecha 8 de enero de 2008, el cual en su considerando noveno resume la posición de la defensa en juicio, y que plasma esta forma de entender la agravante de la letra h), a saber: “Que, la Defensa en su alegato de clausura, señaló que no alegaría la absolució, toda vez que ya se le reconoce la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal y su declaración fue en ese sentido. Sin perjuicio de ello, cree que es pertinente hacerse cargo de la circunstancia agravante del artículo 19 letra h) de la ley 20.000. Con los antecedentes y la declaración de la imputada, esta agravante se agrupa junto a otras referida a recintos de concurrencia de personas indeterminadas. Al cometerse el delito debe haber personas en su interior y la aglomeración de individuos es lo que permite el delito, consiste en valerse de la multitud de personas para distribuir más fácilmente la droga. Luego, no puede aplicarse por la sola naturaleza del delito de que se trate. La imputada no pudo ingresar al recinto penal, hay un lugar físico de revisión previa de las encomiendas, es un espacio en donde la persona debe estar presente pero no tiene contacto físico con ningún interno”.

³⁷² El artículo 32 de la Ley N° 19.366 contemplaba una norma idéntica.

³⁷³ Para una comprensión más acabada del alcance y significado de esta atenuante de responsabilidad criminal véase por todos Politoff Lifschitz, Sergio y Ortiz Quiroga, Luis, Texto y comentario del Código Penal Chileno. Tomo I, Libro Primero, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 179-182.

³⁷⁴ Esta limitación de aplicación de la atenuante de reparar con celo el mal causado a propósito de los delitos de robo con intimidación o violencia se consagra en el artículo 450 bis del Código Penal, el cual dispone que “en el robo con violencia o intimidación en las personas no procederá la atenuante de responsabilidad penal contenida en el artículo 11 N° 7”.

delincuente pueda reparar el mal causado, o bien impida que se produzcan consecuencias posteriores a la realización del delito³⁷⁵, excepcionalmente el legislador ha estimado que no pueda beneficiarse a los autores de ciertos ilícitos penales con el reconocimiento de una minorante de responsabilidad que se base en estas conductas desplegadas por el autor, como vimos, una clase de este tipo de delitos en que no procede esta atenuante corresponde a aquellos de carácter pluriofensivo, como lo son los crímenes de robo con violencia o intimidación³⁷⁶, y que además tienen en común el hecho que se trata de delitos que tienen asignada pena de crimen³⁷⁷, enmarcándose dentro de aquellos que tienen asignada una de las penas más altas dentro de nuestra legislación³⁷⁸, lo que en cierta medida permitiría justificar la rigidez del legislador en esta materia. Ahora bien, la regulación que efectúa la ley de drogas, se hace con carácter general respecto de todos los delitos allí contenidos, y no sólo a aquellos que tienen asignada una pena de crimen, por lo que en este plano ya se observa una primera diferencia entre ambas regulaciones. La segunda diferencia viene asociada con el bien jurídico que protegen ambos tipos de delitos, integridad y seguridad física y síquica de la víctima, así como su propiedad sobre cosas muebles, respecto de los delitos contemplados en el artículo 436 inciso 1º del Código Penal, y la salud pública respecto de los delitos tipificados en la Ley N° 20.000. Entonces, en la ley de drogas,

³⁷⁵ “Esta atenuante encuentra su fundamento en sanas consideraciones de política criminal, tendientes a evitar que el daño causado por el delito se expanda o a repararlo si ello ya no es posible”, Politoff Lifschitz, Sergio y Ortiz Quiroga, op. cit., p. 179.

³⁷⁶ En este tipo de delitos –pluriofensivos- se afectan tanto la seguridad e integridad física y síquica de las personas, así como también la esfera de custodia de las especies de propiedad de la víctima.

³⁷⁷ El artículo 436 inciso primero del Código Penal tipifica estos delitos señalando que “fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, los robos ejecutados con violencia o intimidación en las personas, serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, cualquiera que sea el valor de las especies substraídas”.

³⁷⁸ Respecto de la limitante en cuanto a aplicar la atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Penal, se ha criticado tal decisión legislativa en base a que sería discutible “pues en vez de proteger a las víctimas del delito, le resta al culpable todo interés por restituir las especies o reparar civilmente el daño, ya que ello no le reportará ningún beneficio penal, perdiéndose la oportunidad de lograr siquiera una mínima reparación para las víctimas de los delitos”, Politoff, Matus y Ramírez, op. cit. p. 387.

la salud pública se presenta como el bien jurídico protegido, siendo de aquellos catalogados como supraindividuales o colectivos, y que se caracterizan por ser delitos de peligro, donde la afectación real y concreta al bien jurídico, en términos generales, no se produce, sino que se sanciona el riesgo potencial que las conductas tipificadas en dicha ley conllevan.

En relación con la primera de las diferencias mencionadas, no parece del todo justificado y proporcional –si se puede utilizar la expresión en este escenario- el hecho de que se haga extensiva esta limitante a conductas que son constitutivas –desde el punto de vista de la pena que tienen aparejada- únicamente de simples delitos, por ejemplo el tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades del artículo 4º de la Ley N° 20.000, igualando de esa manera el tratamiento que se realiza por parte del legislador a delitos que tienen asignada pena de crimen. Creemos que la magnitud de la pena asociada a cada delito debe ser un parámetro que no puede soslayarse a la hora de establecer regulaciones que pretendan tener aplicación general. El contenido de injusto de las conductas que constituyen simples delitos es evidentemente menor que el contenido que llevan asociados las conductas constitutivas de crímenes, de otra manera no se entendería el por qué el legislador sanciona de una u otra manera a determinadas conductas, debiendo siempre plasmarse esta diferencia a nivel de injusto en la regulación que corresponda a cada conducta típica.

En lo que dice relación con la segunda de las diferencias arriba apuntadas, se ha señalado que para que opere la atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Penal “el delito cometido, en el grado de desarrollo que haya llegado, debe encontrarse completo en su faz ejecutiva y, por tanto, haberse ya causado un mal que reparar o cuyas ulteriores perniciosas consecuencias sean evitables”,³⁷⁹ entonces atendida la especial característica de la mayoría de los delitos tipificados en la Ley N° 20.000, no

³⁷⁹ Politoff Lifschitz, Sergio y Ortiz Quiroga, Luis, op. cit., pp.179 y 180.

se requiere la verificación de un resultado lesivo al bien jurídico³⁸⁰, entonces así las cosas resulta plausible preguntarse qué podría repararse por parte del autor de un delito de tráfico de drogas, en la medida que no ha afectado ni lesionado ningún bien jurídico en términos reales, ni tampoco puede determinarse quién es la víctima del delito, cuestión relevante por ejemplo para determinar quién debe ser el receptor de la reparación que pretenda realizar el autor, dado que se señala que la víctima en este tipo de delitos sería la sociedad toda. Este punto puede reenfocarse desde otra perspectiva, en la medida que si se toma como base la no afectación real y efectiva de un bien jurídico individual, sino que sólo la puesta en peligro de uno de carácter colectivo, la exigencia de reparación puede tornarse con mayor peso que si fuere estimada en un plano netamente individual, sobre todo si se toma como base el hecho de que pueden realizarse determinadas prestaciones (no sólo de índole económica) que vayan en beneficio de la comunidad y que puedan entenderse como integrantes del contenido de esta atenuante general de responsabilidad, principalmente apuntando a la finalidad de la misma, premiando con un beneficio en la determinación de la pena a quien realice conductas tendientes a reparar con celo el mal causado o evitar sus perniciosas consecuencias posteriores³⁸¹. Pero en definitiva, el legislador optó por dar una señal de severidad al eliminar toda posibilidad de atenuar bajo este concepto la responsabilidad criminal de todos los delitos tipificados en la ley de drogas, sin importar si se trata de simples delitos o crímenes, sin importar si se ha afectado o no el bien jurídico protegido, adoptando de esa manera una posición interpretativa restrictiva de la atenuante general del Código Penal, haciéndola aplicable sólo a los delitos de resultado, donde exista una víctima reconocible que pueda ser receptora en definitiva

³⁸⁰ Por ejemplo la incautación de un gran cargamento de drogas, el cual era transportado para ser posteriormente distribuido entre consumidores finales, constituye por el hecho de transportar tales sustancias un delito consumado de tráfico de drogas, a pesar de que nunca se lesionó en términos concretos la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas.

³⁸¹ Por ejemplo si alguien es sorprendido cultivando especies del género cannabis sativa en su domicilio, podríamos entender configurada esta atenuante si el autor de este delito realizase conductas tendientes a reparar los daños o el peligro que su conducta pudiesen haber provocado a la sociedad, realizando trabajos o prestaciones de cualquier índole que vayan en beneficio de toda la sociedad, y que el tribunal pudiese estimar como suficientes como para tener por acreditada la minorante.

de la reparación que efectúe el autor, o respecto de quién se aminoren las consecuencias que la realización del delito pudieren ocasionar en ella, características que los delitos de tráfico de drogas no reunirían³⁸².

1. 5. Artículo 23. Entregas vigiladas y controladas.

Este artículo señala que “el Ministerio Público podrá autorizar que los envíos ilícitos o sospechosos de las sustancias a que se refieren los artículos 1º y 2º, o las sustancias por las que se hayan sustituido, total o parcialmente, las anteriormente mencionadas, los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos sancionados en esta ley y los efectos de tales delitos, se trasladen, guarden, intercepten o circulen dentro del territorio nacional, salgan de él o entren en él, bajo la vigilancia o el control de la autoridad correspondiente, con el propósito de individualizar a las personas que participen en la ejecución de tales hechos, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos. Se utilizará esta técnica de investigación cuando se presuma fundadamente que ella facilitará la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero, como, asimismo,

³⁸² Tal como señala Jean Pierre Matus “como la ley exige la presencia de un mal producido, se han presentado discusiones acerca de la clase de delitos en que puede operar, pues mientras alguna jurisprudencia ha declarado que esta atenuante “no es restrictiva” y tiene un ámbito de aplicación “general” “en cuanto no hace distinción alguna acerca de la naturaleza del delito en que puede procurarse la reparación” (SCS 05.06.1984, FM 307:266); otros fallos entienden que, por ejemplo, tratándose de sustracción de menores, “atendida la naturaleza del delito”, “no es posible aceptar el simple pago de una cantidad de dinero para atenuar o aliviar la impresión sufrida por los padres” (SCS 31.07.1986, FM 332:461); lo mismo que sucedería en el caso de los abusos deshonestos en menores, hoy abusos sexuales, respecto de los cuales se ha afirmado que “el daño causado” “no es de aquellos que puedan sustituirse por la vía de la indemnización pecuniaria, ya que por su naturaleza es irreversible” (SCS 27.10.1982, FM 287:485); aunque fue materia discutible, también se afirmó que esta atenuante no procedía en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, atendida su naturaleza de delitos de peligro (SCS 05.10.1993, RDJ XC:188. Oo., SCS 22.08.1991, RDJ LXXXVIII:67), ni en los de porte y tenencia ilegal de armas, también por tratarse de delitos de peligro (SCS 09.06.199., FM 415:375)”. Matus Acuña, Jean Pierre, De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal. Artículo 11, en Politoff Lifschitz, Sergio y Ortiz Quiroga, Luis, op. cit p. 180. Por su parte Garrido Montt señala en este punto que “hay en el ámbito legislativo nacional una ostensible tendencia a restringir la aplicación de esta circunstancia atenuante, lo que no parece adecuado. En los últimos años se han dictado leyes dirigidas a descartar la posibilidad de aplicar la atenuante de reparación del mal”, Garrido Montt, Mario, Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 197.

el cumplimiento de alguno de los fines descritos en el inciso anterior. Cuando las sustancias, instrumentos y efectos del delito se encuentren en zonas sujetas a la potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduanas observará las instrucciones que imparta el Ministerio Público para los efectos de aplicar esta técnica de investigación. El Ministerio Público podrá disponer en cualquier momento la suspensión de la entrega vigilada o controlada y solicitar al juez de garantía que ordene la detención de los partícipes y la incautación de las sustancias y demás instrumentos, si las diligencias llegaren a poner en peligro la vida o integridad de los funcionarios, agentes encubiertos o informantes que intervengan en la operación, la recolección de antecedentes importantes para la investigación o el aseguramiento de los partícipes. Lo anterior es sin perjuicio de que, si surgiere ese peligro durante las diligencias, los funcionarios policiales encargados de la entrega vigilada o controlada apliquen las normas sobre detención en caso de flagrancia. El Ministerio Público deberá adoptar todas las medidas necesarias para vigilar las especies y bienes a que se alude en el inciso primero, como, asimismo, proteger a todos los que participen en la operación. En el plano internacional, la entrega vigilada o controlada se adecuará a lo dispuesto en los acuerdos o tratados internacionales. Sin perjuicio de las facultades que se le confieren en los artículos 47 y siguientes, el Ministerio Público podrá solicitar a las autoridades policiales y judiciales extranjeras, directamente y sin sujeción a lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, la remisión de los elementos de convicción necesarios para acreditar el hecho delictuoso y las responsabilidades penales investigadas en el país, de conformidad a los convenios y tratados internacionales vigentes, como asimismo, otorgar a dichas autoridades extranjeras tales antecedentes o elementos de convicción. No obstará a la consumación de los delitos que se pesquisen con ocasión de una entrega vigilada o controlada, el hecho de que en ella se hayan sustituido las sustancias a que se refieren los artículos 1º y 2º de esta ley, o de que hayan participado funcionarios, agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes. La intervención de estos últimos no será considerada inducción o instigación al delito". Este artículo de la Ley Nº 20.000 contempla como técnicas investigativas las entregas vigiladas o controladas de droga. "Una entrega se denomina vigilada cuando el

traslado o circulación de las sustancias y objetos a que se refiere el artículo 25 de la Ley N° 20.000 se hace bajo la vigilancia y la potestad de la autoridad, pero sin interrupción ni alteración de la esfera de resguardo por parte del sujeto activo del ilícito investigado³⁸³. Cuando las sustancias u objetos que se ha decidido hacer circular son interceptados, con interrupción o alteración de la esfera de resguardo por parte del sujeto activo del delito, la entrega se denomina controlada³⁸⁴ y si las sustancias ilícitas se sustituyen total o parcialmente por una sustancia inocua, estamos ante una entrega controlada sustitutiva o entrega sustitutiva³⁸⁵. En este último caso –al utilizarse

³⁸³ “Se puede definir como la circulación autorizada por el Ministerio Público, en el territorio nacional (salgan de él o entren en él), de una remesa de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas, precursores o sustancias químicas esenciales, o los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos sancionados en la ley de drogas y sus efectos, sin interferencia de la misma pero bajo la vigilancia de la autoridad, con el fin de identificar o descubrir a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos”. Oficio Fiscal Nacional N° 065, Instructivo N° 8 de la Ley N° 20.000, de 2 de febrero de 2005, p. 2. Disponible <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/Minpu/Delitos%20ley%20de%20drogas/065.doc>. Fecha consulta: 10 de agosto de 2010.

³⁸⁴ “Entendemos por entrega controlada la circulación autorizada por el Ministerio Público, en el territorio nacional (salgan de él o entren en él), bajo el control de la autoridad, de una remesa de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas, precursores o sustancias químicas esenciales, o de las sustancias por las que se hayan sustituido, total o parcialmente o los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos sancionados en la ley de drogas y sus efectos, mediando la intercepción de la misma, con el fin de identificar o descubrir a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera tales delitos”. Oficio Fiscal Nacional *ibidem*.

³⁸⁵ En relación con la antigua regulación contenida en la Ley N° 19.366, la actual ley de drogas expresamente hace referencia de las entregas controladas, estableciendo también la posibilidad de que la droga pueda ser sustituida por sustancias inocuas, constituyendo esta modalidad de entrega lo que se ha denominado como “entrega controlada sustitutiva”. “La entrega sustitutiva es una variante de la controlada, es decir, implica que se den todos los supuestos mencionados a su respecto, pero habilita para realizar la sustitución total o parcial de la sustancia ilícita o sospechosa interceptada, por una inocua. La recepción de esta forma de concretar las entregas vigiladas o controladas en el contexto de investigaciones de tráfico de drogas, utilizando sustancias inocuas viene a ser coherente con lo ya dispuesto en la Convención de Viena de 1988, la cual en su artículo 11.3, dispone que: “Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan”. Oficio Fiscal Nacional *ibidem*.

sustancias inocuas- no obstará que las conductas que se realicen con posterioridad a dicha sustitución puedan entenderse como consumadas en relación al delito de tráfico que se esté investigando, por lo que la participación criminal de quienes intervengan relacionándose en términos típicos con la sustancia inocua será sancionada tal como si se tratase efectivamente de interacción con una sustancia ilícita. Lo mismo ocurrirá - en términos de no obstar a la consumación- en lo que diga relación con la participación que puedan tener en la entrega respectiva de droga –o sustancia inocua- los funcionarios policiales, agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes, cuya intervención no será considerada inducción o instigación al delito.

La utilidad de esta técnica investigativa está en el hecho que mediante su empleo puede llegar a individualizarse –y eventualmente- a detener a los partícipes de un delito de tráfico de drogas –a quienes conforman la cadena del tráfico en el contexto de este delito de emprendimiento-³⁸⁶ ya sea dentro del país, o bien fuera del mismo, en el marco de una investigación de índole internacional. La finalidad podrá tener como base el evitar la comisión de otros ilícitos, en el porvenir, por parte de los partícipes descubiertos, y por cierto, como fin inmediato, la interrupción de la

³⁸⁶ “Los delitos de emprendimiento (*Unternehmensdelikte*), también conocidos como "delitos de preparación" (*Vorbereitungsdelikte*), pueden ser definidos -como hace parte de la doctrina alemana y española- como "aquellos tipos que se caracterizan por que, en ellos, la realización de la conducta típica representa el inicio de un *iter criminis* global cuya fase ejecutiva tendría lugar con la realización de la conducta típica de otro tipo. O dicho de otro modo: la conducta típica de los delitos de preparación constituye materialmente un acto preparatorio de la ejecución del "ciclo total" en que consisten algunos atentados contra ciertos bienes jurídicos"... En nuestro medio, es calificado como delito de emprendimiento el de tráfico de estupefacientes, configurado por varias conductas alternativas que "aparecen como modalidades independientes de una misma actividad compuesta de una serie indeterminada de acciones, iniciadas o no por el autor, y en las que éste participa una y otra vez". Las consecuencias de ello se traducen, fundamentalmente, en el ámbito concursal, pues así caracterizado el delito, las diversas conductas eventualmente ejecutadas se deberían reunir en una *unidad jurídica de acción*, sancionándolas como un único delito. Es decir, se pone el acento en el hecho de que se trata de una participación reiterada en una empresa criminal, en la que cada uno de esos actos son punibles por sí mismos, pero su concurrencia conjunta no implica la configuración de más de un delito. Alusión a lo que es un delito de emprendimiento". Ossandon Widow, María Magdalena. El delito de receptación aduanera y la normativización del dolo. *Ius et Praxis* [online]. 2008, vol. 14, n. 1 [citado 2010-08-15], pp. 49-85. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122008000100003. Fecha de consulta: 10 de agosto de 2010.

realización del ilícito que motiva la entrega vigilada o controlada, con la consecuente detención de todos sus partícipes, siempre y cuando existan presunciones fundadas en torno a ello (recordemos que el artículo 23 en este punto señala que “se utilizará esta técnica de investigación cuando se presuma fundadamente que ella facilitará la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero, como, asimismo, el cumplimiento de alguno de los fines descritos en el inciso anterior”).

En otro orden de ideas, este artículo regula también los eventuales problemas que puedan originarse con motivo del tránsito de drogas o bien de las sustancias inocuas que la reemplazan, en el contexto de una entrega vigilada o controlada, entre el Servicio Nacional de Aduanas y las instrucciones que haya de impartir en este contexto el fiscal del Ministerio Público a cargo de la investigación. Por lo mismo la ley de drogas, expresamente en el artículo 23 que analizamos, dispone que “cuando las sustancias, instrumentos y efectos del delito se encuentren en zonas sujetas a la potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduanas observará las instrucciones que imparta el Ministerio Público para los efectos de aplicar esta técnica de investigación”. Habrá que dilucidar entonces en qué consiste esta potestad aduanera que la ley reconoce al Servicio Nacional de Aduanas. Es la propia Ordenanza General de Aduana (Decreto con Fuerza de Ley Nº 2, Ministerio de Hacienda, de 21.07.1998), la que define en su artículo 2º lo que debemos entender por potestad aduanera, indicando que es “el conjunto de atribuciones que tiene el Servicio para controlar el ingreso y salida de mercancías hacia y desde el territorio nacional y para dar cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan las actuaciones aduaneras. Quedan también sujetas a dicha potestad las personas que pasen por las fronteras, puertos y aeropuertos, y la importación y exportación de los servicios respecto de los cuales la ley disponga intervención de la Aduana. Asimismo, esta potestad se ejerce respecto de las mercancías y personas que ingresen o salgan de zonas de tratamiento aduanero especial”³⁸⁷.

³⁸⁷ “Sesión 1ª, de 5 de octubre de 2004. Cámara de Diputados, p.16: “El Ministerio Público expresó en la Comisión (Especial de Drogas) que, no obstante existir normas que otorgan atribuciones a las autoridades competentes en esta materia, en la práctica se han generado dificultades de los procedimientos de entrega vigilada entre el Servicio de Aduanas y las

No debemos olvidar la relación que existe entre las técnicas investigativas de entrega vigilada o controlada y lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley N° 20.000³⁸⁸, dado por el hecho de ser estas herramientas de investigación una de los principales fundamentos esbozados para efectos de acceder al aumento del plazo de detención contemplado en dicha norma. En caso que las diligencias que se efectúan en este contexto llegaren a poner en riesgo la vida o integridad de quienes participan en la misma como funcionarios, agentes encubiertos o informantes, el Ministerio Público podrá disponer en cualquier momento la suspensión de la entrega vigilada o controlada y solicitar al juez de garantía que ordene la detención de los partícipes y la incautación de las sustancias y demás instrumentos.

Un punto aparte merece la mención que este artículo efectúa a propósito de la cooperación internacional en materia de entregas vigiladas o controladas. El artículo bajo análisis establece que dichas técnicas investigativas con ribetes internacionales se adecuarán a lo dispuesto en los acuerdos o tratados internacionales, dentro de los cuales podemos destacar la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, y el Convenio Administrativo entre la República de Chile y la República del Perú sobre Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas³⁸⁹. En este contexto, el Ministerio Público podrá solicitar a las autoridades policiales y judiciales extranjeras, directamente (sin sujeción a lo dispuesto en el

policías. Por ello, estima necesario explicitar que el Ministerio Público pueda disponer las diligencias procedentes a fin de asegurar el éxito de la investigación, incluso mediante la disposición de drogas que se encuentren en zonas sujetas a la potestad aduanera”, en Oficio Fiscal Nacional op. cit. p. 3.

³⁸⁸ Vid. infra p. 140.

³⁸⁹ Es así como nuestro país ratificó en 1990, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Por su parte, el Convenio Administrativo entre La República de Chile y La República del Perú sobre Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, las partes “se prestarán la cooperación necesaria para la realización de operaciones conjuntas en zonas de frontera, con observancia de los derechos inherentes a la soberanía nacional de cada una de las Partes Contratantes, cuando se trate de casos relacionados con la producción, procesamiento, tenencia y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”.

artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, relativo a los exhortos internacionales³⁹⁰) la remisión de los elementos de convicción necesarios para acreditar el delito y la participación criminal de las personas investigadas en el país, lo cual será recíproco en caso de ser requerido alguno de tales antecedentes por dichas autoridades extranjeras, todo, como ya se dijo, de conformidad a los convenios y tratados internacionales vigentes.

1.6. Artículo 24. Restricción de comunicaciones.

“Las medidas de retención e incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros medios técnicos de investigación, se podrán aplicar respecto de todos los delitos previstos en esta ley y cualquiera sea la pena que merecieren, de conformidad a las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal. Sin perjuicio de lo anterior, no regirá lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 222 de ese Código, en cuanto a indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida, siendo suficiente consignar las circunstancias que lo individualizaren o determinaren. Asimismo, no obstante lo prevenido en el artículo 167 de dicho Código, si las diligencias ordenadas no dieron resultado, el fiscal podrá archivar provisionalmente la

³⁹⁰ El artículo 76 del Código de Procedimiento Civil dispone que “cuando hayan de practicarse actuaciones en país extranjero, se dirigirá la comunicación respectiva al funcionario que deba intervenir, por conducto de la Corte Suprema, la cual la enviará al Ministerio de Relaciones Exteriores para que éste a su vez le dé curso en la forma que esté determinada por los tratados vigentes o por las reglas generales adoptadas por el Gobierno. En la comunicación se expresará el nombre de la persona o personas a quienes la parte interesada apodere para practicar las diligencias solicitadas, o se indicará que puede hacerlo la persona que lo presente o cualquiera otra. Por este mismo conducto y en la misma forma se recibirán las comunicaciones de los tribunales extranjeros para practicar diligencias en Chile”. En lo relativo a la forma de tramitación de los exhortos internacionales –radicados en el Primer Juzgado del Crimen de Santiago bajo la competencia del antiguo procedimiento penal- se dejó establecido en el Diario de Sesiones del Senado. Legislatura 350ª, Extraordinaria. Sesión 17ª, de 9 de diciembre de 2003, p.20, que “...se libera al Ministerio Público de la obligación de tramitar exhortos internacionales por conducto de la Corte Suprema y del Ministerio de Relaciones Exteriores, en virtud de la aplicación de las reglas generales del Código de Procedimiento Civil. En lo sucesivo, el Ministerio Público podrá tanto solicitar como otorgar cooperación internacional directamente, pero con sujeción a los tratados vigentes sobre el particular”, citado en Oficio del Fiscal Nacional N° 065, op. cit. p. 5.

investigación hasta que aparezcan mejores y nuevos antecedentes”. Esta norma de la ley de drogas, viene a regular de manera especial lo ya establecido de manera general en el Código Procesal Penal en los artículos 217 (retención e incautación de correspondencia)³⁹¹, artículo 218 (copias de comunicaciones o transmisiones)³⁹², artículo 222 (interceptación de comunicaciones telefónicas)³⁹³, y el artículo 226

³⁹¹ El artículo 217 del Código Procesal Penal regula la incautación de objetos y documentos, disponiendo que “los objetos y documentos relacionados con el hecho investigado, los que pudieren ser objeto de la pena de comiso y aquellos que pudieren servir como medios de prueba, serán incautados, previa orden judicial librada a petición del fiscal, cuando la persona en cuyo poder se encontraren no los entregare voluntariamente, o si el requerimiento de entrega voluntaria pudiere poner en peligro el éxito de la investigación. Si los objetos y documentos se encontraren en poder de una persona distinta del imputado, en lugar de ordenar la incautación, o bien con anterioridad a ello, el juez podrá apercibirla para que los entregue. Regirán, en tal caso, los medios de coerción previstos para los testigos. Con todo, dicho apercibimiento no podrá ordenarse respecto de las personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración. Cuando existieren antecedentes que permitieren presumir suficientemente que los objetos y documentos se encuentran en un lugar de aquellos a que alude el artículo 205 se procederá de conformidad a lo allí prescrito”.

³⁹² Por su parte el artículo 218 del Código Procesal Penal, a propósito de la retención e incautación de correspondencia, establece que “a petición del fiscal, el juez podrá autorizar, por resolución fundada, la retención de la correspondencia postal, telegráfica o de otra clase y los envíos dirigidos al imputado o remitidos por él, aun bajo nombre supuesto, o de aquéllos de los cuales, por razón de especiales circunstancias, se presume que emanan de él o de los que él pudiere ser el destinatario, cuando por motivos fundados fuere previsible su utilidad para la investigación. Del mismo modo, se podrá disponer la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de éste. El fiscal deberá examinar la correspondencia o los envíos retenidos y conservará aquellos que tuvieren relación con el hecho objeto de la investigación. Para los efectos de su conservación se aplicará lo dispuesto en el artículo 188. La correspondencia o los envíos que no tuvieren relación con el hecho investigado serán devueltos o, en su caso, entregados a su destinatario, a algún miembro de su familia o a su mandatario o representante legal. La correspondencia que hubiere sido obtenida de servicios de comunicaciones será devuelta a ellos después de sellada, otorgando, en caso necesario, el certificado correspondiente.

³⁹³ A su vez, el artículo 222 del Código Procesal Penal en relación con la interceptación de comunicaciones telefónicas, nos dice que “cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciere imprescindible, el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación. La orden a que se refiere el inciso precedente sólo podrá afectar al imputado o a personas respecto de las cuales existieren sospechas fundadas, basadas en hechos determinados, de que ellas sirvan de intermediarias de dichas comunicaciones y, asimismo, de aquellas que facilitaren sus medios de comunicación al imputado o sus intermediarios. No se podrán interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado, a menos que el juez de garantía lo ordenare, por estimar

(relativo a otros medios técnicos de investigación)³⁹⁴. La regulación general que efectúa el Código Procesal Penal en estas materias, apunta esencialmente a investigaciones que digan relación con delitos que tengan asignada pena de crimen (limitación establecida en el artículo 222 antes citado), respondiendo de esa manera, con técnicas investigativas intrusivas de la esfera de intimidad del imputado, a la gravedad de la conducta por él desplegada (crimen). Para el legislador, esta regulación no fue suficiente para efectos de abordar los ilícitos tipificados en la ley de drogas, ya que no sólo hace aplicable estas herramientas de investigación a los crímenes, sino que las hace extensiva a todos los delitos contemplados en dicha ley (“se podrán aplicar respecto de todos los delitos previstos en esta ley y cualquiera sea la pena que merecieren, de conformidad a las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal”). Entonces al emplear el término “delitos” de manera genérica, sin hacer algún tipo de especificación, debemos entender que le resultan aplicables tanto a los crímenes, simples delitos y a las faltas tipificadas en la Ley N° 20.000! Por otra

fundadamente, sobre la base de antecedentes de los que dejará constancia en la respectiva resolución, que el abogado pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados. La orden que dispusiere la interceptación y grabación deberá indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida y señalar la forma de la interceptación y la duración de la misma, que no podrá exceder de sesenta días. El juez podrá prorrogar este plazo por períodos de hasta igual duración, para lo cual deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos previstos en los incisos precedentes. Las empresas telefónicas y de comunicaciones deberán dar cumplimiento a esta medida, proporcionando a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades necesarias para que se lleve a cabo con la oportunidad con que se requiera. Con este objetivo los proveedores de tales servicios deberán mantener, en carácter reservado, a disposición del Ministerio Público, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a seis meses, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados. La negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida de interceptación y grabación será constitutiva del delito de desacato. Asimismo, los encargados de realizar la diligencia y los empleados de las empresas mencionadas en este inciso deberán guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les citare como testigos al procedimiento. Si las sospechas tenidas en consideración para ordenar la medida se disiparen o hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma, ella deberá ser interrumpida inmediatamente”.

³⁹⁴ En lo referido a los otros medios técnicos de investigación, el artículo 226 del Código Procesal Penal indica que “cuando el procedimiento tuviere por objeto la investigación de un hecho punible que mereciere pena de crimen, el juez de garantía podrá ordenar, a petición del ministerio público, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos. Asimismo, podrá disponer la grabación de comunicaciones entre personas presentes. Regirán correspondientemente las normas contenidas en los artículos 222 al 225”.

parte, en esta normativa especial, se puede constatar una evidente baja de exigencias en torno a los requisitos de procedencia de estas medidas intrusivas de investigación, por ejemplo, para el otorgamiento de una interceptación telefónica por parte del tribunal, sólo será necesario indicar por el fiscal solicitante las circunstancias que individualizaren o determinaren la persona afectada por la medida (por ejemplo bastaría señalar un apodo), dejando de lado el estándar del artículo 222 del Código Procesal Penal, el cual exige como requisito básico, para impetrar una resolución judicial que autorice una medida de esta naturaleza, que a lo menos se indique el nombre y el domicilio de la persona que se pretende investigar mediante esta vía. Siguiendo con las excepciones en relación con el marco general del Código Procesal Penal, se establece una singular forma de poner término a estas investigaciones: Si luego del empleo de estas técnicas de investigación no se obtienen resultados positivos en cuanto a determinación de la realización de un delito y de las personas que participan en el mismo, la ley permite al fiscal a cargo del caso archivar provisionalmente los antecedentes hasta que aparezcan nuevos datos que hagan plausible retomar la investigación, por ende, se establece una expresa excepción a lo contenido en el artículo 167 del Código Procesal Penal³⁹⁵, por cuanto, a pesar de haberse producido la intervención del juez de garantía, por ejemplo, al momento de dictar una resolución judicial autorizando una interceptación telefónica, se permite de todos modos que se archive provisionalmente la investigación.

1.7. Artículo 25. Informantes, agentes encubiertos y reveladores.

“El Ministerio Público podrá autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores y, a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de esos servicios actúen en

³⁹⁵ Este artículo 167, regula el archivo provisional, disponiendo su procedencia, “en tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el ministerio público podrá archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos. Si el delito mereciere pena aflictiva, el fiscal deberá someter la decisión sobre archivo provisional a la aprobación del Fiscal Regional. La víctima podrá solicitar al ministerio público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación. Asimismo, podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante las autoridades del ministerio público”.

alguna de las dos calidades anteriores. Agente encubierto es el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación. El agente encubierto podrá tener una historia ficticia. La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación deberá otorgar los medios necesarios para la oportuna y debida materialización de ésta. Agente revelador es el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga. Informante es quien suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o que, sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa en los términos señalados en alguno de los incisos anteriores. El agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma³⁹⁶. Esta norma consagra las principales técnicas investigativas en materia de delitos de tráfico de drogas –en sentido lato- proporcionando a los fiscales del Ministerio Público herramientas importantes para dichas investigaciones. Las herramientas a las que hacemos referencia corresponden a agente encubierto, agente revelador e informante. En ese sentido, dada la relevancia de las implicancias que conlleva en la práctica el empleo de alguna de estas técnicas, es que se torna imperativo que las mismas sean siempre autorizadas por el fiscal a cargo de la investigación, debiendo dejar constancia de esta decisión en la carpeta investigativa con los datos de inteligencia suficientes que permitan establecer los plazos de vigencia, detalle de la unidad policial encargada e identificación del o los funcionarios a cargo de ejecutarla.

³⁹⁶ Si bien se mantiene un hilo conductor con la antigua regulación en materia de drogas, en cuanto a mantener el tratamiento de los agentes encubiertos e informantes, se agrega como novedad la actuación de los agentes o informantes como reveladores.

A grandes rasgos veamos en qué consiste cada una de estas herramientas investigativas. Por agente encubierto la Ley N° 20.000 entiende a aquel “funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación”³⁹⁷. Tenemos entonces que la procedencia de esta técnica de investigación se justifica sólo en la medida que se trate de una organización delictual o una asociación o agrupación que tenga dichos fines³⁹⁸, por lo que no cabría el empleo de la misma para la investigación de un solo “traficante”. Lo anterior también puede leerse desde otra perspectiva, en la medida que bastaría que concurren dos personas –concertadas- en la realización de conductas típicas de la Ley N° 20.000 para que sea plausible el empleo de esta técnica de parte del fiscal respectivo. Por último, desde el punto de vista de la seguridad del agente que se desempeña de manera encubierta, la propia ley se encarga de establecer la forma en que la misma se vea salvaguardada, a saber, mediante la creación de una historia ficticia que deberá plasmarse por parte de la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación³⁹⁹.

Por agente revelador, la ley de drogas define al mismo como aquel “funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga”. A diferencia de la técnica anterior, aquí la labor del agente policial estará generalmente encaminada a determinar la participación de personas determinadas en la venta de drogas, más no así el descubrimiento de una

³⁹⁷ Artículo 25 inciso 2° Ley N° 20.000.

³⁹⁸ Generalmente será correlato del empleo de esta técnica investigativa la petición de configuración de, a lo menos, la agravante de la letra a) del artículo 19 de la Ley N° 20.000, por parte del fiscal adjunto en su escrito de acusación, y en los casos más complejos que apunten a grandes organizaciones, la aplicación del artículo 16 de la ley en comento.

³⁹⁹ Esto parte del mínimo del otorgamiento de una cédula de identidad ficticia para el agente, así como la creación de redes familiares con el mismo carácter en los registros públicos, para de esa manera evitar todo tipo de filtración de datos de su verdadera identidad y de sus familiares.

organización o asociación criminal dedicada al tráfico de drogas. Por lo mismo el agente simula en términos prácticos ser un adicto al consumo de drogas, o bien un adquirente para una tercera persona que sería supuestamente el consumidor de la misma, apersonándose en el lugar donde el traficante efectúa la venta de la misma, concretando en definitiva la transacción, lo cual determinará tener por configurada la participación del vendedor como autor del delito de tráfico ilícito de drogas respectivo, lo cual en la mayoría de los casos vendrá aparejado de la entrada y registro del inmueble utilizado por el vendedor⁴⁰⁰, para de esa manera lograr la manifestación o incautación de toda la droga que él disponga, así como de todos los elementos que hayan sido utilizados para la elaboración de la misma, o empleados para su dosificación⁴⁰¹.

Ahora bien, respecto de los informantes, la ley nos dice que es aquella persona que “suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o que, sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa como agente encubierto o revelador”⁴⁰². En cuanto a la regulación de los mismos –por tratarse de

⁴⁰⁰ Existen dos vías para concretar este resultado, el primero estará pavimentado por la respectiva orden judicial de entrada y registro, la cual tendrá como fundamento la actuación previa desplegada por el agente revelador, y que será expuesta por el fiscal a cargo del caso por la vía más expedita posible al juez de turno. La segunda alternativa está basada en el artículo 206 del Código Procesal Penal, y dirá relación con el ingreso de los funcionarios policiales al inmueble del vendedor de drogas, sin autorización judicial, basados en el hecho de estarse cometiendo un delito –flagrante- al interior del mismo. Alternativa esta última cuestionable en torno a sus presupuestos, pero utilizada en la práctica investigativa.

⁴⁰¹ En la práctica, suelen incautarse en este tipo de procedimientos de entrada y registro junto con la droga existente en los inmuebles registrados, balanzas, papelillos, bolsas de plásticos utilizadas para dosificar la droga, sustancias en polvo inocuas, como por ejemplo bicarbonato, utilizadas para abultar la cantidad de droga (conocida esta acción en jerga delictual como “patear” la droga), así como también la incautación de dinero, entre otras especies.

⁴⁰² En base a esta definición se han clasificado a los informantes en informantes propiamente tales e informantes infiltrados, entendiéndose por los primeros a “aquellas personas que, no actuando como agentes encubiertos o reveladores, suministran antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él.” Y respecto de los segundos, se señala que “corresponden a aquellos que sin tener la intención de cometer un delito de tráfico ilícito de estupefacientes, y con conocimiento de los organismos

personas particulares no pertenecientes a los cuerpos policiales de Carabineros ni de la Policía de Investigaciones de Chile- en el contexto de la Ley N° 19.366 se establece que dicha regulación “en el caso de Carabineros de Chile se encuentra en el Manual de Procedimientos del Departamento Drogas OS-7 y Secciones a Nivel Nacional. En el caso de Investigaciones de Chile se regula en la Orden General N° 1.618 de octubre de 1998”⁴⁰³. Entonces tenemos que existe una especie de padrón de informantes, que permite tener un registro de aquellas personas que en definitiva entregan datos de relevancia policial a los cuerpos antes mencionados y que puedan conducir a iniciar investigaciones o bien a arribar a buen puerto aquellas ya iniciadas.

De las conductas⁴⁰⁴ realizadas por las personas que revistan el carácter de agente encubierto, agente revelador e informante, y que puedan ser subsumidas en alguno de los tipos penales de la ley N° 20.000 la propia ley en comento se encarga de eximirlos de dicha responsabilidad criminal, siempre y cuando aquellas conductas delictivas digan relación con hechos en que hayan debido realizar dado el carácter y contexto generado por la calidad que detentan, o bien conductas que no hayan podido impedir, so riesgo de ser descubiertos poniendo en riesgo finalmente su vida y evidentemente el éxito de la investigación, en ambos casos la realización de la conducta deberá ser

policiales, participan en la comisión de dichos delitos como si fueren un agente encubierto o revelador”. Véase oficio del Fiscal Nacional N° 065, op. cit. p. 8.

⁴⁰³ Oficio Fiscal Nacional, ibídem.

⁴⁰⁴ Nos referimos a “conductas” por cuanto el “actuar” desplegado por el agente puede darse en una faz activa (delitos en que deba incurrir) o bien en una faz omisiva (delitos que no haya podido impedir).

una consecuencia necesaria⁴⁰⁵ del desarrollo de la investigación, y guarde la debida proporcionalidad⁴⁰⁶ con la finalidad de la misma.

1.8. Artículo 38. Secreto de la investigación.

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 36, la investigación de los delitos a que se refiere esta ley será siempre secreta para los terceros ajenos al procedimiento y también para los terceros afectados por una investigación preliminar del Ministerio Público. Respecto del imputado y de los demás intervinientes, la investigación será secreta cuando así lo disponga el Ministerio Público, por un plazo máximo de ciento veinte días, renovables sucesivamente, con autorización del juez de garantía, por plazos máximos de sesenta días. A estas investigaciones no les será aplicable lo dispuesto en el artículo 186 del Código Procesal Penal, cuando se haya decretado el secreto en los términos señalados en el inciso precedente. El que de cualquier modo informe, difunda o divulgue información relativa a una investigación amparada por el secreto e, incluso, al hecho de estarse realizando ésta, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio a máximo”. Aquí, nuevamente la Ley N° 20.000 ha efectuado una regulación especial en relación con el sistema general contemplado en el Código Procesal Penal relativo al secreto de las investigaciones realizadas por el Ministerio Público. El Código Procesal Penal regula esta situación en el artículo 182⁴⁰⁷,

⁴⁰⁵ Los delitos que realizó o presencié sin impedir, deben siempre ser consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación: debe haber un vínculo entre el delito que comete o el que no pudo impedir, con el delito investigado. Es importante recalcar que debe estarse ante una “consecuencia necesaria”, es decir, el comportamiento activo u omisivo por parte del agente o informante encubierto o revelador ante un delito siempre es subsidiario, lo que implica que no debe haber otra vía o forma en que el agente o informante encubierto o revelador pueda realizar su actividad de investigación.

⁴⁰⁶ Los delitos realizados o no impedidos deben guardar la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación. Cabe hacer presente que de la historia de la ley aparece que se rechazan los “hechos de sangre”.

⁴⁰⁷ El artículo 182 del Código Procesal Penal establece lo siguiente: “Secreto de las actuaciones de investigación. Las actuaciones de investigación realizadas por el ministerio público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento. El imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar y obtener copias, a su cargo, de los registros y documentos de la investigación fiscal y podrán examinar los de la investigación policial. El fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo

norma que contempla “de manera general el acceso al contenido de las investigaciones que lleve a cabo el Ministerio Público, disponiendo, en síntesis, que los terceros ajenos al procedimiento no tienen dicho acceso, que el tercero afectado sólo lo tiene en el supuesto del artículo 186, y el imputado y los demás intervinientes tienen pleno acceso desde que adquieran dichas calidades”⁴⁰⁸.

En base a la regulación especial que contempla la ley de drogas, el fiscal puede utilizar el secreto de la investigación como una herramienta para asegurar el éxito de la misma, distinguiéndose para estos efectos dos tipos de secretos: uno parcial y otro absoluto. El primero de ellos dice relación con el secreto “fundado en el artículo 36 de la Ley N° 20.000, que el fiscal dispone como medida de protección para testigos, peritos, agentes encubiertos, reveladores, informantes y colaboradores eficaces”⁴⁰⁹, por su parte el secreto absoluto es aquel que contempla y regula el artículo 38 en comento. Pasaremos entonces a analizar los alcances de este secreto absoluto que contempla la legislación especial relativa a delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Nuestro sistema procesal penal establece una serie de reglas referidas a la forma de tener acceso al contenido de una investigación fiscal en atención a la calidad que revista la persona interesada en obtener tal información⁴¹⁰.

considerare necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto. El imputado o cualquier otro interviniente podrá solicitar del juez de garantía que ponga término al secreto o que lo limite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él, o a las personas a quienes afectare. Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, no se podrá decretar el secreto sobre la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en las que participare el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor. Los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieren conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas”.

⁴⁰⁸ Oficio del Fiscal Nacional N° 085, Instructivo N° 11 de la Ley N° 20.000, de fecha 16 de febrero de 2005, op. cit., p.1.

⁴⁰⁹ *Ibíd.*, p. 2.

⁴¹⁰ Para efectos de lo establecido tanto en el Código Procesal Penal como en la propia Ley N° 20.000, podemos efectuar la siguiente distinción en torno a las personas que puedan tener

Así, la información contenida en una investigación llevada por el Ministerio Público será siempre secreta tratándose de terceros ajenos a la misma, es decir no tienen derecho alguno para acceder a ella, lo cual constituye la regla general sea cual sea el delito que se esté investigando (se trata entonces de los llamados terceros absolutos y de los terceros afectados no judicializados), lo cual también se mantiene en los mismos términos a propósito de los delitos tipificados en la ley de drogas⁴¹¹. Por su parte, aquellas personas afectadas por una investigación preliminar del Ministerio Público (terceros afectados judicializados), podrán acceder al contenido de una investigación que se haya iniciado en su contra utilizando para ello el mecanismo contemplado en el artículo 186 del Código Procesal Penal⁴¹², esta forma de acceder al

interés en obtener información de una investigación: “a) Los terceros ajenos al procedimiento (terceros absolutos): Son aquellas personas que no tienen vinculación alguna con la investigación, es decir, no están siendo investigadas por el Ministerio Público. b) Los terceros afectados Si bien la Ley no establece expresamente una sub distinción, atendido el tenor del artículo 38 en relación al artículo 186 y para que esta remisión tenga aplicación, se debe distinguir entre: b.1) Terceros afectados no judicializados: Son aquellas personas que están siendo objeto de una investigación del Ministerio Público sin que se haya solicitado a su respecto la intervención del juez de garantía de forma alguna. b.2) Terceros afectados judicializados: Son aquellas personas que están siendo objeto de una investigación del Ministerio Público y respecto de la cual se ha solicitado la intervención del juez de garantía sin haberse formalizado en su contra (por ejemplo: interceptación telefónica en base al artículo 24 Ley 20.000 en relación artículo 236 inciso 1 del Código Procesal Penal); y c) Los intervinientes (imputado, querellante particular y víctima)”. Distinción tomada del Oficio del Fiscal Nacional N° 085, op. cit. página 3, y que constituirá la nomenclatura que emplearemos en el análisis referido al secreto de la investigación que aquí desarrollamos.

⁴¹¹ “Sobre este punto se hace aplicable el secreto por el solo ministerio de la ley al tercero afectado no judicializado por las razones que pasan a exponerse: a.- El artículo 38 inciso 2 alude a la posibilidad establecida a favor del afectado de recurrir al artículo 186 del Código Procesal Penal. De no hacerse la distinción entre los terceros afectados, no tendría aplicación el artículo en cuestión del Código Procesal Penal, pues siempre sería secreta por el solo ministerio de la ley dicha información, en circunstancias que la norma de la Ley 20.000 alude a que no aplica cuando se haya decretado el secreto. b.- Como se indicó, el inciso 2 del artículo 38 alude a los casos en que “se haya decretado” el secreto, es decir, no alude al secreto establecido por el solo ministerio de la ley. En conclusión, podemos afirmar que, en virtud de esta regla, los terceros ajenos al procedimiento y los terceros afectados no judicializados, no tienen el derecho de acceder al contenido de una investigación llevada a cabo por el Ministerio Público en ninguna circunstancia”. Oficio del Fiscal Nacional N° 085, op. cit. páginas 3 y 4.

⁴¹² Dispone el artículo 186 del Código Procesal Penal lo siguiente: “Control judicial anterior a la formalización de la investigación. Cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación”. Vemos entonces que este tercero

conocimiento de lo realizado por el Ministerio Público en una investigación se realiza mediante la intervención del juez de garantía quien podrá finalmente disponer que el fiscal a cargo de la investigación informe a este tercero los hechos que fueren objeto de la misma, o bien le fijará un plazo para ello. Lo anterior, en investigaciones por delitos tipificados en la ley de drogas, será plausible única y exclusivamente en la medida que el fiscal del Ministerio Público no haya hecho uso de la facultad que le confiere el artículo 38 de la Ley N° 20.000 –secreto absoluto- respecto de los antecedentes que obran en la carpeta investigativa (recordemos que el inciso segundo de este artículo 38 dispone que “a estas investigaciones –las que dicen relación con delitos tipificados en la Ley N° 20.000- no les será aplicable lo dispuesto en el artículo 186 del Código Procesal Penal, cuando se haya decretado el secreto en los términos señalados en el inciso precedente). Por último, tratándose de los intervinientes⁴¹³, la regla implica que ellos tienen derecho a conocer la información contenida en una investigación, lo cual, al igual que en el caso anterior, podría verse alterado en la medida que el fiscal determine el secreto absoluto de la misma en virtud de lo establecido en el artículo 38 de la Ley N° 20.000. Este secreto absoluto tiene un alcance general que abarca todo el contenido de la investigación, incluso puede recaer sobre la declaración del imputado, cualquier actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en que participare el tribunal, y los informes evacuados por peritos respecto del propio imputado o de su defensor, a diferencia de lo que se contempla en el artículo 182 del Código Procesal Penal, el cual dispone que no se podrá decretar el secreto sobre tales diligencias investigativas.

afectado no tiene un acceso directo a conocer la investigación, sino que deberá llegar a la misma de una manera indirecta, obrando por intermedio del juez de garantía.

⁴¹³ El Código Procesal Penal establece quiénes son aquellas personas que revisten el carácter de intervinientes, así el artículo 12 establece que: “Para los efectos regulados en este Código, se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas”. El artículo 93 letra e) del Código Procesal Penal reconoce esta situación respecto del imputado, al establecer sus derechos y garantías: “Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes. En especial, tendrá derecho a: e) Solicitar que se active la investigación y conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella hubiere sido declarada secreta y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongare”.

La ley de drogas no señala qué argumentos deben esbozarse por el fiscal para decretar el secreto absoluto que contempla el artículo 38, pero para que este actuar no se configure como uno arbitrario y carente de fundamentación, creemos que será plausible sólo en la medida que mediante dicha herramienta se busque asegurar el éxito y resultado de la investigación⁴¹⁴.

En lo que dice relación con la duración de este secreto absoluto del contenido de la información, el fiscal podrá fijar el mismo por un lapso no superior de 120 días. Dentro de este rango la decisión del fiscal es autónoma, sin intervención del juzgado de garantía. Este plazo de 120 días podrá ser renovado, por periodos de 60 días como máximo. Estas renovaciones podrán ser sucesivas, pero para que operen ya no será resorte autónomo del fiscal a cargo de la investigación, sino que será menester que el juzgado de garantía autorice dichas renovaciones⁴¹⁵.

¿Qué ocurre en caso que el fiscal a cargo de la investigación haya hecho uso de la facultad que le confiere el artículo 38 de la Ley N° 20.000, y a pesar de ello de todos modos se informe, difunda o divulgue la información contenida en ella? El inciso final del artículo 38 tipifica la conducta de infringir el secreto que se haya dispuesto en los términos determinados en la ley de drogas por un fiscal en uno de los delitos contemplados en dicha ley especial. Este inciso final sanciona al “que de cualquier modo informe, difunda o divulgue información relativa a una investigación amparada por el secreto e, incluso, al hecho de estarse realizando ésta, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio a máximo”⁴¹⁶. Esta norma está referida a aquellas

⁴¹⁴ En el mismo sentido véase Oficio del Fiscal Nacional, op. cit. página 5, el cual continúa señalando que “la protección de los testigos y demás participantes es dispensable por el secreto parcial a que aluden los artículos 36 y 37 de la Ley de Drogas”.

⁴¹⁵ El secreto contemplado en el artículo 182 del Código Procesal Penal, sólo puede decretarse por el fiscal a cargo de la investigación por un plazo máximo de cuarenta días.

⁴¹⁶ Se trata de un delito de acción penal pública, por lo que el Ministerio Público se encuentra facultado por ley para iniciar de oficio una investigación cada vez que se infrinja esta obligación de no informar.

investigaciones en las cuales el fiscal haya hecho uso del secreto consagrado en el inciso primero del artículo 38 de la Ley N° 20.000.

1.9. Artículo 39. Ampliación plazo legal de detención.

Tratándose de la investigación de los delitos establecidos en esta ley, el plazo contemplado en el inciso segundo del artículo 132 del Código Procesal Penal podrá ser ampliado por el juez de garantía hasta por el término de cinco días, cuando el fiscal así lo solicite, por ser conducente para el éxito de alguna diligencia. El juez se pronunciará de inmediato sobre dicha petición, que podrá ser formulada y resuelta de conformidad con lo prevenido en el artículo 9° del Código Procesal Penal⁴¹⁷. Esta norma viene a establecer una excepción al régimen general previsto en el artículo 132 del Código Procesal Penal, el cual establece que la ampliación del plazo de detención podrá ser de hasta tres días⁴¹⁸. Una situación similar ocurre también respecto de las conductas catalogadas como terroristas, donde también el legislador estableció una excepción al sistema de plazos generales contemplados en el artículo 132 antes

⁴¹⁷ En relación a la historia fidedigna de establecimiento de esta ley, puede destacarse que “la norma antes transcrita fue incorporada por el Senado en el Segundo Trámite Constitucional, haciendo referencia al plazo establecido en el inciso segundo del artículo 132 del Código Procesal Penal. En el tercer trámite constitucional, la Cámara de Diputados, siguiendo la propuesta de la Comisión Especial de Drogas, rechaza el texto aprobado por el Senado, atendido que considera que la referencia debía ser hecha al inciso segundo del artículo 131 del Código Procesal Penal, ampliando el plazo para el control de detención. Frente a esta disparidad de criterios, la Comisión Mixta acuerda aprobar el artículo en el tenor planteado por el Senado, es decir, haciendo remisión a la ampliación del plazo establecido en el inciso segundo del artículo 132 del Código Procesal Penal, plazo para formalizar la investigación, quedando definitivamente aprobado el artículo 39 de acuerdo a dicho tenor”. Oficio del Fiscal Nacional N° 065, op. cit.

⁴¹⁸ El artículo 132 del Código Procesal Penal dispone lo siguiente: “Comparecencia judicial. A la primera audiencia judicial del detenido deberá concurrir el fiscal o el abogado asistente del fiscal. La ausencia de éstos dará lugar a la liberación del detenido. En la audiencia, el fiscal procederá directamente a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que procedieren, siempre que contare con los antecedentes necesarios y que se encontrare presente el defensor del imputado. En el caso de que no pudiere procederse de la manera indicada, el fiscal podrá solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación. El juez accederá a la ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida”.

citado⁴¹⁹. Al igual que lo acontecido en la regulación general, dentro del lapso ampliable se podrá formalizar la investigación y solicitar de medidas cautelares (personales y/o reales). Una de las diferencias que se contempla con la regulación que efectúa el Código Procesal Penal –aparte de la ampliación del plazo de tres a cinco días- es la forma en que puede efectuarse la solicitud de parte del fiscal al juez de garantía, así el artículo 39 permite efectuar esta petición por cualquier medio idóneo, ya sea de manera telefónica, correo electrónico u otro medio, debiendo dejar una constancia de la misma⁴²⁰, por lo que no se contempla la realización de audiencia alguna para plantear esta petición, tal como acontece con la regla general aplicable al resto de los delitos del sistema penal, ya que como señala el artículo 132 del Código Procesal Penal, la petición de ampliación del plazo de la detención deberá ser planteada por el fiscal del Ministerio Público en la audiencia que se lleve a cabo para

⁴¹⁹ La ley que determina conductas terroristas y fija su penalidad (Ley N° 18.314) establece también una excepción a los plazos en que el detenido debe ser puesto a disposición del juez de garantía, así como el plazo para proceder a su formalización. El artículo 11 de esta ley dispone que: “Siempre que las necesidades de la investigación así lo requieran, a solicitud del fiscal y por resolución fundada, el juez de garantía podrá ampliar hasta por diez días los plazos para poner al detenido a su disposición y para formalizar la investigación. En la misma resolución que amplíe el plazo, el juez de garantía ordenará que el detenido ingrese en un recinto penitenciario y que el detenido sea examinado por el médico que el juez designe, el cual deberá practicar el examen e informar al tribunal el mismo día de la resolución. El nombramiento en ningún caso podrá recaer en un funcionario del organismo policial que hubiere efectuado la detención o en cuyo poder se encontrare el detenido. La negligencia grave del juez en la debida protección del detenido será considerada como infracción a sus deberes, de acuerdo con el artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales. El juez podrá revocar en cualquier momento la autorización que hubiere dado y ordenar que se ponga al detenido inmediatamente a su disposición y se formalice la investigación dentro de tercero día contado desde la detención o, si este plazo ya hubiere transcurrido, dentro de las veinticuatro horas siguientes”.

⁴²⁰ El artículo 9° del Código Procesal Penal regula esta materia, señalando lo siguiente: “Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa. En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía. Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente. No obstante lo anterior, en caso de una detención se deberá entregar por el funcionario policial que la practique una constancia de aquélla, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió”.

discutir en torno a la legalidad de la detención del imputado, con todas las implicancias procesales que ello conlleva, siendo una de las más importantes la presencia de todos los intervinientes, y la generación de debate en torno a la petición (entre defensa y fiscalía) debiendo resolverse la petición en la misma oportunidad por el juez mediante resolución fundada. La regulación de la ley de drogas no contempla lo anterior, ya que al hacer expresa aplicación del artículo 9º del Código Procesal Penal, excluye de plano la posibilidad de efectuar audiencia alguna donde pueda discutirse la procedencia de esta ampliación⁴²¹ –que en este caso en particular incluso es más perjudicial para el detenido, ya que puede llegar incluso hasta cinco días- bastando sólo la exposición de antecedentes al juez de garantía por parte del fiscal adjunto, debiendo ser resuelta tal petición por el juez de inmediato. Petición y resolución podrán efectuarse por “cualquier medio idóneo al efecto”, como vimos, teléfono, correo electrónico, fax, etcétera, requiriendo la ley sólo la constancia respectiva de la petición planteada y el tenor de la resolución que acoge la misma. Como justificación que se establece por la ley de drogas para fundar esta ampliación del plazo de investigación es el hecho de que la ampliación sea conducente para el éxito de alguna diligencia. Creemos entonces que lo fundamental será el control que efectúe el juez de garantía ante las peticiones planteadas en este sentido, ya que será él el encargado de calificar o no de conducente la ampliación para el éxito de la(s) diligencia(s) en concreto que se expliciten por el fiscal, ya que de no cumplirse con este requisito no podrá darse

⁴²¹ Este tema ha sido discutido por la vía del recurso de amparo, basada su fundamentación en la no realización de la audiencia a que hace referencia el artículo 132 del Código procesal penal, así podemos citar el fallo de la ltma. Corte de Apelaciones de Arica Rol N° 80-2009, el cual en sus considerandos tercero y cuarto sostuvo lo siguiente: “Tercero: Que del tenor del recurso, se advierte que la orden de ampliación ha sido concretada por el órgano jurisdiccional facultado al efecto, léase artículo 39 de la Ley N° 20.000 y, en el caso que nos ocupa, formulado y resuelto conforme al artículo 9 del Código Procesal Penal. Conviene destacar que la norma rectora sobre la materia, corresponde al citado artículo 39, esto es, que en investigación de drogas ilícitas- se faculta al juez para que resuelva la ampliación de detención bajo la circunstancia de ser conducente para el éxito de alguna diligencia; lo anterior, a juicio del juez recurrido, se concreta por los fundamentos que le fueron entregados por el Fiscal del Ministerio Público. Concordante, la norma en cuestión, expresamente, señala que el Juez debe pronunciarse de inmediato; incluso, queda facultado para resolver sobre la base del artículo 9 del Código de Procesal Penal cuando así se ha solicitado. Cuarto: Que, a mayor extensión, el artículo 39 de la Ley N° 20.000, en ningún caso refiere la obligatoriedad de concretar la audiencia para debatir la ampliación; de manera que la referencia al artículo 132 del Código Procesal Penal, es solo enunciativa en términos del plazo para la ampliación”.

aplicación a esta ampliación. Entonces recae en el fiscal a cargo de la investigación acreditar ante el juez de garantía la existencia de alguna diligencia investigativa indispensable y cuya no realización ponga en peligro el éxito de la misma, como sería por ejemplo culminar la realización de una entrega vigilada, solicitando la autorización para que el detenido participe en la misma⁴²².

Como crítica a esta norma, está el hecho de que se hace excepción al principio contradictorio que está presente de manera transversal en todo nuestro ordenamiento procesal penal. Una medida como la establecida en este artículo –ampliación de la detención hasta por cinco días- sin duda alguna que tensiona este espíritu del Código Procesal Penal, omitiendo de plano la presencia e injerencia del abogado defensor en torno a la petición y resolución que se concreten en el caso particular. Recordemos que para el resto de todos los delitos y crímenes contemplados en el Código Penal y en leyes especiales –con la salvedad de la ley de conductas terroristas- siempre la petición que se formule en este sentido en la primera audiencia judicial del detenido – con la presencia del defensor penal- deberá conllevar un debate previo a la resolución del juez, y en caso de acceder a la petición el plazo máximo del mismo no podrá exceder de tres días⁴²³.

⁴²² Por ejemplo puede resultar vital contar con la presencia del detenido en una diligencia de entrega vigilada, y de esa manera poder dar con la identificación y detención de todos los partícipes de la cadena distributiva del tráfico de drogas. Es normal que los grandes cargamentos de drogas sean interceptados en el tránsito hacia los receptores de la misma, por lo que la o las personas que son detenidas en el intertanto - transportando la droga- resultan indispensables para que continúen con su trayecto, en el marco de la investigación, y en definitiva concretar la entrega controlada o vigilada de la droga a los destinatarios, lo cual no podría efectuarse en la medida que aquel detenido deba ser puesto a disposición del juez en el plazo de veinticuatro horas, frustrando de esa manera el éxito de la determinación del resto de la banda criminal.

⁴²³ El argumento contrario, justifica la no realización de audiencia en este tipo de supuestos, basándose en el éxito de la investigación, así podemos citar a modo de ejemplo el fallo de la ltima. Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa Rol N° 248-2009, de 22 de mayo de 2009, a propósito de la interposición de un recurso de amparo sostuvo lo siguiente en su considerando tercero: “Que, a mayor abundamiento, tratándose de la investigación de delitos de esta naturaleza, y con mayor razón, estando en presencia de un tráfico de más de 800 kilos de marihuana, resulta razonable, prudente y conducente realizar una serie de diligencias que obviamente tenderán a lograr un mayor éxito en tal investigación, pues lo que se encuentra en juego en este caso es la posibilidad de lograr mayores antecedentes que permitan descubrir en tráfico de drogas de por sí considerable, lo cual viene a justificar la ampliación del plazo de

1.10. Artículo 61. Prohibición para abogados.

“Los abogados que se desempeñen como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios de la Administración del Estado o en instituciones o servicios descentralizados, territorial o funcionalmente, no podrán patrocinar ni actuar como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en esta ley. Si se tratare de actuaciones relativas a crímenes o simples delitos, la infracción de esta prohibición se sancionará administrativamente con la destitución del cargo o con el término del contrato. Si se tratare de faltas, se considerará infracción grave de las obligaciones funcionarias, pudiendo disponerse hasta su destitución o el término del contrato. No se aplicará la prohibición establecida en el inciso primero a los abogados que se desempeñen en la Defensoría Penal Pública o como prestadores del servicio de defensa penal pública, cuando intervengan en tales calidades, ni a los abogados en su desempeño como funcionarios de las Corporaciones de Asistencia Judicial, a los contratados por éstas, y a los egresados de Facultades de Derecho que estén realizando la práctica gratuita requerida para obtener el título de abogado, sólo en lo relativo a su actuación en dichas Corporaciones. Para efectos de lo dispuesto en este artículo, el juez de garantía o el Ministerio Público, en su caso, deberá informar a la Contraloría General de la República sobre la identidad de los abogados que patrocinen o actúen como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en esta ley”. La antigua Ley N° 19.366 contenía una norma similar en su artículo 51⁴²⁴, la única novedad es la relativa a la obligación del Ministerio Público de

detención que se ha cuestionado. Que, por lo demás, también resulta ilusorio para el éxito de tal investigación que se proceda de la forma como lo indica la recurrente, esto es, de que se realice una audiencia que permita en ese caso la ampliación del indicado plazo. De actuarse de esa forma se estaría poniendo en entredicho los resultados de las diligencias procedentes en este tipo de casos y significaría en consecuencia alertar a personas y sujetos que de esta forma se enterarían del avance de la investigación, frustrando un resultado favorable en relación a la misma”.

⁴²⁴ El artículo 51 de la Ley N° 19.366 disponía que “los abogados, estudiantes y egresados habilitados para actuar judicialmente que se desempeñen como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios de la administración del Estado o en instituciones o servicios descentralizados, territorial o funcionalmente, no podrán patrocinar ni actuar como apoderado o mandatario de inculcados o procesados por crímenes, simples delitos o faltas a que se refiere esta ley. Si se tratare de crímenes o simples delitos, la infracción a esta prohibición se sancionará administrativamente con la destitución del cargo o término del

informar a la Contraloría General de la República la identidad de los abogados que patrocinen o actúen como apoderados o mandatarios de imputados de crímenes, simples delitos o faltas previstos en la ley de drogas⁴²⁵.

Lo esencial de la norma contenida en el artículo 61 de la Ley N° 20.000, viene dado por la prohibición para asumir o actuar como apoderados o mandatarios respecto de imputados por delitos (crímenes, simples delitos y faltas) tipificados en la ley de drogas. Quiénes son los destinatarios de esta prohibición: serán aquellos “abogados que se desempeñen como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios de la Administración del Estado o en instituciones o servicios descentralizados, territorial o funcionalmente”. Esta regla prohibitiva tiene contemplada una excepción respecto de ciertas personas que no obstante desempeñar funciones en la administración del Estado podrán asumir la defensa de imputados por delitos contemplados en la ley de drogas, estas personas son: Abogados de la Defensoría Penal Pública o licitada, cuando intervengan en tales calidades; Abogados de las Corporaciones de Asistencia Judicial, a los contratados por éstas, y a los egresados de Facultades de Derecho que estén realizando su práctica judicial, sólo en lo relativo a su actuación en dichas Corporaciones.

El artículo 61, establece también la sanción para las personas que incumplen el contenido de la prohibición, estableciendo sanciones diferenciadas en atención a la

contrato. Si se tratare de faltas, se considerará infracción grave a sus obligaciones funcionarias, pudiendo disponerse hasta la destitución o el término del contrato. No se aplicará la prohibición establecida en el inciso anterior a los abogados que se desempeñen como funcionarios de las Corporaciones de Asistencia Judicial, a los contratados por éstas y siempre que no ejerzan alguna de las funciones a que se refiere dicho inciso, y a los egresados de las Facultades de Derecho que estén realizando la práctica gratuita requerida para obtener el título de abogado, cuando en esas calidades la respectiva Corporación les encargue intervenir en la defensa de personas naturales beneficiarias de la asistencia jurídica gratuita”.

⁴²⁵ “El proyecto original del Ejecutivo, no contemplaba la obligación del Ministerio Público de informar a la Contraloría la identidad de los abogados que patrocinen o actúen como apoderados o mandatarios de imputados de crímenes, simples delitos o faltas previstos en la ley de drogas. Dicha obligación fue introducida en el Segundo Trámite Constitucional por indicación del H. Senador Orpís, quien propuso agregar un inciso a dicho artículo estableciendo esta obligación, con lo cual se llegó a la redacción definitiva del artículo 61”, Oficio del Fiscal Nacional N° 107, op. cit., p. 13.

gravedad de la pena asignada al delito en cuestión, en que hayan participado como patrocinantes o apoderados. Así, la sanción para quienes actúan en la defensa de imputados por crímenes o simples delitos tipificados en la ley de drogas será la destitución de su cargo o el término de su contrato con la administración del Estado. En caso de que las actuaciones de defensa digan relación con imputados por la comisión de faltas previstas y sancionadas en la Ley N° 20.000, tal desempeño será considerado una infracción grave a las obligaciones reglamentarias, pudiendo llegarse a sancionar la misma con la medida disciplinaria de destitución de su cargo, o bien con el término del contrato que lo liga con la Administración del Estado, según lo que resuelva la jefatura del servicio público de que se trate.

Junto con la prohibición antes mencionada, el artículo 61 establece también una obligación para el juez de garantía y para el Ministerio Público, en torno a informar a la Contraloría General de la República acerca de la identidad de los abogados que asuman patrocinios o bien actúen como apoderados o mandatarios de personas que tengan la calidad de imputados en investigaciones relativas a delitos tipificados en la Ley N° 20.000. Este deber de información se efectúa respecto de todos los abogados que cumplan funciones como defensores penales en causas relacionados con delitos de la ley de drogas, por ende se informa a la Contraloría General de la República, independientemente que se haya infringido o no la prohibición. Hay que agregar que esta obligación del juez de garantía y del Ministerio Público, también se extiende a los delitos de lavado de activos contemplados en los artículos 19 y 20 de la Ley N° 19.913, por mandato expreso del artículo 25 letra b) de la dicha ley⁴²⁶.

Una prohibición de este tipo conlleva una flagrante infracción al derecho de igualdad ante la ley contemplado en nuestra Constitución Política de la República, y también en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes y que reconocen este derecho. No es aceptable que en nuestro ordenamiento

⁴²⁶ Artículo 25 de la Ley N° 19.913: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, serán aplicables respecto de los delitos establecidos en los artículos 19 y 20, todas las normas de la ley N° 19.366, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y las que contenga cualquier otra ley que la sustituya o modifique, que se refieran a las siguientes materias...b) Inhabilidades de abogados...”.

jurídico se haga una discriminación en este sentido. Prohibir a abogados que desempeñen roles estatales asumir defensas penales en casos relacionados con delitos de tráfico de drogas, implica discriminar de manera arbitraria la actuación que pudiesen realizar tales profesionales de no mediar dicha norma prohibitiva. Llama la atención que incluso la prohibición se extienda a la defensa de faltas penales como por ejemplo puede ser el porte de droga o el consumo de las mismas en ínfimas cantidades en la vía pública, o bien de un consumo concertado en el ámbito privado de una cantidad de tales características. Si se toma en cuenta que respecto de otros simples delitos y crímenes de mayor lesividad material, y con penas más altas asignadas, el legislador no ha contemplado una norma como la que si existe en esta regulación. Por ejemplo a quién defienda a un imputado en una causa de violación con homicidio, robo con intimidación, secuestro, delitos sexuales en contra de menores de edad, homicidios en todas sus variantes, etcétera, no sufre en su actuar sanción alguna por realizar tal defensa penal. En términos prácticos, se genera también una discriminación a nivel laboral, ya que de asumir una defensa en los términos prohibidos en el artículo 61 de la ley de drogas, teniendo la calidad de funcionario público, no se podrá por ejemplo realizar clases en instituciones públicas por el sólo hecho de haber patrocinado una causa de este tipo de delitos (recordemos que la sanción es la destitución del cargo en caso de simples delitos y crímenes, y en caso de faltas también puede llegar a aplicarse tan drástica sanción). Para el Estado es inaceptable que uno de sus funcionarios –de profesión abogado- asuma causas en defensa de imputados en investigaciones por tráfico de droga, pero no manifiesta problema alguno en que el mismo profesional asuma defensas de violadores en serie, homicidas, secuestradores, o imputados de cualquier otro delito, que incluso conlleven mayor gravedad en base a la pena que tengan aparejada.

Creemos en definitiva, que esta norma viene a ser un fiel reflejo de esta técnica legislativa que enarbola una lucha contra el tráfico de drogas, con la supresión de determinadas garantías, ya que la lógica que subyace a esta regulación no es otra que el repudio que el legislador manifiesta ante este tipo de conductas por entenderlas revestidas de la mayor gravedad para el desarrollo de la sociedad. Basta tomar y

comparar el catalogo de penas que el propio legislador ha establecido respecto de otros tipos penales para darse cuenta de esta incoherencia del sistema penal: conductas que constituyen faltas, simples delitos o crímenes en la Ley N° 20.000 tienen asociadas normas como las del artículo 61 que no vienen más que a estigmatizar a quienes pretendan asumir defensas en tales investigaciones, pasando a llevar en ese sentido también el derecho de defensa, en su faz de contar con un abogado de confianza, toda vez que de manera indirecta se cercena la capacidad de actuar a un funcionario público que legítimamente desee asumir una causa por ejemplo en la cual esté involucrado como imputado algún pariente o bien su cónyuge.

1.11. Artículo 62. Improcedencia de beneficios de la Ley N° 18.216.

“No se aplicará ninguna de las medidas alternativas contempladas en la Ley N° 18.216 a la persona que haya sido condenada con anterioridad por alguno de los crímenes o simples delitos contemplados en esta ley o en la Ley N° 19.366, en virtud de sentencia ejecutoriada, haya cumplido, o no, efectivamente la condena, a menos que le sea reconocida la circunstancia atenuante establecida en el artículo 22”. Esta norma de la ley N° 20.000 viene a configurarse como una excepción a la aplicación de la Ley N° 18.216 que establece medidas alternativas al cumplimiento de penas privativas o restrictivas de libertad, en particular, los beneficios de remisión condicional de la pena⁴²⁷, reclusión nocturna⁴²⁸ y libertad vigilada,⁴²⁹ a aquellas personas

⁴²⁷ El artículo 3° de la Ley N° 18.216 señala: “La remisión condicional de la pena consiste en la suspensión de su cumplimiento y en la discreta observación y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo. Artículo 4°.- La remisión condicional de la pena podrá decretarse: a) Si la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia condenatoria no excede de tres años; b) Si el reo no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito; c) Si los antecedentes personales del reo, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten presumir que no volverá a delinquir, y d) Si las circunstancias indicadas en las letras b) y c) precedentes hacen innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena”.

⁴²⁸ En cuanto al beneficio de la reclusión nocturna, el artículo 7° de la Ley N° 18.216, dispone que dicha medida alternativa “consiste en el encierro en establecimientos especiales, desde las 22 horas de cada día hasta las 6 horas del día siguiente”. A su vez, el artículo 8°, de dicha ley establece los requisitos para que ésta proceda, así lo que debe reunirse para acceder a este beneficio es lo siguiente: “a) Si la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia condenatoria no excede de tres años; b) Si el reo no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito o lo ha sido a una pena privativa o restrictiva de

reincidentes en delitos tipificados en la ley de drogas. La anterior regulación contenida en la Ley N° 19.366 era similar por con ciertos matices⁴³⁰ que hacen que la actual normativa sea aún más severa, ya que la actual ley hace inaplicable todos los beneficios relativos a cumplimiento alternativo a las penas privativas o restrictivas de libertad, en cambio en la ley antecesora quedaba a salvo la aplicación del beneficio de la remisión condicional de la pena. Entonces tenemos que respecto de todas las personas que hayan sido condenadas por crímenes y simples delitos⁴³¹ tipificados

libertad que no exceda de dos años o a más de una, siempre que en total no excedan de dicho límite, y c) Si los antecedentes personales del reo, su conducta anterior y posterior al hecho punible y a la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten presumir que la medida de reclusión nocturna lo disuadirá de cometer nuevos delitos”.

⁴²⁹ Por su parte el artículo 14 de la Ley N° 18.216 consagra el beneficio de la libertad vigilada del adulto, indicando que la misma “consiste en someter al reo a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado”. Continúa el artículo 15, señalando que “la libertad vigilada podrá decretarse: a) Si la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia condenatoria es superior a dos años y no excede de cinco; b) Si el reo no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, y c) Si los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad del reo, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado. Si dichos informes no hubieren sido incorporados al juicio oral, los intervinientes podrán acompañarlos en la oportunidad prevista en el artículo 345 del Código Procesal Penal. Estos informes serán evacuados por el organismo técnico que determine el reglamento”.

⁴³⁰ El artículo 40 de la Ley N° 19.366 disponía que: “No procederán las medidas alternativas de reclusión nocturna y libertad vigilada contempladas en los artículos 8° y 15 de la ley N° 18.216 respecto de condenados por delitos previstos en esta ley, a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante establecida en el artículo 33”.

⁴³¹ Este artículo 62 de la Ley N° 20.000 hace una referencia expresa de aplicación de la norma a los crímenes y simples delitos, dejando fuera de esa manera a las faltas tipificadas en la ley de drogas. Esto sin duda que no era necesario por la expresa delimitación que efectúa el artículo 2° de la Ley N° 18.216, el que dispone que “en los casos de faltas, regirá lo dispuesto en el artículo 398 del Código Procesal Penal o en el Título III de la Ley N° 15.231, según sea el tribunal que conozca del proceso”. En este sentido entonces, si la ley de drogas nada hubiese dicho al respecto, ya la propia ley de medidas alternativas al cumplimiento de penas privativas o restrictivas de libertad excluía de su campo de aplicación a las faltas, reconduciendo el tratamiento de las mismas a la regulación contemplada en el artículo 398 del Código Procesal Penal, norma que contempla la suspensión de la imposición de condena por falta, señalando que “cuando resulte mérito para condenar por la falta imputada, pero concurrieren antecedentes favorables que no hicieren aconsejable la imposición de la pena al imputado, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses. En tal caso, no procederá acumular esta suspensión con alguno de los beneficios contemplados en la ley N° 18.216. Transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior

tanto en la actual Ley N° 20.000 como los contemplados en la anterior ley de drogas (N° 19.366) no procederá la aplicación de las medidas contempladas en la Ley N° 18.216⁴³².

Señala esta norma que es indiferente que la condena anterior –aquella que hace inaplicable la concesión de beneficios- se haya cumplido efectivamente o no, tratando de evitar de esa manera la interpretación imperante en sede de reincidencia, en la cual se ha establecido como requisito para que ella opere que las condenas anteriores hayan tenido un cumplimiento efectivo, por lo que al emplear esta frase, el legislador optó por la tesis más severa al respecto, aumentando con ello las hipótesis subsumibles en este artículo 62, haciendo más laxo los requisitos de su aplicación.

Esta regla no es absoluta. La propia norma contempla una contraexcepción a la excepción que en sí constituye el artículo 62 respecto de la regulación general que efectúa la Ley N° 18.216, ya que el artículo 62 señala que los reincidentes podrán acceder a estos beneficios en la medida que les sea reconocida la circunstancia atenuante de cooperación eficaz, contemplada en el artículo 22 de la Ley N° 20.000⁴³³.

sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa. Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito”.

⁴³² “Respecto a esta materia la Cámara fue de opinión de que las modalidades de cumplimiento alternativo que establece la Ley 18.216 debían aplicarse también a los delitos relacionados con drogas, mientras que el Senado sostuvo la postura contraria, que fue la que en definitiva se impuso en la Comisión Mixta” Oficio del Fiscal Nacional N° 054, Instructivo N° 8 de la Ley N° 20.000, de fecha 27 de enero de 2005, p. 8.

⁴³³ El artículo 22 de la Ley N° 20.000 regula la cooperación eficaz, disponiendo que “será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados. Sin embargo, tratándose del delito contemplado en el artículo 16, la reducción de la pena podrá comprender hasta tres grados. Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso primero. El Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero. Si con ocasión de la

Así las cosas, la única forma que una persona que registre una condena anterior por delitos o crímenes de las leyes de drogas (Nº19.366 y Nº 20.000) pueda acceder a algún tipo de beneficio alternativo al cumplimiento efectivo de la condena que vaya a obtener como resultado de la realización de otro hecho tipificado en la Ley Nº 20.000, es que ella proporcione datos que conduzcan al esclarecimiento de los hechos investigados o permitan la identificación de otros partícipes, o bien que permitan prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos tipificados en la Ley Nº 20.000, de igual o mayor gravedad a los ya investigados en su contra. Estos datos deberán ser comprobados por el propio Ministerio Público, quien mediante actividades investigativas deberá acreditar ante el juez el resultado positivo de las mismas, que de no mediar los antecedentes aportados por el imputado no habrían podido obtenerse. El reconocimiento que efectúe el fiscal en este sentido deberá plasmarse en la formalización o en el escrito de acusación. Este reconocimiento tendrá para el cooperador un doble impacto: permite reducir la pena aplicable a su caso concreto en dos grados -incluso tres tratándose de antecedentes referidos a asociaciones ilícitas destinadas al tráfico de drogas-, y por otra parte, permitirá que pueda acceder a los beneficios de la Ley Nº 18.216 en caso que cumpla con los requisitos allí establecidos⁴³⁴. Respecto a este último efecto, en términos prácticos, el único beneficio al cual se podría eventualmente acceder por personas con condenas anteriores, sería el beneficio de la reclusión nocturna (el límite de tiempo de la o las condenas anteriores no debe superar los dos años, y siempre y cuando la nueva condena no exceda de los tres años de privación o restricción de libertad), siendo impracticable entonces el acceso a este segundo efecto de la cooperación eficaz en

investigación de otro hecho constitutivo de delito, el fiscal correspondiente necesita tomar conocimiento de los antecedentes proporcionados por el cooperador eficaz, deberá solicitarlos fundadamente. El fiscal requirente, para los efectos de efectuar la diligencia, deberá realizarla en presencia del fiscal ante quien se prestó la cooperación, debiendo este último previamente calificar su conveniencia. El superior jerárquico común dirimirá cualquier dificultad que surja con ocasión de dicha petición y de su cumplimiento. La reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurran; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales”.

⁴³⁴ Vid. supra notas al pie números 427, 428 y 429.

caso de poseer anotaciones prontuariales pretéritas, sea cual sea el delito o crimen que da origen a dicha(s) condena(s).

Síntesis: Si se tiene antecedentes penales previos, la regla es que sólo puede accederse a la medida de reclusión nocturna en caso de cumplir sus requisitos. Si dentro de los antecedentes penales previos existe una condena por delitos tipificados en la ley de drogas (Leyes N° 19.366 o N° 20.000) no procede la aplicación de ninguno de los beneficios contemplados en la Ley N° 18.216, a menos que, se configure una cooperación eficaz del artículo 22 de la Ley N° 20.000. En este último escenario, por existir ya una condena previa, el único beneficio accesible será la reclusión nocturna, en caso de cumplir los requisitos para ella contemplados.

Por último se ha planteado como duda en torno a que la ley de drogas no resolvería de manera expresa lo que ocurriría “cuando la mención de la condena anterior se omita o se elimine definitivamente de las anotaciones prontuariales, en virtud de lo que dispone el artículo 29 de la propia Ley N° 18.216”⁴³⁵. El artículo 29 antes citado permite a aquellas personas que no hayan sido condenadas previamente por crimen o simple delito omitir de sus certificados de antecedentes la condena que reciban por primera vez⁴³⁶. Se plantea entonces la duda en torno a que ocurriría con aquellas personas que hayan sido condenadas previamente por delitos o crímenes tipificado en las dos últimas leyes de drogas, y que hayan podido acceder mediante aplicación del artículo 29 en comento a omitir dicha anotación de su certificado de antecedentes, ¿podrían acceder derechamente a beneficios de la Ley N° 18.216 en caso de ser

⁴³⁵ Duda planteada en el Oficio del Fiscal Nacional op. cit., p. 8.

⁴³⁶ El artículo 29 de la Ley N° 18.216 establece que “el otorgamiento por sentencia ejecutoriada de alguno de los beneficios previstos en esta ley a reos que no hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito, tendrá mérito suficiente para la omisión, en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que dio origen la sentencia condenatoria. El cumplimiento satisfactorio de las medidas alternativas que prevé esta ley por reos que no hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuariales. Exceptúense de las normas de los incisos anteriores los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, de Orden, Gendarmería de Chile y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal”.

condenados nuevamente por delitos de la ley de drogas, sin necesidad de realizar una cooperación eficaz? Aquí la respuesta no depende de la regulación que establece la Ley N° 18.216, sino que hay que atender y analizar el sistema completo de omisión y eliminación de antecedentes penales, lo cual excede con creces a lo previsto en la citada ley. Así, previo a aventurar una respuesta a la interrogante planteada más arriba, debe repararse en lo establecido en el Decreto Supremo N° 64 de 1960, Decreto Ley N° 409 de 1932, y lo regulado en la propia Ley N° 18.216.

A grandes rasgos podemos sintetizar el sistema de omisión y eliminación de antecedentes penales de la siguiente manera: El primero de los decretos mencionados –DS. N° 64- establece la existencia de un Prontuario Penal y 4 tipos de certificados de antecedentes⁴³⁷. Mediante este Decreto se puede eliminar una o algunas de las anotaciones prontuariales existentes, en la medida que se cumplan determinadas condiciones⁴³⁸. Otra cosa distinta es lo que dice relación con la omisión de

⁴³⁷ Certificado Letra “A”; para conducción de vehículos motorizados, es otorgado por el Servicio de Registro Civil e Identificación. Certificado Letra “B”; para ingreso a la Administración Pública, Municipal, Semifiscal, Instituciones de Administración Autónoma, Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Investigaciones y Gendarmería de Chile, es otorgado por el Servicio de Registro Civil e Identificación. Certificado Letra “C”; para fines particulares, es otorgado por el Servicio de Registro Civil e Identificación. Certificado Letra “D”; para fines especiales, es otorgado por el Servicio de Registro Civil e Identificación.

⁴³⁸ Esta eliminación será factible siempre que se trate de las siguientes situaciones (artículo 8° del DS N° 64): A) Que se haya dictado sentencia absolutoria ejecutoriada, por el Tribunal de Justicia; B) Que sea un sobreseimiento definitivo, con resolución ejecutoriada. Se exceptúan los sobreseimientos con causa terminada por sentencia condenatoria, y cuya extinción de responsabilidad penal se funde en el cumplimiento de la condena, indulto o prescripción, otorgado por el Tribunal de Justicia; C) Que exista sobreseimiento temporal ejecutoriado, basado en las causales explícitas de los números 1 y 2 del Art. 409 del Código Procedimiento Penal, por el Tribunal de Justicia; D) Que la anotación prontuarial sea por un delito beneficiado con Ley de Amnistía, que fue otorgada por el Gobierno a través del Ministerio de Justicia; E) Que el prontuario registre una anotación errónea, por el Tribunal de Justicia o Servicio de Registro Civil e Identificación; F) Que se trate de faltas en que hayan transcurrido 3 años desde el cumplimiento de la condena, debiendo ser la única anotación prontuarial, en el Extracto de filiación y antecedentes penales; G) Que la persona haya sido condenada por cuasidelito, simple delito o crimen sancionado con multa o pena corporal no superior a 3 años y hayan transcurrido a lo menos 10 años cumplida su condena, si es crimen, o más de 5 años en los casos restantes, siempre que se trate de la única anotación prontuarial, en su Extracto de Filiación y antecedentes penales; H) Que se trate de condenas impuestas a menores de 18 años, con pena cumplida de hasta 3 años, quienes podrán eliminar la anotación inmediatamente cumplida la condena. En caso que la condena al menor de edad fuese

antecedentes penales en alguno o todos los certificados mencionados previamente⁴³⁹. Esta omisión no es una eliminación definitiva de la anotación, sino que es un paso previo a la misma. Nuestro ordenamiento jurídico contempla tres vías para optar a esta omisión, a saber, la Ley N° 18.216, la Ley N° 19.628 y el Decreto Ley N° 3.482. La primera de ellas (artículo 29) permite, a aquellas personas condenadas y beneficiadas con alguna de las medidas alternativas a la reclusión allí contempladas, omitir anotaciones en los 4 certificados antes mencionados, con la sola excepción de las anotaciones vinculadas a condenas por delitos tipificados en la ley de tránsito que aparezcan en certificados para vehículos motorizados, así como tampoco beneficia la omisión para aquellos certificados que se requieran para ser presentados ante las FF.AA. y de Orden, Gendarmería de Chile y los que se requieran para un proceso criminal.⁴⁴⁰ Por su parte, la Ley N° 19.628 de 1999, orientada a la protección de la vida privada, sólo establece (artículo 21) la posibilidad de omitir anotaciones de personas que hayan dado cumplimiento íntegro a sus condenas, circunscribiéndose su alcance sólo a los certificados de antecedentes para fines particulares (letra “C”) y para fines especiales (letra “D”)⁴⁴¹. Ahora bien, el D.L. N° 3.482 dispone en su artículo 9° que podrá accederse a la omisión de antecedentes penales cuando se esté en presencia de condenas por faltas o simples delitos, penas que no excedan los 3 años de presidio, debiendo ser ésta la única anotación existente. Se podrá optar a la omisión una vez transcurridos 5 años desde la dictación de la condena. Esta omisión se hace

superior a 3 años, se eliminará después de transcurridos 3 años y siempre que sea la única anotación.

⁴³⁹ Vid. supra nota al pie N° 437.

⁴⁴⁰ Los requisitos que deben reunirse para optar a esta clase de omisión son los siguientes: Haber sido beneficiado con alguna Medida Alternativa a la Reclusión; contar con sentencia judicial ejecutoriada (no se exige tener la pena cumplida, ni la multa cancelada), y no tener condena anterior por crimen o simple delito. El trámite es gratuito y puede utilizarse sólo una vez. Los documentos requeridos son: Certificado de término de causa o copia de sentencia judicial (si es que la resolución judicial no estuviera consignada en el Extracto de Filiación y Antecedentes Penales).

⁴⁴¹ Se requiere tener íntegramente cumplida la condena impuesta. Trámite gratuito. Respecto de la documentación requerida, es necesario contar con certificado de cumplimiento de condena y/o pago de multa, según condena impuesta, por el Tribunal de Justicia. Certificado de Término de Causa o Copia de Sentencia Ejecutoriada (si no estuviese registrada resolución judicial en el Extracto de Filiación).

efectiva en Certificados de Antecedentes para conducir vehículos motorizados y para fines particulares. También se exceptúa el Certificado para conducir vehículos motorizados cuando se trata de delitos de la Ley de Tránsito. Por último, el Decreto Ley N° 409, del año 1932, establece un sistema de eliminación de antecedentes penales. Su artículo 1° dispone que “toda persona que haya sufrido cualquier clase de condena y reúna las condiciones que señala esta ley, tendrá derecho después de dos años de haber cumplido su pena, si es primera condena y de cinco años, si ha sido condenado dos o más veces, a que por Decreto Supremo, de carácter confidencial, se le considere como si nunca hubiere delinquirido para todos los efectos legales y administrativos y se le indulten todas las penas accesorias a que estuviere condenado”⁴⁴², estableciendo incluso esta normativa un resguardo en torno a la divulgación de la información de aquellas personas que han accedido a este tipo de eliminación de antecedentes penales⁴⁴³.

Teniendo en cuenta lo anterior, en caso de que el condenado haya realizado y cumplido todos los requisitos exigidos por la ley para eliminar la anotación pretérita de su prontuario⁴⁴⁴, no vemos razones para impedir que pueda tener acceso a beneficios de cumplimiento alternativo a las penas privativas o restrictivas de libertad, solucionando de esa manera un grave problema social que afectaba a delincuentes primarios de no gran peligrosidad que habían demostrado, sin embargo, condiciones positivas de adaptabilidad al medio libre. Eliminados los antecedentes del prontuario,

⁴⁴² Los documentos que deben ser presentados para esta eliminación de antecedentes penales son: Cédula de Identidad; Certificado de cumplimiento de condena, otorgado por los Tribunales, Unidades Penales, Centros de Reinserción Social, Patronatos Locales; Certificado de Antecedentes letra “D”, para fines especiales, otorgado por los Tribunales de Justicia.

⁴⁴³ Así el artículo 6° de este Decreto Ley dispone que: “Queda prohibido expedir certificados en que conste que personas agraciadas con el beneficio que otorga esta ley en su artículo 1.º han sufrido la condena o condenas cuyos efectos hayan sido suprimidos de acuerdo con sus disposiciones. Los infractores, como asimismo, las personas que den esta clase de informaciones, las divulguen o las expresen en cualquier forma, serán juzgados de acuerdo con las disposiciones legales en vigencia, y a petición de la parte ofendida, como autores del delito de injuria grave”.

⁴⁴⁴ En el artículo 1° de Decreto Supremo N° 64 define prontuario penal, estableciendo que "es un documento público que da fe de la identidad de una persona y de las anotaciones judiciales que registra".

debemos extender dicho efecto para todos los efectos legales, incluyendo el artículo 62 de la ley de drogas, por lo que aquel que ha borrado su condena previa (vía DS N° 64 o bien vía DL N° 409), puede ser beneficiado por la Ley N° 18.216 en caso de ser condenado nuevamente por alguno de los delitos tipificados en la Ley N° 20.000, sin necesidad de configurar una cooperación eficaz.

CONCLUSIONES.

Hemos intentado plasmar a lo largo de este trabajo, en primer lugar, una visión general de lo que en doctrina se ha llamado el “derecho penal del enemigo”, haciendo un repaso por los postulados realizados por Günther Jakobs (principal exponente de dicha visión del derecho penal, y quien acuñó en definitiva este concepto⁴⁴⁵), y una aproximación a autores que se han mostrado partidarios del mismo, buscando una legitimación desde diversas veredas, así vimos los planteamientos de Piña Rochefort, García Cavero y Schilling Fuenzalida. Como contrapartida se expuso la visión de otros autores que han planteado fuertes críticas a dicha postura –Cancio Meliá, Greco, Kindhäuser, Schünemann y Mañalich- para de esa forma tener una idea más extensa de los alcances de esta “categoría” del derecho planteada por Jakobs. De esta manera, lo relevante del primer capítulo viene dado por conocer en qué consiste y qué aspectos caracterizan a esta concepción del derecho penal que se enfrenta a “enemigos” -que como vimos serían aquellos que no prestan “seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal”, aquellos que “se niegan a entrar en una constitución ciudadana”- como una forma de enfrentar de manera más certera y eficaz el peligro a la sociedad actual, el cual está asociado a las conductas por ellos realizadas. Luego, conocido el escenario que plantea esta nueva forma de entender la aplicación del derecho penal, a casos en que el sujeto activo que sea objeto de reproche responda a las características de “enemigo”, hemos querido, en los capítulos siguientes, vincular sus alcances y realizar un ejercicio de subsunción con nuestra ley que castiga el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sicotrópicas. Lo anterior no es azaroso, por cuanto la opción mencionada, estuvo determinada por los registros

⁴⁴⁵ Recordar que esta postura de Jakobs puede apreciarse respecto de la misma una evolución, siendo esencial en dicho desarrollo la intervención en el Congreso realizado en Berlín el año 1999, donde tal como señala Cornelius Prittwitz, “Jakobs no sólo constató la presencia del Derecho penal del enemigo en el Derecho penal alemán, sino que justificó su existencia”. Citado por Eduardo Demetrio Crespo, “El Derecho Penal del Enemigo *darf nicht sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad” nota el pie N° 63, p. 491.

disponibles de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.000, donde se puede apreciar de manera clara y directa cuál fue la intención del legislador al momento de crear este cuerpo normativo, a saber, plantearse en términos de “lucha” o “guerra” contra un peligroso enemigo: la droga y el (micro)traficante. Esta constatación motivó en definitiva el adentrarse en un análisis específico de varias normas contenidas en esta ley, en concreto se analizó en el capítulo segundo el tipo de tráfico ilícito en pequeñas cantidades (artículo 4º), y luego, en el capítulo tercero, 11 artículos más contenidos en la ley en comento, para efectos de ver si efectivamente se había plasmado la intención del legislador de crear una respuesta ante el flagelo que constituye la droga, en clave de guerra. La separación antes señalada, obedece principalmente a la relevancia que implicó la tipificación del delito de microtráfico (artículo 4º) en los márgenes de la nueva ley de drogas, relevancia tanto a nivel de consecuencias sistemáticas dentro de la regulación contenida a lo largo de la propia ley, así como su impacto práctico, por constituir el delito de mayor aplicación en la *praxis* judicial que se deriva de los contenidos de esta reforma en materia de drogas.

Así, la idea de este análisis normativo era poder ver si nuestra actual ley de drogas respondía o no a las características de lo que Jakobs hace bastante tiempo catalogó como “derecho penal del enemigo”, más allá del mero acto de habla del legislador al momento de discutir los alcances de la ley (“lucha contra el microtráfico”). Por ello, nos adentramos en el estudio de normas fundamentales dentro de la aplicación de la ley de drogas, para poder de esa forma tener una visión completa que nos permitiera al final del estudio responder la interrogante antes mencionada. Dentro de las normas analizadas pudimos constatar cómo la mayoría de las mismas viene a constituirse como excepción al régimen general establecido tanto en el Código Penal como en el Código Procesal Penal. A modo de recuento, vimos la elevación de las penas a los funcionarios públicos que no denuncian los delitos contenidos en la Ley N° 20.000 (artículo 13); El adelantamiento del castigo a conductas en estado de desarrollo imperfecto, sancionándolas como consumadas (artículo 18); La creación de agravantes especiales, aptas para elevar la pena hasta en dos grados en relación a la pena asociada en abstracto al delito respectivo (artículo 19); La improcedencia de la

atenuante de responsabilidad criminal del artículo 11 N° 7 del Código Penal (artículo 20); Consagración de técnicas de investigación excepcionales dentro de nuestro sistema procesal penal, tales como entregas vigiladas o controladas, agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes e interceptaciones telefónicas (artículos 23, 24 y 25); Ampliación del tiempo para decretar el secreto de la investigación, así como también lo que dice relación con el plazo legal de detención (artículos 38 y 39); Prohibición para abogados de asumir patrocinios en causas vinculadas con tráfico de drogas cuando desempeñen funciones públicas (artículo 61); Improcedencia de beneficios alternativos al cumplimiento de las penas privativas de libertad de la Ley N° 18.216, a menos que se configure una cooperación eficaz de su parte (artículo 62).

Así las cosas, creemos haber demostrado con el análisis particular de distintos artículos que componen la Ley N° 20.000 –y teniendo presente el marco teórico presentado en el primer capítulo- que nuestro legislador cumplió de manera coherente su intención manifestada en los albores de la discusión que dio origen a esta ley, pues de todos los artículos presentados podemos extraer un factor común, un núcleo que responde a los parámetros de lo que teóricamente la doctrina ha etiquetado como “derecho penal del enemigo”, una técnica legislativa que se plantea en posición de guerra ante un enemigo, para lo cual resulta indispensable utilizar herramientas que tensionan los principios de un derecho penal de corte liberal –aquél que Jakobs señala que es aplicable a los ciudadanos- como lo son por ejemplo el adelantamiento de las barreras de punibilidad, la disminución de los estándares requeridos para vulnerar garantías constitucionales en pos de obtener un éxito investigativo, entre otras manifestaciones en esta línea, recordando además que lo anterior viene aparejado de una marcada exacerbación de las penas aplicables a los delitos vinculados con la materia a combatir, por ejemplo al alterar las reglas de aplicación general del Código Penal relativas a la aptitud de las circunstancias agravantes de responsabilidad criminal, estableciendo un catálogo especial de agravación únicamente aplicable a los delitos de tráfico (simples delitos y crímenes) que lleva en términos abstractos a convertir a esta clase de ilícitos en uno de los más graves de nuestro ordenamiento jurídico, si se toma como parámetro de esta gravedad la pena asignada a cada delito.

Por lo anterior, más allá de compartir o no en términos teóricos la propuesta realizada por Jakobs, en torno al tratamiento que debe dar el Estado a aquellos sujetos que no respondan a los caracteres de ciudadano en cuanto realicen conductas atentatorias contra la seguridad del resto de la sociedad, la utilidad de tomar en cuenta tales alcances está dada por la constatación de que los mismos pueden ser encontrados en nuestra realidad legislativa. Más allá de la etiqueta que pueda dársele a este fenómeno, es evidente que estamos hoy en día, cada vez con mayor frecuencia, siendo testigos de la creación de leyes en sede penal que se alejan cada vez más de los principios clásicos del derecho penal, los cuales se han tornado en la excepción dentro de esta técnica legislativa de lucha contra enemigos. Es esta constatación-advertencia la que nosotros destacamos de los planteamientos realizados por Jakobs, tal como señala Eduardo Demetrio Crespo, este planteamiento “ha contribuido a una crítica y revisión general todavía incipientes del derecho penal actual, sus tendencias, y tópicos argumentativos”⁴⁴⁶, lo cual nos debería permitir responder –en un acto de honestidad- la interrogante en torno a si nuestra legislación penal especial está más cerca de los estándares liberales del derecho penal o bien responden, estas nuevas leyes penales, a las necesidades de combatir con rigor punitivo a los enemigos sociales.

Ahora bien, luego de sintetizado el recorrido del presente trabajo, y sin perjuicio de las constataciones allí realizadas, queremos abordar a manera de conclusión, cuál es nuestra postura en torno a la legitimidad del “derecho penal del enemigo”, una vez expuestos sus alcances, defensas y principales críticas. Para asumir esta pregunta, en primer término podemos señalar que desde la perspectiva funcionalista de Jakobs y sus seguidores, se intenta justificar la incorporación del concepto de enemigo como parte integrante del derecho penal, señalando que estaría operando en la práctica una reconfiguración del concepto de persona, y consecuentemente, una restructuración de lo que debemos entender por derecho penal. Esto se basa en una visión netamente descriptiva del fenómeno, constatando su existencia, y por ende, se busca a partir de

⁴⁴⁶ Demetrio Crespo, Eduardo, op. cit., p. 507.

allí construir las bases de su justificación⁴⁴⁷, incurriendo derechamente en una falacia valorativa o naturalista⁴⁴⁸. Más allá de discutir o no la lógica sistémica de reconfiguración de la estructura “persona” a partir de la estructura “enemigo”, debemos partir de la premisa que el derecho penal está dirigido a seres humanos, como receptores de las normas que lo componen. Ello nos permite plantear que el hecho de que se pueda constatar la presencia de manifestaciones de este derecho penal del enemigo en la práctica legislativa no habilita en lo absoluto a sostener que dichas expresiones sean o deban ser consideradas parte del derecho penal. Luego, a nuestro juicio, se requerirá algo más que la mera descripción de la existencia de tales legislaciones de lucha como para sostener que ellas puedan ser consideradas parte de un derecho penal en el marco de un Estado de Derecho. Aquí, siguiendo las prevenciones hechas por Kindhäuser, más que un derecho penal, de corte liberal, estamos ante manifestaciones que son más cercanas a un derecho de policía, un Derecho en el cual se parte de la base de lo que se pretende combatir son peligros – encarnados en este caso en la imagen de enemigos- más que hechos que afecten determinados bienes jurídicos. Nadie puede desconocer la necesidad de tipificar y sancionar de manera efectiva la creciente criminalidad que surge en ámbitos de organizaciones criminales, como lo son el narcotráfico, el terrorismo y/o delitos sexuales, tal como han destacado la mayoría de los autores que han realizado estudios en esta materia. Ahora bien, si aceptamos esta necesidad de una mayor represión en este tipo de delitos, con las consecuencias que ello conlleve también a nivel procesal penal -con el aligeramiento de determinadas garantías- esta tolerancia no puede ser en ningún caso absoluta en el sentido que implique sin más el desconocimiento del núcleo duro que está en la base del derecho penal (aquel dirigido

⁴⁴⁷ Así, a modo de ejemplo puede consultarse la opinión entre nosotros de Juan Ignacio Piña Rochefort, la cual ha sido presentada de manera resumida en este trabajo. Vid. supra., pp. 46-50.

⁴⁴⁸ “Desde el punto de vista metodológico esta “teoría” deduce consecuencias normativas de supuestas consideraciones descriptivas sin justificar el “salto” del ser al “deber ser”. O mejor, justificándolo de forma errónea, en la medida en que la validez no puede hacerse derivar de la eficacia. Por el contrario el modelo de Derecho penal del Estado de Derecho encuentra el vínculo entre el “ser” con su “deber ser” a partir del aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento jurídico”, Demetrio Crespo, Eduardo, op. cit. p. 506.

a los ciudadanos, tomando para ello la diferenciación de Jakobs). El respeto de tales garantías y derechos –con reconocimiento constitucional y a nivel de tratados internacionales sobre derechos humanos- y la consecencial dignidad humana, nunca deben ser dejados de lado, y constituyen como tales la piedra de tope para el ejercicio del *ius puniendi*. No compartimos en lo absoluto lo apuntado por Piña Rochefort entre nosotros, en el sentido de que esta problemática no dice relación con la dignidad humana ni menos con los derechos fundamentales, por cuanto sólo se trataría de un problema de reconfiguración de estructuras (de enemigo a persona) y que la noción de persona no debe ser cosificada, por cuanto ella apuntaría únicamente al rol que le corresponde realizar socialmente a cada individuo. Así, quien decide no realizar aquel rol, asumiendo una posición de *Hostis*, debe aceptar en consecuencia ser catalogado bajo el rótulo de enemigo (porque ese es el rol que decidió desarrollar) y aceptar las consecuencias de dicho actuar, que no es otra cosa que la aplicación a su respecto de un derecho penal especialmente diseñado para tales estructuras: El derecho penal del enemigo. No compartimos esto, por cuanto, tal como hemos venido señalando, esta problemática no es algo que deba ser resuelto a nivel de coherencia de sistemas, tampoco a si existe una reconfiguración de la estructura del concepto de persona, ni menos qué rol cumplirá la estructura de enemigo en el sistema social. La cuestión crucial a nuestro criterio radica en la demarcación irrestricta de que el derecho penal debe estar dirigido única y exclusivamente a personas/ciudadanos titulares de derechos y garantías, y que se encuentren en una posición tal que puedan ejercer los mismos tanto a nivel procesal, ya sea a nivel netamente penal, incluso en estadios de cumplimiento de penas, esto es, en sede penitenciaria. Parafraseando aquí a Schünemann, el asumir que debemos aceptar, y legitimar, un derecho penal del enemigo, implica a *contrario sensu* asumir que en la otra cara de la moneda existe un derecho penal dirigido a “amigos”, qué queremos reflejar con esto, que la antinomia entre ciudadano/persona versus enemigos es impropia⁴⁴⁹. Esto queda demostrado incluso con las posteriores explicaciones que el propio Jakobs y sus seguidores han

⁴⁴⁹ En este sentido, bien gráfico resulta lo planteado por Cancio Meliá, quien entiende que la expresión “derecho penal del ciudadano” es un pleonasma, mientras que la de “derecho penal del enemigo” sería una *contradictio in adjecto*. Citado por Demetrio Crespo, Eduardo, op. cit. nota el pie N° 124, p. 507.

explicitado en torno a que se presentaría un fenómeno de “despersonalización parcial” cuando nos veamos enfrentados ante un enemigo que realice aquellas conductas dignas de ser catalogadas bajo los alcances de este concepto de derecho penal del enemigo. Entonces, se asume desde dicha constatación de despersonalización parcial, que incluso el enemigo mantiene aspectos inherentes a su condición de persona (no pierde todas las características que rodean tal estructura, en términos funcionalista-sistémicos). Ello viene a demostrar la inconsistencia de aquella tesis en este punto –semántico si se quiere- pero cuya aceptación conlleva asumir todas las consecuencias penales y procesales penales que se destacan como partes integrantes –y copulativas- de esta manifestación de lucha contra el enemigo. Visto desde otra perspectiva, si se asume que el enemigo no pierde todas las aptitudes inherentes a la estructura de persona, entonces resulta altamente caprichoso el hecho de entender que su rol es sin más el de enemigo, olvidando este núcleo de persona que no se pierde incluso bajo el desenvolvimiento en el rol de enemigo, es decir, perfectamente se puede sostener que aquel “enemigo” sigue siendo “persona”, de lo contrario habría que aceptar que la condición de persona, en los parámetros de este constructo, se define en base a determinados porcentajes de aptitudes y condiciones que se prediquen de la misma, y que sea constatable la posesión de las mismas por quién esté en tela de juicio por la realización de determinadas conductas catalogadas de delito. Surge de inmediato la interrogante en torno a ¿quién define hasta qué punto se es persona, y desde qué otro se pasa a ser enemigo?⁴⁵⁰ Podría asumirse una respuesta y establecerse una certeza al respecto, pero jamás podrá obviarse el hecho –reconocido incluso por el propio Jakobs- de que aquel que sea catalogado como enemigo –en este proceso caprichoso- siempre mantiene aspectos propios e

⁴⁵⁰ Sostiene Núñez Leiva que “el derecho penal de enemigo se termina aplicando a ciudadanos cuya condición se ve degradada por una decisión, normalmente judicial o administrativa – y por tanto no necesariamente representativa de la voluntad popular – de someterlos a tal estatuto. Es una decisión judicial, ni siquiera legal, la que define que seres humanos, y cuáles no, son dignos”, “Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario”. Política Criminal, Volumen 4, N° 8 (diciembre 2009), Art. 3, pp. 383-407, en línea: http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A3.pdf. Consulta realizada: 25 de abril de 2011, p. 401.

inherentes a una persona⁴⁵¹. Ahora bien, ¿cuándo nace este enemigo? el surgimiento de este “enemigo” se constata *ex post facto* al momento de dar aplicación a esta supuesta manifestación del derecho penal, porque tal como sostiene Luis Gracia Martín, se “construye la categoría de no persona a partir de la violación del derecho penal de los ciudadanos (personas). Y, para infringir el derecho penal de ciudadanos, se debe ser ciudadano y persona. Por lo tanto, el derecho penal de enemigo no tiene destinatarios reales, empíricos, sino que son creados por medio de la aplicación de este derecho penal, no antes”⁴⁵². Justificar lo contrario implica *per se* asumir una segmentación de los miembros de la sociedad, limitando en base a ello el acceso a determinados bienes y ejercicio de derechos y garantías fundamentales⁴⁵³. En este escenario entonces, si constatamos que en la práctica existen ciertas manifestaciones legislativas que responden de una u otra forma a los caracteres de esta construcción doctrinaria denominada “derecho penal del enemigo”, ello no nos habilita, tal como hemos señalado previamente, para sostener que aquello sea y deba legitimarse como derecho penal. Las cosas son lo que son, y no lo que se predique respecto de ellas. Una práctica legislativa que adelante barreras de punibilidad, que como consecuencia de ello no rebaje de manera proporcionada las penas asociadas este tipo de conductas, y que por el contrario exacerbe la reacción penal ante tales delitos, estableciendo penas del todo severas, luego, que se produzca un relajamiento o derechamente la supresión de determinadas garantías procesales, o en definitiva, que

⁴⁵¹ “Buena muestra de ello es, por otra parte, desde la perspectiva procesal, que la decisión acerca de quién es enemigo se toma *a priori*, es decir, sin que el individuo sepa de qué se le acusa, y sin gozar de ningún derecho, de lo que Guantánamo es el ejemplo tristemente paradigmático e insólito en el “mundo civilizado”. Demetrio Crespo, Eduardo, op. cit. p. 494. También destacar lo que ocurre a nivel de garantías procesales, sobre todo lo que acontece con la presunción de inocencia, la cual se ve absolutamente desplazada en los márgenes del derecho penal del enemigo, en este sentido, véase Gracia Martín, Luis, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del Enemigo”, p. 1058.

⁴⁵² Gracia Martín, Luis, citado por Núñez Leiva, José Ignacio, op. cit. p. 401.

⁴⁵³ “El Derecho Penal del Enemigo (...) se trata de una regulación jurídica de las relaciones sociales y de las instituciones sociales que tiende excluir del acceso de ciertos bienes – específicamente del ejercicio de algunos Derechos Fundamentales – a ciertos individuos, todo ello, como una medida para proveer una aparente seguridad al colectivo social. En este caso, la privación de los derechos fundamentales de los enemigos” Núñez Leiva, José Ignacio, op. cit. p. 400.

dicha técnica legislativa sea respuesta de una necesidad puramente simbólica, tal técnica de legislar no merece y no es posible legitimarla como una manifestación propia de un derecho penal de corte liberal, respetuoso de las garantías y derechos esenciales, en los parámetros de un Estado de Derecho⁴⁵⁴. Si la tendencia actual indica y nos muestra un aumento de esta forma de entender el fenómeno delictivo en relación con el ejercicio de la fuerza estatal, deben tomarse entonces los resguardos a nivel doctrinario con mayor fuerza y energía para efectos de evitar la erosión de los principios que cimientan el derecho penal, y tal como señala Detmold “el quebrantamiento de la norma no puede obstar a que esa norma siga siendo una norma del sujeto que la ha quebrantado, es decir, a que este sujeto siga siendo ciudadano”⁴⁵⁵.

Recapitulando, creemos que al asumir una posición crítica ante el derecho penal del enemigo, restándole legitimidad por estar en disonancia con la dignidad humana, por enfocarse en un área de irrespeto hacia garantías y derechos fundamentales, y en general en relación con toda la tradición de principios que cimientan al derecho penal liberal, en márgenes democráticos, estamos asumiendo *per se* una posición crítica ante las bases del pensamiento que sustenta a la tesis del derecho penal del enemigo, a saber, un rechazo a la fundamentación de la sociedad basada en estructuras y sistemas, en las cuales el ser humano queda al margen de este tramado basado en las comunicaciones que operan entre cada uno de de los subsistemas que componen el sistema social, una dinámica autorreferencial que sitúa al ser humano en el entorno de estas interacciones, restándole un protagonismo a la hora de definir el devenir

⁴⁵⁴ “Es imprescindible no pasar por alto que la modernización del Derecho Penal, si de verdad quiere representar una “evolución” del mismo, debe llevarse a cabo con escrupuloso respeto a las garantías del Estado de Derecho, y no a golpe de las exigencias de “seguridad” de una sociedad que no conoce criterios de “razonabilidad” acerca de la intervención penal, porque de lo contrario esta intervención no podrá considerarse justificada”, Demetrio Crespo, Eduardo, op. cit. p. 497.

⁴⁵⁵ Detmold, M. J., “Laws as Practical Reasoning”, citado por Mañalich, op. cit. p. 125. En este sentido también Peter-Alexis Albrecht, quien destaca, rebatiendo el Derecho penal del enemigo, la indivisibilidad de la dignidad humana (en alusión a la diferenciación entre personas y no personas o “enemigos”). Citado por Demetrio Crespo, Eduardo, op. cit. nota el pie N° 41, p. 486.

social⁴⁵⁶. Así vistas las cosas, al rechazar y restar validez al derecho penal del enemigo, debe asumirse –y así lo hacemos- con igual fuerza y coherencia un rechazo a esta visión funcional-estructuralista de la sociedad, por cuanto el apego a las mismas conlleva obedecer y buscar como una finalidad esencial la coherencia y lógica interna del sistema⁴⁵⁷, dejando de lado la esencia propia del desenvolvimiento del ser humano en sociedad, el cual está teñido siempre por un fuerte componente de subjetividad⁴⁵⁸.

Lo anterior da base para sostener, tal como señala Mañalich –a propósito de la pérdida de la ciudadanía por aplicación de penas aflictivas- que se “hace imposible legitimar las consecuencias del reproche sobre la base de una actitud reactiva por una

⁴⁵⁶ Sostiene Habermas que “el derecho no puede limitarse a cumplir los requisitos funcionales de una sociedad compleja, tiene también que satisfacer a las precarias condiciones de una integración social que en última instancia se efectúa a través de las operaciones de entendimiento intersubjetivo de sujetos que actúan comunicativamente, es decir, a través de la aceptabilidad de pretensiones de validez. Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*”, Editorial Trotta, cuarta edición, Madrid, 2005, p. 148.

⁴⁵⁷ “Cabe observar que es explicable cierto éxito de la teoría sistémica en los países centrales, donde el poder ha generado un nivel mínimo de bienestar y donde la prisonización parece recaer cada vez más sobre minorías étnicas, salvo en unos pocos países. Allí puede llegar a convencer la idea de que lo importante es el sistema, pero en nuestro margen eso es insostenible y no creemos que pueda convencer a la mayoría”. Zaffaroni, Eugenio Raúl, “En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal”, Temis, Segunda edición, Santa Fe de Bogotá, 1993, p. 68. Ahondando en la crítica, Zaffaroni sostiene que “la propuesta de Jakobs resulta inadmisibles porque: (a) históricamente se verifica que el derecho penal autoritario siempre se introduce como excepción y luego se generaliza y ordinariza. (b) No es posible distinguir nítidamente entre la pena que contiene y la que se pretende que cumple cualquier otra función. (c) Que cunda en la actualidad una legislación penal autoritaria no significa que deba legitimársela y aceptársela sin resistencia jurídica. (d) El derecho penal del enemigo tiene una marcada raigambre antiliberal, que entronca con la teorización política del mejor jurista del nazismo, Carl Schmitt. (e) En lo penal también evoca la legislación nazista sobre “extraños a la comunidad”, proyectada por Edmundo Mezger que pretendía internar a todos los disidentes en campos de concentración. En síntesis, Jakobs trata de construir un derecho penal especial (del enemigo) compatible con un estado de derecho, pero no lo logra, pues toda teorización en tal sentido es por esencia autoritaria”. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, op. cit. p. 273.

⁴⁵⁸ “Mirando al futuro, tiende a reducir las posibilidades a lo que es factible en el marco de lo dado, a reducir la subjetividad a su utilidad para los sistemas funcionales. Ahora bien, la subjetividad produce y requiere tales cauces estructurales, pero no se agota en ellos. Ni los sujetos pueden disponer libremente de las lógicas funcionales, ni los sistemas logran apropiarse completamente de la subjetividad”, Lechner, Norbert, op. cit., p. 518.

falta de lealtad comunicativa⁴⁵⁹ cuando este reproche se dirige a no personas, enemigos, o no ciudadanos. Luego, si asumimos que la legitimación necesariamente requiere un reconocimiento de parte del receptor/destinatario de las normas penales, en términos de atribución de libertad comunicativamente hablando⁴⁶⁰, no podemos menos que concordar con Günther y su concepción de “persona deliberativa” como la base de fundamentación de todo sistema penal, y en particular a la pretensión de vinculación a la norma, pretensión que sólo podemos construir, en márgenes democráticos⁴⁶¹, en la interacción con ciudadanos, más nunca con enemigos.

En este contexto, el único escenario de respecto por la dignidad humana y los derechos y garantías que le son propios al ser humano en su condición de tal⁴⁶² debe

⁴⁵⁹ Vid. supra. p. 42.

⁴⁶⁰ Habermas define libertad comunicativa como “la posibilidad recíprocamente presupuesta en la acción comunicativa, de tomar postura frente a una elocución o manifestación de un prójimo y frente a las pretensiones de validez entabladas con esa manifestación, las cuales se enderezan a un reconocimiento intersubjetivo”. Habermas, Jürgen, op. cit. p. 185.

⁴⁶¹ En este sentido sostiene Günther que “la democracia presupone responsabilidad en al menos dos sentidos. En un nivel general, los ciudadanos en una democracia, como consecuencia de la secularización, son responsables de las leyes que les gobiernan. La legislación democrática presupone que los ciudadanos mismos asuman la responsabilidad sobre sus leyes; en lugar de ser responsable dios, la tradición, la historia, o alguna otra forma de autoridad exclusiva (...) de cualquier forma, como línea general, quizá la parte más importante de la autocomprensión pública de los ciudadanos es que ellos y nadie más son, en última instancia, responsables de su orden legal. En una segunda dimensión, la democracia presupone ciudadanos responsables; ciudadanos que se atribuyen mutuamente responsabilidades como participantes en la deliberación pública. Si la deliberación pública es el rasgo más importante de la legislación democrática, entonces cada ciudadano debe ser entendido como alguien capaz de deliberar sobre la validez de las normas legales. (...) Una democracia no presupone un deber de cada ciudadano de ejercitar sus capacidades deliberativas, pero considera a los participantes en los procesos públicos de formación de la voluntad como personas poseedoras de tal capacidad, y exige procedimientos en los cuales la capacidad pueda ser ejercida de modo eficaz. Del mismo modo, una democracia no obliga a los ciudadanos a actuar de modo acorde con sus juicios deliberativos, pero presupone que son capaces de hacerlo (...) Mi tesis es que en una democracia existe un vínculo interno entre el ciudadano como persona deliberativa en el ámbito legislativo y como destinatario deliberativo de la ley”. Günther, Klaus, Acción voluntaria y responsabilidad criminal, en “En el problema de la libertad de acción en el Derecho Penal”, compilador Rafael Alcácer Guirao, Ad-Hoc, primera edición, Buenos Aires, 2007, pp. 121, 122 y 123.

⁴⁶² “Como lo afirma Gracia Martín, el destinatario del Derecho – especialmente de sus sanciones – sólo puede ser el individuo, el ser humano, un ente pre jurídico, natural. Es el

ser el marco en el cual se debe desarrollar el ejercicio de la fuerza estatal, de lo contrario, estaría tensionando de tal manera estas premisas fundamentales, que redireccionaríamos el actuar estatal a una posición en la cual se convertiría al Estado en una “fuente de peligro”⁴⁶³ para el respeto y libre ejercicio de garantías y derechos reconocidos constitucionalmente, situación que nos lleva a deslegitimar toda manifestación legislativa que apunte en esta dirección, y a mayor abundamiento, tal como sostiene Habermas, “el principio del derecho no solamente exige el derecho a libertades subjetivas en general, sino a iguales libertades subjetivas (...) sólo entonces entra en juego la pretensión de legitimación del derecho positivo”⁴⁶⁴, aptitud que sólo será posible en la medida que el modelo de coerción estatal “no destruya los motivos racionales de obediencia al derecho. Es decir, el derecho coercitivo no puede forzar a sus destinatarios a renunciar de cuando en cuando al ejercicio de su libertad comunicativa y a dejar de tomar postura frente a la pretensión de legitimidad del derecho”⁴⁶⁵, situación que se pasa absolutamente por alto en la dinámica del derecho penal del enemigo.

hombre quien crea al Derecho y no a la inversa. Y tal creación ha de tener en cuenta los atributos propios del ser humano para estructurarse, como su responsabilidad. Esta última, arranca sin lugar a dudas de un sustrato ontológico del ser humano, de lo contrario sería imposible exigirla normativamente: Si el Derecho no se dirige a las fuerzas de la naturaleza ni a los animales, sino al hombre, entonces habrá de ser la estructura óptica del ser humano lo primero que tiene que entrar en consideración. Y es base de aquella esencia, justamente su dignidad. Luego, negar la dignidad, en este contexto, es negar - de paso - una de las bases que estructura al propio sistema jurídico”. Núñez Leiva, op. cit. p. 401.

⁴⁶³ Bascuñán Rodríguez, Antonio, a propósito de la tensión existente entre el derecho penal y derechos fundamentales, constata dos modelos alternativos que dan cuenta de dicha tensión. Así el primero de ellos, el cual denomina “clásico”, el *ius puniendi* es considerado una fuente de peligro para los derechos fundamentales, respecto de la cual sería necesario establecer arreglos institucionales que posibiliten su control. Bascuñán Rodríguez, Antonio, “Derechos fundamentales y derecho penal”, en, varios autores, “Los derechos fundamentales”, SELA, 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 319 y ss., citado por Mañalich Raffo, Juan Pablo en su artículo titulado “La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿Protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho Penal?”, publicado en Revista de Derecho y Humanidades, N° 11, 2005, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

⁴⁶⁴ Habermas, Jürgen, op. cit. 186.

⁴⁶⁵ *Ibíd.* p. 187. continúa este autor señalando que el derecho coercitivo “no puede forzarlos –a los destinatarios del derecho- a abandonar en el caso particular su actitud realizativa frente al

Excurso. Una crítica a la tesis de Mario Schilling.

Luego de nuestra opinión en torno a la legitimidad del derecho penal de enemigo, señalamos que pondríamos especial énfasis en la tesis desarrollada por Mario Schilling Fuenzalida⁴⁶⁶, la cual se presenta, entre nosotros, como una postura legitimante del derecho penal del enemigo⁴⁶⁷. El énfasis en su análisis lo justificamos por cuanto es uno de los pocos autores que han escrito en la materia en nuestro país, y en ese ámbito ha planteado una tesis de defensa de la tesis jakobsiana, ya no desde el funcionalismo sistémico como lo hace Piña Rochefort, por ejemplo, sino derechamente desde otros rincones argumentativos, principalmente en base al concepto de seguridad, y al modelo de temor, tomando como base conceptual para esto último, la ética de Hans Jonas. Para recordar a grandes rasgos, Schilling postula que en la práctica el “derecho penal del enemigo” existe, y constituye como tal la mejor solución disponible para enfrentar el reto de entregar seguridad y paz social a los ciudadanos en un futuro. Importante resultaba destacar los alcances de este pensamiento. Así, postula Schilling, el “derecho penal del enemigo” respeta el ordenamiento jurídico, y es acorde con el respeto a los derechos humanos y al Estado de Derecho. Ante esta tesis, nuestra visión y postura es de absoluto rechazo, por cuanto la entendemos como una propuesta que en su esencia responde a parámetros netamente antiliberales, por cuanto se presenta como una tesis que aboga por una cesión de garantías individuales en pos de una mayor seguridad de la sociedad, dando por hecho que el resultado de esta disminución de garantías y derechos por parte del Estado redundaría automáticamente en una mayor seguridad y paz social⁴⁶⁸. Esto es del

derecho y a sustituirla por la actitud objetivante de un actor que decide atendido a sus preferencias y calculando utilidades; tal cosa ha de dejarla a la discreción de ellos. Lo cual significa que las normas jurídicas siempre han de poder ser seguidas por convicción. *Ibíd.*

⁴⁶⁶ Vid. supra. Capítulo I, pp. 57-65.

⁴⁶⁷ “Sobre el particular Portilla Contreras expresa que lo novedoso no está constituido por la proliferación de prácticas de este tipo (derecho penal del enemigo), sino por la aparición de un sustento doctrinal que las apoya”, citado por Núñez Leiva, José Ignacio, op. cit. p. 387.

⁴⁶⁸ La consigna antiliberal postula que es menester ceder garantías para aumentar la seguridad, o sea que da por sentada una relación inversa entre garantía y seguridad. Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Discurso para la investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla-La Mancha”, 2004, p. 20, citado por Demetrio Crespo, Eduardo, op. cit. p. 477. En este

todo conflictivo de asumir, por cuanto, siguiendo en este punto a Demetrio Crespo, si estamos en la convicción de lo que está detrás del ejercicio de fuerza estatal es la protección de “bienes jurídicos, bajo la consideración de que cualquier ciudadano puede en un momento dado delinquir, la idea de la seguridad no puede ponerse al servicio de una merma de garantías en ningún caso, porque lo que se está introduciendo es inseguridad”⁴⁶⁹, a través de todas las consecuencias penales y procesales penales que hemos destacado y que son características del “derecho penal del enemigo”. Schilling funda su tesis en una lógica del peligro, lo cual implica una seria dificultad para concebir a esta técnica legislativa actual como parte integrante del derecho penal, por cuanto su lógica es diametralmente opuesta a los principios y máximas que gobiernan a esta faceta del Derecho. Se resiente desde ya la proporcionalidad que debe imperar en la base del ejercicio del *ius puniendi*, y en la misma medida ocurre un detrimento con la idea de que esta fuerza estatal debe ser la última alternativa de la cual se echa mano para efectos de intentar solucionar conflictos sociales, transformándolo de facto en un derecho penal de autor, con todas las perniciosas consecuencias que ello puede acarrear en una sociedad que se defina como democrática. En la tesis de Schilling, el fin de la paz social y la anhelada seguridad son suficientes para legitimar un actuar estatal diferenciado entre ciudadanos y enemigos⁴⁷⁰. Por ello, si el Estado omite actuar o bien actúa de manera deficiente ante tales delincuentes peligrosos, esa omisión o deficiencia “denotaría un actuar irresponsable por parte del Estado” (al no haber utilizado la herramienta jurídica para evitar estas consecuencias: el derecho penal del enemigo). Esta última aseveración de Schilling es errónea a nuestro criterio, por cuanto asume que la seguridad es alcanzable como tal, bastando para ello que el Estado actúe de manera

mismo sentido Demetrio Crespo sostiene que las reformas que se realizaron en España al Código Penal en el año 2003, dejaron subyacente en el sistema un modelo “político-criminal que antepone la seguridad a las garantías”, op. cit. p. 479.

⁴⁶⁹ Demetrio Crespo, Eduardo, op. cit. p. 480.

⁴⁷⁰ En este punto recordemos que la opinión de Jakobs es que el Estado no puede renunciar a ningún medio para proteger al ciudadano, porque se trata de casos excepcionales en los que debe cumplir su función de protección (cuando se está en presencia de conductas desplegadas por sujetos peligrosos, catalogados como enemigos).

intensa reprimiendo y castigando a aquellos que no pueden ser “rehabilitados”, a los “enemigos”. Esta ecuación: “tipificación de conductas peligrosas + reproche y castigo a enemigos = seguridad” pasa por alto la esencia propia del concepto de seguridad, y por otra parte asume y atribuye al derecho penal un potencial que jamás ha tenido —y tendrá— a saber, garantizar seguridad. Si nos atenemos a los conceptos propios del pensamiento de Jakobs, y que dan vida a la tesis de Schilling, la seguridad como concepto adquiere sentido a partir de la distinción entre riesgo y peligro⁴⁷¹. Se puede afirmar entonces que en las sociedades actuales no existe comportamiento seguro que esté exento de riesgos⁴⁷², o de manera más categórica, “no se puede tener seguridad frente a los daños futuros”⁴⁷³. En consecuencia el riesgo no depende de factores objetivos, sino que obedece únicamente al modo de observación empleado⁴⁷⁴, y la noción de seguridad, entendida como ausencia de riesgos, más que una finalidad

⁴⁷¹ Aquí, en una línea argumentativa propia de la teoría de sistemas sociales de Luhmann, debemos destacar el hecho de que el concepto de seguridad adquiere sentido en la medida que se lo entiende vinculado a la noción de expectativas —a él integradas—. Así, la seguridad/inseguridad vendrá dada por la probabilidad de que se cumpla o no lo esperado. Como sostiene Luhmann “una expectativa puede ser más o menos segura. Pero hay que distinguir la concisión o ambigüedad de la determinación de lo esperado. Cuanto más unívocamente se determine la expectativa, tanto más incierta será en lo general”. Luhmann, Niklas, “Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general”, op. cit., p. 281. Véase también Giménez Alcover, Pilar, “El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann”, op. cit., pp. 163 y ss.

⁴⁷² Tal como sostiene Beck, “se llega a una superproducción de riesgos que en parte se relativizan, en parte se complementan y en parte se disputan mutuamente la supremacía. Cada posición de interés intenta defenderse con definiciones del riesgo y de este modo alejar los riesgos que atacan a su monedero...Esta pluralización es evidente para la referencia de los riesgos a los valores y a los intereses: el alcance, la urgencia y la existencia de los riesgos oscilan con la pluralidad de valores y de intereses. Beck, Ulrich, *La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad*”. Buenos Aires. Paidós, 1998. p. 45.

⁴⁷³ Corsi, Giancarlo *et. al.* 1996. op. cit. p. 142.

⁴⁷⁴ En este punto interesante resulta confrontar los postulados sistémicos con la crítica realizada a los mismos por Norbert Lechner, así esta autor destaca el rol de los miedos en una sociedad, y cómo ello influye decididamente en la percepción de inseguridad que aqueja a las sociedades actuales. Lechner es tajante: “la idea de una sociedad sin miedos ha de ser entendida como una utopía imposible. Lo que si parece posible es disminuir los niveles de susceptibilidad de situaciones ambiguas y amenazantes y modificar los criterios de percepción. En concreto, pienso en la posibilidad de apaciguar nuestros temores frente al otro, ser extraño y diferente, y de asumir la incertidumbre como condición de la libertad del otro”. Lechner, Norbert, *Obras Escogidas 1*, LOM Ediciones, primera edición, Santiago, 2006, p. 408.

alcanzable, como un estado en el cual se goce de una seguridad total, es un “proceso constante por el cual se van logrando cada vez mayores grados de ese bien social”⁴⁷⁵, pero ello debe ir siempre de la mano de un respeto irrestricto de las garantías y derechos inherentes al ser humano, en definitiva, de un respeto por todo aquello que fundamenta la dignidad humana⁴⁷⁶. En este camino el fin no puede justificar la adopción de medios que impliquen una instrumentalización del hombre⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ De Remententería, Ibán (2002). “La Seguridad Local en la Sociedad Global”. Libro de Ponencias del XIV Congreso Latinoamericano VI Iberoamericano y II Nacional de Derecho Penal y Criminología. Universidad de Valparaíso, Chile, p. 795.

⁴⁷⁶ En relación a la dignidad humana y su tensión en el contexto del derecho penal del enemigo, véase Gracia Martín, Luis, op. cit. p.1074 y ss. La pregunta acerca de la legitimidad del “derecho penal del enemigo” debe responderse negativamente. “Se trata de un “derecho penal” ilegítimo (el derecho penal del enemigo) principalmente y, en primer lugar, porque niega el Derecho Fundamental de la dignidad humana. Pero también, como se ha visto, porque se trata de “derecho penal de autor”, e infringe un principio fundamental de la teoría del derecho según el cual la validez no puede hacerse derivar de la eficacia”, Demetrio Crespo, Eduardo, op. cit. p. 506. En torno a la relación entre Derechos Humanos y Dignidad Humana, Núñez Leiva, señala que “en algunos casos, (dicha) relación (...) se podría caracterizar como de equivalencia ontológica en su status de innatos, en otros, se podría describir como una vinculación de causa efecto, siendo la Dignidad fundamento de los derechos esenciales”. Núñez Leiva, op cit. p. 396.

⁴⁷⁷ “Así, en todo ordenamiento jurídico en el cual se consigne a la dignidad como valor constitucional cualquier norma de menor jerarquía que importe el trato del ser humano como medio para un fin, cualquiera sea este, es inválida por contravenir el fundamento esencial de lo que se ha dado en llamar el constitucionalismo humanista o dignatario”, Núñez Leiva, José Ignacio. op. cit., p. 399.

BIBLIOGRAFÍA.

1. BALMACEDA HOYOS, Gustavo y HENAO CARDONA, Luis Felipe, "Sociedad del Riesgo y Bien Jurídico Penal", Aremi, Ediciones Jurídicas, 2005.
2. BECK, Ulrich. La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad. Argentina, Paidós. 1998.
3. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos", en "Política criminal y reforma penal" Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, Directores, 2007, Serie Europa-América, Editorial B de F, pp. 33-54.
4. CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena y BARALDI, Claudio, "Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann". Universidad Iberoamericana/ITESO/Anthropos, México, 1996.
5. CURY URZÚA, Enrique, Derecho Penal, Parte General, ediciones U.C., novena edición, Santiago de Chile, 2009.
6. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "El Derecho Penal del Enemigo *darf nicht sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado "Derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad", en Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión, coordinadores Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díaz, Editorial B de F, volumen 1, Buenos Aires, año 2006, pp. 473-510.
7. DE REMENTERÍA, Ibán. "La Seguridad Local en la Sociedad Global". Libro de Ponencias del XIV Congreso Latinoamericano VI Iberoamericano y II Nacional de Derecho Penal y Criminología. Universidad de Valparaíso, Chile, 2002.
8. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en "Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt", en Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfrid y Nieto Martín, Adán, coordinadores. Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 147-172.
9. GALLEGOS SOLER, José-Ignacio, "Contexto del tratamiento jurídico-penal del tráfico de drogas" en "Política criminal y reforma penal" Santiago Mir Puig y

Mirentxu Corcoy Bidasolo, Directores, Serie Europa-América, Editorial B de F, 2007.

10. GARCÍA CAVERO, Percy, ¿Existe, y debe existir un Derecho Penal del Enemigo?, en Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión, coordinadores Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díaz, Editorial B de F, volumen 1, Buenos Aires, año 2006, pp. 925-948.
11. GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal Económico, Parte General, Tomo I, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007.
12. GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
13. GÜNTHER, Klaus, "Acción voluntaria y responsabilidad criminal", en "En el problema de la libertad de acción en el Derecho Penal", compilador Rafael Alcácer Guirao, Ad-Hoc, primera edición, Buenos Aires, 2007, pp. 95-130.
14. GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, "El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann", J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1993.
15. GRACIA MARTÍN, Luis, Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "Derecho penal del enemigo", en Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión, coordinadores Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díaz, Editorial B de F, volumen 1, Buenos Aires, año 2006, pp. 1051-1080.
16. GRECO, Luís, Sobre o chamado Direito Penal do inimigo, Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7, Dezembro de 2005 [en línea] <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf> [fecha de consulta: 31 de mayo de 2010].
17. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, Contrabando y Fraude Aduanero, Edeval, Valparaíso, 1998.
18. HABERMAS, Jürgen, "Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso", Editorial Trotta, cuarta edición, Madrid, 2005.
19. JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, "Derecho penal del enemigo", Hammurabi, José Luis Depalma, Editor, Buenos Aires, 2005.

20. JONAS, Hans, "El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Herder, Barcelona, 1995.
21. KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo, "Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de derecho", Editorial B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2011.
22. LECHNER, Norbert, "Obras escogidas 1", LOM Ediciones, primera edición, Santiago, 2006.
23. LESCH, Heiko H., "La función de la pena", traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colección de Estudios N° 17, Bogotá, 1999.
24. LÓPEZ DÍAZ, Claudia, "Acciones a propio riesgo. Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima con base en una concepción funcional estructural de la sociedad", Universidad Externado de Colombia, 2006.
25. LUHMANN, Niklas, "Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general". Segunda edición en español. Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana/CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, Barcelona, 1998.
26. LUHMANN, Niklas. Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Josexto Beriaín y José María García Blanco. Editorial Trotta, Madrid, 1998.
27. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿Protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho Penal?, artículo publicado en Revista de Derecho y Humanidades, N° 11, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005.
28. MONTROYA, Mario Daniel, "Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis constitucional y procesal penal", Ad-hoc, primera edición, Buenos Aires, 1998.
29. NAVARRO DOLMESTCH, Roberto, El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del art. 4º de la Ley N° 20.000, en Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, *Ars Boni et Aequi*, Número 3, año 2007, págs. 97-148.

30. NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario. *Política Criminal*, Volumen 4, Nº 8 (diciembre 2009), Art. 3, pp. 383-407, en línea: http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A3.pdf.
31. OSSANDON WIDOW, María Magdalena. El delito de receptación aduanera y la normativización del dolo. *Ius et Praxis* [online]. 2008, vol. 14, n. 1 [citado 2010-08-15], pp. 49-85. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122008000100003.
32. PAVEZ FARIAS, Juan y PRAT LOPICICH, Arturo, "Análisis crítico de la ley Nº 20.000", memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006. disponible en línea: http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2006/pavez_j/html/index-frames.html
33. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Derecho Penal. Fundamentos de la Responsabilidad*, Abeledo Perrot, primera edición, Santiago, 2010.
34. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis, *Texto y comentario del Código Penal Chileno. Tomo I, Libro Primero, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003,
35. POLITOFF, Sergio, RAMÍREZ, Cecilia y MATUS, Jean Pierre, "Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial", Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2006.
36. RIQUELME P., Eduardo. "El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo". *Polít. crim.* nº 2, A2, 2006, p. 1-17. Disponible en línea: http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf.
37. RODRÍGUEZ, Darío y ARNOLD, Marcelo, "Sociedad y Teoría de Sistemas", Editorial Universitaria, cuarta edición, Santiago, 2007.
38. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Delitos Aduaneros*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

39. SCALIA, Paolo, "Prohibicionismo, grupos sociales a riesgo y autoritarismo institucional: la censura social hacia los microtraficantes".
40. SCHILLING FUENZALIDA, Mario, "El Nuevo derecho penal del enemigo", Librotecnia, primera edición, Santiago, 2010.
41. SCHÜNEMANN, Bernd, "Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites", primera edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
42. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. B de F, Segunda edición, 2006.
43. VELIS CISTERNAS, El Microtráfico. Análisis crítico a la normativa, doctrina y jurisprudencia. Librotecnia, primera edición, Santiago, 2009
44. VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, 1994.
45. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "El enemigo en el derecho penal", Ediar, Buenos Aires, Primera edición, 2007.
46. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal", Temis, Segunda edición, Santa Fe de Bogotá, 1993.
47. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro, Manual de Derecho Penal, Parte General, Segunda edición, Ediar, Buenos Aires, 2006.